Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito

AS TRÊS FACES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

André de Azevedo Coelho

Orientadores: Prof. Doutor Jorge Reis Novais
Prof. Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

2022

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito

AS TRÊS FACES DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

André de Azevedo Coelho

Orientadores: Prof. Doutor Jorge Reis Novais
Prof. Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

Júri:

Presidente:

Doutor António Pedro Pereira Nina Barbas Homem, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Vogais:

Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado, Professor Associado Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Doutor Gonçalo Nuno da Cruz Saraiva Matias, Professor Auxiliar Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, arguente;

Doutor Carlos Manuel de Almeida Blanco de Morais, Professor Catedrático Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor António Jorge Pina dos Reis Novais, Professor Associado Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador;

Doutor David José Peixoto Duarte, Professor Associado Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Doutor Vitalino José Ferreira Prova Canas, Professor Auxiliar Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguente.

2022

À Laura, por nunca ter deixado de acreditar.

À Helena, por ter-me feito ver o melhor de mim, do amor e da vida.

Ao Pedro, filho e herdeiro do continente, por ser a continuidade.

Ao Rogério e à Marta, por terem forjado o meu caráter.

Ao Felipe, por *guardar rebanhos*.

– AGRADECIMENTOS –

A elaboração da presente dissertação de doutoramento demandou um longo e árduo trabalho, processo em que muitas pessoas e instituições tiveram participação decisiva; sem eles, este estudo não seria concluído. Assim, inicialmente, gostaria de manifestar o meu agradecimento à minha família, base de tudo, que, comigo, atravessou toda esta jornada; agradeço à Laura, à Helena, ao Pedro, ao Rogério, à Marta, ao Felipe, à Karen, ao João Otávio, ao Pedro Osório e à Célia, por todo o apoio, carinho, confiança, e, especialmente, pela compreensão da minha ausência em muitas situações.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Jorge Reis Novais, pessoa por quem nutro um enorme carinho e admiração, pela disponibilidade, amizade, apoio e orientação que me concedeu; suas lições estiveram sempre comigo e foram essenciais para que a tese pudesse ser construída. Estendo os agradecimentos, também, ao Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, pela indicação e empréstimo de materiais, pela coorientação a esta tese e disponibilidade em me auxiliar.

Não poderia deixar de agradecer, também, aos Professores Doutores José de Mello Alexandrino e Vasco Pereira da Silva, pelos brilhantes ensinamentos que me concederam, na parte acadêmica do curso, ao ministrarem as disciplinas de Direitos Fundamentais e Direito Administrativo.

Agradeço ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por investir no aperfeiçoamento de seus membros, pelo apoio institucional que recebi, notadamente, pela dispensa das funções para atender à parte acadêmica do curso. À Fundação Escola Superior do Ministério Público, responsável por grande parte da minha formação, local em que, atualmente, com muita honra, ministro as disciplinas de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo acolhimento e por haver me concedido um aprenzido extraordinário. Sou extremamente grato às três instituições, por tudo que me proporcionaram, como pessoa e profissional.

Agradeço, ainda, ao Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht por me receber, na condição de pesquisador visitante, no ano de 2013, e permitir que tivesse acesso à extensa bibliografia e aos mais preciosos debates.

Ainda, agradeço aos amigos que me apoiaram, especialmente: ao Doutor Luiz Fernando Calil de Freitas, pela orientação, quando da minha especialização *lato sensu*, bem como pelo encaminhamento ao mestrado junto à Faculadade de Direito da Universidade de Lisboa e, ainda, pelo primeiro convite que me foi feito para ministrar aula na Fundação Escola Superior do Ministério Público; ao amigo Doutor Anizio Pires Gavião, referência intelectual enquanto colega de Ministério Público e de academia, pela essencial ajuda em um momento decisivo para a conclusão desta tese; à Lívia Maria Vaz, colega de doutoramento, pela constante troca de informações, discussões acadêmicas e empréstimo de material, sem dúvida, concluídos juntos esta jornada; à Marcela Rosa Abrahão, pela troca de experiências e conhecimentos acadêmicos, pela disponibilidade em me ajudar e, especialmente, pelo indispensável auxílio que me prestou para a realização da leitura e tradução de algumas obras em língua alemã.

Por fim, acima de tudo, agradeço a Deus, por haver concluído este árduo trabalho e por haver possibilitado que no caminho da vida encontrasse todas as pessoas e instituições referidas.

Resumo

A presente dissertação de doutoramento tem por objetivo demonstrar que o princípio da proporcionalidade, enquanto norma de controle das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais da Constituição brasileira, não se apresenta, indistintamente, da mesma maneira; sustentamos que o emprego do princípio da proporcionalidade, na forma de um parâmetro material de constitucionalidade que deve ser observado por todas as condutas ou omissões, estatais ou particulares, que possam ser categorizadas como afetações desvantajosas aos direitos fundamentais *prima facie*, não ocorre da mesma maneira, pois, a depender do dever estatal em causa, da função que o direito fundamental está a exercer na hipótese e do problema jusfundamental subjacente à aplicação da proporcionalidade, o princípio expressa uma face diferente, sendo que, em cada qual, apresenta especificidades terminológicas, estruturais, de conteúdo, de *modus operandi*, dentre outras. Para alcançarmos essa conclusão, o trabalho será decomposto em duas partes. A primeira objetiva a análise da progressão história e as sucessivas transformações observadas pelo princípio da proporcionalidade ao longo do tempo, bem como busca examinar o princípio sob o prisma analítico-conceitual, diferenciando-o de figuras afins; a partir da exposição do processo de evolução, será constatado que a proporcionalidade, ao longo de sua história, foi modificada, agregada de novos elementos e refuncionalizada, a fim de possibilitar o exercício de novas atribuições que lhe foram sendo outorgadas. Essas modificações foram sendo reconhecidas e, também, impulsionadas pela doutrina, sendo que, a jurisprudência, por sua vez, absorveu as modificações e refuncionalizações do princípio da proporcionalidade, bem como, a depender do problema jurídico-dogmático objeto de apreciação, passou a aplicar o princípio de forma diferente, apesar de tal distinção não ser assumida expressamente em alguns casos. Em acréscimo, ao final dessa primeira parte, a proporcionalidade restará diferenciada de outras figuras afins, como a razoabilidade e a ponderação, bem como serão definidas sua base constitucional e natureza jurídica, além de serem justificadas as opções terminológicas assumidas desde o início do trabalho. Na segunda parte do estudo, essencialmente aplicativo-dogmática, buscaremos demonstrar como o princípio da proporcionalidade é utilizado, enquanto norma de controle, na concretização dos direitos fundamentais, âmbito no qual serão expostas três diversas maneiras de aplicação. Logo, se o caso posto à apreciação requerer a

análise da constitucionalidade de uma restrição legislativa ao âmbito de proteção jusfundamental *prima facie*, a proporcionalidade, configurada como uma proibição do excesso, assumirá uma dinâmica específica, tendente a controlar a ponderação prévia do legislador. De outro lado, quando se estiver diante da análise da ausência ou deficiência de promoção ou proteção pelo legislador de direitos fundamentais a prestações positivas, a proporcionalidade se colocará como uma proibição da insuficiência, sendo esta face diferente da proibição do excesso. De resto, ainda, se a questão disser com a verificação da possível incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, igualmente, será diversa a face assumida pelo princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: diferentes faces do princípio da proporcionalidade, colisões normativas, ponderação, concretização dos direitos fundamentais de defesa e prestacionais, incidência dos direitos fundamentais em face das relações particulares.

Abstract

The purpose of this doctoral thesis is to demonstrate that the principle of proportionality, as a rule for controlling disadvantageous affectations to the fundamental rights of the Brazilian Constitution, does not appear indistinctly in the same way; we argue that the use of the principle of proportionality, in the form of a material parameter of constitutionality which must be observed by all conduct or omission, whether state or private, which can be categorized as disadvantageous to prima facie fundamental rights, does not occur in the same way because, depending on the state duty in question, on the function which the fundamental right is to exert in the hypothesis, and on the fundamental problem underlying the application of proportionality, the principle expresses a different facet, and in each case it presents terminological, structural, content, and modus operandi specificities, among others. To arrive at this conclusion, the work is divided into two parts. The first aims at analyzing the historical progression and the successive transformations observed in the principle of proportionality over time, as well as seeking to examine the principle under the analytical-conceptual prism, differentiating it from similar figures; from the presentation of the evolution process, it will be verified that proportionality, throughout its history, has been modified, added with new elements and refunctionalized, in order to enable the exercise of the new attributions that were granted to it. These changes were recognized and encouraged by doctrine, and the jurisprudence, in turn, absorbed the modification and refunctionalization of the principle of proportionality, and started to apply the principle differently depending on the legal-dogmatic problem under appraisal, although such a distinction is not expressly assumed in some c In addition, at the end of this first part, proportionality will be differentiated from other similar figures, such as reasonableness and deliberation, as well as its constitutional basis and legal nature shall be defined, and the terminological options assumed at the beginning of this work will be justified. In the second part of the study, essentially of dogmatic application, we will try to demonstrate how the principle of proportionality is used in the implementation of fundamental rights as a standard of control, context in which three different ways of application will be exposed. Thus, if the case under review requires the analysis of the constitutionality of a legislative restriction to the scope of jusfundamental prima facie protection, proportionality, set as a prohibition of excess, will assume a specific dynamics,

tending to control the prior consideration of the legislator. On the other hand, when analyzing the absence or deficiency of promotion or protection of positive benefits by the fundamental rights legislator, proportionality will stand as a prohibition of insufficiency, which is different from the prohibition of excess. Moreover, if the matter is related to the verification of the possible impact of fundamental rights in the context of particular relations, the facet of the principle of proportionality will also be different.

KEYWORDS: different aspects of the principle of proportionality, regulatory collisions, balancing, implementation of fundamental rights of defense and state-provided rights, fundamental rights in relation to particular relationships.

Zusammenfassung

Das Ziel der vorliegenden Doktorschrift ist es, darzustellen, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip, als Kontrollregel für die nachteiligen Einflüsse, die Grundrechte der brasilianischen Verfassung betreffend, nicht stets auf die gleiche Weise zur Geltung kommt: wir vertreten, dass die Durchführung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in materieller Parameterform der Konstitutionalität, welche in Bezug auf alle Erfüllungenund Unterlassungen, sowohl staatliche als auch individuelle, die als nachteilig für die Grundrechte *prima facie* kategorisiert werden können, untersucht werden muss, jeweils nicht auf dieselbe Weise abläuft, denn abhängig von der betroffenen staatlichen Zuständigkeit, der Funktion des hypothetischen Grundrechts welches angewendet wird und des vorliegenden grundsätzlichen Problems, der Ausführung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zugrunde liegend, erweist sich solches als jeweils unterschiedlich, zumal es je nach Fall Spezifitäten, darunter terminologische, strukturelle, inhaltliche und des *modusoperandi* aufweist. Um diese Schlussfolgerung zu ziehen, unterteilt die Arbeit sich in zwei Teile. Der erste zielt einerseits auf die Analyse des historischen Fortschritts und der darauffolgenden Wandel, welche unter dem Verhältnismäßigkeitsprinzips im Laufe der Zeit eintraten ab, andererseits untersucht er das Prinzip unter dem analytisch-konzeptuellen Prisma und differenziert es von ähnlichen Grundsätzen; von der Darstellung des Entwicklungsprozesses ausgehend, soll festgestellt werden, dass die Verhältnismäßigkeit im Laufe ihrer Geschichte verändert, mit neuen Elementen ergänzt und neu funktionalisiert wurde, um die Ausübung neu zugewiesener Zuständigkeiten zu ermöglichen. Diese Modifizierungen wurden anerkannt und von der Rechtslehre auch ermutigt, zumal die Jurisprudenz ihrerseits die Modifizierungen und Neufunktionalisierungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips übernahm, sowie abhängig vom rechtlich-dogmatischen Problem, beim Gegenstand zurBeurteilung das Prinzip in einer anderen Form anwendete, obgleich eine solche Unterscheidung in manchen Fällen nicht ausdrücklich vorgenommen wird. Darüber hinaus behält die Verhältnismäßigkeit am Ende dieses ersten Teils die Differenzierung von ähnlichen Prinzipien bei, so wie das der Angemessenheit oder der Gewichtung, ebenso werden ihre konstitutionelle Basis und ihr rechtliches Wesen definiert werden, dazu sollen die seit Anbeginn der Arbeit aufgeführten terminologischen Optionen gerechtfertigt werden. Im zweiten Teil der Studie, im

wesentlichen anwendungsdogmatisch, werden wir versuchen darzustellen, wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Kontrollstandart bei der Erfüllung der Grundrechte verwendet wird, Spektrum innerhalb dessen drei verschiedene Formen der Anwendung aufgeführt werden sollen. Wenn der zu prüfende Fall die Analyse zur Verfassungsmäßigkeit, einer gesetzgeberischen Einschränkung des grundsätzlichen Schutzes *prima facie* erfordert, wird die Verhältnismäßigkeit, hierbei bestehend als Verbot des Übermaßes, eine spezifische Dynamik annehmen, welche dazu tendiert die vorherige Prüfungdes Gesetzgebers zu kontrollieren. Andererseits wird die Verhältnismäßigkeit, bei der Analyse hinsichtlich des Fehlens oder Mangels an Förderung oder Schutz, von den Grundrechten bis hin zu positiven Leistungen, vom Gesetzgeber ausgehend, als Insuffizienzverbot betrachtet, welches sich vom Verbot des Übermaßes unterscheidet. Sollte der Fall überdies die Verifizierung der möglichen Wirkung, der Grundrechte im Kontext individueller Beziehungen betreffen, erhält das Verhältnismäßigkeitsprinzip demgegenüber wiederum ein verändertes Gesicht.

SCHLÜSSELWÖRTER: unterschiedliche Aspekte des Verhältnismäßigkeitsprinzips, regulatorische Kollisionen, Abwägung, Umsetzung der Grundrechte der Verteidigung und Dienstleistungen, Wirkung der Grundrechte im Kontext individueller Beziehungen.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
ADCT	Ato das disposições constitucionais transitórias
Art.	Artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIMC	Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AÖR	Archiv für öffentlichen Rechts
BGB	Bügerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen
BGH	Bundesgericht
BGer	Bundesgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CDP	Cuadernos de Derecho Público
CE	Constituição espanhola
CF	Constituição Federal
CRP	Constituição da República Portuguesa
e.s.e.	Em sentido estrito
DL	Decreto-Lei
D&P	Direito e Política
DVBL	Deutsches Verwaltungsblatt
FMP	Fundação Escola Superior do Ministério Público
German L. J.	German Law Journal
GG	Grundgesetz

I●CON	International Journal of Constitutional Law
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
IsrSC	Suprema Corte de Israel
L&P	Law and Politics
HC	Habeas Corpus
MI	Mandado de Injunção
N°	Número
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Pgs.	Pages
Pág.	Página
Págs.	Páginas
Par.	Parágrafo
PrOVGE	Entscheidungen dês preußisches Oberverwaltungsgericht
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RE	Recurso Extraordinário
REDC	Revista Española De Derecho Constitucional
RIPE	Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RP	Representação por Inconstitucionalidade
segs.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
TC	Tribunal Constitucional português
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJ	Tribunal de Justiça
Vol.	Volume
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen

SUMÁRIO

Introdução.....25

1. A Constituição brasileira e o seu sistema de direitos fundamentais.....25

2. A concretização dos direitos fundamentais.....31

3. Problemática geral e objetivos centrais.....42

4. Hipóteses.....48

5. Premissas básicas.....51

6. Caminho a ser percorrido.....56

PARTE I – Evolução histórica, jurisprudencial e doutrinária do princípio da proporcionalidade; definições analítico-conceituais e distinção de figuras afins.....69

CAPÍTULO I – O princípio da proporcionalidade e o Estado de Direito: de instrumento autônomo de defesa da liberdade individual a princípio estruturante do Estado de Direito.....70

1. Notas introdutórias e fontes remotas do princípio da proporcionalidade.....70

2. O princípio da proporcionalidade e o Estado de polícia.....77

2.1. Proporcionalidade no Tribunal Administrativo Superior da Prússia.....82

3. Proporcionalidade, Monarquia constitucional e Estado de Direito liberal.....85

4. O princípio da proporcionalidade e o Estado de Direito social e democrático.....99

CAPÍTULO II – O princípio da proporcionalidade e sua formatação inicial na doutrina e jurisprudência do novo constitucionalismo.....115

1. O princípio da proporcionalidade e o Tribunal Constitucional Federal alemão.....115

2. O princípio da proporcionalidade e a sua recepção inicial pela doutrina alemã.....132

3. O acolhimento do princípio da proporcionalidade pela doutrina brasileira e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....141

3.1. O princípio da proporcionalidade e as primeiras manifestações da doutrina brasileira 141

3.2. A utilização inicial do princípio da proporcionalidade pela jurisprudência do STF.....150

4. Notas dogmáticas e próximos passos.....159

CAPÍTULO III – Princípio da proporcionalidade: da fundamentação, definição terminológica e natureza jurídica à análise estrutural, aplicativa e diferenciação de figuras afins.....184

1. Preliminares: a colocação do problema.....184

2. Fundamentação constitucional.....186

3. Opção terminológica.....207

4. Natureza jurídica.....211

5. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.....227

6. Proporcionalidade e constitucionalismo global.....248

7. O princípio da proporcionalidade e a ponderação.....256

7.1. Exposição preliminar.....256

7.2. Críticas à ponderação e à proporcionalidade em sentido estrito.....262

7.2.1. Irracionalidade da ponderação e incomensurabilidade dos seus objetos de valoração.....264

7.2.2. A invasão da jurisdição constitucional ao espaço de conformação da Constituição reservado ao legislador democraticamente eleito.....267

7.2.3. Enfrentamento preliminar às críticas.....272

7.3. Pressupostos da ponderação.....277

7.3.1 Direitos fundamentais e colisão.....277

7.3.2 Colisões como fenômenos normativos.....290

7.3.3. Conjecturas normativas conflituais indispensáveis à ponderação.....296

7.4. Considerações acreca da incomensurabilidade e irracionalidade da ponderação.....303

7.5. Ponderação e princípio proporcionalidade.....309

7.5.1. A Teoria dos Princípios de Robert Alexy.....310

7.5.2. Semelhanças e distinções entre a ponderação e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....317

7.5.2.1. Ponderação judicial em cada uma das faces do princípio da proporcionalidade e ponderação legislativa.....318

7.5.2.2. Objeto da ponderação.....331

7.6. A ponderação como método jurídico.....333

PARTE II – Teorização acerca das três faces do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais: princípio da proporcionalidade e o controle das restrições legislativas, controle das omissões estatais relacionadas à efetivação de direitos fundamentais a prestações positivas e resolução de colisões jusfundamentais no âmbito das relações privadas.....343

CAPÍTULO IV – O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais.....344

1. Fundamento constitucional das restrições legislativas, intensidade e pressupostos do controle de proibição do excesso.....344

1.1. Fundamentao constitucional das restrições legislativas.....345

1.2. Amplitude e intensidade do controle de proibição do excesso: análise preliminar.....351

1.3. Pressupostos do controle de proibição do excesso.....355

2. O subprincípio da adequação ou idoneidade.....362

2.1. Legitimidade dos fins e licitude dos meios.....364

2.2. Estrutura e metódica do subprincípio da adequação ou idoneidade.....382

2.3. Situções de incerteza epistêmica empírica.....386

2.4. Intensidade do controle de adequação ou idoneidade.....388

2.5. Aspectos temporais do controle de adequação ou idoneidade.....392

3. O subprincípio da necessidade.....395

3.1. Metódica do subprincípio da necessidade.....398

3.2. Subprincípio da necessidade e valorações.....402

3.3. Subprincípio da necessidade e ótimo de Pareto.....409

3.4. Intensidade do controle de necessidade e situações de incerteza epistêmica.....411

4. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....420

4.1. Estrutura básica e definição preliminar do objeto de valoração.....420

4.2. Proporcionalidade em sentido estrito, ótimo de Pareto e veículos de otimização.....424

4.3. Limites da jurisdição constitucional quando da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito.....428

4.4. A metódica da ponderação.....433

4.4.1. A proposta de Robert Alexy.....436

4.4.1.1. A fórmula do peso.....442

4.4.1.2. Intensidade de interferência em P_i.....444

4.4.1.3. Importância de satisfação de P_j.....446

4.4.1.4. A lei epistêmica da ponderação.....447

4.4.1.5. Formação do quociente entre a intensidade de interferência em um princípio e a importância de satisfação do outro.....455

4.4.2. A proposta Moreso-Mendonca.....461

4.4.3. A metódica da ponderação: análise crítica e conclusões.....467

4.4.3.1. A proposta Moreso-Mendonca.....467

4.4.3.2. A proposta de Robert Alexy.....471

4.4.3.2.1. O aspecto material da lei da ponderação.....472

4.4.3.2.2. A metódica formal da ponderação.....474

4.4.3.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito e objeto de valoração.....482

4.4.3.2.4. Proporcionalidade em sentido estrito e valor de cobertura ou escolha.....488

4.4.3.2.5. O modelo triádico.....490

4.4.3.2.6. Ponderação e discricionariedade estrutural.....492

4.4.3.2.7. Ponderação e fatores epistêmicos.....494

4.4.3.2.8. Peso abstrato dos bens, interesses ou valores em colisão.....512

4.4.3.2.9. Colisões plurinormativas.....514

4.4.4. Proposta de metódica formal para a ponderação.....517

5. O princípio da proporcionalidade na perspectiva dos destinatários da restrição legislativa.....525

CAPÍTULO V – O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das omissões estatais na concretização das prestações positivas jusfundamentalmente ordenadas.....539

1. Uma nova face do princípio da proporcionalidade.....539

2. A tese da congruência entre as proibições da insuficiência e do excesso.....546

3. O suporte fático dos direitos fundamentais à prestação positiva.....550

4. O princípio da proibição de insuficiência.....567

4.1. Da (in) existência de simetria entre a proibição de insuficiência e a proibição do excesso.....567

4.2. A proposta de Vitalino Canas.....588

5. Estrutura e forma de aplicação do princípio da proibição de insuficiência.....596

5.1. Da proibição da insuficiência como controle de promoção e proteção mínimas.....602

5.2. Da proibição da insuficiência como exame de razoabilidade.....616

5.3. Do conteúdo da proibição da insuficiência.....617

6. Da reafirmação da proibição de insuficiência como face do princípio da proporcionalidade.....623

CAPÍTULO VI – Direitos fundamentais, relações privadas e princípio da proporcionalidade.....628

1. Problemática e possíveis relações.....628

2. Da eficácia privada dos direitos fundamentais: negativa de eficácia, *State Action* e teoria da eficácia mediata.....630

3. A tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais relativamente aos particulares.....639

4. A tese dos deveres de proteção.....643

4.1. Críticas à teoria da eficácia imediata.....648

5. Posição adotada.....652

5.1. Considerações às críticas à teoria da eficácia imediata.....652

5.2. Justificação preliminar para o reconhecimento de uma terceira face do princípio da proporcionalidade.....668

5.3. Dos fundamentos para a adoção da teoria da eficácia direta ou imediata no sistema constitucional brasileiro.....674

5.3.1. Os destinatários dos direitos fundamentais.....679

5.3.2. O objeto de controle segundo os direitos fundamentais.....681

5.3.3. As funções dos direitos fundamentais.....703

5.3.4. Da problemática aplicação da proibição do excesso e da proibição da insuficiência uma vez adotada a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares.....710

6. A aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas e o princípio da proporcionalidade.....716

6.1. O subprincípio da adequação ou idoneidade.....718

6.2. O subprincípio da necessidade.....728

6.3. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.....738

CONSIDERAÇÕES FINAIS 755

Introdução

1. A Constituição brasileira e o seu sistema de direitos fundamentais

A Constituição Federal brasileira de 1988 [1], promulgada após longo período de regime militar, restabeleceu a plenitude do modelo democrático e trouxe, em seu texto jurídico-positivo, uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais, os quais restaram consagrados, no âmbito da Constituição, em diversas dimensões históricas, bem como foram reconhecidos como grandezas dotadas de perspectivas subjetivas e objetivas [2]; é muito clara a ideia constituinte de limitar amplamente os poderes constituídos, a partir de uma vinculação do Estado à dignidade da pessoa humana [3] e, consequentemente, aos direitos fundamentais; tal

[1] A presente dissertação de doutoramento procura demonstrar, em apertada síntese, que o princípio da proporcionalidade apresenta, enquanto *norma de controle* relacionada à concretização dos direitos fundamentais, três faces distintas, dogmaticamente autônomas, com conteúdo, estrutura e *modus operandi* específicos; nesse sentido, será exposto que as duas faces consagradas pela doutrina e jurisprudência constitucionais – proibição do excesso e proibição da insuficiência – são incapazes de funcionar satisfatoriamente em todos os problemáticos casos jusfundamentais, sendo a existência de uma terceira face do princípio da proporcionalidade uma realidade e sua revelação e estruturação necessidades dogmáticas insofistáveis; cada face é desvelada, a depender da questão jusfundamental de base, do dever estatal em causa e da função jusfundamental relevante para a hipótese. De resto, apesar de as ideias aqui desenvolvidas, em maior ou menor medida, serem compatíveis e, consequentemente, também, possuirem aplicação em outras realidades constitucionais dotadas de determinadas características (sobre essas características: MICHELMAN, Frank I. Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 30-50*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, págs. 32-35) e desenvolvidas a partir da consagração de um Estado de Direito social e democrático, adotamos, no plano empírico, a Constituição Federal brasileira de 1988 como referencial normativo; a assertiva já indica, assim, que, apesar de se ter por objetivo demonstrar o *funcionamento* do princípio da proporcionalidade, notadamente, na relação que emprende com os direitos fundamentais da Constituição Federal brasileira, é aceita a concepção de a porporcionalidade configurar-se como um princípio estruturante de um Estado de Direito. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019, pág. 09. Sobre o princípio da proporcionalidade enquanto "norma de controlo" dirigida ao juiz constitucional e "norma de acção" dirigida ao legislador: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017, págs. 31-37. Em sentido contrário, a sustentar a "inadequação da pretensa distinção dos princípios enquanto *normas de acção* e enquanto *normas de controlo*": NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 16-17.

[2] Acerca da dupla dimensão de todos os direitos fundamentais e da consequente natureza jurídica unitária que os envolve: SILVA, Vasco Pereira da. "Todos diferentes, todos iguais" breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça, vol. 5, n.° 16, julho a setembro de 2011, págs. 23-51*.

[3] Art. 1°, CF - 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: (...). III – A dignidade da pessoa humana.

conclusão é deveras clara, visto que o sentido material para o qual foi dirigido o Estado de Direito brasileiro consolida-se no ideal de promoção, proteção e respeito à dignidade da pessoa humana [4]-[5] e na vasta gama de direitos e garantias jusfundamentais positivadas na Constituição.

A amplitude com que os direitos fundamentais restaram consagrados pela Constituição Federal brasileira decorre, dentre outras razões: do acréscimo significativo de valores, bens e interesses dignos de tutela jusfundamental, uma vez que indispensáveis à concretização da dignidade da pessoa humana na sociedade moderna; da ampliação dos titulares dos direitos fundamentais; da necessidade de proteção jusfundamental da pessoa em concreto e, consequentemente, dos diversos aspectos da vida e personalidade, a abranger as mais variadas formas em que o homem se coloca em sociedade [6].

Nessa linha, segundo a Lei Maior brasileira, estão englobados pela fundamentalidade: os direitos de liberdade, sociais, políticos e de nacionalidade, bem como alguns interesses transindividuais; ainda, além de um extenso catálogo a arrolar formalmente os direitos e garantias fundamentais (Título II, da CF) [7], há, também, uma cláusula de extensão a admitir a

[4] Jorge Reis Novais vale-se, em sua construção dogmática dirigida à aplicação dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, de uma "tripartição dos deveres estatais", a qual foi utilizada, inicialmente, "no plano do Direito Internacional dos direitos humanos pelo Comitê para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais"; assim, o autor divide as obrigações estatais decorrentes dos direitos fundamentais em deveres de *respeitar*, *proteger* e *realizar*; aponta Novais, ainda, que essa construção não se mostra estranha ao Direito Constitucional, âmbito no qual "se desenvolvera de há muito análoga elaboração em torno das chamadas funções de *defesa*, de *protecção* e de *prestação*". NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica Dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. 2ª edição, revista e reformulada. Lisboa: AAFDL, 2016, pág. 53. Neste trabalho, seguidamente, destacaremos as referidas obrigações estatais – respeito, proteção e promoção – como mandamentos passíveis de ser emitidos por todos os direitos fundamentais, independentemente de sua configuração enquanto direitos de liberdade ou direitos sociais; ainda, destacar-se-á a função que se está a concretizar – defesa ou prestação –, pois há imanente relação entre o dever estatal a ser realizado, a função exercida pelo direito fundamental no caso, a problemática jusfundamental a ser resolvida e a específica face do princípio da proporcionalidade aplicável à hipótese.

[5] A entender o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo do qual decorre o fundamento comum da proteção jusfundamental de determinados bens e interesses. SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que Tenho Direito – Direitos Fundamentais e Cultura*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 33.

[6] MENDONCA, Daniel. *Los Derechos em Juego. Conflicto y Balance de Derechos.* Madrid: Editorial Tecnos, 2003, pág. 40.

[7] Em sentido contrário, a defender que todos os direitos fundamentais positivados em uma Constituição estão cobertos pela fundamentalidade formal e não, apenas, os descritos no catálogo desenvolvido pelo constituinte: MIRANDA, Jorge. O sistema português de direitos fundamentais. *O Direito em Portugal, págs. 65-78*. Coordenador: Alberto de Sá e Mello. Azcapotzalco: Editorial UBIJUS. Madrid: Editorial Reus, 2017, pág. 66.

abertura material do sistema jusfundamental (art. 5°, §2°, CF) [8], de forma a possibilitar que a fundamentalidade de outros direitos positivados na Constituição seja reconhecida, apesar de estarem localizados fora do catálogo do Título II; ainda, o rol jusfundamental materialmente aberto adotado pela Constituição Federal brasileira permite que sejam encontrados direitos fundamentais consagrados implicitamente no texto constitucional, bem como em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira, nos termos do art. 5°, §3°, CF [9].

Ainda, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, apesar da ausência de previsão constitucional explícita neste sentido, passaram a reconhecer uma eficácia privada [10] dos direitos e garantias fundamentais (predominando a teoria da eficácia imediata ou direta, inclusive [11]); entrementes, além do Estado, os particulares também passaram a estar vinculados aos comandos jusfundamentais, ainda que sejam objeto de discussão os termos e a extensão nos quais esses efeitos decorrentes dos direitos fundamentais operam no âmbito das relações particulares [12].

De outro lado, em conjunto com a atribuição de proteção jusfundamental aos mais diversos bens e interesses relevantes à dignidade da pessoa humana, a nova Carta Constitucional brasileira preocupou-se, igualmente, com o aprimoramento e a ampliação dos mecanismos jurídicos disponíveis para o controle de constitucionalidade das ações e omissões de todos os entes estatais, inclusive, do legislador – infraconstitucional e de reforma da Constituição – democraticamente eleito, o que é absolutamente condizente com a necessária efetivação da premissa de estarem todos os poderes constituídos vinculados aos direitos e garantias fundamentais.

---

[8] Art. 5°, § 2º, CF - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[9] Art. 5°, § 3º, CF – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[10] Sobre o tema. SILVA, Vasco Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *RDES, vol. XXIX, II, n.° 2, 1987, págs. 259-274.*

[11] Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a contrução do novo modelo*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Jus, 2020, pág. 350.

[12] Sobre a eficácia privada dos direitos fundamentais no Brasil. SARLET, Ingo. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado, págs. 111-144.* Organizadores: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007.

Nesse sentido de reforço ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, houve considerável ampliação dos legitimados para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, bem como restaram constitucionalmente previstos outros instrumentos processuais aptos a deflagrar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, (quais sejam, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF), tendo-se todo um bloco de constitucionalidade – formado pela Constituição Federal e pelos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos recepcionados pela ordem jurídica brasileira na forma do artigo 5°, parágrafo terceiro, da referida Lei Maior – a servir como parâmetro material e formal desse controle; também, a Constituição Federal brasileira consagrou a possibilidade de a fiscalização de constitucionalidade ser realizada concretamente, pela via incidental, de exceção ou de defesa, estando legitimado para suscitar o incidente de inconstitucionalidade todo aquele que sofrer afetação negativa de suas posições subjetivas jusfundamentais, a partir de ações ou omissões do Estado que se encontrem em desconformidade com a Constituição Federal [13]; na esfera do controle concreto de constitucionalidade, pela via incidental, deve ser destacado, ainda, que a Constituição Federal brasileira definiu uma ação constitucional específica, denominada de Mandado de Injunção – MI, destinada a possibilitar o controle jurisdicional, concreto e

[13] Sobre o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro: BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito* Constitucional. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, págs. 296-343. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Supremacia da Constituição e Controle de Consitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Editora Dialética, 2022. JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 373-629. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 1053-1449. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011, págs. 729-827. MORAS, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, págs. 1469-1565. NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, págs. 159-238. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo Constitucional*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016, págs. 189-264. SARLET, Ingo. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, págs. 707-1180. SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, págs. 95-352.

incidental, das omissões normativas estatais que, ao não integrar normativas constitucionais, impossibilitam o exercício de direitos ou prerrogativas constitucionalmente definidas [14].

Além disso, no âmbito das autonomias dos Estados federados, a Constituição Federal reconheceu, como manifestação de um Poder Constituinte Derivado Decorrente, a autonomia desses entes federativos para elaborarem e serem regidos por Constituições estaduais próprias, observados os limites da Constituição Federal, parâmetro em face do tal todos os atos dos poderes públicos estaduais e municipais, contemporâneos à normativa constitucional, devem manter uma relação de conformidade, pois, caso contrário, estarão eivados de inconstitucionalidade; a partir das Constituições estaduais, admite-se o controle de constitucionalidade difuso, concreto e na via incidental, bem como o controle de constitucionalidade via ação, abstrato e concentrado nos Tribunais de Justiça estaduais das leis e atos normativos estaduais e municipais [15].

Como dito, todas essas características encontradas na Constituição Federal brasileira coadunam-se com a ideia de Estado de Direito social e democrático [16] – vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana – assumida por esse diploma constitucional, uma vez que, não obstante os espaços nos quais possui aplicação autônoma, é no quadro dos direitos fundamentais, com sua abrangência, multifuncionalidade e proteção fragmentada dos diversos aspectos inerentes à vida e ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e da comunidade, que a pessoa humana encontra observada a sua dignidade; destarte, a tutela efetiva da pessoa humana requer que a compatibilidade substancial e formal à Constituição de todas as ações e omissão do Estado sejam passíveis de sindicância a partir do controle de constitucionalidade pela jurisdição constitucional; esses são pilares estruturais de um Estado de Direito.

---

[14] Art. 5°, LXXI, CF – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

[15] Art. 25, CF – Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição; art. 11, ADCT – Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

[16] Sobre o modelo de Estado assumido pela Constituição Federal brasileira de 1988: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição brasileira: modelo de Estado, Estado democrático de Direito, objetivos e limites jurídicos. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976 – Volume III, págs. 39-57*. Organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

Com efeito, os direitos e garantias fundamentais, em conjugação com o controle de constitucionalidade das ações e omissões estatais que afetem desvantajosamente os âmbitos de proteção jusfundamentais desenhados pela Constituição Federal, constituem o epicentro de todo um conjunto jurídico voltado para a garantia de respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana; ainda, a completar essa estrutura, tem-se como constitucionalmente possível que os direitos fundamentais produzam efeitos no âmbito das relações entre particulares, a partir do que comportamentos privados que atinjam desfavoravelmente esferas jusfundamentalmente protegidas de outros particulares, ainda que essa tutela seja, apenas, *prima facie*, podem vir a ser sindicadas a partir de um parâmetro de controle estabelecido pelos direitos fundamentais.

Entrementes, em similitude a diversas outras cartas constitucionais elaboradas no segundo pós-guerra [17], a Constituição Federal brasileira elegeu a pessoa humana como o seu

[17] A modificação observada pela teoria constitucional depois do segundo pós-guerra mundial e a consequente relação do novo panorama com o princípio da proporcionalidade e o Estado de Direito em sentido material é destacada e reconhecida, dentre outros tantos, por: BARAK, Aharon. *Proportionality – constitutional Rights and their limitations*. Traslated from Hebrew by DoronKalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, págs. 01, 181-183, 201-202 e 230. É possível asseverar que, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, o Direito Constitucional global sofreu um forte impacto e, a partir das construções jurisprudenciais e doutrinárias germânicas, esse impacto se alastrou para muitos outros sistemas constitucionais, dentre os quais se encontra o brasileiro. As figuras da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais com os seus apontes vinculantes para o legislador, notadamente, pela exigência de proporcionalidade das leis restritivas, restaram enfaticamente demarcadas nesses sistemas; essa ideia encontra, igualmente, eco em Alexy, o qual, em razão da similitude das problemáticas a envolver os direitos fundamentais em diversos ordenamentos jurídicos, defende uma "ciência dos direitos fundamentais *ampla*", ou seja, "uma ciência dos direitos fundamentais transcendente aos ordenamentos jurídicos particulares". ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. *Constitucionalismo Discursivo, págs. 55-69*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 56. Essa constatação implica que o estudo do princípio da proporcionalidade seja levado a efeito tendo em conta, além das dimensões do texto positivo de cada Constituição, as contribuições teóricas provenientes de outras realidades constitucionais que seguiram essa linha de adoção de um Estado de Direito em sentido material. Ainda, como destacado por Ahron Barak, no que se refere à absorção do princípio da proporcionalidade pelo Direito Constitucional brasileiro, é constatado que essa recepção foi realizada em termos nos quais restou o princípio da proporcionalidade acolhido na forma em que fora aplicado no Direito Constitucional comparado, notadamente, a partir da doutrina e jurisprudência alemã e portuguesa (o que o autor denomina de "migração da proporcionalidade"), enquanto que para os outros países da América do Sul a influência alemã é intermediada pelas contribuições teóricas espanholas. Em sentido muito similar, Ingo Wolfgang Sarlet, igualmente, destaca a importância de um estudo que observe as figuras jurídicas desenvolvidas em outras realidades constitucionais, mas que, a partir disso, sejam formuladas "categorias dogmáticas" adequadas à Constituição brasileira; o autor enfatiza os "modelos lusitano e espanhol", os quais são "marcados pelos influxos da doutrina e jurisprudência constitucionais de matriz germânica"; esta última, como não poderia ser diferente, é de sensível relevância para a compreensão de alguns institutos, dentre os quais se inclui o "princípio da proporcionalidade". SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pág. 23. Também, nesse sentido, Dieter Grimm destaca que o princípio da proporcionalidade é peça integrante da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão

valor central, estando o princípio esculpido no texto constitucional; de fundamento à finalidade de um Estado de Direito social e democrático, a dignidade da pessoa humana dissipa-se pelo sistema jurídico em variadas manifestações, encontrando, como mencionado, apesar de toda a sua multiplicidade funcional, notável concretização no sistema de direitos fundamentais.

2. A concretização dos direitos fundamentais

Possibilitar a pessoa humana confunde-se com o ideal de realizar os direitos fundamentais; essa sentença, descrita com dissimulada simplicidade, decreta a exigência constitucional de todos os poderes constituídos atuarem no sentido da realização dessa finalidade, bem como impõe aos particulares pautas a serem observadas no âmbito das relações sociais; essa sentença, ainda, traz subjacente ao seu decreto, uma das grandes questões que perturba o atual Direito Constitucional, qual seja a necessidade de serem desenvolvidas, sob o prisma jurídico-dogmático, pautas argumentativas que possibilitem, de forma constitucionalmente adequada, a aplicação racional e intersubjetivamente demonstrável dos enunciados constitucionais veiculadores de direitos fundamentais [18]; isso se faz necessário, quanto mais em um sistema jurídico como o brasileiro, no qual Constituição estabelece um amplo sistema de controle de constitucionalidade das decisões do legislador democraticamente eleito pela jurisdição constitucional e, em contraponto, não faz referência expressa aos parâmetros que devem ser seguidos quando em causa a concretização⁄aplicação dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional em situações de controle.

Especificando um pouco mais o problema, é fato que a jornada empreendida por um enunciado normativo de direito fundamental desde o plano constitucional até a regulação precisa do caso concreto é um processo longo, complexo e intricado de indagações; existe, no

---

desde a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, tendo se alastrado para diversos outros países europeus, bem como para fora da Europa; todas essas realidades constitucionais serviram-se do modelo de utilização do princípio da proporcionalidade desenhado pelo *BVerfG*. GRIMM, Dieter. Proportionality in canadian and german constitutional jurisprudence. *HeinOnline – 57 U. Toronto L. J. 303, 2007, págs. 383-397*.

[18] MESA, Gloria-Patricia Lopera. El Principio de Proporcionalidad y los Dilemas del Constitucionalismo. *Revista Española De Derecho Constitucional (REDC), num. 73, enero-abril (2005), págs. 381-410*. Madrid: Centro de Estudios Plíticos y Constitucionales, 2005, págs. 381-382.

texto da Constituição Federal brasileira, sensível diferença estrutural entre os enunciados normativos positivadores de direitos fundamentais, sendo agravadas as dificuldades quando da aplicação dos textos normativos mais abertos, indeterminados e generalistas; é que se a Constituição, no que toca especialmente aos direitos fundamentais, vincula todo o Estado, inclusive, o legislador democraticamente eleito, mas, de outra partida, pela forma de sua positivação no texto constitucional, não há precisão acerca do que realmente essa vinculação importa, surge a necessidade de desenvolvimento de uma teoria jurídica que possibilite o alcance de decisões racionais [19] e intersubjetivamente demonstráveis quando da concretização dessas grandezas jurídico-normativas, notadamente, pela jurisdição constitucional.

Nesse sentido, temos que essa teoria jurídica começa pela diferenciação entre as situações jusfudamentais que são passíveis de apreciação pela jurisdição constitucional; como, em linhas gerais, os direitos fundamentais, em decorrência dos deveres de respeito, promoção e proteção impostos ao Estado, podem outorgar aos indivíduos pretensões de defesa, bem como reivindicações a que o ente público realize comportamentos positivos, é necessário que existam construções dogmáticas pontuais que sirvam de guias metodológicos quando da concretização de cada situação particular; em outras palavras, sendo considerados os direitos fundamentais na integralidade dos seus largos e imprecisos âmbitos de proteção constitucionalmente *prima facie* consagrados, constata-se que distintas parcelas de um direito fundamental podem ser objeto de concretização específica, uma vez que esse conteúdo jusfundamental *prima facie* pode ser realizado das mais diversas formas, bem como impõe ao Estado deveres de abstenção e a prestações positivas, mandamentos decorrentes dos deveres de respeito, promoção e proteção relacionados aos valores, bens e interesses jusfundamentalmente tutelados; a partir disso, o processo de aplicação de cada enunciado será diverso a depender do conteúdo parcelar do direito em causa que se está a concretizar, da função jusfundamental em evidência e do dever estatal correspondente.

De acordo com o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, as funções exercidas pelos direitos fundamentais podem ser catalogadas em quatro grupos, identificando-se, assim, as funções de defesa ("defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes do Estado"), de prestação social ("direito do particular a obter algo do Estado"), de proteção

[19] Sobre o tema: NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, págs. 34-81.

perante terceiros (“impõem um *dever ao Estado* no sentido de este *proteger* perante *terceiros* os titulares de direitos fundamentais”) e de não discriminação (“assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais”) [20]-[21]; com base nessas funções, tem-se que os direitos relacionados aos deveres estatais, correspondentes ao respeito, proteção e promoção aos direitos fundamentais, caracterizam-se como direitos a que o Estado se abstenha de intervir em determinadas esferas juridicamente tuteladas, bem como direitos a que o ente público empreenda comportamentos positivos.

[20] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, págs. 407-410.

[21] Como será objeto de sinalização, já nesta introdução, as três faces do princípio da proporcionalidade relacionam-se com o dever estatal em causa e a correspondente função do direito fundamental que se está a concretizar; assim, partindo-se de uma metódica estruturante que possibilite a aplicação racional dos enunciados jusfundamentais, ter-se-á que o princípio da proporcionalidade aparecerá como último elo da cadeia de ações concretizadoras a envolver a passagem do texto normativo do plano abstrato até a formação de uma regra de decisão para o caso. Não obstante, o princípio da proporcionalidade observará uma dinâmica específica, a depender da função jusfundamental objeto de concretização e do dever estatal em causa. No que se refere aos direitos de defesa, a proporcionalidade atuará na forma de uma proibição do excesso; já no que tange aos direitos a prestações positivas, a proporcionalidade assumirá a forma de uma proibição da insuficiência (ainda que possam variar, a depender do dever estatal que se está a exigir, os padrões capazes de justificar constitucionalmente uma omissão do Estado em concretizar o que estava *prima facie* determinado pela Constituição); por fim, de acordo com a teoria que se adote para a compreensão e aplicação da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, as duas faces anteriores – proibição do excesso e proibição da insuficiência – não serão capazes de funcionar satisfatoriamente, a partir do que o princípio da proporcionalidade será manejado de forma diferente, ou seja, apresentará outra face, caso se entenda que há um direito subjetivo jusfundamental de um particular em face do outro (teoria da eficácia imediata) e não, apenas, um dever estatal de proteção de uma pessoa privada contra a ação de outro particular (teoria dos deveres de proteção). De resto, dada a magnitude e densidade das questões a envolver o princípio da igualdade, o qual, para ser adequadamente tratado, teria de ser objeto de uma dissertação específica, a análise da proporcionalidade relacionada aos direitos de igualdade não será levada a efeito neste estudo, sendo que, apenas, arrolaremos algumas obras doutrinárias sobre o tema, a saber: BRITO, Miguel Nogueira de. Comentário ao Acórdão n.° 353⁄2012 do Tribunal Constitucional. *D&P/L&P. Volume I, Outubro-Dezembro, 2012, págs. 108-123*. Loures: Editor Paulo Noguês, 2012; CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1057-1122. GARCIA, Maria da Glória. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005. LUNÕ, Antonio Enrique Pérez. *Dimensiones de la Igualdad*. 2ª Edición. Madrid: Dykinson, 2007. MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, págs. 285-321. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4ª edição. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2017. ROSENKRANTZ, Carlos F. Igualitarismo y libertarismo: política, na antropologia. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales. nº 7, septiembre-diciembre 1990, págs. 193-202*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. RUBIO, Ana. Igualdad y diferencia. ¿Dos princípios jurídicos? *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año nº 2, nº 4, 1995, pp 259-286.* STASSE, François. Pour les discrimination positives. *Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques. Nº 111 – Discrimination Positive. Novembre, 2004, págs. 119-132*. STERBA, James P. Defending Affirmative Action, Defending Preferences. *COHEN, Carl. STERBA, James P. Affirmative Action and Racial Preference – A debate, págs. 191-278*. New York: Oxford University Press, 2003. YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. New Jersey: Princeton University Press, 2011. WEISSKOPF, Thomas E. *Affirmative Action in the United States and India - A comparative perspective*. London: Routledge, 2004.

Destarte, essa magnitude dada pelo constituinte à figura jurídica dos direitos fundamentais e a amplitude de suas espécies e diversidade de funções impõe, de outro lado, série de questões dogmáticas e problemas jusfundamentais que, a permitir a racional aplicação das normas constitucionais, merecem o devido enfrentamento; ainda, dada a sua heterogeneidade e a amplitude do âmbito de proteção constitucional em que são consagrados, os direitos fundamentais entram em colisão de forma recorrente, a partir do que a realização integral de um direito não é viável senão mediante a restrição de outro.

Como assevera precisamente Jorge Reis Novais, os desacordos a envolver os direitos fundamentais são questões essencialmente jurídicas e não, apenas, políticas ou filosóficas, de maneira que as desavenças estão relacionadas ao próprio reconhecimento do direito e sua existência enquanto garantia jurídica jusfundamental, bem como, após esse reconhecimento, debruça-se o dissenso sobre o objeto de proteção jusfundamental, conteúdo e extensão do âmbito de proteção *prima facie* dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição; contudo, o ponto mais sensível do embate jurídico sobre o tema diz com a questão a envolver a admissibilidade de restrições aos direitos fundamentais e, em caso de aceitação dessa possibilidade, é pauta de debate, a definição de quais seriam os parâmetros constitucionais de controle dessas restrições, de forma a se possibilitar a definição acerca da legitimidade da restrição ou, ao contrário, da violação ao direito fundamental; ou seja, ao final de tudo, o desacordo se torna mais acirrado nestas duas últimas hipóteses descritas, pois, de fato, "aquilo que importa decidir é se uma actuação do poder público que afectou desvantajosamente as possibilidades de acesso de um particular a bens jusfundamentalmente protegidos violou ou não as garantias jurídicas constituídas pelos direitos fundamentais" [22].

Nesse contexto, o grande desafio que se coloca diz com a indispensável concretização da Constituição (dos direitos fundamentais, notadamente, e da dignidade da pessoa humana, consequentemente), para o que a elaboração de uma teoria geral aplicável à realidade dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional brasileiro é uma necessidade premente; os direitos fundamentais configuram-se como garantias jurídicas e, com efeito, devem ser aplicados de forma racional e intersubjetivamente demonstrável, objetivo que, para ser alcançado, depende de uma teoria geral constitucionalmente adequada.

[22] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, págs. 42-46.

A partir disso, desenvolvem-se inúmeros embates doutrinários, os quais abarcam desde a forma pela qual a Constituição deve ser concebida, passam por teorias acerca dos direitos fundamentais e alcançam concepções hermenêuticas variadas; agora – e isso é um ponto comum entre todas as divergentes propostas – a questão central da teoria constitucional moderna é servir de suporte a possibilitar uma concretização⁄aplicação racional dos enunciados normativo-constitucionais, notadamente, quando essa concretização⁄aplicação é levada a efeito pela jurisdição constitucional.

Fala-se, aqui, em aplicação⁄concretização, no intuito de designar, amplamente, as diversas questões a envolver o tormentoso processo empreendido por um enunciado normativo de direito fundamental desde o plano abstrato até a sua incidência em face de um caso concreto, percurso que inicia com a própria identificação do conteúdo do direito e do objeto de proteção jusfundamental e termina com a análise das ações ou omissões do Estado ou, até, de particulares, que atinjam de forma desvantajosa o âmbito de proteção *prima facie* previamente delineado e reconhecido pela Constituição enquanto garantia jurídica, ainda que não definitiva; neste último ponto está o maior *desacordo,* o qual envolve a definição da possibilidade, limite, intensidade, pautas argumentativas, parâmetros constitucionais que devem ser observados quando do controle jurisdicional de constitucionalidade das ações e omissões do Estado que desfavoreçam os direitos fundamentais; em outras palavras, o *desacordo* envolve a definição de "quando uma limitação ou restrição de um direito fundamental exigida pela necessidade de protecção de um outro bem igualmente digno de protecção deve ou não ser considerada inconstitucional" [23].

Atualmente, sob o prisma da dogmática constitucional, o princípio da proporcionalidade constitui um dos pilares para o alcance da reposta ao último questionamento lançado (especialmente, sua utilização no controle de constitucionalidade das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais), configurando-se como uma ferramenta indispensável para a aplicação racional dos enunciados jusfundamentais; assim, "a proporcionalidade passou a ser um dos elementos nucleares do direito constitucional", sendo que isso ocorre não apenas no Brasil, Portugal e na Alemanha, mas, também, dentre outros Estados soberanos, em Israel, Canadá e ao longo de diversos países da Europa e da América Latina; não é demasiado

[23] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 57.

asseverar, acerca da exigência de proporcionalidade imposta constitucionalmente às restrições aos direitos fundamentais, que "hoje ela faz parte do que é chamado de constitucionalismo global" [24], ainda que a sentença mereça algum temperamento e delimitação de seu alcance, como será exposto [25].

Em outras palavras, pode-se dizer que, após a segunda grande guerra, houve um alastramento, para diversas ordens constitucionais ao longo do mundo, da ideia de proteção jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo a consecução desse ideal acompanhada do princípio da proporcionalidade, o qual se transformou em um elemento central para a aplicação dos direitos constitucionalizados; a difusão do princípio da proporcionalidade pode ser explicada por diversas razões, dentre as quais, de se destacar o fato de que o princípio da proporcionalidade passou ser um elemento essencial para aplicação do Direito, por representar, em sua essência, a passagem de uma "cultura da autoridade para a cultura da justificação" [26]-[27]-[28]; entrementes, uma vez que, em Estado de Direito, a promoção, proteção e respeito à dignidade da pessoa humana constituem o fundamento e a finalidade maior do Estado, o ente público, apenas, poderá adotar comportamentos que atinjam desfavoravelmente as esferas juridicamente protegidas dos indivíduos nas situações em que

[24] LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. *Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação – Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy, 2015, págs. 95-115*. Organização, tradução e revisão de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, pág. 96. Ver, também: BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, págs. 162-163. SWEET, Alec Stone and MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law 47 (2008): 73-165*. PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitucionalism. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 103-129*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

[25] Parte I, Capítulo III, 6.

[26] PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. Proportionality and the Culture of Justification. *American Journal of Comparative Law, Volume 59, Issue 2, 1 de abril de 2011, págs, 463-490.* Oxford: Oxford University Press, 2011, págs. 464-466. (Tradução livre).

[27] O termo *cultura da justificação* foi utilizado, inicialmente, por Etienne Mureinik, o qual, a partir da Constituição da nova África do Sul, entendeu que – diferentemente do regime anterior, onde vigia a *cultura da autoridade* – a ordem constitucional que fora instituída exigia que o Estado justificasse, a partir de razões de ordem material, o exercício do poder, ou seja, que os comportamentos estatais, notadamente, os que atingissem negativamente a esfera de liberdade dos particulares, repousassem sobre bases de razoabilidade e racionalidade. PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. Proportionality, págs. 474-475.

[28] Deve restar pontuado que o princípio da proporcionalidade é, para muitos, o elemento principal da cultura da justificação, contudo, impende abordar ao longo do trabalho se existem outros parâmetros que podem justificar constitucionalmente a intervenção estatal em um direito fundamental e, portanto, se a justificação constitucional para uma intervenção, a depender da ordem constitucional em questão, pode ser levada a efeito à revelia da proporcionalidade. Nesse sentido: GARDBAUM, Stephen. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridg Too Far? *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 221-247*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pág. 222.

houver justificação racional para tanto, o que pode ser demonstrado com base na satisfação das exigências inerentes ao princípio da proporcionalidade.

De outro lado, o traslado do princípio da proporcionalidade para o Direito Constitucional é correlativo à ideia de os direitos fundamentais se envolverem em colisões com outros direitos fundamentais ou outros valores, bens e interesses constitucionalmente protegidos e, por consequência, o princípio acompanha a ideia de a medotologia dedutivista e formalista da subsunção, por si só, não ser suficiente para a aplicação dessas normas [29].

Apesar da existência de consistentes críticas e de propostas alternativas, consideramos que, de fato e na prática, os direitos fundamentais, irremediavelmente, entram em colisão com outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos; a partir disso, para que um texto normativo-jusfundamental seja concretizado, não é viável que se prescinda do recurso à ponderação [30] de valores, bens e interesses quando da aplicação desses enunciados; as colisões normativas são fenômenos reais e constantes, notadamente, devido à forma positivação constitucional dos direitos fundamentais – genérica, indeterminada e com um amplo âmbito de proteção –, a partir do que entrechoques normativos são fenômenos recorrentes e inevitáveis.

Ainda que sejam aprimoradas as técnicas hermenêuticas direcionadas à fixação do conteúdo constitucionalmente estabelecido de cada direito fundamental, mediante a adoção de uma concepção não tão ampla e mais restrita acerca do âmbito de proteção *prima facie* dos referidos direitos, bem como seja especificado o conceito de restrição, é fato que, na prática, os casos jusfundamentais que se apresentarão, na maioria das vezes, demandarão, para a sua solução, o reconhecimento de conflitos entre os âmbitos de tutela normativa, sendo, consequentemente, exigida a ponderação entre os lados em embate e a consequente restrição

[29] Contudo, como bem adverte Vitalino Canas, apesar de o princípio da proporcionalidade aparcer no centro do embate entre as escolas formalistas e valorativas, há uma inclinação teórica que busca escapar das propostas mais extremas de ambas as escolas. "A maior parte das doutrinas mais influentes admitem – ou consideram inevitável – a conjugação de momentos formais, dedutivos, silogísticos com momentos não formais, não dedutivos". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 18.

[30] "Assim como você não pode ter uma pessoa sem sombra, você não pode ter um princípio sem um peso. A determinação da ponderação com base no peso significa a avaliação de cada um dos princípios no ponto de conflito". BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 230, nota 42. Passagem retirada do seguinte julgado, citado pelo autor, da Suprema Corte de Israel : HCJ 14⁄86 *Laor v. Israel Film and Theatre Council* (1987) IsrSC 41 (1) 421, 434. (Tradução livre).

de sua(s) esfera(s) protegidas [31]; nessa linha, tendo em vista a necessidade de resolução das colisões jusfundamentais a partir de uma ponderação constitucionalmente orientada, é indispensável, dada a ideia de *cultura da justificação*, que a fundamentação das restrições aos direitos fundamentais reste materialmente demonstrada, sendo o princípio da proporcionalidade um mecanismo capaz de fornecer alguns critérios substanciais para que essa comprovação seja alcançada [32].

Acerca da utilização da ponderação e do princípio da proporcionalidade, há, no Direito pátrio e no comparado, inúmeras obras dedicadas ao tema, sendo as conclusões dos estudos lançadas em duas perspectivas antagônicas; em suma, divergem: a proporcionalidade, notadamente, o seu terceiro elemento – proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação – é racional [33] ou é irracional [34] e pronto; há os que a aceitam e os que a repudiam e, para ambos os lados, todo e qualquer argumento de peso já foi lançado.

Essa assertiva poderia desencorajar um novo estudo sobre o princípio da proporcionalidade, pois nada mais haveria a se fazer senão aderir a alguma das correntes de pensamento já formadas e consolidadas; o espaço de criação estaria finalizado ou, na melhor das hipóteses, suas fronteiras seriam tão estreitas que não admitiriam qualquer passagem inovadora.

Contudo, não obstante a natural desilusão inicialmente experimentada, uma observação nos propulsionava para frente. Nunca se debateu tanto, a defender e a repudiar, acerca do princípio da proporcionalidade e da ponderação de bens e interesses no âmbito da doutrina brasileira [35]; a proporcionalidade amplamente considerada, ao lado da ponderação e da teoria da argumentação jurídica, sem sombra de dúvidas, são os temas que atualmente recebem maior atenção por parte da doutrina e jurisprudência constitucional do país.

Destarte, um assunto que parece tão batido, por quais motivos desperta esse encanto e, aqui o ponto, preocupação por parte dos estudiosos do Direito e dos Tribunais? A resposta é deveras simples: o princípio da proporcionalidade é um elemento central em Direito

---

[31] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pág. 639.
[32] PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. Proportionality, pág. 481.
[33] BEATTY, David M. *The Ultimate*, 2004.
[34] TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? *I•COM, July 2009, vol. 7, number 3, págs. 468-483*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
[35] LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A racionalidade da ponderação, pág. 95.

Constitucional, juridicamente relacionado à garantia de respeito, promoção e proteção da pessoa humana, estando intimamente ligado ao princípio do Estado de Direito, à concretização dos direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade das ações e omissões do Estado que afetem desvantajosamente os espaços *prima facie* jusfundamentalmente protegidos, contudo, no âmbito brasileiro, a discussão doutrinária e a prática jurisprudencial a envolver sua aplicação, as dúvidas que levanta, os contributos e prejuízos a serem trazidos para o sistema jurídico não estão suficientemente esclarecidos; no Brasil, os argumentos favoráveis, bem como as razões contrárias à utilização do princípio da proporcionalidade em Direito Constitucional não estão amadurecidos, uma vez que, em termos gerais, há uma reprodução das discussões que envolveram a aplicação do princípio em outras realidades constitucionais, não se contextualizando a questão às especificidades do sistema constitucional brasileiro; veja-se, por exemplo, na Alemanha, a discussão a envolver a utilização do princípio da proporcionalidade em Direito Constitucional já dura quase um século, enquanto, no Brasil, a questão, apenas, veio à tona com alguma consistência após a promulgação da Constituição Federal de 1988 [36].

De outro lado, acresce-se a isso tudo, o fato de não existir, nem mesmo, alguma outra proposta alternativa mais vantajosa e que não apresente problemas similares aos imputados ao princípio da proporcionalidade, razão pela qual o desiderato de se insistir no estudo do princípio se mostra pertinente; assim, pode-se afirmar, com toda a convicção, que, além de não resolvida, toda a questão afeta à utilização do princípio da proporcionalidade na doutrina constitucional brasileira está, ainda, no *princípio*.

Além disso, partindo-se da premissa de ser a ponderação inevitável, bem como da ausência de um método alternativo dotado de maior racionalidade ou que seja mais vantajoso, a redução das inseguranças decorrentes da utilização dessa técnica pela jurisdição constitucional apoia-se na definição de padrões argumentativos e procedimentais que devem ser observados quando de sua utilização, a partir do que o sopesamento pode se aproximar de

[36] Nota similar, contudo, relacionada à disparidade temporal em que a discussão acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais começou a ser realizada na Alemanha e no Brasil, é tecida por Ingo Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 13-36*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 14.

seu objetivo maior, qual seja ser realizado de forma racional e intersubjetivamente demonstrável.

Sendo a ponderação realizada pelo legislador, seu controle, uma vez que dela pode resultar uma restrição legislativa a um direito fundamental, ocorre mediante a fixação de limites constitucionais às possibilidades de o Estado restringir por lei esses direitos – limites aos limites (*Scharankenschranke*) –, contexto no qual, sem sombra de dúvida, o princípio da proporcionalidade mostra-se como a figura jurídica mais proeminente a materializar esse controle [37]; de outro lado, também, o princípio da proporcionalidade apresenta-se com sensível relevância quando do controle judicial das omissões ou comportamentos insuficientes do Estado relacionados à concretização de obrigações prestacionais impostas *prima facie* por direitos fundamentais positivos [38]; de resto, o princípio, também, possui significativa importância quando em causa a eficácia das normativas jusfundamentais em face de relações estritamente particulares.

O novo regime – social democrático – instituído com a Constituição Federal de 1988 trouxe, dentre outras novidades, um extenso catálogo de direitos fundamentais, os quais, agora, sem espaço para maiores indagações, vinculam todo o Estado, inclusive, o legislador, possuindo, ainda, efeitos no âmbito das relações particulares; nessa linha, a Constituição Federal brasileira positivou, em seu texto, direitos fundamentais de primeira (direitos civis e políticos), segunda (direitos de igualdade) e terceira (interesses transindividuais) dimensões

[37] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 643.

[38] Reconhece-se, aqui, que a distinção entre direitos positivos e negativos, isoladamente considerada, não é dogmaticamente determinante para a definição do regime jurídico e das margens de controle autorizadas à jurisdição constitucional (e, consequentemente, para a definição da face que o princípio da proporcionalidade assume na hipótese); a verificação de qual função o direito fundamental está a exercer no caso – defesa (direito negativo) ou prestacional (direito positivo) – deve ser conciliada à verificação do dever estatal em causa – respeito, promoção ou proteção –, encontrando-se, assim, a partir dessa conjugação, o núcleo fundamental para a definição do regime jurídico e das margens de controle de constitucionalidade das afetações desvantajosas, pois, por vezes, em situações pontuais, o controle de um comportamento positivo do Estado (que, por exemplo, reduz o nível de realização de uma prestação social) pode estar submetido ao mesmo regime jurídico e às mesmas margens de controle judicial que são verificados quando da fiscalização de uma omissão estatal (que, por exemplo, não promoveu o acesso individual a um bem ou interesse jusfundamental); ainda, com toda a evidência, deve ser verificada a estrutura normativa do direito fundamental em causa, sendo diversos os processos de concretização a depender da estrutura do enunciado de o direito fundamental. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 338-378. Contudo, como essas situações não infirmam a regra – direitos negativos possuem um determinado regime jurídico e direitos positivos possuem outro – não serão tecidas maiores considerações sobre as exceções; além disso, como o nosso objetivo é demonstrar o *funcionamento* do princípio da proporcionalidade, a distinção entre direitos negativos e positivos, na maioria das vezes, será dogmaticamente suficiente para a demonstração de cada face observada pelo princípio da proporcionalidade.

históricas e, de outro lado, estabeleceu uma vinculação obrigatória do Estado à observância – respeito, proteção e promoção – de todos eles.

Logo, os direitos fundamentais devem ser concretizados, fato que impulsionou a importação, pelos estudiosos e aplicadores do Direito Constitucional, de mecanismos jurídico-dogmáticos construídos em realidades jurídicas estrangeiras; pretendia-se que, a partir desses instrumentos já desenvolvidos, testados e que teriam a potencialidade de ser encaixados ao contexto constitucional brasileiro, estivessem à disposição dos aplicadores do Direito os meios adequados a possibilitar à realização dos ditames constitucionais, notadamente, a concretização racional dos enunciados de direitos fundamentais.

Contudo, na verdade, essa *nacionalização* de figuras dogmáticas externas – apesar de necessária, produtiva e potencialmente compatível com o sistema jurídico-constitucional pátrio – acabou por ser efetivada, muitas vezes, de forma equivocada ou sem a devida filtragem a possibilitar o perfeito encaixe com o texto da Constituição brasileira [39]; esse contexto englobou o princípio da proporcionalidade, o qual, a partir de 1988, convolou-se em um instrumento *chave* [40] para a concretização dos dispositivos jusfundamentais da Constituição brasileira, o que já havia ocorrido em outros sistemas constitucionais que adotaram o modelo de Estado de Direito em sentido material.

Assim, o primeiro desafio é esclarecer o que precisa ser refinado no princípio da proporcionalidade, tal qual desenvolvido em outros sistemas constitucionais, para que seja capaz de se adaptar à realidade normativo-constitucional brasileira e, após, calha demonstrar, em um segundo momento, como o princípio realizará a função de permitir a concretização dos direitos fundamentais; destarte, muito há, ainda, que se debater acerca do princípio da proporcionalidade – notadamente, no cenário do Direito Constitucional brasileiro –, sendo uma necessidade premente modelá-lo de maneira a que se acomode perfeitamente ao contexto deste específico Estado de Direito social e democrático e do seu particular sistema jurídico-constitucional positivo.

---

[39] Ver a crítica de Lênio Strek, notadamente, "as três recepções equivocadas no direito brasileiro (Jurisprudência dos Valores; ponderação alexyana; ativismo norte-americano). STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 47-55.

[40] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, págs. 161-162.

Essa simples constatação veio acompanhada de revitalização e trouxe a certeza de que, não só possível, um estudo que enfocasse o princípio da proporcionalidade sob o prisma dos específicos dispositivos constitucionais brasileiros mostrava-se, além de bem-vindo, indispensável.

3. Problemática geral e objetivos centrais

Até então, antes da *nova* Constituição, o tratamento da temática dos direitos fundamentais era escassa e dizia, apenas, com a ideia de garantia da liberdade individual, matéria abordada pela doutrina brasileira a partir da tradição do Direito Privado alemão e francês; a Constituição Federal de 1988 quebrou essa lógica e, com a adoção de um modelo de Estado de Direito social, outorgou proteção jusfundamental em seu texto a uma vasta gama de direitos sociais, bem como a interesses transindividuais; entrementes, como já pontuado, a doutrina brasileira sentiu a necessidade de buscar novos elementos teóricos externos para formar uma doutrina constitucional capaz de fazer valer a *nova* Constituição [41].

Assim, a doutrina brasileira que trata da temática a envolver os direitos fundamentais apareceu com algum relevo, apenas, após a promulgação da Constituição Federal de 1988; além disso, dentre as contribuições doutrinárias externas que foram importadas no intuito de possibilitar a concretização dos ditames constitucionais, deve ser destacado que as propostas teóricas desenvolvidas em terras brasileiras, em sua grande maioria, sofreram significativa influência da teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy [42]-[43], o que, como consequência, veio aliado à ideia de direitos fundamentais positivados, além das regras, por normas que devem ser objeto otimização (com estrutura de princípio), bem como da indispensabilidade da ponderação nos casos de colisões entre princípios, método que ficou

[41] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, pág. 47.
[42] PETERSEN, Niels. Alexy and the "German" Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test. *German Law Journal (2020), **21**, págs. 163-173*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, pág. 163.
[43] Nesse sentido, a indicar a teoria da argumentação jurídica de Alexy, ao lado da Jurisprudência dos Valores do Tribunal Constitucional Federal alemão e do realismo norte-americano, como as três principais formulações teóricas assimiladas (equivocamente) pela doutrina e jurisprudência brasileiras quando do advento da Constituição Federal brasileira de 1988: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, pág. 47.

integrado aos quadros do princípio da proporcionalidade, especificamente, ao segmento da proporcionalidade em sentido estrito [44].

Em linhas introdutórias e bastante sintéticas, a título de ilustração da proposta do autor, a qual será detalhadamente abordada ao longo deste estudo, pode-se dizer que, para Alexy, o *preceito* da proporcionalidade, integrante da própria concepção de direitos fundamentais como princípios (normas que devem ser objeto de otimização), apresenta uma aplicação similar em qualquer situação jurídica, independentemente do problema jusfundamental de base; ou seja, para fins de manejo prático-jurídico do princípio proporcionalidade e dos testes que lhe são inerentes, não é essencial que seja realizada previamente a identificação específica e precisa do caso de direito fundamental em pauta, das funções que o direito fundamental está a exercer e das obrigações estatais que se está a exigir; todos os elementos integrantes do *preceito* da proporcionalidade dirigem-se para a otimização dos princípios objetos de aplicação [45].

Para Alexy, a "construção dos direitos fundamentais" inicia pela diferenciação estrutural e qualitativa entre duas espécies normativas, quais sejam as regras e os princípios e, a partir disso, será definido o processo de concretização do direito fundamental; sendo um princípio a norma objeto de aplicação e havendo colisão com outros princípios, a ponderação aparece como método jurídico a ser utilização em qualquer caso de direito fundamental [46].

A visualização de quais os princípios que estão em colisão e, consequentemente, que devem ser objeto de ponderação, já se mostra suficiente; em suma, após a análise dos *preceitos* parciais da adequação e necessidade, deve o juiz constitucional, segundo a proporcionalidade em sentido estrito, realizar uma *ponderação* entre os princípios em colisão, a fim de definir qual irá prevalecer na hipótese, resolvendo-se de forma otimizada o caso; a ponderação, com estrutura de regra, deve ser racional e observar uma pretensão de correção,

[44] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
[45] Ver: ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. *La teoria principialista de los derechos fundamentales: estúdios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy, págs. 119-136*. Coordinación de Jean-R Sieckmman. Madrid: Marcial Pons, 2011.
[46] ALEXY, Robert. La construcción de los Derechos Fundamentales. *Colección Derecho, Estado y Sociedad, págs. 19-37*. Traduzido do original, "Die Konstruktion Von Grundrechte: Prinzipien und Argumentation", por Laura Clérico y Jan Sieckmann. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, págs. 19-25.

ou seja, uma pretensão de justiça [47], para tanto, impende que observe uma estrutura de regras argumentativas, as quais são estabelecidas pelo autor; contudo, essas premissas são as mesmas ou, no mínimo, muito similares, em todas as situações dogmáticas, sendo o sopesamento utilizado de maneira equivalente em todos os casos, independentemente do problema jusfundamental específico que estiver em causa; se há alguma variação, ela, apenas, refere-se às grandezas a serem ponderadas em cada caso de direito fundamental.

No âmbito da doutrina brasileira, como frisado, essa visão é largamente aceita por aqueles que admitem o uso do princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo de concretização dos enunciados normativos de direitos fundamentais; com efeito, na linha defendida por Robert Alexy, para boa parte da doutrina brasileira, o princípio da proporcionalidade, ainda que possa ser concebido como dotado de duas faces (proibição do excesso e proibição da insuficiência [48]), mantém o mesmo conteúdo, estrutura e, em suma, é aplicado de maneira muito similar em qualquer situação referente à concretização dos direitos fundamentais [49].

Na Teoria dos Princípios, Alexy reconstrói a Jurisprudência dos Valores [50], a qual foi desenvolvida, após a Lei Fundamental de Bonn (*Bonner Grundgesetz*), pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), a partir da ideia de que os direitos fundamentais formariam uma ordem objetiva de valores hierarquizados e, em caso de colisão, a solução da tensão deveria acarretar uma relação de precedência entre os valores em conflito, dando-se prevalência ao hierarquicamente superior na ordem axiológica definida pela Lei Fundamental de Bonn (*Bonner Grundgezetz*); Alexy reestrutura essa ideia e defende uma concepção dos direitos fundamentais enquanto princípios e apregoa a existência de uma ordem branda de valores (não definitiva), assim, em casos de colisão, a ponderação deve revelar qual princípio prevalece no caso concreto, o que variará a depender das condições fáticas e jurídicas de otimização dos princípios em embate; segundo Alexy, a teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios e sua imbricação com o preceito da

[47] ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Serie de Teoria Juridica Y Filosofia del Derecho, n.° 18.Tradución e introducción de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2011, pág. 16.

[48] Sobre a concepção de Alexy acerca da proibição da insuficiência: ALEXY, Robert. Sobre la estructura.

[49] A estabelecer um tratamento uniforme e invariável para a estrutura e aplicação do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais: Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Curso*, págs. 392-436.

[50] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, págs. 47-49.

proporcionalidade expressa e reconstrói a argumentação levada a efeito pelo Tribunal Constitucional Federal na sua jurisprudência sobre os direitos fundamentais [51].

Não obstante a ampla aceitação dessa ideia por boa parte da doutrina brasileira, algumas perguntas se colocam de imediato: o princípio da proporcionalidade mantém o mesmo conteúdo e a mesma estrutura, bem como impõe os mesmos testes e materializa um idêntico parâmetro de controle de constitucionalidade, indistintamente, em qualquer caso de direito fundamental? Em um segundo momento, mesmo se reconhecidas diferenças significativas – estruturais, metódicas, de conteúdo e casos em que são aplicáveis – entre a proibição do excesso e a proibição da insuficiência, as duas faces já consagradas do princípio da proporcionalidade, a questão que se coloca é estabelecer se essas duas faces são suficientes e funcionam satisfatoriamente para atuar como normas de controle em todos os casos de direitos fundamentais submetidos à apreciação da jurisdição constitucional ou, ao contrário, se essas duas faces não operam a contento na resolução de todos os casos jusfundamentais, a partir do que seria necessária a revelação, atribuição de conteúdo, estruturação, metódica e demarcação do âmbito de incidência para uma terceira face do princípio da proporcionalidade, a qual, ainda, não foi expressamente identificada pela doutrina e jurisprudência constitucionais. As soluções para esses questionamentos formarão o núcleo desta dissertação.

De outro lado, é pertinente ressaltar que, além das indagações principais já lançadas, inúmeros outros questionamentos relevantes e conexos às questões centrais deverão ser respondidos ao longo do trabalho; a título meramente exemplificativo dessas questões, é indispensável explicar se, efetivamente, a ponderação é realizada sempre da mesma forma e com o mesmo sentido em qualquer caso envolvendo a aplicação de direitos fundamentais, bem como se os espaços estruturais e epistêmicos para ponderar são os mesmo em qualquer hipótese; ou seja, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito exige, indistintamente, a realização da mesma valoração (ponderação) pelo aplicador do Direito em qualquer problemática jusfundamental posta em causa?

[51] Contudo, a correção dessa ilação de Alexy vem sendo posta em causa por relevante doutrina; por exemplo, Petersen sustenta que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy logra êxito em descrever corretamente a argumentação do Tribunal Constitucional Federal nos casos em que aprecia questões referentes à eficácia horinzontal de direitos fundamentais, contudo, a reconstrução é imprecisa quando a questão versa sobre a declaração de inconstitucionalidade da legislação pela Corte de *Karlsruhe*. PETERSEN, Niels. Alexy, pág. 164.

Em complemento, é pertinente indagar, também, se há identidade, independentemente do caso jusfundamental de base, dos espaços de liberdade do legislador para a realização do sopesamento ou se, ao contrário, há diferenças entre as suas esferas de liberdade para ponderar, a depender da situação posta em causa.

Ainda, devem ser detalhadas as relações e diferenças entre o terceiro elemento do princípio da proporcionalidade – proporcionalidade em sentido estrito – e a ponderação, bem como em face de outros critérios concorrentes, como, por exemplo, o princípio da razoabilidade; também, devem ser verificados em que termos se dão as provas de adequação e necessidade – primeiro e segundo elementos, respectivamente, integrantes do conceito amplo de proporcionalidade –, bem como se essas etapas do controle são pertinentes e se apresentam da mesma maneira em qualquer problema jusfundamental; assim, daquele questionamento geral – o princípio da proporcionalidade mantém a mesma estrutura e impõe os mesmos testes, indistintamente, em qualquer caso de direito fundamental? – observam-se subdivisões, a partir das quais se formam indagações mais precisas.

Outro ponto preliminar a merecer destaque refere-se à concepção aqui adotada de que o caminho na busca de respostas para essas indagações centrais deve ser trilhado conjuntamente com a teoria geral dos direitos fundamentais, ou seja, partimos de premissa a apontar para o fato de que o princípio da proporcionalidade não pode ser aplicado isoladamente, descontextualizado de uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada; entrementes, sua utilização, enquanto norma de controle, ocorre no contexto de uma dogmática geral relacionada à aplicação dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, sendo o princípio da proporcionalidade apenas uma das etapas – ainda que de essencial importância – para a concretização das normativas jusfundamentais.

Também importante salientar que, além de encaixar a dogmática da proporcionalidade à Constituição brasileira, temos que mesmo as construções teóricas existentes no Direito comparado podem aceitar inovações, ainda que sutis e relacionadas a pontos específicos do que já foi desenvolvido; é inegável que o princípio, ainda, dadas as objeções que lhe são usualmente opostas, caminha sobre gelo fino e, uma vez abalado, poderá não se sustentar, a partir do que uma evolução na formatação já desenhada mostra-se pertinente; de outro lado, o encaixe dessas construções teóricas ao regime jurídico-constitucional brasileiro faz-se necessário.

Será buscado na presente dissertação o aprimoramento de alguns aspectos sobre o que já foi escrito acerca ao princípio da proporcionalidade (e nisso, encontra-se, ainda que sutilmente, um inovar) [52], mas, aliado a isso, de forma mais intensa, a partir da resolução das questões centrais destacadas, pretendemos propor algo efetivamente diferente, notadamente, expor as insuficiências da proibição do excesso e da proibição do defeito para atuarem em casos nos quais a jurisdição constitucional aplique direta e imediatamente enunciados normativos jusfundamentais em face de relações privadas; nesse âmbito, o princípio da proporcionalidade deverá revelar uma terceira face, a qual demandará uma reestruturação interna, reformulação dos testes de lhe são inerentes, dentre outros aspectos que lhe darão autonomia dogmática em relação à proibição do excesso e à proibição do defeito.

Além disso, este estudo pretende contribuir para um detalhamento na aplicação do princípio da proporcionalidade; nesse sentido, devem ser especificados os pressupostos e requisitos para a incidência do princípio e, em momento subsequente, necessário que seja pormenorizadamente desenhado o procedimento de sua aplicação.

Nessa linha, também, com base na teoria geral dos direitos fundamentais, buscaremos apresentar acréscimos e maior consistência na aplicação do princípio da proporcionalidade; temos que a precisa definição prévia do problema jusfundamental de base (controle das restrições legislativas, controle das omissões estatais relacionadas a deveres prestacionais jusfundamentais e incidência direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares) é indispensável para a visualização de qual face o princípio da proporcionalidade apresentará na hipótese e, consequentemente, para a demonstração da estrutura, conteúdo, procedimento aplicativo e *modus operandi* que o princípio manifestará no caso; além disso, o entendimento acerca das funções jusfundamentais – de defesa ou à prestação positiva – bem como dos deveres estatais decorrentes dos direitos fundamentais, são questões que devem estar previamente demarcadas antes da aplicação do princípio da proporcionalidade.

[52] Umberto Eco, em texto nominado "nos ombros dos gigantes", cita a máxima de Bernardo de Chartres, o qual "dizia que somos como anões sobre os ombros de gigantes, de modo que podemos ver mais longe que eles, não em virtude de nossa estatura ou da acuidade de nossa visão, mas porque, estando sobre os seus ombros, estamos acima deles". Afirma Eco, por exemplo, que Santo Tomás inovou em muitos aspectos o pensamento cristão, contudo, não se constrangia em afirmar que nada mais havia feito senão "repetir o que Santo Agostinho dissera oito séculos e meio antes"; prossegue Eco: "simplesmente, o pensador medieval considerava justo corrigir aqui e ali as opiniões de seus antecessores quando achava que tinha, precisamente graças a eles, ideias mais claras". ECO, Humberto. *Nos ombros dos gigantes. Escritos para La Milanesiana, 2001-2015*. Tradução de Eliana de Aguiar. Rio de Janeiro ● São Paulo: Editora Record, 2018, pág. 22.

Ainda, uma passagem pela teoria da norma, o estabelecimento de uma metodologia aplicativa a partir de um desenho de suporte fático para os direitos fundamentais, a demarcação do âmbito de proteção, a definição das restrições, a identificação dos critérios materiais aptos a justificar uma afetação desvantajosa, dentre outros, são premissas que devem ser buscadas na teoria geral dos direitos fundamentais e condicionam a aplicação do princípio da proporcionalidade em cada situação.

Com a construção teórica que será desenvolvida, pretendemos, também, apresentar um contributo para que a formatação e aplicação do princípio da proporcionalidade pela jurisdição constitucional possam ser efetivadas sem comprometer o espaço de conformação da Constituição, reconhecido pelos princípios democrático e da separação dos poderes, ao legislador democraticamente eleito.

4. Hipóteses

Uma análise voltada para o processo de evolução histórica empreendida pela proporcionalidade mostra que, como instrumento jurídico, o princípio possui matriz no Direito Administrativo, onde funcionava como um limite jurídico às ações de polícia, impondo a exigência de a Administração, ao intervir restritivamente na liberdade individual, valer-se de meios idôneos e necessários; esse mecanismo de controle do poder estatal acabou por ser trasladado para o Direito Constitucional e, especialmente, após a promulgação, na Alemanha, da Lei Fundamental de Bonn, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão passou a aplicá-lo em conjugação com as normas de direitos fundamentais, limitando-se amplamente, assim, a partir do texto constitucional, a atuação estatal restritiva, inclusive, a atividade legiferante.

A percepção inicial que se teve acerca dessa nova acepção dada ao princípio da proporcionalidade o colocava como um mecanismo essencialmente de defesa, uma proibição do excesso, o qual atuava conjugado com uma norma de direito fundamental e com um caráter garantístico de proteção à liberdade individual; nesse passo, impunha exigências de adequação e necessidade que deviam ser observadas pelas restrições, bem como foi agregado de um novo elemento constitutivo – proporcionalidade em sentido estrito –, pelo qual, uma

vez ultrapassados os testes precedentes, devia ser realizada uma ponderação entre os direitos em colisão, a fim de se estabelecer uma relação de precedência para o caso.

Ocorre que, após esse momento inicial, outras questões a envolver os direitos fundamentais passaram a ser pauta de atenção da jurisprudência, bem como da doutrina constitucional; em razão de ser reconhecida fundamentalidade a alguns bens de caráter social e da identificação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual decorre, dentre outros efeitos, deveres de proteção, o Estado passou a ser obrigado a cumprir determinadas prestações positivas, normativas e materiais, sendo que o princípio da proporcionalidade, estruturado da mesma forma do que quando da aplicação de um direito fundamental em sua função de defesa, passou a ser entendido como uma limitação jurídica às omissões ou insuficiências estatais, ou seja, uma proibição de proteção deficiente ou de déficit de realização.

Ainda, os direitos fundamentais também passaram a ter relevo no âmbito das relações particulares, sendo pauta de discussão a eficácia dessas normas constitucionais perante as pessoas privadas; nesse contexto, para os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais em face das relações privadas, o recurso jurídico utilizado para solução dessas questões acabou por ser o mesmo princípio da proibição do excesso e, ainda, manejado de idêntica maneira quando do controle das restrições legislativas; de outro lado, para os adeptos à teoria dos deveres de proteção, a resolução dessas questões passa pelo princípio da proibição da insuficiência.

A hipótese que se pretende demonstrar na presente dissertação é que a formatação primeira do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, âmbito no qual foi modelado, inicialmente, apenas, como uma proibição do excesso, merece uma reestruturação quando sua aplicação for dirigida para resolver outros nódulos problemáticos a envolver a concretização dos direitos fundamentais; assim, como a importação do princípio do Direito Administrativo para a esfera constitucional implicou a reformulação de sua forma de aplicação e, também, de sua estrutura interna, o que foi feito de maneira a possibilitar o cumprimento da nova função dogmática que lhe fora atribuída, é necessário, além disso, dentro do Direito Constitucional, adaptá-lo às diferentes questões jusfundamentais que se colocam.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade atuará de uma forma quando manejado como norma de controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais e será empregado de maneira diversa quando do controle das omissões do Estado em efetivar prestações jusfundamentais positivas impostas pela Constituição; nesses dois âmbitos de aplicação, as faces da proibição do excesso e da proibição da insuficiência são capazes de apresentar respostas satisfatórias; contudo, além disso, pretendemos demonstrar que, também, será diferente o *modus operandi* do princípio da proporcionalidade nos casos de eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas; nesse contexto, as diferenças implicarão o reconhecimento de uma terceira face para o princípio da proporcionalidade.

Como já se pode intuir a partir do que foi dito até o momento, interessa-nos a análise do princípio da proporcionalidade sob o prisma de sua aplicação pela jurisdição constitucional, ou seja, enquanto mecanismo jurídico dirigido ao controle de constitucionalidade das restrições em sentido amplo ou afetações desvantajosas aos direitos fundamentais; ainda, é a relação entre o legislador democraticamente eleito e o controle jurisdicional das ações e omissões normativas que aqui relevam, contudo, os termos em que o legislador se encontra vinculado ao princípio da proporcionalidade quando da produção da norma serão avaliados, apenas, ao passo em que isso for pressuposto para a definição do seu *modus operandi* no momento de sua utilização pelo Poder Judiciário; valemo-nos, aqui, da terminologia adotada por Vitalino Canas, o qual identifica no princípio da proporcionalidade uma "norma de ação dirigida ao legislador", âmbito no qual a "proibição do excesso descreve-se como um conjunto de critérios que devem ser observados no procedimento – não linear nem necessariamente ritualizado – de decisão legislativa" e, também, uma "norma de controlo" que, dirigida ao juiz constitucional na sindicância das decisões legislativas, funciona como "um *parâmetro* para o *julgamento das operações de ponderação e harmonização* realizadas pelo legislador", a partir do que releva para este trabalho o estudo do princípio da proporcionalidade enquanto "norma de controlo" [53]; de resto, evidentemente, a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade quando da aplicação direta e imediata de direitos fundamentais pela jurisdição em face de relações particulares será objeto da nossa atenção.

[53] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 36-37.

5. Premissas básicas

Na sequência deste momento introdutório, outro ponto a ser esclarecido versa acerca da necessidade de serem adotadas algumas premissas teóricas quando da aplicação dos direitos fundamentais, uma vez que, sem elas, o princípio da proporcionalidade não encontra sentido, pelo menos, não enquanto figura dogmática e direcionada para a aplicação do Direito; nesse contexto, também é pertinente o esboço preliminar de alguns conceitos que serão utilizados ao longo do estudo.

Nesse sentido, premissa inicial para o emprego do princípio da proporcionalidade é a aceitação do fenômeno jurídico da colisão normativa a envolver os direitos fundamentais; a adoção de uma teoria interna dos limites a esses direitos ou uma visão de integridade do sistema constitucional implicaria o afastamento do princípio da proporcionalidade enquanto recurso jurídico; destarte, deve restar clara ao longo do estudo a inevitabilidade e as vantagens práticas de se aceitar esse fenômeno – colisão jusfundamental – e, em razão disso, a impossibilidade de essas normas constitucionais serem aplicadas à revelia da proporcionalidade e da ponderação.

Outra questão digna de nota é a plena aceitação da possibilidade jurídica de restrições ao objeto ou âmbito de proteção jusfundamental inicialmente demarcado no plano constitucional; nesse passo, em um primeiro momento, entendemos ser necessário precisar o conteúdo do direito fundamental, quais esferas da vida ou comportamentos restam abarcados em seu âmbito de tutela protetiva, traçando-se, assim, o seu limite [54].

De outro lado, por restrição, referimo-nos, em sentido amplo, a toda e qualquer ação ou omissão [55]-[56] que possa de alguma forma interferir desfavoravelmente no alcance do objeto de

[54] A indicar ser o "conceito de limite" um "pressuposto para o conceito de restrição". ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, Vol. II, A construção dogmática*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 427. Ainda, na mesma obra, à pág. 467, o autor define sinteticamente o conceito de *limites* como "normas que excluem a protecção ou afectam as possibilidades de realização de um direito fundamental".

[55] O uso da figura jurídica da *restrição* pode ser tido como incompatível com um *suporte fático* de direito fundamental à prestação positiva. Isso porque, dentre outras razões, a própria natureza e identidade dos fenômenos pressupõem realidades fáticas e jurídicas absolutamente divergentes. Enquanto que para uma restrição reste perfectibilizada é pressuposto a ocorrência de um agir estatal desvantajoso ao direito fundamental,

tutela jusfundamental ou no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, sendo dogmaticamente possível que as afetações negativas originem-se de ações ou omissões do Estado ou de particulares.

A definição descrita, ante a ausência de dados normativos precisos na Constituição brasileira a possibilitar o desenho conceitual a partir do texto constitucional, é formulada com base doutrinária. Em um primeiro momento, apesar de não aceitar que comportamentos de particulares possam possuir a natureza jurídica de restrições aos direitos fundamentais, o conceito formulado por Jorge Reis Novais é muito esclarecedor; o autor, ao estabelecer um conceito amplo de restrição, afirma ser entendido "genericamente por *restrição* a acção ou omissão estatal que afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade de sua garantia e promoção resultam para o Estado" [57].

Também esclarecedor da figura que estamos a tratar é o conceito proposto por José de Melo Alexandrino, para quem, valendo-se do termo *afetações*, designa as possibilidades de intervenções que, desvantajosamente, atingem os direitos fundamentais; assim, para o autor, são afetações todas "*as acções que atingem desfavoravelmente a norma, o objecto, o conteúdo ou outros efeitos de protecção de um direito, liberdade e garantia*"; ainda, assevera

---

de outro lado, no direito à prestação positiva, tem-se precisamente a situação inversa, qual seja a omissão ou atuação insuficiente do Estado. Faticamente e juridicamente a restrição diminui algo, assim, como diminuir o que não existe? Contudo, apesar da pertinência do apontamento, não nos vemos na obrigação de estabelecer, neste trabalho e para as finalidades a que se propõe, outra grandeza dogmática para explicar as afetações desvantajosas aos direitos fundamentais a prestações positivas. Sob o prisma analítico-conceitual justificar-se-ia a distinção, mas, para os objetivos deste estudo, basta que seja visualizável o que queremos expressar com o conceito amplo de *restrição*, ou seja, deixar manifesto que os direitos a prestações positivas também podem ser afetados desvantajosamente e que essa ausência de realização é sindicável judicialmente com base em critérios de constitucionalidade típicos do Estado de Direito, dentre os quais se inclui o princípio da proporcionalidade. Ainda, quando necessário for, o tipo de restrição será especificado.

[56] Nesse sentido, a considerar afetações desvantajosas aos direitos fundamentais sociais, em sua função positiva, verdadeiras restrições e, como tais, sujeitas a *limites*: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 13 e 189-209. Contudo, importante destacar que, em outra obra, o autor esclarece que as omissões podem funcionar como restrições aos direitos fundamentais, apenas, nas situações em que "da norma constitucional de garantia do direito fundamental pudermos deduzir imediatamente obrigações estatais precisas, ainda que com caráter não definitivo, fechado ou absoluto", a partir do que o "não cumprimento de tais obrigações (por acção ou por omissão) deve ser dogmaticamente configurado por aquilo que é: afectação ou restrição de direito fundamental". NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 288.

[57] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 157.

que essas intervenções podem ser oriundas dos poderes públicos, de particulares e, inclusive, do próprio titular; contudo, o autor nega a possibilidade de inclusão das omissões em efetivar deveres jusfundamentais prestacionais nesse conceito, bem como não admite que comportamentos particulares possam ser caracterizados como restrições ou intervenções restritivas [58].

Contudo, diferentemente ao prescrito pelo autor e nos termos que serão desenvolvidos ao longo desta exposição, não opomos reservas à inclusão da omissão, total ou parcial, desfavorável à promoção ou proteção de um direito fundamental, como elemento integrante do conceito amplo de restrição, razão pela qual o não agir estatal pode, também, caracterizar-se como uma afetação desvantajosa; além disso, não vemos impossibilidade de se definir como intervenções restritivas, em sentido mais estrito, as ações particulares que atinjam desfavoravelmente direitos fundamentais de outras pessoas privadas.

Destarte, neste momento preliminar, o conceito trazido de restrição em sentido amplo ou afetação desvantajosa mostra-se suficiente para expressar a figura dogmática em questão e sinaliza a necessidade de essas ações ou omissões desfavoráveis ao direito fundamental encontrarem justificativa constitucional e se submeterem a controle.

A necessária precisão conceitual será elaborada na segunda parte do trabalho – aplicação prático-dogmática –, ao passo em que se fizer necessária para a perfeita identificação de qual modalidade de restrição ou afetação desvantajosa se está a controlar pelo princípio da proporcionalidade; não obstante, repisa-se, para a primeira parte do estudo, essa conceituação genérica é bastante e supre as necessidades de entendimento acerca do fenômeno que se está a abordar.

Ainda, no que se refere aos direitos fundamentais a prestação positiva [59]-[60], tem-se que, assim como os direitos de defesa, seus âmbitos de proteção jusfundamentais são passíveis de

[58] ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais*: Introdução Geral. 2ª edição. Cascais: Principia, 2011, págs. 113 e 123-125.

[59] Para autores como Carlos Bernal Pulido, figuras tais quais posições *prima facie*, restrições e princípio da proporcionalidade formam um composto capaz de dar suporte a uma construção dogmaticamente adequada para fundamentar a explicitação do conteúdo vinculante para o legislador quando da concretização de direitos fundamentais prestacionais. Nas palavras do autor: "os enunciados dos direitos fundamentais prestacionais dão lugar a normas e posições *prima facie*, que admitem restrições legislativas, sempre e quando sejam proporcionais. Essas restrições podem estar justificadas em razão das limitações econômicas, e ademais, em razão das exigências que se desprendem de outros direitos fundamentais, sociais, democráticos ou de liberdade, ou de outros bens constitucionais. Desta perspectiva, o princípio da proporcionalidade atua como critério definidor da vinculação que emana dos enunciados dos direitos prestacionais. A análise da proporcionalidade das

sofrer afetações desvantajosas, as quais, também, submetem-se a controle de constitucionalidade; contudo, nessas situações, a restrição decorre da ausência de realização do determinado *prima facie* pela norma constitucional, assim, se a restrição violar o direito fundamental, surgirá o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

De resto, também se mostra pertinente deixar especificado os conceitos de restrição em sentido estrito e intervenção restritiva; aqui, valemo-nos, novamente, das definições de Jorge Reis Novais, para quem as "*restrições em sentido estrito* têm uma vocação normativa geral e abstrata", a partir do que se vislumbra "uma redução, amputação ou eliminação do conteúdo *objectivo* do direito fundamental constituído, reconhecido, conformado ou delimitado por essa norma, restringindo-se o seu âmbito de proteção"; de outro lado, deve ser entendida como intervenção restritiva, a afetação desvantajosa que incidir em face do "conteúdo da posição individual que resulta da titularidade de um direito fundamental, permanecendo, todavia, em princípio, inalterada a norma de direito fundamental e o correspondente conteúdo objectivo do direito" [61].

Em suma, seguimos, assim, algumas premissas teóricas, as quais, mais do que possibilitar, requerem a utilização do princípio da proporcionalidade como um mecanismo

---

restrições a esses direitos indica se, nos casos concretos, as posições jusfundamentais em que se concretizam valem somente *prima facie*, ou se também valem de maneira definitiva. Este tipo de análise de proporcionalidade recebe o nome de proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Sua estrutura é muito similar a do princípio da proporcionalidade que se aplica para o controle das intervenções legislativas nos direitos de defesa (o *Übermassverbot).*" PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, pág. 390. (Tradução livre). Vemos com muita dificuldade a aceitação da proposta transcrita pelo autor na excelente obra respeitante ao tema que ora abordamos. Sem maiores aprofundamentos neste momento, uma vez que a matéria será objeto de análise mais acurada em oportunidade posterior, é muito duvidoso que a utilização do princípio da proporcionalidade nesse âmbito se dê da mesma forma do que quando do controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais em sua perspectiva de defesa, razão pela qual opomos muitas reservas à potencialidade efetiva dos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tal qual desenvolvidos para o controle das ações estatais desvantajosas aos direitos fundamentais de defesa, revelarem uma omissão estatal sem justificação constitucional (*restrição*). Nesse ponto, há dois caminhos, ou se abandona o princípio da proporcionalidade enquanto critério estrutural ou se reformula sua estrutura e composição analítica quando em causa a concretização de um direito à prestação positiva. Ainda e por fim, a ideia desenvolvida por Pulido, na linha já traçada por Alexy e Borowski, admite que princípios ditos formais sejam objeto de ponderação, o que, também, parece inviável. Por tudo isso, apenas, citamos a posição do autor e, neste momento, bastamo-nos a opor algumas reservas sem, ainda, definirmos posição sobre o tema, o que será feito em momento oportuno. ALEXY, Robert. *Teoria*, 2008. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Serie Teoría Jurídica y Filosofía Del Derecho, n.° 25. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

[60] Em sentido contrário, negando a aplicabilidade do conceito de *restrição* aos direitos sociais: ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema*, pág. 425.

[61] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 193-194.

jurídico de concretização dos enunciados normativos de direitos fundamentais, bem como conceituamos algumas figuras dogmáticas que recorrentemente aparecerão durante a exposição; por fim, pertinente consignar também que partindo da proposta desenhada por Jorge Reis Novais, entendemos os direitos fundamentais enquanto *trunfos contra a maioria* – o que, implicitamente, pressupõe nosso assentimento em relação à tensão potencial entre democracia e Estado de Direito –, bem como compreendemos os direitos fundamentais como garantias jurídicas gravadas por uma *reserva geral imanente de ponderação* [62]-[63].

Essas bases teóricas dão suporte e explicam, especialmente, a possibilidade de ocorrência de restrições em sentido amplo aos direitos fundamentais, bem como sustentam a eventualidade de não realização de um direito a prestação positiva; contudo, e aqui está o objetivo da presente dissertação, essas possibilidades restritivas são submetidas a pautas materiais de controle, dentre as quais se encontra o princípio da proporcionalidade, ou seja, em Estado de Direito, uma afetação desvantajosa a um direito fundamental, apenas, pode ser justificada sob o prisma constitucional, quando obedecer aos ditames do princípio da proporcionalidade.

Entrementes, a concepção dos direitos fundamentais enquanto *trunfos contra a maioria* dotados de uma *reserva geral imanente de ponderação* requer, como elo final, a definição mais completa possível das referidas pautas materiais de controle, sendo que, neste trabalho, dedicar-nos-emos à análise das diversas faces que o princípio da proporcionalidade assume nesse contexto.

De outro lado, mostra-se necessário, também, definir as bases teóricas a justificar a eficácia dos direitos fundamentais em face das pessoas privadas e, como será demonstrado, a depender da concepção/teoria adotada, o princípio da proporcionalidade, igualmente, aparecerá como um mecanismo indispensável a permitir a concretização dos direitos fundamentais nesta seara, sendo que, neste ponto, poderemos nos afastar das ideias de Jorge Reis Novais.

---

[62] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, págs. 15-85. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, págs. 18-67.

[63] Como será descrito no decorrer do estudo, encontramos justificativa para a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais no direito constitucional de colisão (*kollidierendes Verfassungsrecht*), contudo, não há oposição de fundo entre esta última proposta e a concepção dos direitos fundamentais como garantias afetadas por uma *reserva geral imanente de ponderação*, nos termos propostos por Jorge Reis Novais.

Ultrapassadas essas básicas premissas teóricas, pertinente consignar que o objetivo do trabalho não é desenvolver uma teoria geral aplicável aos direitos fundamentais da Constituição brasileira, nem especificar regras de argumentação que possibilitem a interpretação, ponderação e aplicação das normas constitucionais jusfundamentais de forma racional e intersubjetivamente demonstrável; não iremos tão longe.

Buscaremos a compreensão de um único elemento – o princípio da proporcionalidade – e de como deve ocorrer sua utilização em Direito Constitucional, notadamente, na concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional; evidentemente, no curso desta empreitada, restará claro que a análise do princípio da proporcionalidade não pode ser efetivada de forma estanque, sua compreensão demanda, necessariamente, um diálogo com outros fenômenos constitucionais; além disso, o estudo será contextualizado no âmbito da teoria do Direito, da dogmática.

A relação que interessa é a empreendida pelo princípio da proporcionalidade no contexto de aplicação dos direitos fundamentais e, mais especificamente, no que tange aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal brasileira de 1988, sendo esta base normativa a referência empírica para a dissertação; também, a atenção do estudo dirigir-se-á, notadamente, à relação empreendida entre o princípio da proporcionalidade como norma de controle, a jurisdição constitucional e o legislador democraticamente eleito; também, importam, aqui, as relações entre os direitos fundamentais, as pessoas privadas e o princípio da proporcionalidade.

6. Caminho a ser percorrido

Para demonstrar a existência das três faces do princípio da proporcionalidade quando da concretização dos direitos fundamentais, o trabalho será organizado em dois grandes blocos; o primeiro buscará traçar o processo histórico-evolutivo observado pelo princípio da proporcionalidade desde as suas origens mais remotas até a sua conformação atual – contexto no qual serão demonstradas as propostas iniciais da doutrina e jurisprudência germânicas, além da recepção dessas construções teóricas no espaço jurídico brasileiro –, bem como

pretenderá essa primeira parte do estudo proceder às devidas especificações conceituais e distinções analíticas entre o princípio da proporcionalidade e algumas figuras que lhe são afins; ainda, serão avaliados o papel e possíveis limites do princípio da proporcionalidade no âmbito do denominado *constitucionalismo global* e sua utilização como um mecanismo *universal* para a aplicação de todos os direitos fundamentais.

O segundo bloco delineará as diferentes aplicações dogmáticas do princípio da proporcionalidade, notadamente: no controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais; no controle das omissões estatais – totais ou parciais – referentes à ausência de realização dos comandos prestacionais *prima facie* oriundos dos enunciados normativos jusfundamentais a prestações positivas; na aplicação direita e imediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares.

Nesses termos, iniciar-se-á pela análise da progressão histórica empreendida pelo princípio da proporcionalidade e, em especial, sua evolução conjunta com o princípio do Estado de Direito; necessário, assim, que seja verificado qual o sentido e que aplicação foi dada à proporcionalidade no Estado Absoluto, no Estado de Direito liberal e, após, no Estado de Direito social e democrático.

Referido processo histórico-evolutivo compreende a identificação das origens mais remotas e, também, filosóficas do princípio da proporcionalidade, até seu traslado para o âmbito do Direito e sua utilização enquanto mecanismo jurídico; nesse último contexto, calha demonstrar como a ideia de proporcionalidade foi absorvida, em um primeiro momento, pelo Direito Administrativo, bem como quais os mandamentos específicos que essa exigência de proporcionalidade determinava fossem observados pelas ações de polícia restritivas à liberdade individual; após, será verificada a migração feita pelo princípio da proporcionalidade, notadamente, sua incorporação ao Direito Constitucional, âmbito no qual foi desenhado como uma ferramenta jurídica destinada a concretizar e ter aplicação conjunta com os enunciados normativos de direitos fundamentais.

A descrição e entendimento desse enredo histórico e cadeia evolutiva são pertinentes, pois possibilitam verificar que o princípio da proporcionalidade surge como uma ideia filosófica, mas acaba por ser encampado pelo Direito, âmbito no qual é destinado à proteção jurídica da liberdade individual frente às investidas estatais; no Direito Administrativo recebeu uma determinada aplicação, bem como foi reconhecido como composto por uma

específica estrutura interna, contudo, ao alcançar o Direito Constitucional, foi dotado de uma conotação diferente, além de ser integrado por outro elemento constitutivo.

Em suma, o princípio da proporcionalidade mantém, enquanto grandeza jurídica, desde o início, um sentido forte de limitação aos poderes do Estado; ao passo em que o Estado de Direito evoluiu, a exigência de proporcionalidade imposta às ações estatais, igualmente, amadureceu e passou a estabelecer barreiras mais amplas e consistentes à atuação dos poderes públicos.

No seu primeiro momento no plano do Direito Constitucional, o princípio da proporcionalidade foi manejado, apenas, na condição de uma *proibição do excesso*, ou seja, conjugada com enunciados normativos jusfundamentais negativos, a proporcionalidade passou a impor, às restrições aos direitos fundamentais de defesa, a necessária aprovação em testes sucessivos para que pudessem encontrar justificação constitucional.

Contudo, em sua figuração enquanto limite ao poder estatal, o princípio da proporcionalidade não se bastou apenas com o exercício desse papel, tendo, a partir da consolidação do Estado de Direito social e democrático, encontrado uma função mais ampla, de forma a estender, sob pena de inconstitucionalidade, a indispensável observância de suas exigências às omissões estatais em concretizar obrigações jusfundamentais positivas *prima facie* determinadas pela Constituição; também, passou a possuir sensível relevância nas situações a envolver a aplicação e eficácia dos direitos fundamentais em face de relações particulares.

Logo, pretende-se demonstrar que a adaptação, reestruturação, refuncionalização e nova aplicação não são fenômenos estranhos ao princípio da proporcionalidade, ao contrário, são realidades que sempre o acompanharam, portanto, nada impede que siga a receber nova formatação, sentido jurídico e diferentes hipóteses de incidência.

Nesse sentido, será demonstrado que a passagem do princípio da proporcionalidade do âmbito filosófico para a esfera jurídica, posteriormente, neste último contexto, do Direito Administrativo para o Direito Constitucional e, após, a evolução do constitucionalismo e alteração do regramento jurídico das relações entre Estado e indivíduos, inclusive, entre os próprios particulares, demandou uma readaptação do princípio da proporcionalidade, tanto no que se refere à ampliação de suas hipóteses de incidência quanto em sua própria estrutura interna e conteúdo.

A demonstração dessas novas possibilidades reconhecidas ao princípio da proporcionalidade no plano do Direito Constitucional começa pela análise de alguns *leading cases* do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a matéria; a jurisprudência formada pelo *Bundesverfassungsgericht*, após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (*Bonner Grundgezetz*), em 1949, foi pioneira e recorrente ao se utilizar do princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo jurídico aplicável ao Direito Constitucional.

Nas decisões judiciais da Corte, usualmente, a proporcionalidade foi manejada como uma barreira jurídica a limitar as possibilidades de restrições legislativas aos direitos fundamentais; não obstante, o Tribunal de *Karlsruhe*, também, valeu-se do princípio da proporcionalidade para a resolução de outros casos de direitos fundamentais, nos quais o problema dogmático de base era diverso do existente quando do controle de constitucionalidade das restrições legislativas, situações em que, apesar de não admitir expressamente, aplicou a proporcionalidade com algumas diferenças, as quais serão devidamente apontadas neste estudo.

Assim, apesar de acabar por definir, independentemente do caso, a estrutura interna do princípio da proporcionalidade como composta pelas exigências parciais de *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, o Tribunal Constitucional Federal alemão fez algumas adaptações, a depender da situação concreta colocada sob sua apreciação, de forma a que a proporcionalidade pudesse ser manejada em cada caso concreto submetido à sua apreciação jurisdicional de acordo com o específico problema jusfundamental em causa e, assim, apresentar resultados satisfatórios em todas as hipóteses.

Verificar-se-á que as diferentes situações dogmáticas a envolver a aplicação de enunciados normativos de direitos fundamentais, nas quais o Tribunal se utilizou do princípio da proporcionalidade para a resolução da questão, remontam a três nódulos problemáticos, quais sejam o controle de constitucionalidade das restrições legislativas e das omissões ou insuficiências estatais em realizar direitos fundamentais a prestações positivas, além da aplicação de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Assim, apesar de o Tribunal Constitucional Federal não assumir expressamente a alteração do *modus operandi* do princípio da proporcionalidade a depender problema jusfundamental de base, uma análise mais precisa dos fundamentos das decisões permitirá que

se visualize o fato de o Tribunal Constitucional Federal fazer uma diferente utilização do princípio da proporcionalidade em cada caso específico.

Em prosseguimento, será descrita como essa jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal foi inicialmente absorvida pela doutrina alemã, a partir do que serão abordadas as concepções de alguns autores germânicos acerca do princípio da proporcionalidade; de outro lado, essa jurisprudência do BVerfG, também, foi objeto de objeções e críticas, sendo, inclusive, apresentas propostas alternativas à aplicação do princípio da proporcionalidade voltada para a concretização de direitos fundamentais, questões que também serão expostas e, no devido momento, enfrentadas.

Após, a análise será vertida para a doutrina brasileira e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, momento em que serão avaliados os termos em que o princípio da proporcionalidade foi recepcionado, em um primeiro momento, no âmbito da cultura jurídica brasileira.

Na sequência, chega-se à etapa na qual será empreendido um esforço analítico, de modo a que restem definidas e justificadas opções terminológicas, bem como seja esclarecida a fundamentação constitucional e identificada a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade; é indispensável que se tenha clareza conceitual acerca do princípio da proporcionalidade, sendo que para se alcançar esse objetivo, opções terminológicas devem ser justificadas, além de ser necessária a exata definição de sua estrutura interna e das exigências que impõe.

A justificação da terminologia utilizada neste trabalho – princípio da proporcionalidade – requer, primeiro, que seja demonstrada a natureza jurídica da proporcionalidade; seria realmente, assim, a proporcionalidade um princípio? Para muitos, não, sendo a natureza jurídica da proporcionalidade definida como uma máxima, preceito, postulado normativo aplicativo, dentre outros.

Além disso, tendo em vista que a aplicação do princípio é realizada no âmbito do controle de constitucionalidade das ações ou omissões do Estado que afetem desvantajosamente os direitos fundamentais, é indispensável que a proporcionalidade encontre *status* de norma constitucional, assim, a análise da fundamentação constitucional do princípio é necessária, tanto por ser um pressuposto para a própria viabilidade jurídica de aplicação da proporcionalidade quanto por haver considerável divergência jurisprudencial e doutrinária

acerca do tema; em suma, há propostas – as quais serão consideradas propriamente no capítulo específico sobre a matéria – que defendem decorrer o princípio da proporcionalidade: do princípio do Estado de Direito; do aspecto substantivo do devido processo legal; da própria essência dos direitos fundamentais; da vinculação do legislador aos direitos fundamentais; da estrutura normativa de princípio das normas jusfundamentais; do princípio democrático; do texto constitucional explícito.

Nesse contexto, também, serão demonstradas as relações e distinções entre o princípio da proporcionalidade e algumas figuras que lhe são afins; devem ser esclarecidas as imbricações e diferenças a envolver os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a relação que este último mantém com a ponderação de valores, bens e interesses; isso porque, nos termos que serão demonstrados, para muitos autores, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade configuram-se como grandezas idênticas a expressar as mesmas pautas de controle de constitucionalidade das ações e omissões estatais.

Na sequência, necessário avaliar a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito de uma *teoria universal* para os direitos fundamentais, bem como no contexto do denominado *constitucionalismo global*, contexto no qual serão objeto de avaliação o papel e possíveis limites do princípio da proporcionalidade no âmbito do denominado *constitucionalismo global* e sua utilização como um mecanismo *universal* para a aplicação de todos os direitos fundamentais.

Ainda, as relações e diferenças entre o princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores, bens e interesses merecem receber o devido esclarecimento, uma vez que as interações entre ambos os institutos são muito estreitas, de forma a que, muitas vezes, há uma sobreposição dos conceitos e aplicação indistinta e indiferenciada de cada figura; nessa linha, serão, inicialmente, expostas às críticas à ponderação, como por exemplo, o apontamento de irracionalidade do método, especialmente, em razão da incomensurabilidade dos objetos de valoração; após, todos os apontamentos críticos serão devidamente enfrentados e contestados, demonstrando-se a existência de metódica alternativa capaz de encontrar melhores resultados que a ponderação.

Na sequência, serão expostos dos pressupostos da ponderação, momento em que o método será descrito como um fenômeno normativo vinculado à necessária resolução de colisões normativas, nos casos em que não existe norma de colisão aplicável à hipótese;

ainda, as conjecturas conflituais indispensáveis à ponderação serão devidamente de mostradas.

De resto, serão avaliadas as relações entre a ponderação e o princípio da proporcionalidade, notadamente, no que diz com o segmento da proporcionalidade em sentido estrito; será demonstrado que a ponderação é manejada de forma diversa e com sentido diferente pelo legislador e pela jurisdição constitucional, sendo que, ainda, esta última, quando da aplicação de cada uma das três faces do princípio da proporcionalidade, realiza três ponderações diversas, com sentidos próprios, margens de deliberação diversas e com objetos específicos de valoração.

A segunda parte do trabalho será dedicada a demonstrar a efetiva existência das três faces do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais, bem como dirigida a expor a forma como se dá o uso dogmático da proporcionalidade em cada nódulo problemático que requer a sua presença para solução.

Nesse sentido, além da proibição do excesso (parâmetro de controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais) e da proibição da insuficiência (parâmetro de controle de constitucionalidade das afetações desvantajosas decorrentes de omissões estatais relacionadas à ausência de cumprimento, total ou parcial, de mandamentos prestacionais *prima facie* decorrentes de direitos fundamentais positivos), existe uma terceira face do princípio da proporcionalidade, a qual se revela quando da aplicação judicial, de forma direta e imediata, das normativas constitucionais positivadoras de direitos fundamentais em face de relações particulares.

O primeiro ponto a ser abordado diz com o manejo do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, ou seja, releva a análise de sua conformação enquanto proibição do excesso; nesse contexto, inicialmente, deve ser justificada a própria possibilidade jurídico-constitucional de se aceitar a existência de leis restritivas aos direitos fundamentais, bem como a submissão dessas leis a controle de constitucionalidade; além disso, os limites e a intensidade em que esse controle de proporcionalidade das ações legislativas restritivas pode ser realizado pela jurisdição constitucional devem ser devidamente especificados.

Passo seguinte, confirmada a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, implícita ou expressamente autorizadas pela Constituição, deve-se verificar como o princípio

da proporcionalidade atua uma vez utilizado como *limite aos limites* no controle de constitucionalidade das restrições legislativas; assim, é a análise da estrutura interna do princípio da proporcionalidade – enquanto proibição de excesso às leis restritivas aos direitos fundamentais – o que importa; ainda, os pressupostos para a aplicação da proibição do excesso serão devidamente expostos.

O primeiro elemento integrante do princípio da proibição do excesso denomina-se de subprincípio da idoneidade, aptidão ou adequação; em suma, esse segmento exige que as medidas restritivas opostas pelo legislador em face dos direitos fundamentais sejam lícitas e idôneas para promoverem a legítima finalidade buscada.

Contudo, antes dessa análise de *idoneidade* do meio utilizado em relação ao objetivo buscado, este teste pressupõe que seja verificada a legitimidade constitucional do fim buscado pelo Estado; com efeito, devem ser esclarecidos quais fins, em Estado de Direito, podem servir de fundamento para que o Estado imponha uma restrição legislativa aos direitos fundamentais.

De outro lado, deve ser abordada a questão de quais medidas podem ser utilizadas pelo Estado para restringir direitos fundamentais; ainda, deve ser identificada se essa análise de legitimidade constitucional dos fins e verificação de licitude dos meios configura-se como um pressuposto para a incidência do princípio da proporcionalidade, um elemento autônomo, constitutivo do conceito amplo de proporcionalidade, ou pode ser integrado ao subprincípio da idoneidade; ainda, deve ser identificada a intensidade na qual a jurisdição constitucional pode aplicar o controle de idoneidade, bem como serão abordadas as questões referentes às situações de incerteza epistêmica empírica.

Após essa primeira etapa, passa-se para a análise do subprincípio da necessidade ou indispensabilidade dos meios, exame que impõe ao legislador, em havendo mais de um meio à disposição e que promovam a finalidade buscada em igual escala em comparação com a medida restritiva, a obrigação de escolher o meio que atinja negativamente em menor intensidade o direito fundamental; enquanto no teste de idoneidade a verificação centra-se, apenas, no meio escolhido pelo legislador (o qual deve ser lícito e dirigido para a busca de uma finalidade legítima) e sua capacidade de promoção do resultado, o segundo exame – subprincípio da necessidade – requer uma análise comparativa entre a medida selecionada pelo legislador e outros meios alternativos que, igualmente, estiverem à disposição.

Em suma, o subprincípio da necessidade ou indispensabilidade dos meios impõe um teste comparativo entre a capacidade de promoção dos fins que possuem as medidas disponíveis e, em contraponto, o grau de sacrifício que impõem aos direitos fundamentais; com efeito, deve ser demonstrado o que se leva em conta quando da comparação entre os meios disponíveis, bem como os termos pelos quais a própria comparação deve ser feita, ou seja, devem ser avaliadas as perspectivas relevantes para a identificação da real capacidade do meio em promover o fim e da aquilatação do grau de prejuízo causado ao direito fundamental.

Ainda, questão central a ser examinada quando do estudo do subprincípio da necessidade diz respeito à viabilidade de a comparação inerente ao teste de necessidade ser levada a efeito de forma puramente objetiva ou se, ao contrário, ela admite valorações por parte do aplicador; de resto, em sendo admitidas valorações, devem ser especificados os vetores que demandam observação, a fim de que se reduza o máximo possível o espaço de subjetividade quando da efetivação do teste de indispensabilidade dos meios; também, deve ser verificada a intensidade do controle de necessidade que pode ser legitimamente realizado pela jurisdição constitucional, bem como devem ser abordadas as questões referentes às situações de incerteza epistêmica empírica e, até, de incerteza epistêmica normativa.

O último elemento do princípio da proporcionalidade, na perspectiva de vedação do excesso, é denominado de subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; este teste requer uma comparação entre os efeitos relacionados à importância de promover ou realizar os objetivos buscados pelo legislador em contraponto com os efeitos gravosos decorrentes da restrição legislativa oposta ao direito fundamental; para que a medida seja considerada proporcional em sentido estrito, essa relação entre efeitos de importância de promoção dos fins e efeitos deletérios impostos ao direito fundamental deve ser *justa* ou *razoável*.

Assim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito requer uma valoração ou ponderação, tendente a verificar se há uma justa relação entre a importância de promoção do fim e a intensidade da restrição oposta ao direito fundamental; a grande questão que se coloca é demonstrar se o resultado decorrente da valoração inerente ao teste de proporcionalidade em sentido estrito pode ser alcançado de forma intersubjetivamente demonstrável, bem como delinear as margens de competências jurisdicionais e legislativas nesse contexto.

Nesse percurso, serão abordadas propostas de metodologia formal para a ponderação, notadamente, a de Robert Alexy e a proposta Moreso-Mendonca; após, será estabelecida uma

análise crítica em face de ambas as propostas, bem como restará indicada uma metodologia formal a ser seguida quando da ponderação; nesse âmbito, importante frisar que serão abordados alguns temas sensíveis para o estudo do segmento da proporcionalidade em sentido estrito, dentre os quais, destaca-se: objeto de valoração da ponderação; valor de cobertura ou escolha a nortear a ponderação; a fórmula do peso e o modelo triádico desenvolvidos por Alexy; ponderação e discricionariedade estrutural; ponderação e discricionariedade epistêmica; peso abstrato dos bens, interesses ou valores em colisão; colisões plurinormativas.

De resto, calha, ainda, verificar a aplicação da proibição do excesso quando da incidência das leis restritivas em face de casos concretos, ou seja, impõe-se que seja abordada a aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo de defesa dos destinatários das restrições legislativas aos direitos fundamentais; em suma, uma lei restritiva, e essa é a questão que se coloca, tendo sua presunção de constitucionalidade confirmada em abstrato, após o devido controle de proporcionalidade, pode vir a ser considerada excessiva e, consequentemente, inconstitucional, em determinada situação, diante a sua aplicação a um caso concreto e em face de um específico destinatário?

Ultrapassada a análise do princípio da proporcionalidade na perspectiva da proibição do excesso, notadamente, como um limite material no controle jurisdicional de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, passa-se, na sequência, para a análise do princípio da proporcionalidade em uma segunda perspectiva, qual seja, na dinâmica de uma proibição de proteção deficiente ou vedação de insuficiência, pauta material de controle de constitucionalidade das omissões, totais ou parciais, do Estado em concretizar direitos fundamentais a prestações positivas *prima facie* determinadas pela Constituição.

Assim, em um primeiro momento, cabe precisar a possibilidade jurídica de controle jurisdicional de constitucionalidade das omissões estatais em cumprir deveres jusfundamentais *prima facie* e as pautas, para o reconhecimento de conformidade constitucional, impostas a essas restrições pelo princípio da proporcionalidade; além disso, se admissível, os limites e intensidade de controle também devem ser objeto de atenção; ainda, releva identificar a autonomia dogmática, bem como a estrutura e conteúdo da proibição da insuficiência, notadamente, se os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em

sentido estrito funcionam de forma satisfatória no controle de constitucionalidade das omissões.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade, em sua face de proibição da insuficiência, deve ser aplicado no controle de constitucionalidade das omissões de forma a que não sejam desconsideradas todas as especificidades que envolvem a concretização dos deveres de respeito, promoção e proteção dos direitos fundamentais, notadamente, no que tange às prestações positivas jusfundamentalmente exigidas do Estado; entrementes, será demonstrado que princípio da proporcionalidade, em sua dinâmica de proibição da insuficiência, possui um papel central neste controle, mas que opera de forma diversa da proibição do excesso no controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, bem como, como será visto por fim, quando da aplicação do princípio da proporcionalidade nas situações de incidência direta e imediata das normativas jusfundamentais em face das relações estritamente particulares.

Logo, a serem consideradas as especificidades da problemática jusfundamental em questão, será demonstrada a incapacidade de os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito funcionarem satisfatoriamente no controle das omissões estatais; assim, o princípio da proibição da insuficiência requer uma diversa estrutura interna – em comparação com a proibição do excesso – a partir do que será proposto que esta face do princípio da proporcionalidade seja integrada por testes de constitucionalidade desenvolvidos, especificamente, pela doutrina e jurisprudência, para funcionar como mecanismos de controle das omissões estatais relacionadas ao descumprimento de deveres jusfundamentais *prima facie* determinados pelas Constituições.

Por fim, passa-se para a demonstração da existência de uma terceira face do princípio da proporcionalidade, a qual se faz presente, notadamente, quando o princípio da proporcionalidade é manejado em situações de incidência direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares.

Nesse sentido, em um primeiro momento, importa expor se as normas de direitos fundamentais podem incidir, diretamente a partir de sua formulação constitucional, em face de relações particulares, nos casos em que o legislador infraconstitucional de direito privado não regulamentou a questão.

Como é cediço, a possibilidade de incidência e os efeitos dos direitos fundamentais no plano das relações interprivadas são objeto de discussão na doutrina constitucional, sendo que hoje, mesmo para os que aceitam a ocorrência de efeitos, há divergências acerca dos termos nos quais esses efeitos ocorrem, bem como dúvidas referentes à amplitude dessa eficácia; entrementes, como pressuposto para a abordagem do tema – direitos fundamentais, relações privadas e princípio da proporcionalidade – é necessário que seja verificado se os direitos fundamentais, efetivamente e por determinação constitucional, produzem efeitos no âmbito das relações particulares e, em caso positivo, delinear os termos e a extensão em que essa eficácia privada se realiza; somente após a solução dogmática para essas questões, poder-se-á identificar como o princípio da proporcionalidade se apresenta nesse contexto.

Os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*), como dito, constituem-se em uma questão controvertida e objeto de diversas teorias, quais sejam: as teses negativas de eficácia e a doutrina da *State Action*, bem como as teorias da eficácia mediata e imediata, além da doutrina dos deveres de proteção; a depender da doutrina a ser adotada, diferentes serão os efeitos que os direitos fundamentais produzirão em face das relações particulares e, como consequência, serão diferentes as funções, estrutura, conteúdo e forma de aplicação do princípio da proporcionalidade nesta seara.

Entrementes, o primeiro passo indica a necessidade de serem expostas as teorias acerca do tema e, após, adotar-se posição própria sobre a matéria; essa posição será determinante e servirá de base teórica a explicar os efeitos que os direitos fundamentais produzem no âmbito das relações particulares, bem como condicionarão a função e *modus operandi* do princípio da proporcionalidade; ainda, uma vez adotada determinada teoria, deve-se verificar se, efetivamente, as duas faces usualmente apresentadas para o princípio da proporcionalidade – proibição do excesso e proibição da insuficiência – mostram-se adequadas, ou seja, se são compatíveis com a aplicação dos direitos fundamentais em face das relações particulares ou se, ao contrário, o princípio deverá apresentar outra face quando utilizado nessa esfera.

Depois de firmada a existência da terceira face do princípio da proporcionalidade, a qual restará configurada como um mecanismo a estruturar a ponderação a ser realizada pela jurisdição quando da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, será feito um estudo detalhado acerca de cada subprincípio integrante desta face do princípio da proporcionalidade, de forma a que se exponha o funcionamento e modo

de aplicação dos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito quando da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares.

No que diz com os subprincípios da idoneidade e da necessidade, apesar do sentido nuclear dos testes que impõem no âmbito da proibição do excesso manter-se preservada, existem algumas adaptações que se mostram indispensáveis para que esses segmentos possam funcionar corretamente quando manejados conjuntamente com a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares; por sua vez, no que diz com a ponderação realizada quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, nas situações de incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, deve ser verificado se o método resta caracterizado como uma *ponderação negativa*, no mesmo sentido do sopesamento levado a efeito na esfera da proibição do excesso, ou se, ao contrário, é exigida uma *ponderação positiva*, a partir do que o juiz deverá buscar a solução mais proporcional possível de forma a otimizar ambos os bens, interesses ou valores em embate; ainda, o subprincípio da proporcionalidade deve observar uma metódica formal e determinados padrões e regras argumentativas para alcançar racionalidade e para que a solução exteriorizada seja intersubjetivamente demonstrável, o que, igualmente, será devidamente abordado.

PARTE I – Evolução histórica, jusrisprudencial e doutrinária do princípio da proporcionalidade; definições analítico-conceituais e distinção de figuras afins

CAPÍTULO I

O princípio da proporcionalidade e o Estado de Direito

De instrumento autônomo de defesa da liberdade individual a princípio estruturante do Estado de Direito

1. Notas introdutórias e fontes remotas do princípio da proporcionalidade

Para deflagrar o estudo proposto, um dado salutar, desde logo, deve ser ressaltado: o princípio da proporcionalidade e o Estado de Direito social e democrático caracterizam-se como noções interdependentes, voltadas para a finalidade comum de garantir o respeito, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, dos direitos fundamentais, razão pela qual as duas figuras mantém diversas conexões, as quais envolvem relações estruturantes e, até mesmo, sustentações funcionais recíprocas.

A considerar a existência de um longo e gradual processo de formação histórica observado pelo princípio da proporcionalidade ou, de forma mais precisa, de uma evolução relacional ligada à progressão empreendida pelo Estado de Direito moderno, é intuitivo que um estudo voltado para o crescimento temporal dos institutos se mostra relevante para que a compreensão do tema seja com maior propriedade alcançada [64].

Até porque, isolando-se o olhar no Estado de Direito, verifica-se ser cediço que esta modalidade de organização política se constitui como um "tipo histórico de Estado" [65],

[64] A ideia de buscar situações pretéritas para explicar fenômenos atuais é utilizada por Vasco Pereira da Silva. SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*. *Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo.* Coimbra: Almedina, 2005. Ver, também, a crítica de Lenio Luiz Streck, ao apontar o problema do tratamento de "mecanismos sem reconhecer neles o traço histórico que os conformou". STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, pág. 29. Adverte, por sua vez, Larenz: "quem quiser compreender o Direito do presente no seu estádio actual tem também que ter em vista o seu devir histórico, bem como sua abertura em face ao futuro". LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Traduzido do original alemão por José Lamego, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª edição, reformulada, 1991. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, pág. 263. "O direito é direito conformado pela história e não se pode compreender sem a sua história". PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa, a partir do título original: *Grundrechte: Staatsrecht II*, 23., 2007. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008, pág. 07.

[65] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, pág. 10. De se destacar, ainda, as lições de Jorge Miranda: "O Estado deve ser encarado como processo histórico a par de outros". MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito*

consequentemente, por sua vez, a proporcionalidade assume, também, o adjetivo da historicidade [66], não nascendo para o mundo jurídico, portanto, como algo já pronto e acabado; ao contrário, o princípio foi objeto de paulatina evolução e, até hoje, enfrenta mutações no árido ambiente em que está inserido.

Destarte, somente após o percurso desta trajetória histórico-evolutiva, será possível alcançar a correta compreensão da relação entre proporcionalidade e Estado de Direito, podendo-se ir, inclusive, mais longe na afirmação e indicar que, apenas, dessa forma, o próprio princípio da proporcionalidade, mesmo considerado individualmente, será desvendado enquanto fenômeno jurídico [67].

Identificar os termos nos quais essa íntima relação foi originada, progrediu e alcançou os dias atuais, configura-se como uma tarefa inaugural indispensável; até porque, como soe acontecer entre entes que mantém a vida em reciprocidade, suas histórias existenciais se mostram repletas de experiências e observam, ao longo do tempo, diversificados fenômenos, dúvidas, escolhas, dilemas, podendo alcançar, ao final, amadurecimento, entendimento mútuo e, consequentemente, maiores potencialidades de crescimento, contribuição para com o meio em que se inserem e para a consecução das finalidades a que se destinam ou, ao contrário, naufragar e aceitar a impossibilidade de comunhão e, consequentemente, de servir ao sentido para o qual inicialmente se propuseram.

O começo do estudo, portanto, pressupõe que a narrativa aborde conjuntamente as duas figuras, Estado de Direito [68] e proporcionalidade, sob a perspectiva de sua mútua evolução

---

Constitucional, Tomo I, Preliminares – o Estado e os Sistemas Constitucionais. 9ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 55.

[66] De se ressaltar as precisas palavras de Jorge Miranda acerca do desenvolvimento histórico do Estado: "o Estado não se cristaliza nunca numa fórmula acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo); os fins que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão-se modificando e, o mais das vezes, ampliando". MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I*, pág. 56.

[67] A necessidade de compreensão do Estado de Direito enquanto realidade histórica (como pressuposto para o entendimento do princípio da proporcionalidade) e suas modificações conceituais, especialmente, a passagem de um *Estado de legalidade* para um *Estado constitucional*, é apontada, também, por Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 398.

[68] Na doutrina, são diversas as concepções acerca do próprio conceito que denota a expressão *Estado de Direito*. Como consequência, faz-se necessário adotar uma linha teórica predeterminada, pelo que, desde logo, deixamos claro que seguimos de perto as concepções defendidas por Jorge Reis Novais, particularmente em duas obras: NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006; NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*. Em linhas muito gerais, entendemos, assim, que o conceito deve assumir um sentido material, sendo que "só haverá Estado de Direito quando no cerne das *preocupações* do Estado e dos seus fins figurar a protecção e garantia dos

histórica; além disso, devem ser verificados os motivos que levaram à criação de ambos, bem como devem ser reveladas as finalidades para as quais foram constituídos; ao final dessa digressão, é imperativa a realização de uma avaliação geral da situação existente no momento atual.

Uma ressalva. Buscar-se-á seguir uma linha lógica e progressiva ao longo da demonstração do desenvolvimento histórico dos institutos, contudo, isso será feito na medida do possível e sem qualquer pretensão de exaurimento da matéria. Isso porque, a formação histórica do Estado de Direito possui particularidades muito próprias em cada realidade, especificidades em face das quais não há como se debruçar neste estudo.

Logo, a intenção do trabalho cinge-se a delinear linhas gerais que podem ser consideradas mais ou menos comuns, sendo a análise concentrada nos eventos ocorridos na Europa ocidental e na Alemanha; essa escolha mostrar-se-á plenamente justificada ao longo da exposição e, desde já, resta motivada pela lógica de estarmos a considerar o fato de a Constituição Federal brasileira de 1988 haver adotado, ainda que não sem filtragem e como fonte única, um modelo de organização e sentido para o Estado brasileiro baseado nessas experiências; assim, nosso objetivo não consiste em desenvolver "um sentido actual e actuante" [69] para o Estado de Direito, mas partir de definições postas e já trabalhadas suficientemente no espaço doutrinário para, aí sim, demonstrar a conexão do princípio da proporcionalidade com essas concepções e extrair disso conclusões que contribuirão para o desenvolvimento do trabalho e solução dos problemas propostos.

Ultrapassado esse ponto, é pertinente, para melhor fluidez da exposição, que outra nota explicativa, apesar de seu caráter um tanto quanto conclusivo, seja adiantada; existem alguns elementos-chave neste processo de formação relacional e neles atenção especial deverá ser vertida.

A interação ocorrida entre alguns conceitos – em um **primeiro momento**, entre Estado (príncipe), direito natural, finalidades estatais e necessidade (*Erforderlichkeit*); **após**, entre Estado de Direito liberal, legalidade administrativa e necessidade (*Erforderlichkeit*); e, **por fim**, entre Estado de Direito social e democrático, dignidade da pessoa humana, direitos

---

direitos fundamentais, verdadeiro ponto de partida e chegada do conceito". NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, pág. 25.

[69] NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, pág. 19 .

fundamentais e proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) – deve ser claramente exposta e, uma vez ao sol, refletirá notáveis consequências, as quais em muito contribuirão para a definição técnico-jurídica, natureza, estrutura, funções dogmáticas, modalidades e formas aplicativas do princípio da proporcionalidade no sistema constitucional de um Estado de Direito concebido em seu sentido material. Nesses eixos relacionais a análise será concentrada, portanto.

Em regra, os estudos doutrinários dirigidos para o delineamento de um percurso histórico observado pelo princípio da proporcionalidade remetem sua origem remota para âmbitos diversos da ciência jurídica, identificando-o, por exemplo, como um conceito matemático [70] ou uma concepção moral que expressa em si um critério material para a definição de justiça [71]-[72]; assevera-se que a ideia de proporcionalidade estava presente na filosofia grega [73], possuía significativa aplicação no Direito Romano [74] e, posteriormente, acompanhou a "concretização jusracionalista do Iluminismo" [75].

Nesse processo histórico, em um primeiro momento, a proporcionalidade é compreendida como um conceito filosófico, podendo-se, assim, creditar contribuições para o seu desenvolvimento a diversas correntes de pensamento, especialmente pelo apontamento – da existência de uma lei natural – efetivado desde os estoicos, passando pelo cristianismo e alcançando o Iluminismo, tal como ocorreu com a formação, inicialmente filosófica, dos próprios direitos fundamentais [76].

---

[70] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 37.

[71] BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 15-49*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, pág. 23.

[72] "Desde a antiguidade, a linguagem, temperança, proporção ou moderação é inerente às próprias noções de Direito e de Justiça". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 353.

[73] "E esta espécie do justo é intermediária, e o injusto é o que viola a proporção; porque o proporcional é intermediário, e o justo é proporcional". (...). "Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção". ARISTÓTELES. *Ética a Nicômo*. 6ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2002, Livro V, 3.

[74] KLUTH, Winfried. Prohibición de excesso y principio de proporcionalidad em Derecho alemán. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 219-237*. Traducido por Enrique Ortiz Calle. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, pág. 220. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 38.

[75] CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). *Separata do VI Volume – Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Dezembro, 1994, pág. 08.

[76] Sobre a "perspectiva filosófica ou jusnaturalista" dos direitos fundamentais e a contribuição das diversas correntes de pensamento citadas. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2008, págs. 17-21.

No que se refere aos textos positivos [77] de declaração de *direitos*, a doutrina, recorrentemente, menciona a *Magna Charta* de 1215 [78], como documento escrito de vanguarda, no qual a exigência de proporcionalidade já fora desenhada, especificamente, na previsão normativa estabelecida no texto de uma obrigatória proporção a ser observada entre os delitos praticados e as respectivas penas [79]-[80].

Apesar das especificidades por demais conhecidas desse documento, sendo os limites ao poder do Monarca declarados na forma de privilégios atribuídos a algumas classes sociais e não, propriamente, como *direitos universais*, o exemplo é válido e acresce ao argumento de que a ideia de proporcionalidade vem ligada aos direitos fundamentais desde sua origem filosófica, sendo, ambos, instrumentos voltados para a limitação do poder e que, apenas, alcançaram sistematização e juridicidade com o advento do Estado de Direito.

---

[77] A lei do talião, do Código de Hamurabi, também, é citada como possível fonte da qual poder ter decorrido uma ideia de proporcionalidade. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 68.

[78] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 176.

[79] "20 – A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infractor (*contenementum*); a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressalvando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos". MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. 2ª edição. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1990, pág. 14.

[80] Em sentido contrário, Virgílio Afonso da Silva entende que não há relação entre a conformação atual do princípio da proporcionalidade e a *Magna Charta*. Segundo o autor, a remissão feita pela doutrina constitucional a esse texto, deve-se a um entendimento de que a *Magna Charta* consagrava o princípio da razoabilidade e, como consequência, uma vez que usualmente se confere unidade de sentido entre ambos os princípios, a proporcionalidade estaria prevista no texto. A oposição advém do fato de o autor sustentar que não há uma identidade entre os princípios, além de sustentar que, inclusive, se mostra duvidosa a afirmação de que o próprio princípio da razoabilidade tenha se originado nesse documento. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais, n.° 798, abril de 2002, 91.° ano, págs. 23-50*. Não obstante concordarmos com Virgílio Afonso da Silva no que se refere à ausência de identidade entre o conceito e estrutura dos dois princípios, vislumbramos na *Magna Charta* uma referência à ideia de proporcionalidade, não na previsão estabelecida pela cláusula *law of the land*, a partir do que se extraiu, especialmente no Direito norte-americano, um *substantive due process*, ao qual normalmente se relaciona o princípio da razoabilidade (veja-se, nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, págs. 224-252), mas, sim, na exigência de proporção entre os delitos e as sanções, relação que, inclusive, já foi anotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 90, 145). Como será demonstrado, o princípio da proporcionalidade é uma concepção reitora de um Estado de Direito social e democrático, mas, em um primeiro momento, apresenta-se como uma ideia difusa, indefinida, altamente abstrata e influenciada por diversos parâmetros a indicar o que seria essa proporcionalidade que deve ser observada na relação empreendida entre o Estado e os indivíduos, somente adquirindo função específica e concreção de conteúdo em um momento posterior, em cada aplicação dogmática que lhe foi conferida. Enfim, para o que agora importa, temos que uma destas influências formadoras da ideia atual de proporcionalidade, a qual, partindo do Direito Constitucional tem aplicação irradiada para todas as áreas jurídicas, é exatamente a exigência de uma relação proporcional entre os delitos cometidos e a resposta estatal a essas ofensas. Essa ideia é base para o princípio da proporcionalidade, "a reacção deve ser proporcional à ação", nos dizeres de Jorge Miranda. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos fundamentais*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pág. 279.

O fato é que foi longo e diversificado o caminho percorrido pelo princípio da proporcionalidade desde sua fase embrionária, na qual refletia, apenas, um ideal de "repulsa pelo excesso", até sua consolidação como princípio jurídico vinculante [81]; além de extenso, nesse percurso, o princípio viu-se cercado de lentas mutações, as quais acompanharam as próprias variações das relações entre *Estado* e liberdade individual, até que, com o advento do Estado de Direito social e democrático, a proporcionalidade começou a encontrar sua formatação atual e alcançou uma amplitude aplicativa e funcional outrora inimaginável.

Sendo inviável a tarefa de identificar todas as suas fontes pretéritas e manifestações históricas [82]-[83], abstraindo-se, assim, qualquer ideal de alçar maiores divagações acerca das origens mais remotas, uma análise, com maior densidade, voltada para o desenvolvimento histórico empreendido pelo princípio da proporcionalidade, será efetivada a partir do Estado Absoluto, uma vez que, desse ponto, tem-se um consistente pilar da estrutura organizacional que vai culminar no Estado de Direito moderno [84].

Importa, notadamente, a evolução da proporcionalidade no Direito Público europeu continental, com atenção maior para a progressão vivenciada pelo princípio na Alemanha, uma vez que, além de o país ser considerado o berço [85], no qual o princípio da proporcionalidade começou a assumir a postura de limite jurídico às ações estatais restritivas, impulsionou sensivelmente sua colocação no Direito Constitucional [86].

---

[81] CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. II, págs. 323-357*. Organização de Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pág. 325.

[82] BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad, págs. 23-24.

[83] Ademais, na linha trilhada por Hartmut Maurer, o "desenvolvimento histórico" de um tema deve ser traçado "à medida em que ele é necessário para a compreensão" do momento atual em que o objeto de estudo se insere. MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, pág. 14.

[84] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, pág. 17.

[85] KLUTH, Winfried. Prohibición de excesso y principio de proporcionalidad em Derecho alemán, pág. 220. PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*. International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 2, April 2010, Pages 263–286. Disponível em: https://academic.oup.com/icon/issue/8/2, pág. 275.

[86] Paulo Bonavides reconhece a importância da jurisprudência e doutrina alemãs, bem como a posição de vanguarda que assumiram, contudo, adverte que foi a Suíça o primeiro país a introduzir o princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional. BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 406. Com razão o professor Bonavides, uma vez que, até mesmo durante a Constituição de Weimar, os direitos fundamentais não vinculavam o legislador, ficando o princípio da proporcionalidade, até o advento da Lei Fundamental de Bonn, relegado, primordialmente, ao controle das ações de polícia e ao Direito Administrativo. Na Suíça, todavia, já em 1926, a Suprema Corte entendeu ("Bundesgericht [BGer] [Federal Court] Sept. 24, 1926, 52 Entscheidungen des Schweizerischen [BGE] I 222") como inconstitucionais determinados regulamentos de saúde pelo fato de

Como destacado, a proporcionalidade encontra-se inserida no contexto de um eixo relacional entre Estado e liberdade individual, o qual teve suas bases alteradas desde o Estado Absoluto até o Estado de Direito social e democrático [87]; apesar de manter, desde o início, um sentido relativamente forte, configurando-se como um instrumento limitador do poder estatal finalisticamente desenvolvido para a proteção da liberdade do indivíduo [88], essa tarefa foi sendo desempenhada de forma diversa ao logo do tempo.

Inicialmente, o princípio da proporcionalidade pode ser caracterizado como um ideal (de matriz filosófica Greco-romana, bem como jusnaturalista/contratualista e que acompanhou o renascimento, iluminismo e romantismo) [89]; após, é definido como um verdadeiro direito subjetivo, fundamentando, isoladamente ou em combinação com o princípio da legalidade, pretensões jurídicas individuais, as quais se exauriam em uma exigência de atuação de polícia *necessária*; em momento posterior, a proporcionalidade foi assimilada como um princípio de aplicação conjugada com os direitos fundamentais, o qual, em linhas gerais, passa a definir a medida máxima constitucionalmente aceitável para que ações estatais desvantajosas aos direitos fundamentais possam ser opostas pelo Estado; ainda, o princípio passou a estabelecer os limites que devem ser observados para que as omissões ou ações estatais insuficientes, relacionadas ao não cumprimento de deveres prestacionais jusfundamentais, possam encontrar justificação constitucional; por fim, o princípio, também, foi instrumentalizado como um parâmetro material a ser observado pela jurisdição ao decidir um caso concreto mediante a

---

restringirem, de forma desproporcional, o direito fundamental à livre iniciativa privada. Assim, pela vinculação do legislador a um direito constitucionalizado e sendo o princípio da proporcionalidade instrumentalizado como critério para aferição de uma violação, foi efetivada, pela Suprema Corte da Suíça, a utilização do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional. A referência à decisão é encontrada em: SWEET, Alec Stone and MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing, págs. 103-104.

[87] Anotando a diversidade das ideias de base em que se assentavam as relações entre o poder público e o indivíduo ao longo da evolução o Estado alemão. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Tomo I, Parte General*. 4ª edição. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982, pág. 29.

[88] Embora seja um fato inegável que a finalidade garantística acompanhou o princípio da proporcionalidade desde os tempos mais remotos, e, com muita força, a partir do momento em que é reconhecida como uma garantia jurídica, não se pode exaurir a aplicação do princípio, apenas, nesta ideia jurídico-garantística; como aponta Vitalino Canas, "as ideias de adequação, necessidade, proporcionalidade e ponderação", também, estiveram "alicerçadas em preocupações não garantísticas", como, por exemplo, na ideia de "salvaguarda da prossecução ótima de certos interesses públicos primários ou secundários não forçosamente coincidentes com interesses subjetivos de particulares". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 65-67. Ver, também, o trabalho de Rogério Soares, citado por Canas, obra na qual o autor relaciona as ideias de adequação, necessidade e ponderação à realização otimizada de interesses públicos. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Petrony, 1955.

[89] Sobre a importância de determinadas correntes filosóficas para formação do Estado moderno. MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I*, pág. 84.

aplicação direta de direitos fundamentais em face de relações empreendidas entre pessoas privadas.

Entrementes, o princípio da proporcionalidade não foi o mesmo no Estado absoluto de polícia, no Estado de Direito liberal e, finalmente, no Estado de Direito social e democrático; igualmente, diversificadas as formas de se compreender e aplicar o Direito, quiçá, mais diversos, ainda, os instrumentos utilizados para a proteção do bem jurídico liberdade, o qual, no início, foi tutelado a partir de concepções jusnaturalísticas e pretensões indenizatórias deduzidas em face da fictícia figura do Fisco, após, pela legalidade formal da atividade administrativa em conjugação com uma exigência de idoneidade e necessidade dos meios empregados pela Administração e, finalmente, pela figura jurídica dos direitos fundamentais vinculantes de toda a atuação do Estado.

2. O princípio da proporcionalidade e o Estado de polícia

Ultrapassada a Idade Média, a figura do Estado, concebido como poder centralizado e dirigente de uma ordem social, em determinado território e para uma nação, vai novamente se formando, dando origem ao Estado absoluto, no qual, o ser, *Estado*, não adotava um caráter de personificação autônoma e, menos ainda, jurídica, mas, sim, estava ontologicamente ligado à figura de uma pessoa individual, qual seja o rei, príncipe ou monarca.

O absolutismo possui suas etapas e bases de justificação diferenciadas, sendo que, com a concentração máxima do poder na pessoa do monarca, o Estado absoluto alcança a fase de polícia, na qual, a partir de uma fundamentação racional para a titularidade e uso do poder, "o país já não era o patrimônio da dinastia; o príncipe tinha-se tornado o 'primeiro servidor do Estado'" [90].

Apesar de nesse período, como destacado, haver uma justificação racional para a titularidade e uso do poder pelo príncipe, esse fato não era suficiente para resguardar os particulares, pois a ampla atividade de polícia continuava a ser exercida de forma absoluta,

[90] CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Traduzido do original inglês An Historical Introdution to Western Constitutional Law por Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pág. 161.

estando os indivíduos, portanto, largados à ausência de efetiva proteção jurídica em face das investidas do Estado, as quais se encontravam justificadas pelo *jus politiae* [91].

Não que todo monarca fosse perverso ou toda investida agressiva às esferas individuais fosse perpetrada sem uma justificativa razoável, mas, e isso é o relevante, as ações estatais restritivas dispensavam motivação (pois, já estavam previamente autorizadas pelo *jus politiae*) e a análise de sua pertinência era relegada ao arbítrio do monarca; assim, os particulares ficavam em situação de submissão extrema, bem como não possuíam mecanismos de resistência institucionalizados que permitissem efetivar uma oposição real às intervenções na sua liberdade, autonomia e propriedade.

Uma narrativa da evolução do Direito Administrativo alemão é esclarecedora e permite uma melhor visualização dessas relações, até agora, apenas, sinteticamente descritas; segundo Otto Mayer, a estruturação do antigo Império alemão em Estados fez com que a relação entre súditos e poder público gravitasse ao redor da ideia de supremacia territorial do príncipe (*landesherrliche Hoheitsrechte*); a Idade Média transcorreu e o poder, até então diluído, consolidou-se nas mãos do príncipe, sendo que o Direito natural passa a justificar as prerrogativas e os deveres do soberano, centralizando essa justificação na concepção de que há um motivo para a existência do Estado, qual seja a busca do bem comum [92], razão pela qual o príncipe deve deter prerrogativas, sendo de sua atribuição a avaliação do que é necessário, pertinente, para que as metas estatais sejam alcançadas; "se alguma coisa é útil e necessária para o bem estar geral, o príncipe deve ter o direito correspondente, com o objetivo de que possa prove-la" [93].

Essas prerrogativas vão sendo incrementadas com o passar do tempo, entendendo-se que, para a consecução do bem comum, ao príncipe compete o exercício de novas atividades; mais amplas pretensões do soberano são justificadas, a partir da concepção do *jus politiae*, sendo sua obrigação promover o bem de todos os súditos, possuindo, correlativamente, o direito de polícia a fundamentar suas ações [94].

[91] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, págs. 15-19.
[92] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, págs. 30-34.
[93] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, pág. 31. (Tradução livre).
[94] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, pág. 34.

Neste contexto, os limites às prerrogativas do príncipe se encontram em um plano extrajurídico, uma vez que o Estado de polícia ao Direito não se submete [95]-[96]-[97]; se algum limite há, este está ao lado da própria fundamentação do poder estatal.

Admitindo-se, assim, a possibilidade de limitação (ainda que extrajurídica), pode-se sustentar que o princípio da proporcionalidade está, logicamente, inserido nesse contexto; uma vez que para o alcance do fim do Estado o príncipe deve deter todos os poderes para o cumprimento de sua função – seu ofício –, suas ações devem ser pautadas na medida do que seja necessário para tanto [98]-[99], o que pressupõe a idoneidade da ação empreendida para a

[95] CANAS, Vitalino. Princípio da Proibição do Excesso e a Polícia. *Separata da Obra I COLÓQUIO DE SEGURANÇA INTERNA*. Almedina: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2004, pág. 190. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General*. 12ª edição. Madri: Editorial Tecnos, 1994, pág. 70. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, págs. 48, 54-56 e 62. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, pág. 17. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, págs. 38-39.

[96] A afirmação e, até mesmo, a conceituação de um Estado como absoluto é controversa e tida por alguns, inclusive, como equivocada. Jorge Miranda, por exemplo, não admite a existência de um Estado à revelia do Direito, pois, ambos, são fenômenos que, necessariamente, devem andar juntos; assim, para o autor, mesmo no Estado absoluto, havia limitações, não podendo esse modelo, assim, ser compreendido como Estado sem limites, mas, sim, como um tipo de organização política na qual "se opera a máxima concentração de poder no rei". MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I*, págs. 87-88. Sem ingressamos em maiores discussões acerca da questão terminológica, sendo que seguiremos utilizando a expressão já consagrada na doutrina – Estado absoluto – bem como sem entrarmos no debatido tema acerca da possibilidade de existência de um Estado sem a presença do Direito, o fato é que comungamos com a concepção pela qual, mesmo no Estado absoluto, não há um poder ilimitado do monarca. Contudo, na relação do rei (Estado) com os indivíduos, esses limites, além de pouco efetivos, são extrajurídicos, imprecisos e diversos, conforme cada realidade. O que nos interessa é a efetiva ausência de vinculação do soberano a um catálogo de direitos do indivíduo e, de outro lado, o papel do princípio da proporcionalidade que é, até então, apenas um ideal traçado no plano teórico. Reconhecendo, também, limitações extrajurídicas ao Estado de polícia, até mesmo pelo sentido que fundamenta os poderes do monarca, qual seja o cumprimento de um ofício. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado*, págs. 69-70. Por fim, segundo Zippelius, "os monarcas do absolutismo europeu se encontravam limitados, pelo menos teoricamente, pelos princípios da religião cristã e por certas <<leis fundamentais>>" e, posteriormente, exemplificando o autor, inclusive, como menção a "Frederico o Grande da Prússia", há uma limitação mais consistente de poder, no momento em que o Estado absoluto – "absolutismo esclarecido" – encontra uma fundamentação racional, notadamente, pela convicção de que o monarca exerce uma "obrigação", sendo "o primeiro servidor do Estado", o que "formava um certo correctivo do poder". ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada do original alemão intitulado *Allgemeine Staatslehre*, 3ª edição, München, 1971. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1975, pág. 77.

[97] Até mesmo os antigos direitos/privilégios estamentais vão sendo dissolvidos ao passo em que o Estado de polícia se consolida. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, págs. 15-16.

[98] Como assevera Otto Mayer, "a responsabilidade perante Deus e perante sua consciência, por uma parte; a consideração prudente do que é útil e factível por outra; está aqui tudo o que o príncipe respeita". MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, pág. 48, (tradução livre).

[99] Ainda que se reconheça a pouca efetividade das exigências de idoneidade e necessidade das ações estatais como limites reais, caracterizando-se mais como um instrumento de conforto localizado no plano extrajurídico, uma vez que a avaliação da presença destes elementos competia ao próprio príncipe, temos que a concepção formada neste ponto da história possui relevância para a modulação posterior do princípio da proporcionalidade enquanto limite jurídico do agir estatal. Sobre a ausência de efetividade prática dos possíveis limites do Estado de polícia. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, pág. 39.

consecução da finalidade buscada [100]; ou seja, "no caso de o monarca violar interesses privados que envolvessem o seu *dominium eminens*, a doutrina jurídica defendia que o príncipe tinha de provar a existência de *idoneae rationes* ('razões idôneas'), quando a tal instado pelos tribunais" [101].

Repisa-se, contudo, que essas ideias colocavam-se em um plano teórico e extrajurídico, pois, de fato, não havia Direito positivo a fixar os limites do Estado absoluto [102], notadamente, na sua relação com os indivíduos; consequentemente, não era viável aos particulares, por meio de mecanismos jurídicos, materializar qualquer oposição ou resistência concreta em face das investidas estatais, as quais restavam fundamentadas no amplo poder de polícia reconhecido ao príncipe.

Não obstante, apesar das especificidades do contexto histórico, podem ser visualizadas, aqui, exigências destinadas a limitar a atividade do príncipe, as quais, atualmente, integram, na qualidade de elementos parciais, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, quais sejam a idoneidade (*Geeignetheit*) e necessidade (*Erfordelichkeit*) do meio restritivo empregado pelo Estado para alcançar a finalidade buscada; assim, na Alemanha, a formatação do princípio da proporcionalidade encontra importantes raízes no Direito natural, pois, ao impor as finalidades estatais, em contrapartida, o Direito natural acaba por estabelecer limites para o alcance desses objetivos, no caso, a exigência de uma atuação de polícia necessária (o que pressupõe a idoneidade da medida empregada pelo príncipe).

O fenômeno, em linhas gerais, pode ser percebido em grande parte dos Estados europeus da época, especialmente, pelas visões contratualistas que estavam sendo desenvolvidas, as quais foram trazidas como fundamento para o princípio da proporcionalidade; é que a concepção da existência de uma liberdade inerente à natureza do homem, um estado de liberdade original, o qual independe do reconhecimento estatal, aliada à conclusão de que ao Estado, por ato de vontade humana, é abdicada parcela desta liberdade natural, para que o ente instituído proteja os indivíduos sujeitos aos mais fortes, acarreta a conclusão de que o

[100] CANAS, Vitalino. Princípio da Proibição do Excesso e a Polícia, pág. 192. CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição, pág. 328.
[101] CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica*, pág. 171.
[102] MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, págs. 14-15.

Estado somente pode exercer o poder e restringir a liberdade quando isso for necessário para a consecução de outras finalidades individuais e/ou coletivas [103].

Todavia, apesar das reiteradas e diversificadas *aparições* da proporcionalidade, ainda que indefinidas e reclamando a configuração de uma personalidade própria e juridicamente especificada, não pode ser desconsiderado o fato de que no Estado de polícia o princípio figurava como uma limitação ao poder estatal; essa função foi desempenhada, a partir do desvendamento de um elemento central, do qual decorrem as prerrogativas supremas reconhecidas ao monarca nas suas relações com os indivíduos, qual seja o *fim do Estado*, a busca pela consecução de objetivos gerais [104], do interesse público [105]-[106], sendo que, a esta fórmula, foram agregados outros ingredientes, notadamente, a subordinação do Estado à exigência de atuação necessária, estabelecendo-se, assim, uma barreira extrajurídica à ação do monarca.

Posteriormente, como será tratado a seguir, com o advento do Estado de Direito, a essa equação, são somados outros elementos, passando a ser imperativa a submissão do Estado à legalidade, à separação das funções do Estado (reconhecido como ente dotado de personalidade jurídica) [107] e à participação democrática, dentre outros instrumentos, notadamente, a tipificação constitucional de direitos fundamentais como normas jurídicas vinculantes [108].

Neste ponto do Estado absoluto, contudo, é o direito natural que, determinando a finalidade do Estado, justifica os poderes e limites do soberano, o qual, valendo-se de meios necessários, deve empreender ações para alcançar o bem-estar da coletividade [109]; a proporcionalidade ou, neste momento, a exigência de atuação necessária, referia-se a uma limitação extrajurídica do exercício do poder estatal [110].

---

[103] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 38-39.
[104] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, pág. 31.
[105] NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, pág. 37.
[106] Deixa-se claro que o Estado absoluto, no específico, não se confunde com o Estado social e democrático de Direito, uma vez que neste "a atividade de prestação e configuração social do estado deve obsevar as formas e vinculações do direito", o que inexiste naquele, sendo tudo remetido para a avaliação do monarca. MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, pág. 17.
[107] NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, págs. 42-43.
[108] MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I*, pág. 93.
[109] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, pág. 31.
[110] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, pág. 266.

Ao passo em que a aquisição e o uso do poder pelo Estado encontram justificação racional, a atividade de polícia, em torno da qual gravita esta derradeira fase do absolutismo, passa a encontrar barreiras e, como lógica correlativa, mecanismos de controle, os quais iriam, em determinado momento, ultrapassar a perspectiva puramente indenizatória até então exercida em face do Fisco e ganhar apoio na fixação de limites instrumentalizados na submissão estatal à exigência de uma atuação policial necessária [111], imperativo que vai ser perfectibilizado com o advento do Estado de Direito liberal.

Contudo, para esse período, importa, especialmente, destacar que, tomadas por base de fundamento as concepções oriundas do direito natural, o princípio da proporcionalidade, identificado com a ideia de *indispensabilidade dos meios*, foi inicialmente desenhado como um limite extrajurídico ao poder de polícia, pelo que o príncipe deveria escolher um meio idôneo para alcançar a finalidade buscada, bem como, entre os disponíveis, o que fosse menos restritivo à liberdade; essa é a formulação teórica, de cunho jusnaturalista, que visualiza o princípio da proporcionalidade como limite a atuação do Estado com a finalidade de proteção do indivíduo.

2.1. Proporcionalidade e o Tribunal Administrativo Superior da Prússia

Não obstante as características do Estado Absoluto, já descritas, uma menção especial – por denotar notas distintas – deve ser feita à experiência prussiana; aqui, mesmo antes do advento do Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade já começa a receber efetivos contornos jurídicos [112], ainda que não de maneira similar à sua formatação atual; essa ideia encontra desenvolvimento relevante no Direito Administrativo prussiano [113] e na jurisprudência do Tribunal Administrativo Superior da Prússia [114] (*preußisches Oberverwaltungsgericht*).

[111] CANAS, Vitalino. Princípio da Proibição do Excesso e a Polícia, pág. 191.
[112] CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição, págs. 329-330.
[113] FASSBENDER, Bardo. El principio de proporcionalidad em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 51-73*. Traducido por Diego Marín-Barnuevo Fabo. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, pág. 71. GRIMM, Dieter. Proportionality, *pág. 385*.
[114] BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad, pág. 24.

Como explica Carlos Bernal Pulido, no Direito Administrativo desenvolvido na Prússia, especialmente, pela absorção das ideias teóricas de Carl Glottlieb Svarez, foram identificados elementos parciais que, atualmente, integram o conceito amplo de proporcionalidade [115]-[116]; Svarez compartilhou a visão *contratualista* fundamentadora do poder estatal, defendeu a existência de uma liberdade natural e, em contrapartida, a exigência de um uso necessário das prerrogativas do monarca quando, para consecução de um bem comum, carecesse ingerir nas esferas individuais; suas ideias foram imprescindíveis para a formação do Direito Administrativo prussiano, a partir do que o princípio da proporcionalidade passou a ter uma conotação efetivamente jurídica e começou a fundamentar pretensões individuais em face das investidas estatais [117]; além disso, é tributada à Svarez, a colocação, no contexto do princípio da proporcionalidade, da efetivação de uma ponderação entre a finalidade pública almejada e a liberdade individual atingida pela medida restritiva, a qual só será justificada se a ação estatal efetivamente estivar a buscar o alcance de um interesse público de maior dimensão que a liberdade [118].

Ocorre, na continuidade, uma passagem na utilização da proporcionalidade dos "estudiosos para os juízes", ou seja, a proposta que, até então, era apenas doutrinária, passa a ser uma realidade na prática judicial e do Direito positivo, especialmente a partir do disposto no artigo 10, II, 17, da Lei Geral da Prússia/1794 (*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*), o qual exigia que a atuação policial empreendida para alcançar as finalidades de interesse público enunciadas no dispositivo legal fosse necessária [119]-[120].

O Tribunal Administrativo Superior da Prússia deflagra um verdadeiro *controle de necessidade* das ações de polícia, elevando o princípio da proporcionalidade a um direito

---

[115] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 40-41.

[116] Neste sentido, destacando a vanguardismo da obra de Gotlieb Svarez. CANAS, Vitalino. Princípio da Proibição do Excesso e a Polícia, pág. 192. CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição, pág. 328.

[117] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 178. BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 407.

[118] SWEET, Alec Stone and MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing, págs. 100-101.

[119] SWEET, Alec Stone and MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing, págs. 98-100. (Tradução livre).

[120] Contudo, compete trazer a advertência feita por Klaus Stern, no sentido de que a Lei Geral da Prússia de 1794 não se configurava como uma Constituição, "apesar de sua descrição como <<Lei Fundamental do Estado de Frederico II>>, não sendo vislumbrado, ainda, um Estado de Direito, o que não altera a relevância da codificação para a formação posterior do novo modelo estatal. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Traducción parcial del Tomo I por: Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Lillalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 194, nota 15. (Tradução livre).

individual subjetivo, antes mesmo da própria submissão da Administração ao princípio da reserva de lei [121]. Conforme citam Alec Stone Sweet e Jud Mathews, bem como Aharon Barak, esse controle judicial é perfeitamente identificável em decisões do Tribunal, destacando os autores dois julgados: 13 [PrOVGE] 424, 425 e 13 [PrOVGE] 426, 427 [122].

No primeiro, o Tribunal anulou uma ação policial que interditou um estabelecimento comercial pelo fato de o empreendimento estar a comercializar bebidas alcoólicas em desacordo com a licença concedida pelo Estado; a decisão judicial restou motivada pelo fato de a medida estatal ser desnecessária, uma vez que o estabelecimento estava legalizado, apenas a atividade específica de venda de bebidas é que estava sendo praticada de forma irregular, logo, para atingir a finalidade buscada (evitar a venda de bebidas alcoólicas em desacordo com a licença), a interdição total do estabelecimento era gravosa em demasia, portanto, desnecessária, a partir do que ficou determinado que o Estado, no caso, deveria adotar medidas mais brandas como, simplesmente, revogar a licença para venda de bebidas alcoólicas.

No segundo precedente, igualmente, foi feito um controle de necessidade da ação policial; o caso cingia-se ao fato de um indivíduo haver construído uma cerca em sua propriedade, sendo que, durante a noite, a barreira não era visível e poderia colocar em risco a integridade de pessoas que passassem pelo local; foi determinado pelo Estado que a cerca fosse removida, contudo, o Tribunal entendeu que a medida não seria necessária, pois, por exemplo, uma simples iluminação da amurada bastaria para alcançar a finalidade pública, assim, o ato administrativo restou anulado.

No Direito Administrativo prussiano, então, antes mesmo da formatação do Estado de Direito e da submissão da Administração ao princípio da reserva legal, a proporcionalidade já fora manejada como mecanismo jurídico de controle da ação estatal restritiva, sendo instrumentalizada, notadamente, a partir da exigência de necessidade oposta ao poder estatal de polícia, a qual pressupunha a idoneidade da medida.

---

[121] CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, pág. 20.

[122] As decisões mencionadas foram extraídas das obras de Alec Stone Sweet e Jud Mathews, bem como de Aharon Barak. Além disso, os comentários dos autores acerca das decisões também foram considerados. SWEET, Alec Stone and MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing, págs.101-102, especialmente a nota 70. BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 179.

3. Proporcionalidade, Monarquia constitucional e Estado de Direito liberal

Gradativamente, os Estados absolutistas foram dando lugar a Estados submetidos a Constituições; diversos elementos – políticos, filosóficos, sociais, dentre outros – sobrepuseram-se à realidade existente na qual o poder político se concentrava, sem limites jurídicos palpáveis, na figura do príncipe; essa ausência de previsibilidade acerca das intervenções estatais na esfera privada e a insegurança decorrente dessa situação impulsionaram revindicações de camadas da sociedade, especialmente, advindas da burguesia (a qual já concentrava o poder econômico), acabando por ser o Direito positivo o instrumento utilizado para consecução dos reclames dessa emergente força social.

Em outras palavras, a burguesia – que, agora, tinha força para tanto – buscava a reserva de um espaço livre de intervenções estatais, a partir do que o desejo de proteção de determinados bens e interesses, como a liberdade e a propriedade, passou a ser pauta constante; essa proteção ou, em termos mais gerais, essa limitação do poder do Estado foi materializada a partir da promulgação de Constituições; entrementes, em um primeiro momento, o próprio "conceito doutrinário de Estado de Direito *compreendia a limitação jurídica do poder público segundo um conjunto de regras que se impunham externamente ao próprio Estado*" [123].

Foi o Direito, assim, que possibilitou a formação do novo modelo de organização estatal, podendo-se falar, na Europa, em três matrizes constitucionalistas: a inglesa, a francesa e a alemã, cada qual com suas peculiaridades, mas assentadas em um elo comum consistente na limitação do poder do Estado pelo Direito; ou seja, em qualquer das realidades citadas, "foi precisamente o exercício de um poder político ilimitado que despertou a exigência de uma limitação do poder político", sendo o Direito o instrumento chave para essa limitação [124].

Cezar Saldanha destaca cinco funções do Direito em sua relação com o Estado: "o direito é indispensável para a fundação ou **institucionalização do poder no Estado**"; "é **o direito** que **tece a ordem política estatal**"; "o direito, com suas técnicas, **atribui ao Estado**

[123] GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional – Volume II*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 792.
[124] ANDRÉ, Adélio Pereira. *A Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais*. Lisboa: Livros Horizonte, 1980, pág. 66.

personalidade jurídica"; ainda, completa o autor que "o direito é o **instrumento básico para limitar o poder do Estado**"; por fim, "o direito funciona, na modernidade, como **poderoso meio de legitimação da ordem política**" [125].

Há uma organização do poder estatal pelo Direito, modelo estrutural que envolve a definição das finalidades do Estado e a demarcação das relações que o ente público empreende com os indivíduos; a observância das fronteiras traçadas para o uso do poder estatal encontra na figura dos direitos fundamentais assegurados aos indivíduos sua base de sustentação, sendo a Constituição escrita o estatuto político a trazer essa normatização; a partir disso é observada uma "transição do antigo regime para o Estado Constitucional", o qual, como já destacado, encontra entre seus objetivos a finalidade de "**limitar o poder do Estado juridicamente**" em prol da liberdade do indivíduo, bem como em prol da liberdade de o indivíduo (cidadão) participar politicamente da formação das decisões estatais; para alcançar seus objetivos, "a Constituição do Estado de Direito" vale-se, também, de "**princípios estruturantes**" [126].

Em complemento, é de se salientar a importância que assume a propriedade privada nesse contexto, uma vez o direito à participação política era relegado, apenas, aos proprietários; "a *propriedade* tornava-se, assim, mais que o conteúdo de um direito fundamental, uma condição objectiva e uma garantia de *liberdade*" [127].

Realidade formada com base em pilares um tanto diferentes foi a que se desenvolveu na Alemanha, no século XIX; apesar do término do absolutismo e da inauguração de uma "monarquia constitucional", a nova estrutura de organização política se apresentou de forma diversa da moldura desenvolvida na França, a qual foi assimilada por grande parte dos demais Estados de Direito que estavam a se constituir na Europa ocidental; na Alemanha, porém, apesar de os diversos Estados assumirem gradativamente a ideia de submissão ao Direito, todos se basearam em um fundamento de "auto-limitação voluntária do soberano", sendo esse pilar legitimador centrado no fato de que as "Constituições destas monarquias foram

[125] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado democrático e seus modelos básicos – tese para concurso a Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Porto Alegre, 2002, págs. 48-49.
[126] STERN, Klaus. *Derecho del Estado*, págs. 194-195, 236-238 e 240-242, (tradução livre).
[127] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais*, pág. 52.

outorgadas pelos próprios" monarcas [128]-[129]; há, com êxito, uma resistência "às doutrinas liberais", o que não se verifica na Europa ocidental [130]; estabelecidos esses novos padrões finalísticos e organizacionais, cabe questionar, como, de fato, era efetivada, nesse novo modelo estatal, a proteção da liberdade em face das atividades estatais restritivas.

Iniciando-se a análise pela Monarquia constitucional alemã, verifica-se que, não obstante a formatação de um Estado submetido ao Direito [131], aqui excessivamente identificado como um "legalismo formal da atividade administrativa" [132], a proteção jurídica outorgada aos particulares pela ordem jurídica era deficiente; até mesmo porque a ideia inicial do Estado de Direito alemão não encontrou um sentido finalístico voltado para a defesa da liberdade individual, sobressaindo-se a intenção de enquadramento formal do Poder Executivo aos ditames da legalidade [133]; o processo da transição do Estado absoluto para o *Rechtsstaat* foi tormentoso e alcançado apenas com base em compromissos de continuidade com o poder monárquico tradicional; daí a ideia de autolimitação, compreendendo-se a soberania como atributo inerente ao próprio Estado e não afetada à titularidade da nação [134].

Também, é pertinente destacar que esse processo envolveu impulsos provenientes dos âmbitos acadêmicos, os quais possuíam relevância destacada na formação das estruturas jurídicas alemãs. Cezar Saldanha, ao esclarecer as relações e processos evolutivos do *Rule of Law*, *État legal* e *Rechtsstaat*, com muita clareza expõe esse fenômeno: "na Alemanha, entretanto, desde o século XVI, o direito é obra dos professores e das Universidades, que nunca foram, nem se tornaram, poder do Estado"; ainda, segundo explica o autor, "as instituições liberais vieram, por evolução e compromisso, no bojo de um difícil e doloroso

[128] ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria*, págs. 77- 78.
[129] Na Alemanha, ainda nessa fase, a figura do Estado continua se confundindo com a pessoa do príncipe. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, pág. 76.
[130] MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I,* pág. 179.
[131] O príncipe possui, agora, um vasto campo de comportamentos regulados pelo Direito; todas as suas diversificadas condutas que possam afetar os indivíduos estão comprimidas pela legalidade, não mais, apenas, as ações estatais que assumissem características similares a condutas privadas, as quais, anteriormente, eram submetidas às normas civis e à correlativa responsabilidade frente ao Fisco; vislumbra-se, aqui, um verdadeiro Direito Público, o qual impõe ao príncipe o dever de respeito à legalidade. Nesse sentido: MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, págs. 68 e 76.
[132] GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado*, pág. 70, (tradução livre).
[133] NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, pág. 48. WOLFF, Hans J. BACHOF, Otto. STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Vol. 1*. Tradução do original alemão intitulado Verwaltungsrecht, vol. 1,11ª edição, revista – 1999, por António Francisco de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, pág. 110.
[134] MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I,* pág. 179.

pacto entre o poder político (do Império e das monarquias locais) e os segmentos mais ativos da sociedade" [135].

Daí porque se tem insistido no caráter inicial extrajurídico e doutrinário do princípio da proporcionalidade e na importância das propostas teóricas que o desenvolveram, como, por exemplo, a já destacada contribuição de Carl Glottlieb Svarez, para que a ideia fosse recebida como elemento integrante da nova ordem estatal – agora submetida ao Direito positivo – que se estava a fundar. Acrescenta Saldanha, ainda se referindo à primeira fase da formação do *Rechtsstaat*, que "a influência dos professores – até no direito público nascente, como no direito administrativo – continuou muito forte, rivalizando com a competência dos juízes, a dos legisladores e – não se pode esquecer – a dos titulares do poder monárquico" [136].

Com efeito, na Alemanha, diferentemente do ocorrido na França, o processo de transição do Estado de Polícia para o *Rechtsstaat* não ocorreu na forma de uma ruptura revolucionária, foi, segundo Jorge Reis Novais, "gradual e através de uma solução de compromisso com a legitimidade monárquica tradicional"; a realidade histórica vivenciada pela Alemanha neste período demonstra certa nebulosidade na identificação de um sentido material no Estado de Direito constituído, sendo mais saliente o instrumento formal, qual seja a submissão do Estado ao princípio da legalidade [137]; esse fato acarretou certa escassez inicial e relativa morosidade na aparição mais consistente da figura jurídica dos direitos fundamentais, o que, em contraponto, fez com que o bem jurídico liberdade fosse tutelado pela interação instrumental, com suas variáveis, dos princípios legalidade-proporcionalidade.

Somente em momento posterior, com a efetiva incorporação da acepção material do Estado de Direito e, consequentemente, da racionalização finalística do Estado para o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, o instrumento jurídico, por excelência, protetor da liberdade individual foi identificado na figura dos direitos fundamentais, a partir do que, como será com maior detalhamento explicitado, a proporcionalidade foi refuncionalizada e agregada de novos elementos constitutivos. Nesse momento inicial, contudo, o que vigora, em termos de proteção do particular, são os princípios da legalidade da Administração e da proporcionalidade das suas ações.

---

[135] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia*, págs. 167-168.
[136] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia*, pág. 168.
[137] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, págs. 20 e 28.

De outro lado, na Europa ocidental, nos Estados orientados pela matriz constitucionalista francesa, não obstante as diferentes linhas estruturais, a proteção dos particulares, apesar de mais consistente, ainda apresentou deficiências consideráveis; aqui, a formação do Estado de Direito não partiu de uma diretriz fundada na autolimitação, ao contrário, foi baseada nas ideias de poder exercido em razão da vontade do povo expressado no texto constitucional [138], bem como de racionalização do Estado para a proteção da liberdade natural, reconhecida agora juridicamente na forma de direitos (fundamentais) positivados [139].

O Estado de Direito liberal, o qual "coincidiu, como se sabe, com a preponderância da burguesia" [140], almejava uma forte separação entre o ente público e a sociedade; nesse intuito, dentre outros instrumentos jurídicos adotados, houve uma separação das funções típicas de Estado, restando à atividade administrativa concentrada no Poder Executivo e destacada das outras funções definidas e rotuladas como *poderes do Estado*.

A atuação administrativa ficava vinculada ao disposto em lei – princípio da legalidade – tendo a atividade de polícia concentrada em si um mínimo possível de atribuições, somente o que a burguesia, por sua própria iniciativa, não conseguisse alcançar, contexto no qual era ressaltado o dever estatal de propiciar segurança; o quadro era completado pelos direitos fundamentais (concebidos ideologicamente como direitos naturais do homem), com função eminentemente negativa, os quais impunham deveres de não ingerência e começavam a refletir o sentido finalístico da própria existência do Estado (agora, personificado juridicamente), bem como possibilitavam a participação política – direitos políticos – dos indivíduos que detivessem propriedade privada.

Ao Judiciário, era reconhecida a função de aplicar a lei às situações concretas e controlar as ações administrativas que destoassem da moldura definida pelo princípio da legalidade; o legislador, por sua vez, a bem da verdade, colocava-se em uma posição de prevalência, ante a *justiça* inerente à natureza das leis e pela ausência de instrumentos efetivos de controle de

[138] MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I*, pág. 179.
[139] MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pág. 35; NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, pág. 76.
[140] MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria*, pág. 58.

constitucionalidade da legislação [141]-[142]; não havia, assim, limites jurídicos reais às deliberações do legislador [143].

Não obstante toda essa verdadeira obra de engenharia montada para conter o poder o monarca, o projeto arquitetônico ainda deixou alguns vácuos [144], âmbitos nos quais a atividade estatal de polícia era demandada e poderia ser exercida sem as amarras completas da legalidade estrita. Para melhor entendimento dessa questão específica, necessário que sejam abordadas algumas linhas acerca do princípio da legalidade no período em foco.

Explicam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos que o princípio da legalidade no Estado de Direito liberal surgiu como o instrumento jurídico utilizado para que a ações administrativas fossem previsíveis, a partir da submissão do agir da Administração ao disposto previamente em lei; no Direito Administrativo, o princípio da legalidade assume duas conotações principais, pelas quais é vedado à Administração contrariar o disposto em lei – "*preferência de lei*" –, bem como a atividade administrativa somente pode ser empreendida nos limites da previsão legal antecedente ao ato, "*reserva de lei*"; no Estado de Direito liberal avultam os fundamentos "*garantístico*" e "*democrático*" do princípio da legalidade; contudo, o princípio da legalidade, em sua dimensão de "*reserva de lei*", possuía aplicação, notadamente, nas situações em que o ato administrativo ingerisse na liberdade individual, "em todas as matérias restantes, a administração podia atuar sem necessidade de base legal" [145].

Ainda, a própria segurança almejada pelo modelo liberal mediante a utilização do princípio da legalidade sob a perspectiva de submissão das ações administrativas à *reserva de*

---

[141] Sobre o tema. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado*, pág. 70-71. MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, págs. 15-16. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, págs. 59-102. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, págs. 19-30. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria*, págs. 139-143.

[142] Jorge Miranda explica que "na primeira fase do Estado constitucional permanece oculta ou desconhecida a exacta medida de inconstitucionalidade, por não se adoptarem meios de garantia adequados e a limitação constitucional ser entendida mais com espírito político do que com espírito jurídico". O fundamento último da ausência de um controle de constitucionalidade das leis residia no princípio da separação dos poderes, uma vez que reconhecer um ato legislativo como inconstitucional seria uma ingerência indevida do Judiciário, pois "a função dos tribunais confina-se em levar a lei a aplicar-se a conflitos concretos, pertencendo aos órgãos legislativos resolver o que é ou não é lei". Na monarquia constitucional alemã, dada suas particularidades já mencionadas, o fenômeno era ainda mais intenso, pois "Monarca e Parlamento eram dois órgãos que participavam no processo legislativo". MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria*, págs. 37, 44 e 50.

[143] AMARAL, Lúcia. *A Forma da República. Uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, pág. 152.

[144] WOLFF, Hans J. BACHOF, Otto. STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Vol. 1*, pág. 110.

[145] REBELO DE SOUSA, Marcelo. SALGADO DE MATOS, André. *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais, Tomo I.* 2ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2006, págs. 157-160.

lei [146] não foi plenamente alcançado; o Estado, por mais que o projeto ideal assim desejasse, não deixou de intervir [147], pois a sociedade – mesmo se considerada apenas a camada burguesa – ainda carecia de prestações estatais positivas, as quais não podiam restar integralmente definidas de forma prévia e precisamente regulamentadas pela lei [148].

Fora dessa legalidade precisa, com efeito, a atividade administrativa com ingerência na sociedade era fato existente e indispensável para o desenvolvimento do Estado de Direito liberal, uma vez que a iniciativa privada não lograva êxito em alcançar a satisfação de todos os bens e interesses por sua própria ação particular, a partir do que restava justificada a ação administrativa para a consecução do interesse público [149]; além disso, os próprios direitos fundamentais de liberdade, por vezes, exigiam ações positivas para sua observância e realização prática [150] e, ainda, mostrava-se necessária a regulamentação de algumas relações entre os particulares [151], intervenção esta que foi sendo cada vez mais visualizada ao passo em que o Estado liberal avançava no tempo e a igualdade formal corroia totalmente a isonomia empírica.

Atuava, assim, a Administração. Mas, agia, nesse ponto, no âmbito de uma legalidade mais *frouxa*, com vinculação legal mais atenuada, quer pelo uso de poder discricionário ou, em certos casos, ainda, mais livre, conferindo a lei autorização para a atividade intervencionista por razões de interesse público.

Na Alemanha, de outro lado, ainda maior espaço restou reservado para a intervenção do monarca, o qual, como já citado, manteve-se como figura prevalente; apesar de a assertiva não ser tanto difundida, é fato que "o Estado alemão do século XIX nunca se limitou exclusivamente à conservação do direito e da ordem ('**Estado guarda-nocturno**')", uma vez que foi "numa dimensão não desprezível e de forma progressiva, simultaneamente, Estado de bem-estar, após terem sido ultrapassadas concepções econômicas liberais extremistas" [152].

---

[146] Sobre a construção dogmática alemã da reserva de lei: ABRAHÃO, Marcela Rosa. *As Restrições aos Direitos Fundamentais por ato normativo do Poder Executivo*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, págs. 107-172.
[147] "Por via de exceção se justificavam uma serie de intervencionismos administrativos que, em determinadas matérias, vinham a significar a quebra da tese abstencionista". GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado*, pág. 72, (tradução livre).
[148] ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria*, pág. 153.
[149] GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado*, págs. 72-73.
[150] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 356-357.
[151] ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria*, pág. 142.
[152] WOLFF, Hans J. BACHOF, Otto. STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Vol. 1*, pág. 111.

Jorge Miranda também traça uma distinção entre o modelo assumido pela Europa ocidental, o qual absorveu os ditames da Revolução Francesa, e a "monarquia constitucional de tipo austro-alemão", na qual "o princípio monárquico se sobrepõe ao princípio democrático e intervém ainda de forma constante e efectiva no governo", conservando o monarca amplo poder de intervenção na liberdade individual, sendo de sua atribuição tudo o que estiver fora dos estreitos limites de atuação traçados pela Constituição [153].

Ressalvadas as particularidades da monarquia constitucional alemã, tem-se o seguinte quadro geral: Estado submetido a uma Constituição e finalisticamente vinculado a um catálogo de direitos fundamentais de liberdade; separação das funções do Estado e submissão do Executivo ao princípio da legalidade; variantes da ação administrativa de ingerência na sociedade em razão da diversa moldura legal a autorizar cada ação; atuação do Judiciário relacionada a atividades hermenêuticas de subsunção do fato à previsão legal mediante uma lógica silogística; ausência de vinculação material do Legislativo à Constituição. Inserindo-se o princípio da proporcionalidade nesse quadro, observam-se algumas relações dignas de nota.

Foi formado um campo fértil no qual o princípio da proporcionalidade continuou a geminar como um instrumento jurídico eficaz de tutela dos particulares em face da Administração, configurando-se, ao impor uma exigência jurídica de atuação estatal necessária, como um verdadeiro direito subjetivo individual [154]; além disso, começou a se candidatar – novamente na forma de um ideal, na condição de formulação teórica – como uma exigência que igualmente deveria ser observada pelo legislador.

A liberdade é protegida pela figura jurídica dos direitos fundamentais, contudo, essa proteção é essencialmente dirigida em face das ações da Administração e não contra o legislador, até mesmo porque os direitos fundamentais são estabelecidos nos termos da lei; com efeito, na estrutura arquitetônica, são conciliados: o princípio democrático, expressado na vontade da maioria; a separação das funções do Estado, mas com inegável prevalência do legislador; a previsão constitucional de direitos fundamentais, os quais passam a ser a figura jurídica de reconhecimento e tutela dos direitos naturais do homem.

Não obstante, os bens jurídicos liberdade, autonomia e propriedade alcançam a efetiva proteção não pela subjetivação de posições jurídicas a partir das normas de direitos

[153] MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I,* págs. 198-201.
[154] COHEN-ELIYA, Moshe. *American*, pág. 13.

fundamentais, mas na visualização de direitos subjetivos em razão de ações administrativas contrárias à lei ou em descompasso com as reservas legais [155]; ou seja, para que uma pretensão jurídico-subjetiva contra o Estado restasse judicialmente instrumentalizada, o indivíduo não poderia embasar sua postulação a partir de uma causa de pedir próxima fundamentada em uma norma constitucional de direitos fundamentais, mas, sim, substanciava sua pretensão na lei, no princípio da legalidade da Administração, o qual, ao fim e ao cabo, definia qual a medida possível de ingerência na liberdade individual.

Mais, em proteção da liberdade, há, como complemento garantístico, uma conjugação entre legalidade estrita e proporcionalidade; isso porque, ainda que o vício capaz de macular a validade de um ato administrativo fosse sempre manifestado pelo descumprimento ao princípio da legalidade, essa inobservância do Direito posto à Administração poderia ocorrer devido à violação literal de lei – por isso usou-se o termo *legalidade estrita* – mas, também, em razão de atuação excessiva, casos nos quais a ilegalidade – que passa a ser um conceito mais amplo – poderia restar configurada como decorrência de uma atuação desproporcional (excessiva) do Estado [156].

Destarte, havia uma interação entre legalidade estrita e proporcionalidade, formando, ambas as exigências, comandos parcelares do princípio da legalidade amplamente considerado, sendo que os dois mandamentos deveriam ser observados pela Administração; essa interação, nos primórdios do Estado de Direito liberal, deve ser compreendida em três variáveis, as quais, segundo designamos, podem ser reconduzidas a três blocos de situações possíveis, a saber: com legalidade completa; com ausência ou atenuação de legalidade estrita; lei injusta.

O projeto liberal, como já mencionado, buscava que a intervenção estatal na sociedade fosse mínima e, quando ocorresse uma ingerência, que essa intervenção não fosse contrária à lei e restasse previamente fundamentada em um dispositivo legal; assim, a primeira hipótese

---

[155] ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Interesse Público, Proporcionalidade e Mérito: Relevância e Autonomia Processual do Princípio da Proporcionalidade. *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume II, pags. 539-575*. Coimbra: Almedina, 202, pág. 539.

[156] "De acordo com os quadros do pensamento do legalismo, a Administração Pública apenas obedeceria à ´lei`. Como a Administração apenas obedeceria à lei, todos os *vícios do acto administrativo* se reconduziriam à 'ilegalidade'. O facto de irem surgindo 'princípios' sem nenhuma consagração legal não mudaria a essência das coisas: a injustiça, a desproporcionalidade ou arbitrariedade dos actos administrativos não seriam mais do que 'ilegalidades'". CORTÊS, António. *Jurisprudência dos Princípios: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pág.39.

destacada define que a Administração subordina-se à lei e deve buscar as finalidades por ela selecionadas, imprimindo seu agir potencialmente restritivo – já mais comprimido, uma vez que nos termos da legalidade – dentro do necessário para alcançar os objetivos definidos na legislação.

A Administração observa um limite externo – a legalidade estrita –, mas essa própria legalidade também observa outro limite externo, qual seja a exigência de uma relação proporcional entre as medidas adotadas, legalmente previstas, e o alcance das finalidades estabelecidas na legislação; com efeito, atividade administrativa resta duplamente limitada, sendo que de uma parte a Administração deve atuar nos limites da lei e, de outro lado, externamente ao disposto pelo legislador, o agir administrativo deve ocorrer dentro dos limites do necessário, não bastando, assim, apenas, que a ingerência esteja autorizada pela lei, deve, além disso, em decorrência de uma legalidade ampla, ser efetivada nos limites da necessidade.

Veja-se que até mesmo na França, local em que a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos e legislativos era ainda mais conservadora, foi desenvolvido, com base nessas premissas, por parte do Conselho de Estado, um controle por excesso de poder dos atos administrativos, a partir do que as ações administrativas se submetiam, além da legalidade, à uma limitação externa consistente na premente observância das finalidades definidas pela lei e na *necessidade* de escolha de meios menos restritivos possíveis para a consecução desses objetivos; apesar de não se estar a tratar precisamente do princípio da proporcionalidade, uma vez que esse controle realizado no modelo francês restou denominado de *récours pour excès de pouvir*, é fato que o parâmetro estabelecido – relação de meio necessário e finalidade legítima – é de todo semelhante e, considerando que, nesse momento, o controle de proporcionalidade exauria-se apenas nesse requisito, por ora, é possível trazer o fenômeno como uma manifestação de uma ideia difusa de proporcionalidade das ações estatais restritivas.

Contudo, o que deve restar claro é que, posteriormente, em especial no que se refere ao controle de constitucionalidade da legislação, o sistema adotado na França é muito diferente do empregado na Alemanha, a qual inspirou mais consistentemente outros sistemas constitucionais, como, por exemplo, o português, o espanhol e o brasileiro; assim, a demonstração sintética do controle de legalidade realizado pelo Conselho de Estado francês

pretende, apenas, que sejam encontrados maiores fundamentos teóricos para embasar o que aqui se está aqui a afirmar: o controle de legalidade no Estado liberal era efetivado mediante a conjugação dos princípios legalidade-proporcionalidade.

A segunda situação, por sua vez, deve considerar a hipótese de ausência de lei; em não havendo legislação específica a regulamentar a atividade administrativa em questão, fenômeno recorrente, notadamente, na monarquia constitucional alemã [157], a atuação do Poder Executivo é dotada de menores amarras, restando, apenas, finalisticamente ligada à consecução do interesse público. Como explica Jorge Reis Novais, inclusive, recorrendo à doutrina de Robert Von Mohl, não há uma contraposição insuperável entre a atividade de polícia e o Estado de Direito alemão, ao contrário, é visualizada uma tendência de harmonização [158].

Nesse contexto, subsistindo a atividade estatal tipicamente de polícia, o princípio da proporcionalidade aparece como o instrumento de maior força e concretude em defesa da esfera individual, uma vez que subsiste uma exigência jurídica de a atividade administrativa selecionar o meio menos restritivo à disposição para alcançar a finalidade buscada; estando em causa o controle judicial da ação administrativa efetivada dentro do espaço no qual não está executando a lei, os limites jurídicos são menos consistentes, uma vez que, aqui, o princípio da legalidade *molda* a atividade administrativa de forma mais tênue, exigindo, apenas, que seja empreendia para a busca do interesse público; todavia, permanece a exigência de necessidade, a partir do que, assim, o princípio da proporcionalidade configura-se como a verdadeira barreira protetiva da liberdade individual nestas situações.

De resto, tem-se o fenômeno da lei injusta. É fato que durante o Estado de Direito liberal e, mais além, inclusive durante a Constituição de Weimar (apesar de seu catálogo de direitos fundamentais, inclusive, sociais, e a incorporação do princípio da socialidade), os direitos fundamentais não apresentavam um caráter vinculante em face do legislador sendo praticamente inexiste um controle substancial de constitucionalidade das leis; nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, apesar de não ensejar um controle de constitucionalidade

[157] Segundo assevera Otto Mayer, nos primórdios do *Rechtsstaat* alemão, a atividade administrativa não se limitava a uma "simples execução das leis existentes", atuando a Administração mesmo nas hipóteses em que ausente qualquer previsão legislativa; "a ação da administração há de ser dirigida, na medida do possível, por regras de direito". MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, pág. 80, (tradução livre).
[158] NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, pág. 49.

das leis, impulsionou a posterior submissão substancial do legislador à Constituição, ou seja, participou do processo de transição entre o controle da atividade de polícia, a partir da conexão legalidade-proporcionalidade, até o controle de toda a atividade estatal pela vinculação aos direitos fundamentais.

Entrementes, conforme as lições de Garrido Falla, deve ser traçada uma distinção entre "arbitrariedade" e "injustiça" [159]; a "arbitrariedade" é visualizada na *simples* recusa ao Direito positivo, na ausência de observância do ato estatal ao estatuto jurídico, contudo, um ato estatal dotado de arbítrio não reflete, inexoravelmente, uma injustiça, apenas, é uma conduta praticada à revelia dos limites formais estabelecidos pela lei; o reverso é igualmente verdadeiro, pois o Direito produzido, unicamente, sob a perspectiva de uma legalidade formal, pode resultar em Direito injusto [160].

Logo, a lei, pelo simples fato de ser lei, não é justa, deve, para tanto, observar padrões materiais e não, apenas, procedimentais; dessa simples assertiva, pode-se extrair a conclusão de que o princípio da proporcionalidade desempenhou um importante papel ao ser colocado, já neste momento histórico, à disposição do indivíduo, o qual, fundamentado na desproporcionalidade da medida, poderia se opor à lei tida como injusta; não obstante, é fato que, à época, essa situação era excepcional, ante a concepção liberal que entendia ser a lei naturalmente justa, uma vez que produto da vontade da maioria [161].

Contudo, estando-se diante do fenômeno – lei injusta –, mesmo no Estado liberal, essa situação poderia ser contestada com o recurso a "certas exigências materiais, apoiadas na justiça" [162]; tal assertiva é importante, quanto mais pelo fato de que com o decorrer do tempo o sentido originário fundacional do Estado liberal – proteção da pessoa humana e sua liberdade – foi sendo relegado para um plano inferior; na verdade, sobrepôs-se a tudo o caráter instrumental do Estado de Direito, notadamente, o princípio da legalidade, o qual acabou por se configurar como uma finalidade autônoma; além disso, não era dada maior relevância ao conteúdo das leis, o que acabou por compatibilizar o Estado de Direito com qualquer ideologia subjacente [163].

---

[159] GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado*, pág. 70, (tradução livre).
[160] GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado*, págs. 70-71, (tradução livre).
[161] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, págs. 24-27.
[162] GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado*, pág. 71, nota 25, (tradução livre).
[163] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, págs. 27-30.

Precisamente, aqui, a proporcionalidade é inserida como um mecanismo a delinear a exigência de subordinação do legislador ao justo, de vinculação das leis a um sentido material que deve acompanhar o Estado de Direito, tendo início a queda do dogma da justiça natural da lei presente na perspectiva da narrativa liberal; em outras palavras, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade foi um elemento importante para a transição da submissão da Administração à lei para a vinculação de todo o Estado à Constituição; ou seja, diante de situação de evidente injustiça da legislação, a proporcionalidade, tendo em vista sua origem jusnaturalística pela qual expressava um padrão material de justiça no caso concreto, bem como por sua íntima relação com a proteção da pessoa humana (finalidade primeira de um Estado de Direito considerado em sentido material), passou a ser utilizada como instrumento de defesa dos indivíduos em face da legislação, com o que se reforçou a tese de que o legislador, igualmente, deveria ter sua atuação limitada pelos padrões constitucionais.

De resto, além da exigência de a Administração observar o binômio – legalidade-proporcionalidade –, a proteção das liberdades individuais é complementada pela institucionalização da competência jurisdicional para a verificação do cumprimento desses princípios pela atividade de polícia; a premência de que o exercício do poder de polícia seja efetivado nos limites da legalidade e da proporcionalidade impõe, de outro lado, a exigência de submissão da Administração ao controle por parte de um "tribunal independente", o que completa a formulação do Estado de Direito [164].

Entrementes, desde então, começou a se consolidar no Direito Público, ainda que, em um primeiro momento, confinado aos estreitos âmbitos de relação entre os particulares e a atividade administrativa de polícia, um limite jurídico à atuação estatal, o qual se manifestou na imperativa observância de uma relação *proporcional* (necessária) entre meios empregados e finalidades buscadas; relembra-se, todavia, que a atividade judicial de controle era essencialmente dirigida – na relação Estado e indivíduo – para a análise do cumprimento, por parte da Administração, dos princípios da legalidade e proporcionalidade, não havendo um controle jurisdicional, pelo menos não substancial, de constitucionalidade [165].

[164] ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria*, 1975, pág. 153.

[165] "Quanto à constitucionalidade, para lá de tudo mais, nos séculos XVIII-XIX, prescinde-se da sua fiscalização contra os órgãos do poder legislativo devido ao entendimento exaltado da lei. Domina um conceito deontológico, pelo qual consiste em *ratio*, não em *voluntas*, e donde resultam abstração, generalidade, certeza e justiça. E domina um conceito filosófico-político, que a define como expressão da vontade geral. Por isso que é obra de

O quadro se altera com a premência do incremento das intervenções estatais na esfera social, bem com pela descrença na efetividade da legalidade formal como instrumento real de tutela da liberdade individual, conclusões alcançadas, especialmente, depois da experiência nacional-socialista na Alemanha, a partir do que as Constituições incorporaram, definitivamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, socialidade e igualdade material, consolidando-se a transição do modelo liberal para o Estado social e democrático de Direito [166].

O princípio da proporcionalidade, como não poderia deixar de ser, acompanhou essa evolução, foi aperfeiçoado e alcançou o Direito Constitucional com uma funcionalização diferente no seu papel de limitador do Estado em prol da liberdade; agora, passa a formar par, não mais, apenas, com o princípio da legalidade, mas com uma figura jurídica específica – os direitos fundamentais – que vincula todo o Estado.

Assim, de tudo, resta claro que na Europa a tutela dos direitos individuais ocorreu, inicialmente, pelas vias do Direito Administrativo, sendo os princípios da legalidade e da proporcionalidade os principais instrumentos jurídicos para o alcance da proteção às liberdades individuais; apesar de a existência de Constituições nos países europeus datar do final do século XVIII, diferentemente de outros sistemas constitucionais – notadamente, o norte-americano –, essas Constituições não traziam direitos fundamentais positivados ou, quando previam um rol de direitos em seus textos, essas garantias constitucionais não eram passíveis de aplicação judicial; logo, as normativas constitucionais possuíam sua aplicação dirigida para as esferas políticas de deliberações legislativas e não para o âmbito jurídico, portanto, os Tribunais, em geral, não eram competentes para a aplicação das normas constitucionais [167].

Entrementes, foi o Direito Administrativo o palco adotado para a tutela de direitos individuais, restando o Direito Constitucional relegado para outro plano; diferente do que ocorreu na França (onde o Conselho de Estado integrava a própria Administração), na Alemanha, e em outros diversos países europeus que seguiram o modelo alemão de Direito Administrativo (Áustria, Portugal, Suécia, Polônia, Espanha, dentre outros), ao Poder

---

razão, a ninguém prejudica e repugna submetê-la a algum órgão protector. Por isso que é deliberada pelos representantes dos cidadãos, é geral e soberana". MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria*, págs. 79-80.

[166] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, págs. 30-42.

[167] PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. The Administrative, págs. 105-106 e 111-112.

Judiciário competiu o exercício da jurisdição administrativa; assim, foram criadas Cortes Administrativas com competência para a tutela dos interesses individuais em face das ações estatais restritivas; dentre essas Cortes, de se destacar a Corte Administrativa Suprema da Prússia (1822-1914), cuja jurisprudência, relacionada ao controle das ações da Administração interferentes nas esferas individuais, foi guiada pelos princípios da legalidade e da proporcionalidade; ainda, importa ressaltar que as decisões das Cortes administrativas europeias que seguiram essa lógica não baseavam sua argumentação na interpretação dos textos legais ou na delimitação do âmbito de proteção dos direitos, mas sim na ideia de exigência de *justificação* para as ações restritivas da Administração [168].

Com efeito, o Direito Administrativo, na Europa, restou responsável pela proteção dos direitos individuais, sendo os princípios da legalidade e da proporcionalidade os principais e mais significativos parâmetros limitadores da atuação restritiva da Administração; após a segunda Guerra Mundial, contudo, as Constituições passaram a trazer um catálogo dos diretos fundamentais, bem como a previsão de revisão judicial das decisões legislativas; em consequência, o Direito Constitucional e a jurisdição constitucional subiram ao palco como os principais garantidores dos direitos fundamentais dos indivíduos, o que, como decorrência lógica desse traslado, restou acompanhado da incorporação pelo Direito Constitucional do princípio da proporcionalidade e da exigência de justificação para as restrições aos direitos fundamentais.

4. O princípio da proporcionalidade e o Estado de Direito social e democrático

O Estado de Direito liberal não se sustentou, sendo o seu descenso atribuído a diversos motivos; dentre outras circunstâncias e especificidades históricas, a grande desigualdade social gerada pela perspectiva individualista e de autossuficiência da livre interação entre os particulares como elemento reitor da sociedade [169], uma tendência de organização coletiva da

[168] PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. The Administrative, págs. 104-106 e 112-116.
[169] "Que verdadeiro significado possuía a liberdade constitucional para os que nada tinham, que possuíam apenas o ar que respiravam e estavam à mercê das leis de ferro da economia?". CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica*, pág. 40.

contraditória, fragmentada e diversificada sociedade privada [170], bem como a necessidade de se reencontrar o sentido material para o qual fora constituído o Estado de Direito, colocam-se entre os fatores determinantes para a ruptura do modelo.

Uma variada gama de situações fizeram surgir diversas demandas sociais e políticas, as quais vieram acompanhadas de novos ideais filosóficos e acarretaram a conclusão de que a concepção a sustentar a simples submissão do Estado ao Direito visando à proteção defensiva da liberdade e propriedade individuais, sem maiores compromissos e preocupações com o meio social, bem como o grande distanciamento entre o ente público e a vida privada, não se configurava como um modelo capaz de outorgar eficaz tutela à dignidade da pessoa humana; assim, esses ideais liberais foram contraditados e abandonados em algumas realidades [171], sendo, contudo, aperfeiçoados em outras.

Algumas sociedades politicamente organizadas pelas pautas liberais não descartaram, na totalidade, os parâmetros inaugurais, mas os aprimoraram, sendo a linha originária do Estado de Direito [172] mantida, contudo, agregada de novos elementos; como exemplos dessa opção, são normalmente citadas, pela doutrina, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 [173].

Ainda, a I Guerra Mundial foi um marco decisivo para a mudança das bases sociais e para a demanda por um novo paradigma estrutural; não obstante, a exigência pelo *novo* não restou limitada ao período de excepcionalidade decorrente do estado de beligerância, postou-se, ao contrário, como uma reivindicação permanente a obstaculizar a reincidência do liberalismo *puro* [174].

Pela nova concepção, deflagrada definitivamente após a II Guerra Mundial e, especialmente, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (*Bonner Grundgezetz*), em 1949, a promoção da liberdade deixa de ser uma realidade relegada apenas à sorte de cada indivíduo e aos comportamentos particulares, passando a ser dever constitucional a exigência

---

[170] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais*, págs. 56-58.
[171] Como exemplo, "o Estado fascista italiano", o "Estado nacional-socialista" e o "Estado de legalidade socialista". NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo*, págs. 127-178. MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I,* págs. 107-108.
[172] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, pág. 30.
[173] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais*, pág. 59, nota 16. MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo I,* pág. 106. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, pág. 30. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 357.
[174] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais*, pág. 57.

de o Estado demonstrar interesse por cada realidade individual; em acréscimo, passa a ser imposta ao Estado a obrigação de empreender ações positivas, com intervenção na sociedade, visando ao alcance da liberdade por todos; socialidade, igualdade material, pluralismo e universalidade na participação política, dentre outros, são componentes que vão sendo inseridos ao modelo do Estado de Direito [175].

Nessa linha, além de a própria proteção da liberdade ter sua abrangência expandida [176], as Constituições incorporaram o princípio da socialidade, a partir do que houve o reconhecimento pelo Direito positivo de novas dimensões históricas de direitos fundamentais, destacando-se os denominados direitos sociais ou direitos de igualdade [177]; além disso, a proteção conferida aos particulares pelos direitos fundamentais deixou de se atrelar, unicamente, à outorga de posições subjetivas individuais em face do Estado, ocorrendo, em acréscimo, o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais e efeitos daí decorrentes.

Com isso, novas exigências são estabelecidas, para a garantia de respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, a partir do que, ao Estado, não basta, apenas, cumprir seus tradicionais deveres de abstenção, mas, também, impende que o ente público adimpla a obrigações, de cunho prestacional/positivo, tendentes a alcançar a igualdade material, bem como destinadas a proteger os valores, bens e interesses subjacentes aos direitos fundamentais; pertinente destacar, ainda, que o novo modelo de organização estatal depende, para a consecução da sua finalidade e observância da vinculação material às diversas exigências da pessoa humana, de instrumentos com índole garantística e, sobretudo, da consolidação do controle de constitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais em face das ações e omissões legislativas [178].

---

[175] NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, págs. 30-42.

[176] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais*, pág. 59.

[177] Na precisa síntese de José de Melo Alexandrino, "a sobreposição das ideias, tradicionalmente dissociadas, de *Rechtsstaat* e *Sozialstaat* numa figura unitária faz do princípio do Estado de Direito democrático um macro-conceito de todo o sistema constitucional e, particularmente, um macro-conceito de ligação entre os dois tipos de direitos fundamentais". ALEXANDRINO, José de Melo. *A Estruturação do Sistema*, págs. 285-286.

[178] O restabelecimento da finalidade substancial do Estado de Direito – respeito, promoção e proteção da pessoa humana – é vinculada à descrença no legalismo formal como instrumento eficiente para a proteção do indivíduo. Como consequência, a análise com base em padrões materiais do conteúdo das leis por uma jurisdição constitucional efetivamente independente se coloca como uma exigência premente, quanto mais pelo fato de a novidade do controle substancial de constitucionalidade ser, agora, também, acrescida da possibilidade de um controle da omissão estatal constitucionalmente injustificável.

Isso implicou uma profunda mudança na forma de positivação, força normativa, âmbito de incidência material, aplicação e, em geral, na dogmática dos direitos fundamentais [179], o que, consequentemente, refletiu no princípio da proporcionalidade, uma vez que, também, foi colocado no novo modelo como instrumento jurídico destinado a garantir o respeito, proteção e promoção da dignidade pessoa humana, nas suas mais variadas exigências.

Uma análise com maior densidade do princípio da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes [180], no Estado de Direito social e democrático, faz-se, agora, necessária, para, após, ser viável a redefinição o papel do princípio da proporcionalidade no moderno Estado constitucional.

O sentido material do Estado de Direito aponta para o fato de a organização estatal encontrar fim último na proteção da pessoa humana [181], sendo essa ideia incorporada pelas Constituições como princípio jurídico e, como tal, dotado de um caráter normativo e vinculante; o princípio da proporcionalidade ingressa nessa rede, formando, juntamente com os direitos fundamentais, um complexo feixe de interações destinado a exigir o respeito, bem como promover e proteger a dignidade do indivíduo; por isso, "é mais compreensiva a estratégia de derivação do princípio da proporcionalidade dos conceitos *de liberdade e livre expressão e desenvolvimento da personalidade*, gravados no valor absoluto da *dignidade e autonomia da pessoa*, valor de que tudo o resto, incluindo o próprio princípio do Estado de Direito, é subsidiário" [182].

Ou seja, com a definição da pessoa humana enquanto *valor* absoluto [183] – a fundamentar a própria existência do Estado de Direito –, ideia em torno da qual gravita toda a ordem constitucional, pode-se sustentar que os elementos estruturais do Estado de Direito (inclusive, o próprio enquanto princípio jurídico) não possuem sentido existencial autônomo estando sempre destinados à reverência, consecução e proteção dessa ideia base e suprema de todo o sistema jurídico.

---

[179] Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 356.
[180] A mesma preocupação foi demonstrada por Jorge Reis Novais. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios*, págs. 32-36.
[181] NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana. Volume I. Dignidade e Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Coimbra: Alemdina, 2018, págs. 13-14.
[182] CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da), págs. 10-11.
[183] Sobre a natureza absoluta da dignidade da pessoa humana como princípio jurídico e não, apenas, enquanto valor. NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana. Volume II. Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Alemdina, 2016, págs. 143-199.

Em Estado de Direito social e democrático, as reivindicações da pessoa humana são exteriorizadas por intermédio de paradigmas diferentes dos visualizados na perspectiva liberal; para que o princípio seja efetivamente observado, é necessário, não mais, apenas, respeito à autonomia e liberdade individuais, mas, aliado a isso, uma concepção material de igualdade, também, incrementa o Estado de Direito e ações positivas estatais passam a ser algo inerente à dignidade; essas exigências advêm de forma mais concreta e específica da figura jurídica dos direitos fundamentais sociais, os quais se colocam, notadamente, por originarem deveres estatais de promoção, na primeira linha dos deveres a prestações positivas impostos ao Estado; além disso, a dignidade da pessoa humana reclama tutela em face de agressões externas oriundas de comportamentos de outros particulares, bem como em decorrência de fatos naturais ou fortuitos, a partir do que impende em face do Estado uma obrigação de proteção dos bens e interesses subjacentes à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, o que, também, requer o adimplemento de comportamentos ativos pelo Estado.

O princípio da proporcionalidade acompanha essa evolução dos moldes organizacionais e sentido do Estado de Direito; até o momento, pode-se destacar que, a partir do reconhecimento de uma dupla função dos direitos fundamentais (*lato sensu* considerados como direitos de defesa e direitos a prestações positivas), bem como a partir do controle de constitucionalidade das ações e omissões do legislador democraticamente eleito, vislumbra-se, em Direito Constitucional, uma nova e dinâmica funcionalização do princípio da proporcionalidade, o qual, sem perder o caráter de amplo limite jurídico ao poder do Estado, passa a ser, especificamente, instrumentalizado como um critério material destinado a combater essas duas modalidades de possíveis inconstitucionalidades.

Agora, neste momento, apenas deve ser ressaltada essa nova concepção – ao menos sustentável – de que o princípio da proporcionalidade, como limite ao poder estatal, passa a ser uma *exigência de aplicação conjugada* com os direitos fundamentais e, no que a eles concerne, pode assumir uma dupla face (na verdade, tripla, conforme será sinalizado infra), pois, a depender da situação em causa, os problemas dogmáticos relacionados à concretização dos enunciados normativos de direitos fundamentais são diversos; diversas são as posições subjetivas e deveres objetivos que decorrem das normas de direitos fundamentais; diferentes são as relações e margens de ação do legislador democraticamente eleito e das possibilidades

de controle atribuídas à jurisdição constitucional em cada problema jusfundamental específico; logo, o princípio da proporcionalidade poderá ter conotações diferentes a depender do problema de direito fundamental que se fizer presente, do dever estatal em causa e da função jusfundamental presente na hipótese.

Há uma interação estreita entre o Estado de Direito – social e democrático – o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais (todos os elementos relacionados à garantia do respeito, proteção e promoção da pessoa humana), sendo possível, assim, ser mais específico e afirmar que "a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais" [184].

Ainda, a constatação, inegável, de que os direitos fundamentais, tanto por sua estrutura normativa quanto pelo amplo âmbito de proteção que possuem, envolvem-se, recorrentemente, em colisões, é outro fato a justificar o princípio da proporcionalidade como um elemento estruturante do Estado de Direito social e democrático; nesse sentido, dada a vinculação à dignidade da pessoa humana, existe um mandamento, já integrante da formatação inaugural da estrutura fundamental do Estado de Direito moderno, do qual decorre um dever *prima facie* imposto ao Estado, qual seja a obrigação de que as colisões normativas sejam harmonizadas, se possível, e, em não sendo viável o equilíbrio ideal entre os lados em tensão, ambas as grandezas colidentes devem ser realizadas na maior medida do possível; há, assim, desde o primeiro momento da estruturação de um Estado de Direito, um mandamento geral de vedação do arbítrio estatal, âmbito no qual o princípio da proporcionalidade resta inserido.

O fato é que foi no Estado de Direito atual, ideia consolidada como dotada de um sentido material, que o princípio da proporcionalidade encontrou espaço para o pleno desenvolvimento de todas as suas possibilidades, sendo que, na via transversa, contribuiu para estruturar o novo modelo de organização estatal, a qual se voltou definitivamente para o respeito, promoção e proteção da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, dos direitos fundamentais, não abandonando mais seu sentido material; nas precisas de Jorge Miranda, o princípio da proporcionalidade traduz "progressos no sentido do aprofundamento do Estado de Direito" [185].

---

[184] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 359.
[185] MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo IV*, pág. 155.

Pela breve evolução histórica narrada, viu-se que, a partir do momento em que passou a ser considerado como um instrumento jurídico, o princípio da proporcionalidade, assim como o próprio princípio do Estado de Direito, observou uma conotação de limite ao poder estatal destinado à proteção da propriedade, liberdade e autonomia individuais, inicialmente, frente ao poder de polícia e, por fim, em face do Estado globalmente considerado; o direito natural impunha limites extrajurídicos à atividade do príncipe, notadamente, o respeito aos direitos inerentes ao homem, contexto no qual o princípio da proporcionalidade foi um elemento que se integrou.

Posteriormente, esses direitos naturais, de caráter suprapositivos e pré-estatais, especialmente, por força do Iluminismo e das reivindicações burguesas, passaram a ser positivados nas Cartas Constitucionais, acabando, todavia, por prevalecer o instrumento jurídico criado para defendê-los, qual seja a legalidade da atividade administrativa, a qual foi conciliada com o princípio da proporcionalidade que, nesse contexto, exauria-se na exigência de uma atuação administrativa *necessária* e configurava-se, em si mesmo, como um direito subjetivo a substanciar pretensões individuais em face do poder público.

Após, com o colapso do Estado liberal, o sentido material do Estado de Direito é novamente realçado como a finalidade primeira e última do Estado, sendo, de outro lado, trazidos à colação, como instrumentos jurídicos, por excelência, garantidores da dignidade da pessoa humana, a premência de o Estado de Direito revisitar sua material vinculação à finalidade originária e assumir uma conotação social e democrática, do que decorreu a previsão, nos textos constitucionais, de um catálogo de direitos fundamentais que refletisse essa dignidade e vinculasse todo o Estado, não mais, apenas, a Administração.

Uma vez estabelecida a ideia de socialidade e igualdade material (tidas, agora, como elementos substancialmente ligados ao ideal de proteção à pessoa humana), as figuras jurídicas mais consistentes, para possibilitar o alcance dessa finalidade, passam a ser os direitos fundamentais, os quais deixam de impor, primordialmente, deveres negativos ao Estado e passam a reinvidicar, além desses tradicionais deveres negativos, o adimplemento de verdadeiras obrigações de fazer, de intervir no meio social para alcançar a igualdade material e, também, de proteger, em última análise, a dignidade da pessoa humana; essa nova fórmula implicou a modificação brusca das relações entre Estado e indivíduos, bem como alterações no âmbito da própria estrutura de Estado, pois de nada adianta esse plano constituinte sem a

sua posterior concretização; "não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser garantida" [186].

Essas premissas são conciliadas com uma reviravolta na concepção que até então se tinha acerca dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, ou seja, a assunção de um modelo de Estado de Direito social e democrático vem acompanhada do constitucionalismo moderno [187], ou já de um *neoconstitucionalismo* [188], a partir do que toda a legislação e demais atos oriundos dos poderes constituídos devem estar em conformidade, formal e substancial, com a Constituição, pois, caso contrário, estará o ato eivado de nulidade, em razão da inconstitucionalidade; ainda, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão passa a ser uma realidade insofismável.

O controle de constitucionalidade dos atos legislativos por uma jurisdição constitucional é consolidado como elemento indispensável para a consecução dos objetivos do Estado de Direito; mais, como os direitos fundamentais, vinculantes ao legislador, impõem, além das tradicionais funções negativas, deveres a prestações positivas, surge o vício da inconstitucionalidade por omissão, nos termos destacados.

Ainda que neste momento não se vá expor a amplitude e intensidade deste controle de constitucionalidade sobre a atividade legislativa, além de os demais pontos da nova organização estatal haverem sido lançados aqui, apenas, de uma forma propositiva, cabe, agora, deixar expresso um fato e, correlativo a esse, um problema; é inegável que o Estado de Direito social e democrático fortaleceu o "princípio da *constitucionalidade*" e, em contraponto, enfraqueceu o "princípio da legalidade" [189], em razão da hierarquia das normas constitucionais em face do produto da atividade legiferante e da imposição constitucional de diversos deveres ao legislador; além disso, essa vinculação do legislador às normativas da Constituição encontra uma rigidez ainda maior quando está em causa o dever de observância dos direitos fundamentais (cláusulas pétreas, na Constituição brasileira).

---

[186] MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria*, pág. 77.
[187] Ver. GRIMM, Dieter. *Constitucionalism. Past, Present and Future*. Oxford: Oxford University Press, 2016, capítulos I-V, especialmente.
[188] CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para El constitucionalismo. *Neoconstitucionalismo(s), págs, 09-12*. Coordenador: Miguel Carbonell Sánchez. Madrid: Trotta, 2003. CARBONELL, Miguel. *Teoría Del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2009. SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. *REDC, ano 24, vol. 71, mayo-agosto 2004, págs. 47-72*. Disponível em: https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/viewFile/48325/29792.
[189] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 362.

Ocorre que, e aí vem o problema, esses mesmos direitos fundamentais restam consagrados, em maior ou menor escala, por enunciados dotados de alto grau de generalidade, abstração e indeterminação, como "fórmulas lapidares" [190], demandando uma ação, especialmente legislativa, mas, também, jurisdicional e administrativa, densificadora da previsão normativa original; essa ação legislativa é tanto necessária para a concretização dos direitos de liberdade, em razão das colisões em que se envolvem, bem como para a efetivação dos deveres de proteção e para a concretização de direitos fundamentais sociais, em razão da menor densidade normativa e conteúdo prevalentemente prestacional; a partir daí, diante da necessidade imperativa do constitucionalismo de observância dos direitos fundamentais, os quais, todavia, deixam dúvidas acerca de seu real alcance, significado e conteúdo, começa-se a indagar ao que, efetivamente, estão vinculados os poderes constituídos e quais os seus espaços e margens de livre ação.

Em outras palavras, a concepção acerca da existência de uma ordem superior, à qual deve se submeter o Estado, vem observando diversas percepções ao longo do desenvolvimento histórico do que hoje vem a se chamar constitucionalismo [191]; em rápidas linhas, podem ser verificadas matrizes jusnaturalistas, contemporizadas por um positivismo [192]-[193], em que há separação rígida entre o direito e a moral; este último modelo, por sua vez, segundo defendem alguns [194], foi substituído por um *neoconstitucionalismo* ou "pós-positivismo" [195], os quais, ao seu turno, são tidos, por outros [196], como modelos instituidores de um *Direito ético*, com excessiva carga axiológica, sendo a aplicação das normas constitucionais remetida para uma indispensável ponderação de bens, interesses ou valores; ainda, esta última concepção, no

---

[190] BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. *Escritos sobre derechos fundamentales*, págs. 44-94. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, pág. 44. (Tradução livre).

[191] Sobre a definição e características do "constitucionalismo", bem como do "neoconstitucionalismo". SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. 2ª edición. Madri: Editorial Trotta, 2009, págs. 101-135.

[192] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes.

[193] Ver, também. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: University Press, 1994.

[194] ALEXY, Robert. *Teoria*. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[195] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, págs. 1-48.* Organizador Luís Roberto Barroso. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, págs. 27-43.

[196] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *Revista da Faculdade de Direito da FMP, n. 5, págs. 09-25*. Tradução de André Karam Trindade e Luiz Fernando Calil de Freitas. Porto Alegre: Editora FMP, 2010, pág. 10.

mais das vezes, é conciliada com teorias da argumentação jurídica [197], razão pela qual, inclusive, há autores a sustentar que a incorporação de valores pelas Constituições não deve ser entendida como uma substituição ao positivismo, mas um complemento, um "constitucionalismo garantista" [198].

A partir disso, na aplicação das normas constitucionais, busca-se, essencialmente, definir padrões que não remetam a concretização dos enunciados jusfundamentais para avaliações puramente subjetivas do aplicador do Direito, ou seja, pretende-se estabelecer, da maneira mais precisa possível, ao que os poderes constituídos encontram-se vinculados e quais os âmbitos de atuação que a Constituição confere a cada um, inobstante o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais e a generalidade e indeterminação da sua positivação.

Ainda, dado o pluralismo e a participação democrática universal, bem como a igualdade material positivada enquanto princípio jurídico vinculante, o Estado passa, necessariamente, a intervir no âmbito das relações eminentemente particulares; enquanto que no Estado de Direito liberal a Constituição cuidava, essencialmente, de normatizar a relação entre o Estado e os indivíduos, no Estado social e democrático de Direito o paradigma muda, também, nesse aspecto, passando a Constituição a normatizar alguns aspectos das relações privadas, bem como a pautar a resolução de conflitos entre particulares.

Além das circunstâncias já narradas, isso se deu pelo inegável fato de as agressões aos direitos fundamentais não advirem, apenas, do Estado, mas, igualmente, de outros particulares, notadamente, em uma sociedade que se desenvolveu sob uma perspectiva de extremo liberalismo e desencadeou no âmbito das relações privadas verdadeiros abismos sociais, desigualdades empíricas das quais decorreram diversas formas de comportamentos,

---

[197] O método da ponderação de bens vem sendo complementado, na busca por racionalidade e aplicação intersubjetivamente demonstrável do Direito, por *teorias de discurso, argumentação e pretensões de correção*. Sobre o tema: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: da teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Siva. Revisão e introdução de Claudia Toledo. 2ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2005; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006; BUSTANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional – temas de argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito – aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo: Landy Editora, 2003; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. Notas e revisão de Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; MacCORMIC, Neil. *Legal Reasonig and Legal Teory*. Oxford: University Press, 1978; MacCORMIC, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: University Press, 2005.

[198] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista, pág. 10.

advindos de pessoas privadas, lesivos a bens e interesses, de outros particulares, tutelados pelas normas de direitos fundamentais.

Nada mais natural, portanto, que se tenha começado a discutir e aceitar uma eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações interprivadas, de forma a se equalizar essas disparidades, estancar-se agressões, relativizar-se a autonomia da vontade e reverenciar-se a pessoa humana [199]; aqui, no que concerne aos efeitos que os direitos fundamentais produzem em face das relações entre as pessoas privadas, não seria de ser vislumbrada outra aplicação para o princípio da proporcionalidade, qual seja o de nortear a conciliação ou prevalência de interesses privados que se vêm abrangidos pelos irradiantes efeitos dos direitos fundamentais? Ou os princípios da proibição do excesso e da vedação da insuficiência já seriam suficientes para a adequada resolução dessas específicas colisões concretas?

A compor todos esses bens e interesses, são necessárias ponderações entre as grandezas que ingressarem em colisão; no Estado social e democrático de Direito há uma interação [200] entre o ente público e a coletividade, não sendo mais a autonomia privada considerada uma grandeza absoluta; daí porque ao Estado compete, também, solucionar conflitos aflorados nas relações entre particulares, para o que o emprego do princípio do princípio da proporcionalidade mostra-se como um instrumental indispensável, revelando-se, aqui, outra função jurídica que lhe é atribuída [201].

Assim, após traçadas de forma sintética essas características do Estado de Direito social e democrático, pode-se dizer, no que se refere às relações entre jurisdição constitucional e legislador, que está em causa, principalmente, a possibilidade e, em caso positivo, os limites de atuação da jurisdição constitucional no controle de leis tidas por inconstitucionais; de outro lado, a (in) viabilidade de aplicação direta de normas constitucionais pelo Poder Judiciário, independentemente da intermediação legislativa, visando à concretização de direitos sociais e deduzindo dessas normas posições subjetivas ou, no mínimo, deveres objetivos de proteção; os limites da não realização dos deveres jusfundamentais de proteção exigíveis na situação concreta; por fim, a aplicação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário para

[199] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, pág. 25.
[200] Jorge Reis Novais leciona que é determinante para a qualificação de um Estado como social e democrático a verificação de um "processo concertado de estadualização da sociedade e de recíproca socialização do Estado". NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, pág. 31.
[201] CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da), pág. 10.

regulamentar relações entre particulares que se mostrarem concretamente conflituosas; esses são os problemas principais, aqui, apenas, grosseiramente descritos.

É neste contexto problemático que o princípio da proporcionalidade é chamado ao Direito Constitucional; aquela ideia de limitação da atividade do Estado, já consolidada no Direito Administrativo, passa a ser vista como ponto central da dogmática constitucional, sendo aplicada no âmbito das mais diversas construções teóricas relacionadas à concretização dos direitos fundamentais.

Há, assim, uma relação proporcional que deve ser estabelecida entre a atividade estatal que, de qualquer forma, venha a atingir desvantajosamente a dignidade da pessoa humana ou que, também, acabe por não promovê-la ou protegê-la e, além disso, uma exigência de que o Estado resolva conflitos envolvendo pessoas privadas, para o que é imposta, igualmente, a observância ao princípio da proporcionalidade.

Nesses termos, foi atribuído um sentido inicial ao princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Constitucional, especialmente, na sua relação com os direitos fundamentais; a concepção geral até aqui traçada aponta para o fato de a proporcionalidade constituir-se como um limite à atividade estatal; este limite deve ser entendido em sentido bem amplo (sem maiores preocupações terminológicas e analíticas neste momento), de forma a compreender tanto as ações estatais que afetem desvantajosamente os direitos fundamentais, bem como as omissões do ente público em concretizar o constitucionalmente imposto; além disso, o princípio da proporcionalidade assume o papel de um critério norteador na resolução de conflitos jusfundamentais existentes no seio das relações privadas.

Também é pertinente destacar que o princípio da proporcionalidade, em sua conformação jurídica inicial, foi compreendido apenas como uma proibição de excesso [202], notadamente, exigências de *idoneidade* e *necessidade* impostas em face das ações estatais de polícia; contudo, ao alcançar o Direito Constitucional, o princípio foi redirecionado, a partir do que começou a possuir novas e mais amplas funções, passando a ser aplicado – como limite ao poder estatal – conjuntamente com os direitos fundamentais, para o que, além de outras modificações, foi agregado de um novo elemento constitutivo denominado de subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

[202] CANAS, Vitalino. *O Princípio*, págs. 28-29.

Como já destacado, as exigências de *idoneidade* e *necessidade* dos atos administrativos tiveram sua formatação inicial no Direito Administrativo, notadamente, "no direito administrativo de polícia da Prússia dos séculos XVIII e XIX" [203]; não obstante, quando conduzido ao Direito Constitucional, o princípio da proporcionalidade, a cumprir sua função de limite ao poder estatal global e, consequentemente, de concretização dos direitos fundamentais, foi integrado por outra exigência, prova, teste, segmento, subprincípio ou elemento constitutivo, chamado de proporcionalidade em sentido estrito, o qual, em suma, requer que haja uma relação razoável, justa, *proporcional*, entre a gravidade da intervenção ao direito fundamental e a importância de promoção das finalidades perseguidas pelo Estado; entrementes, é uma valoração⁄ponderação entre a intensidade de restrição imposta ao direito fundamental e o grau de importância de satisfação das finalidades buscadas, o que este *subprincípio* requer.

A ideia de ponderação encontra matriz "nas escolas francesa e germânica do direito do final do século XIX e do início do século XX, adversárias da ortodoxia formalista clássica", especialmente, estava presente na Jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*) formatada na Alemanha no início do século passado; além disso, não se pode negar a possibilidade de que o *balancing* norte-americano, muito aplicado pela jurisprudência estadunidense a partir de 1950, tenha contribuído para que a ideia de sopesamento passasse a integrar o princípio da proporcionalidade [204].

A Jurisprudência dos interesses aparece como contraponto à visão conceitual, lógico-formalista, preceituada pela Jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), nos termos em que Philipp Heck a batizou; o "pensamento metodológico de PUCHTA, do JHERING da primeira fase e de WINDSCHEID", denominado por Heck de Jurisprudência dos conceitos, sustentava que a atividade de aplicação do Direito exauria-se na definição abstrata dos conceitos jurídicos e na verificação da possível incidência em face dos fatos, consequentemente, era conferido ao juiz, apenas, competência para definir, metodologicamente, a ocorrência de possível subsunção do suporte fático abstrato ao suporte fático concreto [205].

[203] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação*, pág. 28.
[204] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação*, pág. 28.
[205] LARENZ, Karl. *Metodologia*, págs. 63-64.

Já a visão da Jurisprudência dos interesses mostrava-se diversa; o Direito busca a tutela de interesses, os quais já começam a ser delineados pelo próprio legislador quando da edição das leis, ou seja, os preceitos normativos resultam da necessidade de satisfação dos mais variados interesses; por sua vez, o juiz deve, ao interpretar e aplicar a lei, levar em conta o histórico de formação da norma, notadamente, reconhecer quais são os interesses que deram ensejo à lei e, consequentemente, considerar precisamente esses interesses quando da resolução do caso, uma vez que eles são a própria causa do produto legislativo, a verdadeira razão de ser da lei; em acréscimo, além da busca pela *gênese dos interesses*, deve-se ter em conta a *valoração* realizada pelo legislador no intuito de *ordenar* os interesses concorrentes e conflitantes, a partir do que deve o juiz "aplicar os juízos de valor contido na lei com vista ao caso judicando"; assim, ao conferir ao juiz um caminho metodológico que deve ser seguido mediante diversos passos, entre os quais se encontra a possibilidade de aplicação ao caso da *valoração* feita pelo legislador, "a Jurisprudência dos interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista"; essa ideia, ainda, foi reforçada pela orientação metodológica no sentido de que os próprios juízes realizassem valorações, especialmente, dirigidas à ocupação de lacunas existentes nas leis, a partir do que os juízes teriam a aptidão de *desenvolver* o Direito para além da literalidade da lei, o que viria ao encontro das próprias "exigências da vida"; em suma, para a escola de pensamento em questão, enquanto método de aplicação do Direito, a subsunção lógico-formalista não é suficiente para dar resposta a todas as situações relevantes, devendo o juiz, mediante juízos de valoração, preencher as lacunas existentes na legislação e, como consequência, desenvolver o próprio Direito de forma a atender toda a multiplicidade de situações da vida carentes por uma resposta a ser conferida pelo Direito [206].

Assim, a partir da quebra da rígida metodologia formalista preconizada pela Jurisprudência dos conceitos, a Jurisprudência dos interesses abre espaço para um novo método de interpretação e aplicação do Direito, qual seja a possibilidade de o juiz valorar os interesses considerados pelo legislador quando da edição da lei, o que ocorre nos casos em que o produto da atividade legislativa não alcança as premissas do caso e não consigna

[206] LARENZ, Karl. *Metodologia*, págs. 64-77.

precisamente a resolução da hipótese, ou seja, há um preenchimento, com base em valorações realizadas pelo juiz, das lacunas existentes na legislação.

Essa ideia da Jurisprudência dos interesses – possibilidade metodológica de o juiz realizar valorações e desenvolver o Direito – foi a base inaugural a permitir, no neoconstitucionalismo, a incorporação pelo princípio da proporcionalidade de mais um elemento constitutivo, qual seja o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; a formatação atual do princípio da proporcionalidade "foi uma produção de juízes da Europa Central do pós-guerra, particularmente da década de 1950" [207], contudo, as linhas de pensamento descritas, ao proporem que o juiz, quando da aplicação do Direito, se valesse de uma metodologia a conter valorações ou ponderações, influiu significativamente para a incorporação posterior desse momento valorativo como um segmento do princípio da proporcionalidade; além disso, é inegável que o novo segmento atribuído à proporcionalidade em sentido amplo – subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – deve-se, também, à "necessidade de aperfeiçoar respostas perante a *diversidade* de colisões normativas e à necessidade de instrumentos diferenciadores de mediação da resolução dessas colisões" [208]; como será visto em momento posterior, a existência de uma colisão normativa é um pressuposto de preenchimento indispensável para a incidência do princípio da proporcionalidade.

De tudo o que foi exposto, pode-se ter uma clara noção do desenvolvimento histórico-evolutivo do princípio da proporcionalidade, notadamente, todo o processo de crescimento até a sua *chegada*, acompanhado de novas funções e estrutura constitutiva, ao Direito Constitucional; também, importante reafirmar que o princípio da proporcionalidade, durante esse processo crescimento, absorveu as mudanças observadas pelo Estado de Direito e respondeu ao chamado que lhe fora feito para cumprir novas funções, tendo, para isso, inclusive, incorporado um novo elemento constitutivo; isso demonstra a capacidade de adaptação do princípio da proporcionalidade, sua "propensão '*camaleónica*'" [209], bem como sua potencialidade de inovar e se fazer útil – quiçá, indispensável – para as novas exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

[207] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 28.
[208] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 29.
[209] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 25.

No próximo capítulo, o objetivo será demonstrar em que termos o princípio da proporcionalidade foi assumido enquanto mandamento constitucional, bem como o papel inicial que lhe foi destinado no âmbito da jurisprudência e as correlativas assunções doutrinárias exteriorizadas no contexto.

Essa atenção será centrada em duas experiências constitucionais, a saber: apesar de não ser o *caso zero* – pois, como destacado, a proporcionalidade já havia sido manejada na Suíça como instrumento jurídico destinado à aplicação do Direito Constitucional – o núcleo desse desenvolvimento teórico e jurisprudencial ocorreu na Alemanha, o que revela a necessidade de abordar o *princípio do princípio* em terras germânicas; após, para fechar, será demonstrado como o fenômeno foi, em um primeiro momento, absorvido pela prática constitucional brasileira, tanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto pela produção doutrinária dedicada ao estudo do tema.

CAPÍTULO II

O princípio da proporcionalidade e sua formatação inicial na doutrina e jurisprudência do novo constitucionalismo

1. O princípio da proporcionalidade e o Tribunal Constitucional Federal alemão

Na Alemanha, após a II Guerra Mundial, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn (*Bonner Grundgezetz*), em 1949, o princípio da proporcionalidade foi trasladado para o Direito Constitucional, passando, também, a ser considerado, uma vez relacionado a um direito fundamental, como limite à atividade legislativa; a formação do Estado de Direito social e democrático encontrou nesse estatuto um marco decisivo.

O texto constitucional foi o primeiro da história a fazer "referência expressa" ao fato de estar a constituir um Estado de Direito, positivando-o "como princípio jurídico"; inaugura-se, na Alemanha, período denominado de "terceira fase" do *Rechtsstaat*, no qual a Lei Fundamental estabeleceu, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, uma ordem objetiva de valores positivados; além disso, aliada aos limites constitucionais formais, a assimilação de uma acepção material das normas constitucionais é consolidada, sendo a substância da Constituição, assim, "aberta às exigências profundas da dignidade humana"; entrementes, "a forma de supremacia do direito torna-se um *Verfassungsstaat*, cobrando instituições novas como o Tribunal Constitucional" [210].

É especialmente pela atuação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) que os direitos fundamentais recebem uma aplicação inovadora e alcançam uma dogmática própria, âmbito no qual o princípio da proporcionalidade é inserido e desenvolvido como elemento de destaque; destarte, em razão de ser o órgão jurisdicional pioneiro no desenvolvimento da proporcionalidade enquanto princípio jurídico vinculante no plano do Direito Constitucional, relevante que sejam trabalhados alguns julgados do BVerfG, a fim de se visualizar como o princípio foi inicialmente utilizado em sua nova acepção.

[210] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia*, págs. 153 e 164.

Evidentemente, não serão esgotadas todas as decisões do Tribunal referentes ao tema, bem como não será demonstrada toda a evolução do princípio da proporcionalidade ao passo em que é utilizado pela Corte e sua jurisprudência avança no tempo; será feita uma seleção, considerando a precedência em que a utilização da proporcionalidade aparece nas decisões, além da relevância destacada que alguns julgados assumiram; a ideia, assim, é partir de uma base meramente descritiva, no intuito de demonstrar como a proporcionalidade foi trazida para o Direito Constitucional por intermédio das decisões do BVerfG; ainda, com a abordagem, ficará nítida a interação entre os princípios da proporcionalidade e do Estado de Direito, bem como será possível visualizar o início de uma teoria específica para os direitos fundamentais, a partir de bases jurídico-dogmáticas desenvolvidas pela Corte Constitucional de *Karlsruhe*.

De resto, ao final do capítulo, a atenção será focada para o objetivo de destacar as figuras dogmáticas relevantes que vão sendo utilizadas pelo Tribunal, especialmente, a forma e medida em que o princípio da proporcionalidade foi funcionalizado (e refuncionalizado), sendo que a análise crítica das decisões será feita de forma restrita, limitando-se a tecer breves considerações e apontamentos, neste momento, mais dirigidos a levantar algumas dúvidas do que propriamente submetê-las a um escrutínio definitivo; contudo, ao longo do trabalho, o estudo da jurisprudência desse Tribunal será retomado, ampliado e objeto de uma análise mais percuciente.

Delineadas essas linhas demarcatórias, às decisões, portanto.

Como assevera Winfried Kluth, "o Tribunal Constitucional alemão reconheceu expressamente em 1968 que a <<proibição de excesso>> (*Übermaßverbot*) e o <<princípio da proporcionalidade>> (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) são regras gerais aplicáveis a todos os âmbitos da atividade estatal" [211], consolidando jurisprudencialmente, nesses termos, a proporcionalidade amplamente considerada como limite jurídico-constitucional à ação de todos os poderes do Estado.

Posteriormente, em decisão prolatada em 1971, caso "Erdölbevorratung", "pela primeira vez aquela Corte se houve com clareza acerca de seu entendimento sobre a natureza e

[211] KLUTH, Winfried. Prohibición de excesso, págs. 219-220, (tradução livre). BVerfGE 23, 127 (133).

essência do princípio da proporcionalidade" [212], restando manifestado pelo Tribunal o conteúdo – subprincípios – do conceito amplo de proporcionalidade.

Não se pode ignorar, todavia, precedentes anteriores do Tribunal Constitucional Federal que possuíram essencial relevância para a formação do princípio no Direito Constitucional alemão e nos quais a proporcionalidade é dogmaticamente utilizada como fundamento da decisão; esses julgados, também, são dignos de nota, em razão da relação que traçaram entre a proporcionalidade e a ponderação, figuras cujas imbricações deverão receber, no momento oportuno, atenção específica neste estudo; nesse sentido, inicia-se pela abordagem do *Apothekenurteil* e, posteriormente, do *Lüth-Urteil* [213], propositalmente, invertendo-se a ordem cronológica na qual as decisões foram tomadas.

O *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377), de 11/06/1958 [214], foi apreciado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir de reclamação constitucional interposta por Karl-Heinz, na qual, em suma, o requerente, farmacêutico habilitado, teve seu pedido de alvará, para abertura de uma farmácia, negado pelo Governo da Alta Baviera, o que foi fundamentado em legislação estadual que estabelecia requisitos para exercício da atividade e constituição de novas farmácias (*BayApothekenG*); dentre as condicionantes legais, havia exigências subjetivas, bem como estavam previstos pressupostos objetivos (Art. 3, I, *a* e *b*, *ApothekenG*), como a necessidade de comprovação da viabilidade econômica da(s) farmácia(s), tanto no que se refere à própria que o reclamante estava pretendendo instalar e começar as atividades quanto às demais já constituídas, para o que era considerado o número

[212] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 372.

[213] Paulo Bonavides, além do "Apothekenurteil" e do"Lüth-Urteil", também cita a relevância, para a formação do princípio da proporcionalidade na jurisprudência alemã, do caso "Erdölbevorratung". BONAVIDES, Paulo. *Curso*, págs. 371-372.

[214] Foi consultado o texto do original alemão, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 07. Band (BVerfGE 7, 377), bem como a tradução para o português existente na obra: SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Montivideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, págs. 593-616. Foi consultada, também, a introdução ao acórdão formulada pelo organizador da coletânea. Igualmente consultados o texto e a análise dogmática existentes nas seguintes obras: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, págs. 279-302. KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Second edition, revised and expanded. Durham and London: Duke University Press, 1997, págs. 274-279.

de farmácias por habitante e, de outro lado, a necessidade de atendimento ao interesse público relativo à correta distribuição de medicamentos aos indivíduos [215].

Segundo a decisão administrativa de indeferimento, já havia farmácias suficientes na localidade, fato que não garantia a subsistência econômica do estabelecimento que o requerente pretendia abrir, bem como, caso autorizado o início das atividades, poderia haver um comprometimento da estabilidade financeira das demais; além disso, o número excessivo de farmácias em relação aos habitantes da região poderia resultar riscos à saúde pública dada uma comercialização indevida de medicamentos [216].

O requerente ingressou com uma Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal, embasando seu pedido no fato de a legislação estadual, a qual fundamentava o ato administrativo de indeferimento do pedido de alvará para a abertura da farmácia, violar o seu direito fundamental à liberdade profissional, consagrado pelo Art. 12 I, da *Grundgezetz*. O Tribunal julgou procedente a reclamação, entendendo pela inconstitucionalidade da legislação estadual e, consequentemente, pela insubsistência do ato administrativo.

Segundo asseverou a Corte Constitucional alemã, a Lei Fundamental garante jusfundamentalmente a liberdade profissional, sendo que, de outro lado, a atividade que o requerente pretendia exercer caracterizava-se como uma profissão (objeto de proteção) e a conduta praticada – abertura da farmácia – estava inserida no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade profissional.

Por sua vez, o Art. 12 I 2 GG autoriza ao legislador efetivar regulamentações à liberdade profissional, com o objetivo de resguardar o interesse público, sendo que, a partir dessa reserva legal, restou editado o *BayApothekenG*. "A competência regulamentar segundo o Art. 12 I GG alcança o exercício e a escolha profissional, não o fazendo, entretanto, com a mesma intensidade nos dois casos", sendo "tão mais livre quanto mais for uma pura regra do exercício"; "o direito fundamental deve proteger a liberdade do indivíduo, a reserva regulamentar deve assegurar proteção suficiente dos interesses coletivos" [217].

[215] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 596-598.
[216] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 594 e 598.
[217] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 595.

Não obstante, a autorização constitucional para a regulamentação encontra limites, sendo que a "proteção efetiva do direito fundamental em pauta exige, neste mister, que às intervenções legislativas sejam por princípio impostas fronteiras bem estreitas", todavia, adverte o Tribunal, esses limites à função legislativa são postos pelos direitos fundamentais, os quais demandam uma aplicação constitucionalmente correta e não podem justificar a realização de valorações jurisdicionais sobre as decisões políticas e econômicas do legislador que não ponham em causa o (des) cumprimento de disposições constitucionais [218].

A partir disso, surge o dilema, qual seja, de um lado, a necessidade de se respeitar a autorização constitucional para a *regulamentação* legislativa à liberdade profissional e, de outro, a vinculação do legislador ao direito fundamental; como solução, o Tribunal definiu que a regulamentação era possível, desde que observasse *adequação e necessidade* no uso das medidas restritivas empregadas para o alcance da finalidade estabelecida pela reserva legal; ainda, parte a Corte de uma perspectiva interpretativa que confronta a liberdade específica garantida pelo direito fundamental com a realidade social, traçando, após, uma diferenciação entre o exercício e a escolha profissional, entendendo que as possibilidades de regulamentação do direito fundamental à escolha de determinada atividade laboral são mais estreitas, em comparação com as possibilidades de regulamentação do direito ao exercício profissional [219].

Assim, tendo-se dois interesses legítimos, (a liberdade de escolha e de exercício profissional e, de outro lado, a proteção da coletividade em face de danos que possam advir do exercício profissional), potencialmente colidentes, a solução para a questão foi encontrada pelo Tribunal Constitucional Federal com recurso a algumas figuras dogmáticas, especialmente, o direcionamento do princípio da proporcionalidade para revelar a medida constitucionalmente aceitável na qual o legislador poderia, legitimamente, realizar a regulamentação do direito fundamental.

Contudo, antes da aplicação dos testes de adequação e necessidade em face da medida restritiva, o Tribunal asseverou que deveria ser realizada uma ponderação a considerar todos os interesses envolvidos. Ainda, foi outro ponto recorrente da decisão, a dicotomia traçada pela Corte Constitucional alemã entre a escolha e o exercício profissional, como se em cada

[218] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 604.
[219] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 604.

realidade ou modalidade protegida pelo direito fundamental, em si mesmas consideradas, ainda que descontextualizadas de outros fatores, estivesse a justificação constitucional para a possibilidade de uma regulamentação pelo legislador de maior ou menor intensidade; isso ocorre porque, segundo asseverado pelo BVerfG, sendo a liberdade de escolha profissional intimamente relacionada ao livre desenvolvimento da personalidade humana e, considerando que, para este direito fundamental, a Constituição atribui carga valorativa mais elevada, tem-se que "esta liberdade só pode ser restringida na medida em que isto for indispensável para o bem comum" [220]. Também foi destacado que "se a intervenção na liberdade de escolha profissional se revelar incontornável, então o legislador deve sempre escolher a forma de intervenção que limite ao mínimo o direito fundamental" [221]. Já a limitação do "exercício profissional" é legítima desde que demonstrada sua "aptidão em relação à concretização do bem comum". É indispensável essa diferenciação entre as duas modalidades jusfundamentalmente protegidas pela liberdade de profissão e as correspondentes possibilidades de regulamentação que recaem em face de cada uma delas [222].

Existem, com efeito, em relação à atividade regulamentar do legislador, diferentes graus de intensidade possíveis, a depender de estar em causa a regulamentação da escolha ou do exercício profissional, sendo que, para este último, os limites impostos ao legislador pela "aptidão ou adequação (*lato sensu*)" são mais tênues.

De outro lado, afetações desvantajosas à liberdade de escolha profissional, somente, podem ser levadas a efeito para a proteção de valores constitucionais superiores a esta liberdade [223]; em relação à escolha profissional, podem ser impostos pelo legislador requisitos subjetivos, desde que essas condicionantes sejam idôneas para garantir a proteção de interesses da coletividade contra possíveis danos oriundos do exercício profissional desqualificado; "aqui vale o princípio da proporcionalidade no sentido de que os pressupostos subjetivos não devem estar 'fora de relação' [serem inadequados] em face do propósito almejado do cumprimento regular da atividade profissional" [224]; já no que se refere aos requisitos objetivos, somente podem ser considerados legítimos caso demonstrado que

[220] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 608.
[221] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 609.
[222] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 609.
[223] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 609.
[224] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 610.

mantém relação visível com a proteção de interesses coletivos de alta relevância; além disso, o grau de intensidade da intervenção patrocinada pelo legislador deve ser efetivado no mínimo possível capaz de alcançar a proteção do interesse conflitante com a liberdade [225].

No tocante ao caso do reclamante, como o indeferimento restou baseado no não preenchimento dos requisitos objetivos estabelecidos pelo Art. 3 I *ApothekenG*, não sendo essas condições adequadas e necessárias para a promoção da finalidade constitucionalmente estabelecida como justificadora da regulamentação, o dispositivo legal atacado pela Reclamação é inconstitucional por violar o direito fundamental à liberdade de escolha profissional estabelecido pelo Art. 12 I da *Grundgezetz*.

Muitas das concepções teóricas assumidas no *caso das farmácias* foram, anteriormente, tratadas pelo Tribunal Constitucional Federal no *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198) [226], julgado em 1958; não obstante, como poderá ser visualizado a partir da descrição da decisão, o princípio da proporcionalidade e a ponderação foram empregadas de forma diversa em cada um dos precedentes.

Erich Lüth exarou publicamente manifestações – um boicote ao trabalho cinematográfico – contra outro indivíduo, Veit Harlan, incitando os alemães a não assistirem ao novo filme de Harlan, *Unsterbliche Geliebte*, bem como instando as salas de cinema a não reproduzirem a película; segundo Lüth, a motivação pessoal do conclame ao boicote estaria no fato de Harlan haver sido um símbolo da cinematografia nazista, especialmente, no aspecto que se refere à perseguição aos judeus, notadamente, pelo filme *Jud Süß*.

Harlan e as empresas cinematográficas encarregadas pela produção e distribuição da película ingressaram com uma ação judicial contra Lüth, alegando que ele havia cometido ilícito civil, tipificado pelo § 826 *Bürgerliches Gesetzbuch* ("o referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação

[225] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 611.

[226] Foi consultado o texto do original alemão, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 07. Band (BVerfGE 7, 198), bem como a tradução para o inglês do texto: Deutschland, Bundesverfassungsgericht. *Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Federal Constitutional Court, Federal Republic of Germany. Volume 2/Part I: Freedom of Speech (Freedom of Opinion and Artistic Expression, Broadcasting Freedom anda Communication Freedom of the Press, Freedom of Assembly) 1958-1995*. Translated by I. Fraser, P. Aliferis, T. Mellors, Sc. Titshaw, D. Goessler, E. Nietzer, B.v. Wolff and D. C. Umbach. Karlsruhe: Nomos, págs. 01-20. Também analisada a versão em português existente na obra: SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 381-395. Foi consultada, também, a introdução ao acórdão formulada pelo organizador da coletânea. Igualmente consultados o texto e a análise dogmática existente na seguinte obra: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, págs. 263-279.

negativa") [227]; Lüth acaba por ser condenado pelo Tribunal Estadual de Hamburgo à obrigação de não fazer, consistente em não praticar outros atos que conclamassem boicotes contra a produção cinematográfica de Harlan e, em caso de descumprimento, a aplicação de sanções de multa e prisão; "o Tribunal Estadual enxerga nas expressões do reclamante uma convocação imoral ao boicote" e, assim, entende perfectibilizado o suporte fático do ilícito civil tipificado pelo § 826 BGB [228].

Na sequência, Erich Lüth sustentou que a intervenção restritiva oposta pelo Tribunal de Hamburgo violara o seu direito fundamental à liberdade de expressão, consagrado pelo Art. 5 I 1 GG, razão pela qual ingressou com uma Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal alemão, insurgência que acabou por ser julgada procedente e se transformou no precedente mais importante e conhecido da história da Corte Constitucional de *Karlsruhe*.

O BVerfG entendeu, no caso, que além de sua concepção clássica de pretensões subjetivas individuais em face do Estado, os direitos fundamentais, também, poderiam gerar efeitos no âmbito das relações empreendidas entre as pessoas privadas, pois constituem uma ordem objetiva de valores que deve ser observada em todos os ramos do Direito e, consequentemente, nas interações particulares; o legislador civil, assim, ao regulamentar as relações particulares, não possui total autonomia na formatação dessa ordenação, pois o Direito Privado deve ser produzido e, após, interpretado em conformidade com os direitos fundamentais; destarte, quando da aplicação da lei civil, impõe-se que o julgador tenha em conta essa influência gerada pelo sistema de direitos fundamentais e, consequentemente, interprete o estatuto legal privado em consonância com a ordem objetiva de valores constitucionais [229].

De outro lado, em que pese as leis civis poderem ser, também, reconhecidas como *leis gerais*, nos termos do Art. 5 I 2 GG, isso não quer dizer que os direitos fundamentais fiquem à disposição do legislador ordinário, havendo uma limitação recíproca (*Wechselwirkung*) entre a lei geral e o direito fundamental, ou seja, a lei geral pode limitar o direito fundamental mas

[227] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 381.
[228] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 385.
[229] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 386-389.

este, por sua carga axiológica, dá o sentido e extensão dessa limitação, o que deve ser observado quando da aplicação daquela.

Sendo isolada a análise no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão, vê-se que o conteúdo desse direito protege tanto a manifestação do pensamento em si considerada quanto o efeito externo que essa manifestação pretende alcançar, assim, devido à extensão dessa proteção normativo-constitucional, pode o direito fundamental à liberdade de expressão entrar em colisão com outros interesses igualmente tutelados pela Constituição, devendo o conflito ser resolvido por uma ponderação que, levando em consideração o caso concreto, dê prevalência ao interesse hierarquicamente superior na ordem valorativa da Lei Fundamental; o juiz, antes de aplicar a lei geral (limitadora do direito fundamental), deve fazer uma ponderação entre o interesse a ser protegido pela lei e o direito fundamental, sendo que, se a ponderação realizada pelo magistrado for inadequada sob o prisma constitucional, a intervenção restritiva decorrente da decisão judicial imposta em face da posição jusfundamentalmente protegida do particular deve ser considerada inconstitucional pelo BVerfG.

No caso, o ato jurisdicional atacado pelo reclamante violou o Art. 5 I 1 GG, uma vez que, na interpretação da lei civil, notadamente, quando da definição do conceito de ato imoral, o órgão jurisdicional recorrido não observou acertadamente os efeitos que o direito fundamental à liberdade de expressão produz em face do Direito Privado, especialmente, não foram devidamente considerados: o elevado posto hierárquico ocupado pela liberdade de expressão na ordem axiológica da GG; a finalidade que a opinião lançada buscava alcançar; os meios utilizados para o exercício do direito à liberdade de expressão [230].

Posteriormente, em 1971, o BVerfG vê-se, novamente, diante de questão a envolver uma lei restritiva ao direito fundamental à liberdade profissional. O princípio da proporcionalidade é utilizado na decisão de uma forma mais precisa, restando seus elementos estruturais conceituados e manejados como testes de constitucionalidade da lei impugnada; trata-se do já citado caso *Erdölbevorratung* [231].

[230] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 389-395.
[231] Foi consultado o original em alemão: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 30. Band (BVerfGE 30, 292).

O ponto de partida foi a insurgência, por intermédio de Reclamações Constitucionais, de algumas empresas que exerciam atividades comerciais no ramo do petróleo e produtos derivados, em face de medidas impostas por Lei Federal (*Bundesgesetz*), as quais obrigavam os reclamantes a armazenar produtos de derivação petrolífera, mantendo estoques mínimos, por tempo e em quantidade previamente definidos na lei. A justificativa da lei – segurança energética – consistia em garantir a manutenção do abastecimento e, consequentemente, do funcionamento adequado desse sistema na Alemanha, em razão da dependência do país em relação ao petróleo, matéria que não possuía produção suficiente e carecia, essencialmente, de importações do produto bruto para posterior refino. Buscava também o legislador, para atenuar essa dependência, estimular a exploração de fontes alternativas de energia, notadamente, uma intenção manifestada de tutela à indústria do carvão; o receio do legislador, na linha do que ocorria em outros países europeus, consistia no fato de que uma interrupção do fornecimento (basicamente suprido por intermédio das importações efetivadas por empresas privadas) comprometesse todo o sistema energético e, nessa escala, o próprio funcionamento regular do país, o que atingiria, inegavelmente, uma série de interesses constitucionalmente protegidos; além disso, questões climáticas, igualmente, teriam a potencialidade de acarretar uma interrupção temporária no fornecimento desses produtos, o que, também, serviu de motivação para a promulgação da lei. Assim, ao fim e ao cabo, o objetivo principal da lei consistia a manutenção dos estoques, em razão da possibilidade de ocorrência de situações emergenciais que acarretassem uma suspensão de curta duração no fornecimento de petróleo e derivados [232].

Com efeito, a lei sobre estoques mínimos de produtos petrolíferos, de 9 de setembro de 1965 (*das Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen vom 9. September 1965*), no contexto de outras leis e estratégias denominadas de "medidas de apoio" [233], impôs aos importadores de produtos derivados do petróleo, bem como aos fabricantes desses derivados, à revelia de qualquer contraprestação pecuniária por parte do Estado, a obrigação de as empresas manterem estoques mínimos armazenados das mercadorias objeto de importação e fabricação, arcando com as despesas respectivas; o parágrafo 1°, da lei impugnada junto ao

[232] BVerfGE 30, 292 (295-296).
[233] BVerfGE 30, 292 (294). (Tradução livre).

Tribunal Constitucional Federal, nominava os produtos que deveriam ser armazenados pelas empresas [234].

O Tribunal admite as Reclamações Constitucionais, acabando por julgá-las parcialmente procedentes; apesar de a Corte Constitucional asseverar que "a colocação de particulares para a realização de tarefas públicas (aqui o dever de armazenamento de produtos petrolíferos) não é por si só inconstitucional" [235], acaba por entender que dessas imposições podem advir restrições a direitos fundamentais, o que foi vislumbrado no caso, notadamente, ao direito fundamental à liberdade profissional, Art. 12 I da *Grundgezetz*. Em suma, não obstante o fato de não apontar desrespeito ao princípio da proporcionalidade, a decisão acaba por vislumbrar inconstitucionalidade, em razão de a lei violar o citado direito fundamental em conjugação com princípio da igualdade, Art. 3 I da *Grundgezetz*.

Concentrando-se na parte da fundamentação referente à liberdade profissional e ao princípio da proporcionalidade, tem-se que, mesmo não vislumbrando qualquer afetação à liberdade de escolha [236], a Corte constata uma restrição ao exercício profissional; a atividade exercida pelas reclamantes – comércio e importação de petróleo – está inserida no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade profissional, sendo que a regulamentação imposta pela lei atinge o exercício profissional e, assim, deve ser efetiva nos termos do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitgrundsatz*), uma vez que essa exigência, conforme a jurisprudência da Corte, engloba tanto as regulamentações que afetem a escolha como o exercício profissional; as finalidades buscadas pelo legislador devem ser *ponderadas* em face do direito fundamental objeto de regulamentação, preservando-se a pessoa humana e suas relações empreendidas em sociedade e no Estado, sendo o princípio da proporcionalidade o parâmetro de equilíbrio entre a liberdade individual e a necessidade de o Estado regulamentar as relações profissionais e econômicas [237].

A regulamentação legislativa não pode violar o princípio da proibição do excesso (*Übermaßverbot*) [238]; assim, para encontrar justificação constitucional, a medida eleita pelo legislador deve estar em conformidade com o princípio da proporcionalidade, o qual impõe

[234] BVerfGE 30, 292 (299).
[235] BVerfGE 30, 292 (292, 311). (Tradução livre).
[236] BVerfGE 30, 292 (313).
[237] BVerfGE 30, 292 (315).
[238] O princípio da proibição do excesso é utilizado, no caso, como sinônimo do princípio da proporcionalidade.

que a exigência de a finalidade buscada com a medida restritiva ser legítima, o que demanda uma justificação da ingerência por parte do Estado; além disso, os meios restritivos escolhidos devem ser "idôneos e necessários", tendo em vista o fim a ser alcançado; "o meio é idôneo quando com sua ajuda o resultado desejado pode ser promovido; ele é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outros meios igualmente eficazes e que evidentemente restringissem menos o direito fundamental". Ainda, observando-se os limites da razoabilidade, deve ser realizada "uma ponderação geral entre o peso da intervenção e a importância e prioridade dos motivos que a justificam", a partir do que a força da efetivação do interesse coletivo deve ser suficiente para justificar a intensidade da intervenção na liberdade profissional [239].

Passo seguinte, o Tribunal confrontou a lei impugnada com as destacadas exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade; asseverou que as finalidades buscadas pelo legislador eram legítimas e que os riscos de um possível abalo no fornecimento de energia, aquilatados a partir de dados objetivos, eram reais, o que justificava a tomada de medidas em prol da tutela do bem comum. De outro lado, o aumento dos produtos derivados de petróleo em estoque é uma medida idônea para a promoção dessa finalidade principal, além de estimular a exploração de fontes alternativas e concorrência no mercado de energia. Em relação à necessidade, ambas as finalidades buscadas com a lei devem ser levadas em consideração pelo Tribunal ao confrontar a medida eleita pelo legislador com alternativa menos restritiva e igualmente eficaz, opção não encontrada no caso. Por fim, destacou a Corte que o interesse buscado pela lei tinha um peso tão intenso que justificava a intervenção no direito fundamental, não sendo desproporcional [240].

Não obstante o respeito aos ditames do princípio da proporcionalidade, ocorreu violação ao direito fundamental, em razão do preceituado pelo princípio da igualdade, uma vez que o legislador não procedeu a distinções necessárias entre os grupos de empresas afetas à atividade regulamentada e aos deveres de estoque, impondo encargos indiscriminados e que acabaram por ser mais onerosos a alguns grupos [241].

[239] BVerfGE 30, 292 (316). (Tradução livre).
[240] BVerfGE 30, 292 (317-326).
[241] BVerfGE 30, 292 (326-334).

Retornando à seleção de precedentes, agora já em 1973, o Tribunal Constitucional Federal aplica, novamente, contudo, de forma diferente, o princípio da proporcionalidade. Trata-se do denominado caso *Tonband* (BVerfGE 34, 338) [242]. Em síntese, ocorreu uma transação imobiliária, pela qual um indivíduo adquiriu determinado imóvel de um casal; o valor do negócio restou ajustado em 495.000 marcos, sendo que na escritura constou o preço de 425.000 marcos; os vendedores firmaram um recibo no valor restante – 70.000 marcos – a título de recebimento desses valores como empréstimo; quando da assinatura da escritura, o recibo foi inutilizado pelo comprador.

Não obstante, em momento posterior, o comprador do imóvel efetuou cobrança dos 70.000 marcos, apresentando, para tanto, outro recibo, a partir do que os vendedores registraram ocorrência policial por crime de estelionato, dentre outras infrações penais, e apresentaram uma gravação de áudio (*Tonband*), na qual o comprador era interlocutor e o negócio ajustado era reproduzido.

O comprador, todavia, não havia autorizado a gravação nem, tampouco, tinha conhecimento sobre o fato; ocorre que a fita de áudio foi utilizada e aceita como prova na investigação criminal e, após a questão chegar ao Tribunal Estadual de *Osnabrück*, o qual admitiu como válida a evidência, o comprador ingressou com Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal, alegando violação do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O Tribunal Constitucional Federal julgou procedente a reclamação. Na fundamentação, asseverou que vida privada encontra-se no âmbito de proteção do Art. 2 I GG, pois está intimamente relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade; assim, somente são admitidas ingerências estatais nesse âmbito de proteção quando essa afetação desvantajosa não atingir o conteúdo essencial do direito fundamental, nos termos do Art. 19 II GG, bem como só pode ser autorizada nos casos em que, após uma ponderação com base no princípio da proporcionalidade, for efetivada para a proteção de um "interesse superior da coletividade"; no caso, apesar de não haver ingerência no conteúdo essencial do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade do reclamante, a ponderação indica a prevalência deste direito fundamental em face dos interesses coletivos, sendo, portanto,

[242] Foi consultada ao texto constante da seguinte obra: SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 195-198.

inconstitucional a decisão judicial que admitiu a gravação como prova na investigação penal; no corpo da decisão, restou frisado pelo Tribunal Constitucional Federal que "a *Grundgesetz* confere ao direito de livre desenvolvimento da personalidade uma grande importância. Medidas públicas que o prejudiquem são admissíveis, apenas sob estrita observância do princípio da proporcionalidade" [243].

Por fim, nesse contexto de evolução histórica, pertinente destacar um último precedente, o *Schwangerschaftsabbruch II* – BVerfGE 88, 203 [244] – o qual é considerado outro marco decisivo, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, relacionado à utilização do princípio da proporcionalidade, uma vez que, neste julgado, o princípio foi direcionado para o controle de constitucionalidade de uma proteção deficitária do Estado [245], atuando, assim, não como uma vedação de excesso (*Übermaßverbot*), mas como uma proibição da insuficiência (*Untermaßverbot*) relacionada, não à uma pretensão jurídica subjetiva (*Anspruch*), mas, a um dever de tutela estatal exigível objetivamente.

Nesse precedente, a Corte Constitucional, pela segunda vez [246], aprecia a constitucionalidade de legislação que autorizou a prática do aborto em determinadas

[243] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 197.

[244] Foi consultado o texto do original alemão - Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 88. Band (BVerfGE 88, 203). Também analisada a versão em português existente na obra: SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 273-294. Foi consultada, ainda, a introdução ao acórdão formulada pelo organizador da coletânea. Igualmente consultados o texto e a análise dogmática existentes na seguinte obra: KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence*, págs. 335-349.

[245] CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo, págs. 115-156*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8. Coordinadores: Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 116; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, pág. 21.

[246] A primeira decisão, na qual o Tribunal Constitucional Federal enfrenta o tema, restou denominada de *Schwangerschaftsabbruch I* (BVerfGE 39, 1). Não obstante, nesse precedente, apesar de haverem sido lançadas importantes bases de fundamentação referente à tutela estatal da vida intrauterina, a resolução da questão foi alcançada mediante uma motivação diferente da empregada no segundo caso sobre o aborto, notadamente, para o que aqui importa, o reconhecimento expresso do princípio da proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) só veio à tona nesse segundo julgado. A primeira decisão entendeu inconstitucional legislação que autorizava a prática do aborto, após identificar uma colisão entre valores constitucionais, os quais foram colocados em ordem hierárquica conforme a proximidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao final, foi dada precedência ao direito fundamental à vida intrauterina - art. 2 (2) [1] GG -, pois, segundo a Corte Constitucional, esse valor se colocava em patamar superior na ordem objetiva axiológica assumida pela *Grundgesetz*. Ainda, o princípio da proporcionalidade não foi utilizado de forma sistemática nem, tampouco, assumiu qualquer papel de destaque na decisão. As figuras dogmáticas do dever de proteção (*Schutzpflicht*) e da proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) iriam, somente, ser consistentemente relacionadas pelo BVerfG como fundamentos no segundo precedente sobre a matéria. Todavia, é importante consignar que as ideias de dever de proteção e proporcionalidade foram citadas na primeira decisão, inclusive, ressaltada a existência de um dever de proteção proporcional (o que já denotava um novo sentido para o princípio da proporcionalidade, uma vez que, neste contexto dogmático específico, o imperativo de proporcionalidade é relacionado não ao excesso, como

circunstâncias, bem como estabelece políticas públicas de acompanhamento e atendimento às gestantes. Não há como se descrever detalhadamente as especificidades do diploma legislativo impugnado, uma vez que foi resultado de um longo debate parlamentar, o qual, além da natural divergência que sempre paira sobre essa questão, teve lugar pouco após o processo de reunificação da Alemanha, bem como buscou equacionar as orientações advindas do *Schwangerschaftsabbruch I*.

De forma breve, pode-se dizer que, de tudo, o mais relevante é ter-se em conta o fato de a lei haver mantido, como princípio geral, a proibição da prática abortiva, todavia, autorizando-a no primeiro trimestre da gestação (aqui se afastando do *Schwangerschaftsabbruch I*, especialmente, pelo fato de não considerar a conduta antijurídica) e em outras situações demarcadas, nas quais fosse identificado que a gravidez causava um fardo por demais pesado à gestante, desde que precedido de aconselhamento e fosse realizado por médico; estabelecia, ainda, série de outras ações, sendo que essas medidas sociais e políticas foram colocadas como exigências decorrentes do dever de proteção ao bem jurídico vida intrauterina e tidas como as mais efetivas para o alcance dessa finalidade. A lei, não obstante, teve sua presunção de constitucionalidade questionada perante o Tribunal Constitucional Federal.

Em suma, o Tribunal reafirma algumas posições já anunciadas na BVerfGE 39, 1, notadamente, o reconhecimento de um dever estatal de proteção à vida humana, extensível à vida intrauterina (a qual, igualmente, possui dignidade), razão pela qual foi imposto, não

---

comumente ocorria, mas à atuação estatal de tutela a um bem jurídico jusfundamental); contudo, o emprego do princípio da proporcionalidade ocorreu mais no sentido de dar força argumentativa à decisão do que, propriamente, com a finalidade de desenvolvê-lo dogmaticamente de forma a que restassem demonstradas as exigências que dele decorreriam, especialmente, a partir do reconhecimento de um dever de proteção, a possibilidade de descumprimento desse dever, por omissão ou ação estatal insuficiente, ser causa de inconstitucionalidade por violação ao direito fundamental. Apesar de tudo, como já destacado, a inconstitucionalidade, em razão da inaptidão das medidas protetivas, foi reconhecida, mas não mediante o uso conjugado da proibição de insuficiência com o direito fundamental, mas, sim, por uma prevalência axiológica do direito à vida (e, consequentemente, do dever de proteção dele decorrente) em face da liberdade de autodeterminação da mulher (derivado do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade); essa solução foi alcançada com base em uma ponderação entre os valores colidentes, sendo o sopesamento orientado por uma ordem hierárquica pressuposta e levada a efeito pelo Tribunal. Foi consultado o texto do original alemão: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 39. Band (BVerfGE 39, 1). Também analisada a versão em português existente na obra: SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 267-273. Foi consultada, também, a introdução ao acórdão formulada pelo organizador da coletânea. Igualmente consultados o texto e a análise dogmática existentes na seguinte obra: KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence*, págs. 349-356.

apenas um dever de não ingerência por parte do Estado, mas uma obrigação de tutela desse bem contra ações de particulares, inclusive, em face da própria mãe [247].

Há uma regra geral de proibição do aborto durante todo o período da gravidez e obrigação da gestante em completar a gestação. A isso relacionado, acresce-se que ao Estado cabe proteger a vida intrauterina, para o que deve adotar medidas positivas, emitir, independentemente da vontade dos destinatários, determinações e proibições, dentre as quais a vedação legal do aborto; as prescrições legais editadas para a proteção de um bem jurídico devem se estruturar de forma a compreender medidas gerais e individuais, a abarcar conotações preventivas e repressivas, notadamente, em face deste último aspecto, ocorrendo descumprimento dos comportamentos legalmente impostos ou a prática das condutas proibidas, deve haver sanções [248].

Todavia, a intensidade do dever de proteção varia conforme a importância do bem jurídico que demanda a tutela e do direito colidente restringido em decorrência da efetivação das medidas protetivas, lógica que se estende à proteção do nascituro, uma vez que a vida não é um valor absoluto, remontando ao legislador a tarefa de estabelecer as hipóteses excepcionais de permissão do aborto, bem como a função de definir quais medidas protetivas são pertinentes à hipótese; contudo, referida avaliação e escolha não se mostram absolutamente livres, "o legislador deve observar a proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*)" [249], a qual autoriza ao Tribunal sindicar a omissão ou insuficiência legislativa, uma vez que é constitucionalmente exigível do Estado uma proteção adequada e eficaz aos bens jurídicos dignos de tutela.

Essa caracterização da proibição da insuficiência, como um limite à liberdade de conformação do legislador, indica que o Tribunal Constitucional Federal entendeu a proibição da insuficiência como um parâmetro de controle das omissões ou insuficiências estatais relacionadas à proteção dos direitos fundamentais que vai além de um *controle dos mínimos*, ou seja, a proteção adequada e eficaz exige do Estado a realização do dever de tutela em patamar superior a um padrão mínimo [250].

---

[247] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 278.
[248] KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence*, pág. 352.
[249] BVerfGE 88, 203 (254) . (Tradução livre).
[250] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, pág. 199.

Em continuidade, a Corte Constitucional estabelece quais seriam esses requisitos para que a proteção da vida intrauterina fosse efetivada pelo legislador de forma a que restasse observado o princípio da proibição da insuficiência; nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal destaca que o aborto não pode ser considerado legalmente permitido durante qualquer período da gestação, portanto, deve haver uma proibição geral da prática abortiva e, a se considerar o estágio da gravidez, exceções, devidamente regulamentadas, que autorizem a prática; por sua vez, essas exceções devem ser definidas pelo legislador e vão ser justificadas pelo fato de a conduta – aborto – encontrar, igualmente, proteção jusfundamental no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo que uma proibição por completo acabaria por desconsiderar totalmente os interesses das mulheres.

Todavia, nunca deve ser desconsiderado que o exercício da posição protegida pela mulher implica ingerência máxima no direito colidente – vida intrauterina – não havendo viabilidade de um equilíbrio proporcional, razão pela qual a permissão da prática deve ocorrer somente em situações excepcionais em que a manutenção da gravidez for um fardo por demais oneroso à mulher, excepcionalidade a ser aquilatada mediante uma análise de razoabilidade, no sentido de não ser exigível (razoável) a manutenção da gestação em situações de grave anormalidade e emergência; em decorrência disso, deve o Estado manter um sistema de acompanhamento da mulher durante a gravidez; de resto, subsidiariamente, o Direito Penal, além de outros sancionamentos legais, também, pode ser utilizado como instrumentos de proteção da vida intrauterina nos casos em que o aborto é realizado fora das exceções legalmente permissivas [251].

Ainda, outra série de medidas fáticas foram citadas na decisão, restando definido os elementos exigidos para uma proteção adequada e eficaz ao bem jurídico em causa. Ao final, o Tribunal entendeu ser inconstitucional a permissão do aborto sem qualquer justificativa no primeiro trimestre da gravidez, contudo, consignou que a criminalização do comportamento poderia ser substituído pelo legislador pela adoção de outras medidas protetivas suficientes, como ações gerais de acompanhamento, suporte, educação, de forma a se influir na decisão da mulher em prol da manutenção da gestação e preservação do nascituro. Outros pontos da lei também foram declarados inconstitucionais [252].

[251] BVerfGE 88, 203 (254-258).
[252] KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence*, pág. 355.

Completada a abordagem descritiva dos precedentes judiciais selecionados, cabe, agora, traçar um paralelo e verificar como o princípio da proporcionalidade foi, inicialmente, concebido e tratado pela doutrina constitucional alemã para, após, identificar os termos nos quais a doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como o sistema constitucional do país, absorveram essas ideias, notadamente, após o advento da Constituição Federal de 1988.

2. O princípio da proporcionalidade e a sua recepção inicial pela doutrina alemã

Tendo-se, por ponto de partida, a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, pode-se constatar que a utilização da ponderação e a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, especialmente, no que se refere ao controle substancial de constitucionalidade dos atos legislativos, foi objeto de grande atenção por parte da doutrina constitucional do país.

Evidentemente, os trabalhos escritos acerca do tema não se limitaram a reproduzir a obra do Tribunal Constitucional Federal; a partir das decisões, constata-se que a doutrina alemã procedeu à sistematização e à organização conceitual das escolhas terminógicas realizadas Tribunal de *Karlsruhe*, bem como descreveu a forma em que fora utilizado o princípio da proporcionalidade, além de haver identificado os seus elementos constitutivos [253]; em acréscimo, houve a competente elaboração de críticas, notadamente, à ponderação abstrata de *valores*, em um primeiro momento, e, após, ao sopesamento de caso concreto [254], além da reconstrução dogmática dos fundamentos utilizados nos julgados do Tribunal Constitucional Federal e a apresentação de propostas alternativas, como, por exemplo, as ideias de *concordância prática* e *harmonização* [255] dos direitos fundamentais e interesses constitucionais em conflito.

[253]SCHNEIDER, Hans. "Zur Verhältnismäβigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen". *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 11. Tübingen, 1976, pág. 392.
[254] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, págs. 79-87.
[255] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, págs. 66-67.

Como visto, quando da sua utilização no Direito Administrativo, o princípio proporcionalidade ("conhecido sob a denominação de preceito da necessidade" [256]) equivalia aos testes de idoneidade e indispensabilidade dos meios, impondo, assim, esses limites jurídicos ao poder de polícia estatal; de outro lado, no momento em que o princípio da proporcionalidade restou trasladado para o Direito Constitucional, foi devidamente adaptado, remanejado, teve sua conceituação redefinida e encontrou uma aplicação conjugada com os enunciados normativos de direitos fundamentais, a partir do que vinculou, também, o legislador e restou agraciado com mais um elemento constitutivo [257], qual seja a exigência de justa medida entre a afetação desvantajosa oposta ao direito fundamental e a importância de satisfação dos objetivos, mandamento ínsito à proporcionalidade em sentido estrito.

No âmbito da doutrina alemã, a primeira obra (*Der Grundzatz der Verhältnismäβigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendikeit des Mittels in Verwaltungsrecht*) de relevância a tratar dessa nova conotação do princípio da proporcionalidade foi elaborada por Rupprecht Von Krauss, em 1955. Como destacado, até então, a exigência de necessidade ou indispensabilidade dos meios exauria o limite jurídico às ações estatais que afetassem desvantajosamente os direitos fundamentais; Von Krauss, todavia, identifica um novo parâmetro de controle das medidas restritivas e dá autonomia a esta exigência, denominando-a de proporcionalidade em sentido estrito, elemento destinado a integrar o conceito amplo de proporcionalidade [258].

Posteriormente, em 1961, Peter Lerch utiliza-se do termo *princípio da proibição do excesso* para expressar o parâmetro de controle, amplamente considerado, exteriorizado pelo clássico princípio da proporcionalidade; o autor indica que a proibição do excesso vincula, também, o legislador, bem como reconhece a autonomia entre as exigências parciais de necessidade e proporcionalidade, acabando por demarcar, efetivamente, uma ruptura com a ideia anterior [259]; nesses termos, são estabelecidos, para o princípio da proporcionalidade: um novo conceito, diversas possibilidades aplicativas, bem como estrutura e conteúdo mais complexos; contudo, o autor retira o teste de adequação ou idoneidade do interior da proibição

[256] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 404.
[257] CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da), pág. 05.
[258] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, págs. 404-405. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 731, nota 1305.
[259] CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da), pág. 05.

do excesso e lhe reserva um espaço autônomo, enquanto parâmetro de controle independente aos demais [260]-[261].

Assim, em um primeiro momento, o princípio da proporcionalidade consubstanciava-se na ideia de uso dos meios necessários ou indispensáveis pelo Estado; essa concepção era própria do Direito Administrativo e se referia à totalidade dos limites jurídicos impostos às ações de polícia; em momento posterior, especialmente a partir da obra de Peter Lerch, as exigências de necessidade e de proporcionalidade (em sentido estrito, na designação mais atual) foram reconhecidas como princípios autônomos, integrantes, ambos, de um princípio mais amplo, qual seja a proibição do excesso.

De acordo com a conceituação utilizada por Lerch, o princípio da necessidade exige que, em havendo diversos meios e possibilidades para se alcançar uma finalidade, seja escolhida a medida que traga consequências menos desvantajosas; a decisão acerca do meio necessário requer a avaliação de qual medida intervém em menor ou maior escala, bem como o quão profundamente ela atinge a esfera juridicamente protegida do bem ou interesse em questão; no que se refere à relação entre meios e fins, importa, apenas, ao princípio da necessidade, que as medidas avaliadas sejam idôneas para o alcance do objetivo buscado; é uma relação entre meios adequados o que releva para esse teste [262].

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade diz que a medida utilizada para alcançar determinado fim não pode ser irrazoável; a constatação de razoabilidade do meio deve ser alcançada a partir de uma ponderação entre o meio e o fim, devendo a satisfação dos objetivos justificar a restrição imposta ao bem ou interesse afetado [263].

As exigências de necessidade e proporcionalidade possuem diferentes conteúdos, estabelecem diversos critérios de avaliação, bem como são aplicadas de forma fracionada; para Lerch, a arquitetura do Direito Constitucional existente não molda conjuntamente a aplicação da necessidade e da proporcionalidade, a partir do que as exigências devem ser aplicadas separadamente; ainda, para o autor, o teste de indispensabilidade dos meios não

[260] LERCH, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers na die Grundzätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Köln, Berlin, München, Bonn: Keip Verlag, 1999, págs. 19-23.
[261] Posteriormente, contudo, a doutrina alemã recoloca o segmento da adequação no interior da proibição do excesso. Nesse sentido: HISCHBERG, L. *Der Grundsatz der Verhältnissmässigkeit*. Göttingem: Verlag Otto Schwartz & CO, 1981, págs. 17-18. Também, sobre essa progressão histórica: BONAVIDES, Paulo. *Curso*, págs. 402-407.
[262] LERCH, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*, pág. 19.
[263] LERCH, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*, pág. 19.

exaure o parâmetro de controle estabelecido pela proibição do excesso, devendo, também, ser verificada a proporcionalidade da medida utilizada, estando ambas as exigências ligadas a uma referência maior, qual seja o princípio da proibição do excesso; tanto a ausência de necessidade do meio quanto a desproporção da medida podem, devido ao excesso, originar uma inconstitucionalidade [264].

Especificamente, em relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e a aplicação do princípio da proporcionalidade feita pela Corte de *Karlsruhe*, deve ser referido o estudo minucioso realizado por Eberhard Grabitz, em artigo dedicado ao tema, publicado em 1973 [265].

De acordo com Grabitz, o BVerfG, em um primeiro momento, utilizou o princípio da proporcionalidade, apenas, em questões pontuais, bem como não o aplicou de forma sistemática; contudo, desde o *Apothekenurteil*, o uso da proporcionalidade foi feito com maior frequência e de forma a abranger outros âmbitos do Direito Constitucional, sendo a sua principal incidência verificada em situações nas quais estava em causa a concretização dos direitos fundamentais, notadamente, na proteção dos interesses jusfundamentais relacionados à liberdade [266].

Os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade compõem, conjuntamente, um superconceito, qual seja a ideia ampla proporcionalidade; não obstante, autor esclarece que há uma confusão terminológica na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, havendo mistura conceitual, notadamente, quando a Corte está a se referir à proporcionalidade em sentido estrito ou à proporcionalidade em sentido amplo [267].

Segundo Grabitz, o Tribunal Constitucional Federal enxerga uma medida como idônea quando com o seu emprego o objetivo desejado é promovido, ainda que, apenas, de forma parcial; além disso, não é indispensável que a finalidade esteja realmente satisfeita quando da decisão jurisdicional de controle, sendo suficiente, para o reconhecimento da idoneidade do meio que o legislador escolheu, que ele tenha feito, com base nos dados disponíveis, uma prognose razoável de que a meta seria atingida, ou seja, que as circunstâncias existentes

[264] LERCH, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*, págs. 20-21.
[265]GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". *Aör, vol. 98, n.° 04, 1973, págs. 568-616*.
[266] GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, págs.569-570.
[267] GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, pág. 571.

indicassem que o fim poderia ser alcançado com a utilização da medida; entrementes, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei pressupõe que, quando da edição da normativa, a avaliação realizada pelo legislador não encontrasse amparo na realidade existente e se mostrasse equivocada [268].

Grabitz critica essa postura do Tribunal Constitucional Federal, uma vez que, segundo o autor, pelo fato de a Constituição estar acima da lei, a idoneidade do meio deve estar presente tanto quando da edição da medida legislativa quanto no momento do seu controle; assim, se os dados existentes no momento da decisão judicial de controle indicarem que a finalidade não será promovida, a lei deverá ser declarada inconstitucional, apesar de a avaliação realizada pelo legislador, com base nos dados disponíveis à época da edição da medida, não se mostrar equivocada [269].

Por sua vez, o meio será necessário, nas situações em que o legislador não puder escolher outra medida que possua igual eficácia e que, ainda, não afete negativamente o direito fundamental de forma mais suave [270]; essa comparação, a envolver a análise da eficácia e potencialidade restritiva dos meios disponíveis, deve ser feita com base no caso concreto e nas circunstâncias que o envolvem, não sendo, portanto, uma análise abstrata [271].

Ainda, de acordo com Grabitz, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal reconhece, também, um último elemento integrante do conceito amplo de proporcionalidade, qual seja a proporcionalidade em sentido estrito (*Proportionalität* ou *Verhältnismäßigkeit*); com frequência, o Tribunal Constitucional Federal conceitua esse subprincípio como um mandamento a determinar que a medida restritiva não possa causar um dano excessivo no direito fundamental atingido desvantajosamente pela afetação [272].

Esse subprincípio se expressa em uma análise comparativa entre a intensidade na qual a restrição atingiu o direito fundamental, o que requer a avaliação do grau de prejuízo sofrido pelos indivíduos atingidos pela ação legislativa, e a importância da satisfação das finalidades buscadas; assim, releva à proporcionalidade em sentido estrito, a relação comparativa entre o meio utilizado e o fim promovido; a partir de uma ponderação, a envolver essas duas

[268] GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, pág. 572.
[269] GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, pág. 573.
[270] GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, pág. 573.
[271] GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, págs. 574-575.
[272] GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, pág. 575.

grandezas, deve ser verificado se a medida legislativa não foi desproporcional; ainda, essa ponderação não é feita de forma a se ter em conta, em abstrato, os direitos envolvidos na colisão, mas, sim, deve ser levada a efeito com base na consideração dos fatos concretos relevantes ao caso, bem como nas orientações jurisprudenciais definidas em decisões anteriores do Tribunal Constitucional Federal, as quais servem como pontos de referência para as ponderações futuras [273].

É um juízo negativo o que esse subprincípio exige, ou seja, não é imposto à medida legislativa o dever de ser a mais proporcional possível; ao contrário do princípio da concordância prática, o qual demanda que ambos os direitos em conflito tenham uma realização ótima, a partir do que devem ser harmonizados nos casos de colisão, a proporcionalidade em sentido estrito admite que um dos lados em embate prevaleça em face do outro, desde que a relação entre o meio escolhido e o fim buscado não seja desproporcional; disso, resultam limites funcionais que o Tribunal Constitucional Federal deve observar quando está a sindicar as decisões do legislador democraticamente eleito com base no princípio da proporcionalidade [274].

A ponderação inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não pode ser realizada de forma livre pelo aplicador do Direito, devendo seguir as diretrizes estabelecidas pelo Tribunal Constitucional Federal; primeiro, deve ser considerado que o quanto mais a medida intervir na liberdade do indivíduo maior deverá ser a importância da promoção dos bens comunitários; segundo, o peso e a urgência de realização dos interesses comunitários devem ser verificados, do que resulta a premissa de que um peso maior ou uma grande urgência podem justificar uma maior intervenção nos direitos fundamentais; terceiro, devem ser avaliados os interesses individuais protegidos pelos direitos fundamentais restringidos já que esses direitos possuem diferentes pesos e, consequentemente, influenciam de forma diversa a relação de proporcionalidade entre o meio e o fim, sendo que quanto mais intensa for a restrição em aspectos fundamentais da liberdade geral de ação mais consistentes devem ser as justificativas que fundamentam a afetação desvantajosa [275].

[273] GRABITZ, Eberhard. “Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, pág. 575.
[274] GRABITZ, Eberhard. “Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, pág. 575.
[275] GRABITZ, Eberhard. “Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, pág. 581.

Assim, para parte doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade, com sua composição estrutural triádica, foi reconhecido como um elemento chave para a aplicação do Direito Constitucional, notadamente, quando em causa a concretização de enunciados normativos de direitos fundamentais, sendo a ponderação o "coração da tomada de decisão" [276]; além disso, essa incorporação do princípio como um mecanismo hermenêutico relevante para a interpretação constitucional foi acompanhada, de forma integrada, pelo recurso à ponderação de bens e interesses (operação realizada no momento de incidência do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Logo, ponderação e princípio da proporcionalidade formaram uma solução única para a concretização das normativas constitucionais; contudo, outro bloco da doutrina alemã não absorveu essas ideias, opôs inúmeros apontamentos críticos à ponderação e, como consequência, ao princípio da proporcionalidade, a partir do que foram formuladas propostas alternativas, bem como rejeitada, por alguns [277], a concepção de a proporcionalidade em sentido amplo ser composta por três elementos constitutivos.

Por exemplo, para Walter Leisner, os direitos fundamentais de liberdade foram historicamente desenvolvidos sob a ótica da Jurisprudência dos conceitos, a qual vai de encontro com a lógica inerente ao princípio da proporcionalidade e a ponderação. Para o autor, um Estado fundamentado nos direitos fundamentais não deve conhecer a ponderação, pois, em tal sociedade, os direitos fundamentais são onipresentes, encontrando-se em todas as decisões legislativas para as quais se irradiam; assim, quando os direitos fundamentais são concretizados pela lei, a decisão legislativa expõe o próprio conteúdo do direito, declara o que o direito fundamental definitivamente protege enquanto garantia jurídica, de forma a que não ocorra colisão com outras normativas constitucionais, não havendo, portanto, espaço para a ponderação em tal contexto; os direitos fundamentais são grandezas absolutas, consequentemente, não podem ser ponderados e restringidos, premissas que também valem para os direitos de igualdade e de fraternidade do Estado Social; para o autor, uma liberdade ilimitada não é, na verdade, uma liberdade [278].

---

[276] OSSENBÜHL, Fritz. "Abwägung in Verfassungsrecht". *DVBl. 1. September, 1995, págs. 904-912*, pág. 904. (Tradução livre).
[277] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, págs. 79-87.
[278] LEISNER, Walter. *Der Abwä*gungsstaat: Verhältnismäβigkeir als Gerechtigkeit? Berlin: Duncker und Humblot, 1997, 168-169.

De outro lado, como proposta alternativa, tem-se a concepção de harmonização ou concordância prática defendida por Konrad Hesse; o autor, como desenrolar lógico do princípio da unidade da Constituição, enunciado que dispõe não haver hierarquia entre as normas constitucionais, a partir do que, consequentemente, a interpretação constitucional deve levar em conta a totalidade do sistema, propõe que as tensões a envolver os direitos fundamentais sejam resolvidas com base na ideia de concordância prática [279].

É imperativa que ocorra uma harmonização no caso de tensões normativo-constitucionais, premissa que resulta da própria ideia de unidade do sistema; as colisões a envolver os direitos fundamentais não devem ser resolvidas com base em uma pretensa hierarquia abstrata, ou mesmo mediante uma ponderação concreta, de forma que a prevalência de um direito venha a sacrificar a totalidade o outro; de outro modo, deve ser encontrado um equilíbrio entre os lados em embate.

Explica-se; o princípio da concordância prática, nos termos desenvolvidos por Konrad Hesse, não exclui a necessidade de o resultado a harmonizar os direitos fundamentais em tensão ser alcançado mediante o recurso à ponderação, contudo, aqui, o sopesamento será diverso daquele realizado nos quadros do princípio da proporcionalidade, notadamente, quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que não deve ser orientado por uma perspectiva negativa, de controle ou simples análise da existência de justificação constitucional para a restrição. Ao contrário, a ponderação tendente a solucionar a colisão normativa jusfundamental, uma vez que todas as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia, deve buscar uma cedência recíproca de ambos os lados em embate, até que seja possível um encaixe entre os âmbitos de proteção normativos, ou seja, uma concordância prática ou harmonização.

Contudo, outras posições doutrinárias advertem acerca da impossibilidade prática de harmonização na enorme maioria dos casos de direitos fundamentais, uma vez que não se mostra viável a observância real e integral de todos os efeitos *prima facie* determinados pelas normas em colisão, razão pela qual a ponderação (consequentemente, restrição), no caso concreto, aparece como um inafastável mecanismo de aplicação das normas constitucionais, colocando-se como "uma necessidade eneliminável". [280] Além disso, em muitas outras

[279] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito* Constitucional, págs. 65-66.
[280] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, págs. 1274-1275.

hipóteses, para possibilitar a realização de outro bem ou interesse, o direito fundamental colidente terá de ceder totalmente, o que não é admitido pelo princípio da concordância prática; ainda, a demarcação do âmbito de proteção jusfundamental de maneira a que o conteúdo do direito não tenha amplitude suficiente para entrar em colisão com outras normas, não elide a necessidade de se recorrer a ponderações para a definição do que é definitivamente protegido pelo direito fundamental, ainda que não se admita expressamente o uso da metodologia.

Sendo, assim, o recurso à ponderação de bens e interesses, mesmo no sentido de estabelecer uma relação de precedência entre os interesses em colisão, algo inevitável, a doutrina alemã que aceitou a utilização do método passou a adotá-lo nos quadros do princípio da proporcionalidade e sua composição estrutural triádica. A estratégia, com efeito, foi a de assimilar a ponderação enquanto mecanismo hermenêutico inafastável para a concretização de enunciados normativos de direitos fundamentais, mas, em contraponto, investir na definição de padrões argumentativos coerentes e uniformes, bem como em de regras de apoio, todos destinados a possibilitar que método alcançasse uma aplicação racional, sendo os casos de direitos fundamentais resolvidos de forma intersubjetivamente demonstrável [281].

Também é contributo da doutrina alemã, o reconhecimento de uma *segunda face* do princípio da proporcionalidade, o qual, além de uma proibição do excesso, configurar-se-ia, também, como uma proibição do déficit, a ser aplicada nos casos de omissão, total ou parcial, que afetasse desvantajosamente direitos fundamentais positivos; no âmbito doutrinário, deve-se à Canaris o desenvolvimento inicial da proibição do déficit.

Canaris constrói essa nova face do princípio da proporcionalidade, no contexto da discussão a envolver a eficácia privada dos direitos fundamentais; em suma, para Canaris, nas relações entre particulares, os direitos fundamentais não possuem aplicação imediata e operam de forma indireta, dirigindo-se, apenas, ao Estado, como exigências de tutela *mínima* dos bens e interesses dos atores privados atingidos por comportamentos agressivos de outros particulares; o cumprimento desse dever de tutela *mínima* é sindicável judicialmente com base em um parâmetro de controle que revela uma face nova e específica do clássico princípio da proporcionalidade; assim, os direitos fundamentais mantém sua formatação inaugural de

[281] ALEXY, Robert. *Teoria*.

vincularem, apenas, o Estado, sendo que, neste caso, a vinculação se dá a partir da imposição pelos direitos fundamentais de deveres de proteção ao Estado, o que vai conjugado com o princípio da proibição da insuficiência [282]; entrementes, o dever estatal de proteção surge "associado a um imperativo de protecção suficiente, formulado negativamente como *princípio de proibição do défice* (*Untermassverbot*)" [283].

Entrementes, aqui, atua o princípio da proporcionalidade como uma proibição da insuficiência, configurando-se como um parâmetro de controle de constitucionalidade das omissões estatais, totais ou parciais, relacionadas ao não adimplemento *mínimo* de deveres objetivos de tutela de pessoas privadas, em razão de agressões oriundas de comportamentos de outros particulares.

Destacadas, assim, algumas das formulações teóricas iniciais, desenvolvidas pelo doutrina alemã, passa-se, agora, para a análise do acolhimento do princípio da proporcionalidade pela doutrina constitucional brasileira e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3. O acolhimento do princípio da proporcionalidade pela doutrina constitucional brasileira e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

3.1. O princípio da proporcionalidade e as primeiras manifestações da doutrina brasileira

O princípio da proporcionalidade começou a receber atenção mais consistente da doutrina constitucional brasileira, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, no contexto de um movimento teórico que buscava firmar posicionamento pela submissão dos atos legislativos a um controle jurisdicional de constitucionalidade e, mais do que isso, pela

[282] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 4ª reimpressão da edição de julho/2003. Coimbra: Almedina, 2016, págs. 58-60.
[283] ANDRADE, José Carlos Vieria. *Os Direitos Fundamentais*, pág. 242.

obrigatoriedade de as leis observarem, não só parâmetros formais, mas, também, substanciais, para terem sua conformidade constitucional aprovada.

Os estudos dirigidos para a temática do controle de constitucionalidade das leis passaram a cuidar, igualmente, da definição de critérios materiais para aferição dessa constitucionalidade; até então, as contribuições teóricas eram mais preocupadas em abordar, sob uma perspectiva processual, os modelos de controle de constitucionalidade (notadamente, o austríaco e o norte-americano), bem como o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro; assim, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade ingressou no cenário brasileiro com força, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no momento em que a atenção doutrinária dirigia-se para o tratamento de temas como a concretização da Constituição, controle de constitucionalidade das leis e os parâmetros substanciais desse controle [284].

Antes da atual Carta Constitucional vigente, bem como no amanhecer de sua existência, foram escassos os precedentes judiciais e obras doutrinárias que se dedicavam ao tratamento do tema; especificamente, no que se refere ao princípio da proporcionalidade, como será destacado no decorrer do capítulo, o Supremo Tribunal Federal, nesse período, faz menção ao termo e, também, indica-o como um parâmetro material de constitucionalidade da legislação; contudo, a dúvida que deverá ser sanada nas linhas subsequentes diz com a necessidade de esclarecimento se o termo é empregado, apenas, com um sentido retórico ou se é, propriamente, definido como uma concepção dogmática absorvida pela Corte, a partir da qual realiza um controle substancial de constitucionalidade das leis pautado por testes pré-definidos e insertos em uma metodologia racional.

A doutrina constitucional brasileira, por sua vez, no que se refere às possíveis pautas substanciais de controle de constitucionalidade, concentrava-se em desenvolver os princípios da igualdade e da razoabilidade [285], identificando, especialmente, nessas duas exigências as possíveis causas de inconstitucionalidade material.

---

[284] Não se nega a existência de relevantes trabalhos anteriores (pré-88), contudo, como será descrito ao longo da exposição, a ideia inicial manifestada pela doutrina brasileira, acerca da possibilidade de um controle jurisdicional e substancial de constitucionalidade das leis é muito vaga e insegura quanto à sua possibilidade jurídica; além disso, apontava os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como grandezas que exteriorizam pautas idênticas de controle.

[285] Ainda que parte da doutrina entenda haver uma sinonímia entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e, consequentemente, vislumbra nas referências à razoabilidade uma aplicação do princípio da

Dignos de destaque, nessa fase inaugural, são os trabalhos de San Tiago Dantas [286] e Carlos Roberto Siqueira Castro [287]. Em relação à obra do último autor citado, pertinente destacar que a primeira edição remonta ao ano de 1989, recebendo o seguinte título: "o devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil"; contudo, posteriormente, houve uma modificação no título do livro mediante a inclusão do *princípio da proporcionalidade*, o que ocorreu, apenas, em 2005, com a publicação da terceira edição ("o devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade").

Isso reforça a assertiva lançada de que, em um primeiro momento, a atenção da doutrina brasileira foi vertida para a busca de justificação do controle substancial de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário e, como apoio, os princípios da igualdade e da razoabilidade foram os parâmetros materiais destacados nesse processo de legitimação e de superação da ideia de legalidade pela de constitucionalidade.

Mas o fato é que o tratamento inicial dedicado à proporcionalidade no cenário brasileiro ocorreu de forma mais consistente após o advento da Constituição Federal de 1988; a partir desse ponto, o princípio, efetivamente, começou a ser objeto de dissertações específicas voltadas para a compreensão do tema; além disso, nesse novo momento, o princípio passou a ser trabalhado em conjugação com uma dogmática própria para os direitos fundamentais; entrementes, com a nova Constituição, o controle substancial de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, os direitos fundamentais enquanto normas jurídicas vinculantes, inclusive para o legislador democraticamente eleito, e o princípio da proporcionalidade passaram a ser, conjuntamente, objeto de atenção pela doutrina constitucional brasileira.

Todas essas considerações preliminares podem ser comprovadas a partir de uma análise descritiva de alguns trabalhos doutrinários sobre a matéria. Como bem destacado por Virgílio Afonso da Silva, no Brasil, Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho foram "os precursores da discussão acerca da proporcionalidade" [288].

---

proporcionalidade, o fato é que, mesmo assim, o inicial controle substancial de constitucionalidade com base no princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade, como defendem muitos) é bem distante de configurar um controle pautado pelos testes de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

[286] DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e due processo of law. Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense, v. 116, abr. 1948, págs. 357-367.*

[287] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

[288] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, pág. 23.

A primeira edição do *Curso de Direito Constitucional* de autoria de Paulo Bonavides foi publicada em 1980 [289]; no livro, a proporcionalidade não é objeto de atenção, estando ausente qualquer abordagem relacionada a esse princípio.

Contudo, é interessante notar algumas preocupações de Bonavides, exteriorizadas no trabalho, acerca da situação enfrentada pelo Direito Constitucional brasileiro naquele momento, chegando mesmo a asseverar que esse ramo do Direito havia ingressado "em inteiro descrédito" [290]. Uma breve menção a dois pontos tratados na obra (controle de constitucionalidade e direitos fundamentais) já é suficiente para demonstrar alguns dos motivos decisivos para a assertiva transcrita.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, Paulo Bonavides pouco discorreu sobre os precedentes do STF e o sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade, limitando-se a destacar que, apesar de o assunto já haver ingressado no cenário doutrinário nacional, eram "escassas as contribuições de importância sobre a matéria" [291].

Não diferente era a realidade vivenciada pelos direitos fundamentais, sendo o tema tratado mais na perspectiva dos direitos humanos do que propriamente como direitos constitucionalizados e dotados de força normativa. Nas palavras do autor: "não é das mais extensas a bibliografia do Direito Constitucional brasileiro acerca dos direitos humanos (individuais e sociais) e respectivas Declarações" [292].

Os direitos fundamentais eram figuras praticamente ausentes no espaço doutrinário e os estudos sobre o Direito Constitucional estavam mais centrados em demonstrar a organização do Estado e abordar os sistemas constitucionais estrangeiros; esse fato, também, é observado por Virgílio Afonso da Silva, o qual refere expressamente que "o direito constitucional brasileiro, sobretudo o anterior à Constituição de 1988, sempre foi um *direito constitucional da organização estatal*, da organização dos Poderes, e menos um direito constitucional dos direitos fundamentais" [293].

O fenômeno, ilustrado na referência à obra de Paulo Bonavides, é facilmente explicável, em razão de o Brasil viver nessa época sob um regime ditatorial militar, o que refletia nos

[289] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
[290] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, IX.
[291] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 53.
[292] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 55.
[293] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 66.

estudos doutrinários e na prática dos Tribunais; assim, a afirmação de direitos do indivíduo em face do Estado e o consequente controle jurisdicional da constitucionalidade das ações legislativas eram situações excepcionais, o que, em contraponto, acabava por dirigir a atenção dos estudiosos e aplicadores do Direito para outros âmbitos.

Não obstante, com o restabelecimento pleno do sistema democrático, ocorrido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o panorama foi sensivelmente alterado. Já na 4ª edição, publicada em 1993, o *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides é revisto e ampliado, sendo dedicado um capítulo específico ao princípio da proporcionalidade e sua importância destacada desde o prefácio; o autor descreve a necessidade de se alcançar a devida "familiaridade com um princípio até certo ponto estranho, introduzido de último na esfera do Direito Constitucional, proveniente do Direito Administrativo, e que já compõe a égide do novo Estado de Direito da época do pós-positivismo", qual seja o "princípio da proporcionalidade"; igualmente, aos direitos fundamentais, foi resevado um capítulo próprio, tendo o autor o cuidado de ressaltar seu papel na estruturação da ordem constitucional que estava a se formar [294].

No capítulo específico destinado ao tratamento do princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides demonstra ser um entusiasta da inovação inserida no Direito Constitucional a partir da aplicação do princípio; ou autor foi muito claro em sublinhar a relação entre proporcionalidade, direitos fundamentais, Estado de Direito e controle de constitucionalidade, bem como a força instrumental do princípio para a consecução do objetivo de proteger a liberdade e impor limites ao poder do Estado; a aferição da constitucionalidade das leis, assim, deve ser efetivada considerando o disposto por referido princípio, o qual se decompõe em três elementos parciais, quais sejam: "aptidão", "necessidade", "proporcionalidade ´stricto sensu´"; Bonavides, também, preocupa-se em expor dissensos doutrinários referentes ao tema, notadamente, discrepâncias de posicionamentos referentes ao fundamento constitucional, as oscilações conceituais e as figuras afins relacionadas ao princípio da proporcionalidade [295].

Esse novo momento do Direito Constitucional, deflagrado a partir da Carta de 1988, restou, também, sublinhado por Willis Santiago Guerra Filho; segundo o autor, a vigência do novo texto constitucional "representa um sério desafio para os estudiosos do Direito em nosso

[294] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996, págs. 13-17.
[295] BONAVIDES, Paulo. *Curso*. 6ª edição, págs. 356-369.

País, pois traz consigo um imperativo de renovação da ordem jurídica nacional, por ser totalmente nova a base sobre a qual ela se assenta" [296]. Para se concretizar a Constituição – e essa é a tarefa primordial que se coloca – requer-se a conformação de uma metódica específica para a hermenêutica constitucional, mediante o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais que, dentre outras premissas, reconheça o caráter normativo dos princípios, suas constantes colisões, e a necessidade de se recorrer ao princípio da proporcionalidade para solução adequada desses conflitos [297].

Vê-se, com efeito, que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 findou o regime ditatorial e restou instituído um Estado de Direito, sendo a consagração de direitos fundamentais, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e a definição de pautas materiais para esse controle pilares da nova estrutura organizacional.

Definidas as premissas do novo modelo de Estado, a doutrina constitucional brasileira viu-se obrigada a desenvolver uma dogmática, adequada à Constituição do país, voltada para a aplicação dos direitos fundamentais; nesse contexto, o princípio da proporcionalidade mostrou-se um elemento essencial na maior parte das construções teóricas desenvolvidas. Como ilustração dessa tendência teórica, de serem destacados os trabalhos monográficos de Suzana de Toledo Barros e Wilson Antônio Steinmetz.

Em 1996, Suzana de Toledo Barros publica sua dissertação de mestrado, nominada "o princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais", na qual busca enquadrar e sistematizar a aplicação do princípio no sistema constitucional brasileiro [298].

A preocupação inicial, exteriorizada já na introdução à monografia, consiste em estabelecer um critério, não subvertendo a relação entre os poderes, que permita ao Judiciário

---

[296] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pág. 31. Do mesmo autor: GERRA FILHO, Willis Santiago. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2ª edição. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Ed., 2002.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. *n. 20, p. 85-89, jul./set. 2002*. Campinas.

[297] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional*, págs. 31-33 e 43-55.

[298] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* 3ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. Consigna-se que a edição consultada é uma reedição, mantendo-se a obra fiel ao texto original.

efetivar o controle substancial da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais; nesse contexto, o "*princípio da proporcionalidade* (ou da razoabilidade, como prefere o direito norte-americano; ou da proibição do excesso, como também denominado pelos alemães)" é pauta de estudo e parâmetro proposto para materializar esse controle; contudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade é analisada, pela autora, somente nessa perspectiva do controle jurisdicional de constitucionalidade das restrições legislativas, restando, apenas, consignado, oportunamente, que a exigência estende-se para toda ação estatal restritiva [299].

Após algumas outras digressões, Barros começa a trilhar o caminho proposto, gravando um retrato histórico do princípio da proporcionalidade na Europa continental, âmbito no qual se concentra nas experiências francesa e norte-americana, aquela no que se refere ao controle, por excesso de poder, dos atos administrativos; contudo, faz, também, referência aos sistemas italiano, espanhol, português e austríaco, nos quais, segundo afirma, é recorrente o controle de constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais com base no princípio da proporcionalidade, o que ocorre, notadamente, pela forte influência germânica existente nesses locais; especificamente, no que se refere à Alemanha, a autora traça a trajetória do princípio da proporcionalidade, iniciando pelo Direito Administrativo e o controle das ações de polícia e culminando na atuação do Tribunal Constitucional Federal como marco para a passagem do princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, bem como para a sua decomposição analítica em três subprincípios, quais sejam "adequação", "necessidade" e "proporcionalidade". De outro lado, ao ingressar no âmbito do direito constitucional estadunidense, Barros afirma que "o *princípio da proporcionalidade*, a que se faz alusão neste trabalho, como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o *princípio da razoabilidade* dos norte-americanos"; o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade pela Suprema Corte norte-americana foi empreendido a partir do reconhecimento de um caráter substantivo à cláusula do devido processo legal, do que decorreu a exigência de a legislação observar, para ter a sua compatibilidade com a Constituição reconhecida, certos parâmetros materiais, os quais, em tudo, se assemelham aos testes da proporcionalidade alemã [300].

[299] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, págs. 25-34.
[300] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, págs. 37-70.

Assim, a autora visualiza o princípio da proporcionalidade como um limite à ação estatal que possa restringir os direitos fundamentais dos indivíduos, sendo que o princípio, por possuir foro na Constituição brasileira [301], é apto a deflagrar um controle substancial de constitucionalidade das leis restritivas, as quais, para observar os padrões estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade, devem cumprir os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, esse último definido, por Barros, como uma "ponderação de bens" [302].

Outros dois pontos ainda dignos de nota. Primeiro, é pertinente salientar que a autora parte da estrutura da norma para explicar as restrições aos direitos fundamentais, no que assume a posição defendida por Robert Alexy de uma separação forte e qualitativa entre duas espécies normativas, quais sejam as regras e os princípios, sendo esses últimos passíveis de restrições, uma vez que sua aplicação depende de uma ponderação [303]. Segundo, é defendida no trabalho a utilização do princípio da proporcionalidade na aferição de possíveis violações ao princípio da igualdade, para verificar uma arbitrariedade quando o legislador estabelece um tratamento diferenciado ou não define um *descrimen* quando lhe seria exigível [304].

Posteriormente, no ano de 2001, Wilson Antônio Steinmetz publica sua dissertação de mestrado [305] sobre o princípio da proporcionalidade; partindo de uma base essencialmente dogmática, o autor defende que a aplicação dos enunciados de direitos fundamentais deve ser manejada em conjunção com o princípio da proporcionalidade, de forma a possibilitar que a correção da decisão do caso concreto reste intersubjetivamente demonstrada. Os direitos fundamentais, como direitos relativos, entram em colisão; com base nessa premissa, debruça-se o autor a definir uma metodologia tendente à resolução desses conflitos, elegendo o princípio da proporcionalidade como postulado capaz de revelar a racionalidade da relação de preferência alcançada como solução de uma colisão jusfundamental [306].

Segundo o autor, os direitos fundamentais não são absolutos, consequentemente, possuem limites já no plano de sua configuração constitucional, bem como aceitam a compressão desse

[301] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, págs. 93-100.
[302] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, págs. 76-89.
[303] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, págs. 157-160.
[304] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, págs. 185-202.
[305] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
[306] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 17-21.

conteúdo inaugural, ou seja, podem ser restringidos já diretamente na Constituição ou mediante a edição de legislação infraconstitucional [307]; a restrição pressupõe uma autorização constitucional expressa – sistema de reservas legais – ou, na ausência de reserva, a presença de um limite imanente a justificar a lei restritiva [308].

Prossegue Steinmetz e relaciona o fenômeno das restrições dos direitos fundamentais à colisão jusfundamental; os direitos fundamentais colidem quando de sua aplicação concreta, logo, tendo em vista que a resolução do conflito requer uma definição de uma relação de precedência para o caso, o que implica a restrição do âmbito de proteção do direito fundamental não prevalente, é indispensável que a decisão que estabeleça essa hierarquia concreta seja justificada constitucionalmente [309]; esse é um problema de interpretação constitucional, apesar de os métodos tradicionais da específica hermenêutica constitucional não serem suficientes para apontar a solução; as especificidades que envolvem a colisão jusfundamental impõem a construção dogmática de uma metodologia própria para sua solução racional [310].

A partir desse ponto, passa Steinmetz a delinear sua proposta teórica; adota a tese de Robert Alexy e defende a adequação de uma teoria estrutural dos direitos fundamentais para a sistemática constitucional brasileira; assim, os direitos fundamentais assumem a estrutura normativa de regras ou princípios, sendo estes últimos mandamentos de otimização, enquanto aquelas se exaurem em determinações definitivas no âmbito do fático e juridicamente possível; essa distinção é visualizada com precisão no momento aplicativo, uma vez que, diferentemente das regras (aplicadas por subsunção), os princípios, por verem-se invariavelmente envolvidos em colisões, exigem um método diferenciado, qual seja a ponderação [311].

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade é constituído por três exigências – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – pautas obrigatórias que devem ser seguidas quando da solução de um caso difícil referente a uma colisão envolvendo direitos fundamentais; de forma mais precisa, esclarece o autor que a ponderação coloca-se no

[307] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 27-33.
[308] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 33-35 e 60-61.
[309] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 62-74.
[310] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 77-85 e 100-103.
[311] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 120-153.

interior do princípio da proporcionalidade, sendo realizada quando da aplicação do subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, uma vez que este segmento se perfectibiliza com um sopesamento entre os interesses colidentes no caso concreto [312]; uma vez adotada a teoria estruturante dos direitos fundamentais, é possível, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, que se alcance uma solução racional para a colisão de direitos fundamentais (conflito entre princípios constitucionais) [313].

De resto, de se destacar que o autor demarca as zonas de aproximação e as diferenças entre os princípios da proporcionalidade, igualdade e razoabilidade, bem como indica a possibilidade de o princípio da proporcionalidade ser aplicado para a verificação de uma possível violação ao princípio da igualdade; de resto, afasta uma possível identidade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade [314].

Essa breve ilustração demonstra os termos nos quais o estudo do princípio da proporcionalidade foi, originalmente, desenvolvido no âmbito da doutrina brasileira; resta, assim, abordar a jurisprudência inicial do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, serão trabalhados alguns acórdãos do STF, nos quais houve a efetivação de um controle de constitucionalidade da legislação, bem como serão feitas algumas referências a posições doutrinárias que vislumbram nas decisões manifestações do princípio da proporcionalidade. No momento, limitar-se-á a desenvolver o tema de forma mais descritiva e, apenas, posteriormente, lançaremos algumas considerações críticas.

3.2. A utilização inicial do princípio da proporcionalidade pela jurisprudência do STF

Gilmar Ferreira Mendes, no seu *Curso de Direito Constitucional*, traz uma coletânea de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, nos quais vislumbra a aplicação do princípio da

[312] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 139-145.
[313] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 211-216.
[314] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 173-192.

proporcionalidade [315]. Por sua vez, Suzana de Toledo Barros, após análise da jurisprudência do STF sobre do tema, aponta conclusão no sentido de haver uma larga aplicação do princípio pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente, no controle de constitucionalidade de leis restritivas aos direitos fundamentais [316]. Ainda, relevante que se faça menção ao estudo de Alexander Araújo Costa, acerca da evolução dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [317].

Lançadas essas notas, aos julgados.

O RE n.° 18. 331, de 21 de setembro de 1951, é indicado por Gilmar Ferreira Mendes como a primeira decisão em que o STF conferiu "algum significado ao princípio da proporcionalidade" [318]; no precedente, a Corte define os limites do "poder de taxar", indicando a constitucionalidade da "Lei n.° 995, de Santos, que majorara o imposto de licença sobre cabines e banhos", em razão de o aumento do tributo veiculado na legislação atacada pelo recorrente não ser excessivo, oneroso em demasia ou efetivado com desvio de poder [319]. Assim, apesar não declarar a inconstitucionalidade da lei, o STF reconhece que o poder de taxar não é absoluto, não podendo o tributo ser excessivo ao ponto de impossibilitar o exercício da atividade econômica.

Posteriormente, no julgamento do RMS n.° 16.912, em 31 de agosto de 1967, é visualizada uma divergência na Corte acerca da possibilidade jurídica de se efetivar um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, bem como, em sendo possível a fiscalização, houve divergência no que diz com os padrões e limites desse controle [320]. Nesse precedente, segundo Suzana de Toledo Barros, o STF realiza um "controle sobre eventual excesso do legislador" [321].

O caso tratou-se de um recurso em mandado de segurança impetrado em face de ato administrativo do Governador do Estado de São Paulo que nomeou um Oficial do Registro

[315] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso*, págs. 249-255 e 258-261.
[316] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, págs. 104-130.
[317] COSTA, Alexandre Araújo. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF*. Brasília: Thesaurus, 2008.
[318] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso*, pág. 249.
[319] REn.°18.331.Disponívelemhttp://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=119904&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%2018331. Último acesso em 19 de maio de 2014.
[320] RMS 16.912. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=114107. Último acesso em 19 de maio de 2014.
[321] BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade*, pág. 108.

Civil das Pessoas Naturais com base em lei estadual que havia criado, por desmembramento, uma serventia autônoma e indicado para o cargo a pessoa específica do Oficial do distrito sede no novo Registro, com prioridade absoluta de nomeação; a causa de pedir da insurgência dizia com a inconstitucionalidade da legislação estadual que ordenou a nomeação de pessoa determinada para o provimento do cargo, pois, segundo sustentado, houve violação do "princípio da igualdade de todos perante a lei, criando a lei uma serventia com dono certo".

A ação foi julgada parcialmente procedente, havendo divergência nos votos proferidos – no que se refere aos fundamentos utilizados pelos ministros que respaldaram a declaração incidental de inconstitucionalidade e no que toca à própria admissibilidade de o Judiciário sindicar os atos legislativos –, sendo pertinente que se faça menção a alguns pontos do julgado.

O voto prevalente, lançado pelo Relator, Ministro Djaci Falcão, sustentou que a lei estadual impugnada pelo impetrante, ao conferir prioridade absoluta de nomeação e determinar o provimento do cargo criado, violava o princípio da igualdade, uma vez que acabava por estabelecer um tratamento desigual entre agentes públicos em igualdade de condições para a ocupação do novo ofício (foi considerado válido, contudo, o desmembramento e criação da nova serventia); em outra parte do acórdão, o Ministro Djaci Falcão adere à fundamentação desenvolvida pelo Ministro Padro Kelly, destacando acolher "a figura do sviamento di potere dos italianos, detournement de pouvoir dos franceses".

Por sua vez, o Ministro Victor Nunes destacou, inicialmente, a possibilidade (controvertida) [322] de o Poder Judiciário realizar um controle da atividade legislativa (e, frisa-se, segundo o Ministro, a inconstitucionalidade "não se traduz somente na violação de norma expressa"), nos casos em que há *abuso de poder*; assim, para esse Ministro, a ideia de *abuso* é central e, a partir dela, resta fundamentada a legitimidade da jurisdição constitucional para controlar a atividade legiferante.

[322] Em manifestação transcrita no acórdão, o Ministro Aliomar Baleeiro criticou a tese da possibilidade jurídica de um controle jurisdicional da legislação fora dos casos de inconstitucionalidade manifesta, em que há incompatibilidade frontal entre a norma infraconstitucional e o texto expresso da Constituição; critica, especialmente, o recurso à ideia de *abuso de poder*, indicando que, a vingar a ideia, ocorreria, no Brasil, situação de todo similar à verificada nos Estados Unidos, no princípio do século XIX, até 1937, quando houve um indevido ativismo judicial. O controle da legislação é, sobretudo, um problema político e nessa esfera deve ser efetivado.

Assim, apesar das divergências, decidiu a Corte pela procedência parcial da ação, declarando nulo o ato de nomeação e provimento do cargo, pois baseado em lei inconstitucional, todavia, a criação do cargo não foi atingida por qualquer vício.

Em 21 de fevereiro de 1968, o Supremo Tribunal Federal apreciou o *Habeas Corpus* n.° 45.232. Os pacientes foram denunciados pela prática, em tese, de crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional – DL n.° 314, de 15 de março de 1967 – e, no curso do processo, tiveram suspensa a liberdade de exercício de suas profissões; a decisão judicial restritiva foi amparada no artigo 48, da Lei de Segurança Nacional, o qual autorizava a suspensão do exercício profissional ou emprego em entidade privada, nos casos de flagrante delito ou recebimento de denúncia, na qual fosse imputada infração penal descrita na referida lei.

Na decisão, restou acolhido pelo pleno do STF, o voto do Relator, Ministro Themístocles Cavalcanti, o qual declarou, em parte, inconstitucional o dispositivo atacado pela via de exceção; em sua fundamentação, o Ministro descreve a Constituição como um sistema – harmônico e coerente – que se reflete em mandamentos expressos, mas, também, em comandos implícitos; nesse sentido, vislumbra que a intensidade da medida restritiva prevista na lei "grita contra a essência dos princípios humanos que se resumem no direito de sobrevivência"; está em causa, sobretudo, o direito à vida, uma vez que, ao restar suspenso o exercício profissional, é obstaculizada a possibilidade de o indivíduo prover a sua própria subsistência; o dever de respeitar a vida impõe ao Estado, também, a obrigação de não inviabilizar que o indivíduo adote ações concretas tendentes a tornar sua existência viável; o direito de sobrevivência está implicitamente garantido pela Constituição como uma grandeza inerente ao direito à vida [323].

Além disso, a Constituição adota um rol materialmente aberto dos direitos e garantias especificados, fazendo remissão à possibilidade de serem identificados outros direitos que não os enumerados, em havendo compatibilidade com o regime e princípios assumidos pelo texto constitucional; este expresso plexo principiológico, por sua vez, delineou várias exigências para a aplicação da sanção penal – individualização da pena, exigência de contraditório, proibição de penas infames, dentre outras – nas quais se insere a vedação de penas cruéis; a

[323] Importante consignar que a Lei de Segurança Nacional previa, também, a suspensão do cargo ou função pública, ocorrendo a prisão em flagrante delito ou o recebimento de denúncia pela possível tipificação de crimes estabelecidos na lei em questão. Contudo, neste específico, considerando o fato de que o agente público afastado permanecia recebendo alguma remuneração, o STF entendeu pela ausência de inconstitucionalidade.

suspensão do exercício profissional ou emprego em entidade privada, imposta sem contraditório e formação de culpa, implica a aplicação de uma pena cruel, o que é aquilatado pela "desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida" [324].

Gilmar Ferreira Mendes, ao interpretar o acórdão, assevera: "o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a restrição se revelava desproporcional (*exorbitância dos efeitos da condenação*) e era, portanto, inconstitucional, por manifesta afronta ao próprio direito à vida em combinação com a cláusula de remissão referida" [325].

Na RP n.° 930, julgada em 05 de maio de 1976, foi impugnada a Lei n.° 4.116, a qual regulamentava a profissão de corretor de imóveis; o estatuto normativo estabeleceu requisitos para o exercício da referida atividade, dentre os quais a obtenção de atestado "de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta, passado por órgão de representação legal de classe".

O Relator, Ministro Cordeiro Guerra, votou pela improcedência da ação, com o consequente reconhecimento da constitucionalidade da lei, notadamente, por vislumbrar um interesse social no afastamento de profissionais incapazes, moralmente e intelectualmente, da atividade de corretagem imobiliária; uma vez que "a liberdade não é incompatível com a regulamentação profissional inspirada no bem comum", não há, no caso, violação da Constituição, em razão do interesse público perseguido pela lei.

Não obstante, o STF não aderiu à linha argumentativa traçada pelo Relator e declarou a lei inconstitucional, tendo o voto do Ministro Rodrigues Alckmin sido adotado como diretriz pela maioria dos componentes do Tribunal; segundo o Ministro Alckmin, a Constituição dispõe que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer", sendo que, com essa base normativa, deve ser reconhecida uma limitação ao poder regulamentar do legislador em face da liberdade profissional; ainda, asseverou que, apesar de ser admissível regulamentação legal à liberdade profissional, "essa regulamentação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade"; é indispensável, assim, que o legislador atenha-

[324] HC. n.° 45.232. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=60205. Último acesso em 22 de maio de 2014.
[325] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito*, pág. 250.

se ao limite constitucional ("condições de capacidade"), bem como atue de "maneira razoável".

No caso, não há interesse público refletido nas condições de capacidade elencadas pela lei impugnada como necessárias para o exercício da atividade de corretor de imóveis, uma vez que a ausência de aptidão técnica no desempenho dessa profissão não acarreta, de outro lado, qualquer comprometimento a bens de terceiros; "a regulamentação dessa profissão, portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério de razoabilidade, indispensável para legitimar o poder de polícia"; a fixação de *condições de capacidade* deve observar a *razoabilidade* e ser manejada em favor do *bem comum*, configurando-se estes requisitos constitucionais como limitações ao poder legislativo regulamentar, "cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não" [326].

A RP n.° 1.077, julgada em 28 de março de 1984, é outro precedente recorrentemente citado pela doutrina brasileira como uma decisão, na qual o STF aplicou o princípio da proporcionalidade. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o julgado "contém um dos mais inequívocos exemplos de utilização do *princípio da proporcionalidade*" pela Corte brasileira, "uma vez que do texto constitucional de 1967⁄69 não resultava nenhuma limitação expressa para o legislador" [327].

Na representação, restou impugnada a constitucionalidade da Lei n.° 383⁄80, do Estado do Rio de Janeiro, a qual, entre outras disposições, alterou o valor da "taxa judiciária" devida por serviços judiciários prestados na referida unidade federativa.

O Relator, Ministro Moreira Alves, cujo voto foi acompanhado pelos outros integrantes do Tribunal, entendeu pela inconstitucionalidade da elevação da referida taxa. Após expor a natureza jurídica tributária da "taxa judiciária" – "taxa remuneratória" de um "serviço público específico e divisível" (prestação jurisdicional) –, o Relator passou a abordar os limites desse específico tributo, âmbito no qual destacou a impossibilidade jurídica de a taxa ser "excessiva", o que poderia levar, inclusive, a uma negativa de acesso à jurisdição; é que a taxa judiciária – como toda taxa de caráter tributário – encontra seu limite no próprio serviço que

[326] RP n.° 930. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263707. Último acesso em 22 de maio de 2014.
[327] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito*, pág. 258.

remunera, ou seja, o valor cobrado não pode "ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota por esta fixado"; é imperativa a existência de uma *proporção* entre a quantia a ser paga pelo usuário e o efetivo custo do serviço.

Não há limite expresso estabelecido por lei para as taxas judiciárias; todavia, isso não implica a conclusão de que os valores podem ser arbitrariamente fixados pelo Estado, uma vez que a taxa deve manter o caráter de contraprestação ao serviço executado; assim, a exigência de uma "equivalência razoável" entre o valor cobrado e o custo real do serviço acaba por ser um limite ao poder de taxar; como isso não foi obsevado na hipótese, uma vez que a lei estadual definiu, indistintamente, uma alíquota fixa com base no valor postulado na causa (2% sobre o valor do pedido), a inconstitucionalidade restou demonstrada [328].

Em 1° de julho de 1993, o STF apreciou a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.° 855. O objeto da ação consistia a suspensão de executoriedade da Lei n.° 10.248⁄93, do Estado do Paraná, a qual impôs ao fornecedor a obrigatoriedade de aferição do peso dos botijões de gás comercializados, a fim de assegurar aos consumidores o pagamento pela quantidade correta de gás adquirido; a lei impunha, ainda, a obrigação de os revendedores e distribuidores de gás liquefeito de petróleo portarem balança apropriada para a realização da pesagem.

A medida cautelar pleiteada foi concedida pelo STF, na linha do voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence. Em síntese, entendeu o Ministro, com base em laudo técnico do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial, que a medida imposta ao fornecedor pela lei impugnada, além de ser onerosa, não demonstrava possuir idoneidade suficiente para alcançar a finalidade buscada (não havia certeza do recebimento pelo consumidor do volume exato de gás), o que implicou em violação do princípio da proporcionalidade [329]-[330].

---

[328] RP n.° 1.077. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263851. Último acesso em 28 de maio de 2014.

[329]ADIMC n.° 855. Disponível em: http://redir.stf.jus.br. Último acesso em: 28 de maio de 2014.

[330] A ementa do acórdão restou redigida nos seguintes termos: "gás liqüefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2o, 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e

A ação principal foi julgada, apenas, em 06 de março de 2008. Foi dada procedência ao pedido e declarada a inconstitucionalidade da lei estadual, contudo, não houve um alinhamento dos Ministros no tocante aos fundamentos da decisão. O Relator, Ministro Octavio Gallotti, motivou seu voto – pela procedência da ação – no reconhecimento de inconstitucionalidade formal, por ser a matéria em questão – legislar sobre energia – de competência privativa da União, tendo, inclusive, afastado a alegação de violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. De outro lado, os Ministros Nelson Jobim e Maurício Corrêa manifestaram-se pela declaração de inconstitucionalidade, mas pelo entendimento de que a lei impugnada violava o princípio da razoabilidade. O Ministro Marco Aurélio também verificou a compatibilidade da lei com o princípio da razoabilidade, contudo, concluiu pela ausência de violação.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes retomou o voto exarado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, quando da concessão do pedido na medida cautelar, e verteu sua análise para a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso; em interpretação da posição assumida pelo STF, no julgamento da referida ação cautelar, Mendes destacou que o Tribunal "assentou a inadequação da medida e ainda colocou em dúvida a sua necessidade"; assim, o legislador obrou com excesso no exercício da atividade legiferante, uma vez que, ao regulamentar a "liberdade de exercício profissional", não atuou dentro do quadro de uma "reserva de lei proporcional", conclusão que, para ser alcançada, impõe seja verificado "se a lei não esvazia o conteúdo de direitos fundamentais, e, nesse sentido, temos de examinar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito"; complementa, ainda, indicando que, no Brasil, o fundamento do princípio da proporcionalidade é encontrado na clausula do devido processo legal substantivo.

Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso manifestou-se, também, pela declaração de inconstitucionalidade, nos seguintes termos: "a medida não é adequada para o fim que ela pretende promover. Essa é a razão pela qual entendo que – não correspondendo à necessidade

---

razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida".

de ser adequada à promoção do fim visado, que é restritivo ao exercício de uma liberdade fundamental de comércio – a lei é inconstitucional" [331].

Outra decisão digna de nota ocorreu em 11 de maio de 1994, quando do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.° 966-4 e n.° 958-3. O objeto das impugnações circunscrevia-se à declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da lei n.° 8.713⁄93, os quais, ao estabeleceram requisitos a ser observados pelos partidos políticos para que possam lançar candidatos às eleições, criaram novas condições de elegibilidade.

Dentre os votos pela procedência parcial das ações, de ser ressaltada a manifestação do Ministro Moreira Alves; o Ministro entendeu que a inconstitucionalidade da lei confrontada decorria de violação ao "princípio constitucional do devido processo legal", o qual, além de um sentido formal, apresenta uma conotação substancial que "abarca as hipóteses em que falta razoabilidade à lei"; na hipótese, os dispositivos impugnados restringiram de forma irrazoável direitos políticos, pois, com base em situações pretéritas, criaram impedimentos à participação democrática em pleitos futuros [332].

Feita, assim, uma breve análise dos precedentes, os quais estão entre os comumente citados pela doutrina constitucional brasileira como os primeiros a adotarem o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade, segundo o Supremo Tribunal Federal) como fundamento jurídico das decisões; a utilização do princípio da proporcionalidade pelo STF e as obras doutrinárias sobre o tema, contudo, não se restringem aos citados neste capítulo, havendo um incremento significativo, pós-88, de seu emprego pela jurisdição constitucional e pelas obras doutrinárias produzidas no país; não obstante, neste momento, o estudo está restrito à abordagem histórica do tema e a apontamentos sobre a recepção inicial do princípio em *terrae brasilis*, para o que os precedentes e as digressões doutrinárias realizadas são mais que suficientes.

Para o fechamento desta parte do estudo resta, assim, a análise própria do que foi até aqui exposto, âmbito no qual as considerações críticas pertinentes devem ser lançadas, bem como é

[331] ADI n.° 855. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759 . Último acesso em 28 de maio de 2014.
[332] ADI n.° 958-3. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266600. Último acesso em 30 de maio de 2014; ADI n.° 966-4. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266603. Último acesso em 30 de maio de 2014.

necessário que se adote determinadas posições, ainda que premilinares, acerca de algumas questões; isso será feito na sequência e em capítulo específico.

4. Notas dogmáticas e próximos passos

Antes de se impulsionar o estudo para novas matérias afetas ao tema, agora, é indispensável tomar posição acerca de algumas questões jurídicas tratadas até o momento, bem como realizar uma análise dogmática dos acórdãos, já descritos, do Tribunal Constitucional Federal alemão; isso possibilitará que sejam indicadas conclusões preliminares, bem como expostas algumas intuições experimentadas, o que servirá para revelar alguns entendimentos prefaciais acerca do princípio da proporcionalidade, bem como permitirá a demarcação, com maior nitidez, do caminho a ser seguido daqui por diante.

De início, como já destacado, cabe frisar, uma vez mais, que o princípio da proporcionalidade não foi originado no Direito Constitucional; agregado a isso, é fato que antes de alcançar sua formatação estrutural contemporânea e exercer as funções que modernamente lhe são atribuídas, percorreu um longo percurso, no qual sofreu modificações e adaptações, inclusive, estruturais e de conteúdo, de forma a tornar possível o cumprimento satisfatório das novas funções jurídicas que lhe foram sendo conferidas.

De forma muito clara, ressalta dos capítulos inaugurais uma primeira impressão acerca do princípio da proporcionalidade, qual seja, o fato de, em sentido básico e preliminar, poder ser caracterizado como um limite à ação estatal que afete desvantajosamente a liberdade e autonomia individuais, configurando-se, em linhas gerais, como uma vedação ao excesso imposto às ações estatais que tenham um condão restritivo; a proporcionalidade constitui-se em um princípio jurídico, dotado de sentido material, o qual funciona como um manto protetor às possibilidades de livre determinação e desenvolvimento individual, impondo ao Estado requisitos a serem observado quando das restrições às liberdades pessoais.

A trajetória percorrida pelo princípio da proporcionalidade é comum ao caminho trilhado por outros mecanismos jurídicos, de cunho garantístico, instituídos na busca de limitação do poder estatal; desde a sua formatação filosófica, a proporcionalidade funciona como uma barreira às ações estatais restritivas, exteriorizada como uma reprovação à demasia; essa

função lhe é própria, contudo, foi sendo desempenhada de forma diversa durante o seu processo de formação histórica.

Todavia, hoje, apesar de essa definição tradicional – proibição do excesso – ainda acompanhar o princípio da proporcionalidade e lhe ser inerente, as modificações das relações entre Estado e indivíduo (e entre os próprios indivíduos) formatadas pelo constitucionalismo contemporâneo fizeram com que o seu papel passasse a ser gradativamente desempenhado de maneira diversa, de forma muito mais complexa e ampla, a partir do que o princípio da proporcionalidade assumiu uma vasta função a abranger, também, um controle da omissão total ou parcial, ou seja, da insuficiência de ação estatal relacionada à concretização de prestações positivas jusfundamentais *prima facie* exigidas pela Constituição, bem como passou a assumir lugar na solução de colisões jusfundamentais verificadas no âmbito de relações particulares e colocadas à apreciação judicial.

Assim, a transposição do instituto do campo filosófico para a esfera jurídica, posteriormente, neste contexto, do Direito Administrativo para o Direito Constitucional e, após, as mudanças ocorridas no interior da própria formatação das Constituições, demandou uma readaptação do princípio, mudança sem a qual não seria capaz de cumprir de forma eficaz as novas e amplas funções que lhe foram outorgadas.

Com efeito, aquela ideia inicial de um Direito Natural, o qual ao mesmo tempo em que fundamenta o poder do Monarca, impõe-lhe limites extrajurídicos, dentre os quais a exigência de uma atuação necessária quando da restrição às possibilidades individuais é, com a passagem do absolutismo para o Estado de Direito, modificada; agora, essa vedação ao excesso é jurídica e, juntamente com os direitos fundamentais, o Estado encontra barreiras delimitadas pelo Direito ao seu agir.

No seu apogeu, o Estado de Direito incorpora o caráter democrático e social, acabando por abraçar definitivamente o seu sentido material, o qual resta expresso na indispensável vinculação do Estado ao princípio da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, aos direitos fundamentais considerados em suas diversas dimensões históricas e com as suas respectivas multifuncionalidades; por sua vez, essa exigência de respeito, proteção e promoção à dignidade do homem é, além de fundamento, princípio estruturante do arquétipo constitucional ao qual se apoia o Estado de Direito e encontra nos direitos fundamentais dos indivíduos o seu principal ponto de reflexo e apoio.

O princípio da proporcionalidade acompanha esse aperfeiçoamento garantístico; enquanto, no Estado de Direito liberal, funcionava como um verdadeiro direito subjetivo e instrumentalizava a proteção da liberdade individual em conjugação com o princípio da legalidade, no Estado de Direito social e democrático passa a ficar realmente atrelado ao princípio da dignidade humana e aos direitos fundamentais, sendo as posições jurídicas subjetivas deduzidas desses últimos e visualizadas concretamente a partir de um emprego diverso do princípio da proporcionalidade, o qual passa a ser um elemento dogmático central na aplicação dos enunciados constitucionais de direitos fundamentais; além disso, há o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja principal manifestação se reflete na eficácia irradiante dos direitos fundamentais para todos os ramos do Direito, a partir do que, até mesmo, o Direito Privado deve ser produzido e aplicado de acordo com esse sistema jusfundamental, bem como é imposta uma obrigação objetiva ao Estado de proteger suficientemente aos valores, bens e interesses subjacentes aos direitos fundamentais.

Como já destacado, o Tribunal Constitucional Federal alemão foi o principal responsável pela contemporânea definição do conceito, conteúdo, funcionalização, âmbito de aplicação e estrutura do princípio da proporcionalidade, razão pela qual, agora, deve-se retomar o diálogo com os já trabalhados precedentes da Corte de *Karlsruhe*, contudo, fazendo-se a análise dos julgados mediante uma leitura dogmática das decisões, a partir de um escrutínio mais denso e crítico.

Nesse sentido, já no primeiro precedente referido, o *Apothekenurteil*, é transparente a assimilação pela Corte Constitucional de que está formado um Estado de Direito social e democrático, no qual os direitos fundamentais surgem como figuras jurídicas específicas, envoltos em uma dogmática própria e dotados de força normativa consistente para a proteção dos valores, bens e interesses que lhes são subjacentes; a possibilidade de o legislador regulamentar os direitos fundamentais é, igualmente, reconhecida, contudo, dentro de limites, uma vez que a atividade legiferante está vinculada aos preceitos constitucionais que enunciam esses direitos fundamentais; o controle jurisdicional de constitucionalidade é deflagrado tanto no aspecto formal quanto na perspectiva substancial, sendo a lei inconstitucional nula e os

efeitos da declaração de inconstitucionalidade retroativos; uma norma inconstitucional, em razão de desconformidade com um direito fundamental, viola o direito fundamental [333].

Para alcançar, no caso, a conclusão no sentido de que a lei estadual, a qual fundamentava o ato administrativo do Governo da Alta Baviera que interviu restritivamente na liberdade profissional do reclamante, era inconstitucional, por violação ao Art. 12 I GG, a decisão trilhou um interessante caminho [334].

Fica assentado que o direito fundamental à liberdade profissional alcança uma pretensão subjetiva ao particular, a qual lhe autoriza a escolha e o exercício de qualquer atividade lícita; logo, o Tribunal especifica o objeto de proteção jusfundamental, após o que analisa se a conduta do reclamante – abertura de uma farmácia – se enquadrava no conteúdo do direito, fixando o âmbito de proteção ideal da norma, de forma a estabelecer esses limites de conteúdo em termos consideravelmente amplos [335].

Em continuidade, considerando que a atividade pretendida pelo indivíduo estava abrangida pelos limites do conteúdo do direito fundamental à liberdade profissional, o Tribunal Constitucional Federal passou a verificar se a ação do legislador, empreendida no caso, afetava desfavoravelmente esse âmbito de proteção jusfundamental, o que, uma vez constatado, impunha limites à regulamentação legislativa [336].

---

[333] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 599.

[334] Uma análise da decisão pode ser encontrada em: LARENZ, Karl. *Metodologia*, págs. 576-578.

[335] "O Art. 12 I GG tutela a liberdade do cidadão em uma área muito importante para a sociedade moderna: ele garante ao indivíduo o direito de praticar qualquer atividade para a qual ele se considere apto e de fazê-lo enquanto ´profissão`, ou seja, como fundamento do suprimento econômico de sua vida" [...] "ele abrange não somente todas aquelas profissões que se apresentem em tipos profissionais fixados tradicional ou até mesmo legalmente, mas também as atividades atípicas [não proibidas pelo ordenamento jurídico], livremente escolhidas pelo indivíduo, das quais podem surgir novos profissionais". SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 602-03.

[336] Não há, contudo, uma diferenciação entre os conceitos de regulamentação, limite, intervenção, restrição, afetação desvantajosa, entendendo a Corte, apenas, que a regulamentação é uma ação legislativa que deve ser amplamente considerada, podendo, inclusive, abranger uma medida que intervenha desfavoravelmente no conteúdo jusfundamentalmente estabelecido. Aqui, nesse ponto, não há muita clareza nos conceitos utilizados pelo Tribunal, uma vez que, apesar de fazer referência ao fato de a Constituição, por vezes, utilizar o termo "regulamentar", quando outras vezes se vale das expressões "limitar" ou "restringir", a Corte não se propõe a aprofundar a questão e realizar uma abordagem analítica no intuito de tecer distinções conceituais entre as figuras. Apenas, como já citado, afirma que o poder de regulamentar inclui a possibilidade de limitar e que, ao se valer do termo regulamentar, o constituinte "indica que se pensou antes na fixação de limites vindos de dentro, i.e., naqueles limites que já se encontravam na essência do direito, do que em limitações sobre o conteúdo objetivo das quais o próprio legislador pudesse dispor, i.e., limitações decorrentes, a partir de uma descoberta semântica racional, de sua natural área de vigência e, assim, vindas de fora". SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 608. Disso, pode-se vislumbrar certa insegurança na decisão acerca da natureza da *ApothekenG*, pois não é claro se o Tribunal considera a legislação em questão como uma

Destacadas essas premissas, vê-se que o princípio da proporcionalidade foi a figura dogmática central utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal para estabelecer o limite do poder, constitucionalmente reconhecido ao legislador, de regulamentar os direitos fundamentais; notadamente, fala a Corte de *Karlsruhe* em um imperativo de adequação, aptidão ou idoneidade, bem como na exigência de necessidade a ser observada pelas medidas empregadas em relação às finalidades buscadas.

Todavia, novamente, aqui, há uma considerável indecisão, pois a terminologia e os elementos que configurariam esse limite, além da forma pela qual eles seriam aplicáveis, não são muito precisos; o próprio princípio da proporcionalidade é utilizado em determinado momento como sinônimo de idoneidade ou de necessidade, conforme se extrai da seguinte passagem: "vale o princípio da proporcionalidade no sentido de que eles não podem ser desproporcionais em face do propósito perseguido, do cumprimento regular da atividade profissional. A prova da necessidade de pressupostos objetivos de admissão deve ser submetida a um exame especialmente rígido" [337].

Contudo, é bem claro que a exigência de adequação se refere a uma relação de idoneidade entre o meio empregado e sua capacidade para promover a finalidade buscada. A necessidade, por sua vez, impõe que seja utilizado o meio adequado menos restritivo possível para a consecução do objetivo; exatamente no mesmo sentido em que as ações de polícia estavam limitadas pelas exigências de adequação e necessidade, passam agora esses limites a alcançar as ações legislativas restritivas aos direitos fundamentais; entretanto, não há uma estrutura formada para o princípio da proporcionalidade que possa ser visualizada na decisão, mas, sim, repisa-se, o translado das exigências de adequação e necessidade já consolidadas no Direito Administrativo para o plano do Direito Constitucional.

---

simples *declaração* de um *limite imanente* do direito fundamental ou, ao contrário, uma verdadeira *restrição* ao conteúdo *prima facie* protegido. Essa precisão na especificação da natureza da lei editada a partir da reserva legal é indispensável, pois se for considerada, apenas, como uma *lei declaratória de limite imanente* haveria grande dificuldade em se justificar um controle de constitucionalidade e, em contrapartida, o princípio da proporcionalidade ficaria sem papel a exercer. Não obstante a falta de clareza dessa parte, o controle de constitucionalidade foi efetivado, o que, ao fim e ao cabo, dá a entender a assunção pelo Tribunal de uma concepção mais próxima à teoria externa dos limites e a consideração da lei estadual como uma verdadeira *restrição*. Nesse ponto, todavia, queremos, apenas, expor os problemas que podem advir de uma falta de clareza na utilização indiscriminada de conceitos que exteriorizam ideias diversas e deflagram consequências jurídicas diferentes.

[337] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 596.

E mais; agora, essas exigências, ou essa proporcionalidade, não foram caracterizadas como um direito subjetivo do indivíduo, como ocorria no Direito Administrativo, mas como pautas de uso conjugado com o direito fundamental e que definem a medida possível de regulamentação legislativa desse direito.

O direito fundamental, sim, constitui a norma a partir da qual o requerente fundamentou sua pretensão subjetiva individual; logo, o direito subjetivo decorre do direito fundamental e não do princípio da proporcionalidade, o qual é refuncionalizado no Direito Constitucional como um conceito relacional; o que foi violado, segundo a decisão, foi o direito fundamental à liberdade de expressão [338] e não o princípio da proporcionalidade (do qual não decorreu nenhuma pretensão subjetiva justicializável), não obstante, a violação do direito fundamental foi exposta pelo princípio da proporcionalidade, o que o refuncionaliza, pois *passa* de uma norma originadora de direitos subjetivos *para* uma norma de apoio a outras normas (direitos fundamentais), das quais derivam direitos subjetivos.

De outro lado, é, também, efetivada uma diferenciação entre direitos fundamentais, da qual decorrem consequências aplicativas consideráveis, pois estabelece o Tribunal, já no plano abstrato, uma hierarquia axiológica [339]; a conclusão de uma ordem hierárquica assumida pelo Tribunal é reforçada por outra situação recorrente na decisão, qual seja a diferenciação efetivada entre as modalidades de condutas inseridas dentro do próprio âmbito de proteção jusfundamental da liberdade profissional, ou seja, mesmo considerando que a escolha e o exercício profissional "abrangem o complexo unificado ´atuação profissional` a partir de diferentes perspectivas", as possibilidades de regulamentação legislativa que impliquem restrição à liberdade profissional, comparadas às possibilidades de restrição ao direito de

[338] "As notificações do Governo da Alta Baviera de 29 de novembro de 1956 - Nº II/11-5090/114 – e de 12 de junho de 1957 - Nº II/11-5090/121 – violam o direito fundamental do reclamante do Art. 12 I GG e estão revogadas. O Art. 3 I da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera de 16 de junho de 1952 [GVBl. P. 18] na redação da lei de 10 de dezembro de 1955 [GBVl., p. 267] é nulo". SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 597.

[339] É o que se conclui do julgado: "um direito fundamental cuja ideia básica é ligada ao livre desenvolvimento da personalidade humana e que, justamente por isso, também tem um significado muito grande para a conformação geral da vida – ao contrário de outros direitos fundamentais que servem apenas à resistência contra intervenções ocasionais do poder público. A proteção efetiva do direito fundamental em pauta exige, nesse mister, que às intervenções legislativas sejam por princípio impostas fronteiras bem estreitas". SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 604.

exercício do labor, são muito mais excepcionais, pelo fato de a liberdade de escolha estar intimamente relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade [340].

Nessa lógica de ordem de valores hierarquizada no plano abstrato, assume o Tribunal que a resolução do caso deve iniciar por uma ponderação, todavia, não resta especificado como funcionaria o mecanismo ou se esse estaria inserido no âmbito do princípio da proporcionalidade; o que se extrai do julgado é que a Corte parte de uma ideia de colisão – entre o direito fundamental e o interesse público justificador da regulamentação estabelecida na reserva legal – e que a solução dessa colisão deve ocorrer por uma ponderação a qual dê prevalência ao valor de mais alta hierarquia.

Abstraindo questões dogmáticas como diferenciações de modalidades de uso do direito fundamental e possibilidades de restrições, sistemas de reservas legais e margem de ação e, especialmente, a (in) existência de uma hierarquia abstrata, *prima facie* ou definitiva, entre os valores constitucionalizados, é visível um problema central identificado e enfrentado pelo Tribunal, qual seja uma colisão entre um direito fundamental e outro interesse constitucionalmente protegido e, correlativamente, a necessidade de resolução do conflito, contando o legislador com certo espaço discricionário, contraposto, todavia, à sua vinculação aos direitos fundamentais.

Pontuada essa questão, a decisão visualiza limites à atividade legislativa de regulamentação (no que se inclui a viabilidade de restrição) aos direitos fundamentais, limites jurídicos que são configurados pela exigência de utilização de meios idôneos para o alcance da finalidade buscada (a qual deve ser legítima) e que estes meios restrinjam na menor intensidade possível o direito fundamental.

Em acréscimo, resta estabelecida uma relação entre a intensidade de intervenção na liberdade e a importância de proteção do bem coletivo posto em causa, sendo permitidas maiores intervenções ao passo que o direito fundamental se distanciar do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana; contudo, não é definido pelo Tribunal Constitucional qual o critério para identificação da maior ou menor proximidade de um direito fundamental com esse ponto de apoio que lhe dá maior solidez.

[340] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 605-606.

De outro lado, também, não é clara a relação entre proporcionalidade e ponderação. Ao que se pode concluir, a decisão estabelece que a colisão jusfundamental deve ser resolvida por um sopesamento entre os direitos colidentes, sendo que somente após essa operação hermenêutica é que seria viável visualizar se a regulamentação legislativa é permitida constitucionalmente; isso se dá pelo fato de uma liberdade fundamental, intimamente relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade humana, como a liberdade de escolha profissional, apenas, poder "ser restringida se a proteção de bens coletivos muito importantes (´prevalentes`) o impuser inexoravelmente"; essa situação estará presente nos casos em que "estiver em jogo a proteção daqueles bens junto aos quais resultar, da ponderação cuidadosa, a necessidade de se lhes conceder prevalência sobre a pretensão de liberdade do indivíduo"; ainda, essa prevalência deve ser levada a efeito "na exata medida em que tal proteção não puder ser assegurada de outro modo, isto é, com a utilização de meios que não restrinjam ou que restrinjam menos a escolha profissional" [341].

Assim, inicialmente, deve ser efetivada uma ponderação, no intuito de ser verificado se o bem coletivo colidente possui hierarquia constitucional suficiente para justificar uma intervenção no direito fundamental, somente a partir do que será admissível qualquer restrição legislativa; contudo, mesmo se for admissível, essa restrição deve ser adequada e necessária.

Ainda, uma vez admitida como juridicamente possível a restrição (ante a prevalência abstrata do bem coletivo), a avaliação da adequação e necessidade varia de acordo com o direito fundamental em causa (uma vez que mais estreitas serão as possibilidades de intervenção quanto mais próximo o direito fundamental estiver da personalidade da pessoa humana) e essa variação de possibilidades restritivas pode ser visualizada, igualmente, em diferentes modalidades de condutas protegidas pelo mesmo direito fundamental (no caso, escolha e exercício da liberdade profissional); ou seja, é necessário ponderar para visualizar qual o valor colidente se encontra na parte mais alta da hierarquia constitucional e, a partir disso, definir se há possibilidade restritiva e, além disso, qual seu grau de excepcionalidade.

Assim, a ponderação pode não resolver o caso definitivamente, uma vez que, dessa ordem axiológica abstrata, restam definidas, apenas, as possibilidades (maiores ou menores)

[341] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 609.

de regulamentações legislativas, variando, contudo, dentro da escala de possibilidades restritivas, o escrutínio do que seria adequado e necessário.

Logo, a ponderação, no julgado, não é utilizada como um elemento parcial do princípio da proporcionalidade, sendo sua estrutura interna formada, apenas, pelas exigências de adequação e necessidade; pela lógica seguida nesse caso, a ponderação está à montante da aplicação do princípio da proporcionalidade; o sopesamento pressupõe uma colisão entre valores constitucionais, sendo o método utilizado para expor qual o valor com hierarquia superior estabelecido pela ordem axiológica da Constituição; não obstante, mesmo se for hierarquicamente superior, esse valor prevalente não está absolutamente legitimado a justificar quaisquer restrições legislativas, pois, somente após a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso e da consequente análise da adequação e necessidade do meio restritivo utilizado, isso restará definitivamente autorizado.

Essa foi a estrutura argumentativa da decisão, a limitação do poder regulamentar do legislador decorre do princípio da proporcionalidade e do grau de importância do direito fundamental na escala axiológica hierárquica estabelecida pela ordem constitucional, variando as possibilidades de ingerência conforme o direito fundamental que estiver em causa, bem como variando a rigidez do que seria adequado e necessário conforme cada direito fundamental e sua maior importância dada a proximidade com o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

Na hipótese, ainda, foi feita uma dicotomia no interior do próprio direito fundamental, definindo-se que a ingerência estatal na escolha profissional (por estar intimamente relacionada com a personalidade da pessoa humana) é muito mais excepcional do que a ingerência no exercício profissional (por não manter uma relação tão íntima com a personalidade da pessoa humana).

Além disso, em se tratando de escolha profissional, outra dicotomia foi estabelecida, qual seja a diferenciação entre requisitos subjetivos e objetivos; a depender da condicionante em causa, o legislador deve possuir uma margem mais estreita ou mais ampla; após, foi definida a importância do bem coletivo protegido pela reserva legal e estabelecido que a adequação e necessidade da intervenção no direito fundamental deveriam ser avaliadas de forma extremamente rígidas, pois a legislação estadual restringia a escolha profissional mediante a imposição, além de pautas subjetivas, de requisitos objetivos; segundo o Tribunal, como a lei,

que acabava por restringir a liberdade de escolha profissional, não passou nos testes de adequação e necessidade, a inconstitucionalidade deve ser declarada.

No caso Lüth, apesar da existência de pontos de contato com o primeiro julgado trabalhado, a fundamentação da decisão apresenta algumas diferenças dignas de menção; vê-se que o Tribunal Constitucional Federal – na linha de pensamento que, posteriormente, foi adotada no *Apothekenurteil* – parte da ideia de vinculação de todos os poderes constituídos aos direitos fundamentais, inclusive, do legislador democraticamente eleito; de outro lado, em prosseguimento, o Tribunal analisa o objeto de tutela jusfundamental e se a conduta praticada por Lüth encontrava-se no âmbito de proteção de um direito fundamental.

Neste julgado, o BVerfG inova na compreensão até então existente acerca dos direitos fundamentais; o Tribunal desenvolve uma teoria pela qual essas figuras jurídicas, mais do que substanciarem posições subjetivas individuais em face do Estado, irradiam efeitos para toda a ordem jurídica, uma vez que constituem uma ordem objetiva de valores; inova, também, na conceituação das leis gerais e dá a partida para a teoria da limitação recíproca (*Wechselwirkung*) entre estas e os direitos fundamentais.

Para o que aqui importa, especialmente, em relação à proporcionalidade, vê-se que o princípio não é expressamente citado na decisão; entende o Tribunal, apenas, que há uma colisão entre um direito fundamental e outro interesse constitucionalmente protegido, devendo, no caso, a resolução da questão ser alcançada por uma ponderação, a qual deve considerar todas as circunstâncias concretas pertinentes.

Contudo, na decisão em questão, não há uma metodologia definida de como essa ponderação deveria ser juridicamente efetivada, apontando o acórdão, unicamente, algumas orientações básicas a ser seguidas quando do sopesamento realizado para a resolução de uma colisão jusfundamental.

Nesse sentido, primeiro, deve ser encontrado o interesse hierarquicamente superior na ordem objetiva de valores estabelecida pela Constituição, sendo que "o direito fundamental à livre expressão do pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes" [342].

[342] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 390.

Note-se que algo um tanto similar foi efetivado no *Apothekenurteil*, uma vez, na oportunidade, também, o Tribunal Constitucional Federal partiu da premissa de que a Constituição estabelece uma hierarquia abstrata entre os valores constitucionais, apesar de não haver delineado os critérios para a identificação desse escalonamento.

Não obstante, a ponderação foi realizada no *Lüth-Urteil* com um objetivo diferente do sopesamento efetivado quando do *Apothekenurteil*, pois, enquanto neste, o sopesamento visou a determinar a viabilidade de ingerência em face do direito fundamental, bem como, sendo viável uma restrição, a rigidez dos testes de adequação e necessidade a serem impostos à medida, para que a intervenção não violasse o direito fundamental (estando o princípio da proporcionalidade, notadamente, os segmentos da adequação e da necessidade, ao lado da ponderação), naquele, a ponderação é efetivada para alcançar a resolução definitiva da questão e expor qual o direito prevalente na hipótese.

No caso, o direito fundamental à liberdade de expressão restou definido como hierarquicamente superior ao interesse protegido pela lei geral, a partir do que a interpretação do § 826 BGB deveria ter sido efetivada, pela instância jurisdicional inferior, no sentido de não considerar, como imoral e violadora dos bons costumes, as opiniões exteriorizadas por Lüth, preservando, assim, seu direito fundamental.

Veja-se, todavia, que, apesar de não ser expressamente citado na decisão, o princípio da proporcionalidade, ou melhor, as exigências de adequação e necessidade, acompanham o raciocínio do Tribunal e são funcionalizados como elementos estruturantes da ponderação (o princípio da proporcionalidade está no interior da ponderação e indica a metodologia a ser seguida quando do sopesamento).

Isso é bem claro no acórdão, sendo, inclusive, a Corte Constitucional expressa ao indicar que "para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é imoral [´*sittenwidrig*` - por violar os ´bons costumes´], faz-se necessário verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões"; ainda, arremata o Tribunal, a dizer que, além da análise dos motivos, objetivos e finalidades das expressões, "deve-se examinar se o reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a medida necessária e adequada do comprometimento dos interesses de Harlan e das sociedades cinematográficas" [343].

[343] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 393.

Entrementes, é perceptível que a ponderação restou estruturada pelo princípio da proporcionalidade, notadamente, pelas exigências de adequação e necessidade que lhe são inerentes; a ponderação deve definir qual o direito fundamental colidente que prevalecerá e, para tanto, deve levar em conta se o comportamento era idôneo e indispensável; assim, o Tribunal Constitucional Federal avaliou a conduta fática de Lüth e alcançou a conclusão de que a ação perpetrada pelo particular não violava a lei civil.

A solução é encontrada, na decisão, a partir dos testes de adequação e necessidade da medida, provas dirigidas contra o comportamento do particular (Lüth), não sendo as exigências, no caso, opostas à intervenção restritiva patrocinada pela instância jurisdicional inferior que julgou imoral a conduta; ou seja, apesar de, para admitir a Reclamação Constitucional, o Tribunal considerar que estava a controlar a decisão levada a efeito pela instância jurisdicional inferior e a consequente intervenção restritiva oposta em face à liberdade de expressão de Lüth que resultou do julgado, os exames de idoneidade e indispensabilidade dos meios, de fato, foram opostos em face do próprio comportamento de Lüth e não tomaram por objeto de controle a decisão recorrida, em si mesma considerada; na hipótese, o meio restritivo que atingiu o direito fundamental de Harlan, em face do qual foram lançados os testes de idoneidade e necessidade, foi a própria ação fática realizada pelo particular (Lüth), conduta perpetrada no âmbito de uma relação privada e que atingiu esfera jusfundamentalmente protegida *prima facie* de outro particular (Harlan).

De forma mais precisa, pode-se afirmar que, apesar de o Tribunal Constitucional Federal partir da premissa de estar a realizar um controle de constitucionalidade da intervenção restritiva oposta pela instância jurisdicional inferior ao direito fundamental à liberdade de expressão de Lüth, como destacado, percebe-se que a medida restritiva efetivamente controlada, a qual afetou desvantajosamente o direito fundamental de Harlan, foi a própria conduta de Lüth e não a decisão do Tribunal recorrido; as exigências de adequação e necessidade incidiram em face da ação empreendida pelo particular – Lüth – e não propriamente contra a intervenção restritiva materializada a partir da decisão jurisdicional recorrida.

Paulo Bonavides, fazendo referência aos apontamentos efetivados pela doutrina alemã em face dos dois precedentes aqui citados, destaca que o Tribunal Constitucional Federal seguiu duas linhas teóricas diferentes em cada julgado; o autor menciona expressamente Bernhard

Schlink, para quem, na decisão do *Lüth-Urteil*, o Tribunal Constitucional Federal parte da premissa de que ao titular do direito fundamental compete demonstrar a relevância da proteção de seu comportamento, categorizando com importâncias diversas cada modalidade de exercício do direito fundamental; por sua vez, no *Apothekenurteil*, assevera a Corte Constitucional que é o Estado quem deve demonstrar a relevância e intensidade da intervenção desvantajosa manejada para a proteção de outro interesse coletivo [344].

A questão é suscitada, também, por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os quais, igualmente, recorrendo aos destaques de Schlink, tecem críticas ao *Lüth-Urteil*, pelo fato de o Tribunal haver exigido "uma justificação" para a ação pretendida pelo titular do direito fundamental, enquanto "o princípio da distribuição do ônus argumentativo (*Verteilungsprinzip*) requer, ao contrário, que o Estado justifique a intervenção na área de proteção do direito (*Argumentationslastregel*) e não que o titular justifique que o exercício do direito neste ou naquele sentido" [345].

Sem ser efetivada, no momento, uma análise mais densa acerca da questão, deixa-se, apenas, uma indagação; será que o Tribunal Constitucional Federal partiu de formulações teóricas diversas em cada decisão em razão de uma inconsistência dogmática ou, efetivamente, utilizou-se de bases diferentes por perceber que, em cada caso, os problemas jusfundamentais que se colocavam não apresentavam uma identidade?

Veja-se que enquanto no *Apothekenurteil* o Tribunal tinha diante de si, em todos os sentidos, a análise da constitucionalidade de uma afetação desvantajosa ao direito fundamental do particular colocada pelo Estado, em prol de um interesse coletivo, no *Lüth-Urteil* a questão parece ser diferente, pois o que está subjacente a tudo não é propriamente uma relação Estado-indivíduo, mas uma relação entre particulares, tanto que, para resolução da questão, entendeu a Corte Constitucional que a aplicação da lei geral ao caso somente poderia ser efetiva após uma ponderação correta entre os interesses (dos particulares) contrastantes.

Enquanto que, na primeira situação, parte-se, de fato, de uma afetação negativa oriunda diretamente do Estado em face do indivíduo, na segunda, parte-se de uma intervenção desvantajosa oriunda do próprio particular (Lüth) em face de outra pessoa privada (Harlan),

[344] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, págs. 408-409.
[345] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, pág. 278.

sendo a questão assim levada inicialmente ao Poder Judiciário; ainda que se argumentasse que o BVferG, ao fim e ao cabo, estava a controlar a intervenção restritiva imposta pelo Tribunal Estadual e as bases fáticas e jurídicas de ambos os julgados partissem da mesma premissa – controle de constitucionalidade de uma intervenção desvantajosa do Estado em face de um direito fundamental – é perfeitamente possível que se defenda outra visão teórica da situação, pela qual são vislumbrados, em cada caso, problemas dogmáticos diferentes, os quais, consequentemente, demandam soluções (aplicações do princípio da proporcionalidade e da ponderação) diversas.

Lüth deve justificar sua ação, pois, apesar de sua conduta estar inserida no âmbito de proteção de um direito fundamental, seu comportamento *prima facie* permitido acabou por afetar de forma desfavorável outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido de titularidade distinta; não é equivocado entender que a ação de Lüth pode ser considerada como uma intervenção restritiva e, como tal, deve ser justificada; a ingerência não partiu inicialmente do Estado, mas de um particular, razão pela qual deve ser avaliada se havia justificativa constitucional para o exercício do direito fundamental nesses termos.

No caso das farmácias, a intervenção parte diretamente do Estado, o qual, logicamente, deve demonstrar os motivos e a importância da restrição que opôs ao direito fundamental; nisso não há uma inversão na forma em que os ônus argumentativos devem ser aplicados, mas, apenas, o reconhecimento de diferenças dogmáticas entre as situações e o consequente enfrentamento diverso de cada caso.

Os testes de adequação e necessidade são articulados em face de ações distintas; no caso Lüth, é a própria ação do particular o objeto de controle, sendo esta, portanto, a afetação desvantajosa oposta ao direito fundamental de Harlan; já no *Apothekenurteil*, é a própria ação do Estado – lei restritiva que embasou o indeferimento administrativo do pedido do reclamante para a abertura de nova farmácia – a afetação desvantajosa, sendo a exigência de proporcionalidade imposta à norma; com efeito, vislumbra-se, como base nessas decisões do Tribunal Constitucional Federal, a existência, em cada caso, de um *modus operandi* distinto do princípio da proporcionalidade.

Bom, de tudo, aleatoriamente ou intencionalmente, o fato é que não parece injustificada a diferença metodológica utilizada pelo Tribunal Constitucional nos dois casos; ao contrário, ressalta da exposição, a necessidade de se compreender cada problema jusfundamental como

algo específico e, a partir de um refinamento dos modelos de solução, entender-se que o princípio da proporcionalidade deve ser delineado de forma diversa para cada caso.

Ao final de tudo, pertinente deixar consignado que, nos termos da decisão do caso Lüth, o próprio efeito recíproco acaba por ser definido pela ponderação (estruturada pelo princípio da proporcionalidade); uma vez que, antes da aplicação da lei, o juiz deve analisar os direitos fundamentais em colisão e somente após a decisão de prevalência é que se definirá se a lei geral será aplicada ou qual será sua correta interpretação, é conclusivo que o efeito recíproco que a lei geral e o direito fundamental exercem um em face um do outro é visualizado a partir da ponderação entre os valores colidentes, sopesamento orientado pelo princípio da proporcionalidade.

Ultrapassadas essas ultimas considerações acerca do caso Lüth, o prosseguimento impõe que a abordagem da matéria retorne para as avaliações críticas e considerações dogmáticas dos outros precedentes trabalhados.

Em análise da fundamentação utilizada no caso *Tonband*, vê-se que, também, o princípio da proporcionalidade é manejado de forma diversa do que no *Apothekenurteil*; não se visualiza a realização, pelo Tribunal Constitucional Federal, dos testes de adequação e necessidade da medida estatal imputada como inconstitucional; a Corte de *Karlsruhe*, neste precedente, parte de outra lógica, uma vez que identifica a proporcionalidade como ponderação e resolve a questão mediante um sopesamento com base nas circunstâncias do caso concreto; como critério norteador da ponderação, encontra-se, apenas, a referência ao elevado valor abstrato na ordem axiológica constitucional do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Além disso, antes de efetivar a ponderação, o BVerfG analisa o âmbito de proteção do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e traça apontamentos acerca de critérios para sua fixação, bem como indica o caráter subsidiário dessa norma em face das liberdades específicas, na linha das bases teóricas inauguradas com o caso *Elfes* (BVerfGE 6, 32); ainda, o Tribunal Constitucional Federal analisa se a intervenção não atingiu o conteúdo essencial do direito fundamental, o que, caso fosse constatado, macularia, de plano, como inconstitucional a ingerência; “mesmo interesses preponderantes da coletividade não podem

justificar uma intervenção no núcleo central, absolutamente protegido, da conformação da vida privada" [346].

Logo, o passo inicial adotado na decisão consistiu a identificação se a posição do reclamante encontrava proteção jusfundamental, ao que respondeu positivamente a Corte Constitucional, enquadrando-se, após, a pretensão como protegida pelo direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, Art. 2 I GG; passo seguinte, o Tribunal verificou se a intervenção não atingia o conteúdo essencial do direito fundamental, o qual, na decisão, foi considerado como uma esfera absolutamente inatingível, a ser encontrado independentemente da relevância do interesse contraposto e determinável autonomamente ao princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade, por sua vez, foi citada ao final da decisão, sendo identificada como uma ponderação tendente a resolver a tensão entre os interesses colidentes; assim, na hipótese, proporcionalidade e ponderação foram fundidas em uma única figura dogmática, sendo o princípio manejado como método de resolução da colisão jusfundamental existente no caso e direcionado para identificar o interesse de maior peso na situação concreta.

De outro lado, no caso *Erdölbevorratung* (BVerfGE 30, 292), retorna o Tribunal ao controle de constitucionalidade de uma lei restritiva; nessa decisão, todavia, a Corte dá um emprego com maior sofisticação, mais complexo e estruturado, ao princípio da proporcionalidade, deixando claro seu conceito, forma de aplicação, bem como as exigências que integram seu conteúdo, as quais tem o condão de demonstrar a (in) constitucionalidade de uma medida legislativa que afete desvantajosamente um direito fundamental.

A aplicação do princípio, a qual envolveu uma decomposição analítica da proporcionalidade, foi, em certa medida, melhor desenvolvida do que a compreensão levada a efeito no *Apothekenurteil*, especialmente, pela instituição de uma nova exigência para que o ato possa ser considerado constitucional, qual seja uma necessária proporção entre o peso da restrição oposta ao direito fundamental e a importância do interesse constitucional justificador da intervenção; a ponderação é um mecanismo inerente a esse segmento e, a partir dela, é que o aplicador irá verificar se a relação, entre a gravidade da restrição e a importância de satisfação dos fins, mostrou-se proporcional.

[346] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 197.

Além disso, restou destacada, como elemento autônomo integrante do princípio da proporcionalidade, a perquirição da legitimidade da finalidade buscada com a medida restritiva, somente após o que se passa aos testes de idoneidade, necessidade e, por fim, da efetivação de uma ponderação nos termos descritos; a legitimidade da finalidade buscada com a restrição é um pressuposto à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Superada essa análise, ainda, devem ser feitas algumas últimas considerações referente aos julgados trabalhados. No *Apothekenurteil*, a ponderação considerou os direitos fundamentais em colisão e visou estabelecer qual seria o prevalente, contudo, o sopesamento foi realizado previamente à aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, apenas, para verificar se, a partir do interesse tutelado pela reserva legal, seria constitucionalmente viável uma restrição (a qual, ainda, posteriormente, deve ser submetida ao crivo das exigências de idoneidade e necessidade), estando, assim, o princípio da proporcionalidade como elemento a ser considerado após a ponderação.

Por sua vez, no caso Lüth, a ponderação considerou os direitos fundamentais em colisão e foi efetivada no intuito de resolução definitiva da questão, mediante a definição do direito prevalente; nessa hipótese, a ponderação foi estruturada pela proporcionalidade e os testes inerentes ao princípio foram contrapostos, não em face à intervenção restritiva perpetrada pelo Tribunal recorrido, ao comportamento de Lüth; nesse sentido, a Corte indagou se a finalidade buscada com a ação do particular era legítima, sendo que, após assentar essa legitimidade, concentrou-se nos meios usados por Lüth para o alcance do seu objetivo, de modo a reconhecer que a conduta foi idônea e necessária; com efeito, aqui, o princípio da proporcionalidade está no interior da ponderação e serviu como elemento estrutural para resolução da colisão jusfundamental verificada no âmbito de uma relação privada.

De resto, no caso *Erdölbevorratung*, o Tribunal, como já citado, decompõe analiticamente e conceitua a proporcionalidade, acabando por indicar que a ponderação está no interior do princípio, contudo, não foi realizada no sentido de direito contra direito e buscando encontrar uma relação de prevalência, mas sim no intuito de aquilatar se o peso da intervenção acarretada pela lei restritiva era excessivo em comparação com a importância de satisfação dos objetivos buscados pelo legislador.

Por fim, no *Schwangerschaftsabbruch II*, vislumbra-se um uso distinto da proporcionalidade, uma vez que, como já destacado, nesse julgado, o princípio foi manejado

para controle da proteção deficitária do Estado, atuando, assim, não como uma vedação ao excesso, mas como proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*); em suma, entendeu o Tribunal ser vedada uma proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais, asseverando que o dever de proteção, aliado ao princípio da proibição de insuficiência, impõe ao Estado obrigações comportamentais positivas, fáticas e normativas, a fim de que a tutela a esses bens jurídicos seja minimamente adequada.

Assim, de todo o constatado nos julgados, em apertada síntese e no intuito de buscar uma sistematização básica do até agora exposto, expor-se-á algumas últimas ilações acerca do princípio da proporcionalidade que podem ser extraídas das decisões colacionadas, quais sejam: deixa de constituir em si mesmo um direito subjetivo e passa a exercer, em conjugação com os direitos fundamentais, sua função protetiva da dignidade da pessoa humana; os enunciados jusfundamentais são capazes de originar normas aptas a dar vida a posições subjetivas; há uma modificação nas formas jurídicas de proteção da liberdade, notadamente, em face do legislador, pois, diferentemente do Estado liberal, no Estado social e democrático a lei é reconhecida como potencial agressora da liberdade; em face da atividade legislativa, passa a Constituição impor limites, especialmente, pela figura dos direitos fundamentais, os quais observam uma aplicação atrelada ao princípio da proporcionalidade; aos dois elementos integrantes do conceito amplo de proporcionalidade, idoneidade [347] e necessidade, acresce-se outro, qual seja a proporcionalidade em sentido estrito; o princípio da proporcionalidade recebe uma aplicação diferente a partir de três problemas dogmáticos, quais sejam o controle de leis restritivas e de omissões estatais, bem como quando da resolução pelo Judiciário de colisão de direitos fundamentais observado nas relações entre particulares; pela jurisprudência colacionada do Tribunal Constitucional Federal, percebe-se a existência de três faces do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais.

De resto, quando o princípio foi trazido do Direito Administrativo para o Direito Constitucional foi, no mesmo contexto, integrado de um novo elemento, o qual permitiu ao Tribunal, por intermédio de uma ponderação, analisar a intensidade da restrição aposta ao direito fundamental e, de outra parte, a importância da efetivação do bem ou interesse colidente; todavia, também foi demonstrado que as relações entre proporcionalidade e

[347] Aqui se considerando a aquilatação da legitimidade dos fins buscados como integrante do subprincípio da idoneidade.

ponderação são empreendidas de maneiras e sentidos diversos; logo, nada depõe contra a reformulação interna do princípio da proporcionalidade, sistematizando-se sua aplicação e, assim, possibilitando um melhor cumprimento de sua função, bem como uma reformulação externa, a partir de uma aplicação diferenciada para cada problema dogmático específico.

Além de tudo, no que se refere à forma como o princípio da proporcionalidade foi inicialmente concebido na Alemanha, apesar das diferenças aplicativas, quer na própria tradição tedesca, quer em outros países que adotaram similar modelo constitucional e se valeram do cânone quando da aplicação das normas constitucionais de direitos fundamentais – no trabalho damos especial atenção ao fenômeno brasileiro – três elementos estruturais aparecerem em todas as realidades e nos diferentes estágios temporais pós II Guerra, quais sejam idoneidade [348], necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; ou seja, "embora existam certas diferenças e incertezas na aplicação do teste, uma estrutura subjacente pode ser revelada" [349].

Ainda, em apertada síntese, é pertinente destacar alguns pontos que exteriorizam a assimilação inicial dessas ideias pela doutrina brasileira. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito Constitucional brasileiro passou a viver um novo momento, âmbito no qual foi dado destaque ao princípio da proporcionalidade.

De estudos até então mais voltados para a análise do sistema organizacional do Estado e de modelos constitucionais de outros países, a doutrina brasileira voltou-se para si e debruçou-se em definir construções teóricas que permitissem a concretização da nova Constituição. Nesse contexto, a fiscalização de constitucionalidade das leis assumiu grande relevo, passando a ser necessária a definição das pautas – formais e substanciais – desse controle; ainda, com o novo Estado de Direito constituído – vinculado à dignidade da pessoa humana –, os direitos fundamentais estabeleceram-se como figuras jurídicas de distinta relevância; assim, os trabalhos doutrinários buscaram relacionar o princípio da proporcionalidade com uma dogmática própria para os direitos fundamentais e,

[348] Nessa base analítica mais ou menos consolidada há aqueles que optam por quatros elementos estruturais, cindindo o subelemento da idoneidade em dois, sendo o primeiro teste dirigido apenas para a análise da legitimidade dos fins estatais buscados com a medida restritiva, restando ao teste de idoneidade a tarefa pura de aquilatar a potencialidade empírica do meio para alcance da finalidade já previamente definida como justificada. Optando por um teste de proporcionalidade em quatro escalas: KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: University Press, 2012, pág. 08.

[349] KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure*, pág. 07. (Tradução livre do inglês).

consequentemente, imbricaram a análise da proporcionalidade com a problemática das restrições e colisões.

É muito forte a influência de Robert Alexy na doutrina brasileira relativa ao tema, sendo a teoria dos princípios a base de diversos estudos, do que decorre: a assunção pelos autores de uma distinção forte entre regras e princípios; a explicação das restrições a partir da estrutura das normas de direitos fundamentais; a adoção da ponderação como método por excelência para aplicação dos enunciados de direitos fundamentais; a identificação da ponderação como integrante do princípio da proporcionalidade, mais precisamente, com o seu terceiro elemento – proporcionalidade em sentido estrito – o qual é dirigido para resolução de colisões jusfundamentais mediante o estabelecimento de uma relação de precedência conforme as circunstâncias do caso concreto; aplicação similar do princípio da proporcionalidade a todas as situações referentes à restrição (figura dogmática que é utilizada para explicar as mais diversas formas de afetação desvantajosa aos direitos fundamentais, inclusive, omissões estatais que não concretizem deveres prestacionais), independentemente do caso.

De outro lado, ressalta a tendência de identificação dos conceitos de proporcionalidade e razoabilidade como grandezas que expressam uma mesma exigência ou, no mínimo, compreendidos os princípios como grandezas fungíveis. Também, é corriqueira a visualização da utilização do princípio como uma realidade presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; essa assertiva, como destacado, é assumida como verdadeira por boa parte da doutrina brasileira que se dedicou ao estudo do tema; não obstante, a conclusão de que o STF se utiliza do princípio da proporcionalidade na fundamentação de decisões, nas quais é aquilatada a (in) constitucionalidade de leis restritivas aos direitos fundamentais, não é algo pacífico no espaço doutrinário brasileiro.

Tendo por base a análise de grande parte dos julgados abordados neste estudo, Virgílio Afonso da Silva aponta para outra constatação. Segundo afirma, na jurisprudência do STF, "a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *tópos* retórico, e não sistemático", servindo de fundamento para as decisões "sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva" [350]; quanto muito, há uma análise da idoneidade dos meios restritivos e da legitimidade da finalidade buscada o que, apenas, constitui uma das exigências

[350] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, pág. 31.

da proporcionalidade, a qual se configura como um conceito mais amplo; nessas situações, o que o STF realiza, segundo Virgílio, é um exame de razoabilidade, uma vez que esse se exaure nessa verificação de adequação e legitimidade da relação meio e fim, contudo, apesar de o STF entender que há uma sinonímia entre razoabilidade e proporcionalidade, isso não é correto, pois este último impõe que sejam efetivados os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; "em vista disso, ainda que o STF se refira frequentemente ao princípio da proporcionalidade, essa referência é tecnicamente incorreta, e deve ser entendida como referência à análise de razoabilidade" [351].

Assim, em razão das divergências doutrinárias expostas, acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo STF, nos precedentes referidos, pertinente que sejam lançadas algumas considerações. De forma mais precisa, necessário ser avaliado se a concepção de que o princípio da proporcionalidade possui uma estrutura própria e sua aplicação ocorre mediante a efetivação sistematizada de testes pré-definidos elide a assertiva de que o STF o emprega no controle de constitucionalidade das leis. Deve ser viso se o fato de, em alguns acórdãos, haver referência a uma relação entre um meio e um fim, a qual deve ser adequada, ou a uma ponderação entre os interesses contrapostos, autoriza a conclusão.

Se, por um lado, as conclusões alcançadas por Virgílio Afonso da Silva são corretas, uma vez que não se vislumbra nas decisões colacionadas do STF uma aplicação consistente do princípio da proporcionalidade, baseadas nos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de outro, não se pode desprezar referidos julgados enquanto manifestações inaugurais do princípio na jurisdição constitucional brasileira. Até porque, como visto, essa ausência de sistematização não é privilegio da jurisprudência brasileira, tendo ocorrido, também, na Alemanha, ainda que em menor medida.

No HC 16.331/51 há, simplesmente, uma fixação de limites que o Estado deve observar quando se vale de seu poder de tributar. Em suma, resta definida a existência de uma vedação ao excesso, sendo a demasia verificada quando, em razão da tributação, a atividade econômica taxada pelo Estado restar inviabilizada; com efeito, apesar de o raciocínio argumentativo utilizado no julgado estar longe de caracterizar uma aplicação consistente, mediante três testes, do princípio da proporcionalidade, existe uma ideia subjacente que não

[351] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, págs. 32 e 33.

pode ser ignorada, pois, como limite à atividade estatal restritiva, é descrita pelo Tribunal uma vedação ao excesso.

Já no RMS 16.912/67, o STF entende pela inconstitucionalidade da lei, em razão de o fim perseguido não ser legítimo, havendo, assim, abuso de poder, uma vez que a norma não foi editada para alcançar qualquer interesse público, mas, apenas, para resguardar o interesse particular da pessoa nomeada para o novo cargo criado; o precedente, além de notáveis avanços referentes à possibilidade jurídica de um controle jurisdicional de constitucionalidade, bem como aos parâmetros e pautas materiais desse controle, traz a aplicação da doutrina administrativista francesa do *rècours pour excès de pouvir* para o Direito Constitucional, notadamente, para o controle de constitucionalidade das leis restritivas; essa análise da legitimidade finalística buscada com o meio restritivo, também, não pode ser desconsiderada enquanto uma manifestação inaugural do princípio da proporcionalidade pelo STF.

No HC 45.232/68, o Tribunal manifesta-se pela inconstitucionalidade da lei penal em questão, por entender que o dispositivo impugnado era desproporcional, pois a medida cautelar de suspensão do exercício profissional era, por demais, gravosa, chegando, inclusive, a atingir um caráter de pena cruel; assim, valeu-se a Corte, para alcançar um juízo de inconstitucionalidade, de uma exigência constitucional que impõe um equilíbrio, uma justa medida, entre as sanções impostas pelo Estado e a conduta do particular tida por ilícita, permitindo a ilação de que se valeu da ideia de proporcionalidade.

Em prosseguimento, na RP 930/76, o STF vislumbrou inconstitucionalidade na lei que regulamentou a profissão de corretor de imóveis, em razão de as restrições ao exercício da atividade impostas pela legislação não atenderem à razoabilidade, ante a ausência de aptidão para a consecução do interesse público; logo, aqui, novamente, tem-se uma análise da relação meio e fim, o que é inerente ao controle de proporcionalidade.

A ideia de proporcionalidade também está presente no julgamento da RP 1077/84, pois a lei que elevou o valor a ser pago em decorrência da incidência da taxa judiciária no Estado do Rio de Janeiro foi declarada inconstitucional, em razão de ser considerada excessiva pelo STF, não havendo uma equivalência razoável, uma proporção, entre o serviço prestado e o valor a ser pago pelo contribuinte.

Nas decisões lançadas na ADIMC 855/93 e na ADI 855/2008 há, novamente, uma análise pelo STF da relação meio e fim, entre a medida restritiva imposta pela lei e o objetivo buscado com a edição da norma, sendo declarada a inconstitucionalidade da legislação devido à ausência de idoneidade da restrição ao direito fundamental para a consecução da finalidade almejada.

De resto, no julgamento das ADIs 966-4 e 958-3, o Ministro Moreira Alves fundamentou seu voto pela inconstitucionalidade da lei, com base na constatação de violação ao princípio do caráter substantivo do devido processo legal, em razão da falta de razoabilidade da legislação impugnada; aqui, há, apenas, uma relação entre razoabilidade e moderação, não sendo efetivado qualquer teste inerente ao princípio da proporcionalidade.

A análise dos julgados autoriza algumas conclusões; existe, de fato, uma referência à ideia de proporcionalidade ou razoabilidade como pautas materiais utilizadas pela Corte para aquilatar a constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais; todavia, uma análise detida dos acórdãos não permite concluir pelo efetivo emprego do princípio pelo STF, uma vez que esse possui uma estrutura específica e tem sua aplicação formatada a partir de testes determinados tendentes a aquilatar a constitucionalidade da ação ou omissão específica que afetou o âmbito de proteção de um direito fundamental; quando muito, como asseverado por Virgílio Afonso da Silva, é verificada a idoneidade da medida para a consecução do fim buscado.

Assim, é fato que as expressões proporcionalidade e razoabilidade são frequentemente encontradas como fundamento de diversos julgados, sendo elementos de motivação utilizados para justificar a declaração de inconstitucionalidade de leis restritivas aos direitos fundamentais, contudo, não há, na jurisprudência, ao menos inicial do STF, um uso sistematizado e definido do princípio, sendo os termos funcionalizados nos julgados como mecanismos argumentativos tendentes a justificar a decisão.

Logo, se é verdade que as decisões possuem valia enquanto referências à formatação histórica do controle substancial de constitucionalidade pelo STF, sendo os princípios da proporcionalidade e razoabilidade as pautas materiais invocadas com maior frequência para a efetivação desse controle, não há, de outro lado, uma aplicação completa de todos os mandamentos inerentes a um juízo de proporcionalidade, bem como está ausente uma dogmática formatada para permitir a concretização racional dos enunciados jusfundamentais.

Ainda, é muito claro nas decisões que o STF encontra o fundamento constitucional para o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade – os quais são tidos por sinônimos – na cláusula constitucional do devido processo legal, notadamente, conferindo-lhe um aspecto, também, substancial, além de sua dimensão procedimental.

Destarte, com os passos até aqui dados, já se pode ter uma visão preliminar acerca da dinâmica assumida pelo princípio da proporcionalidade no contexto constitucional. Em linhas amplas, para o início de análise, é suficiente a concepção que o perfila como um limite jurídico à atuação estatal restritiva da liberdade, estando este limite relacionado com os meios empregados e as finalidades buscadas, ou seja, um controle de proporção acerca da relação entre os meios adotados e os fins almejados, no contexto de uma afetação imposta ao direito fundamental. De outro lado, também, foi-lhe conferida a devida relevância nas relações entre particulares, bem como uma possível relação a ser assumida em face de direitos a prestações positivas.

A ideia do estudo, até o momento, resumiu-se em demonstrar um sentido geral que o princípio da proporcionalidade assume em Direito Constitucional e expor indicativos da existência das três faces do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais.

A abordagem, efetivada sob o prisma de um contexto evolutivo e histórico, também, possuiu o mérito de auxiliar no cumprimento do objetivo próximo do estudo, qual seja definir, precisamente, em que consiste a proporcionalidade como fenômeno constitucional, o que envolve, necessariamente, a elucidação de aspectos conceituais, da natureza jurídica, bem como da função, estrutura e justificativa constitucional do princípio da proporcionalidade.

Isso se dá pelo fato de o princípio se ver incluído em diversos debates jurídicos, sendo o recurso à proporcionalidade, ponderação, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, igualdade e razoabilidade, instrumentos argumentativos que motivam a adoção das decisões mais variadas; o que se quer demonstrar é o fato de a proporcionalidade assumir, conceito, natureza, estrutura e função precisamente determinadas, e que as decisões judiciais que recorrem à proporcionalidade devem o fazer em determinadas relações, também específicas, envolvendo os direitos fundamentais, e sempre por intermédio dos testes de conformidade constitucional impostos pelo princípio; em razão de todas essas questões, justifica-se o esforço analítico que se seguirá.

A partir de agora, assim, a abordagem da matéria deve observar, ainda que gradualmente, uma necessária densificação, pois muitos são os problemas que se colocam no caminho. Neste passo, na continuidade do processo de esclarecimentos prévios que se está a traçar, tem-se que a própria terminologia até aqui empregada – princípio da proporcionalidade – impõe questionamentos importantes que demandam enfretamento, notadamente, uma justificação da escolha terminológica adotada e a fixação da natureza jurídica do até então, neste estudo, denominado princípio. Ainda, necessário demonstrar a fundamentação constitucional do objeto de estudo e o delineamento de um conteúdo estrutural. De resto, serão traçadas as devidas diferenças analíticas e pontos de contato entre o princípio da proporcionalidade e figuras jurídicas que lhe são afins, notadamente, sua relação com o princípio da razoabilidade e com a ponderação de bens e interesses.

CAPÍTULO III

Princípio da proporcionalidade: da fundamentação, definição terminológica e natureza jurídica à análise estrutural, aplicativa e diferenciação de figuras afins

1. Preliminares: a colocação do problema

Pelo observado nos capítulos antecedentes, existem inúmeras questões analíticas a envolver o princípio da proporcionalidade, as quais merecem atenção mais detida, uma vez que não há uniformidade no tratamento desses tópicos, entre os quais, devem ser destacados os seguintes: fundamentação constitucional, natureza jurídica, opção terminológica, composição estrutural, âmbito de aplicação e diferenciação de figuras afins, neste último, especialmente, as relações (ou identificações) e diferenciações entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como as imbricações e distinções a envolver a proporcionalidade e ponderação de valores, bens e interesses; ainda, deve ser analisada a colocação que o princípio da proporcionalidade vem recebendo no âmbito do constitucionalismo global, notadamente, se possui aptidão para funcionar satisfatoriamente como um elemento central de uma ciência universal para os direitos fundamentais.

A abordagem desses temas também é justificada pelo fato de que muitas das críticas doutrinárias lançadas em face do princípio da proporcionalidade se apoiam exatamente na ausência de transparência a envolver esses pontos e, destacando-se a constante divergência teórica relacionada a essas questões, os juízos de desaprovação quanto ao uso do princípio enfatizam que a proporcionalidade, no âmbito do Direito Constitucional, é despida de "clareza conceitual" e, assim, imprestável enquanto mecanismo jurídico, pois não é capaz de oferecer um suporte adequado para que haja uma aplicação racional dos enunciados de direitos fundamentais, autorizando, como consequência, que a jurisdição constitucional decida os mais

diversos casos com base em padrões essencialmente subjetivos e conforme o sabor que quiser dar às circunstâncias [352].

Disso resulta a necessidade de se abordar detalhadamente esses pontos e especificar as relações, interações e distinções entre o princípio da proporcionalidade e outras figuras afins que sejam recorrentemente trazidas no contexto do discurso jurídico quando da concretização dos direitos fundamentais [353].

Essa etapa pode ser considerada, inclusive, como um "pressuposto do princípio da proporcionalidade", pois é inegável que "certa sofisticação técnico-analítica" se impõe como premissa obrigatória para uma correta aplicação posterior; o alcance desse objetivo, por sua vez, demanda uma "clara diferenciação no que toca a outros padrões mais ou menos competidores, mais ou menos cooperativos, mais ou menos sobrepostos" [354].

É aqui que entra a necessária distinção entre a proporcionalidade, razoabilidade e ponderação. Isso porque, recorrentemente, essas figuras são utilizadas indistintamente no discurso jurídico, à revelia um maior refino analítico e como se apontassem para um mesmo padrão de controle da atividade estatal ou, no mínimo, semelhante pauta racionalizadora da decisão judicial, o que, na verdade, não ocorre; ainda, a ausência de diferenciação precisa entre os institutos facilita a ocorrência de duas situações que se quer evitar, a saber: que sejam *vulgarmente* utilizados e manejados no sentido de alcançaram um resultado que não possui capacidade de ser intersubjetivamente demonstrável.

Uma breve digressão ao que já foi exposto é suficiente para a comprovação da assertiva. Sem maiores necessidades de justificação, uma simples referência ao Direito Constitucional brasileiro já é motivo bastante para o tratamento dessa questão, pois significativa parte da doutrina [355] defende uma sinonímia entre proporcionalidade e razoabilidade, sendo a diferença entre os princípios apenas uma questão de origem, contudo, na aplicação prática, imprimiriam idênticos padrões materiais de controle da atividade estatal restritiva; no tocante à ponderação, a equivalência com a proporcionalidade – notadamente com o subprincípio da

[352] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 172-174.
[353] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 174.
[354] CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da), pág. 12.
[355] Dentre outros. PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal, págs. 167-206*. Organizadores: Daniel Sarmento e Ingo Sarlet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

proporcionalidade em sentido estrito – é sustentada por muitos, como, por exemplo, Robert Alexy [356].

Destarte, impõe-se que o esforço analítico também se debruce sobre essas questões, devendo restar esclarecidos os pontos de contato e de diferenciação entre proporcionalidade, razoabilidade e ponderação, a fim de que, posteriormente, a demonstração de uma racional aplicação dogmática da proporcionalidade possa ser com maior propriedade alcançada.

Igualmente, é pertinente que sejam esclarecidos o fundamento constitucional e a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, bem como sejam justificadas opções terminológicas, para, após, especificar e desenvolver ao máximo seu conteúdo ou estrutura interna; por fim, os diversos casos a envolver a concretização dos direitos fundamentais – que constituem o domínio de aplicação do princípio da proporcionalidade – devem ser precisamente definidos e diferenciados e, a complementar essa fase derradeira, a maneira pela qual a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser efetivada em face de cada específico problema jusfundamental requer precisa elaboração.

2. Fundamentação constitucional

Pelas referências teóricas até o momento desenvolvidas, verifica-se que o princípio da proporcionalidade, conjugado com uma norma jusfundamental, funciona como um critério de constitucionalidade material a ser observado por qualquer ação estatal que afete desvantajosamente um direito fundamental negativo, ou, ainda, pode, também, ser manejado como indicador de inconstitucionalidade por omissão do Estado, quando este não efetiva, ou o faz de forma insuficiente, deveres jusfundamentais a prestações positivas; igualmente, foi dada a devida relevância ao princípio nos casos em que ao Poder Judiciário compete a resolução de colisões a envolver direitos fundamentais no âmbito de relações privadas.

Nos capítulos antecedentes, assim, foram atribuídos esses primeiros sentidos e âmbitos de aplicação para o princípio da proporcionalidade, contudo, ainda, traçados, apenas, em linhas genéricas e no sentido de indicar constatações iniciais; não obstante, essa definição prévia já

[356] ALEXY, Robert. *Teoria*, págs. 116-120.

permite a constatação de que o princípio, articulado com os enunciados constitucionais que positivam direitos fundamentais, atua no intuito de garantir o respeito, proteger e promover a dignidade da pessoa humana; a proporcionalidade funciona como um amplo instrumento limitador do poder do Estado, agindo tanto nas situações de ingerência desvantajosa na liberdade individual quanto nas hipóteses em que o Estado não se desincumbe de concretizar direitos fundamentais mediante a adoção de ações positivas *prima facie* determinadas pela Constituição, além de servir de critério material a orientar a resoluções de colisões jusfundamentais verificadas no âmbito de relações privadas.

Fora a face que o princípio da proporcionalidade apresenta quando manejado, conjuntamente, com a aplicação judicial dos direitos fundamentais em face das relações particulares, a declaração de inconstitucionalidade – por ação ou omissão – constitui-se o *modus operandi* desse limite ao poder estatal, logo, não restando observado o princípio da proporcionalidade pelo Estado e, consequentemente, violado um direito fundamental, o reconhecimento da inconstitucionalidade é medida imperativa; com efeito, nessa linha de raciocínio, tendo em vista sua aptidão para fundamentar um juízo de inconstitucionalidade em face da ação ou omissão do Estado e, ainda, tendo por base a rigidez que caracteriza a Constituição brasileira, o princípio da proporcionalidade deve possuir o caráter de norma constitucional; somente, assim, encontrando esse *status* constitucional, estará legitimado a exercer a função a que está destinado [357].

Apesar de a fundamentação do princípio da proporcionalidade ser considerada por parte da doutrina como uma questão já quase irrelevante, pois, segundo asseveram, é pacífica a constatação de que o mesmo possui sede constitucional [358], não se pode ignorar que ainda há certa divergência acerca das bases de justificação para o princípio, o que se acentua em realidades constitucionais como a brasileira, nas quais o princípio da proporcionalidade não é expressamente consagrado no texto da Constituição, estando o seu reconhecimento a depender da análise dos mandamentos implícitos do sistema constitucional [359]-[360]; assim, em

[357] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 211.
[358] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, págs. 161 e 164-165.
[359] Paulo Bonavides encontra no texto Constituição brasileira, em normas esparsas, manifestações parcelares e fragmentadas do princípio da proporcionalidade. Contudo, não deixa de admitir que, "enquanto norma geral de direito escrito", a proporcionalidade não existe, sendo "mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional". BONAVIDES, Paulo. *Curso*, págs. 434-435.

havendo diversos fundamentos esgrimidos para justificar o princípio da proporcionalidade como mandamento constitucional, deve ser levado em conta que, para o princípio da proporcionalidade, a "opção por um ou outro fundamento não é indiferente, uma vez que essa é uma das bases para determinar o seu alcance e âmbito de aplicação", além da sua "natureza", "conteúdo" e "definição da extensão do poder judicial de controlo" [361].

Em um primeiro momento, assim, devem ser expostas algumas construções teóricas que derivam o princípio da proporcionalidade de fundamentos diversos. O dissenso teórico existente acerca da justificação para o princípio da proporcionalidade é reconhecido pela doutrina. Por exemplo, destaca o Canotilho, que "enquanto alguns autores e sentenças judiciais pretendem derivá-lo do princípio do estado de direito (cfr., por último, Ac TC 200/2001, DR. II, de 27/06/2001), outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os *direitos fundamentais*" [362].

No Brasil, o dilema acerca da fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade é mencionado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Os autores defendem a existência de base textual na Constituição brasileira para o reconhecimento do princípio, sendo destacados como "*argumentos* normativos" para justificar a proporcionalidade, os parágrafos 1° e 2°, do artigo 5°, da Constituição Federal [363].

Todavia, a dedução do princípio da proporcionalidade a partir de referidos dispositivos não é direta, sendo necessário todo um processo argumentativo; a Constituição determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e a consequente vinculação do legislador a essas normativas (artigo 5°, §1°, CF), contudo, diante das inevitáveis colisões jusfundamentais, a necessidade de se limitar os direitos fundamentais ou interesses constitucionais envolvidos no conflito é realidade recorrente, contexto no qual é indispensável a observância dos mandamentos inerentes ao princípio da proporcionalidade; assim, há "um

---

[360] Outras Constituições permitem a dedução do princípio da proporcionalidade diretamente de dispositivo explícito no diploma constitucional. Como exemplo, dentre outras, pode-se destacar a Constituição portuguesa, notadamente, pelo disposto no art. 18°, n.° 2: "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos." Contudo, como bem adverte Vitalino Canas, mesmo em Portugal, a questão da fundamentação do princípio da proporcionalidade é relevante, "uma vez que as referências constitucionais são fragmentárias, não cobrindo todos os domínios materiais onde o princípio potencialmente se pode aplicar". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 353.

[361] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 353-354.

[362] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, pág. 267.

[363] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, pág. 193.

argumento de cunho sistemático que indica que a proporcionalidade se deduz, como muitas vezes se afirma na Alemanha, da própria essência dos direitos fundamentais, garantindo seu respeito por meio de sua limitação racionalmente controlada"; de outro lado, o rol materialmente aberto de direitos e garantias fundamentais, estabelecido pela Constituição brasileira – artigo 5°, §2°, CF – complementa esse fundamento e permite o reconhecimento da proporcionalidade enquanto uma exigência implícita do sistema constitucional; logo, a vinculação do legislador a todos os direitos fundamentais é o fundamento último do princípio da proporcionalidade, pois, ante a necessidade de se resolver colisões, devem as intervenções desvantajosas lançadas nesse intuito observar os ditames do princípio, o qual, assim, figura como uma grandeza implícita [364].

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink também encontram o fundamento da proporcionalidade na vinculação constitucional do legislador aos direitos fundamentais. "É que a proporcionalidade significa para o legislador precisamente o seguinte: as regulações e as autorizações legais que constituem ingerência nos direitos fundamentais têm de ser adequadas e necessárias para alcançar o fim respectivamente prosseguido e, por sua vez, constitucionalmente legítimo"; assim, sustentam os autores que a vinculação do Estado aos direitos fundamentais, concebida, tradicionalmente, como a exigência de a Administração observar uma "reserva de lei" para ingerir nessas esferas juridicamente tuteladas, passa a demandar uma nova compreensão, pois o liame atinge igualmente o legislador e a "reserva de lei", a qual está submetido, é uma "reserva de lei proporcional"; ou seja, mesmo na ausência de uma "reserva de lei qualificada", o legislador somente pode ingerir nos direitos fundamentais para a consecução de fins determinados, sendo, ainda, os meios utilizados sindicáveis judicialmente, e nisso reside o fundamento da proporcionalidade [365].

Robert Alexy, sem atribuir tanta ênfase à vinculação do legislador, encontra na própria estrutura normativa dos direitos fundamentais a base constitucional para a proporcionalidade. Essa posição é assumida por Alexy como uma decorrência lógica de sua visão dos direitos fundamentais enquanto normas-princípio; em suma, sendo os princípios mandamentos de otimização, dependentes das possibilidades fáticas e jurídicas para sua realização plena, a proporcionalidade é inerente a essa estrutura, pois, as possibilidades fáticas e jurídicas de

[364] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, pág. 193.
[365] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, págs. 79-80.

otimização de um princípio são reveladas pelas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; "a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela" [366].

Na mesma linha de Alexy, Carlos Bernal Pulido, tendo por base a Constituição espanhola, sustenta que na estrutura normativa dos direitos fundamentais está o fundamento mais consistente para a proporcionalidade; o autor, partindo das premissas teóricas desenvolvidas por Alexy, reconhece que os direitos fundamentais assumem estruturas normativas diversas – regras ou princípios – havendo uma implicação recíproca entre os direitos fundamentais com estrutura principiológica e os mandamentos intrínsecos à proporcionalidade; ainda, vislumbra na exigência constitucional de respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais uma fonte normativa expressa na Constituição para o princípio da proporcionalidade, pois a verificação da observância do conteúdo essencial é demonstrada pela proporcionalidade, ou seja, respeitando-se esse último princípio estará revelado o acatamento ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais [367].

De resto, ainda se faz pertinente consignar o fato de não haver no texto da Constituição espanhola reconhecimento expresso do princípio da proporcionalidade, a partir do que, a par do já mencionado fundamento mais sólido, Pulido, na busca pela fundamentação implícita do princípio no sistema constitucional espanhol, encontra diversas bases de justificação, as quais, segundo afirma, não são excludentes; assim, além do "caráter jurídico dos direitos fundamentais" vinculante para o legislador, menciona "a ideia de justiça", o "princípio do Estado de Direito" e o "princípio da interdição da arbitrariedade", os quais funcionam como "fundamentações complementares", havendo, entre todos, "conexões e vínculos recíprocos" [368]; contudo, no que toca ao princípio da interdição da arbitrariedade, o autor, apesar de considerar possível uma fundamentação complementar com base nessa ideia, uma vez que reconhece uma coincidência parcial entre o âmbito de aplicação das duas grandezas, opõe sensíveis objeções às construções teóricas que, com base no artigo 9.3, da CE, derivam diretamente e estabelecem uma conexão inafastável entre a exigência de proporcionalidade

[366] ALEXY, Robert. *Teoria*, págs. 116-120.
[367] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 595-596.
[368] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 593-594. (Tradução livre).

como um comando específico a decorrer do princípio da proibição geral do arbítrio [369]; também, algumas reservas são colocadas ao princípio do Estado de Direito como fundamento para o princípio da proporcionalidade [370].

Aharon Barak, ao abordar a questão, acaba por elencar diversos fundamentos possíveis para que o princípio da proporcionalidade encontre embasamento constitucional, sendo dada ênfase pelo autor, ao princípio democrático, como sustentáculo constitucional da qual a proporcionalidade deriva [371].

Além de todos os já citados, o princípio do *substantive due process of law* também é constantemente colacionado como o fundamento constitucional para o princípio da proporcionalidade. Essa justificação é muito utilizada no Brasil, devido ao fato de a jurisprudência do STF e boa parte da doutrina constitucional do país estabelecerem uma sinonímia entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade [372].

Expostas, assim, algumas propostas teóricas, vê-se que são diversas as bases de justificação encontradas para outorgar ao princípio da proporcionalidade *status* constitucional. De outro lado, apesar de não haver propriamente uma contraposição entre *alguns* dos fundamentos elencados, algumas considerações são dignas de registro; inicialmente, deve-se destacar o fato de dois dos argumentos apresentados levantarem diversos inconvenientes quando utilizados para justificar a proporcionalidade enquanto mandamento constitucional.

A tentativa de extrair o princípio da proporcionalidade da proibição de ingerência no conteúdo essencial dos direitos fundamentais é deveras problemática, especialmente, na realidade brasileira; é que, pelo texto da Constituição Federal brasileira, não há uma base textual explícita [373] para a própria exigência de respeito ao conteúdo essencial, o que, inarredavelmente, implica a necessidade inicial de fundamentação da própria base de justificação, ou seja, primeiro, deve ser demonstrado que a Constituição brasileira efetivamente destaca o conteúdo essencial como *limite aos limites* dos direitos fundamentais para, somente após, derivar daí o princípio da proporcionalidade; além dessa *dificuldade*, a

[369] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 602-605.
[370] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 600-602.
[371] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 213 e 214-226.
[372] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, pág. 166.
[373] Em geral, a doutrina brasileira extrai da exigência de respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do disposto no artigo 60, §4°, da CF, o qual estabelece a vedação de "proposta de emenda tendente a abolir" os direitos fundamentais. Nesse sentido: SARLET, Info Wolfgang. *Curso*, pág. 408.

qual não se constitui por si em óbice intransponível, é verificado que outro problema ainda se coloca, pois, apenas mediante a adoção de uma *teoria relativa* para o conteúdo essencial, seria viável a extração do princípio da proporcionalidade a partir dessa exigência, pois, de outro lado, o princípio não possuiria qualquer relação de derivação da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais caso adotada uma *teoria absoluta* para a demarcação desse núcleo intangível [374].

Além de tudo, esse nexo de justificação torna o princípio da proporcionalidade "refém de uma fundamentação reducionista", notadamente pelo fato de afastar sua aplicação em questões outras que não o controle das restrições aos direitos fundamentais [375]. Logo, por todas essas razões, preferimos afastar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como fundamento constitucional para o princípio da proporcionalidade.

De outro lado, a derivação do princípio da proporcionalidade da estrutura normativa dos direitos fundamentais, igualmente merece reparos. Essa ideia encontra em Alexy seu maior expositor e, em síntese, pode ser resumida na concepção que indica ser o próprio conceito de princípio, enquanto norma, complementado pelo de proporcionalidade, uma vez que esta, ao revelar as possibilidades fáticas e jurídicas de otimização, demonstra o conteúdo definitivo do princípio a ser aplicado; assim, em razão do largo âmbito de proteção que possuem, os direitos fundamentais, com estrutura de princípio, encontram-se em estado constante de colisão com distintos direitos fundamentais ou outros valores, bens e interesses constitucionalmente protegidos, sendo o conflito solucionado pela exigência de proporcionalidade, a qual, assim, mantém íntima conexão com as normas-princípio, integrando sua própria definição.

Contudo, não vemos uma relação necessária entre proporcionalidade e os elementos integrantes do próprio conteúdo de uma norma principiológica; a delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é efetivada de forma independente à proporcionalidade, a qual somente tem lugar em momento posterior, quando do controle de constitucionalidade, nos casos de ingerência ou ausência de realização da norma constitucional previamente demarcada; logo, a realização do controle jurisdicional de constitucionalidade, contexto no

[374] De forma mais desenvolvida. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 160-164.
[375] CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da), 1994, pág. 11.

qual a proporcionalidade é manejada, é uma operação externa à fixação do âmbito de proteção e com ela não se confunde [376].

Ainda que se possa contra-argumentar, esgrimindo-se razões no sentido de que o raciocínio – da integração conceitual entre normas-princípio e proporcionalidade – deve ser compreendido levando-se em conta as definições de suporte fático, restrição e âmbito de proteção definitivo, sendo que é esse último o dependente da proporcionalidade para sua formação, e a relação de mútua imbricação deve ser entendida como referente a ambos, a tese permanece insuficiente.

Isso porque, mesmo se forem seguidos pressupostos dogmáticos similares aos utilizados na proposta de Alexy, é perfeitamente viável o alcance do âmbito de proteção definitivo de um direito fundamental sem se recorrer à proporcionalidade; por exemplo, pode haver a incidência, em caso hipotético, de um direito fundamental estruturado por uma norma-princípio sem que ocorra uma colisão com outra norma que possua a mesma estrutura ou, ainda, que o conflito não se revele, após a devida harmonização das normas, como real; nessas situações ilustrativas, a aplicação dos princípios dar-se-ia à revelia de qualquer ponderação ou, como pretende Alexy, da proporcionalidade em sentido estrito.

Veja-se que o próprio Alexy reconhece o fato de a proporcionalidade não manter relação com os princípios "isoladamente considerados", mas, apenas, quando da interação conflitiva entre as normas; contudo, não é excluída pelo autor a possibilidade de que "os princípios sejam considerados em si mesmos ou de forma isolada", situações nas quais a aplicação se dá à revelia da proporcionalidade [377]. Destarte, não há como se defender a existência de uma imbricação absoluta entre a proporcionalidade e as normas-princípio, pois essas últimas possuem seu conteúdo demarcado independentemente da proporcionalidade e podem, inclusive, ser aplicadas, por vezes, sem o recurso à ponderação.

Acresce-se, também, que a proporcionalidade possui, enquanto princípio constitucional, aplicação em outros ramos do direito e a outras questões dogmáticas que não à colisão jusfundamental, assim, essa base de justificação a partir da estrutura da norma acaba por conferir ao princípio, nos mesmos moldes do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, um vigor reduzido e que não abarca todas as possibilidades jurídicas que o sistema

[376] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 237.
[377] ALEXY, Robert. *Teoria*, págs. 95-96, nota 37.

constitucional lhe confere; esse argumento serve, igualmente, para afastar a ideia de que a proporcionalidade decorre da própria essência dos direitos fundamentais, ainda que não se esteja a fazer referência à estrutura normativa; isso porque, se é entendido que a proporcionalidade é dotada de uma aplicação ampla, extensível a outros ramos do direito, é necessário, de outro lado, que seu fundamento constitucional seja também amplo de forma a permitir essa extensão; uma correlação indispensável entre proporcionalidade e direitos fundamentais limitaria o princípio apenas a este específico âmbito de incidência o que, como será visto a seguir, não corresponde à realidade das coisas.

Além disso, na tese de Alexy, a proporcionalidade possui imbricação, apenas, com as normas de direito fundamental com estrutura de princípio, não sendo relevante quando da aplicação das regras; para a aplicação dessas últimas normas, basta uma atividade hermenêutica de subsunção, sendo ressalvada por Alexy, apenas, uma única hipótese, na qual as regras poderão ter sua incidência afastada, mesmo quando perfectibilizado o seu suporte fático abstrato, o que ocorre nas situações em que existe uma exceção à regra; esta exceção pode restar configurada a partir de uma ponderação entre o princípio que apoia a regra, o princípio colidente e os princípios formais relevantes à hipótese; logo, novamente, a proporcionalidade terá lugar em uma ponderação a envolver princípios e nenhum papel no que se refere à aplicação da regra propriamente dita, pois o que determinada a existência de uma exceção à regra é um sopesamento entre os princípios que lhe estão servindo apoio e os princípios que opõem razões contrárias à sua incidência.

Não obstante, essa ideia, defendida por Alexy, não encontrará respaldo nas teses a serem desenvolvidas neste trabalho, uma vez que sustentaremos a necessidade de um controle de constitucionalidade, com base no princípio da proporcionalidade, quando da aplicação de regras a situações concretas específicas e tendo em conta a intensidade de intervenção restritiva imposta ao titular determinado; entrementes, como será demonstrado, o princípio da proporcionalidade possui importância, também, quando da incidência concreta da regra em si considerada e não, apenas, quando em causa a concretização de uma norma com estrutura de princípio.

De resto, para o que se defende nesse estudo, poder-se-ia, inclusive, dizer que essa relação entre normas-princípio e proporcionalidade – considerada como logicamente necessária por Alexy – é, por outros motivos, na verdade, incompatível.

Isso porque, em linhas gerais, a tese de Alexy defende a existência de uma única proporcionalidade, aplicada de igual maneira para a resolução de todos os casos a envolver a concretização de direitos fundamentais estruturados normativamente como princípios; ainda, mesmo no que se refere à face da proporcionalidade como proibição da insuficiência, Alexy mantém uma linha argumentativa um tanto quanto similar à desenhada para a proibição do excesso, dota a proibição do defeito do mesmo conteúdo da proibição do excesso, e deságua todo o seu processo argumentativo em uma ponderação entre as razões contrárias e favoráveis à efetivação da prestação positivas; na verdade, haveria, apenas, algumas adaptações nos objetos a serem ponderados, a depender do problema jusfundamental a ser solucionado, mas, ao fim e ao cabo, ultrapassados os testes de adequação e necessidade, tudo seria resumido em uma ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), orientada pela fórmula do peso, entre argumentos favoráveis e contrários à restrição (conceito muito amplo em Alexy, o qual abarca, inclusive, as omissões em efetivar deveres prestacionais *prima facie* determinados), a partir do que resta definido o direito prevalente [378].

Em sentido contrário, nesse estudo, defendemos, como uma das teses centrais, a existência de três proporcionalidades, estruturadas e aplicadas de forma diversa aos problemas jusfundamentais, os quais, igualmente, apresentam-se em três hipóteses, quais sejam: controle das restrições, controle das omissões e resolução de conflito entre privados.

Com efeito, apesar de a estrutura normativa dos direitos fundamentais ser a mesma em todas esses problemas dogmáticos subjacentes à aplicação, as exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade e a forma pelo qual se operacionaliza são diferentes em cada situação, o que acaba por demonstrar a ausência de derivação necessária entre estrutura normativa dos direitos fundamentais e proporcionalidade.

Ainda, a proposta fica sem sentido se for negada a ideia de os princípios serem mandamentos de otimização, "mas sim *objeto* de comandos de otimização. Isso leva, desde logo, a que o princípio da proporcionalidade não possa decorrer diretamente dos princípios ou

[378] ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. *La teoria principiaista de los derechos fundamentales: estúdios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy, págs. 119-136*. Coordinación de Jean-R Sieckmman. Madrid: Marcial Pons, 2011.

da sua estrutura, mas sim, quanto muito, de *comandos de otimização* de que sejam objeto os princípios" [379].

Ultrapassado este ponto, ainda, algumas notas sobre os outros argumentos utilizados para a fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade, destacados no início deste capítulo.

No que toca à cláusula do devido processo legal e a tentativa de derivação – muito em voga no âmbito do direito brasileiro – do princípio da proporcionalidade dessa norma constitucional, deve restar claro que essa tese somente prosperará caso demonstrada a identidade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade [380], posição com a qual não concordamos.

Como demonstraremos nos capítulos seguintes, há sensíveis diferenças a envolver os dois princípios e não há muito sentido em se buscar, no sistema jurídico brasileiro, um aspecto material para a cláusula do devido processo legal. Assim, a considerar que a exigência de razoabilidade – derivada do *substantive due processo of law* – expressa um padrão de controle diverso da proporcionalidade, não havendo identidade entre ambos, não há que se falar neste fundamento para justificar o *status* constitucional do princípio da proporcionalidade.

De outro lado, a ideia de justiça e o princípio da interdição da arbitrariedade são conceitos por demais vagos, não havendo um mínimo consenso acerca de seu conteúdo, razão pela qual, no plano jurídico-constitucional, não se constituem na melhor opção e não servem, com efeito, de fundamentos normativos decisivos a justificar o princípio da proporcionalidade; quando muito, o princípio da proibição do arbítrio constituiria um argumento geral, a receber concretização de variadas formas, a partir de diversos parâmetros jurídicos específicos a serem observados pelo Estado ao afetar desvantajosamente direitos fundamentais, como a proporcionalidade, igualdade e razoabilidade.

Conduto, na sistemática constitucional brasileira, não possui autonomia ou densidade normativa suficiente para se revelar como um critério independente de outras concretizações, estando ontologicamente atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual, a bem da verdade, acaba por não possuir maior relevância se isoladamente considerado; isso ocorre, porque essa vedação de ingerência não justificada nos direitos fundamentais

[379] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 368.
[380] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, pág. 166.

decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, não possuindo a proibição do arbítrio, de um lado, autonomia enquanto preceito jurídico e, de outro, conteúdo denso o suficiente para possibilitar sua aplicação prática.

Aqui, existe uma forte nota distintiva entre proibição do arbítrio e o princípio da proporcionalidade, pois, enquanto o primeiro se mostra incapaz de descer ao campo da aplicação concreta, uma vez que despido de conteúdo jurídico que lhe possibilite incidência, o segundo possui conteúdo definido e aplica-se a diversos *casos* jurídicos; logo, quando se diz, por exemplo, uma lei foi arbitrária, ao fim e ao cabo, o fundamento específico da sua invalidade será o princípio jurídico aplicável ao caso, como a proporcionalidade ou a igualdade e, mais remotamente, a própria dignidade humana [381].

Por isso, como será descrito a seguir, adotamos a estratégia de fundamentar a proporcionalidade diretamente no princípio do Estado de Direito, notadamente, em seu sentido material de vinculação ao respeito, promoção e proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

A ideia de justiça, por sua vez, apresenta-se muito mais como um *valor* justificador do sistema constitucional, igualmente referendando na dignidade da pessoa humana, do que propriamente um princípio jurídico operativo; possui grande força no plano filosófico, mas, enquanto conceito dogmático, não é dotado de um conteúdo capaz de lhe dar aplicabilidade prática, acabando por ser mais lógico trabalhar com o princípio da dignidade humana do que com um ideal do justo [382].

De resto, acerca de uma possível derivação do princípio da proporcionalidade a partir do princípio democrático, notadamente, de um aspecto substancial a acompanhar o conceito de democracia, são necessárias algumas considerações mais detidas.

Essa base argumentativa – democracia e proporcionalidade – é desenvolvida por parte da doutrina constitucional, como, por exemplo, Aharon Barak. Segundo o autor, do princípio democrático, o qual possui *s*tatus constitucional, extrai-se um sentido material, sendo elementos inerentes ao conceito, o reconhecimento de direitos fundamentais e a vinculação do Estado a essas garantias, as quais são opostas ao caráter majoritário de tomada de decisões

[381] Sobre a distinção entre proporcionalidade e proibição do arbítrio: CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da), 1994, pág. 14.
[382] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 599-600.

que caracteriza a democracia; assim, os direitos fundamentais funcionam como um limite a essa forma de deliberação; contudo, em razão de possuírem um caráter relativo, os direitos fundamentais são passíveis de limitação quando outros interesses constitucionais assim impuserem; logo, no plano constitucional, há uma potencial colisão entre essas grandezas – direitos fundamentais e regra da maioria deliberativa – integrantes do conceito de amplo democracia; desse contexto, ínsito ao princípio democrático, decorre a proporcionalidade, pois, para a resolução dessa colisão, a envolver os direitos fundamentais e o preceito de que, em Estado de Direito, as decisões importantes para a sociedade devem ser tomadas pela maioria, é indispensável uma solução, por intermédio de uma ponderação constitucionalmente adequada que realize, na maior medida do possível, ambos os interesses colidentes, sopesamento que é orientado pelo princípio da proporcionalidade; será essa ponderação que irá demonstrar a medida na qual uma lei infraconstitucional pode limitar um direito fundamental e o sopesamento deverá ser efetivado conforme os mandamentos do princípio da proporcionalidade, sendo esse o critério constitucional a ser observado para a solução da tensão entre os aspectos material e formal ínsitos ao princípio democrático [383].

Ainda, há outras posições [384] que, apesar de reconhecerem que o princípio democrático é dotado de um sentido material, não verificam qualquer colisão entre a regra da maioria e os direitos fundamentais, pois, segundo sustentam, a democracia se organiza de forma a que este aspecto substancial seja conciliado, integrado, ao seu lado formal; assim, por estas propostas, não haveria tensão entre Estado de Direito e direitos fundamentais, mas, ao inverso, o que existira de fato seria uma relação de complementaridade e dependência mútua.

Neste caso, o princípio da proporcionalidade, igualmente, decorreria do princípio democrático, uma vez que, se os direitos fundamentais integram o conceito de democracia (aspecto substancial) e a exigência de proporcionalidade está introduzida no âmbito do sistema jusfundamental, sendo um instrumento essencial para a concretização desses enunciados normativos, é da própria definição do conceito e conteúdo do princípio democrático, a agregar harmonicamente os aspectos formais e materiais, que se revela o fundamento para o princípio da proporcionalidade.

---

[383] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 214-226.
[384] FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. 2ª edição. Madrid: Trotta, 2005.

Em análise dos argumentos esgrimidos pelas concepções expostas, verifica-se que a lógica do raciocínio desenvolvido – o princípio da proporcionalidade decorre da ideia de democracia – depende da demonstração de possuir o princípio democrático um sentido material, o que, contudo, está longe de ser algo consensual; assim, a ser trilhado este caminho, ter-se-ia que, primeiro, firmar entendimento pela efetiva existência de um aspecto substancial do princípio democrático, para, após, extrair daí o fundamento constitucional para o princípio da proporcionalidade.

Sobre a questão, entendemos que, apesar de essa colisão entre os direitos fundamentais e a regra da maioria parlamentar ser um fato recorrente, o fenômeno não se apresenta inserido no âmbito interno do princípio democrático, mas, ao contrário, lhe é exterior; em outras palavras, pode-se dizer que a oposição entre a regra da maioria e os direitos fundamentais não é um acontecimento ínsito ao princípio democrático, pois, em realidade, o conceito de democracia melhor se apresenta caso visto, apenas, com um sentido formal; assim, fazendo-se uso das palavras de Jorge Reis Novais, pode-se dizer que se considera mais "vantajoso colocar a tónica do conceito de Estado de Direito na função garantista individual (a da garantia dos direitos fundamentais) e, em contrapartida, atribuir à regra da maioria o papel principal no conceito de democracia", do que se retira a concepção a apontar no sentido de uma relação potencialmente conflituosa entre os dois conceitos [385].

Destarte, não obstante as variadas contingências que podem acompanhar a ascensão de um grupo até a obtenção do poder político em determinado Estado, o fato é que a maioria prevalente sempre traz consigo uma ideologia, a qual, para ser executada, não raras vezes necessita por em causa a observância de direitos fundamentais; após o processo democrático de escolha, as decisões políticas irão refletir a vontade dessa maioria prevalente e, no âmbito dos processos legislativos, no mais das vezes, os direitos fundamentais e a proporcionalidade, apesar de se constituírem como grandezas que vinculam o legislador, não serão barreiras suficientes para frear o ímpeto majoritário; assim, esses direitos são colocados como garantias jurídicas, externas ao princípio democrático (conceito formal que se confunde com a vontade da maioria), de forma a que funcionem como limites normativos deste último princípio, a serem concretizados pelo Poder Judiciário.

[385] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 24.

Se for verdade que a observância dos direitos fundamentais favorece a democracia e que a existência de um regime plenamente democrático beneficia os direitos fundamentais, essa relação, na verdade, não pode ser visualizada no interior do próprio princípio democrático, a funcionar cada parte da relação como dimensão de uma mesma grandeza (democracia); uma cultura de respeito aos direitos fundamentais, de fato, constitui-se como um pressuposto para a própria materialização do princípio democrático e, de outro lado, a democracia funciona como uma condição prévia para o próprio reconhecimento dos direitos fundamentais em determinada ordem jurídica, portanto, ambas as grandezas não integram o mesmo conceito, antes funcionam como mecanismos diversos que mantém entre si imbricações de sustentabilidade recíproca.

A ideia de cisão entre os direitos fundamentais e democracia, também, encontra amparo na constatação da possibilidade de um subsistir sem o outro; para ilustrar, veja-se a realidade brasileira, na qual a violação dos direitos fundamentais, notadamente, dos direitos sociais, é sistemática e muito mais consistente do que é observado, por exemplo, em países europeus; mesmo assim, não se pode negar o fato de o regime democrático estar a funcionar no Brasil, sendo a democracia um dado efetivo; contudo, a constatação é alcançada pelo fato de ser garantido aos cidadãos brasileiros a devida participação política positiva e negativa, bem como a existência de um Poder Legislativo que, em representação, leva a efeito, por maioria, as decisões políticas relevantes; entrementes, mesmo existindo uma deficiência na observância dos direitos fundamentais, o regime democrático permanece hígido, sendo isso constatado a partir da ideia de que as regras majoritárias de deliberação são respeitadas o que, consequentemente, expõe que o princípio democrático, na verdade, configura-se, apenas, como um conceito formal.

Destarte, é mais lógico reconhecer, como um dado prévio ao princípio democrático, a existência de uma ideia mais geral, a qual acomoda, em si, todos esses pilares estruturais do sistema constitucional; essa fórmula é expressa na definição de Estado de Direito (social e democrático) [386]; aqui sim, nesse conceito síntese, vislumbra-se um sentido material, especialmente, refletido na ideia de vinculação do ente público à dignidade humana e a

[386] É interessante notar que, não raras vezes, a referência ao princípio do Estado de Direito é substituída pela seguinte expressão: *ideia de Estado de Direito*, pois esta tem o mérito de demonstrar de forma mais clara o "caráter estritamente ideal do conceito", o qual engloba em si uma serie de grandezas "a que corresponderão diversos princípios fundamentais". CORTÊS, António. *Jurisprudência dos Princípios*, pág.311, nota 908.

colisão potencial dessa finalidade com o princípio democrático, o qual resta espelhado na regra da tomada de decisões políticas com base na vontade da maioria [387]; entrementes, como esse aspecto substancial de vinculação à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais já resta assentado no próprio princípio do Estado de Direito, não há sentido em atribuir ao princípio democrático, também, uma conotação material.

Ainda, a justificar a cisão entre democracia e direitos fundamentais, tem-se que o conflito entre a exigência de respeito, promoção e proteção dos direitos fundamentais e, de outro lado, os resultados das deliberações majoritárias de uma sociedade (democracia), é um fato recorrente e inegável; logo, não se vê pertinência em integrar ambas – conflituosas – grandezas em um mesmo conceito, sendo mais lógico o reconhecimento da separação; o princípio democrático e os direitos fundamentais são instrumentos autônomos e estruturantes de um modelo de organização política – Estado de Direito social e democrático – direcionados para o alcance de uma finalidade comum, o respeito, a promoção e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Como assevera Jorge Reis Novais, "a harmonia entre democracia e Estado de Direito não é um dado: a ideia de colisão, ou pelo menos, da tensão entre os dois princípios também está sempre presente e, mais do que isso, parece ser ineliminável"; segundo o autor, isso se dá, dentre outros argumentos, porque a maioria circunstancial que alcança o poder político possui, potencialmente, a possibilidade e a capacidade de constranger os direitos fundamentais; ainda, sob outra perspectiva de análise, os direitos fundamentais podem constranger a democracia, uma vez que a última palavra acerca da constitucionalidade das leis é do Poder Judiciário, o qual é hábil para, sistematicamente, derrubar as decisões majoritárias com base nos direitos fundamentais, ainda mais devido ao caráter aberto e indeterminado que os enunciados normativos jusfundamentais possuem; de resto, o princípio democrático sempre vê reduzidas as possibilidades de prevalência das decisões majoritárias em Estado de Direito dotado de uma Constituição rígida, pois, nesse modelo, existem limites à atuação do legislador, impostos pela rigidez constitucional, a qual encontra nos direitos fundamentais sua esfera mais dura [388]; ainda, essa barreira à atividade legiferante é imposta, também, ao poder

[387] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, págs. 25-28.
[388] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 20-22.

constituinte reformador, uma vez que os direitos fundamentais, na Constituição brasileira, são cláusulas pétreas que estabelecem limites materiais ao poder de reforma constitucional; logo, nessa relação antagônica entre direitos fundamentais e vontade da maioria, o princípio da proporcionalidade demonstra o limite da atividade legislativa, sendo uma pauta material de constitucionalidade, estabelecida na Lei maior, das leis que acarretem ingerência em face dos direitos fundamentais.

De resto, mesmo se for reconhecida a existência de uma dimensão material do princípio democrático, há outras objeções que, também, impedem que a democracia sirva de base para fundamentar o princípio da proporcionalidade; como adverte Vitalino Canas – autor que sustenta possuir o princípio democrático tanto a dimensão formal quanto a material – "o nexo entre democracia e proporcionalidade não é fundamento suficiente para as precipitações jurídicas modernas da ideia de proporcionalidade"; isso porque, "esse fundamento não cobre todas as funções e âmbitos de aplicação" reconhecidos ao princípio da proporcionalidade e, de outro lado, esse "fundamento desconsidera que o princípio democrático, em conjugação com a separação dos poderes, é muitas vezes *um limite* ao controlo judicial do cumprimento" do princípio da proporcionalidade, pois impõe a exigência de observância de um livre espaço de atuação do legislador democraticamente eleito, âmbito no qual suas deliberações não podem ser alçadas pelo controle exercido pela jurisdição constitucional [389].

Assim, ultrapassadas essas questões, necessário que se proceda à organização lógico-sistemática dos demais argumentos apresentados. É que, se bem considerados, todas as outras bases de justificação elencadas remontam a uma ideia comum, um pilar inaugural que sustenta os demais, e do qual se pode deduzir toda a cadeia argumentativa.

Na realidade, antes de tudo, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como um elemento inseparável do sentido material do Estado de Direito moderno, o qual possui, como fundamento último e finalidade primeira, o respeito, a promoção e a proteção da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, dos direitos fundamentais; é nesse eixo relacional que, primeiramente, a proporcionalidade encontra justificação constitucional.

Nesse modelo, além de outros princípios fundamentais, o princípio da proporcionalidade aparece como ideia estruturante, exaurindo-se, em um momento inicial, como uma pauta geral

[389] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 356-357.

que impõe um dever de realização dos direitos fundamentais na maior medida do possível, notadamente, em razão do fato dessas normativas jusfundamentais, constantemente, envolverem-se em colisões com outros direitos fundamentais, valoers, bens ou interesses constitucionalmente tutelados, a partir do que essas tensões devem ser resolvidas pelo legislador de forma a otimizar as grandezas em embate; contudo, tendo em vista que uma *harmonização* é dificilmente alcançada, sendo, no mais das vezes, necessária a oposição de uma restrição em face do âmbito protegido de um dos *direitos* em colisão, essa afetação desvantajosa deve observar os ditames do princípio da proporcionalidade; tendo em vista que o Estado não se constitui em um fim em si mesmo, toda a afetação desfavorável à realização de um direito fundamental deve encontrar justificativa última na própria dignidade humana, não sendo suficiente a motivação de servir ao fim do Estado em si mesmo considerado, razão pela qual devem ser evitadas intervenções desproporcionais.

Assim, o princípio da proporcionalidade, no sistema constitucional brasileiro, encontra-se, inicialmente, em um plano mais abstrato, ainda não revelando suas formas, conteúdos, âmbitos e modalidades de aplicação, colocando-se no arquétipo constitucional como uma exigência jurídica a ser observada pelo Estado quando da resolução de colisões a envolver os direitos fundamentais, postando-se, com efeito, de maneira a estruturar os pilares organizacionais de um Estado de Direito fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, essas sim suas primeiras bases de justificação; ainda que possam ser encontradas outras fundamentações, o fato é que se for seguida uma lógica dedutiva, o primeiro ponto da cadeia argumentativa é o Estado de Direito, decorrendo os demais fundamentos dessa ideia básica.

O ponto central desse processo de fundamentação é princípio do Estado de Direito, ainda que a conclusão não seja alcançada de forma direta e imediata, uma vez que a elaboração de uma cadeia argumentativa a demonstrar a incorporação da ideia de proporcionalidade pelo macroconceito – Estado de Direito – mostra-se necessária; mas, em um primeiro momento, é daqui que a proporcionalidade decorre, configurando-se como um dos elementos integrantes dessa fórmula sintetizadora; esse apontamento acompanha todo o esforço argumentativo exposto no início deste estudo, o qual teve por objetivo revelar o processo histórico de formação relacional observado pelo princípio da proporcionalidade e pelo Estado de Direito, bem como buscou demonstrar que deste último decorrem exigências materiais, pois a mera

identificação com a submissão do Estado ao princípio da legalidade não é suficiente para identificá-lo.

Isso acaba, também, por permitir, além de várias outras conclusões já auferidas, "uma compreensão dogmaticamente adequada do sentido de Estado de Direito" e, a partir disso, mostra-se possível extrair "dogmaticamente consequências jurídicas independentes da respectiva consagração formal no texto da Constituição" [390].

Definido o sentido material do Estado de Direito – respeito, promoção e proteção da pessoa humana [391] – a ordem constituída com base nesse valor organiza-se juridicamente para consecução de seu objetivo supremo, a partir do que estrutura seu alicerce por princípios fundamentais aptos a assegurar que não ocorra o desvirtuamento dessa ideologia subjacente a todo o modelo; assim, sendo o princípio do Estado de Direito o conceito condensador dessas ideias de base, a proporcionalidade a ele se agarra e o compõe enquanto grandeza inseparável, restando definida como premissa inicial do sistema constitucional e impondo a proibição jurídica de que a ingerência estatal nas esferas de autonomia e liberdade privadas, bem como a não realização de prestações tendentes a promover e proteger essa dignidade, possa ser levada a efeito à revelia de justificação constitucional; é aqui, dando a medida da ingerência possível ou da não realização positiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que a exigência de proporcionalidade inicialmente se coloca.

Contudo, nesse primeiro momento, a proporcionalidade é visualizada, apenas, como um mandamento geral, adjetivado de um alto grau de abstração e sem uma precisão conceitual que admita uma aplicabilidade concreta; funciona, assim, como um pilar estruturante do arquétipo constitucional de um Estado de Direito, revelando um mandamento primeiro da ordem constituída materializado na imposição de um limite ao Estado consistente na exigência de ser buscada a melhor solução possível para as colisões a envolver os direitos fundamentais e, em não sendo possível a harmonização, o Estado estará obrigado pela exigência de proporcionalidade a não restringir excessivamente e a não realizar insuficientemente.

---

[390] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, págs. 49-50.

[391] Até porque, como explica Paulo Otero, "se tudo o que existe no Direito é em função do Homem – incluindo o próprio Estado –, então o fenômeno constitucional nunca poderá deixar de comungar dessa mesma centralidade do humano". OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais, volume I*. Coimbra: Almedina, 2009, pág. 28.

No início desta dissertação, tivemos a preocupação de demonstrar a evolução histórica relacional observada pelo Estado de Direito e pelo princípio da proporcionalidade; esse processo de formação tem no Estado de Direito social e democrático seu ponto culminante, onde, como pontuado, forma-se um *neoconstitucionalismo*, modelo no qual a Constituição impõe amplos e diversos deveres ao Estado, condicionando a atução dos poderes constituídos ao constitucionalmente estabelecido.

Como assevera Vitalino Canas, "a constituição, como ordem total, é aberta e interessa tendencialmente por todo o tipo de relações sociais, que são transformadas em relações constitucionais ou constitucionalmente relevantes"; contudo, os mandamentos que decorrem da Constituição podem ser conflituosos, notadamente, pela "*realidade constitucional* complexa e pluralista", bem como em razão da "*textura constitucional*, ambiciosa, extensa e cheia de conceitos vagos e indeterminados, fornecedora de sustentação normativa para um número infinito e sempre renovado de pretensões cruzadas", a partir do que a existência de entrechoques a envolver valores, bens e interesses com proteção normativo-constitucional é um dado real, o que ocasiona "um singular paradigma no plano estrutural e no plano institucional"; em suma, a par dos comandos definitivos, a Constituição escabele mandamentos *prima facie*, os quais, para serem aplicados e alcançarem uma medida ótima de realização, dependem de ponderações proporcionais [392].

Para Canas, essa constatação da existência de uma "constituição *prima facie*" seria um dado, uma realidade, a partir da qual o princípio da proporcionalidade moderno encontraria justificação, pois a operatividade deste modelo pressupõe a existência de "instrumentos de harmonização", âmbito no qual a proporcionalidade se insere; para não se pecar por inexatidão, nas palavras precisas do autor, é sustentado que "entre proporcionalidade moderna e constituição *prima facie* há uma imbricação e interação recíproca. Por um lado, a estrutura da constituição *prima facie* é um dos fundamentos da proporcionalidade moderna. Por outro lado, a proporcionalidade moderna é elemento constitutivo da constituição *prima facie*"; por sua vez, "o fundamento *normativo jus-constitucional* da proporcionalidade em sentido moderno e nas suas respectivas ramificações" é encontrado "nos *comandos de harmonização*" [393].

[392] CANAS, VITALINO. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 375-377.
[393] CANAS, VITALINO. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 381-383.

Concordamos com a proposta apresentada por Canas, contudo, como já expusemos, temos que, apesar de as colisões normativas serem um pressuposto indispensável para que o princípio da proporcionalidade tenha sentido e aplicação na ordem constitucional e que os comandos de harmonização sejam sim fundamentos normativos a justificar o princípio da proporcionalidade, vemos, antes disso, no Estado de Direito um fundamento jurídico-normativo mais remoto para o princípio, sendo que todas as demais justificações plausíveis decorrem dessa ideia central; assim, em um primeiro momento, é na ideia de Estado de Direito social e democrático que o princípio da proporcionalidade encontra fundamento, inicialmente, como um padrão geral que impõe ao Estado a exigência de respeito, promoção e proteção da dignidade da pessoa humana na maior medida do possível, a partir do que deve buscar a harmonização das colisões das normativas constitucionais e, em não sendo possível um equilíbrio ideal, não pode restringir excessivamente ou não realizar de forma suficiente.

Após, essa estrutura organizacional vai recebendo a devida densificação, encontrando-se a dignidade da pessoa humana especialmente defendida pelas normas de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade estruturado em mandamentos específicos e aptos a demonstrar intersubjetivamente a medida da vinculação do Estado a esses preceitos constitucionais; ou seja, esse alicerce da organização constitucional voltada para a pessoa humana é agora visualizada em um segundo plano – mais concreto – onde restam positivadas, enquanto garantias jurídicas constitucionalizadas, aspectos indispensáveis para a tutela de sua dignidade, a qual, se afetada desvantajosamente, deve a restrição ser submetida a controle pela jurisdição constituição.

A jurisdição constitucional, por sua vez, ao apreciar as afetações desvantajosas aos direitos fundamentais, deve pautar suas decisões por critérios jurídicos, momento em que aquela primeira imposição geral, a qual foi colocada no arquétipo estrutural de um Estado de Direito com o sentido de opor ao Estado, notadamente, ao legislador, um dever alcançar a melhor solução possível para as colisões a envolver os direitos fundamentais, ganha aplicabilidade com significativa densidade, transformando-se, dentre outras possibilidade, em uma norma de controle, a permitir racionalmente a demonstração da desproporcionalidade da restrição ou da não realização suficiente de um direito fundamental.

Logo, apesar de ser correta a ilação que aponta para a íntima relação entre proporcionalidade e as colisões normativas jusfundamentais e os consequentes comandos de

harmonização relacionados à necessária composição desses conflitos, deve ser compreendido que a relação de fundamentação normativo-constitucional primária não possui lugar neste contexto, pois é em âmbito prévio – abstrato, fundamentador e estruturante – que o princípio da proporcionalidade encontra seu primeiro berço, qual seja na própria ideia de Estado de Direito social e democrático concebido em seu pleno sentido material; todo o resto decorre deste pilar inaugural, inclusive a constatação da existência de uma Constituição *prima facie* – única organização normativo-estruturante capaz de possibilitar a efetiva realização do ideal de respeito, promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, dada as suas mais variadas e amplas exigências – e dos correlativos comandos de harmonização ou otimização, âmbito no qual o princípio da proporcionalidade se insere.

3. Opção terminológica

Ultrapassada a questão da fundamentação normativo-constitucional, passa-se para a justificação das opões terminológicas assumidas nesta dissertação; no que se refere a esta temática, o que se verifica no âmbito doutrinário e jurisprudencial são oscilações frequentes nas opções de denominação ao conjunto de padrões de controle expressado pelo que até então denominamos de princípio da proporcionalidade.

É desnecessária e improdutiva uma análise exaustiva da matéria, além do que uma sistematização completa da divergência a envolver o tema seria tarefa inalcançável e sem maior relevância para este estudo; assim, uma breve digressão teórica, tendo por objetivo demonstrar que a questão terminológica observa tratamento diferente no âmbito doutrinário, bem como na esfera jurisprudencial [394], é suficiente; até porque, essa divergência, no mais das vezes, restringe-se às designações preferidas por cada autor, não se estendendo ao ponto de incluir no dissenso o conteúdo e os testes inerentes às exigências de proporcionalidade, os quais, geralmente, são identificados pelos subprincípios da adequação, necessidade e

[394] Como, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual identifica nos termos proporcionalidade e razoabilidade expressões de um idêntico parâmetro de controle.

proporcionalidade em sentido estrito [395]; logo, basta justificar a opção terminológica até então empregada neste estudo e, a bem da clareza analítica, deixar manifesto o que ela expressa.

Aos exemplos, portanto.

Jorge Reis Novais, seguindo a linha de Peter Lerch, utiliza-se da expressão proibição do excesso [396]; motiva sua opção por razões de clareza conceitual, a fim de permitir a melhor identificação de cada etapa do controle de constitucionalidade imposto pelo conceito amplo de proibição de excesso, notadamente, pela necessidade de distinção entre proporcionalidade (proibição do excesso, conforme terminologia empregada pelo autor) e proporcionalidade em sentido estrito, um de seus elementos [397].

De outro lado, há autores que utilizam as expressões proibição do excesso e proporcionalidade como sinônimas [398]. Paulo Bonavides, por sua vez, identifica como termos mais utilizados a "'proporcionalidade' (*Verhältnismässigkeit)* e 'proibição de excesso' (*Übermassverbot*)" [399].

O princípio da razoabilidade e a ponderação, igualmente, são muito empregados como expressões a indicar esse parâmetro substancial de controle de constitucionalidade, bem como, também, não raras são as aparições isoladas das designações adequação e necessidade; ainda, quando em causa o controle das omissões desvantajosas à realização dos direitos fundamentais, a denominação princípio da proibição da insuficiência (*Untermaßverbot*) é trazida à colação [400].

---

[395] Nesse diapasão posiciona-se a maior parte da doutrina existente sobre o tema. Não obstante, há autores que não aceitam essa composição estrutural do princípio da proporcionalidade, especialmente no tocante ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Como exemplo, destaca-se o argumento defendido por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, os quais contestam a posição da "jurisprudência e doutrina dominante" que extraem do princípio da proporcionalidade uma exigência de justa medida entre os interesses em colisão, a ser alcançada após um sopesamento, reconhecendo, assim, um terceiro subprincípio denominado de proporcionalidade em sentido estrito. Para os autores, "uma tal pesagem e ponderação **carece de padrões racionais e vinculativos**", razão pela qual não se mostra lícito à jurisdição constitucional sindicar as escolhas do legislador com base em critérios puramente subjetivos. Logo, o conteúdo do princípio da proporcionalidade resta exaurido nas exigências de adequação e necessidade. PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, págs. 79-87.

[396] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 163.

[397] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, págs. 165-166.

[398] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, pág. 267; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, págs. 145-148.

[399] BONAVIDES, Paulo. *Curso*, pág. 366.

[400] CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad, págs. 115-118.

Jorge Miranda vale-se da designação princípio da proporcionalidade e reconhece que sua violação pode ocorrer "por excesso", bem como por inobservância estatal "de deveres de proteção relativos ao exercício de direitos fundamentais" [401].

O fato é que não há maiores objeções contra a utilização da expressão mais corrente a indicar o parâmetro de controle em questão – princípio da proporcionalidade –, verificando-se, na verdade, diversas vantagens, acertos dogmáticos e clareza analítico-conceitual, nesta escolha; isso porque, enquanto as designações proibição do excesso e proibição de insuficiência expressam, apenas, parcelas e aspectos específicos do parâmetro de controle de constitucionalidade em pauta, o termo proporcionalidade tem o mérito de englobar em si todas as faces do princípio de forma a incluir uma maior gama de deveres de otimização e de limitações impostas constitucionalmente ao Estado quando opõe afetações desvantajosas aos direitos fundamentais.

A terminologia proibição do excesso, como conceito amplo e abrangente dos padrões de controle específicos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) relacionados aos meios restritivos da liberdade, foi desenvolvida em um contexto no qual a ideia de vinculação do Estado aos direitos fundamentais era desenhada em uma perspectiva essencialmente de defesa, de limitação das ingerências estatais opostas em face de esferas juridicamente protegidas dos indivíduos.

Ocorre que, contemporaneamente, resta consolidada a concepção acerca da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais; o direito fundamental em sentido amplo [402] ou como um todo [403] configurar-se uma estrutura complexa [404] que, além de outorgar aos indivíduos posições jusfundamentalmente protegidas em face da ação estatal, impõe, dentre outras consequências do reconhecimento de uma dimensão objetiva, deveres de proteção; além disso, a inegável identificação dos direitos sociais como exigências essenciais à promoção da dignidade da pessoa humana e a consequente fundamentalização dessas reivindicações acarretou a preocupação de que esses direitos não acabassem por refletir meros comandos programáticos e sem força vinculante, a partir do que se mostrou indispensável a

[401] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, págs. 279-286.
[402] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 78.
[403] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, págs. 248-253.
[404] ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais*, pág. 31.

construção de mecanismos de controle das omissões estatais, totais ou parciais, relacionadas ao cumprimento das imposições jusfundamentais prestacionais *prima facie*, contexto no qual o princípio da proporcionalidade, também, é chamado à colação.

Entrementes, referidos fenômenos acabaram por requerer que fossem buscadas soluções para esses problemas jusfundamentais, a partir do que o princípio da proporcionalidade estabeleceu-se, enquanto mecanismo jurídico de controle, no contexto da concretização de deveres de proteção e promoção, configurando-se, nessa esfera, como um limite à omissão estatal, sendo denominado, assim, princípio da proibição da insuficiência.

Ainda, não deve ser olvidada, mesmo enquanto uma *norma de controle*, a efetiva relevância do princípio da proporcionalidade no seio das interações privadas, âmbito no qual reflete exigências materiais que devem pautar a atuação jurisdicional tendente a solucionar os conflitos que sejam verificados na esfera das relações particulares.

Com efeito, já aqui, ainda que em termos muito sintéticos, foram destacados três campos distintos para a aplicação do princípio da proporcionalidade; além disso, a forma de atuação jurídica do princípio é distinta conforme o âmbito aplicativo em que for manejado; tem-se, assim, que o princípio, enquanto mecanismo de controle, na sua relação com os direitos fundamentais, configura-se como um amplo limite ao poder estatal, caracterizando-se como um fenômeno que reflete mandamentos distintos e assume dinâmicas diferenciadas em cada esfera aplicativa em que se encaixa, as quais podem ser identificadas em três eixos principais, quais sejam uma proibição e excesso, uma proibição de insuficiência [405]/[406] e um imperativo de otimização entre direitos fundamentais colidentes no âmbito das relações particulares.

---

[405] Sobre o tema. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI, págs. 325-386*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005; STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (übermaβverbot) à proibição da proteção deficiente (üntermaβverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXX, págs. 303-345*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004.

[406] Essa conclusão já havia sido objeto de constatação por parte de Virgílio Afonso da Silva, o qual, em artigo publicado no ano de 2002, indicou que, na origem da aplicação jurisprudencial da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Federal alemão utilizava as expressões – proporcionalidade e proibição do excesso – de forma fungível. Todavia, segundo Virgílio, é necessário que se tenha em mente o fato de a proporcionalidade, como conceito amplo, dirigir-se para uma vedação de excesso (*Übermaßverbot*) mas, também, contra a proteção estatal deficiente (*Üntermaßverbot*), o que sugere a desvinculação de proporcionalidade e proibição do excesso como expressões que indicam a mesma coisa. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, págs. 27-28.

Ainda, quanto à necessidade de distinção entre o conceito amplo e os elementos integrantes dessa matriz, deve-se, apenas, ter o cuidado de se assinalar, nos casos em que em pauta a proporcionalidade em sentido estrito, que se está a abordar o subprincípio e não a proporcionalidade amplamente considerada; essa explicitação – em sentido estrito – mostra-se suficiente para alcançar a devida clareza analítica e distinguir o princípio da proporcionalidade de um dos seus elementos constitutivos.

De resto, é pertinente deixar claro o entendimento aqui defendido de que a proporcionalidade é um mecanismo muito amplo de controle das ações e omissões estatais e não é limitado apenas à proibição do excesso. Esta opção terminológica também tem o mérito de fortalecer nossa posição no sentido de que a proporcionalidade assume a natureza constitucional de um princípio, pois, conforme será demonstrado, possui diversas funções dogmáticas, as quais podem ser reconduzidas a um princípio geral e estruturante de um Estado de Direito social e democrático.

4. Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica, a identificação da proporcionalidade enquanto princípio é algo controvertido, não havendo, também, consenso neste âmbito; não obstante, uma análise mais detida das posições doutrinárias que não aderem à classificação da proporcionalidade como princípio jurídico permite concluir que as razões esgrimidas pelos autores não são fortes o suficiente para impedir que lhe seja imputado tal rótulo; pelo contrário, ao final deste capítulo, restará demonstrado que a definição da proporcionalidade como um princípio é a proposta que melhor expressa sua natureza e explica suas funções na ordem constitucional, bem como não implica a ocorrência de maiores problemas no que se refere à clareza analítica, notadamente, quanto à distinção em face de outras grandezas normativas.

Para que se possa vislumbrar, de forma mais nítida, a problemática que se está a tratar, mostra-se pertinente a reprodução de entendimentos diversificados, os quais negam à proporcionalidade essa natureza jurídica principiológica, a partir do que, estabelecendo-se um diálogo com as propostas apresentadas, ficará nítida nossa posição em face do assunto e as vantagens que lhe são subjacentes.

Humberto Ávila, em obra dedicada ao estudo dos princípios jurídicos, define a proporcionalidade como um "postulado normativo aplicativo" [407]; segundo o autor, há sensíveis diferenças entre normas de primeiro grau – princípios e regras –, as quais são objeto de aplicação, e "normas de segundo grau" – postulados –, que são responsáveis pela adequada concretização das normas a serem aplicadas, notadamente, em situações de colisões normativas; assim, os postulados possuem a função metodológica de estruturar a aplicação de outras normas jurídicas, caracterizando-se como "metanormas" [408].

Os princípios e as regras, por sua vez, independentemente da adoção de uma diferenciação forte ou fraca entre as espécies normativas, não se confundem com os postulados; por um lado, os postulados diferem dos princípios pelo fato de a generalidade e abstração destes ser incompatível com os mandamentos metodológicos precisos estabelecidos por aqueles e, de outro, eles não se identificam com as regras pelo fato de a sua aplicação não se dar pela subsunção; de outra banda, caso se parta de uma distinção forte, também, não há identidade; em relação aos princípios, os postulados normativos são diversos, uma vez que exigem cumprimento integral, além de não poderem ser objeto de ponderação; em relação às regras, há dissonância, pois os postulados não colidem, não são declarados inválidos e não empreendem uma relação de subsunção similar a que se observa na aplicação desta espécie normativa; segundo o autor, as regras definem comportamentos que devem ser seguidos e os princípios estabelecem fins a serem alcançados, sendo, ambos, alvo de aplicação; todavia, os postulados normativos não se amoldam a essas ideias, pelo contrário, destoam, uma vez que se dirigem, mediante o estabelecimento de uma metódica a ser observada pelo hermeneuta, à aplicação de normas, orientam a concretização das regras e princípios; é cientificamente inadequada a ausência de diferenciação entre os princípios e os postulados [409].

Logo, para Humberto Ávila, a proporcionalidade configura-se como um postulado normativo aplicativo, pois possui a função de organizar e definir metodologicamente a concretização de normas jurídicas que se colocam em um plano distinto; nesse sentido, a proporcionalidade possui uma tarefa determinada e estrutura precisa, estabelecendo, por intermédio dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o

[407] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, págs. 154-155.
[408] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, págs. 154-156.
[409] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, págs. 142-144.

método a ser observado na aplicação de princípios colidentes, o que pressupõe a existência de uma relação de causalidade, entre o fim a ser buscado e a medida empregada para tanto [410].

Natureza jurídica diversa é atribuída à proporcionalidade na construção teórica desenhada por Carlos Bernal Pulido; o autor traz longa exposição acerca do que denomina "*status jurídico del principio de proporcionalidad*" [411], a qual merece a devida análise.

Em verificação sumária das ideias de Pulido, observam-se, como mais relevantes, os seguintes pontos: o autor afirma que há considerável imprecisão e dissonância no tratamento doutrinário e jurisprudencial dispensado acerca da natureza jurídica da proporcionalidade, o que, em contraponto, acarreta série de críticas sobre da utilização da proporcionalidade como instrumento jurídico, sobretudo, em razão da ausência de claridade decorrente desta falta de precisão que o *status* jurídico da proporcionalidade se vê envolto; assim, impõe-se a necessidade de restar esclarecida qual a natureza jurídica da proporcionalidade e qual a sua função [412].

Prossegue, a relatar que a doutrina constitucional espanhola, em geral, qualifica a proporcionalidade como um "princípio geral do Direito que expressa um critério de interpretação dos direitos fundamentais" ou, de outro lado, como um "limite aos limites dos direitos fundamentais" [413]; contudo, entende que ambas as posições, as quais no mais das vezes aparecem como excludentes, apesar de trazerem contribuições positivas, são insuficientes e não expressam com precisão a natureza jurídica da proporcionalidade.

A caracterização como princípio geral de direito, apesar de ter o mérito de inserir a proporcionalidade como integrante, mesmo que implícita, das ordens jurídicas e relacioná-la com a interpretação da Constituição [414], traz várias deficiências; de início, adverte o autor, não há uma definição consistente do que e quais seriam os princípios gerais de direito; de outro lado, as imprecisões envolvem, também, a justificação, aplicação, sentido e conteúdo da referida categoria jurídica [415], o que inviabiliza a inserção do princípio da proporcionalidade como espécie deste gênero, em razão da incapacidade desse grupo refletir as especificidades

[410] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, págs. 182-185.
[411] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 500-593.
[412] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 499-500.
[413] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 501. (Tradução livre).
[414] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 504-505.
[415] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 506.

da proporcionalidade, ainda que se proceda a um trabalho de precisão analítica no interior deste grupo [416].

A seguir, apoiado nas lições de Pérez Luño, Carlos Bernal Pulido descreve distinção, no seio dos princípios gerais de Direito, a envolver três grupos ou categorias possíveis, quais sejam "os princípios providos de um sentido *metodológico*, aqueles que têm um sentido *ontológico* e os que possuem um sentido *axiológico*" [417]; confrontando essa diferenciação com a proporcionalidade, o autor conclui que esta última, apesar de possuir algum sentido ético, não é dotada da mesma natureza axiológica dos demais princípios gerais do Direito, uma vez que incorpora conceito e função muito mais específicos e precisos [418]; de outro lado, não há, também, uma correspondência precisa com o sentido ontológico dos princípios gerais do direito, especialmente, pelo fato de que a proporcionalidade, apesar de integrar a ordem jurídica e estabelecer um padrão de comportamento a ser observado pelos poderes públicos, não possui autonomia aplicativa, devendo o seu manejo, sempre, ser conjugado com as disposições de direitos fundamentais [419]; de resto, apesar de viável, o enquadramento da proporcionalidade como critério interpretativo não contribui significativamente para esclarecer suas características, uma vez que este campo está composto de aspectos e partes muito variadas [420].

Ultrapassado esse ponto, passa o autor passa a abordar a possível caracterização da proporcionalidade como um limite aos limites dos direitos fundamentais; este enquadramento possui a suposta vantagem de expor didaticamente as relações estabelecidas entre direitos fundamentais, legislador e limites à atividade legiferante [421]; contudo, esta clareza é, apenas, aparente e pode conduzir a equívocos, notadamente, por induzir ao pensamento de que o princípio da proporcionalidade é um limite independente; ou seja, pode equivocadamente ser compreendido que a proporcionalidade funciona, por si só e de forma autônoma, como barreira ao legislador, à revelia de sua aplicação conjunta com os direitos fundamentais, o que não é verdadeiro, uma vez que o limite, o vínculo, colocado ao legislador pela Constituição é a observância aos direitos fundamentais e não a proporcionalidade como parâmetro

[416] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 507-508.
[417] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 508. (Tradução livre).
[418] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 508-509.
[419] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 512-514.
[420] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 516-517.
[421] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 523-524.

autônomo; a função da proporcionalidade é demonstrar, nos casos de indeterminação normativa, o conteúdo dos direitos fundamentais ao qual está vinculado o legislador; direitos fundamentais e limites aos limites devem ser compreendidos como grandezas que operam conjuntamente [422]; de resto, a noção de limites dos limites é imprecisa, engloba conceitos heterogêneos e reflete aspectos dos mais diversos tipos [423].

A proporcionalidade, então, não se enquadra na categoria dos princípios gerais do Direito ou como um limite aos limites dos direitos fundamentais, segundo Bernal Pulido, seu "*status* conceitual é de um critério estrutural para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais vinculante para o legislador"; ainda, em complemento, à proporcionalidade "cumpre a função de fundamentar a concretização das normas jusfundamentais adstritas nos casos difíceis" [424].

O autor reconhece que o princípio da proporcionalidade assume um caráter metodológico, tendo a função de demonstrar, em um caso de controle de constitucionalidade da legislação restritiva, qual conteúdo do direito fundamental, com natureza principiológica, é vinculante para o legislador [425]; a problemática central na verificação de conformidade constitucional da legislação que intervém de forma desvantajosa nos direitos fundamentais consiste no fato de que as disposições jusfundamentais, em geral, são indeterminadas, não deixando claro o conteúdo ao qual o legislador encontra-se vinculado, sendo assim, o intérprete, no caso concreto, deve proceder a uma ação interpretativa, identificando, em um primeiro momento, a norma diretamente estatuída pela disposição de direito fundamental pertinente ao caso e, após, alcançar uma norma adstrita a esta, a qual, por ser mais determinada e dotada de densidade normativa suficiente, possui a capacidade de demonstrar qual o conteúdo jusfundamental vinculante para o legislador naquele caso concreto; a fundamentação destas normas adstritas é alcançada por um critério estrutural, qual seja a proporcionalidade [426].

[422] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 524-527.
[423] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 529-530.
[424] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 533. (Tradução livre).
[425] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, pág. 75.
[426] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 97-100, 109-118, 156.

Formulação diferente, que vem recebendo grande aceitação [427], é apresentada por Robert Alexy, o qual entende que a proporcionalidade caracteriza-se como uma máxima ou preceito; o autor parte de uma distinção forte e qualitativa entre as espécies normativas, quais sejam as regras e princípios; em suma, como notas distintivas, destaca o jusfilósofo alemão que os princípios podem "ser satisfeitos em graus variados" enquanto as regras "são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas" [428]; além disso, os princípios são definidos como "mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas", sendo que estas possibilidades são estabelecidas pela máxima da proporcionalidade; com efeito, não se pode considerar a proporcionalidade como um princípio, no sentido desenhado na teoria geral desenvolvida, uma vez que os seus elementos parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, na verdade, tem natureza de regras, pois não podem ser ponderados frente a mandamentos diferentes; a aplicação dessas máximas parciais se dá mediante a avaliação da satisfação das exigências impostas e a consequência do descumprimento é a ilicitude [429].

Apesar de apresentarem diversidades, todas as construções teóricas destacadas possuem áreas de sensível comunhão; de início, é clara a preocupação de todos os autores em demonstrar que o princípio da proporcionalidade possui natureza jurídica diferente das normas positivadoras de direitos fundamentais com estrutura de princípio, independentemente, da adoção de uma distinção forte ou fraca entre esta espécie normativa e as regras, ponto que foi bem assinalado por Humberto Ávila; a partir dessa conclusão, assumem a tarefa de proceder à diferenciação terminológica, a fim de que fique clara a distinção de ambos os fenômenos (proporcionalidade e normas-princípio).

Outro ponto digno de menção refere-se à colocação da proporcionalidade – seja como postulado normativo aplicativo, critério estrutural ou máxima – no interior de construções dogmáticas direcionadas para a aplicação de direitos fundamentais consagrados por estruturas normativas principiológicas; a proporcionalidade, assim, nas propostas teóricas citadas, é

[427] No mesmo sentido de Robert Alexy. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág 47. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, págs. 168-169. Pertinente ressaltar, todavia, que Paulo Gilberto Cogo Leivas utiliza a expressão "preceito da proporcionalidade", enquanto Virgílio Afonso da Silva vale-se do termo "regra da proporcionalidade", apesar de advertir que "a tradução direta do termo alemão" é "*máxima* da proporcionalidade". Ambos, todavia, apesar da diferença terminológica, caracterizam a proporcionalidade no mesmo sentido de Robert Alexy.
[428] ALEXY, Robert. *Teoria*, págs. 90-91.
[429] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 116. Ver, especialmente, nota 84.

sempre manejada no plano da aplicação das normas jurídicas positivadoras de direitos fundamentais, não sendo dada maior relevância ao seu papel nos âmbitos prévios de estruturação e fundamentação do sistema jurídico-constitucional de um Estado de Direito.

Não obstante, apesar de não revelar a verdadeira natureza do princípio da proporcionalidade, a leitura das posições doutrinárias apresentadas permite, desde logo, a extração de algumas conclusões primárias, as quais apontam no sentido de a proporcionalidade não se confundir com as normas jurídicas principiológicas positivadoras de direitos fundamentais, bem como ser utilizada de formas diferentes [430] para embasar o processo aplicativo desses direitos.

Ainda, importante consignar que essas assertivas não descaracterizam a real natureza jurídica da proporcionalidade (princípio estruturante de um Estado de Direito) e, de outro lado, reforçam a ideia de que a mesma possui diversas funções dogmáticas [431], sendo essa multifuncionalidade visualizada, ainda que se tome por base, apenas, a relação empreendida entre proporcionalidade e direitos fundamentais.

Ocorre que as concepções que restringem a proporcionalidade a um postulado normativo aplicativo, máxima ou critério estrutural, são insuficientes e não logram êxito em exaurir a demonstração de todas as funções desempenhadas pela proporcionalidade em Estado de Direito social e democrático; na verdade, referidas propostas acabam por confundir a natureza jurídica com alguma possível função dogmática, uma vez que buscam explicar a natureza da proporcionalidade a partir de específicas tarefas dogmáticas que lhe são afetas.

Entrementes, partindo-se da premissa de que a proporcionalidade assume ocupações diversas no processo de aplicação dos direitos fundamentais, não se mostra correto identificar sua natureza jurídica a partir de uma possível função identificada nesse contexto; sua natureza

---

[430] Como destacado, para Humberto Ávila, o postulado normativo da proporcionalidade é um método a ser observado na aplicação de princípios colidentes; para Carlos Bernal Pulido, a proporcionalidade é um critério estrutural que revela, pela concretização de normas adstritas, o conteúdo jusfundamental vinculante para o legislador; para Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade demonstra as possibilidades fáticas e jurídicas de otimização de um princípio.

[431] Aharon Barack sustenta que a proporcionalidade desempenha um papel central no moderno Direito Constitucional, contudo, o faz a partir de diversas e variadas funções. A proporcionalidade empregada no âmbito do Direito Penal difere do *modus operandi* do princípio quando manejado no Direito Administrativo; também é diferente a aplicação da proporcionalidade no Direito Internacional. Mesmo no Direito Constitucional, não há uniformidade de funções, tendo o princípio, inclusive, sido modificado ao longo do tempo. Também, é destacada pelo autor, a função do princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo de interpretação. BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 146-147.

deve ser remetida a um fundamento mais remoto e que permita, a partir dessa caracterização, derivar seus aspectos e sentidos específicos; postulado normativo aplicativo, critério estrutural e máxima (a indicar as possibilidades de otimização) são, no interior de construções dogmáticas gerais, funções atribuídas ao princípio da proporcionalidade na sua relação com os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente a partir de estruturas normativas principiológicas, as quais, isoladamente consideradas, são incapazes de demonstrar sua natureza jurídica, além de não excluírem outras funções a serem assumidas nesta mesma relação, bem como as demais atividades desempenhadas em outros ramos do Direito.

Essa amplitude funcional, aliada a outras características – especialmente seu sentido axiológico, fundamentador e estruturante – impõe que a proporcionalidade seja reconhecida como possuidora de uma natureza jurídica de um princípio.

Veja-se que a distinção estrutural proposta pelos autores, entre as regras e os princípios, considera o plano da aplicação do Direito, ou seja, busca estabelecer uma diferenciação qualitativa entre as normas a serem concretizadas diante de casos jurídicos específicos; é aqui que esse esforço analítico encontra sentido, ou seja, "no nível dos princípios enquanto parâmetros normativos e não tanto dos princípios ao seu mais alto nível de idealidade e universalidade" [432].

Nesse último âmbito, que também é jurídico, não se estará, contudo, a se analisar a estrutura da norma, mas, sim, se se está diante de uma premissa fundamental, justificadora do sistema de Direito e que condensa em si alto grau de idealidade, abstração e generalidade, não obstante sua capacidade de originar e fundamentar asserções específicas; os princípios constituem "exigências racionais, éticas ou axiológicas da experiência jurídica" e, na sua formatação inaugural, notadamente, por seu caráter ideário, "não têm um conteúdo proposional definido", sendo "avessos a uma formulação linguística precisa", o que, contudo, "*não significa que não possam e devam adquirir conteúdo proposicional*" [433].

Assim, em um primeiro momento, os princípios reúnem, em expressões sintéticas – de forma a possibilitar o abarcamento da ampla gama de situações que se destinam a regulamentar – ideias básicas e fundamentais da ordem instituída; são manifestações positivas

[432] CORTÊS, António. *Jurisprudência dos Princípios*, pág.129.
[433] CORTÊS, António. *Jurisprudência dos Princípios*, págs.28-30.

de orientações axiológicas legitimadoras do sistema jurídico e que ainda não revelaram as vielas específicas em que irão se inserir e nem mesmo a forma dessa inserção.

Os princípios jurídicos, classe na qual se incluem os princípios de Direito Constitucional, possuem características comuns, contudo, também apresentam notas distintas, o que sugere devam ser divididos em grupos de acordo com a maior ou menor presença de pontos de convergência; Canotilho, a considerar essas particularidades, apresenta uma distribuição tipológica entre essas normas, dentro da qual reconhece a categoria dos "**princípios jurídicos fundamentais (Rechtsgrundsätze)**"; estes, de acordo com o conceito apresentado pelo autor, são "*os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*"; além disso, "constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo"; de resto, os princípios jurídicos fundamentais são dotados de uma "função negativa", a partir do que são estabelecidos limites de contenção ao agir do ente público, bem como possuem uma "função positiva", da qual decorrem condicionantes materiais à atuação estatal; como exemplo, dentre outros, cita o princípio da proibição do excesso, inclusive, como detentor de ambas as funções [434].

O princípio da proporcionalidade, como bem destacado, reúne em si todos esses adjetivos; o valor básico fundador de um Estado de Direito é a garantia do respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, a partir do que, uma vez assumida como princípio no plano jurídico-positivo, a observação e preservação dessa dignidade da pessoa vincula normativamente o Estado; no arquétipo constitucional, esta ideia central – dignidade da pessoa humana – que se impõe como conceito primeiro a ser realizado, encontra apoio imediato no princípio do Estado de Direito, o qual, inarredavelmente, está vinculado à realização daquele conceito; na ideia de Estado de Direito são concentradas as linhas mestras, as quais igualmente assumem a forma de princípios, cujos traçados delineiam a base para que seja alcançada a almejada observância ao exigido pela dignidade humana.

Assim, essa organização estruturante – e principiológica – estabelece algumas diretrizes fundamentais do sistema jurídico-constitucional, dentre as quais se encontra um imperativo de proporcionalidade, o qual limita amplamente a atuação ou possibilidade de omissão, estatal e,

[434] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*, pág. 1165.

inclusive, dos particulares, que afete desvantajosamente ou não promova e proteja os direitos fundamentais e, consequentemente, a dignidade da pessoa humana; enquanto princípio fundamental ou estruturante do Estado de Direito é isto que a proporcionalidade dispõe; é exatamente essa formatação inicial aberta, imprecisa e indeterminada que lhe possibilita incidir e regulamentar diversas situações jurídicas afetas aos mais variados ramos do Direito.

Além disso, o princípio da proporcionalidade, enquanto expressão mais concreta do ideal de justiça e como mecanismo indispensável e essencial para o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, vem para o âmbito jurídico impregnada de um sentido axiológico, sendo, inegavelmente, uma expressão normativa dos valores básicos fundadores da ordem constitucional.

Os empecilhos articulados pelos autores citados ao negarem essa natureza principiológica à proporcionalidade desconsideram essa dimensão do princípio, pois a analisam já quando da aplicação do Direito; não partem, portanto, do plano de estruturação do Direito Constitucional. Isso fica bem claro, quando, por exemplo, analisa-se a objeção de Humberto Ávila ao destacar a incompatibilidade entre o conceito de princípio, a abstração e generalidade que lhe é inerente, e o conteúdo preciso do *postulado* da proporcionalidade; Ávila sempre aborda a proporcionalidade considerando sua função enquanto instrumento de concretização dos direitos fundamentais, não lhe dando outra aplicabilidade prática ou conotação sistemática, o que, ao final de tudo, reduz indevidamente suas possibilidades e, principalmente, seu fundamental sentido estruturante em Estado de Direito; contudo, como já demonstrado, a ideia expressada no princípio fundamental da proporcionalidade não pode ser negada enquanto elemento integrante da base estruturante do sistema, pois reflete um caráter indispensável da organização funcional de um Estado de Direito vinculado à dignidade da pessoa humana.

Ainda, é induvidoso que, em termos jurídicos, o emprego da proporcionalidade não se limita às estreitas fronteiras demarcadas por Humberto Ávila, sendo bem mais ampla sua esfera de incidência; além disso, difere o *modus operandi*, em cada hipótese aplicativa, ainda que os holofotes estejam apenas a iluminar a atuação do princípio quando da concretização dos direitos fundamentais; ainda aqui – âmbito que não exaure todas as suas funções dogmáticas – o princípio da proporcionalidade, enquanto mecanismo de controle, apresentará conotações distintas, de forma a impor, além de uma vedação de excesso às intervenções

estatais restritivas da liberdade, uma exigência de atução positiva suficiente ao Estado tendente a proteger e promover a dignidade da pessoa humana (proibição da proteção deficiente), além de caracterizar um imperativo de otimização relacionado à concretização de direitos fundamentais colidentes no âmbito das relações particulares.

No momento, tendo em vista a pauta que se está a abordar – natureza jurídica – o importante é deixar assinalado que em cada uma das hipóteses destacadas, as quais são manifestações específicas do princípio estruturante da proporcionalidade, a função assumida pelo princípio será distinta; ou seja, quando se estiver a tratar do controle de constitucionalidade das omissões, totais ou parciais, relacionadas à ausência de promoção ou proteção dos direitos fundamentais positivos, e o princípio da proporcionalidade funcionar como uma proibição da insuficiência, não haverá simetria, quiça, nem mesmo, estrutural e de conteúdo, quando o princípio estiver a funcionar como parâmetro, na forma de uma proibição do excesso, no controle de constitucionalidade das restrições legislativas opostas aos direitos fundamentais de defesa; igualmente, o princípio se apresentará com conteúdo e sentido aplicativo diverso quando empregado conjuntamente com a incidência dos direitos fundamentais em face das relações particulares; também, distinto será o *modus operandi* do princípio da proporcionalidade, a depender de cada específico emprego dogmático em que seja manejado.

Não se olvide, ainda, que, além de atuar como norma de controle das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais positivos e negativos, bem como na forma de um imperativo de otimização relacionado à concretização de direitos fundamentais colidentes no âmbito das relações particulares, há outras ocupações jurídicas assumidas pelo princípio da proporcionalidade, as quais, para poderem ser exercidas a contento, demandam que seja atribuída ao princípio da proporcionalidade uma configuração dogmaticamente autônoma [435]; para ilustrar o que se está a dizer, demonstrar-se-á, em sintéticas linhas, a aplicação do

[435] Veja-se, por exemplo, a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Urbanístico. LOPES, Dulce. Proporcionalidade, um instrumento fraco ou forte ao serviço do direito urbanístico? *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume IV – administração e sustentabilidade: entre riscos(s) e garantia(s), págs. 307-333*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Na esfera processual civil: NETTO, Fernando Gama de Miranda. *A Ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

princípio da proporcionalidade em âmbito diverso do Direito Constitucional, qual seja, em termos gerais, será exposta a utilização do princípio no Direito Penal [436].

Nesse específico ramo do Direito, a incidência do princípio da proporcionalidade é pacificamente reconhecida pela doutrina, sendo que, ainda, mesmo neste âmbito do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade manifesta-se diversamente, bem como é utilizado de diferentes formas, a depender de cada questão jurídica específica, situações que vão desde a "norma penal até a aplicação judicial da mesma" [437]- [438].

Na sua relação com a produção da lei penal, já podem ser vislumbrados dois fenômenos diversos relacionados ao princípio da proporcionalidade; em um primeiro momento, a atividade legislativa deve observar o princípio da proporcionalidade quando da edição de lei que, ao tipificar como criminosa determinada conduta, restrinja direitos fundamentais negativos, sendo esta relação – importância de proteção do bem ou interesse em contraponto com a intensidade de restrição oposta à liberdade, para alcançar o objetivo – que importará ao princípio da proporcionalidade.

Ainda, na elaboração da mesma lei, a pena prevista em abstrato no preceito secundário do tipo penal deve manter uma relação proporcional com o delito tipificado, aqui, no que Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano denomina de "fase de individualização legal", o princípio está

---

[436] Sobre o tema. BARRO, Alberto Jorge de Correia. *Direito penal constitucional***.** São Paulo: Edição eletrônica. Saraiva, 2012. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal. Tomo I. Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012. GÁRCIA, Isabel Sánchez. El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal. *La Ley, Vol. 04, 1994, págs. 114-124.* Madrid: La Ley, 1994. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Sobre el principio de intervención mínima do Derecho penal como límite do *ius puniendi*". *Estudios penales y jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, págs. 249-259*. Coordenado por Juan José González Rus. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. GRECO, ROGÉRIO. *Curso de direito penal. vol.1*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. MESA, Gloria Patricia Lopera. Principio de proporcionalidad e control constitucional de las leyes penales. Uma comparación entre las experiências de Chile y Colombia. *Revista de Derecho, volume XXIV, n.° 2, diciembre, 2001, págs. 113-138*. Diponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v24n2/art05.pdf. Último acesso em 29 de abril de 2019. MESA, Gloria Patricia Lopera. *Principio de proporcionalidad y ley penal. Base para um modelo de controle de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2006. PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

[437] SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. La proporcionalidad de la norma penal. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 159-189*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, pág. 160.

[438] Já no processo penal, existem outras especificidades quando da aplicação do princípio da proporcionalidade. D'URSO, Fávia. *Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2007. SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. El principio de proporcionalidad em el Derecho procesal español. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 191-215*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

posto "em relação a ações tipificadas e penas previstas" [439]/[440]; além disso, para Serrano, em um momento posterior, quando da "individualização judicial" [441] da pena, deve restar observada a proporcionalidade da sanção imposta (intervenção restritiva) em relação à gravidade do crime e à culpabilidade do agente; nesta esfera, o princípio da proporcionalidade possui a função de demonstrar a graduação concreta da pena a ser aplicada, dentro das margens, mínima e máxima, estabelecidas em abstrato pelo legislador, de maneira que a sanção penal aplicada ao caso seja proporcional em comparação à infração especificamente cometida [442]; não se olvide, também, de outras funções a serem desempenhadas pelo princípio da proporcionalidade no Direito Penal, inclusive, após a aplicação da pena, quando da execução criminal.

A autonomia dogmática do princípio da proporcionalidade "na conformação e controlo da lei penal" é reconhecida, também, por Vitalino Canas; segundo o autor, após a "conformação do fim" – que deve refletir a proteção de bens, interesses ou valores constitucionais [443] – ocorre a "aplicação do princípio da proporcionalidade clássica com algumas particularidades", a qual é direcionada para a apreciação da "proporcionalidade dos termos da tipificação abstrata da conduta e da pena" [444].

Nesse sentido, de acordo com Canas, para o segmento da adequação, "trata-se de apurar se a forma como a conduta está tipificada e o tipo de sanção estabelecida" mostram-se idôneas para a promoção de determinadas finalidades, notadamente, além do objetivo de tutela de determinados bens, interesses ou valores constitucionais, deve o legislador promover alguns "*efeitos materiais* imediatos" relacionados à promoção daquele objetivo geral de tutela, dentre os quais, podem ser destacados, o "fim da censura ou *retribuição*, da *prevenção geral positiva*

---

[439] SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Processo Penal*. Madri: Editorial Colex, 1990, pág. 31.

[440] Sobre a necessidade de o legislador estabelecer uma relação proporcional entre o preceito secundário do tipo penal e o preceito primário. MILHHOMEM, Flávio. O princípio da proporcionalidade como critério para a cominação de penas em abstrato. *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Volume XIV, 2000, Tomo 2, págs. 29-45*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2000, pág. 39.

[441] SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, pág. 32.

[442] SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, págs. 31-33.

[443] Como adverte o autor, os fins passíveis de tutela penal podem, ainda, ser vistos de forma mais estreita, a partir do que, dentre "os bens, interesses ou valores costitucionalmente protegidos", podem ser distinguidos "aqueles que podem almejar à proteção penal e aqueles que não", notadamente, aqueles "bens constitucionalmente protegidos, individuais ou coletivos, que *asseguram as condições básicas de vida em sociedade*". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1044-1045.

[444] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1055-1056.

ou integração" ou, ainda, "de *prevenção especial ou individual*"; no que diz com o segmento da necessidade, deve ser destacado que "no âmbito da produção (e controlo) da lei penal, o segmento da necessidade não impõe a comparação de todas as medidas alternativas, penais e não penais", ou seja, o confronto da medida escolhida em face de alternativas externas ao Direito Penal exaure-se na avaliação da *necessidade externa*, qual seja "no momento da escolha entre intervenção penal e não penal, processada a um nível de superior abstração", e, por sua vez, "a comparação típica da metódica da necessidade que se realiza a propósito de normas penais é uma comparação *no interior* da gama possível de medidas penais alternativas no que se refere à tipificação de condutas e de sanções"; de resto, no que diz com o segmento da proporcionalidade em sentido estrito, dentre algumas orientações, é preferida pelo autor a proposta a qual indica que esta exigência é formatada no sentido de impor às normas penais a definição de "penas cuja gravidade seja simultaneamente proporcional à gravidade do crime abstratamente considerado", bem como em comparação com a "importância dos bens, interesses ou valores jurídico-penais que se pretende proteger através dos efeitos preventivos da norma penal" [445].

Por fim, destaca-se, Canas admite que a proibição do defeito, também, pode incidir e indicar a ausência de cumprimento suficiente do dever de proteção de determinado bem, interesse ou valor constitucional, uma vez que a tutela penal seria exigível do legislador na hipótese, pois esta seria a única maneira "de o legislador atingir o equilíbrio exigível no cumprimento de deveres colidentes" [446].

Luigi Ferrajoli, por sua vez, reconhece a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, notadamente, na relação entre a pena e o delito; segundo o autor, deve haver uma relação "*adequada*" entre infração e sanção penal, o que envolve três questões, as quais podem ser remetidas para a "*predeterminação* pelo legislador do tipo e da medida máxima e mínima de pena para cada tipo de delito; o da *determinação* por parte do juiz da natureza e medida da pena para cada delito concreto; o da *pós-determinação*, na fase executiva, da duração da pena efetivamente sofrida"; contudo, mostra-se céptico acerca de parâmetros objetivos que demonstrem os termos desta adequação, bem como tende a conciliar o princípio

[445] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1047-1053.
[446] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 1046.

da proporcionalidade, em Direito Penal, com outros princípios, especialmente "legalidade e retributividade", e, mais diretamente, com o princípio da igualdade [447].

Esses apontamentos doutrinários tem o intuito de demonstrar a diversidade aplicativa e funcional do princípio da proporcionalidade, quando atua, por exemplo, como uma proibição do excesso ou como proibição do defeito, e o que ocorre quando o princípio é aplicado no Direito Penal; apesar de não se chegar ao ponto de demonstrar as particularidades da proporcionalidade neste específico ramo do Direito, é lógica a conclusão de que a forma de aplicação do princípio e os testes que são impostos por seus elementos estruturais não ocorrem da mesma forma do que o verificado quando da incidência da proibição do excesso e da vedação da insuficiência; ainda, atém mesmo, no momento da produção da lei penal, quando da definição de seus preceitos primários e secundários, bem como nas fases de individualização e execução da pena, podem ser verificadas alterações.

Destarte, essa diversidade funcional, a depender da situação específica aplicativa e do problema dogmático subjacente, denota que a proporcionalidade deve possuir uma natureza diversa dos específicos empregos jurídicos que lhe sejam atribuídos em cada caso, não obstante seja o fundamento de base que lhe prescreve aplicação às hipóteses descritas o mesmo, qual seja a imposição de que atuação do ente estatal ocorra de forma proporcional, ao afetar desvantajosamente os direitos fundamentais em Estado de Direito.

Essa pluralidade aplicativa do princípio da proporcionalidade, também, é reconhecida e anotada por Jorge Miranda; o Professor da Universidade de Lisboa articula breve síntese acerca das manifestações do princípio da proporcionalidade na Constituição portuguesa, a grifar a seguintes situações: quando das restrições aos direitos fundamentais; em casos de escolha pelo estado de sítio ou de emergência, bem como no momento de concretização das medidas que visam o restabelecimento da normalidade constitucional; na decretação da prisão preventiva; na execução da sanção penal; na fixação de inelegibilidades para acesso aos cargos eletivos; na expropriação por interesse público urbano; quando da ocorrência de restrição a direitos fundamentais de militares; como limite ao poder de polícia; na constituição

[447] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomir, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 320.

das associações públicas; na modulação dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade [448].

É interessante notar que, não obstante a diversidade de hipóteses, em todas as situações ilustrativas utilizadas, referentes à aplicação do princípio da proporcionalidade, a origem normativo-constitucional acaba por ser a mesma, qual seja a ideia de Estado de Direito vinculado à dignidade da pessoa humana; em nenhum dos casos, a utilização da proporcionalidade deriva de fonte diversa; com efeito, a natureza de princípio fundamental lhe é inerente, enquanto grandeza que incorpora em si uma premissa básica do sistema constitucional, ainda que em momentos posteriores, quando da elaboração e aplicação do Direito, possa vir a adquirir conteúdo preciso e formulação propositiva.

Essa aplicação será diversa e assumirá contornos específicos em cada problema dogmático que requeira a incidência do princípio; essa diversidade fica manifesta, a partir de uma simples análise das diferentes situações jurídicas em relação às quais o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado.

Veja-se, por exemplo, Jorge Miranda, o qual, após estabelecer uma síntese das situações explícitas na Constituição portuguesa que fazem referência à aplicação do princípio da proporcionalidade, menciona expressamente o fato de que, apesar de o princípio possuir, em linhas gerais, importância quando em causa a atuação do Estado amplamente considerada, sua aplicação acaba por ser diferente a depender de cada situação concreta [449].

É da estrutura básica de um Estado de Direito social e democrático, âmbito no qual o princípio da proporcionalidade funciona como um pilar fundamental, a existência de uma vedação geral de ações estatais arbitrárias que possam afetar desvantajosamente a dignidade da pessoa humana; precisamente, o princípio da proporcionalidade assume a natureza jurídica de princípio estruturante do Estado de Direito.

Isso porque, o conceito contemporâneo de Estado de Direito reflete em si uma ideia de síntese a expressar a forma pela qual o Estado deve se relacionar com os indivíduos; a

[448] MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional, Tomo IV*, págs. 282-283.

[449] No contexto da assertiva referida no texto, Jorge Miranda, inclusive, cita passagem constante de Acórdão do Tribunal Constitucional português (Acórdão n.° 187/2001, n.° 15), no qual se lê "que o princípio da proporcionalidade cobra no controlo da actividade do legislador um dos seus significados mais importantes. Isso não tolhe, porém, que as exigências decorrentes do princípio se configurem de forma diversa para a actividade administrativa e legislativa". Ainda, acrescenta o Tribunal que essa pluralidade e amplitude aplicativa implicam que "o princípio, e a sua prática aplicação jurisdicional, tenham um alcance diverso para o Estado-Administrador e para o Estado-Legislador". MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional, Tomo IV*, págs. 283-284.

expressão – Estado de Direito – abrange, assim, além da simples concepção de submissão do Estado ao Direito, outros elementos constitutivos (os princípios da socialidade e democrático, por exemplo), os quais podem ser encontrados, inclusive, implicitamente consagrados na Constituição, bem como desafia um sentido material de respeito, promoção e proteção à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais [450].

Um dos vínculos que alcança o Estado nesse modelo de organização política é, precisamente, a exigência, imposta juridicamente pela consagração constitucional do princípio da proporcionalidade, de que o Estado leve o indivíduo em consideração, não podendo afetar desvantajosamente suas esferas jusfundamentalmente protegidas sem a devida justificação constitucional e de forma a ir além do indispensável para a promoção das finalidades buscadas, bem como não se omita injustificadamente em proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

Assim, o princípio da proporcionalidade, em um primeiro plano, antes de descer à casuística de sua aplicação, revela alto grau de abstração e sensível conteúdo axiológico, a estabelecer uma orientação geral proveniente do sistema constitucional de que é imperativa a busca do melhor equilíbrio entre interesses constitucionais conflitantes, vedando-se qualquer restrição inútil, desnecessária e desproporcional; somente em um segundo plano, adquirirá conteúdo determinado e potencialidades concretas de aplicação.

Com efeito, a natureza jurídica da proporcionalidade é a de um princípio estruturante ou fundamental de um Estado de Direito social e democrático; não se pode confundir sua natureza jurídica com alguma específica função a ser exercida concretamente, uma vez que, essa concepção acaba por diminuir a amplitude e, até mesmo, a importância do princípio da proporcionalidade na ordem constitucional.

5. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Muitas das críticas dirigidas ao princípio da proporcionalidade apontam que, apesar de ser manejado como critério jurídico dirigido para a aplicação de normas constitucionais,

[450] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, págs. 09-10 e 43-46.

notadamente, de direitos fundamentais, é um mecanismo desprovido de clareza analítica, não sendo dotado da exatidão necessária a permitir que, a partir de sua utilização, sejam alcançadas decisões judiciais intersubjetivamente demonstráveis; na realidade da prática jurisdicional, o que acaba por ocorrer, muitas vezes, é a utilização da proporcionalidade como um *topoi* argumentativo flexível o suficiente para justificar as mais variadas decisões e fazer prevalecer, ante cada caso concreto, a posição subjetiva do julgador acerca do assunto objeto de discussão [451].

Um dos pontos que contribui para a suposta imprecisão que rodeia o princípio da proporcionalidade é a ausência de distinção em face de outros critérios igualmente dirigidos à concretização dos direitos fundamentais, razão pela qual é indispensável que se proceda ao devido trabalho analítico de forma a diferenciar a proporcionalidade de outras figuras afins e que se apresentam de forma concorrente, cooperativa ou, até mesmo, sobreposta [452].

Nesse âmbito, uma das questões que origina inúmeras indagações é a relação entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; no cenário brasileiro, por exemplo, ficou nítido que, de forma majoritária, há uma identificação desses dois princípios como grandezas que expressam o mesmo sentido ou, ao menos, "conceitos que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade" [453]-[454].

---

[451] Sobre o tema, notadamente, a sustentar aa existência de um manejo *irracional* da ponderação e do princípio da proporcionalidade pela jurisprudência brasileira. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.* 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Contudo, deve restar consignado que o autor, em sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, busca a racionalização das decisões judiciais a partir de outros instrumentos hermenêuticos e de diversa concepção da ordem jurídico-constitucional – por exemplo, não aceita a existência de colisões jusfundamentais – de maneira a não adotar o princípio da proporcionalidade e a ponderação no seu *discurso* de aplicação do Direito, afastando-se completamente, com efeito, das ideias defendidas nesta dissertação. Sua linha teórica vem recebendo seguidores no Brasil – a *Escola Gaúcha de Hermenêutica* – dentre os quais, por todos, cita-se: COSTA, Marcelo Cacinotti. LIMA, Vinícius de Mello. *Decisão Judicial e Democracia – por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2017.

[452] CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da), pág. 12.

[453] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição - Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 230.

[454] Ver, também, acerca do debate no âmbito da doutrina brasileira referente às distinções e semelhanças entre proporcionalidade e razoabilidade: FROTA, Hidemberg Alves da. O proporcional e o razoável: a contribuição pioneira de Rui Barbosa ao estudo do critério da necessidade e do princípio da razoabilidade. *Âmbito Jurídico, vol. XIV, n.° 92, setembro de 2011*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10350. Ainda, acerca das teorias que autonomizam ou integram a proporcionalidade e a razoabilidade: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1077-1084.

O termo *razoabilidade* é utilizado com diversos significados e para expressar inúmeras situações [455]; nesse sentido, por exemplo, Humberto Ávila destaca três sentidos principais, a saber: "primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto"; de outro lado, em sentido diverso, o termo razoabilidade é utilizado para expressar uma "diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir"; por fim, "a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas" [456].

A doutrina de Ávila permite, desde logo, concluir que o termo razoablidade é empregado de maneira variável e a expressar um manejo muntifuncional, assim, exaurir os mais diversos sentidos nos quais a *razoabilidade* vem sendo utilizada, além de inviável neste espaço, é uma tarefa alheia aos objetivos desta dissertação; o que aqui importa, é a realização de uma análise voltada para a verificação do sentido jurídico principal que o *princípio da razoabilidade* vem assumindo no Direito Constitucional brasileiro, especialmente, na sua relação com os direitos fundamentais, bem como identificar a (in) existência de uma possível sobreposição ao princípio da proporcionalidade; a partir disso, verificar-se-á a presença ou a ausência de simetria entre ambos; de outro lado, fica anotada a existência de sentidos outros, diversos dos que serão trabalhados infra, nos quais a razoabilidade é empregada.

Entrementes, em um primeiro momento, calha expor posição no sentido da existência de uma integração entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; na mesma linha de muitos autores brasileiros, essa equiparação entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade é defendida por Luís Roberto Barroso [457], o qual, dada a relevância de suas obras e a significativa contribuição que geraram para a doutrina constitucional brasileira, seleciona-se para exemplificar esse pensamento; além disso, os motivos que estão subjacentes a essa concepção serão devidamente expostos e analisados.

Para Barroso, ambos os princípios possuem origens no Direito Administrativo, bem como são utilizados, atualmente, como expressões do mais elevado mandamento constitucional,

[455] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1077-1078.
[456] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, pág. 152.
[457] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação*, págs. 224-253..

qual seja o imperativo de que todos os atos estatais, inclusive, os legislativos, configurem-se como reais expressões de Justiça; as exigências advindas do princípio da razoabilidade (ou da proporcionalidade), por refletirem mais concretamente essa ideia base de Justiça, caracterizam-se como limites à discricionariedade administrativa e legislativa, a partir do que deve o Poder Judiciário macular como inconstitucionais todos os comportamentos do Estado que ultrapassem essa fronteira delimitada pelos referidos princípios.

A diferença entre ambas as grandezas estaria, essencialmente, na origem, uma vez que, enquanto o princípio da razoabilidade encontra gênese no direito anglo-saxão, como decorrência de interpretações judiciais que vislumbraram um sentido substantivo na cláusula do *due process of law* – 5ª e 14ª emendas à Constituição dos Estados Unidos da América – e, com efeito, passaram a submeter as ações legislativas a um crivo de constitucionalidade substancial – no caso, a razoabilidade das leis –, o princípio da proporcionalidade possui matriz germânica e é entendido como uma exigência implícita ao princípio do Estado de Direito [458].

Para formatar o conteúdo do princípio da razoabilidade/proporcionalidade, Barroso recorre: a alguns precedentes da Suprema Corte norte-americana, bem como à doutrina estadunidense sobre o *substantive due process of law* (reconstruindo toda a progressão da aplicação do princípio pelo referido Tribunal), bem como a formulações teóricas de inspiração germânica e julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão que invocam a proporcionalidade como fundamento de decisões que reconheceram inconstitucionalidades de leis restritivas a direitos fundamentais; além disso, expõe as situações de possível incidência da razoabilidade e estabelece sua relação com o princípio da igualdade; ao fim e ao cabo, por não vislumbrar diferenças significativas entre ambos, considera-os expressões de uma mesma exigência constitucional (Justiça), bem como entende que são formados por testes ou exames, em tudo semelhantes, que deverão ser observados pelas ações estatais restritivas; assim, o

[458] A seguinte passagem, bem sintetiza o pensamento do autor. "Diante disso, abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula". BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação*, pág. 244.

autor entende como optativo o seguimento de qualquer terminologia e reconhece que a Constituição Federal brasileira admite ambas as conclusões, pois positiva a garantia do devido processo legal, bem como constitui um Estado de Direito.

Essa posição teórica é tão forte em *terrae basilis* que, inclusive, o Supremo Tribunal Federal define a cláusula do devido processo legal como matriz normativa a fundamentar o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) na ordem constitucional brasileira.

Destarte, é necessário que se faça um escrutínio crítico dessa construção teórica, de forma a que se avalie a (in) correção da alegada identidade entre os princípios e, para isso, como aponta com precisão Wilson Antônio Steinmetz, um dos caminhos é "buscar, na evolução histórico-dogmática do *due process of law* substantivo, os indicadores ou critérios de 'mensuração' da razoabilidade" [459]; entrementes, deve ser verificado se, efetivamente, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade expressam o mesmo padrão substancial quando aplicados no controle jurisdicional das ações estatais restritivas a direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, antes de outras ilações, é indispensável deixar claro o papel estruturante que a cláusula do devido processo legal possui em ordens jurídicas assentadas no *common law*; nesses específicos sistemas, a configuração da cláusula do devido processo legal é direcionada para garantir a própria supremacia do Direito; de outro lado, em ordens jurídicas formatadas a partir da ideia de a lei ser a fonte principal do Direito, a cláusula do devido processo legal perde relevância; nas palavras de Cezar Saldanha Souza Junior, pode-se dizer que o "*common law*, *rule of law* e *due process* formam um trinômio, que caracteriza um tipo peculiar de unidade política" e se analisados separadamente ou "divorciados do tipo de unidade política ao qual são inerentes, perdem todos, e cada um, o seu sentido e sua finalidade" [460].

O *due process of law* cobra sentido essencial e específico na asseguração do *rule of law*; de acordo com Cezar Saldanha, há três pilares a sustentar a supremacia do *common law*, quais sejam: a investidura de Juízes com competência para fazer prevalecer o Direito costumeiro; processos jurídicos a possibilitar a aplicação do Direito; exigências de forma, as quais acabam por ser englobadas na garantia do *due process*; assim, em síntese, "pode-se conceituar o *rule*

[459] SEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais*, pág. 188.
[460] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito*, pág. 104.

of law como a forma de supremacia do direito, própria do *common law*, que opera, pelo poder judiciário, mediante a técnica e os meios do *processo jurídico devido*" [461].

A origem da cláusula do devido processo legal, entendida, especialmente, como dotada de uma dimensão procedimental, encontra matriz na Inglaterra, tendo como referência inaugural na Magna Carta inglesa, de 1215, na disposição *law of the land*; é muito controvertida a existência de um aspecto substancial do *due process of law* neste período inicial, havendo posições doutrinárias no sentido de a ideia ser impensável no *common law* inglês, contudo, de outro lado, há os que sustentam que a dimensão substantiva do *due process of law* foi, sim, reconhecida na Inglaterra, especialmente, a partir das construções teóricas de Sir Edward Coke, notadamente, no trabalho *Institutes of the Laws on England*, propostas que foram, inclusive, absorvidas nos precedentes D*r. Bonham's Case*, *Five Knights Case* e a *Petition of Right* [462]; contudo, o ingresso nessa discussão mostra-se dispensável, até porque, mesmo se reconhecido que na Inglaterra houve a consagração de um devido processo legal substantivo, não foram daí retiradas maiores consequências jurídicas, prevalecendo, a ideia de soberania do Parlamento; nesse sentido, destaca-se, apenas, que na Inglaterra houve a consagração da cláusula do devido processo legal, contexto no qual foi dotada, especialmente (quiça, exclusivamente), de uma dimensão procedimental e funcionalizada para garantir a supremacia do Direito.

Destarte, em sua formatação original – cláusula estruturante do *common law* inglês –, o *due process of law* exaure-se no estabelecimento de garantias de cunho formal, como, por exemplo, a ampla defesa e o contraditório, bem como funciona como mecanismo indispensável para a observância da supremacia do Direito; até porque, nesse sistema, não é a *Justiça* substancial das normas, mas, sim, o respeito às garantias formais e procedimentais cabíveis ao caso que acaba por conferir legitimidade à solução judicial encontrada quando da aplicação do Direito à situação concreta; a decisão fará reverência a uma justa razoabilidade se for levada a efeito em conformidade com o preconizado pelo *procedural due process* [463].

---

[461] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito*, págs. 103-105.
[462] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. A Linha Decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, págs. 02-03 e 16-17. Às fls. 23-39, a autora procede à análise dos precedentes referidos no texto.
[463] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito*, págs. 82-84.

Nesse ponto, no *common law* inglês, resta inserido, como exigência da garantia do devido processo formal, o princípio da razoabilidade, o qual, partindo "dos dados fáticos do conflito e da experiência do justo em concreto", define que "a tarefa do julgador é encontrar a *coisa justa*, ou seja, a solução mais equilibrada", o que será efetivado, uma vez observadas as garantias processuais de cunho formal inerentes à hipótese [464].

Nos Estados Unidos, apesar da adesão ao *common law* [465], a cláusula do devido processo legal possui sede constitucional e, além do aspecto procedimental, adquiriu, sem espaço para dúvidas, uma dinâmica substancial, passando a ser considerada, dentre outras perspectivas assumidas, como um exigência material decorrente do texto constitucional; além disso, a partir dessa faceta material, muitos direitos, com base no *substantive due process of law*, foram reconhecidos como implicitamente consagrados na Constituição norte-americana; ainda, a exigência de razoabilidade, extraída da dimensão substancial do devido processo legal, passa a servir como linha argumentativa na revisão judicial a permitir que a jurisdição constitucional reconheça a existência de inconstitucionalidade da medidas estatais restritivas, a partir da aplicação de enunciados constitucionais [466].

Essa nova perspectiva – *substantive due process of law* – possui sentido, apenas, na realidade do *common law* estadunidense, pois, ao contrário do que ocorre Inglaterra, no sistema jurídico norte-americano vigora o princípio da supremacia da Constituição escrita [467]; diga-se, ainda, ser exatamente em razão de a Constituição norte-americana estar no topo da hierarquia das fontes do Direito que ao *due process of law* foi outorgado um caráter substancial, além das tradicionais garantias instrumentais e procedimentais; no momento em que todo o Estado, inclusive o Parlamento, está submetido à Lei Maior, devem existir, correlativamente, mecanismos de controle de constitucionalidade dos comportamentos dos atores estatais [468].

Logo, o *substantive due process of Law*, dentre outros diversos efeitos, estabelece requisitos materiais que devem ser preenchidos pelas ações do Estado que afetem

---

[464] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito*, pág. 84.
[465] BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of The United States*. Fourth Edition. St. Paul: West, Thompson, 2006, págs. 40-44. Disponível em: https//edisciplinas .usp.br/pluginfile.php/998964/mod_resource/content/1/aula%206%20-%20Burnham.pdf.
[466] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo*, pág. 59.
[467] BURNHAM, William. *Introduction to the Law*, págs. 41-42.
[468] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo*, págs. 40-41.

desvantajosamente direitos constitucionalizados, notadamente, como inerente ao devido processo, há uma exigência de *razoabilidade* dessas condutas, a qual é amplamente reconhecida pela prática judicial estadunidense; em outras palavras, pode-se dizer que "o *teste de razoabilidade* constitui-se um encadeamento de passos formais que conduzem a argumentação da aplicação da faceta substantiva do devido processo legal" [469]; entrementes, caso não seja observado o *princípio da razoabilidade* pelo legislador, o Judiciário, em controle concreto e incidental de constitucionalidade, afastará a aplicação da medida estatal do caso, devido à violação do devido processo legal substantivo e, consequentemente, em razão do desrespeito à Constituição.

Destarte, a garantia de um processo correto, justo e, como tal, capaz de encontrar a solução mais *razoável* para o caso concreto, é acrescida, agora, além da dimensão formal, de outras características, as quais acabam por refletir exigências substanciais capazes de macular como inconstitucionais as ações estatais que desrespeitem essas diretrizes materiais, uma vez que, nesse específico sistema jurídico, o *common law* é conciliado com a existência de uma Constituição escrita hierarquicamente superior às outras fontes do Direito

A *razoabilidade norte-americana*, assim, mostra-se diversa da *inglesa*, pois impõe que apenas decisões tomadas de acordo com determinados padrões substanciais – e não, apenas, formais – podem ser legitimamente rotuladas como expressões de *Justiça*; o fato de o processo haver sido levado a termo em conformidade com a lei do país não é, por si só, garantia suficiente para que se alcance uma decisão justa; o *due process*, no Direito norte-americano, requer algo mais – e, somente assim, ter-se-á *Justiça* –, a partir do que a própria lei deve ser submetida ao crivo de determinadas pautas materiais, notadamente, uma exigência de *razoabilidade*.

Entrementes, assim como o *procedural due process* possibilitou o desenvolvimento do *commun law* na Inglaterra, o *substantive due process* foi indispensável para consolidação do Direito nos Estados Unidos, especialmente pela necessidade de se garantir a concretização e a supremacia da Constituição; o aspecto substancial atribuído ao devido processo acabou por ser "o elo que faltava para integrar o *common law* ao texto literal da Constituição" [470].

[469] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo*, págs. 354.
[470] SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito*, pág. 115-117.

Já em 1856, a Suprema Corte norte-americana proferiu decisão (*Murray´s Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co*., 59 U.S., 276), na qual deixou assentado que a leitura da cláusula do devido processo não deveria ser feita, apenas, sob a perspectiva formal, mas, para ser atendido, o *due process of law*, além das limitações de índole procedimental, também, imporia aos atos estatais, inclusive, aos legislativos, a necessidade de observância a determinados padrões substanciais, somente com o que poderiam ser efetivamente considerados como de acordo com a Constituição [471].

Assim, uma vez assentada a exigência de um *substantive due process of law* no Direito norte-americano, a questão próxima deve buscar a definição de quais são e em que consistem os referidos parâmetros materiais, ou seja, delimitar quais as exigências substanciais que, uma vez descumpridas, implicam o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou outro ato estatal; é precisamente neste ponto que o princípio da razoabilidade se insere, pois estará em desacordo com o *substantive due process of law* a conduta estatal que não atender à razoabilidade.

O processo de evolução da concretização da Constituição norte-americana, no caso pela aplicação do *substantive due process of law*, é muito rico e observou fases diversas, as quais não necessitam de demonstração completa para o alcance dos objetivos pretendidos neste capítulo; devem ser feitos, apenas, alguns apontamentos.

No primeiro momento digno de destaque, a Suprema Corte norte-americana sindicou com muito rigor as decisões do legislador, independentemente de estarem em causa restrições a *liberdades econômicas ou pessoais*, fatos ocorridos durante a denominada era *Lochner*, período no qual a Corte maior *barrou* diversas leis federais e estaduais, em razão de conterem ingerências estatais na liberdade individual à revelia de um devido processo substantivo [472]; contudo, a aplicação jurisdicional da garantia do devido processo, na verdade, acabou por impedir a implementação de pautas progressistas, bem como implicou uma negativa de defesa aos interesses de grupos sociais vulneráveis; como exemplo, destaca-se a famosa decisão lançada no precedente *Lochner v. New York*, U.S. 45 (1905), na qual o Tribunal Supremo considerou inconstitucional a legislação que definia uma jornada máxima de trabalho para a

[471] IDES, Alan. MAY, Christopher N. *Constitutional Law Individual Rights*. Fourth Edition. New York: Aspen Publishers, 2007, pág. 56.
[472] TRIBE, Laurence H. DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991, pág. 65.

profissão de padeiro; segundo asseverado pelos julgadores, a lei restringia de forma irrazoável a liberdade contratual (implícita ao *substantive due process of law*), estando, portanto, em desacordo com o devido processo material, pois não haveria nenhuma relação direta de causalidade entre a proteção à saúde dos trabalhadores (objetivo da lei) e a jornada de trabalho, além de existirem outros meios, menos restritivos, capazes de alcançar a finalidade buscada [473].

A Corte perfaz uma avaliação e delimita, a partir disso, o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade; após, estabelece se a regulação do horário de funcionamento do estabelecimento comercial estava dentro dos limites do poder de polícia estatal, tendo chegado à formatação dos referidos marcos a partir da verificação da legitimidade dos objetivos buscados pela lei e da análise da idoneidade do meio empregado pelo legislador na consecução dos objetivos [474].

Apesar de o Tribunal haver derrubado no período referido – 1905 a 1930 – diversas leis que intervinham nas atividades econômicas, com base no *substantive due process of law*, a era *Lochner* acabou por sucumbir, passando a Suprema Corte norte-americana a demonstrar uma maior deferência com as opções legislativas restritivas das liberdades econômicas; no que se refere às liberdades pessoais, todavia, a análise judicial de constitucionalidade das afetações desvantajosas seguiu sendo feita mediante a incidência de diretrizes materiais rigorosas.

Após a era *Lochner*, o aspecto material da cláusula do devido processo legal continuou a se expressar a partir da exigência de razoabilidade da lei, a qual é aquilatada mediante uma análise que engloba a verificação da legitimidade dos fins buscados pelo legislador e, de outro lado, pela constatação da idoneidade e necessidade das medidas restritivas empregadas para a consecução dos objetivos.

Atualmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos utiliza dois parâmetros para identificar se a lei observou à razoabilidade e, consequentemente, ao *substantive due process*; o primeiro passo é expresso em uma diferenciação do interesse objeto de tutela pela norma constitucional, devendo restar definido se a restrição legislativa foi oposta em face de uma *liberdade fundamental* ou incidiu sobre a *propriedade*, *liberdade econômica* ou outra

[473] IDES, Alan. MAY, Christopher N. *Constitutional Law*, págs. 58-59, 65-68 e 70-73.
[474] ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *The Yale Law Journal, Vol. 96, n.° 05, (Apr., 1987), pp. 943-1005*. New Haven: The Yale Law Journal Company, 1987, pág. 951.

liberdade não fundamental; em se tratando de analisar a afetação desvantajosa imposta em face de uma *liberdade fundamental*, o parâmetro material de controle a indicar a *razoabilidade* da lei e, consequentemente, a observância do *substantive due process of law*, define-se como um *rígido escrutínio* da medida legislativa, a qual somente terá sua constitucionalidade reconhecida se restar demonstrado que a finalidade buscada pela lei é legítima e relevante, sendo o meio empregado pelo legislador o menos restritivo dentre os capazes de alcançar as metas subjacentes à norma; de outro lado, se estiver em causa a verificação da *razoabilidade* de uma lei restritiva à *propriedade* ou *liberdade econômica*, o parâmetro de controle imposto pelo *substantive due process* se exaure em um *teste básico de racionalidade*, o qual exige, apenas, a comprovação da legitimidade do fim buscado com a legislação [475].

Em suma, desconsiderando-se algumas variantes, o teste de razoabilidade das leis restritivas, decorrente do devido processo substancial, utilizado pela Suprema Corte norte-americana, em se tratando de afetação desvantajosa à *liberdade fundamental*, impõe que seja realizada a análise da finalidade buscada pela lei, a qual deve refletir um interesse público relevante, bem como a verificação do meio utilizado pelo legislador, uma vez que a medida empregada deve ser a menos restritiva dentre as disponíveis e com igual idoneidade para alcançar o objetivo traçado; de outro lado, em se tratando de *liberdade econômica*, o teste de razoabilidade cinge-se à verificação de legitimidade e importância da finalidade buscada com a lei restritiva.

Ainda, é digno de nota o fato de a ponderação – *balancing* – também possuir aplicação na esfera do *due process*, tendo sido utilizada, ainda que sem exclusividade, como método de interpretação constitucional nessa seara; não raras vezes, a Suprema Corte, utilizando-se de pragmatismo jurídico e no contexto de um movimento anti-formalista, alcançou a solução do caso mediante um sopesamento entre o interesse público buscado e a liberdade restringida; ou seja, por exemplo, para se chegar à conclusão de que, na hipótese, se estava diante de um *relevante* interesse público ou da excessiva onerosidade do meio utilizado, valeu-se a Corte de um raciocínio argumentativo que justificava a decisão com base no maior ou menor peso dos interesses colidentes; mas, mesmo no âmbito do devido processo, a prática jurisprudencial

[475] IDES, Alan. MAY, Christopher N. *Constitutional Law*, págs. 59-65.

não se limitou a recorrer ao *balancing* apenas nos exemplos destacados; a utilização do método remonta, ainda, à definição de conceitos indeterminados, limites do objeto de proteção e âmbito de tutela das normas constitucionais; entrementes, ao invés de se valer, apenas, de categorizações definitivas, os pesos relativos dos bens conflitantes são ponderados e, a partir disso, as questões sob apreciação jurisdicional são solucionadas, definindo-se, ao final, se houve ou não observância à razoabilidade e ao devido processo material [476].

Em prosseguimento, como ilustração do que se está aqui a dizer, veja-se o precedente *Hudson v. Palmer*, 468 U. S. 517 (1984) [477]; em suma, o arguente era interno de estabelecimento prisional do Estado da Virginia, tendo formalizado pedido judicial, com base na 14ª emenda à Constituição americana, contra oficial estadual responsável pela efetivação de uma busca em sua cela, da qual, dentre outras questões, haveria, em razão da *busca irrazoável*, decorrido destruição de bens de sua propriedade pessoal; ainda, alegou violação à 4ª emenda da Constituição norte-americana, pois teria ocorrido uma *apreensão irrazoável* de seus bens; fundamentado nos referidos dispositivos constitucionais, buscava o reconhecimento: de que sofrera privação indevida de sua propriedade, por violação do devido processo (aqui, na perspectiva procedimental); de que era titular de direito à intimidade dentro de sua cela, o que lhe protegeria de buscas e apreensões irrazoáveis.

O voto condutor do *Chief Justice* Burger, no que se refere especificamente à aplicabilidade da 4ª emenda ao caso, debruça-se em definir se há uma expectativa *razoável* em se ter reconhecido um direito à privacidade no interior da cela, o que, consequentemente, protegeria o detento de buscas e apreensões irrazoáveis; para definir a existência de um *razoável* direito à privacidade é premente que seja levada a efeito uma ponderação entre os interesses colidentes na hipótese, quais sejam: o interesse da sociedade em que haja segurança nas instituições penais e o direito à privacidade do detento no interior da cela.

No caso, há prevalência do interesse coletivo – segurança das instituições penais –, o qual, também, é central para o alcance de outros legítimos objetivos, sendo que, de outro lado, o direito à privacidade já se encontra comprimido pelas conjecturas inerentes ao aprisionamento, não podendo se equiparar essa situação pontual com outras em que a

[476] Sobre o *balancing* e a prática judicial nos Estados Unidos: ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law. Em língua portuguesa: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 127-199. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 644-677.
[477] Disponível em http:www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/517.

privacidade está em causa, como no interior da residência ou do automóvel; para o alcance do objetivo de segurança das instituições penais é indispensável a vigilância e o monitoramento dos detentos dentro de suas celas, não se vislumbrando outra medida com igual eficácia e menos restritiva do direito à privacidade; com efeito, a conclusão – razoabilidade da intervenção restritiva – acabou por ser alcançada mediante uma ponderação entre os interesses colidentes.

A discussão a envolver a utilização do *balancing* no Direito norte-americano encontra enquadramento no âmbito do *substantive due process of law* e na exigência de *razoabilidade*, acabando a ideia de racionalização do método por ser alcançada "na *standardização* dos procedimentos de controlo e na cristalização tendencial dos seus resultados em regras de aplicação geral e abstrata" [478].

Em suma, os testes de razoabilidade das restrições às liberdades fundamentais podem ser sumarizados, nos seguintes termos: em um primeiro momento, deve ser verificado se há uma afetação desvantajosa, decorrente de ato estatal, à liberdade fundamental; após, em sendo positiva a primeira avaliação, impõe-se seja aquilatada a intensidade na qual a restrição atinge a liberdade fundamental; ainda, o teste de razoabilidade requer a análise dos objetivos buscados com a restrição, bem como da medida restritiva utilizada pelo Estado, notadamente, se ela almeja, verdadeiramente, promover uma finalidade constitucionalmente legítima e, ainda, se é capaz de justificar a restrição, sendo que, além disso, deve ser verificado se o meio selecionado é idôneo para a promoção da finalidade buscada e, também, se a medida é a menos restritiva entre as disponíveis e capazes de alcançar em igual intensidade o objetivo constitucional; por fim, deve ser valorado se a finalidade buscada possui peso suficiente para embasar a afetação desvantajosa à liberdade fundamental [479].

Assim, no Direito norte-americano, o controle jurisdicional de constitucionalidade das restrições aos direitos constitucionalizados encontra fundamento e legitimidade no aspecto substancial da cláusula do devido processo legal, a qual, além de embasar o reconhecimento de direitos implícitos, também estabelece, a partir da exigência de razoabilidade, critérios para a delimitação do conteúdo dos direitos, bem como parâmetros materiais a serem observados pela atuação estatal restritiva; a ponderação também é integrada aos quadros do princípio da

[478] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 643.
[479] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo*, págs. 370-371.

razoabilidade, notadamente, para se aquilatar se o "*peso do fim* justifica uma diminuição no grau de concretização do *bem* ou da *liberdade* sob tutela do devido processo legal" [480].

De outro lado, na esfera do debate germânico, é no interior da ideia de Estado de Direito vinculado à proteção, promoção e respeito à dignidade da pessoa humana que a ponderação e as restrições aos direitos fundamentais ganham sentido, fundamento e justificação, sendo que "a síntese do processo de racionalização e dessubjetivação do recurso à ponderação de bens gira em torno da sua integração e aplicação concreta nos quadros do princípio da proporcionalidade em sentido lato" [481].

Interessante notar, também, que na Alemanha, bem como nas outras ordens constitucionais que lhe têm como referência, a ideia de possibilitar um controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos estatais, notadamente, a partir de um parâmetro integrado por normas abertas e imprecisas, é materializada pela conjugação dos direitos fundamentais com o princípio da proporcionalidade (derivado do princípio do Estado de Direito social e democrático), enquanto que no modelo norte-americano, a conjugação ocorre entre os direitos constitucionalizados e o princípio da razoabilidade (extraído da dimensão substantiva da cláusula do devido processo legal); para Martel, a razão abstrata do devido processo legal substantivo é a vedação de "*privações arbitrárias e desarrazoadas dos direitos de vida, propriedade e liberdade dos indivíduos, advindas do conteúdo das leis e dos atos executivos e das fundamentações das decisões judiciais, não importando quão razoáveis tenham sido os procedimentos empregados*" [482]; entrementes, em suma, funciona o princípio da razoabilidade como um critério material de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais e o devido processo legal, por sua vez, impõe uma vedação geral ao arbítrio estatal; não obstante, como já exposto neste trabalho, o modelo constitucional brasileiro, ao lado de outros países como Alemanha e Portugal, encontra no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da proporcionalidade a base jurídico-constitucional para a existência de uma vedação geral ao arbítrio estatal, bem como o critério material a ser observado pelas afetações desvantajosas aos direitos fundamentais.

[480] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo*, pág. 369.
[481] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 643.
[482] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo*, pág. 308.

Assim, tendo por base o até aqui demonstrado, vê-se, desde logo, a ausência de simetria exata entre os dois parâmetros; apesar de existirem convergências entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade – especialmente se for realizada, apenas, uma comparação genérica entre ambos –, notadamente, por se configurarem como padrões substanciais de constitucionalidade das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais, sendo mecanismos utilizados para a concretização do ideal constitucional de Justiça material da legislação e para assegurar a supremacia da Constituição, uma análise mais detida e concentrada especificamente nas questões dogmáticas que requerem a aplicação de cada um dos princípios revelarão diferenças significativas entre cada qual, bem como, de outro lado, os testes decorrentes das exigências de razoabilidade e proporcionalidade não podem ser considerados idênticos, o que vem a exigir a devida distinção analítica; em suma, está ausente uma simetria estrutural, de conteúdo e funcional entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Como já frisado, parte da doutrina constitucional brasileira e, inclusive, o Supremo Tribunal Federal definem o aspecto substancial do devido processo legal como a base constitucional de fundamentação para o princípio da razoabilidade e, também, para o princípio da proporcionalidade, uma vez que adotam posição pela identidade de sentido e função entre ambas as grandezas.

Não obstante, no cenário constitucional brasileiro, é possível, inclusive, lançar-se conclusão a apontar a ausência de sentido em se buscar uma dimensão material para o *due process of law*; a Constituição Federal do Brasil ao instituir, em seu artigo 5°, LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" estabelece a garantia procedimental de um devido processo antes da efetiva restrição de direitos, contudo, a extração de um devido processo legal substantivo a partir deste dispositivo não agrega maiores elementos aos parâmetros de controle de constitucionalidade dos comportamentos estatais restritivos, bem como não alcança outras consequências jurídicas que já não decorram dos próprios princípios estruturantes de um Estado de Direito social e democrático; como assevera Vitalino Canas, "os temas lançados a propósito da razoabilidade não são estranhos

nem insolúveis no quadro de outras figuras afins, designadamente no da própria proibição do excesso" [483].

Assim, na realidade constitucional brasileira, não se vê utilidade jurídica no reconhecimento de um devido processo legal substantivo; nos Estados Unidos, de acordo com o supradestacado, o *substantive due process of law* foi indispensável para a garantia da concretização e da supremacia Constituição do país, vigente em um sistema de *commun law* e promulgada com uma composição sintética, descritiva, apenas, de princípios básicos da ordem jurídica instituída; as funções dessa perspectiva material, nesse quadro, foram reconhecidas com muita amplitude e permitiram, dentre outros, o reconhecimento de direitos implícitos, a demarcação das fronteiras do âmbito de proteção de direitos e a definição de um parâmetro material para o controle das restrições aos direitos constitucionalizados, no caso, o princípio da razoabilidade.

A Lei Maior brasileira, ao contrário, assumiu um modelo de Constituição analítica, definindo em seu próprio texto um extensivo rol de direitos e garantias fundamentais; além disso, consagrou a possibilidade de outros direitos serem visualizados implicitamente, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual funciona como o parâmetro, a partir do rol materialmente aberto adotado pela Constituição (artigo 5°, §2°, CF), para o reconhecimento de interesses e bens jusfundamentalmente tutelados e implícitos no sistema constitucional ou, ainda que expressos, positivados fora do catálogo formal de direitos fundamentais.

Destarte, é ao princípio da dignidade da pessoa humana que a ordem constitucional brasileira recorre para o *fechamento definitivo* do sistema; é nesse princípio – e não no aspecto material do devido processo – que reside o fundamento último para o reconhecimento de novos objetos de proteção jusfundamental; não havendo tutela expressa do interesse ou bem por uma regra precisa e determinada e não sendo os *direitos-mãe*, positivados de forma genérica, aberta e indeterminada, cabíveis à hipótese, a possibilidade de ainda se reconhecer um direito fundamental reside na constatação de ser a pretensão em causa uma expressão parcelar da dignidade da pessoa humana.

[483] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 1082.

De outro lado, igualmente, não há relevância no *substantive due process of law* para a definição de um parâmetro material a ser observado pelas restrições aos direitos fundamentais; antes de tudo, essas exigências substanciais decorrerem do próprio Estado de Direito vinculado à dignidade da pessoa humana, sendo essa a base estruturante e primeira do sistema constitucional brasileiro; a própria garantia do devido processo é proveniente da organização sistemática da ordem brasileira nesses moldes e encontra fundamento na ideia da dignidade humana, logo, a exigência de proporcionalidade é algo prévio e não decorrente do aspecto material do *due process of law*, o qual não assume essa perspectiva estruturante na Constituição brasileira.

De outro lado, não bastasse essa ausência de relevância do *substantive due process* na realidade constitucional brasileira, para desvincular os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve restar claro que os testes impostos pelos princípios são distintos; apesar de existirem similitudes, especialmente, em se tratando de *liberdade fundamental*, a análise de meio-fim realizada pela Suprema Corte americana e as exigências de *adequação* e *necessidade* inerentes à proporcionalidade, as diferenças existentes entre os segmentos que compõem os princípios são notáveis.

Já na base da questão dogmática a ensejar o controle substancial da restrição, a distinção entre *liberdade fundamental* e *liberdade econômica*, bem como a diferente intensidade com que a exigência de razoabilidade se apresenta a depender da liberdade em causa, inexiste no sistema brasileiro; aqui, a fundamentalidade pode alcançar as mais diversas expressões do direito geral de liberdade, bem como encobre os direitos sociais e alguns interesses difusos; o decisivo para o reconhecimento da proteção jusfundamental é a definição do constituinte (fundamentalidade formal) ou ser o conteúdo do direito reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana (fundamentalidade material).

Não é, assim, a natureza do direito tutelado por norma constitucional que irá determinar o limite substancial às possibilidades restritivas, ao contrário do que ocorre com o princípio da razoabilidade no sistema norte-americano; o decisivo vai ser o dever estatal em causa, a função de defesa ou prestação positiva que está a ser desempenhada pelo direito fundamental na hipótese, bem como a relação jurídica de base a demandar a incidência do princípio da proporcionalidade; ainda que sua aplicação seja diferenciada em cada caso, isso decorre da própria lógica dogmática a ser seguida em cada específico problema jusfundamental

colocado, e não implica uma menor ou maior intensidade de proteção em cada caso. Sinteticamente, da diferenciação não decorre hierarquia de proteção; as diversas perspectivas que o princípio da proporcionalidade aceita não acarretam diferentes graus de proteção, no máximo, pode ser dito que, a depender da face assumida pelo princípio da proporcionalidade, a jurisdição constitucional terá uma maior ou menor margem para sindicar as ações ou omissões restritivas aos direitos fundamentais.

Ainda, o princípio da razoabilidade no sistema norte-americano não possui relevância no âmbito dos possíveis efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros, uma vez que prevalece a teoria da *state action* pela qual os direitos fundamentais não possuem eficácia horizontal, excepcionando-se, apenas, quando as características da atuação particular forem em tudo similar a uma ação do Estado; a proporcionalidade, por sua vez, possui importância e incidência na esfera das relações particulares, dada a eficácia dos direitos fundamentais perante as pessoas privadas, ainda que os efeitos variem de acordo com a teoria adotada (eficácia mediata, eficácia imediata ou dever de proteção).

Também não há relevância atribuída ao controle de razoabilidade no sistema estadunidense quando em causa direitos a prestações positivas; a Constituição norte-americana, essencialmente, outorga fundamentalidade a pretensões defensivas individuais e, consequentemente, a aplicação do princípio da razoabilidade cinge-se às restrições impostas ao âmbito de proteção das liberdades constitucionais; já a proporcionalidade possui importância quando da concretização de direitos a prestações positivas, funcionando como um limite às omissões estatais, notadamente, quando em causa os deveres estatais de promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Além de tudo, deve restar expresso que, na prática, a jurisprudência constitucional norte-americana não adota de forma exclusiva os métodos da ponderação e categorização; comumente, há um caráter híbrido nas decisões judiciais, conciliando-se as fórmulas; por exemplo, quando em causa o controle das restrições às liberdades comunicativas (*Primeiro Aditamento*), realiza a Corte uma categorização de algumas modalidades de expressão, atribuindo a elas uma proteção mais sólida e, por vezes, até mesmo um caráter absoluto [484].

[484] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 897-908.

A Constituição brasileira, por sua vez, confere proteção aos direitos fundamentais mediante a positivação de enunciados normativos de estrutura diversa, sendo comum se encontrar no texto constitucional expressões parcelares da dignidade da pessoa humana já tuteladas, de forma definitiva, ante a uma prévia ponderação constituinte, por regras precisas, determinadas e insuscetíveis de novas ponderações e restrições; assim, não é a categorização que irá diferenciar a intensidade da proteção conferida pela Constituição a cada modalidade de expressão ou exercício de um direito fundamental, mas antes as escolhas constituintes, notadamente, pelo reconhecimento de ser a norma em questão, que outorga a proteção parcelar à modalidade em hipótese, decorrente de uma ponderação constituinte e a consagração de garantias pontuais e definitivas.

De outro lado, deve restar pontudo que, em comparação externa, especialmente, frente ao constitucionalismo europeu, boa parte da doutrina constitucional estadunidense, bem como da jurisprudência da Suprema Corte, é avessa à utilização da ponderação, a qual fica relegada apenas para áreas específicas, sendo as demais "governadas por regras e doutrina"; em outras palavras, mesmo que internamente exista uma oscilação entre justificação e interpretação, em comparação com outros países, o Direito Constitucional norte-americano inclina-se bem mais para a interpretação; entrementes, outra significativa distinção decorre do fato de no modelo de constitucionalismo norte-americano e em considerável parcela da jurisprudência da Suprema Corte, diferentemente do modelo de constitucionalismo global adotado em quinhão significativo dos países europeus, não vigorar a cultura da justificação, sendo a argumentação, manejada quando da aplicação das normativas constitucionais, dirigida para a delimitação do âmbito de proteção do direito e a consequente análise da proteção da conduta atingida pela intervenção estatal; ou seja, "interpretação (em todos os seus fios) ao invés de justificação é a força motriz do Direito Constitucional norte-americano, e o conteúdo e limites dos direitos são constantemente debatidos", a partir do que a revisão judicial "concentra-se muito mais no texto constitucional e no seu sentido original" e não na análise da justificação para a intervenção estatal [485].

Assim, para a parte da doutrina e jurisprudência não adeptas ao balancing, o processo legal substantivo e a decorrente exigência de razoabilidade funcionam, também, como

[485] PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. The Administrative, págs. 104 e 106-107.

mecanismos hermenêuticos dirigidos para a interpretação do texto constitucional, bem como para a demarcação das fronteiras do objeto de proteção e do conteúdo dos direitos constitucionalizados.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, não exerce esses papéis, uma vez que sua aplicação é sempre relacionada à justificação da intervenção estatal e não à interpretação direcionada à delimitação do âmbito de proteção constitucional dos direitos fundamentais, além do que não se configura como um mecanismo de interpretação textual das normativas constitucionais e seu sentido originário [486].

Ainda, o princípio da proporcionalidade não caminha sozinho e sua aplicação pressupõe a existência de determinadas características e concepções acerca do sistema constitucional, como, por exemplo, reconhecimento de um amplo âmbito de proteção para direitos fundamentais, eficácia privada dos direitos fundamentais, obrigações prestacionais sociais, dentre outras [487]; entretanto, essas concepções e características não são predominantemente assimiladas no constitucionalismo norte-americano, a partir do que o princípio da proporcionalidade não é absorvido por esse sistema constitucional; por sua vez, o princípio da razoabilidade não pressupõe esse desenho e é compatível com a doutrina constitucional norte-america acerca dos direitos constitucionalizados.

De outro lado, a estrutura e testes inerentes a cada princípio também são diversos. A razoabilidade não é dotada de uma composição bem definida, possuindo uma aplicação fluída e variável em cada caso; por vezes, a razoabilidade cinge-se à verificação da legitimidade e relevância dos fins buscados com a restrição; em outras situações – caso de afetação à *liberdade fundamental* – a razoabilidade agrega à análise dos objetivos a verificação da necessidade dos meios empregados pelo legislador [488]; a ponderação, de sua parte, não configura uma etapa da visualização do cumprimento das exigências integrantes da

[486] PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. The Administrative, pág. 122.

[487] MÖLLER, Kai. US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 130-147*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, págs. 130-131.

[488] Isso não implica o desconhecimento do fato de a jurisprudência constitucional norte-americana haver logrado êxito em alcançar um considerável nível de racionalidade e previsibilidade nas decisões judiciais que recorrem ao *balancing* no controle das restrições aos direitos fundamentais. Contudo, essa intersubjetividade não decorre de uma aplicação sistemática do princípio da razoabilidade, mas antes pelas contínuas categorizações, definições de regras abstratas e gerais de preferências relativas a serem aplicadas a casos futuros com o mesmo suporte fático e identificação de testes variados incidentes ao controle das restrições. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 908-920.

razoabilidade, mas se coloca como um critério hermenêutico que, mediante a conjugação de todos os interesses em conflito, estabelece qual possui maior peso e permite a conclusão da importância dos fins e do excesso dos meios; o *balancing*, ainda, é empregado como mecanismo autônomo, casos em que o Tribunal identifica a razoabilidade da restrição, apenas com base na precedência de um dos interesses, bens ou valores conflitantes.

Entrementes, o *substantive due process*, para a realidade brasileira, é dispensável e não possui nenhuma função de incremento na proteção já conferida pela Constituição Federal aos interesses e bens indispensáveis à dignidade da pessoa humana; nem mesmo a importação do princípio da razoabilidade, a partir desse aspecto substancial, possui maior relevância, uma vez que o princípio da proporcionalidade estabelece um *limite*, melhor organizado, *às possibilidades restritivas*, bem como mais estruturado e completo.

Diga-se, em acréscimo, que a utilização da razoabilidade norte-americana em terras brasileiras sem a devida filtragem hermenêutica e adaptação à base empírica definida na Constituição Federal acaba por causar maior confusão em uma seara na qual a clareza é indispensável, além de possuir o potencial de levar a conclusões inadequadas para essa específica realidade constitucional.

Não que as decisões manejadas pela Suprema Corte estadunidense com emprego da ponderação sejam desprovidas da devida racionalidade, mas não é a partir do emprego do princípio da razoabilidade que essa intersubjetividade é alcançada. A razoabilidade constitui apenas um dos variados testes que o Tribunal utiliza no controle das restrições aos direitos fundamentais, não exaurindo todos os parâmetros materiais chamados à colação quando da revisão judicial.

Por tudo, não se vê como possível a identificação entre a razoabilidade e proporcionalidade, ao contrário, o que surge de todo o que foi aqui exposto, é a necessidade de diferenciação entre os princípios; até porque, as jurisprudências desenvolvidas em realidades constitucionais mais próximas à brasileira, como a alemã e a portuguesa, utilizam-se de outras figuras dogmáticas com incidência nessa esfera, notadamente, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do uso sistematizado dos *limites aos limites dos direitos fundamentais*, nos quais o princípio da proporcionalidade se insere.

Logo, como parâmetro substancial de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, decorrentes de ações ou omissões estatais, é o princípio da proporcionalidade,

de base germânica, a ser empregado no sistema brasileiro, o qual possui, como fonte principal do Direito, uma Constituição rígida, escrita, analítica e baseada na vinculação do Estado ao respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

6. Proporcionalidade e constitucionalismo global

A ideia esposada neste trabalho no sentido de o princípio da proporcionalidade se configurar como um princípio estruturante de um Estado de Direito em contraponto com as três faces propostas para o princípio da proporcionalidade, bem como a partir de algumas distinções analíticas a envolver o princípio da proporcionalidade e outras figuras afins, também levadas a efeito neste estudo, pode aparentar algo contraditório, a partir do que alguns refinamentos se mostram necessários.

Assim, em um primeiro momento, quer-se saber se a caracterização de um Estado como de Direito – vinculado à promoção, proteção e respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais – pressupõe, necessariamente, a adoção do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle das intervenções desvantajosas aos direitos fundamentais ou o princípio é apenas um instrumento, substituível por outros possíveis, para o alcance dessa vinculação.

De outro lado, a questão que surge diz com possíveis limites do princípio da proporcionalidade quando trazido à colação como pauta principal a ser manejada em uma linguagem universal de aplicação dos direitos fundamentais; ou seja, o princípio da proporcionalidade é capaz de funcionar como um critério universal a ser aplicado, no âmbito do "constitucionalismo global", [489] conjuntamente com todos os direitos fundamentais, nos seus mais variados efeitos, funções e problemas dogmáticos referentes à justificação constitucional de intervenções estatais ou privadas nas esferas jusfundamentalmente protegidas?

Preliminarmente à resposta para essas indagações, necessário que sejam demarcadas as características e pressupostos do denominado constitucionalismo global; nesse sentido, em

[489] BEATTY, David M. *The Ultimate*. SWEET, Alec Stone and MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing.

suma, pode-se dizer que a ideia expressada pelo termo constitucionalismo global – cunhado após a Segunda Guerra Mundial – manifesta a existência de algumas características no sistema constitucional: (1) direitos constitucionalizados possuem um largo âmbito de proteção; (2) "antitextualismo e anti-originalismo"; (3) controle de constitucionalidade baseado na justificação das restrições ao invés da interpretação dos textos constitucionais; (4) utilização do princípio da proporcionalidade, aplicável a todos os direitos, como critério a ser obervado para a justificação das restrições ao invés de testes de constitucionalidade específicos para cada direito; (5) argumentação judicial baseada em valores [490]; ainda, em acréscimo, o modelo de constitucionalismo global apresenta uma "inflação de direitos, obrigações positivas e direitos socioeconômicos, eficácia horizontal, e ponderação e proporcionalidade" [491].

Em complemento, para Michelman, o "protocolo da proporcionalidade" apenas estará presente no discurso acerca da constitucionalidade das decisões estatais se preenchidos determinados pressupostos, dentre os quais, seis merecem destaque: (1) a existência de uma Constituição escrita a estabelecer normas reguladoras das ações e omissões estatais, bem como a servir como parâmetro máximo de conformidade (constitucionalidade) dessas ações e omissões; (2) a presença de um "constitucionalismo formal", também, mostra-se indispensável, ou seja, a proporcionalidade é relacionada à existência de questões que dizem com a compatibilidade das decisões estatais com a Constituição e a existência de respostas institucionais em casos de incompatibilidade; (c) o "constitucionalismo substancial", igualmente, é pressuposto digno de nota, assim, a Constituição funciona como bússola e limite dos objetivos que o Estado pode legitimamente perseguir, bem como serve de parâmetro a demarcar as fronteiras (limites materiais e não apenas formais) dentro das quais esses legítimos objetivos podem autorizar o legislador a patrocinar interferências na esfera da vida dos indivíduos; (d) os limites substantivos impostos pela Constituição à atividade legiferante incluem uma barreira externa mais geral a demarcar os motivos que podem justificar medidas restritivas; assim, o legislador apenas está legitimado a buscar a realização do "propósito público", esfera dentro da qual a persecução pelo Estado de algumas finalidades está proscrita; (e) aliada à limitação geral constitucionalmente imposta pelo "propósito

[490] PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. The Administrative, pág. 103.
[491] MÖLLER, Kai. US Constitutional Law, pág. 134.

público" às finalidades que podem ser legislativamente buscadas, encontra-se a positivação de direitos pela Constituição, os quais, igualmente, funcionam como barreiras oponíveis aos fins legítimos buscados pelo Estado (por comportamentos positivos ou negativos) e estão a proteger bens, interesses e valores relacionados à liberdade, igualdade e dignidade; (f) por fim, entre os direitos constitucionalmente previstos, impõe-se a presença de um ou alguns que sejam "direitos derrogáveis", ou seja, que aceitem algum grau de interferência estatal, não se constituindo, portanto, como garantias absolutas [492].

Além disso, outro ponto a merecer destaque diz com a necessidade de se proceder a alguns refinamentos no conceito – constitucionalismo global –, bem como uma demarcação preliminar de sua extensão; nesse sentido, impende ressaltar que, apesar de abarcar sistemas constitucionais que vão além da Europa (local em que a ideia restou inicialmente firmada), como, por exemplo, América do Sul, África do Sul, India, Israel e Canadá, o constitucionalismo global, ao contrário do que o nome possa indicar, não é um modelo universal, portanto, não abarca todas as ordens constitucionais, uma vez que apenas uma lista determinada de países assume a ideia [493].

Ainda, importante frisar que, junto com a ideia de um constitucionalismo global e da existência de pressupostos para que o princípio da proporcionalidade se faça presente no discurso constitucional, surgem, em paralelo, propostas doutrinárias a defender uma argumentação universal, tendo a proporcionalidade como elemento principal, para a aplicação dos direitos fundamentais de defesa, prestacionais, bem como no que diz com a incidência das normativas jusfundamentais às relações privadas; ou seja, ao lado do modelo global de constitucionalismo caminharia "um modelo global de direitos constitucionalizados" [494].

Por todos, cita-se Robert Alexy, para quem os direitos fundamentais demandam uma compreensão universal, sendo que, independentemente da ordem constitucional específica, os problema jusfundamentais que se colocam são sempre os mesmos como, por exemplo, indagações acerca de possíveis distinções estruturais a envolver os direitos de liberdade, os direitos sociais, os direitos de proteção e os direitos políticos; ainda, para Alexy, são comuns a todas as ordens constitucionais, questões que dizem com os titulares e destinatários dos

[492] MICHELMAN, Frank. I. Proportionality, págs. 32-35. (Tadução livre).
[493] PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. The Administrative, pág. 103.
[494] MÖLLER, Kai. *The Global*, pág. 13.

direitos fundamentais, com a identificação dos parâmetros formais e materiais de justificação constitucional para as restrições aos direitos fundamentais, bem como acerca da intensidade de controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Tribunal Constitucional e a relação a envolver a jurisdição constitucional e legislador democraticamente eleito; assim, para Alexy, diante desta "comunidade de semelhantes questões sobre a estrutura de direitos fundamentais e jurisdição constitucional", resta aberta "a possibilidade de uma ciência dos direitos fundamentais transcendente aos ordenamentos jurídicos particulares, a qual é muito mais que uma mera comparação de direito" e resta denominada de "ciência dos direitos fundamentais *ampla*" [495].

Em complemento, a Teoria dos Princípios é proposta por Alexy como a base de uma ciência ampla para os direitos fundamentais e, consequentemente, como pilar de uma argumentação jurídica racional a abarcar a universalidade dos direitos fundamentais; assim, a partir das inevitáveis colisões a envolver os direitos fundamentais, Alexy defende um modelo universal com base no qual a questão central diz com a justificação das intervenções estatais em face dos direitos fundamentais, sendo que essa justificação é encontrada pela observância do preceito da proporcionalidade; as três exigências integrantes do conceito amplo de proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) – podem ser extraídas logicamente da própria natureza e estrutura de princípio dos direitos fundamentais e, portanto, são pilares de uma ciência ampla para os direitos fundamentais [496].

Dito isso, o próximo passo demanda que sejam respondidos os questionamentos lançados no início deste capítulo; assim, em um primeiro momento, impende especificar a assertiva lançada no sentido de ser a proporcionalidade um princípio estruturante de um Estado de Direito; correlativo a isso, importa aclarar se a caracterização do sentido material do Estado de Direito pressupõe, necessariamente, a adoção do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle das intervenções desvantajosas aos direitos fundamentais ou, ao contrário, a proporcionalidade cofigura-se, apenas, como um dos mecanismos possíveis, substituível por outros parâmetros concorrentes e também capazes de garantir a vinculação do Estado ao respeito, promoção e proteção da dignidade da pessoa humana.

[495] ALEXY, Robert. Colisão, págs. 55-56.
[496] ALEXY, Robert. Colisão, págs. 56-69.

A principal função da revisão judicial é garantir que as decisões estatais restritivas sejam levadas a efeito nos "limites da razoável", tarefa essa que, em um nível menos abstrato, pode ser visualizada a partir da seguinte formatação: (1) identificar possível intervenção estatal em face do âmbito de proteção *prima facie* de um direito constitucionalizado; (2) observar da existência de razoabilidade na decisão estatal e da consequente justificação constitucional para a intervenção; (3) provar a razoabilidade da intervenção mediante a aplicação dos testes de proporcionalidade. Deve ficar claro, contudo, que os três níveis da estrutura são independentes, bem como que a prova da razoabilidade da intervenção (3) pode ser realizada com base em outros parâmetros que não o princípio da proporcionalidade [497].

Entrementes, quando se afirma ser a proporcionalidade um princípio estruturante de um Estado de Direito, a assertiva deve ser considerada como expressão de uma ideia difusa, indefinida e altamente abstrata, a indicar, genericamente, que, em Estado de Direito, exige-se justificação constitucional para as intervenções patrocinadas pelo Estado e, inclusive, por pessoas privadas, em face dos direitos fundamentais, sendo essa justificação negada quando as intervenções mostrarem-se irrazoáveis e, consequentemente, arbitrárias.

A prova da razoabilidade da intervenção depende, entretanto, da observância – visualizada a nível bem mais concreto – de parâmetros substanciais de justiça, âmbito no qual o princípio da proporcionalidade atua e assume funções específicas, precisas, bem como recebe concretização de conteúdo e determinação dos testes que lhe são inerentes; agora, o que deve ficar claro, é que o princípio da proporcionalidade não é o único parâmetro capaz de demonstrar o (des) cumprimento da exigência de justificação constitucional para as intervenções em face dos direitos fundamentais.

Com exemplo, cita-se o modelo de Estado de Direito norte-americano, o qual, como exposto no capítulo anterior, não se vale do princípio da proporcionalidade quando da revisão judicial de decisões estatais que afetem desvantajosamente direitos constitucionalizados; entrementes, o princípio da razoabilidade, adotado pelos Tribunais e doutrina estadunidense, expressa um padrão substancial de justiça que não se confunde com o princípio da proporcionalidade. Nas palavras de Gardbaum, "a proporcionalidade, como um teste

[497] GARDBAUM, Stephen. Positive, pág. 224.

estruturado com suas quatro distintas e constitutivas provas, não é equivalente a nada que possa ser dito que envolva ponderação ou revisão de razoabilidade" [498].

Ainda, como parâmetro substancial específico utilizado no âmbito do controle geral de razoabilidade, pode ser citado o *Wednesbury test*, manejado no Reino Unido na revisão judicial de atos administrativos, o qual se configura como um parâmetro menos rígido que o princípio da proporcionalidade e demanda saber "se a decisão impugnada não era razoável no sentido de que nenhuma autoridade razoável agindo de boa fé poderia tê-la alcançado" [499].

Assim, "a proporcionalidade deve ser distinguida da estrutura normativa mais ampla da qual é uma parte não essencial", pois nem todos os órgãos competentes para revisar a razoabilidade das decisões estatais restritivas se valem do princípio da proporcionalidade para adimplir a esta tarefa; logo, a proporcionalidade é uma expressão específica de uma exigência geral e abstrata de razoabilidade, sendo que, de outro lado, a aplicação do princípio da proporcionalidade demanda um determinado tipo de ponderação; entrementes, a proporcionalidade não pode restar identificada e confundida quer com a revisão de razoabilidade genérica quer com a generalidade de possibilidades nas quais a ponderação pode ser empregada; sobre este último aspecto, por exemplo, no Direito Constitucional norte-americano, o *balancing* é largamente utilizado, contudo, o sopesamento ocorre fora dos quadros do princípio da proporcionalidade, bem como não assume o sentido específico de ponderação tendente a comparar a gravidade da intervenção em face da importância de satisfação das finalidades buscadas [500].

De outro lado, impende ser verificado se o princípio da proporcionalidade, como elemento principal do modelo global de direitos fundamentais, proporcionaria uma linguagem universal para a aplicação de todos os direitos fundamentais, nas suas diversas funções (defesa, prestacionais, bem como no que diz com a incidência das normativas jusfundamentais às relações privadas).

Quanto a este ponto, desde logo, deixa-se claro que a proporcionalidade – ao menos em sua formulação clássica – não possui aptidão para funcionar como pilar de um modelo global dos direitos fundamentais; a proposta central defendida nesta dissertação diz com a presença

[498] GARDBAUM, Stephen. Positive, pág. 222. (Tradução livre).
[499] GARDBAUM, Stephen. Positive, pág. 225. (Tradução livre).
[500] GARDBAUM, Stephen. Positive, págs. 225-227. (Tradução livre).

de três faces do princípio da proporcionalidade, cuja existência decorre, notadamente, da incapacidade de a formulação tradicional (proibição do excesso e seus segmentos) funcionar adequadamente para a resolução de outros nódulos problemáticos que não o controle de constitucionalidade das ações estatais restritivas, notadamente, a insuficiência da proibição do excesso está presente quando da análise da existência de justificação constitucional para as omissões estatais relacionadas ao descumprimento de deveres *prima facie* constitucionalmente impostos, bem como quando da incidência dos direitos fundamentais em face das relações privadas.

Essas insuficiências serão demonstradas ao longo da dissertação e não demandam, neste momento, um tratamento mais aprofundado; assim, por hora, serão expostas, apenas, algumas ressalvas preliminares quanto à possibilidade de a proporcionalidade (em uma formulação única e com identidade aplicativa a qualquer caso de direito fundamental) proporcionar uma linguagem universal para os direitos fundamentais.

Nesse sentido, importante consignar que, apesar da larga atenção doutrinária que a proporcionalidade vem recebendo e das diversas propostas teóricas que a enquadram como um mecanismo a possibilitar a aplicação universal de todos os direitos fundamentais, a prática judicial não vem aderindo a essa ideia [501]-[502].

Por exemplo, no que diz com casos referentes à revisão judicial das omissões estatais relacionadas aos deveres de proteção e promoção de acesso a direitos econômicos e sociais, a jurisprudência, para a resolução dessas questões, não vem incorporando em seu processo argumentativo o princípio da proporcionalidade no seu sentido clássico, não sendo dada relevância aos segmentos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; isso pode ser visualizado, por exemplo, na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual não utiliza a formulação clássica da proporcionalidade nos casos referentes a direitos fundamentais positivos; por sua vez, o Tribunal Constitucional Federal alemão, quando da análise de descumprimento dos deveres estatais de proteção, igualmente, não recorre à proporcionalidade clássica e a seus segmentos para a demonstração de ausência de justificação constitucional para a omissão; também digna de nota, a jurisprudência do

[501] GARDBAUM, Stephen. Positive, pág. 230.
[502] Ver, também: YOUNG, Katharine G. *Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights*. *Proportionality: New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 248-272*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Tribunal Constitucional Sul-africano, quando da aplicação da parcela positiva dos direitos sociais e econômicos, não se vale da proporcionalidade em sua formatação tradicional, sendo a argumentação dirigida por um controle de razoabilidade das omissões, o qual não é realizado mediante a aplicação de testes sucessivos, notadamente, de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da omissão; entrementes, é manifesto que "nem o Tribunal alemão nem o sul-africano estão a usar a análise da proporcionalidade padrão de maneira padrão, como eles fazem em casos mais 'convencionais' de direitos" [503].

No mais, as insuficiências dos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, quando aplicadas para sindicar as omissões estatais relacionadas ao descumprimento de deveres prestacionais, será detalhadamente analisada posteriormente.

De outro lado, no que diz com as incapacidades do princípio da proporcionalidade quando em causa questões a envolver a eficácia privada dos direitos fundamentais – notadamente, se adotada a teoria da eficácia imediata – tem-se a dizer, no momento, que os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito demandarão reformulações, uma vez que formatados tradicionalmente para o controle das ações estatais restritivas e não para sindicar comportamentos privados; de resto, também no âmbito jurisprudencial, como, por exemplo, no Tribunal Constitucional Federal alemão, o princípio da proporcionalidade não segue o mesmo padrão aplicativo do verificado quando a Corte controla a constitucionalidade das ações estatais restritivas, fato que, igualmente, sugere a necessidade de reformulação do princípio da proporcionalidade quando manejado nesta específica esfera da eficácia horizontal dos direitos fundamentais [504].

Essas conclusões preliminares, ainda, servem para por em cheque a proposta de uma ciência universal para os direitos fundamentais, nos termos propostos por Alexy, para quem o princípio da proporcionalidade decorre da própria estrutura normativa dos direitos fundamentais e recebe o mesmo *modus* aplicativo em todos os casos jusfundamentais verificados na esfera das revisões judiciais; assim, ao menos no que diz com uma única estrutura e forma de aplicação (padrão) do princípio da proporcionalidade no âmbito da concretização dos direitos fundamentais, a Teoria dos Princípios de Alexy não apresentará resultados satisfatórios em muitas situações.

[503] GARDBAUM, Stephen. Positive, págs. 231-237. (Tradução livre).
[504] GARDBAUM, Stephen. Positive, págs. 237-241.

O princípio da proporcionalidade apenas logrará êxito em funcionar adequadamente no âmbito do constitucionalismo global e sua característica de reconhecer multifuncionalidade e largo âmbito de proteção aos direitos fundamentais, bem como somente será capaz de integrar a ciência universal dos direitos fundamentais, caso seja reconhecido que o princípio engloba três faces distintas, dogmaticamente autônomas, com conteúdo, estrutura e *modus operandi* específicos, as quais são reveladas a depender da questão jusfundamental de base, do dever estatal em causa e da função jusfundamental relevante para a hipótese.

7. O princípio da proporcionalidade e a ponderação

7.1. Exposição preliminar

Um dos pontos centrais para o estudo da dogmática da proporcionalidade diz com a análise das interações que o princípio mantém com a ponderação de bens, interesses e valores; preliminarmente, tendo em vista que são vários os sentidos nos quais a ponderação pode ser empregada, deve restar expresso, neste momento, apenas no intuito de estreitar um pouco as amplas possibilidades que a expressão – ponderação – é capaz de refletir, que nos referimos à ponderação enquanto método ou técnica jurídica [505] relacionada à aplicação de normas constitucionais em colisão [506].

Contudo, importante deixar assinalado que, mesmo enquanto método ou técnica, a ponderação experimenta diversas definições e empregos dogmáticos, tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência; Vitalino Canas faz um recenseamento das principais propostas teóricas a envolver a questão, a partir do qual identifica que a técnica da ponderação é utilizada pela doutrina e jurisprudência nos seguintes termos: sinônimo de proporcionalidade em sentido amplo, em seu sentido clássico; (I) sinônimo de proporcionalidade em sentido estrito; (II) uma técnica que pode figurar externamente à

[505] "Pode distinguir-se entre ponderação como método, procedimento, técnica ou operação e ponderação como resultado". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 675.
[506] O conceito de ponderação enquanto método será especificado e minuciosamente desenvolvido no decorrer dos capítulos subsequentes.

proibição do excesso; (III) um método amplo a englobar a proibição do excesso; (IV) grandeza integrante da proporcionalidade em sentido estrito cuja aplicação implica a realização de uma "ponderação unilateral"; (V) grandeza integrante da proporcionalidade em sentido estrito cuja aplicação implica a realização de uma "ponderação bilateral" [507].

Entrementes, o conceito de ponderação e as relações que mantém com o princípio da proibição do excesso como um todo e, notadamente, com seu terceiro elemento constitutivo – proporcionalidade em sentido estrito – são compreendidas de forma diversa pela doutrina e pela jurisprudência, havendo, muitas vezes, uma sobreposição dos conceitos e, em outras, um afastamento; ainda, tendo em vista que – além da proibição do excesso – identificamos neste estudo outras duas faces do princípio da proporcionalidade, deve ser precisado em que consiste e como funciona a ponderação quando o princípio da proporcionalidade se apresenta com faces diversas da proibição do excesso; destarte, uma abordagem analítico-conceitual mostra-se necessária de forma a que sejam esclarecidas as relações, identidades e diferenças entre as figuras dogmáticas em questão, precisando-se, após, a definição conceitual a representar cada situação.

Inicialmente, considerado enquanto instrumento jurídico, o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido, assim como sua estrutura interna (idoneidade e necessidade), com uma função de controle específica, sendo destinado para aquilatar, tendo por base uma empírica relação de meio-fim, o possível excesso de uma medida estatal de polícia restritiva da liberdade individual; não obstante, no momento em que cruzou as fronteiras do Direito Administrativo e alcançou o horizonte do Direito Constitucional, apesar de manter sua função original de mecanismo jurídico de controle da atuação restritiva do Estado, foi agregado de novos encargos, bem como integrado por mais um elemento constitutivo, denominado, ao menos por grande parte da doutrina [508], de proporcionalidade em sentido estrito, segmento parcial do princípio da proporcionalidade amplamente considerado e cuja aplicação demandaria uma ponderação a envolver grandezas em colisão [509].

---

[507] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso,* pág. 677.

[508] Por todos. ALEXY, Robert. *Teoria Geral*.

[509] Há autores que não reconhecem a possibilidade de o Tribunal Constitucional aplicar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Por exemplo, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, apesar de reconhecerem que "a jurisprudência e a doutrina dominante retiram do princípio da proporcionalidade, sob o conceito de **proporcionalidade em sentido restrito**, um último critério", defendem posição no sentido de a ponderação ser um critério dotado de alto grau de subjetividade, sendo que "**carece de padrões racionais e vinculativos**", razão

Dentre as concepções acerca da ponderação, pode ser considerada majoritária [510] a que sustenta essa identidade de tratamento entre proporcionalidade em sentido estrito e ponderação, ou, melhor, a concepção de que o terceiro elemento do princípio da proporcionalidade constitui-se em uma ponderação, sopesamento ou balanceamento bilateral entre os *princípios, direitos, bens, interesses ou valores* em colisão; ainda, essa ideia foi experimentada em diversos âmbitos e utilizada para resolução das mais variadas questões a envolver os direitos fundamentais; em suma, para essas concepções, pode-se dizer que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, aplicado como norma de controle, se expressa por uma ponderação entre grandezas em conflito, sendo a operação valorativa realizada no sentido de encontrar o *direito* com precedência, ante o maior peso do interesse ou bem subjacente, o que é aquilatado tendo por base as circunstâncias do caso concreto; haveria, assim, uma sobreposição entre as figuras, ou seja, ponderação e proporcionalidade em sentido refletiriam um mesmo conceito e, assim, expressariam ideias paritárias [511].

Contudo, mesmo se endossada essa linha teórica, deve ser perguntado se os juízos de *valoração/ponderação* inerentes a esta etapa do controle de proporcionalidade são, efetivamente, ou, ao menos, deveriam ser considerados da mesma forma e aplicados no intuito de se verificar, independentemente da hipótese, qual *direito* prevalece na situação real;

---

pela qual não aceitam a proporcionalidade em sentido estrito como um teste que possa ser legitimamente aplicado pela jurisdição constitucional, pois "nos casos em que apenas podem ser emitidos juízos meramente subjetivos, aí começa o âmbito e a legitimidade da política". PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, págs. 83-84.

[510] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 677-678.

[511] "Ponderação, no sentido da teoria dos princípios, é requerida no último passo do princípio da proporcionalidade". ŠUŠNJAR, Davor. *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*. Leiden•Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pág. 199. (Tradução livre). Deve restar frisado, contudo, que o autor defende uma concepção de ponderação alternativa à teoria dos princípios de Alexy; de acordo ŠUŠNJAR, a aplicação da ponderação e do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser fragamentada em diversos passos sequenciais, configurando-se, assim, como uma ponderação baseada em regras a serem observadas pelo aplicador do direito. Entrementes, o autor não entende a ponderação como uma operação de valoração a envolver direitos em colisão, nem mesmo no sentido de avaliar se há uma relação de equilibrío entre o grau de afetação de um direito e a importância de satisfação do outro; para ŠUŠNJAR, essa hipótese é excepcional e pode ser legitimamente realizada pela jurisdição constitucional, unicamente, em situações de *evidente desproporção* entre a importância do fim buscado e a intensidade da restrição oposta. Assim, segundo a proposta do autor, na maioria das situações, a ponderação não implicará a valoração da relação entre dois direitos em colisão, mas, apenas, uma análise e avalição individual tendende a aquilatar a importância de se afetar negativamente um direito e, também, destinada a identificar se a intensidade da restrição deixou resguardada uma parcela mínima do direito (esta sim – intensidade da restrição oposta ao direito afetado – é o objeto da ponderação). ŠUŠNJAR, Davor. *Proportionality*, págs. 297 e 308-310. Isso acaba por ilustrar o fato de a ponderação ser, mesmo enquanto método, compreendida e materializada de forma diversa pela doutrina e jurisprudência, razão pela qual é necessário precisar seu conceito, objeto de análise e âmbito de incidência.

em outras palavras, o juiz constitucional, quando da aplicação do terceiro elemento do princípio da proporcionalidade na concretização de direitos fundamentais, realiza a mesma *ponderação* em qualquer caso? De forma mais precisa e para ilustrar, questiona-se se a forma de incidência da *proporcionalidade em sentido estrito* ocorre, nos mesmos termos, independentemente de estar em causa o controle de constitucionalidade de uma restrição legislativa, da verificação de uma omissão constitucionalmente injustificada ou da aplicação de direitos fundamentais a relações privadas? Assim, pertinente esclarecer, precisamente, o que é ponderação, bem como se, efetivamente, o método mantém uma relação de equivalência indistinta com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Para início de análise, cabe destacar que, quer no campo doutrinário, quer na prática dos tribunais, a questão está longe de encontrar consenso e de obter uma aplicação sistematizada, nos termos já previamente sinalizados; na Alemanha, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal, em muitas ocasiões, utilizou-se da *ponderação* com diferentes nuances; ou seja, apesar de assumir, em alguns julgados, o pressuposto teórico de que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito configura-se como uma ponderação, o BVerfG acaba por oscilar na definição do momento, no processo de aplicação do enunciado de direito fundamental, no qual esse sopesamento deveria ser realizado; além disso, não é alcançada conclusão uniforme no que se refere aos objetivos da ponderação; veja-se que, mesmo se considerados apenas os precedentes do BVerfG já trabalhados neste estudo, são encontradas inúmeras possibilidades de usos da ponderação⁄proporcionalidade em sentido estrito, sendo visualizadas decisões que se valem do método de variadas maneiras.

Apesar de a operação de base da ponderação buscar a obtenção de uma relação de precedência entre os *direitos em colisão*, o balanceamento é efetivado, indistintamente, para resolver questões jurídicas em muito diferenciadas, como, por exemplo, segundo se viu nas decisões já aqui abordadas do Tribunal Constitucional Federal alemão, para identificar um possível excesso de uma restrição ou intervenção restritiva; aquilatar uma omissão estatal constitucionalmente vedada e a extensão dos deveres estatais de proteção; identificar se há autorização constitucional para a restrição; definir conceitualmente enunciados que sejam formados por cláusulas gerais e expressões jurídicas indeterminadas.

Em acréscimo ao que já se disse, verifica-se que, por vezes, o Tribunal Constitucional Federal alemão utiliza, isoladamente, a ponderação como recurso *hermenêutico*, ou seja,

maneja o sopesamente em um contexto alheio à aplicação do princípio da proporcionalidade; também, *pondera* as mais diversas grandezas, como bens, interesses, valores, direitos, razões, dentre outros.

No Brasil, a realidade, especialmente da jurisprudência, demonstra um uso ainda mais flexível e inconsistente da ponderação/proporcionalidade em sentido estrito. Como diagnostica Lenio Luiz Streck, a prática judicial brasileira, com base em impulsos doutrinários nacionais que importaram, sem a devida compatibilização, construções teóricas germânicas, realiza uma mistura entre a jurisprudência dos valores construída pelo *BVerfG*, após a Lei Fundamental de Bonn, e as teorias dos princípios e da argumentação jurídica de Robert Alexy; o sopesamento, contudo, não é identificado como uma *regra*, nos termos preceituados por Alexy, mas reconhecido como um *princípio*, o qual não indica precisamente sua forma de aplicação; assim, no Brasil, o uso da ponderação não observa as bases formais necessárias para lograr êxito em alcançar decisões racionais e intersubjetivamente demonstráveis, "retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração"; de fato, ante a flexibilidade da ponderação, há um decisionismo e seu uso "acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade" [512].

Na mesma linha das considerações trazidas por Streck, não é demasiado asseverar que o princípio da proporcionalidade, amplamente considerado, no sentido de *testagens* desenvolvidas em *estágios* tendentes a solucionar casos a envolver colisões entre direitos fundamentais é, muitas vezes, na prática, abandonado, e a *ponderação*, por si só, passa a ser o *método* por excelência de aplicação dos enunciados normativos de direitos fundamentais; além disso, os Tribunais brasileiros [513], em sua absoluta maioria, apesar de adotarem a

[512] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, págs. 48-50.

[513] Caso paradigmático apreciado pelo STF, no qual a ponderação foi utilizada como mecanismo autônomo e autosuficiente de resolução da questão submetida à apreciação da Corte, pode ser encontrado no julgamento do Habeas Corpus n.° 82.424-2, chamado "Caso *Ellwanger*". Em suma, o impetrante havia sido condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pelo crime de racismo, em razão de haver efetivado publicações veiculando ideias antisemitas. A definição da incidência do tipo penal em face da conduta praticada por Ellwanger foi demonstrada pelo STF a partir de uma ponderação a envolver a liberdade de expresssão e a dignidade da pessoa humana, valores que, segundo a Corte, encontravam-se em colisão na situação concreta; no mérito, apesar de haver prevalecido a posição no sentido de o resultado da ponderação apontar para a prevalência da dignidade da pessoa humana, houve, também, votos a indicar a prevalência da liberdade de expressão. Crítica completa à decisão pode ser encontrada em: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição, págs. 257-273*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

distinção alexyana entre regras e princípios, realizam a ponderação à revelia do modelo proposto por Robert Alexy.

Em outras palavras, o que era para ser, apenas, um elemento inserto em uma gama mais abrangente de *provas de constitucionalidade*, as quais deveriam ser vencidas pela medida estatal restritiva, passa a constituir um parâmetro autônomo, no qual se define, mediante uma relação de precedência entre os *valores* em colisão, qual a solução mais *justa* para o caso, o que é alcançado, muitas vezes, mediante a formatação de uma relação de *custo-benefício*, em que as mais variadas figuras e razões entram em consideração.

Além disso, o manejo da ponderação não destoa quando, no processo de aplicação das normas de direitos fundamentais, estão em causa diversas relações jurídicas de base, ou seja, não há diferença significativa na realização do sopesamento nos casos em que se está diante do controle de constitucionalidade de uma restrição legislativa, ou nas situações a envolver uma discussão acerca da vinculação de particulares aos direitos fundamentais ou, ainda, na hipótese de se estar a buscar a identificação da constitucionalidade da omissão, total ou parcial (ausência/insuficiência), de prestação estatal jusfundamentalmente *prima facie* exigível; indistintamente, em qualquer das hipóteses sublinhadas, a ponderação acaba por ser a *técnica hermenêutica* chamada à colação e, ainda, as mais diversas figuras são ponderadas para se alcançar a solução, como, por exemplo, a reserva do possível e, inclusive, o princípio formal da separação dos poderes.

Destarte, surge enorme contrariedade doutrinária ao uso da ponderação enquanto mecanismo jurídico, o que não se revela um privilégio do cenário jurídico-constitucional brasileiro; desde há muito, o sopesamento é objeto de severas e consistentes críticas, as quais, dadas as interações existentes entre a ponderação e a proporcionalidade em sentido estrito, alcançam o princípio.

Diga-se que boa parte das objeções são lançadas indistintamente em face dos dois institutos, uma vez que os autores partem da compreensão, na linha desenvolvida por farta doutrina [514], de que a ponderação confunde-se (ou melhor, funde-se) com o terceiro elemento do princípio da proporcionalidade, qual seja o subprincípio da proporcionalidade em sentido

[514] Por todos. ALEXY, Robert. *Teoria Geral*.

estrito [515]; logo, sendo a ponderação inaceitável, igualmente o é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo menos, na forma usualmente aplicada e com a composição estrutural apresentada.

Assim, uma abordagem, ainda que de forma sintética, das críticas opostas à proporcionalidade em sentido estrito e à ponderação deve ser realizada, para, após, possibilitar que o enfrentamento às objeções opostas a esses mecanismos jurídicos possa ser feito com maior consistência.

7.2. Críticas à ponderação e à proporcionalidade em sentido estrito

As objeções à ponderação já foram sistematizadas, consideradas e tratadas por inúmeros constitucionalistas [516]. Destarte, no presente, faremos, apenas, breves referências, de modo a indicar as críticas principais, no intuito de permitir que as nossas ideias acerca da ponderação e do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito sejam traçadas com maior propriedade e se desenvolvam pautadas pelo confronto às objeções mais recorrentes opostas ao método.

Uma síntese da polêmica a envolver a ponderação, e as consequentes críticas que lhe foram arremessadas, é realizada por Jorge Reis Novais; tendo por base a discussão norte-americana [517] e germânica acerca do tema, o autor indica o que de mais relevante e consistente

[515] Veja-se, por exemplo, o sustentado por Anizio Pires Gavião Filho em sua tese de doutoramento (defendida em 2010 junto à UFRGS) na qual propõe como hipótese a racionalidade da ponderação, a partir de regras de argumentação. O autor, expressamente, adverte que "... a ponderação é o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito". Ainda, "a ponderação tem lugar no princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito e diz com cumprimento dos mandamentos de otimização conforme as possibilidade jurídicas". Mais adiante, exatamente por identificar a ponderação com o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, o autor assevera que "uma das mais importantes críticas a esse modelo é que a aplicação do princípio da proporcionalidade não pode ser justificada racionalmente". GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, págs. 22, 27 e 50.

[516] Sobre as diversas críticas à ponderação. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 699-723.

[517] Uma vez que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito requer a realização de valorações bilaterais pelo aplicador, as objeções opostas ao *balancing* são extensíveis à proporcionalidade em sentido estrito, razão pela qual a descrição das principais críticas lançadas ao *balancing* no âmbito da discussão norte-americana se mostra pertinente.

pesa contra a utilização da ponderação enquanto mecanismo jurídico voltado para a aplicação dos direitos fundamentais [518].

Segundo autor, os cordéis doutrinários desenvolvidos nesses países que se destinaram a resistir ao uso da ponderação colocam, como objeções, inúmeros argumentos, dentre os quais: (I) irracionalidade e subjetivismo do método; (II) violação ao princípio da separação dos poderes, dada a remessa para o juiz constitucional de decisões que competem ao legislador; (III) diluição da força normativa da Constituição; (IV) para ser viável o uso da técnica, com a consequente definição de relações concretas de precedência com base em ponderações, os direitos fundamentais teriam de ser definidos como grandezas integrantes de uma hierarquizada ordem objetiva de valores, o que não ocorre, pois esses parâmetros objetivos a orientar a ponderação não se fazem presentes na Constituição [519].

Pertinente, ainda, acrescer a todas as objeções a crítica que aponta para a incomensurabilidade dos objetos de valoração [520], a qual pode ser inserida em um contexto mais amplo, quais sejam a irracionalidade e o subjetivismo do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e da ponderação; esses apontamentos aparecem como as críticas mais fortes e consistentes contra a utilização do princípio e do método [521]; inclusive, a objeção referente à possível afronta ao princípio formal da separação dos poderes do Estado, notadamente, de uma suposta invasão pela jurisdição constitucional do espaço de conformação da Constituição reservado ao legislador democraticamente eleito, é motivada pela concepção que aponta para a irracionalidade da ponderação, ou seja, já que o juiz não pode dizer de forma intersubjetivamente demonstrável, pelo sopesamento, a real vinculação que os direitos fundamentais impõem ao legislador, as deliberações parlamentares não podem ser sindicadas com base na proporcionalidade em sentido estrito [522].

---

[518] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 639-725. Cabe alertar, contudo, que nos capítulos indicados, não obstante descrever e reconhecer como consistentes as críticas à ponderação, Jorge Reis Novais combate as objeções e não descarta a utilização do método, ao contrário, assume a inevitabilidade da ponderação e trabalha para racionalizar sua aplicação.

[519] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 640.

[520] O *ballancing norte-americano* foi alvo de muitos apontamentos críticos, dentre outros motivos, pelo fato de os objetos de valoração não poderem ser mensurados. Nas palavras de Vitalino Canas: "a crítica mais insistente talvez seja a ausência de uma métrica comum que torne possível a medição de bens, interesses ou valores tutelados pelo direito". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 700.

[521] ALEXY, Robert. *La Construcción*, pág. 27.

[522] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, pág. 84.

Nos itens subsequentes, iremos, apenas, descrever e ilustrar as principais objeções que pesam em face da ponderação sem, contudo, lançarmos qualquer consideração quanto ao mérito dos apontamentos; a análise que iremos realizar considerará, principalmente, as duas principais objeções que pesam em face da ponderação, quais sejam a irracionalidade do método e a ampliação indevida das competências da jurisdição constitucional em detrimento do espaço de deliberação do legislador democraticamente eleito, sendo que os demais apontamentos críticos serão referidos no contexto da descrição desses dois pontos centrais; após, uma vez demonstradas as críticas, desenvolveremos nossas ideias acerca da ponderação e do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito em uma relação de diálogo e enfrentamento com os juízos negativos ora delineados.

7.2.1 Irracionalidade da ponderação e incomensurabilidade dos seus objetos de valoração

Para ilustrar esse bloco de apontamentos críticos, descreveremos, sinteticamente, as objeções traçadas por Jürgen Habermas [523] em face da ponderação; o autor inicia sua exposição crítica lançando alguns apontamentos contrários à metodologia desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a partir da "'jurisprudência dos valores'"; segundo Habermas, essas ideias trouxeram muitas dificuldades para a resolução das questões problemáticas a envolver a aplicação dos enunciados jusfundamentais, uma vez que, dentre outras patologias, referida metodologia levou os direitos a se assemelharem a valores, pois os direitos fundamentais foram correlacionados à ideia que os rotula como princípios.

Para o autor, essa concepção é incapaz de trazer proteção adequada aos direitos fundamentais, uma vez que, pelo fato de possuírem a natureza de princípios, configuram-se como mandamentos que devem ser objeto de otimização, contudo, a realização desses direitos, na maior medida do possível, é condicionada a partir de grandezas exteriores à norma; assim, para se chegar às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização, é necessário que se faça uma ponderação entre o direito restringido e a finalidade buscada pelo Estado;

[523] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madri: Editorial Trotta, 1998, págs. 326-334.

esse fato, na prática, acarreta a possibilidade de qualquer objetivo estatal estabelecer uma razão contraposta como forte o suficiente para relativizar um direito fundamental, o que acabaça por enfraquecê-los e diluir a sua força normativa; todos esses problemas, ainda, são acrescidos pela necessidade de o aplicador do Direito recorrer a ponderações para a concretização dos direitos fundamentais, o que implica uma solução subjetiva para as questões jusfundamentais, pois, por não possuir nenhum parâmetro de referência, o sopesamento configura-se como um método irracional e arbitrário.

Entrementes, qualquer finalidade estatal pode ter prevalência em face dos direitos fundamentais ou, mais precisamente, pode estabelecer razões que justifiquem a sua prevalência, o que derrubaria o *muro de fogo* [524] que deveria acompanhar a força normativa dos direitos fundamentais; ainda, o critério utilizado para resolver a colisão configura-se como uma ponderação irracional, arbitrária e incapaz de levar a soluções intersubjetivamente constatáveis, o que põe em causa a própria autoridade normativa reforçada dos direitos fundamentais; nas palavras do autor, "na medida em que um tribunal constitucional adota a <<teoria dos valores>> e utiliza a sua prática para a tomada de decisões, aumenta o perigo de juízos irracionais porque com isso cobram primazia os argumentos funcionalistas a custa dos argumentos jurídicos" [525].

---

[524] Acerca deste ponto – importante deixar claro desde logo – temos que a crítica, apenas, possui a potencialidade de ser pertinente, caso adotada a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois, de fato, haveria uma integração entre a proporcionalidade em sentido estrito e a proteção do núcleo essencial, o que faria a segunda ser absorvida pela primeira e, consequentemente, haveria uma diminuição da força normativa dos direitos fundamentais; isso porque, se, nos termos da teoria relativa, o núcleo essencial é o que resulta da ponderação levada a efeito nos termos do princípio da proporcionalidade, a ponderação possui a potencialidade de esvaziar todo o conteúdo de um bem, interesse ou valor colidente e, assim, derrubar o *muro de fogo* que protege os direitos fundamentais. Não obstante, adoção da teoria absoluta do núcleo essencial possui o condão de afastar referido apontamento de Habermas, uma vez que, a partir dessa base, a ponderação encontraria no núcleo essencial um limite autônomo às possibilidades de intervenção; de outro lado, mostra-se possível (e recomendável) a conciliação entre ambos os *limites* às possibilidades restritivas, a partir do que a exigência de proporcionalidade e a garantia do núcleo essencial – *um mínimo absoluto de cada direito* – estariam lado a lado no exercício da função de proteção aos direitos fundamentais (KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure*, págs 68 e 73). Diga-se, ainda, que a absorção das premissas desenhadas pela teoria absoluta é a mais condizente com a proteção normativa reforçada que decorre da fundamentalidade, sendo que a teoria relativa, por sua vez, implica prejuízo a essa força normativa, pois, se o conteúdo essencial é o que resultada da ponderação com base no princípio da proporcionalidade, na verdade, apenas a proporcionalidade funciona como um *limite aos limites*, sendo o conteúdo essencial apenas uma figura alegórica e sem função protetiva; entrementes, a garantia do conteúdo essencial deve estar ao lado do princípio da proporcionalidade e não à montante, lugar no qual perde todo o seu sentido normativo, fático e analítico. De resto, ainda se faz importante ressaltar, que a garantia de uma parcela mínima e essencial do direito fundamental, deverá ser conjugada e possuir aplicação conjunto com qualquer das faces do princípio da proporcionalidade.

[525] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, pág. 332. (Tradução livre).

Com efeito, as objeções opostas por Habermas têm por alvo todo um conjunto estrutural, pois iniciam pela crítica à concepção que define uma natureza de princípios para os direitos fundamentais, a partir do que seriam, apenas, mandamentos a serem otimizados, bem como alcançam a conclusão da diluição da força normativa dos direitos fundamentais e passam, ainda, por lançar objeções à ponderação; à ponderação e à proporcionalidade em sentido estrito são lançadas críticas, basicamente, no sentido de a aplicação de ambas as grandezas restarem pautadas por critérios essencialmente subjetivos, os quais são incapazes de sobreviver a um processo de demonstração racional e, portanto, inábeis de alcançar uma proteção efetiva aos direitos fundamentais.

Em suma, para Habermas, a ponderação pressuporia uma aproximação excessiva entre dois planos distintos, o normativo e o dos valores, o que geraria a diluição da força normativa dos direitos fundamentais, dentre outras razões, pelo fato de qualquer interesse ser capaz de justificar uma restrição a um direito fundamental; além de tudo, o método não seria capaz de alcançar soluções racionais e intersubjetivamente demonstráveis.

De outro lado, a ponderação é, também, considerada um método jurídico irracional, em razão de os objetos de valoração configurarem-se como grandezas incomensuráveis; a crítica da incomensurabilidade teve origem no espaço doutrinário alemão, sendo atribuído à Bernhard Schlink [526] o trabalho mais elaborado acerca desta objeção [527].

A objeção da incomensurabilidade é exposta, também, por Tsakyrakis; segundo o autor, o juízo negativo mais consistente que pesa em face do "*ballancing* diz respeito à suposição de que existe uma métrica comum no processo de pesagem"; nesse sentido, prossegue Tsakyrakis a indicar que o "metafórico *ballancing* não diz nada sobre como vários interesses devem ser ponderados, e esse silêncio tende a ocultar a impossibilidade de medir valores incomensuráveis, a partir da introdução da imagem de uma métrica comum quantitativa e mecanicista". Mais adiante, o autor complementa: "se o discurso moral está ausente, não há como demonstrar que os valores, de fato, são comensuráveis, e não faz sentido, portanto, fingir que o princípio da proporcionalidade nos permite fazê-lo" [528].

[526] SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
[527] PETERSEN, Niels. *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Afri*ca. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pág. 40.
[528] TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality, págs. 471 e 474. (Tradução livre).

Necessário, assim, em um primeiro momento, definir o que seria incomensurabilidade. Virgílio Afonso da Silva, apesar de reconhecer a ausência de consenso no que diz com o conceito de incomensurabilidade, propõe uma definição básica, nos seguintes termos: "duas ou mais coisas (valores, bens, direitos, princípios) são incomensuráveis se não houver medida comum que possa ser aplicada a todos eles" [529].

Por sua vez, em complementação ao conceito proposto por Virgílio Afonso da Silva, Vitalino Canas adverte que o afastamento de uma incomensurabilidade não depende, apenas, da existência de "uma escala métrica comum", pois, além disso, essa escala deve ser "determinante", ou seja, deve ser capaz de esgotar o que é relevante para a situação concreta. O autor, assim, propõe o seguinte conceito para a incomensurabilidade: "*é a impossibilidade de dois itens, atributos ou fatores identificados como relevantes para o processo de deliberação prática serem medidos e contrapesados através de uma escala de unidades métricas de valor*" [530].

Com efeito, uma vez constatada a inexistência de uma medida comum a permitir a definição racional de qual interesse, bem ou valor deve prevalecer no caso concreto, a ponderação, enquanto método jurídico, não seria capaz de alcançar resultados racionais; entrementes, em razão da incomensurabilidade dos objetos de valoração, as soluções que resultam da aplicação do sopesamento refletem, apenas, as concepções pessoais e subjetivas do julgador.

7.2.2. A invasão da jurisdição constitucional no espaço de conformação da Constituição reservado ao legislador democraticamente eleito

Há, ainda, um segundo grupo de objeções que são dignos de ilustração; esse bloco crítico parte da ideia de que a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e da ponderação pela jurisdição constitucional acarretaria uma ampliação indevida da competência

[529] SILVA. Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies – OJLS, vol. 31, 2011, págs. 273-391*. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2011-OJLS-31-Comparing_the_Incommensurable.pdf. Último acesso em 08 de maio de 2020, pág. 278. (Tradução livre).
[530] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 704, nota 2416 e pág. 706.

do Poder Judiciário e, em contraponto, uma diminuição do espaço de ação do legislador democraticamente eleito; esses apontamentos entendem que o princípio da proporcionalidade possui a função essencial de resolver, em um caso concreto, colisões a envolver os direitos fundamentais, contudo, como resta configurado nos termos de um critério pautado essencialmente por padrões subjetivos, o princípio da proporcionalidade não é capaz de levar o aplicador a soluções racionais, a partir do que, na prática, ocorre a *substituição* da solução de precedência encontrada pelo legislador democraticamente eleito pela decisão subjetiva da jurisdição constitucional [531]; conforme explica Pulido, muitas das referidas críticas partem da premissa de que faleceria competência ao Tribunal Constitucional para aplicar o princípio da proporcionalidade, pois, em razão de demandar uma avaliação subjetiva, a utilização do princípio levaria a "uma intervenção ilegítima do Tribunal na competência legislativa para configurar a Constituição" [532].

Nessa linha, Ernst-Wolfgang Böckenförde [533] assevera que há uma "conexão entre o conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade" [534]; isso ocorre porque os direitos fundamentais, como normas (princípios) dotadas de uma dimensão objetiva, irradiam seus efeitos por todo o espectro jurídico, bem como alcançam o plano dos direitos subjetivos, contudo, sua real abrangência é incerta; disso decorre que é inviável a realização plena do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais sem que, em contraponto, ocorra o sacrifício de outros bens e interesses, assim, inevitavelmente, os direitos fundamentais envolvem-se em colisões; entrementes, a ponderação é indeclinável, devendo a colisão ser solucionada de maneira a que reste formada "uma relação condicionada de precedência, referida ao caso concreto"; essa questão requer a aplicação do princípio da proporcionalidade, como critério norteador da ponderação, uma vez que esse princípio define os critérios e a metodologia a ser seguida para que a construção dessa relação concreta de precedência condicionada possa vir a ser alcançada [535].

---

[531] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 193-194.
[532] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 193. (Tradução livre).
[533] BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 anõs de Ley Fundamental. *Escritos sobre derechos fundamentales*, págs. 95-138. Baden-Baden: Nomos, 1993, págs. 123-125.
[534] BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Sobre la situación, págs. 123.
[535] BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Sobre la situación, pág. 124.

Böckenförde, contudo, vê com ceticismo a possibilidade de a aplicação do princípio proporcionalidade alcançar decisões racionais; diferentemente do que ocorria no âmbito de aplicação tradicional do princípio (proporcionalidade clássica), no qual havia "um ponto fixo de referência, o fim da lei ou da norma legal" [536], no que se refere à colisão a envolver os "conteúdos jurídico-objetivos dos direitos fundamentais" não existe qualquer parâmetro a orientar a ponderação; uma possível base de referência normativa para a aplicação do princípio da proporcionalidade poderia, apenas, ser encontrada caso a Constituição estabelecesse uma ordem hierárquica entre os direitos fundamentais, de forma a que restasse previamente determinando qual o direito teria precedência em caso de colisão.

Haveria, assim, uma maximização dos direitos fundamentais, de forma a que todas as decisões relevantes já haveriam sido tomadas pela Constituição; de outro lado, isso implicaria a hipertrofia do Poder Judiciário em sua função de "concretizar" a Constituição, uma vez que à jurisdição constitucional caberia, a partir do princípio da proporcionalidade, dar a palavra final acerca das colisões jusfundamentais, enquanto que, por sua vez, o legislador restaria com suas funções hipotrofiadas, pois nada a mais, ou, na melhor das hipóteses, muito pouco, no sistema jurídico ainda restaria a ser conformado [537].

Também nesse sentido, cabe destacar a posição de T. Alexander Aleinikoff; o autor, em trabalho destinado a escrutinar o uso do *balancing* nos Estados Unidos e demonstrar a sua inconsistência, sustenta que o método é irracional e leva a uma inversão das competências do legislador democraticamente eleito e da jurisdição constitucional; em muitos casos, as ponderações realizadas pelo Tribunal Constitucional são diversas das realizadas pelo legislador e, por serem posteriores e não sujeitas a outro controle, acabam por prevalecer; não obstante, prossegue o autor, a ponderação realizada pelo Tribunal não é embasada em qualquer padrão objetivo, não se configurando, assim, como outra coisa senão o produto das concepções subjetivas do julgador; por conseguinte, não há legitimidade da jurisdição constitucional para sindicar uma decisão do legislador democraticamente eleito com base no *balancing*, uma vez que, apesar de agir fundamentada na ideia de que está, apenas, a controlar possíveis ponderações equivocadas do legislador, não se mostra possível que a jurisdição constitucional, com a utilização da ponderação como método de aplicação do Direito, logre

[536] BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Sobre la situación, pág. 123.
[537] BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Sobre la situación, págs. 124-125.

êxito em demonstrar objetivamente qualquer equívoco no sopesamento legislativo previamente realizado [538].

O raciocínio de Aleinikoff, apesar de seguir a mesma linha teórica exposta nas posições doutrinárias anteriores, prossegue até demonstrar as consequências que a aplicação da ponderação, pela jurisdição constitucional, acarretaria no sistema de divisão das funções típicas do Estado; em suma, partindo da ideia base de ser a ponderação um critério irracional, o autor conclui pela impossibilidade de sua utilização pela jurisdição constitucional, pois, na verdade, o que ocorreria seria uma simples reversão, patrocinada pelo Poder Judiciário, da decisão, tomada pelo legislador, acerca da colisão a envolver direitos fundamentais; isso é inviável, uma vez que a ponderação – método utilizado pela jurisdição constitucional para chegar à decisão de prevalência – é incapaz de levar a uma decisão objetivamente demonstrável, o que implica, como consequência lógica, uma verdadeira sobreposição das convicções subjetivas do julgador em face das acepções do legislador, o qual, pelo princípio democrático, deveria tomar essas decisões.

Essas objeções devem, ainda, ser desdobradas em um último aspecto crítico, pelo qual a jurisdição constitucional faleceria de legitimidade para rever as decisões do legislador democraticamente eleito, independentemente do método de decisão utilizado; esses apontamentos são trazidos, com muita força, por Jeremy Waldron [539]. O autor inicia sua exposição formulando a seguinte indagação: "os juízes devem ter a autoridade para derrubar a legislação quando eles estão convencidos que ela viola direitos individuais?" [540].

Segundo Waldron, o fundamento, no mais das vezes, utilizado pelos os defensores da revisão judicial, é encontrado na crença de que o processo jurisdicional respalda os direitos individuais, sendo que, por sua vez, o processo democrático é imperfeito e pode configurar, inclusive, uma "tirania da maioria" [541]; todavia, argumenta o autor em contraponto, a "revisão judicial da legislação é inapropriada como forma de decisão final em uma sociedade livre e democrática" [542]; em prosseguimento, afirma que o processo legislativo é apto para assegurar os direitos das minorias, o que pode ser visualizado, por exemplo, pelas ações do parlamento

[538] ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law, págs. 972-986.
[539] WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal, april-2006, volume 115, number 6, págs. 1346-1406*. Connecticut: Yale Law School, 2008.
[540] WALDRON, Jeremy. The Core, pág. 1348. (Tradução livre).
[541] WALDRON, Jeremy. The Core, pág. 1348. (Tradução livre).
[542] WALDRON, Jeremy. The Core, pág. 1348. (Tradução livre).

inglês que, na década de 60, "debateu a liberalização da lei do aborto, a legalização da conduta homossexual entre adultos com consentimento, e a abolição da pena capital" [543]; todavia, nos locais em que vigora a revisão judicial, como nos Estados Unidos, não há qualquer garantia de que as decisões legislativas prevalecerão, uma vez que estão sujeitas ao crivo do Poder Judiciário [544].

Isso não deve ocorrer, pois uma sociedade relativamente bem organizada e com instituições democráticas razoavelmente estruturadas deve resolver os desacordos a envolver direitos por intermédio do legislador; não há justificativa ou, sequer, legitimação política para que as decisões legislativas sejam judicialmente revistas; inexiste razão para que, em uma sociedade na qual as instituições democráticas funcionam regularmente, as decisões sejam submetidas a um processo de revisão levado a efeito por juízes não eleitos [545]; os juízes estão comprometidos com a proteção dos direitos tanto quanto os outros membros da sociedade e, também, como todos os demais, entram em desacordo quando da resolução das questões envolvendo os direitos das minorias [546].

Assim, fica claro que Waldron sustenta posição mais radical das esgrimidas pelos autores citados anteriormente, uma vez que opõe objeção à própria possibilidade de a jurisdição constitucional realizar um controle das leis, independentemente do critério que venha a utilizar para tanto; Waldron parte da premissa da existência de um desacordo a envolver os direitos fundamentais e evolui, após, para a análise da consequência que isso acarreta em determinada sociedade democrática, qual seja a necessidade de resolução do desacordo; não obstante, o autor conclui que o desacordo deve ser solucionado pelo legislador democraticamente eleito, não havendo possibilidade de controle dessa decisão pela jurisdição constitucional.

[543] WALDRON, Jeremy. The Core, pág. 1349. (Tradução livre).
[544] WALDRON, Jeremy. The Core, pág. 1350.
[545] WALDRON, Jeremy. The Core, págs. 1360-1362.
[546] WALDRON, Jeremy. The Core, pág. 1364.

7.2.3. Enfrentamento preliminar às críticas

A considerar, inicialmente, a última objeção manejada por Waldron, temos que o controle de constitucionalidade das leis decorre da própria força normativa da Constituição [547] e da vinculação do legislador à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais; por mais consistente que seja o processo democrático, notadamente, o procedimento legislativo de formação das leis, deve-se ter em conta que o legislador, premido pela vontade majoritária circunstancial, é mais suscetível de abusar no uso de seu poder de conformação, ou seja, desrespeitar os comandos normativo-constitucionais, sendo, como consequência, o controle de constitucionalidade o instrumento último de garantia do respeito, promoção e proteção à dignidade da pessoa humana.

Segundo Petersen, a análise da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis deve considerar, notadamente, a "dimensão descritiva" da democracia e não, apenas, a visão idealizada que decorre da "dimensão normativa"; nesse sentido, a "dimensão descritiva", a qual explica como a democracia funciona de fato, remete para uma "teoria da democracia competitiva" que possui como núcleo a ideia a apontar para o fato de que os "partidos políticos competem por votos do eleitorado"; a "democracia é a resposta para um problema de representação", contudo, na realidade, a democracia – e a consequente tomada de decisões por representantes eleitos – não se mostra capaz de resolver plenamente essa problemática questão da representatividade, pois os representantes podem extravasar seus poderes, bem como dirigir a aprovação das leis a outras finalidades que não se alinhem com o interesse público; além disso, caso os representantes não tenham "um certo nível de especialização", podem, inclusive, lesar os interesses dos representados [548].

As deliberações tomadas na esfera político-democrático envolvem a composição de interesses complexos e decorrem, muitas vezes, de um processo de barganha; desse "mercado político" decorrem falhas e decisões de compromisso a partir das quais determinadas classes sociais restam reiteradamente excluídas e outras recorrentemente favorecidas; assim, o controle jurisdicional das decisões legislativas possui a finalidade de corrigir essas e outras

[547] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009.
[548] PETERSEN, Niels. *Proportionality*, págs. 16-18. (Tradução livre).

patologias do processo de decisão de uma democracia representativa, bem como equilibrar o mecanismo de escolha política e a relação entre os grupos sociais representados [549].

Nesse sentido, Petersen indica cinco pontos em que o controle jurisdicional de constitucionalidade se coloca como um indispensável mecanismo de equilíbrio a permitir a inserção de um "contrapeso" no "processo político". Em síntese: (a) os Tribunais Constitucionais funcionam como árbitros das disputas e dúvidas que dizem com as competências das instituições ou dos entes federativos; (b) o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis tutela as minorias em face das decisões majoritárias, o que é indispensável em Estado de Direito e indeclinável para a legitimação do contrato social subjacente, pois a liberdade de todos deve ser garantida e não, apenas, a dos grupos majoritários; (c) a revisão judicial das decisões legislativas também é importante para garantir a "proteção contra a captura legislativa" por grupos minoritários influentes, os quais podem impor suas concepções e prevalecer no processo político mediante a utilização de determinados mecanismos de pressão aos representantes eleitos; (d) a própria "integridade do processo político" é resguardada pela possibilidade de revisão judicial, pois os Tribunais funcionam como mecanismos de controle que possuem a capacidade de constranger a realização de acordos entre partidos políticos nos quais interesses concorrentes destes últimos prevalecem em face dos interesses dos representados; (e) o processo de deliberação política tende a não relevar determinados interesses nos casos em que a "decisão possui efeitos externos positivos ou negativos", o que é visível, notadamente, nas situações em que há redistribuição de custos e os encargos decorrentes das medidas adotadas são suportados por grupos sociais que não foram beneficiados e não participaram do processo de escolha política ou não se encontravam devidamente representados [550].

Os citados fundamentos legitimam externamente o controle jurisdicional das leis, contudo, devem ser complementados por justificativas internas, notadamente, os parâmetros utilizados pela jurisdição constitucional para revisar as decisões legislativas devem ser jurídicos e estar precisamente definidos; ainda, a aplicação desses parâmetros deve ser racional. Assim, a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis é uma premissa inafastável para a consolidação das vinculações jurídicas que o ente público deve observar em

[549] PETERSEN, Niels. *Proportionality*, págs. 18-19. (Tradução livre).
[550] PETERSEN, Niels. *Proportionality*, págs. 18-32. (Tradução livre).

Estado de Direito; muitos desacordos relevantes para uma determinada sociedade acabam por possuir natureza de divergências jurídicas, as quais devem ser solucionadas pelo Direito posto, a partir da deliberação final sobre a questão por um Tribunal Constitucional.

O que está em causa, assim, em última análise, é a busca de uma complementação aos fundamentos já desenvolvidos e que apontaram para a legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis em Estado de Direito; nessa linha, pelas demais críticas citadas, o que pesa, de fato, contra o controle de constitucionalidade das leis, diz com os instrumentos utilizados quando da sua realização, quais sejam o princípio da proporcionalidade e a ponderação; com efeito, a questão central de toda essa discussão refere-se à (im) possibilidade de a ponderação e de o princípio da proporcionalidade levarem as decisões de controle de constitucionalidade a resultados racionais e intersubjetivamente demonstráveis, bem como se, de fato, a utilização desses dois mecanismos dilui as competências do legislador democraticamente eleito em detrimento da jurisdição constitucional.

Também deve ser frisado que outros métodos alternativos à ponderação não são isentos de críticas e podem abrigar decisões subjetivas e despidas de racionalidade; nesse sentido, Vitalino Canas adverte que os dados empíricos não confortam a tese de a ponderação estimular o ativismo judicial mais do que as estratégias interpretativistas ou mesmo o recurso à subsunção [551]; assim, dada à ausência de um método alternativo que garanta plena objetividade das decisões judiciais, a ponderação não pode ser responsabilizada pela invasão da jurisdição constitucional em esferas reservadas ao legislador democraticamente eleito; assim, mesmo se a ponderação fosse abandonada enquanto técnica jurídica e ocorresse a seleção de outra metodologia alternativa, poderia, igualmente, haver desvirtuamentos no seu manejo e, consequentemente, o ativismo judicial far-se-ia presente mesmo a ponderação estando ausente.

Em complemento, outras questões mais específicas que pesam contra a ponderação desdobram-se; dentre tantas, é premente deixar especificado o objeto da ponderação, bem como é necessário o devido enfrentamento ao alegado estreitamento entre os mundos do Direito, da Filosofia e da Moral que a aplicação do método acarretaria [552].

[551] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 721.
[552] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 711.

Nesse sentido, deve ser anotado, ainda, o que mais pesa contrariamente à ponderação, ou seja, as críticas atingem a sua formulação e sentido teórico ou a forma pela qual é empregada na prática jurisdicional? Caso se entenda pela segunda hipótese, deve-se ter em conta que esse inconsistente uso prático não acarreta a conclusão de ser o método incapaz de conduzir a uma solução racional, pois, nesse caso, se algum responsável existe, é a utilização desvirtuada da ponderação e não o método em si mesmo considerado; além disso, partindo-se da premissa de a ponderação ser inevitável, todos os esforços empreendidos no plano teórico para refinar o método e outorga-lhe uma maior capacidade de garantir segurança jurídica quando de sua aplicação são salutares.

Nessa linha, partindo da concepção que diz com a inevitabilidade do uso da ponderação na aplicação dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais assenta seu esforço teórico na busca de uma maior racionalização do processo de concretização dos direitos fundamentais, notadamente, a partir do aprimoramento dos mecanismos de controle das afetações desvantajosas; assim, o autor, ao não encontrar propostas alternativas que, em um ideal de objetivação dos critérios concretizadores ou na tentativa de afastar a possibilidade de restrições ao âmbito de proteção constitucional, não recorram (ou, ao menos, não admitam recorrer) à ponderação, investe na definição e racionalização dos mecanismos de controle das decisões restritivas do legislador democraticamente eleito [553].

Novais demonstra, entrementes, a insuficiência das propostas que buscam a construção abstrata de uma ordem escalonada de valores, da qual se extraiam soluções automáticas para os casos de colisão [554]; igualmente, apresenta casos em que a concordância prática entre os interesses colidentes é inviável [555]; expõe as deficiências da teoria interna dos limites [556], bem como do rígido sistema de reservas legais da teoria externa [557]; esclarece a incapacidade de o princípio *in dubio pro libertate* ser funcionalizado como critério decisivo na resolução das colisões [558]; assim, para o autor, a ponderação é inevitável, devendo-se, com efeito, investir na construção de mecanismos de controle racionais.

---

[553] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, págs. 79-80.
[554] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, págs. 74-76.
[555] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, págs. 76-77.
[556] NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, págs. 309-322.
[557] NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, págs. 292-309.
[558] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, pág. 74. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*, págs. 53-56.

Destarte, em conclusão, sendo a ponderação inevitável e estando o método imbricado com o princípio da proporcionalidade, as questões que envolvem esse uso (inafastável) da ponderação e suas relações com o princípio da proporcionalidade devem ser enfrentadas e detidamente esclarecidas; nesse sentido, o primeiro problema no tratamento do tema diz com a ausência de definição precisa acerca do que é a ponderação e qual o seu sentido e objeto de valoração; também, não são especificadas as situações em que o sopesamento poderia ser legitimamente utilizado, para o que aqui importa, no plano da *jurisdição constitucional*; em suma, o que significa dizer que o juiz constitucional resolveu um caso a envolver direitos fundamentais por intermédio da ponderação e quando está legitimado constitucionalmente para tanto? De resto, devem ser enfrentadas as críticas que dizem com a incomensurabilidade e irracionalidade do método, o suposto desvirtuamento ao princípio da separação dos poderes e a diluição das fronteiras entre o Direito e a Moral que a aplicação da ponderação e do princípio da proporcionalidade acarreta.

Outro ponto. Dada à ausência de sistematização e uniformidade no tratamento da matéria, é necessário que escolhas mínimas sejam feitas, notadamente, deve haver uma delimitação de um ponto de apoio para debate, bem como ser estabelecida determinada perspectiva de análise; ou seja, tendo em vista que o tema desperta a atenção de inúmeros autores, não havendo, em contrapartida e como já destacado, um tratamento uniforme da questão, faz-se necessário adotar um ponto de partida, um referencial teórico, a partir do qual se possa começar uma abordagem própria da matéria.

Considerando-se a extrema influência que esse autor possui no cenário brasileiro, bem como em outros espaços constitucionais [559], Robert Alexy será selecionado para o diálogo; sua teoria sobre o princípio da proporcionalidade e a ponderação, bem como os impulsos dogmáticos de aprimoramento efetivados por outros autores serão ponto central de análise, a partir do que poderemos definir concepções próprias acerca do tema; ainda, a abordagem seguirá, como na continuidade será demonstrado, uma determinada perspectiva de análise (no caso, dogmática), uma vez que o tema é tratado, também, sob primas filosóficos, bem como

[559] O fato é também destacado por Vieira de Andrade, o qual afirma que as posições defendidas por Alexy possuem certa influência na doutrina portuguesa e, inclusive, nos trabalhos alemães sobre o tema. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais*, pág. 268.

no contexto de grandes construções teóricas voltadas para a argumentação jurídica e, até, direcionadas à construção de discurso moral para a concretização do Direito.

Nesse contexto, após um novo esforço analítico-conceitual destinado a resolver os questionamentos anteriores, será indispensável verificar se essa fusão entre os conceitos de *proporcionalidade em sentido estrito* e *ponderação* é adequada e, em caso negativo, em que consistiria uma proposta alternativa a esse modelo que já parece tão consolidado entre aqueles que *aceitam* a ponderação; ainda, deve restar esclarecido se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito conduz, em todas as situações, à mesma operação de valoração bilateral dos interesses colidentes ou observa variações, a depender da situação jurídica posta em causa.

O fato é que há um primeiro ponto divisor de águas, a partir do qual começa a aceitação ou negação da ponderação enquanto mecanismo jurídico, qual seja a (in) admissibilidade da ocorrência de colisões a envolver os direitos fundamentais; posteriormente, um segundo divisor existe e se refere à perspectiva teórica a ser adotada para o tratamento da matéria.

7.3. Pressupostos da ponderação

7.3.1 Direitos fundamentais e colisão

Como destacado, os conceitos, âmbitos de aplicação e relações envolvendo o princípio da proporcionalidade (notadamente, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito) e a ponderação são compreendidas das mais diversas formas pelos campos dogmático e filosófico do Direito; de outro lado, não obstante as disparidades, uma forte tendência de fusão entre os conceitos existe. Todavia, várias questões mantêm-se vivas, como, por exemplo: o que é ponderação? Qual é o objeto da ponderação? Qual o âmbito e a extensão da aplicação do método? Qual a relação que a técnica mantém com o princípio da proporcionalidade?

O ponto inaugural para a aceitação da ponderação, enquanto indispensável recurso jurídico direcionado à aplicação dos enunciados jusfundamentais, reside em uma pré-

compreensão desses textos, destinada a entendê-los, ainda que não na sua totalidade, como estruturas normativas passíveis ou, melhor, irremediavelmente destinadas a originar um fenômeno, qual seja, a colisão [560] normativa.

Na continuidade deste capítulo, essa questão ficará bem nítida. Nesse momento preliminar, o que ressalta, é a importância de se destacar uma premissa – sem a qual, ao menos assumidamente, a ponderação e o princípio da proporcionalidade tornam-se instrumentos com pouca ou nenhuma relevância – a apontar para um fato: os direitos fundamentais colidem e essa admissibilidade de colisões a envolver os direitos fundamentais é um pressuposto para que o princípio da proporcionalidade possa vir a ser aplicado, bem como para que a ponderação tenha vez enquanto método de interpretação e aplicação do Direito.

Os direitos fundamentais colidem. Essa simples assertiva, além de controversa, traz subjacente diversas questões que demandam enfrentamento e, caso convincentemente consolidada, impulsiona outras inúmeras consequências; contudo, como já apontado, existem diversas propostas teóricas a refutar essa possibilidade, a asseverar que, na verdade, não há colisão real envolvendo as normas constitucionais, mas, apenas, uma interpretação deficiente, a qual dá muita amplitude ao âmbito de proteção dos enunciados normativos, notadamente, aos que positivam direitos fundamentais, sendo as colisões, portanto, meramente aparentes e não fenômenos verdadeiros.

No plano dogmático, a teoria interna dos limites, partindo da ideia de serem os direitos fundamentais garantias absolutas, negava a possibilidade de restrições externas ao âmbito de proteção jusfundamental, o qual deveria ser fixado, com recurso aos limites imanentes, de

[560] Robert Alexy estabelece uma classificação, de forma a distinguir as diferentes hipóteses de colisão a envolver os direitos fundamentais; nesse sentido, as "colisões de direitos fundamentais em sentido restrito" ocorrem "quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais", âmbito no qual podem ocorrer "colisões de direitos fundamentais de direitos fundamentais idênticos" e "colisões de direitos fundamentais de direitos fundamentais distintos"; de outro lado, Alexy denomina de "colisões de direitos fundamentais em sentido amplo" as "colisões de direitos fundamentais com bens coletivos". ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais, págs. 56-62. Neste estudo, contudo, referimo-nos à colisão de forma a abarcar amplamente tanto a colisão entre direitos fundamentais quanto aos embates a evolver os direitos fundamentais e outros bens e interesses constitucionalmente tutelados. Nessa mesma linha, não vendo razão substantiva para a distinção entre a *colisão* a envolver direitos e o *conflito*, o qual se referiria à tensão de direitos e interesses coletivos ou públicos: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 38.

modo a que fosse demarcado o conteúdo do direito de forma restrita o suficiente para não invadir as esferas protegidas por outras garantias.

As insuficiências dessa teoria já foram exaustivamente demonstradas por Jorge Reis Novais, o qual, em minuciosa análise, revela a impossibilidade prática de se negar qualquer ação externa restritiva aos direitos constitucionalizados; na realidade, mesmo os defensores da teoria interna, quando da demarcação do conteúdo do direito fundamental, não dispensavam o recurso a ponderações, contudo, em razão da premissa base a apontar para o fato de os direitos fundamentais serem grandezas absolutas e não sujeitas a restrições, havia um encobrimento das valorações⁄sopesamentos realizadas pelo aplicador do Direito e, consequentemente, um déficit nos mecanismos de controle de constitucionalidade [561].

Outra visão doutrinária, mais contemporânea, a afirmar que as colisões normativas são, apenas, aparentes, uma vez que o âmbito de proteção jusfundamental é mais restrito do que se pensa, é aquela sustentada por Ronald Dworkin, especialmente, no trabalho intitulado *Justice for Hedgehogs* [562].

A proposta construída por Dworkin, na obra que irá ser abordada, é extremamente sofisticada [563], complexa e não pode ser bem compreendida sem o seu devido enquadramento no contexto geral de sua produção teórica [564]; além disso, situa-se, primordialmente (uma vez que a análise interdisciplinar é característica de seus trabalhos), no campo da filosofia jurídica. Assim, apesar de destinarmos maior atenção ao texto *Justice for Hedgehogs*, algumas referências a outras obras do autor serão necessárias.

Ainda, atenção especial será vertida sobre um ponto decisivo para o presente estudo, qual seja a negativa, sustentada pelo autor, da existência das colisões normativas, o que é fundamentado a partir de três pilares: *a unidade do valor, a integridade do direito e a existência de uma resposta correta*; em acréscimo, as objeções que lançaremos às ideias de Dworkin serão contrapontos destinados a demonstrar a inadequação teórica da sua proposta para a aplicação dos enunciados jusfundamentais tal qual positivados na Constituição

[561] NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições*, págs. 309-322.
[562] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
[563] Ver. NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, págs.349-444.
[564] Nesse sentido: MELLO, Claudio Ari. MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. *Revista Eletônica Novos Estudos Jurídicos, Vol. 22, n.° 2, maio-ago de 2017. Doi: 10.142⁄nej. v2n2, págs. 723-753.*

brasileira; também, os apontamentos serão essencialmente dogmáticos e pragmáticos, sendo que não desceremos às minúcias de abordar o mérito da tese no âmbito filosófico. Dito isso, passa-se para a abordagem da proposta do autor.

Dworkin nega a existência de colisões normativas e, consequentemente, não aceita a utilização da ponderação e do princípio da proporcionalidade enquanto recursos jurídicos; esta tese é perceptível no contexto de sua obra e, de forma mais evidente, em *Justice For Hedgehogs*, na qual ele reafirma sua visão do *Direito como integridade* [565] (não abandonando, portanto, o combate ao positivismo jurídico e aprimorando a relação entre direito e moral).

[565] Dworkin visualiza a integridade como um valor autônomo, comparando-a, essencialmente, com a equidade e justiça, sendo a ideia aplicável aos princípios jurídicos e, de forma mais branda, às políticas públicas (é frequente, em Dworkin, a distinção entre *principle* e *policy*). Somente em uma sociedade idealizada como perfeita, a integridade não necessitaria ser autonomizada. Isso se dá, em razão da forma pela qual o processo democrático se desenvolve e as leis são produzidas, pois, na realidade da prática política, a integridade se mostra mais como um ideal a ser alcançado do que uma pauta efetivamente vivenciada. Dworkin denomina esse processo de "estratégia de tabuleiro", pois a premissa de que todos devem possuir igual participação e força nas deliberações legislativas acarreta um processo legislativo no qual, em detrimento da integridade, são buscadas e alcançadas soluções internas de compromisso, conciliatórias, entre os vários participantes, do que resultam leis fragmentadas pelas várias concepções morais subjacentes que, em razão da representatividade de variados atores políticos, obtiveram algum ponto exteriorizado no ato legislativo. Assim, mesmo confrontadas diversas concepções morais, não há um vencedor, sendo a lei formatada a partir de acordos, o que, se de um lado respeita a equidade, de outro, compromete a justiça; logo, o conflito entre esses valores parece inevitável. Por isso, a integridade deve ser incorporada como valor, pois, se assim não for, inevitavelmente, haverá o comprometimento de princípios do Estado. A comunidade é considerada como entidade autônoma a observar uma forma específica de moralidade política o que pressupõe uma sociedade política orientada por princípios objetivos e cujos membros possuam vínculos associativos e obrigações especiais, pessoais, recíprocas e que demonstrem igual preocupação para com todos os membros do grupo, a refletir um ambiente político onde todos compreendam e aceitem a integridade, somente a partir do que não haverá prejuízos à equidade e à justiça. A aceitação da integridade como valor faz com que mesmo aqueles divergentes de determinada decisão acabem por aceitá-la, tenham-na como moralmente justificada e se sintam a ela moralmente vinculados, pois assimilam a integridade e, só com isso, a justiça. O autor utiliza, inclusive, um exemplo. Metaforicamente, explica: Netuno estava para os cientistas como a integridade está para a política, uma vez que, mesmo antes de ser descoberto, os cientistas intuíam a existência de Netuno, pois a estrutura e funcionamento dos outros planetas somente poderia ser explicado se outro planeta existisse naquele sistema, no caso, Netuno. O raciocínio também é válido para a política, pois, para se chegar à conclusão da inadequação interna das soluções políticas de compromisso, é necessário que se vislumbre outro valor que atue ao lado da justiça e igualdade, qual seja a integridade, assim, "integridade é o nosso Netuno". Negada a integridade, o conflito entre justiça e equidade é inafastável, pelo menos se se parte da premissa de que a lei carece de um teste substancial para a aquilatação de sua conformidade moral e a simples observância de procedimentos não é causa suficiente para isso. A integridade divide-se em dois aspectos, o político, o qual demanda que os legisladores busquem fazer leis moralmente coerentes, e o jurisdicional, pelo qual a coerência deve ser estendida ao momento aplicativo da lei. No que se refere ao Direito, a integridade é o elemento essencial para a melhor interpretação jurídica dos casos difíceis. Essa dimensão da integridade exige que os juízes, o tanto quanto possível, compreendam o direito como uma ampla, colaborativa e contínua prática interpretativa que reflete um sistema integrado e coerente de princípios como justiça, igualdade e devido processo legal. Vale-se o autor, novamente, de uma metáfora, comparando a interpretação jurídica com um romance escrito ao longo do tempo por vários autores. O juiz, assim como o escritor, deve dar continuidade ao que recebeu e conceber sua decisão como algo integrante de um evento mais amplo e durante o tempo

Assim, o autor refuta a possibilidade lógica e jurídica do fenômeno das colisões; consequentemente, os casos de aplicação de normas constitucionais remetem para outros padrões aplicativos/interpretativos que excluem uma formulação hermenêutica específica destinada a resolver *conflitos, embates* entre normas; se o Direito é íntegro, colisões são falácias e a interpretação é o mecanismo para se alcançar a verdade.

Segundo Dworkin, há uma *resposta correta* [566] para as questões envolvendo direitos e, isso ocorre, pelo fato de que "existem verdades objetivas sobre valores" [567], as quais, mediante interpretação, concebida enquanto prática moral, podem ser alcançadas; uma assertiva moral verdadeira independe da aceitação por todas as pessoas e, pode ser, inclusive, que ninguém concorde com determinada asserção, mas, mesmo assim, isso não tem força suficiente, para, por si só, imputar à definição a pecha de moralmente incorreta ou errada; ainda, de forma mais ousada, sustenta o autor que essa verdade é "absoluta e universal" [568]; pois há uma "unidade do valor" [569], sendo a moral apartada, inclusive, da metafísica [570], constituindo-se como um "domínio independente do pensamento" [571]; essa independência revela que as verdades morais são alcançadas dentro da própria moral, sendo um erro recorrer a outras fontes de justificação; da independência, a partir de uma interpretação moralmente ajustada, extraem-se as verdades objetivas, as quais refletem unidade entre os valores [572].

Se há uma unidade moral, como consequência lógica, não existem colisões entre os valores [573]; o conflito somente possui vez quando as concepções acerca dos valores são fixadas de forma a induzir essa colisão, contudo, assim desenhados, os valores não demonstram seu verdadeiro significado enquanto conceitos interpretativos; uma definição muita ampla da liberdade, por exemplo, irá colocá-la, invariavelmente, em rota de colisão

---

desenvolvido. Ver, especialmente: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

[566] DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: University Press, 1996, 119-145.

[567] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, pág. 07. (Tradução livre).

[568] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, págs. 53-56. (Tradução livre). DWORKIN, Ronald. Valores entram em conflito? Uma perspectiva de um "ouriço". *RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, *v. 41, n. 47, p. 129-140, jan./jun. 2007.* Essa palestra foi proferida por Dworkin na Conferência em Memória de Isaac Marks na Faculdade de Direito James E. Rogers, Universidade do Arizona. Publicado pela primeira vez na *Arizona Law Review*, n. 43, p. 251, 2001. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. Revisão de Alonso Reis Siqueira Freire.

[569] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, pág. 01. (Tradução livre).

[570] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, págs. 67-68.

[571] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, pág. 99. (Tradução livre).

[572] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, págs. 23-26 e 37-39.

[573] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, págs. 118-122.

com a igualdade e outros valores, não havendo razões morais que justifiquem a definição desses conceitos nesses termos; uma interpretação moral, para alcançar essas definições demonstra, ao contrário, uma unidade e uma visualização íntegra dos valores, do que se extrai a inexistência de colisões e a *verdade* é alcançada.

A partir daqui, é desenvolvida uma sofisticada tese filosófica a indicar como a interpretação deve ser realizada, dando-se ênfase à responsabilidade e coerência na prática hermenêutica, bem como é revelada como se dá essa interação entre os valores, até ser visualizada a unidade da moral; a interpretação de cada conceito, apesar de ser uma operação efetivada no interior da própria moral (face sua independência), não pode ser desgarrada do próprio conceito objeto de interpretação, pois, caso assim se proceda, ter-se-ia uma inevitável circularidade; logo, a interpretação deve iniciar de fora e levar em consideração, para sua formatação final, todos os outros valores e suas sustentações recíprocas, tendo-se, assim, uma visão integrativa [574].

Dworkin alega haver uma *melhor interpretação*, uma *interpretação verdadeira*, o que é correlativamente lógico com a premissa de que os valores são verdades objetivas – há uma verdade sobre a interpretação, bem como acerca dos valores –, sendo, inclusive, dramático ao exemplificar: "um juiz que manda alguém para a cadeia baseado em uma interpretação da lei que ele acredita não ser melhor, mas apenas diferente do que interpretações rivais, deveria ele mesmo ser preso" [575]; mais além, o autor é definitivo: "o raciocínio moral é interpretativo", devendo ser definido como uma "interpretação conceitual" e, como tal, não apenas explicativa, mas construtiva e criativa [576].

O autor põe sua tese à prova e passa a trabalhar e definir conceitos morais (interpretativos), que expressam valores como *dignidade, liberdade, igualdade, democracia*, *justiça*, demonstrando, ao final, que esses valores, interpretados corretamente, ajustam-se, logicamente, em uma rede compacta e interdependente; como exemplo: a igualdade [577] ocupa um lugar de destaque e é fator decisivo para revelar a legitimidade de qualquer governo; o Estado deve tratar todos os indivíduos com igual consideração, preocupando-se com o

[574] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, pág. 07.
[575] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, págs. 149-152. (Tradução livre).
[576] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, págs. 157-158. (Tradução livre).
[577] DOWORKIN, Ronald. *The Sovereign Virtue. The Theory and Pratice of Equality*. Cambrideg: Harvard University Press, 2002.

"destino" de cada um, sem, contudo, interferir nas decisões íntimas individuais, o que é uma questão afeta à autonomia pessoal, contudo, devem ser levadas em conta e atribuídas consequências a todas as decisões particulares, uma vez que, essa esfera, apesar de livre, deve ser compreendida sob um enfoque de responsabilidade (mais adiante, adjetiva Dworkin, "responsabilidade ética" [578]). Logo, sob uma perspectiva material, esses dois parâmetros – "igual preocupação" e "responsabilidade pessoal" – devem ser os critérios a nortear uma "justiça distributiva" [579].

A democracia, por sua vez, não é definida como um conceito que reflete, simplesmente, a vontade deliberativa da maioria, mas uma ideia de "parceria", igualdade e comprometimento entre os atores democráticos, assim, a democracia não compromete os demais valores, ao contrário, defende-os [580].

A igualdade não ingressará em conflito com a liberdade, enquanto esta, também, for concebida como um conceito interpretativo; concentrando-se, especialmente, no que se refere à "liberdade negativa", o conceito é desenvolvido no sentido de responder à indagação de até que ponto são admitidas coações estatais em face da autonomia pessoal do indivíduo. Dworkin estabelece uma distinção entre "liberty" e "freedom", sendo esta última definida em termos muito amplos, de forma a abarcar tudo que o indivíduo possa querer fazer; não obstante, a liberdade, enquanto valor moral, é algo distinto, ou melhor, um conceito mais restrito, intimamente relacionado com a responsabilidade pessoal, devendo ser concebida de forma integrada com os demais valores e, uma vez definida, não admite qualquer ingerência estatal em seu conteúdo; destarte, não há conflito, pois a liberdade não é o mesmo que fazer tudo o que se quer, mas um agir responsável e preocupado com os demais indivíduos [581], assim, não é reconhecido um "direito geral de liberdade" [582]; a liberdade não colide com a igualdade, democracia e outros valores, há, repisa-se, uma unidade.

Na linha de Dworkin, é exponencial, no Brasil, a doutrina de Lenio Streck. Veja-se, ao final da breve apresentação das convicções do autor gaúcho, como a ausência de aceitação de colisões normativas implica em subjugar a ponderação e o princípio da proporcionalidade.

---

[578] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, pág. 14. (Tradução livre).
[579] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, págs. 02-04. (Tradução livre).
[580] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, págs. 04-05. (Tradução livre).
[581] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, págs. 364-368.
[582] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, pág. 04. (Tradução livre).

Para Lenio Streck, a utilização da ponderação em *terrae brasilis* acabou por repristinar a discricionariedade judicial – aceita pelo positivismo jurídico – contudo, incompatível com o constitucionalismo moderno e com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição brasileira de 1988; Streck não aceita o recurso à ponderação, a qual é um véu a esconder o que verdadeiramente pautou a decisão do caso – uma "escolha subjetiva" –, sendo que o "critério procedimental" a ser seguido, qual seja o princípio da proporcionalidade, em nada afasta o subjetivismo e o decisionismo decorrente do método; com a ponderação, não se ultrapassa a "filosofia da consciência", restando valorizada a posição do sujeito (intérprete) e as suas posições pessoais acabam por ser a bússola a apontar qual deve ser a resposta correta; a aceitação de "colisões" entre princípios (e até mesmo em face de regras) implica, segundo o autor, que alguém resolva esta colisão, para o que, inegavelmente, a ponderação, da qual decorrerá a hierarquização dos princípios envolvidos, acaba por legitimar uma decisão judicial discricionária; logo, pela proposta do autor, são negadas as colisões normativas entre os princípios, fundamentando sua construção teórica em uma visão de integridade do Direito (no que busca elementos nas ideias de Dworkin); nesse contexto, o autor acaba por sustentar que o princípio proporcionalidade deve ser compreendido como uma "metáfora", uma exigência de se buscar a "coerência e integridade de qualquer decisão", a partir de "uma reconstrução integrativa do direito" [583].

Vinculando essas ideias a este trabalho, caso seguida a tese proposta por Dworkin, a ponderação seria absolutamente dispensável, uma vez que, como será demonstrado, o *método* é desenhado para um objetivo específico, qual seja aplicar normas constitucionais (no caso positivadoras de direitos fundamentais) cujos comandos normativos apontem para soluções diversas, diante da situação concreta em face da qual são aptas a incidir.

Logo, essa *aplicação* demanda um recurso hermenêutico diferenciado, notadamente, pela capacidade de *resolver* a *colisão normativa* identificada e indicar a racional aplicação do Direito ao caso concreto; essa é a ideia central que norteia o conceito de ponderação seguido neste estudo, o seu pressuposto elementar, qual seja, somente possui lugar se adotada uma concepção da ordem constitucional como um sistema estruturado por normas consagradoras de direitos fundamentais, cuja amplitude da proteção *prima facie* conferida por cada uma

[583] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, págs. 226-242.

acarreta, inevitavelmente, colisões dos efeitos normativos de tutela quando de sua aplicação à hipótese concreta.

De resto, como será explicitada, essa visão das normas constitucionais, em detrimento de uma proposta que lhe outorgue a característica de *integridade*, apresenta maiores potencialidades de alcançar uma aplicação racional, bem como tem o condão de outorgar uma proteção mais consistente aos interesses tutelados pelos direitos fundamentais.

A abordagem não é efetuada no sentido de travar, incidentalmente, uma discussão acerca da *melhor* visão estrutural do sistema jurídico, mas, apenas, busca-se deixar fundamentada a possibilidade e a existência de consistentes razões para a adoção do posicionamento que nos acompanhará durante todo o desenvolvimento deste estudo: as normas de direitos fundamentais colidem, concepção que resta assimilada em detrimento de outra posição – o Direito como integridade –, pois, somente em se aceitando previamente a colisão, é que a ponderação e o princípio da proporcionalidade ocuparão o lugar que se pretende destinar, conforme hipótese de trabalho traçada.

Entrementes, por mais inspiradora que possa soar, é muito questionável o aproveitamento da proposta de Dworkin enquanto teoria jurídica. Ela se situa em outro plano, no âmbito da filosofia, e, uma vez que não consideramos, como faz Dworkin, o Direito como um *ramo da moral*, não podemos ter por adequada sua construção como uma proposta jurídica destinada à aplicação de normas constitucionais.

O Direito possui autonomia e, assim, ainda que essa autonomia não seja aquela drástica do positivismo, é inegável que o normativo se encontra em um plano – deontológico – diferente, apesar de se relacionar e buscar fundamento de legitimidade nos valores. Agora, essa relação, a qual impregna o Direito desde a sua criação até à concretização, não elide que as soluções dos casos concretos sejam buscadas como base nos padrões estabelecidos pelas normas jurídicas e não a partir das indicações morais, às quais funcionarão como critérios ao passo em que absorvidas pelas normas jurídicas; assim, as respostas dos problemas concretos devem ser encontradas dentro do próprio Direito, com base na interpretação jurídica, e não por intermédio de uma argumentação filosófica ou moral; contudo, repisa-se, muito diferentemente do positivismo, não se parte de uma separação drástica, mas de uma interação, na qual se insere um constante diálogo, entre o normativo, metanormativo e empírico; contudo, a decisão é relegada ao primeiro, figurando os outros *mundos* como pontos de apoio.

De outro lado, é evidente que, com o advento do constitucionalismo contemporâneo, o *procedimentalismo* restou insuficiente para dar ensejo a uma resposta adequada às exigências constitucionais, as quais requerem, da legislação, algo mais, notadamente, uma compatibilidade substancial aos seus comandos; não obstante, a aquilatação dessa conformidade não se estabelece a partir de uma relação lei-moral, mas sim da verificação de compatibilidade entre lei-constituição, uma vez que os valores subjacentes estão positivados, especialmente, em um princípio, qual seja a dignidade da pessoa humana; esse é o padrão que, de dentro do sistema jurídico, impõe a moldura a ser observada pela legislação para ter confirmada sua constitucionalidade substancial; o valor, uma vez positivado, é norma e, como tal, deve ser tratado, apesar de todas as dificuldades que sua aplicação demanda. A definição de um conceito ideal de democracia não impede que, na prática, o procedimento democrático, por si só, seja insuficiente para a garantia da dignidade humana, o que vem a requerer, a bem da garantia dos direitos fundamentais, a instituição de mecanismos de controle das deliberações majoritárias.

Outro ponto importante. Dworkin interpreta o conceito dos valores e demonstra a unidade da moral, apenas, considerando valores tipicamente liberais. Esse fato já desmerece a pertinência de sua teoria enquanto teoria jurídica aceitável para a aplicação das normas de direitos fundamentais da Constituição brasileira.

Esse sistema jurídico não deixa qualquer dúvida em dotar de fundamentalidade os direitos sociais, ortorgando-lhes toda a normatividade reforçada dos direitos fundamentais, sendo-lhes, inclusive, atribuída aplicabilidade imediata, no que permitir sua natureza específica e densidade normativa de cada modalidade particular; pois bem, o que aqui interessa, especialmente, é fato de o constituinte haver sido muito claro em sua opção de estender a fundamentalidade, também, aos direitos sociais, sendo que assumiu essa ideia por razões bem manifestas dentre as quais, de se destacar, a adoção de um modelo de Estado social e, especialmente, pelo fato desses direitos se configurarem, tais como os direitos de liberdade, como concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como efeito, não havendo distinções de partida acerca da fundamentalidade dos direitos de liberdade e sociais, sendo, ambos, reflexos da dignidade humana, qualquer teoria que buscasse uma compatibilização e unidade abstrata entre o âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais (ou os valores que lhes são subjacentes) deveria, impreterivelmente,

levar em consideração todas as dimensões desses direitos e não apenas a liberal, sob pena de ser parcial e alijar da proteção à pessoa humana aspectos parcelares relevantes.

Ainda, mesmo sob a perspectiva de um ideário liberal, propostas que defendem o *monismo valorativo* são [584], igualmente, objeto de críticas, notadamente, em razão de boa parte dos pensadores liberais considerarem o *pluralismo valorativo* como uma realidade inafastável; assim, não procede a ideia defendida pelos monistas a apontar no sentido de que os valores podem restar integralmente preservados e, ainda, realizados ao mesmo tempo, pois, ao contrário, tendo em vista o *pluralismo valorativo* e a impossibilidade de todos os valores remontarem a um denominador comum e supremo, as colisões e restrições são inevitáveis, bem como é inalcançável a ideia de que todos os valores podem ser observados integralmente e forma simultânea. "Sustentar que podem ser sujeitos a uma mesma escala métrica e que as escolhas morais se podem limitar à aplicação dessa escala fragiliza – mesmo que involuntariamente – as próprias bases do pensamento liberal" [585].

De outro lado, a procedência das ideias sustentadas por Dworkin esbarra em uma questão que parece instransponível, qual seja a ausência de certeza epistêmica acerca da correção dos princípios morais, a partir do que não se pode concluir que exista uma verdade objetiva sobre os valores, bem como não é viável que uma resposta única e correta seja alcançada.

Segundo Poscher, a autonomia entre os planos do Direito e da Moral é de grande importância e deve ser observada, quanto mais se presentes "condições de incerteza epistêmica sobre a correção dos princípios morais", o que ocorre na enorme parte dos "casos difíceis". A ausência de certeza epistêmica acerca da correção dos princípios morais é uma barreira à possibilidade de a argumentação moral levar a decisões imparciais e corretas; como exemplifica o autor, se a certeza acerca da correção dos princípios morais estivesse presente, no caso do julgamento de uma demanda judicial, a parte vencedora teria confirmada a

[584] É inegável que a construção teórica de Dworkin se encaixa no âmbito do monismo valorativo. Em interessante passagem, para definir esse embate entre monistas e pluraristas, Dworkin se vale da metáfora do filósofo grego Arquíloco, para o qual "a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa". Essa metáfora, citada por Dworkin, foi utilizada por Isaiah Berlin, o qual representou o pensamento pluralista na figura da raposa e o pensamento monista na figura do ouriço. Dworkin, como não poderia deixar de ser, autodenomina-se um ouriço. MELLO, Claudio Ari. MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço, págs. 729-728. BERLIN, Isaiah. *The Hedgehog and the Fox: an essay on Tolstoi´s view of history*. Chigado: Elephant Paperbacks, 1993. DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. São Paulo: Matins Fontes, 2010, págs. 149-150. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, pág. 01.

[585] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 698.

correção do valor no qual embasava o seu pedido na lide, enquanto que para a derrotada "o julgamento seria uma experiência de aprendizado", pois "perceberia o erro moral e seria grata pelo acréscimo cognitivo moral" alcançado; prossegue o autor: "se tudo isso fosse possível, seria um mundo perfeito", contudo, a realidade das coisas não se passa assim, pois certezas epistêmicas estão distantes da realidade que se vivencia na prática judicial; o que ocorre, de verdade, nos casos difíceis, é uma contradição efetiva entre as partes acerca da correção do princípio moral que apoia cada pretensão [586].

No mais, trazendo-se as ideias de Dworkin para o campo prático e pragmático, vislumbram-se diversas insuficiências, as quais acabam por causar um déficit de proteção aos direitos fundamentais; sua concepção restrita do âmbito de proteção de cada direito, no sentido de se alcançar uma visão una do sistema moral (e íntegra do Direito, consequentemente), acaba por retirar a proteção jusfundamental de expectativas legítimas dos particulares e que, em inúmeras situações, poderiam vir a ser exercidas sem comprometer nenhuma outra esfera de liberdade.

Por exemplo, é inegável que a possibilidade de ir e vir é um comportamento afeto ao âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção; agora, imagine-se a hipótese em que o trânsito de pessoas em determinada localidade possa contribuir, efetivamente, para o alastramento de uma epidemia que está a comprometer a saúde pública da região; ou, ainda, o caso de a circulação de indivíduos em dado local implicar, concretamente, risco à integridade física de outros particulares, como ocorre, ilustrativamente, em jogos de futebol com torcedores rivais.

Não poderia o Estado, nessas situações, afetar desvantajosamente o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade e, no exercício do dever de proteção à saúde pública e à segurança dos particulares, impedir o trânsito de pessoas nessas localidades (conduta *prima facie* permitida)?

Parece inegável que sim. Não obstante, isso não acarreta a constatação de ser o comportamento de ir e vir alheio ao conteúdo da liberdade em questão, apenas que, diante de determinadas situações concretas, existem razões suficientes e constitucionalmente legítimas

[586] POSCHER, Ralf. The Principles Theory. How Many Theories and What is their Merit? *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy, págs. 218-247*. Edited by Matthias Klatt. Oxford: University Press, 2011, págs. 226-227.

para que o Estado intervenha nesses comportamentos e reduza circunstancialmente sua possibilidade abstrata ou concreta.

Ainda que se contra-argumente no sentido de que essas situações criariam, na verdade, exceções à possibilidade de exercício de um comportamento protegido, mantendo-se hígida a ideia da integridade, o fato é que, diante das inúmeras e imprevisíveis situações concretas, essa definição e categorização das exceções iria causar maior abertura ao aplicador quando da definição de quais seriam os casos excepcionados pela norma; uma vez que não se está a restringir o direito fundamental, mas, apenas, demarcando-se o seu conteúdo, os mecanismos de controle teriam maior dificuldade de incidir em face dessas operações.

Destarte, seguindo-se as lições de Jorge Reis Novais, diferentemente de Ronald Dworkin, tem-se que há maior racionalidade na aplicação dos direitos fundamentais e uma proteção mais consistente dos interesses por eles tutelados, partindo-se da premissa da existência de uma tensão potencial entre o princípio democrático e o do Estado de Direito, entre liberdade e igualdade, entre parcelas da liberdade, entre interesses sociais e expectativas individuais, a partir do que, ao invés de se definir abstratamente conceitos ideais, investe-se na formatação de mecanismos de controle de constitucionalidade das ações estatais que sejam desvantajosas a algum direito fundamental [587].

Na prática, as questões a envolver a aplicação de direitos fundamentais são colocadas à apreciação jurisdicional em situação contenciosa, na qual os interesses buscados pelo Estado, para serem alcançados, acabam por atingir direitos fundamentais; destarte, a construção de mecanismos de controle de constitucionalidade das afetações desvantajosas implica maior proteção aos direitos fundamentais do que a definição abstrata de conceitos, com o consequente delineamento do que nunca foi objeto de proteção e do que sempre foi definitivamente tutelado.

Enquanto a ideia de integração camufla o conflito e não expõe os interesses contrários, a aceitação da existência de colisões exterioriza os problemas, passando-se a ter clareza de quais são os lados em embate, bem como das razões que justificaram, ou irão justificar, a prevalência de um em face do outro.

[587] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, págs. 25-28.

Tal como ocorria na teoria interna, a interpretação, visando ao resultado de integração e coerência do sistema, não dispensa valorações e ponderações, contudo, por não admiti-las, esconde-as sob o véu protetor da ideia de unidade moral, inviabilizando que na prática se tenha um controle de constitucionalidade efetivo; "logicamente perfeita, inatacável, mas imprestável e contraproducente enquanto enquadramento teórico para um controlo efectivo de constitucionalidade das restrições em Estado de Direito" [588].

De tudo, fica claro e justificado o nosso entendimento pela aceitação das colisões jusfundamentais e o consequente recurso à ponderação como mecanismo jurídico. Todavia, de plano, a própria frase requer esclarecimento, ou seja, o que significa dizer que os *direitos fundamentais colidem*?

7.3.2. Colisões como fenômenos normativos

Para se alcançar o entendimento correto do fenômeno que se está a tratar, algumas considerações prévias devem ser tecidas. Constatação interessante e bastante útil para formar os fundamentos da ideia que estamos iniciando a construir pode ser extraída de dois textos [589], elaborados por José de Melo Alexandrino, referentes aos *direitos das crianças*.

O autor, nesses estudos, depara-se com um parâmetro de análise extremamente vasto no que se refere aos *direitos* conferidos às crianças (e à criança, no segundo artigo citado) pelas ordens jurídicas, nacional e internacional, o que chega a denominar de "galáxia normativa" intercruzada por elementos morais e sociais [590], a partir do que, como premissas destinadas a possibilitar a construção de suas considerações teóricas, traça uma distinção esclarecedora entre "os *bens* e as *normas*", o que faz com arrimo na doutrina de Marcus Winkler [591];

[588] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, págs. 28-29 e 31-32.
[589] ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária. *Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Vol. I, jan. 2008, págs. 275-309*. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72376. Último acesso em: 24 de junho de 2013. ALEXANDRINO, José de Mello. *Os direitos da criança em três andamentos*. Disponível em: http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=7ttZU75X9QU%3d&tabid=340.
[590] ALEXANDRINO, José de Melo. *Os direitos das crianças*, pág. 278.
[591] ALEXANDRINO, José de Melo. *Os direitos das crianças*, págs. 282-284.

posteriormente, no outro trabalho destacado, amplia a abordagem distintiva e inclui os *valores* como outro *mundo* integrante desse universo [592].

Alexandrino destaca que os comandos do ser e do dever ser partem de uma organização baseada em três mundos, quais sejam o dos "valores ou dos fins", dos "bens e dos interesses" e o das "normas e das pretensões", correspondendo, respectivamente, à esfera da cultura, da vida e do Direito. Acrescenta o autor que os valores e fins são resultados da vida espiritual e social do homem, encontram-se em um plano axiológico, apresentam diferentes qualidades e espécies; o Direito seleciona e busca fundamento em alguns valores. Por sua vez, o mundo dos bens e interesses coloca-se no plano empírico, pois são realidades tangíveis que se expressam em "unidades de natureza física, social ou econômica". De resto, o mundo do Direito situa-se no plano deontológico e cria uma ponte entre os outros mundos, uma vez que seleciona valores para que fundamentem a construção de normas jurídicas que irão tutelar alguns bens e interesses [593].

A *colisão*, em si mesma considerada, é fenômeno verificável em quaisquer dessas esferas, pois bens, interesses, normas e valores colidem com seus pares no interior de seu respectivo mundo; agora, ao se dizer que os *direitos fundamentais* colidem, a menção indica um acontecimento que tem lugar no mundo das normas, ou seja, a colisão entre direitos fundamentais é uma colisão normativa.

Aprimorando. Os bens e interesses que estão subjacentes aos enunciados de direitos fundamentais, dos quais se extraem normas cujos variados efeitos de proteção alcançam essas realidades, colidem no plano empírico, agora, esse conflito, para ser solucionado pelo Direito, "tem de ser transformado em conflito de normas" [594]; é necessário percebê-lo como um evento que, apesar de poder ser visualizado nos três planos, coloca-se ao aplicador como questão a ser resolvida por *imperativos jurídicos* e, assim, é o Direito posto e sua interpretação que dará a resposta ao caso; a argumentação que serve à hipótese é jurídica e não pode arremeter para um arrazoamento moral ou sociológico [595], apesar de elementos

[592] ALEXANDRINO, José de Melo. *Os direitos da criança em três andamentos*, págs. 3-4.
[593] ALEXANDRINO, José de Melo. *Os direitos da criança em três andamentos*, págs. 3-4.
[594] ALEXANDRINO, José de Melo. *Os direitos das crianças*, pág. 284.
[595] Não se está aqui a defender uma *teoria pura do direito*, mas, apenas, sendo iniciado o desmembramento de um tema extremamente complexo, como *ponderação* e *proporcionalidade em sentido estrito*, a partir de uma configuração analítica da questão e dos dados (no caso mundos) que se tem por relevantes para uma aceitável compreensão das propostas teóricas que serão, ainda, desenvolvidas. Mais, a diferenciação entre os *três planos* e

figurantes nesses outros planos poderem ser, também, chamados à colação, nos termos e limites designados pelas normativas aplicáveis à hipótese; a compreensão da distinção e relação entre esses três mundos é preliminar para a conclusão de que a *colisão de direitos fundamentais* é uma *colisão entre normas de direitos fundamentais*; o fenômeno é normativo e, como tal, encontra-se no plano deontológico e deve ser resolvido por uma *interpretação* adequada das normas constitucionais.

Identificado o plano – normativo – em que ocorrem as *colisões envolvendo direitos fundamentais*, ainda, é necessário aprofundar o tema e explicitar as formas que assumem essas colisões e, posteriormente, os motivos que as ocasionam, bem como os métodos jurídicos de solução dos conflitos.

David Duarte, no intuito de explicar o fenômeno das colisões normativas (para, posteriormente, abordar os métodos cabíveis de resolução), parte de uma decomposição analítica das normas e identifica três elementos básicos, quais sejam as premissas de incidência, o operador deôntico e a consequência jurídica; para que ocorra uma colisão, descreve o autor, é necessário que mais de uma norma seja constituída por premissas de incidência aproximadas ou, alternativamente, idênticas, mas que, contudo, estabeleçam consequências contraditórias quando de suas aplicações; assim, nas lições de Duarte, são dois os elementos que devem ser conjuntamente considerados quando da identificação de uma colisão normativa: as premissas para que uma norma incida e as consequências decorrentes dessa aplicação [596].

Em relação à incompatibilidade de consequências, o fenômeno pode ocorrer, quer em razão dos operadores deônticos presentes, quer pelos efeitos jurídicos decorrentes, havendo diversas possibilidades nesse intercruzamento: as normas podem ter distintos operadores deônticos e efeitos jurídicos idênticos; diferentes operadores deônticos e inconciliáveis efeitos

---

a afirmação de que a *colisão jusfundamental* é um evento normativo, e que solicita resolução pela aplicação do Direito posto em determinada ordem constitucional, não implica a conclusão da ausência de relevância dos valores e dos bens e interesses na solução dos casos, quanto mais em Constituições abertas e compromissárias como a brasileira. O fato, contudo, é que a questão é jurídica e como tal deve ser tratada; apesar de o Direito não ser um arquipélago inabitado, ao contrário, ser recorrentemente visitado pela moral e pelo social, ainda dá as cartas quando o jogo é travado em suas fronteiras.

[596] DUARTE, David. Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances. *Legal Reasoning: The Methods of Balancing, págs. 51-62*. Stuttgart: Nomos, 2010, págs. 51-53. DUARTE, David. Rebutting Defeasibility as Operative Normative Defeasibility. *Liber Amicorum de José de Souza e Brito. Estudos de Direito e Filosofia, págs. 161-174.* Coimbra: Almedina, 2009, pág. 161.

jurídicos; idênticos operadores deônticos e efeitos jurídicos contraditórios; em todas essas hipóteses, estará identificada uma colisão normativa (se as premissas de incidência forem aproximadas ou idênticas). Ainda, a incompatibilidade das consequências jurídicas determinadas pelas normas, com os sobrepostos pressupostos de aplicação, pode ser visualizada em abstrato ou apenas quando da aplicação concreta; além disso, uma possível ausência de integralidade na contradição das consequências jurídicas não descaracteriza a colisão [597].

De outro lado, no que se refere às premissas de incidência, a colisão pode decorrer de uma total identidade entre os pressupostos para aplicação das normas, bem como derivar de uma identificação apenas parcial das hipóteses; assim, não apenas normas que estabelecem idênticos pressupostos de aplicação e consequências jurídicas incompatíveis estarão em colisão, mas, também, normas em que se verifica uma sobreposição parcial dos pressupostos de aplicação podem colidir; esta última situação possui dois desdobramentos: no primeiro caso, uma das normas é mais específica, pois estabelece como premissa para incidência todas as condições de aplicação de outra norma e mais alguma (s) – evidentemente os efeitos jurídicos de ambas são incompatíveis – ocorrendo todos os pressupostos de aplicação da norma mais abrangente ocorrerá o conflito; de resto, poderá, também, ser verificado um conflito quando mais de uma norma comunga de alguma premissa de incidência, apesar de serem diferentes se consideradas em sua totalidade; ocorrendo simultaneamente todos os fatos previstos em todas as hipóteses normativas envolvidas e sendo incompatíveis os efeitos jurídicos, novamente, haverá uma colisão [598].

Tendo por base, agora, outro referencial doutrinário, vê-se que Riccardo Guastini adota bases teóricas muito similares para explicar os tipos de colisões normativas [599]. Segundo sustenta, ponto central para o entendimento da questão é a compreensão de que os conflitos normativos são verificáveis em dois planos; o fenômeno pode ocorrer já dimensão normativa, isolada e abstratamente considerada, quando há uma identificação das situações de incidência das normas, considerando-se, apenas, o texto e os usos linguísticos, sendo inconciliáveis as

[597] DUARTE, David. Drawing Up the, págs. 51-53.
[598] DUARTE, David. Drawing Up the, págs. 53-55.
[599] GUASTINI, Riccardo. Ponderación: Un análisis de lós conflitos entre princípios constitucionales. *El principio de proporcionalidade n El Derecho contemporâneo, págs. 70-79.* Coordinadores: Miguel Carbonel, Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010.

consequências jurídicas previstas; de outro lado, uma colisão concreta é constatada no momento aplicativo, contexto em que, apesar de ausência de contradições abstratas, a consideração dos elementos fáticos em face dos quais incidem duas ou mais normas que definem consequências jurídicas incompatíveis leva à identificação da colisão. Ainda, no que se refere aos conflitos parciais, o autor estabelece uma subdivisão, vislumbrando duas hipóteses; na primeira, uma norma possui todas as condições de incidência de outra norma, contudo acrescida de alguma (s) outra (s) condição (s) que a tornam mais específica, o que o autor denomina de "*conflicto parcial unilateral*"; na segunda situação, conceituada como "*conflicto parcial bilateral*", há uma identificação de algum (s) elemento (s) típico (s) previsto (s) em mais de uma norma, sendo que, preenchidas integralmente as condições de aplicação das normas que definem dentre seus requisitos de incidência um elemento comum, deflagrada estará a colisão [600].

Ainda, a forma aberta, genérica, indeterminada e com um largo âmbito de proteção que acompanham grande parte das normas de direitos fundamentais, do que não destoa o sistema constitucional brasileiro, demanda o reconhecimento das colisões normativas; além disso, o ideal de vinculação à dignidade da pessoa humana impõe o reconhecimento de colisões entre os direitos fundamentais, pois as premências da dignidade da pessoa humana são inúmeras e amplas e, por vezes, inconciliáveis em sua totalidade; uma forma específica de manifestação da dignidade, garantida por um direito fundamental, pode ter de ceder, ante uma situação concreta em que ponha em causa a realização de outra exigência de maior peso decorrente desta mesma dignidade; em outras situações fáticas, essa mesma manifestação específica pode vir a ser garantida definitivamente, tanto por prevalecer em face de algum outro interesse conflitante quanto por não entrar em colisão alguma.

Em Estado de Direito, a Constituição tutela a mais variada gama de valores, bens e interesses, bem como impõe ao Estado o dever de respeitar, promover e proteger a dignidade da pessoa humana, a partir do que, para conciliar todos esses interesses, a intervenção desvantajosa nos direitos fundamentais é inevitável. Assim, pode-se dizer, com arrimo nas palavras de Jorge Reis Novais, que os valores constitucionalizados são "carentes de

[600] GUASTINI, Riccardo. Ponderación, págs. 72-74.

integração e harmonização", razão pela qual se verificam "novas possibilidades de cedência e compressão legítimas dos espaços individuais de autonomia e liberdade" [601].

A concretização é motivada, ainda que não exclusivamente [602], "pelo chamado direito constitucional de colisão" [603]; em outras palavras, há diversos interesses e bens constitucionalmente tutelados, cuja realização implica a necessidade de restrição aos direitos fundamentais; ainda, no plano do direito fundamental como um todo, sobressai uma dimensão objetiva, da qual irradiam, dentre outros, efeitos de proteção, que podem ser contrários aos efeitos protetivos exigidos por outros direitos; além disso, nesse mesmo plano, mas no âmbito subjetivo, apesar de toda amplitude, indeterminação e generalidade, os direitos fundamentais são previstos para serem exercidos simultaneamente por todos os titulares; assim, inevitavelmente, ocorrem colisões dos efeitos normativos de proteção, as quais não podem ser, pelo menos não na integralidade, solucionadas previamente pelo legislador constitucional, o que acarreta a necessidade de uma ação levada a efeito pelos poderes constituídos como forma de solução do dilema.

Com efeito, tendo em vista a amplitude da proteção jusfundamental outorgada por estas normas aos bens e interesses que tutelam e aos valores que lhe servem de apoio, elas possuem grande potencialidade de entrarem em colisão com outras normas que tutelem constitucionalmente outros bens e interesses e se apoiem em outros valores; assim, os poderes constituídos devem atuar de forma a resolver os conflitos, de modo a definir qual *direito*, no caso, irá preponderar, tarefa que, em razão do preceituado pelo princípio da separação dos poderes, compete precipuamente ao legislador democraticamente eleito. Logo, tendo em conta essas premissas, notadamente, o reconhecimento do fenômeno jurídico-normativo das colisões jusfundamentais, tem-se que a ponderação é inevitável, sendo inarredável sua utilização enquanto mecanismo de concretização da Constituição.

Os direitos fundamentais observam essas premissas; necessário, assim, definir quais as conjecturas normativas conflituais que devem estar presentes para que a ponderação seja

[601] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, pág. 66.
[602] Pode ocorrer que a necessidade de atuação dos poderes constituídos seja impulsionada por outros motivos, alheios a qualquer potencial ou concreta colisão, como, a título ilustrativo, ações legislativas não restritivas que esclareçam o conteúdo, regulem ou definam a forma de exercício do direito.
[603] DIMOULIS, Dimitre; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, pág. 163.

chamada à colação e funcione como método jurídico utilizado para a resolução de uma colisão jusfundamental.

7.3.3. Conjecturas normativas conflituais indispensáveis à ponderação

No que diz com os direitos fundamentais, inicialmente, importante deixar frisado que a positivação constitucional, no mais das vezes, traz os enunciados jusfundamentais como dotados de um acentuado grau de generalidade e indeterminação, o que acarreta consequências para a sua aplicação [604], uma vez que, dadas as colisões normativas que se vem envoltos, requerem uma metódica específica pra a sua aplicação.

Em outras palavras, pode-se dizer que, além de previsões normativas precisas e determinadas, os sistemas constitucionais dos Estados de Direito, também, consagram "as disposições sobre direitos fundamentais" como "fórmulas lapidares", para as quais não basta uma "interpretação" apenas "explicativa", mas uma "interpretação" "preenchedora", que não raramente recebe a "forma de uma concretização" [605].

A análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, a partir do que se alcançam elementos para a explicação das colisões (e, consequentemente, a inevitabilidade de ponderações), pressupõe uma compreensão acerca dos sistemas utilizados pelas Constituições para a positivação desses direitos [606]; é forçoso reconhecer que, em maior ou menor escala, é inviável [607] ao legislador constituinte prever de forma precisa, rigorosa e minuciosa, todas as situações relevantes que possam requerer a incidência dos direitos fundamentais; entrementes, os sistemas constitucionais valem-se, também, de normas com acentuado grau de indeterminação, deixando para momento posterior, mediante ação dos poderes constituídos, a tarefa de delineamento final da previsão normativa.

---

[604] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, pág. 02.
[605] BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. *Escritos sobre derechos fundamentales*, págs. 44-94. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, pág. 44. (Tradução livre).
[606] Sobre o tema. LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 9ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2007, pág. 58.
[607] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais*, pág. 27.

Mesmo sem ingressar em uma análise mais densa na interminável discussão acerca das diferenças entre as espécies normativas, notadamente, as regras e os princípios, não se pode olvidar que o texto da Constituição brasileira traz, realmente, diferenças estruturais a envolver os enunciados normativos positivadores de direitos fundamentais; alguns enunciados jusfundamentais são bem precisos e determinados, mas em outros, ao contrário, prevalece o caráter aberto, geral e indeterminado.

Há, apesar das distinções, uma relação muito importante entre ambos, a qual deve ser assinalada; existe um vínculo de derivação e dependência entre as regras e os princípios; boa parte [608] dos direitos fundamentais possui matriz em um único princípio, qual seja a dignidade da pessoa humana; esta norma dá origem, inicialmente, a derivações primárias expressas em outras normas positivadoras de direitos fundamentais abertas e indeterminadas ou, caso se preferir, normas com estrutura de princípio, a partir das quais derivam outros comandos normativos, agora mais precisos e determinados, definidos como regras; estas últimas, como expressões secundárias, ou muito parcelares, da dignidade da pessoa humana, cobrem parte da realidade e possuem aptidão para resolver questões bem específicas; o que as regras não absorvem, deve ser resolvido pelos princípios decorrentes primariamente da dignidade da pessoa humana, sendo que, ao final, se ainda houver situações que transponham a rede dos princípios, podem ser substanciadas posições de direito fundamental com base direta na própria norma que positiva a dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico, fechando-se, assim, o sistema.

Importante, ainda, salientar diferenças verificadas com base em critérios pragmáticos, a envolver ambas as espécies normativas, na linha desenvolvida por Dworkin e Alexy; os princípios estabelecem mandamentos *prima facie* e caracterizam-se como *normas derrotáveis*, assim, sua aplicação demanda ponderação, a partir da qual as determinações oriundas de um princípio podem ser *derrotadas* ante as circunstâncias concretas e o peso mais consistente das

[608] Outros tantos direitos fundamentais (positivados em princípios ou regras constitucionais), contudo, não mantém relação próxima com o princípio da dignidade da pessoa humana, possuindo, apenas, fundamentalidade formal. Veja-se, por exemplo, o disposto no artigo. 7°, inciso IX, da Constituição brasileira que estabele, como direito fundamental dos trabalhadores, a "remuneração do trabalho noturno superior à do diurno"; não se pode dizer que referido dispositivo constitucional enuncia uma posição jurídica essencial à dignidade da pessoa humana, mas, em razão da sua fundamentalidade formal, toda a proteção normativa reforçada dos direitos fundametnais lhe é aplicável.

razões advindas de outro princípio colidente; por sua vez, as regras estabelecem comandos definitivos e sua aplicação não se sujeita a ponderações [609].

Nessa linha, as regras constitucionais podem ser visualizadas como resultado de ponderações realizadas pelo constituinte, o qual já definiu, a partir de ponderações prévias, a força absoluta e vinculatividade definitiva daquele comando normativo; já em relação aos princípios, o constituinte relegou para ponderações posteriores a decisão "acerca da prevalência ou cedência do bem em causa" [610].

O critério pragmático, apesar de permitir relevante visualização acerca de diferenças, que estão presentes na maioria dos casos, a envolver as espécies normativas – especialmente, quando princípios estão em colisão normativa e regras não estão envolvidas em conflitos –, não pode ser considerado em termos absolutos; isso porque, por vezes, também paira sobre as regras a característica da *derrotabilidade*, pois, em contextos específicos, podem se envolver em colisões com outras normas, do tipo parcial–parcial, a partir do que, em não havendo *norma de colisão* aplicável, a ponderação será inevitável [611]. Ainda, como será visto quando do estudo da proibição do excesso, em situações pontuais, uma regra aplicável ao caso pode ser *derrotada*, diante da situação concreta e diante da presença de especiais condições; essa *derrotabilidade* será definida mediante a aplicação da proibição do excesso, em seus três segmentos, sendo, portanto, a ponderação inerente a este processo [612].

De outro lado, as normas caracterizadas como princípios, em diversas situações, não se envolvem em colisões, a partir do que podem ser aplicadas à revelia de qualquer ponderação, assim, a distinção forte de Alexy (princípios estabelecem comandos *prima facie* e regras definem mandamentos definitivos), uma vez que abarca, apenas, hipóteses nas quais os princípios se envolvem em colisões normativas, não pode ser considerada como suficiente para demonstrar as diferenças abstratas entre regras e princípios [613].

Não obstante a insuficiência da distinção proposta por Alexy, a diferença lógica e forte entre as estruturas normativas das regras e dos princípios pode ser encontrada com base em um "critério sintático"; para tanto, a diferenciação entre as espécies normativas requer,

[609] LOPES, Pedro Moniz. The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles. *Ratio Juris, Vol. 30, n.° 04, December, 2017, págs. 471-490*. Heinonline, págs. 472-474.
[610] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 13-14.
[611] LOPES, Pedro Moniz. The Syntax, págs. 475-476.
[612] Ver: Parte II, Capítulo IV, 5.
[613] LOPES, Pedro Moniz. The Syntax, pág. 476.

inicialmente, que as normas sejam consideradas fora de situações conflituais; na sequência, o foco deve ser direcionado para a análise das características lógicas dos antecedentes normativos, notadamente, para o que se refere à especificação dos elementos normativos descritivos de ações hipotéticas; essa descrição dos antecedentes lógicos deve ser levada a efeito com base na *genericidade*, "enquanto disjunção inclusiva de ações hipotéticas".[614]

Assim, deve ser visualizada uma relação de derivação a envolver as regras e os princípios; as normas dotadas de *genericidade* (princípios) trazem em sua previsão normativa ações inespecíficas as quais englobam as ações específicas anunciadas no texto normativo de outras normas (regras); há, com efeito, uma relação de derivação a envolver as duas espécies normativas, pois os princípios, enquanto normas antecedentes a estabelecer ações inespecíficas, fundamentam as regras, as quais definem ações específicas que estavam genericamente previstas na norma antecedente (princípios); contudo, relação em sentido contrário não se mostra possível, uma vez que as regras não possuem a capacidade de fundamentar princípios [615]-[616]; ainda, "já que a genericidade implica conjunção", importante salientar que os princípios, "em relação a todas as coisas consideradas", trazem um alto grau de informações quantitativas e um baixo grau de informações qualitativas; já as regras, "uma vez que regulam ações específicas", trazem um alto grau de informações qualitativas e um baixo grau de informações quantitativas [617]; a *genericidade* dos princípios também funciona como um critério capaz de explicar os motivos pelos quais essa espécie normativa pode ser aplicada em graus variados; por sua vez, as regras, uma vez que estabelecem o regramento de ações específicas, apenas admitem aplicação integral, pois as possibilidades reguladas por uma regra logicamente excluem as possibilidades reguladas por outra regra em conflito [618].

Retornado às lições de Duarte e contextualizando-as, especificamente, às colisões a envolver os direitos fundamentais, verifica-se que os conflitos jusfundamentais ocorrerão devido à sobreposição, total ou parcial, das hipóteses normativas, ou seja, em razão de identidade, ainda que não integral, das premissas de incidência de cada norma; assim,

[614] LOPES, Pedro Moniz. The Syntax, págs. 487-488. (Tradução livre).
[615] LOPES, Pedro Moniz. The Syntax, pág. 476.
[616] Doutrina formada com base na distinção proposta por Raz. RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal, Vol. 81, n.° 05, Apr. 1972, págs. 823-854.* New Haven: The Yale Law Journal Company, Inc., 1972.
[617] LOPES, Pedro Moniz. The Syntax, págs. 478-479. (Tadução livre).
[618] LOPES, Pedro Moniz. The Syntax, pág. 485.

havendo diferentes consequências jurídicas deflagradas a partir da similaridade das premissas de incidência de cada norma, é indispensável que essa colisão normativa seja solucionada [619].

Necessário, ainda, identificar que as colisões normativas podem ocorrer tanto no plano abstrato quanto no plano concreto; na primeira situação, a colisão já resta verificada em um domínio puramente deontológico, independentemente de qualquer situação concreta, estando as normas, portanto, em constante estado de colisão, devido à identidade das hipóteses normativas que contém e das diversas consequências jurídicas que preceituam; já na segunda situação, a colisão não pode ser verificada, apenas, mediante a análise de identidade dos conteúdos abstratos das normas, pressupondo a verificação dos fatos previstos nas similares hipóteses de incidência das normas [620].

Essa distinção é deveras relevante, notadamente, sua percepção é indispensável quando em causa o estudo de colisões a envolver normas abertas, genéricas, indeterminadas e com largas hipóteses de incidência (princípios); isso porque, em geral, essas normas mantêm pontos de contato parcial com diversas outras normas (princípios ou regras), a partir do que, em ocorrendo um fato comum às hipóteses normativas, restará verificado uma colisão normativa concreta; ou seja, em algum aspecto das hipóteses normativas, há identidade de determinada condição, a qual, uma vez verificada, e ante a diversidade de consequências jurídicas previstas pelas normas, implica o reconhecimento de uma colisão normativa concreta a envolver parcialmente ambas as normas [621].

As colisões normativas demandam resolução, a partir do que devem ser expostos os mecanismos capazes de efetivar esse desiderato; no que diz, especificamente, com a colisão normativa concreta a envolver normas constitucionais indeterminadas, genéricas e com amplas hipóteses normativas (princípios), é possível que o conflito seja solucionado mediante a aplicação de uma terceira norma, qual seja uma *norma de conflito*; isso porque, as hipóteses normativas dos princípios podem se envolver em colisões, do tipo identidade "total <–> total das hipóteses normativas" ou "parcial <–> total das hipóteses normativas", as quais podem ser

[619] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, págs. 162-163.
[620] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, págs. 164-165.
[621] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, pág. 165.

resolvida por *normas de conflito*, no último caso, notadamente, pela norma *lex specialis derogat legi generalis* [622].

Contudo, a maior parte das colisões normativas concretas a envolver princípios, notadamente, do tipo identidade "parcial <–> parcial das hipóteses normativas", demanda o recurso ao método da ponderação para ser solucionada, ante a inexistência de *normas de conflito* aplicáveis [623].

Para ilustrar, veja-se o seguinte exemplo: a primeira norma constitucional (inespecífica e dotada de um largo âmbito de proteção) determina a proteção *prima facie* da liberdade religiosa enquanto a segunda (igualmente, inespecífica e dotada de um largo âmbito de proteção) preceitua a tutela *prima facie* ao ambiente; imagine-se que, no plano concreto, são verificados sacrifícios de animais em determinados cultos religiosos; assim, ante a identidade *parcial <–> parcial* de condições previstas nas hipóteses normativas e, de outro lado, a diversidade das consequências jurídicas estabelecidas por cada norma, resta verificada a colisão normativa concreta, a qual deve ser solucionada pela ponderação, uma vez que não há *norma de conflito* incidente em face da hipótese.

Entrementes, colisões normativas que demandam ponderação, apresentam algumas características, dentre as quais, de se destacar: (1) a existência de uma norma aplicável; (2) a presença de outra norma, também aplicável, que derrota a primeira e possui consequências jurídicas diversas; (3) a necessidade de o aplicador escolher, a partir de critérios externos ao ordenamento jurídico, entre as consequências jurídicas conflituosas [624].

Assim, fica estabelecido um processo resolutivo da colisão, no qual, normativamente, uma norma irá derrotar a outra, sem que ocorra, contudo, a prevalência interna de nenhuma delas [625]; logo, argumentação normativa inerente à ponderação implica a configuração de um processo, no qual são feitas reivindicações normativas visando à incidência de determinada norma ao caso e a observância dos seus efeitos jurídicos, em detrimento de outra norma igualmente aplicável à hipótese, contudo, não é buscado o reconhecimento de validade definitiva de ambas as normas, uma vez que esse reconhecimento excluiria a validade

[622] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, págs. 166-167. (Tradução livre).
[623] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, págs. 167-168. (Tradução livre).
[624] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, pág. 171.
[625] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, pág. 171.

definitiva da norma colidente [626]; nessa linha, a ponderação pode ser definida como um "método para resolver conflitos entre argumentos normativos", mediante a definição de uma relação de prioridade entre os argumentos normativos concorrentes [627].

A ponderação pressupõe, assim, a *derrotabilidade normativa* das normas envolvidas na colisão, fenômeno que "descreve as situações normativas onde a norma que é aplicável a um caso é, de alguma forma, contida por outra" [628]; não obstante, não é qualquer situação de *derrotabilidade normativa* que requer o uso da ponderação para a resolução da colisão a envolver normas.

Importante que a *derrotabilidade normativa* seja identificada como um fenômeno mais geral a englobar duas espécies, as quais denotam diferentes situações; na primeira, denominada *undercutting defeasibility*, há sobreposição das premissas de incidência de duas normas, sendo que uma das premissas derrota totalmente a outra, restando, assim, demonstrada a inaplicabilidade da norma derrotada; em outras palavras, sempre há prevalência de uma premissa em face da outra, a partir do que, a premissa que sucumbiu não será aplicada em nenhum grau e suas consequências jurídicas não serão impostas em nenhuma hipótese, caso presentes às condições originadoras da sua derrota; existe, com efeito, uma terceira norma, que conjugada com uma das normas em colisão, revela a inaplicabilidade da outra norma colidente; na segunda, *rebutting defeasibility*, ocorre situação normativa em que há sobreposição entre as premissas de incidência de duas normas, as quais estabelecem consequências jurídicas diversas, contudo, é necessária uma comparação entre as premissas, a fim de ser identificado qual delas, ante o maior peso concreto, deve prevalecer no caso e, uma vez derrotando a premissa colidente, impor as suas consequências jurídicas; entrementes, na *undercutting defeasibility*, existe uma norma de colisão a indicar a prevalência normativa, enquanto que na *rebutting defeasibility* essa prevalência poderá, apenas, ser encontrada pela ponderação [629].

---

[626] SIECKMANN, Jan. Proportionality as a Universal Human Rights Principle. *Proportionality in Law - An Analytical Perspective, págs. 03-24.* Editores: David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer, 2018, págs. 06-07.
[627] SIECKMANN, Jan. Proportionality, pág. 08. (Tradução livre).
[628] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, pág. 171 (Tradução livre).
[629] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, págs. 172-173.

7.4. Considerações acerca da incomensurabilidade e irracionalidade da ponderação

Como referido quando da descrição dos apontamentos críticos desenvolvidos em face da ponderação, a incomensurabilidade dos objetos a serem valorados a partir da aplicação do método configura-se como uma das mais relevantes objeções contra o sopesamento; essa impossibilidade de comensurar os objetos da ponderação, ante a inexistência de uma medida quantitativa comum, levaria, em sentido mais amplo – pois, outros fatores podem, também, concorrer para a anomalia – à irracionalidade da ponderação enquanto método jurídico e, consequentemente, a solução das colisões não resultaria de comandos deônticos e seria incapaz de refletir uma deliberação prático-jurídica intersubjetivamente demonstrável.

De outro lado, na forma também já apontada, em sentido amplo, há diversas outras barreiras que devem ser ultrapassadas pela ponderação até que seja vislumbrada racionalidade nas decisões que origina; nesse sentido, dentre outros pontos, deve ser: abordada a relação entre a ponderação e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; exposta a configuração da ponderação como método jurídico; destacada a autonomia entre as dimensões dos valores e do Direito; desenvolvida uma metodologia formal constitucionalmente adequada e capaz de demonstrar, de forma intersubjetiva, a racionalidade da ponderação e dos seus resultados; conciliar a ponderação com a teoria geral dos direitos fundamentais; demonstrar que a existência das três faces do princípio da proporcionalidade, além de ser uma exigência dogmática decorrente da conciliação entre a teoria geral dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, contribui significativamente para que decisões racionais, em casos de colisões jusfundamentais, possam ser alcançadas, bem como expõe diferenças entre as metódicas formais que devem ser desenhadas para a ponderação em cada caso jusfundamental.

Assim, a crítica da incomensurabilidade integra uma objeção mais ampla, a qual diz com a irracionalidade da ponderação enquanto método de aplicação do Direito; no que se refere à questão da incomensurabilidade – objeto de análise neste tópico –, em um primeiro momento, deve ser destacado que o conceito descrito quando da apresentação da matéria – *"impossibilidade de dois itens, atributos ou fatores identificados como relevantes para o processo de deliberação prática serem medidos e contrapesados através de uma escala de*

unidades métricas de valor" [630] – expõe que a ideia expressa pelo conceito de *incomensurabilidade* diz com a impossibilidade de *comparação quantitativa* entre fatores relevantes para uma determinada decisão.

Com base nessa definição, assim, incomensurabilidade não significa incomparabilidade; ou seja, ainda que a comensurabilidade – por refletir uma ideia a exigir a comparação *quantitativa* entre grandezas que possuam uma unidade métrica comum – não se faça presente entre os bens, interesses e valores que são objetos de ponderação, em outros aspectos, contudo, eles podem ser *comparados*, sendo que essas características podem ser determinantes para o resultado ponderação e, consequentemente, justificar o discurso prático; assim, "a comparação – ao invés da comensuração – não requer o emprego de uma escala de unidades de valor que permita medição precisa em termos cardinais" [631].

Para demonstrar a distinção conceitual entre incomensurabilidade e incomparabilidade, Virgílio Afonso da Silva traça um paralelo visando a identificar qual seria o melhor compositor, Bach ou Madonna; segundo o autor, o que se mostra inviável, é estabelecer uma escala cardinal a indicar quem seria o melhor compositor, assim, não é possível "afirmar que a música de Bach é 13,72 x-unidades melhor que a música de Madonna (ou vice-versa)"; entrementes, não havendo uma métrica comum a identificar, em escala cardinal, qual o melhor compositor, faz-se presente uma situação de incomensurabilidade; não obstante, apesar da incomensurabilidade verificada, ainda é possível comparar os dois compositores, a partir de outros fatores; além disso, a possibilidade de diferentes pessoas, razoavelmente, alcançarem conclusões diversas, não elide a comparabilidade entre os valores, muito pelo contrário, pois, se as conclusões diversas foram alcançadas, isso ocorreu devido à possibilidade de comparação entre fatores relevantes [632].

Assim, a ponderação não requer a existência de uma unidade de medida comum a definir quantitativamente a prevalência dos bens, interesses ou valores em embate, ou seja, o sopesamento possui grandezas incomensuráveis como objetos de valoração e, desde que existam fatores determinantes comparáveis, é capaz de levar a decisões racionais; entrementes, a considerar a ausência de sinonímia entre incomensurabilidade e

[630] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 706.
[631] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 741.
[632] SILVA. Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable, págs. 284-285. (Tradução livre).

incomparabilidade, bem como tendo por pressuposto o fato de que a verificação da primeira não acarreta, necessariamente, a ocorrência da segunda, constata-se que a incomensurabilidade a envolver bens, interesses e valores não elide a possibilidade de sopesamento entre eles [633].

Por sua vez, Jeremy Waldron indica a existência, no âmbito da moral e filosofia política, de dois significados para a incomensurabilidade (extensíveis ao mundo do Direito), quais sejam: a incomensurabilidade fraca e a forte; a primeira "sugere que duas considerações, A e B, figurando em lados opostos de um problema de razão prática devem ser genuinamente incomparáveis"; a decisão, no caso da incomensurabilidade forte, apenas pode ser alcançada com base em preferências subjetivas, uma vez que não há como identificar se A ou B possui maior peso ou se o peso de ambos é igual. De outro lado, a incomensurabilidade fraca "é geralmente expressa em termos de uma regra simples e direta de prioridade", assim, tendo em vista a existência de uma ordem prioritária entre os fatores (a qual pode decorrer da ideia de *trunfos*, *restrições laterais* ou *ordem lexical* e ser estabelecida por *intuição* ou com base em *razões argumentativas*), "ao invés de ponderá-los quantitativamente um contra o outro", deve-se, simplesmente, escolher aquele que possui prioridade, sendo a aquilatação do peso de cada um, portanto, irrelevante para a solução do caso [634].

A ideia de Waldron, contudo, é criticável por, no mínimo, duas razões. Em um primeiro aspecto, no que se refere ao conceito de incomensurabilidade forte, na proposta do autor não há a devida distinção entre incomensurabilidade e incomparabilidade, conceitos que, como visto, não podem ser sobrepostos ou entendidos como sinônimos, pois expressam ideias diversas [635], assim, a incomensurabilidade forte elide, apenas, a possibilidade de comparação quantitativa, mas aceita outros tipos de comparação e, por conseguinte, é compatível com a ponderação [636].

De outro lado, a ordem absoluta de prioridades, pressuposta por Waldron para a definição da incomensurabilidade fraca, não pode ser, na prática, definida previamente à identificação

---

[633] SILVA. Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable, págs. 275-277.
[634] WALDRON, Jeremy. Fake Incommensurability. A response to Professor Schauer. *Hastings Law Journal. Volume 45-Issue 4, Article 5, 1-1994, págs. 813-824*. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3149&context=hastings_law_journal, págs. 815-818. Último acesso em 31 de maio de 2020. (Tradução livre).
[635] Nesse sentido: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 704.
[636] SILVA. Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable, pág. 283.

das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, pois não existe uma ordem hierárquica abstrata e definitiva entre os *direitos*; entrementes, para serem hierarquizados, os *direitos* devem ser previamente sopesados tendo em vista a realidade fática e jurídica presente no caso, sendo que a relação de precedência pode variar de um caso para outro; disso resulta que o conceito de incomensurabilidade fraca cai por terra, uma vez a ponderação e a atribuição de pesos visando à formatação de um escala hierarquizada entre os *direitos* não pode ser feita na forma pretendida pelo autor, ou seja, sem a consideração das condições fáticas e jurídicas presentes na hipótese [637].

As ponderações realizadas nos quadros do princípio da proporcionalidade requerem a realização de comparações, contudo, na forma já exposta, essas comparações não são conciliáveis com a ideia de se estabelecer uma escala cardinal entre os fatores sopesados; assim, pressuposta a possibilidade de comparação entre os objetos da ponderação e, de outro lado, afastada a possibilidade de se estabelecer uma unidade de valor comum a quantificar os fatores incomensuráveis, outros fatores determinantes devem ser estabelecidos para justificar o resultado [638].

Nesse sentido, Ruth Chang estabelece, no âmbito filosófico, distinção entre os conceitos de (in) comensurabilidade e (in) comparabilidade, a qual é de relevância essencial para justificar a possibilidade de a ponderação levar a decisões racionais; assim, para a autora, a comensurabilidade pressupõe a possibilidade de, entre características dos objetos de valoração, ser estabelecida uma escala cardinal a indicar a escolha, contudo, isso não é viável na comparabilidade, esfera na qual a melhor escolha deve ser efetivada a partir de um valor de referência, cobertura ou escolha a indicar uma escala ordinal entre as características relevantes dos objetos em comparação; além disso, quando da comparação, não se pode dizer que um objeto é *melhor* que o outro, mas é viável afirmar que algumas características de um dos objetos são *melhores* do que as do outro, assim, por exemplo, "este cajado pode ser maior do que aquele no que diz com o cumprimento ou massa ou condutividade, mas não pode ser

[637] SILVA. Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable, págs. 282-283.
[638] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 741.

maior, ponto final"; essa constatação, contudo, não elide a possibilidade de haver certo privilégio em favor de um objeto de comparação em relação com o outro [639].

Trazendo-se as lições de Chang para o estudo da ponderação e do princípio da proporcionalidade, pode-se afirmar que, apesar da incomensurabilidade, os objetos da ponderação são comparáveis, a partir de um valor de cobertura, escolha ou referência; ainda, em caso de colisão, os bens, interesses e valores em tensão devem ser avaliados em suas características relevantes para o caso, bem como em relação comparativa um com o outro, o que não elide a possibilidade de ser constatada, previamente, alguma preferência *prima facie*; entrementes, a ponderação deve ser levada a efeito a partir das condições fáticas e jurídicas de um caso concreto e não no sentido de definir abstratamente, em análise isolada de cada um, qual o valor é superior, ou melhor, ao outro.

Virgílio Afonso da Silva, na linha de Chang, afirma que "para serem racionais, comparações devem incluir um valor de cobertura ou escolha"; entrementes, quando da ponderação, deve ser estabelecido um valor determinante, a partir do qual restará justificada a relação de precedência ou equivalência (ainda que não exata) estabelecida no caso concreto; esse valor de cobertura ou escolha deve ser definido da maneira mais precisa possível, pois, quanto mais preciso o valor, maior a possibilidade de justificar decisões racionais; a ponderação não compara abstratamente os princípios em si considerados, mas sopesa a importância de satisfação de um em detrimento de outro, diante de determinadas condições concretas [640].

Por sua vez, Petersen assevera que existem três formas de se estabelecer uma relação entre valores em comparação, a saber: (a) com base em uma "escala ordinal", uma vez que é capaz de indicar se um valor é melhor, pior ou igual a outro; (b) a partir de uma "escala métrica" de intervalo, a qual, apesar de não possuir um marco zero absoluto, é apta para definir a distância entre dois valores; (c) por fim, é viável a utilização de uma escala métrica de "razão", na qual um marco zero absoluto se faz presente, assim, são possíveis "avaliações da importância relativa dos valores"; uma "escala razão" permite a multiplicação ou divisão dos valores objeto de valoração, contudo, esse tipo de escala pressupõe a comensurabilidade

[639] CHANG, Ruth. Introduction. *Incommensurability, Incomparability, and Pratical Reason, págs. 01-34*. Edited by Ruth Chang. Cambridge, Masachusetts, London, England: Harvard University Press, 1997, págs. 01-09.
[640] SILVA. Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable, págs. 285-289. (Tradução livre).

dos objetos em avaliação, ou seja, deve-se lograr êxito em carregar esses valores para "uma escala normativa comum ou moeda", a partir do que seja possível "determinar a distância e a razão dos valores individuais entre si" [641]. Logo, das três formas de comparação entre valores, bens ou interesses, indicadas pelo autor, apenas uma delas – escala de razão – exige que os valores em comparação sejam comensuráveis.

Entrementes, a ponderação não pressupõe que a relação entre os bens, interesses ou valores colidentes em comparação seja passível de quantificação, assim, apesar de os objetos do sopesamento serem incomensuráveis, eles podem ser comparados com base em outros parâmetros; isso se mostra possível, por exemplo, nos termos da escala tríadica (leve, moderada e séria) desenvolvida por Robert Alexy, com base na qual se mostra viável atribuir *pesos* aos interesses em tensão e "classificar os princípios em colisão ordinariamente, ao invés de cardinalmente"; isso permite que no sopesamento sejam comparados valores incomensuráveis e, mesmo assim, sejam produzidas decisões racionais [642].

De todo o exposto, conclui-se que a incomensurabilidade não impede que a ponderação alcance resultados racionais; não iremos, no momento, analisar quais os procedimentos e critérios deverão nortear a ponderação, quando realizada nos quadros do princípio da proporcionalidade; nesta etapa do trabalho, a ideia é, apenas, afastar a crítica da incomensurabilidade e fixar entendimento no sentido de que a incomensurabilidade não se confunde com incomparabilidade e, portanto, não elide a possibilidade de a ponderação levar a decisões racionais.

De resto, o enfretamento das objeções que dizem com a suposta irracionalidade da ponderação será efetivado ao longo dos capítulos seguintes, notadamente, quando da análise das três faces do princípio da proporcionalidade e de como a ponderação se estrutura e deve ser metodologicamente aplicada em cada uma delas.

[641] PETERSEN, Niels. *Proportionality*, págs. 40-41. (Tradução livre).
[642] KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure*, págs. 59-60. (Tradução livre).

7.5. Ponderação e princípio proporcionalidade

Firmada posição no sentido da aceitação do fenômeno das colisões normativas a envolver os direitos fundamentais e, consequentemente, do recurso à ponderação enquanto inevitável metodologia jurídica tendente a permitir o desvendamento dos conflitos, em prosseguimento, deve-se demarcar, precisamente, o sentido técnico-jurídico da ponderação, enquanto método de resolução de colisões jusfundamentais, bem como as interações e diferenças mantidas com o princípio da proporcionalidade amplamente considerado e, notadamente, com o seu terceiro elemento, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Entrementes, a primeira questão a ser definida diz com a necessidade de restar esclarecido se há, efetivamente, identidade entre os fenômenos – proporcionalidade em sentido estrito e ponderação (entendida como método jurídico tendente a resolver colisões jusfundamentais) – ou, ao contrário, se existem diferenças significativas e dignas de nota (a precisa definição conceitual de ambos os fenômenos é, obviamente, um pressuposto que deve ser definido para, após, ser possível o ingresso na esfera de análise da (in) diferenciação entre as figuras).

Para melhor entendimento da questão, é pertinente que fique estabelecido um parâmetro teórico com o qual seja possível estabelecer o devido diálogo para, posteriormente, lançarmos nossa posição acerca do tema; nesse sentido, entendemos por selecionar uma proposta doutrinária que seja paradigmática e que defenda a fusão entre as figuras da ponderação e do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; em continuidade, serão expostos os méritos e as deficiências dessa posição para, por fim, expormos nossa visão acerca dessa temática.

Entrementes, em detrimento da visão de *integridade* do sistema jurídico, há a concepção que aponta para o fato de existirem colisões normativas a envolver os direitos fundamentais; como defensor desta tese, destaca-se a teoria apresentada por Robert Alexy, a qual servirá como referencial teórico para o debate ora proposto e, a partir dela, serão traçadas ideias próprias sobre a ponderação e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Isso também é necessário, em razão de as críticas descritas anteriormente, na forma em que foram traçadas, contestarem a ponderação na linha desenvolvida por Robert Alexy, especialmente, pela ausência de diferenciação entre o sopesamento e o subprincípio da

proporcionalidade em sentido estrito; tendo essa fusão como pressuposta, as objeções são lançadas, indistintamente, em face de ambas as figuras; ainda, os juízos de censura que pesam em face da ponderação de bens, interesses e valores referem, também, o que era colocado como objeção à Jurisprudência dos Valores, da qual, segundo alegam, a ponderação não conseguiu se afastar, sendo, assim, todas as objeções desenvolvidas ao longo da história em face dessa corrente de pensamento são, igualmente, pertinentes no que se refere ao sopesamento integrado aos quadros do princípio da proporcionalidade.

Para se abordar – e refutar –, com maior propriedade, esse consistente bloco de objeções, o qual impede a passagem do princípio da proporcionalidade para um local de menor fragilidade dogmática, é pertinente que se inicie pela dissecação dos principais elementos da teoria geral dos direitos fundamentais elabora por Robert Alexy.

7.5.1. A Teoria dos Princípios de Robert Alexy

Assim, diferentemente de Ronald Dworkin, o qual, como dito, é defensor do monismo valorativo e, consequentemente, nega as colisões normativas jusfundamentais, bem como a necessidade do recurso à ponderação e ao princípio da proporcionalidade como mecanismos jurídicos dirigidos à aplicação de normas principiológicas, Robert Alexy parte da aceitação das colisões jusfundamentais e coloca a ponderação e o princípio da proporcionalidade como técnicas centrais para a aplicação dos direitos fundamentais.

Antes de prosseguirmos no estudo da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, é importante reforçar, para fins de clareza teórica, que a proposta alexyana destoa da teoria de Ronald Dworkin, sendo digno de nota um ponto essencial; apesar de Robert Alexy [643] (para quem a colisão jusfundamental é fenômeno aceito e considerado com extrema amplitude, sendo o recurso à ponderação a chave para a aplicação dos direitos fundamentais) reconhecer a normatividade dos princípios e partir da distinção entre esta espécie normativa e as regras, nos termos efetivados por Ronald Dworkin [644], obviamente, dando um desenvolvimento e aprimoramento teórico próprio, deve-se considerar o fato de que, mesmo ambos atribuindo

[643] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 85-120.
[644] DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* Ninth impression. London: Duckworth, 2000, págs. 14-45.

normatividade às regras e aos princípios como ponto inaugural, o crepúsculo de cada teoria é essencialmente diverso, pois, enquanto Robert Alexy trabalha com a ideia de colisão e ponderação, Ronald Dworkin nega esses fenômenos, nos termos expostos supra.

Ocorre que, mesmo contrapondo-se as teses, percebe-se um objetivo comum aos autores, qual seja, ambos buscam racionalizar a aplicação das normas constitucionais e diminuir a discricionariedade judicial, ou, até mesmo, suprimi-la; além disso, pretendem estabelecer um padrão substancial a refletir justiça, ao qual deve se conformar toda a legislação; contudo, acabam por desenvolver propostas destoantes, conforme já antecipado; destarte, pondo-se um termo final a este breve prefácio, resulta de tudo que ambos os autores encontram uma questão até certo ponto comum às duas teorias, qual seja a justificação da aplicação do Direito mediante a utilização de um discurso moral; isso é assumido por Dworkin [645], mas fica um tanto quanto nebuloso na teoria de Robert Alexy, contudo, na forma ilustrada nas críticas descritas, é apontado por alguns autores, como Habermas, que a concepção dos direitos fundamentais enquanto princípios e, consequentemente, mandamentos de otimização, acabaria por diluir as fronteiras entre a dimensão deontológica e o plano dos juízos morais.

Alexy desenvolve sua concepção acerca da ponderação, especialmente, na obra denominada *Teoria dos Direitos Fundamentais*; após, escreve um epílogo ou posfácio a este trabalho, estudo destinado, essencialmente, a rebater as oposições apresentadas por parte da doutrina alemã contra a sua teoria dos princípios; no livro, o jusfilósofo alemão efetua uma tentativa de demonstrar que a ponderação pode levar a soluções racionais e intersubjetivamente constatáveis; as ideias veiculadas nesses textos são reforçadas pelo dito em outros trabalhos – anteriores e posteriores –, especialmente, pela Teoria da Argumentação Jurídica [646]; a busca por uma contribuição teórica para que os casos a envolver a aplicação dos direitos fundamentais encontrem uma solução racional marca sua obra.

---

[645] A concepção de os princípios configurarem-se como normas foi desenvolvida por Dworkin no contexto de um confronto proposto pelo autor ao positivismo jurídico, especialmente, nos termos formulados por H. L. A. Hart; isso ocorreu na esfera de um extenso debate anglo-saxônico no âmbito da Teoria do Direito. Dworkin, ao demonstrar o papel dos princípios na aplicação do Direito, colocou em causa as bases do positivismo jurídico, dentre outras ideias, pretendeu derrubar o próprio conceito positivista de Direito, bem como a concepção positivista da estrita separação entre o Direito e a Moral, pois "o conteúdo moral dos princípios impunha um desafio direto à tese da separação positivista". Para Dworkin, a necessidade demonstrada de a jurisprudência se valer de princípios quando da aplicação do Direito expõe a inadequação da tese que nega as conexões entre o Direito e a Moral. POSCHER, Ralf. The Principles, págs. 219 e 222.

[646] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*.

Na Teoria dos Direitos Fundamentais ("teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã") [647], Alexy inicia pela análise da norma de direito fundamental, a partir do que, após definido um conceito puramente semântico [648], identifica duas espécies, quais sejam, as regras e os princípios, mantendo essas normas uma diferença estrutural, qualitativa e forte; para o autor alemão, essa distinção é de suma importância, sendo a base para a compreensão correta de fenômenos como: as restrições aos direitos fundamentais, as colisões jusfundamentais, os efeitos dos direitos fundamentais em face das relações particulares, os espaços e limites de ação existentes entre a jurisdição constitucional e o legislador democraticamente eleito, dentre outras questões [649]; essa assimilação estrutural das normas implica, necessariamente, como elo final da cadeia de aplicação dos enunciados de direitos fundamentais, o recurso à ponderação, ou, como manifesta o autor, à máxima [650] da proporcionalidade (o que não exclui, como reforço à argumentação, a utilização de outros padrões interpretativos, mecanismos dogmáticos, rede de precedentes, etc.) [651].

Uma vez que os princípios são *mandamentos que devem ser objeto de otimização*, suas possibilidades fáticas e jurídicas de realização são desvendadas pela máxima [652] da proporcionalidade; a ponderação, consubstanciada no terceiro elemento da proporcionalidade em sentido amplo – *proporcionalidade em sentido estrito* –, coloca-se, nessa relação, como a regra a ser seguida para a elucidação das possibilidades jurídicas de otimização de cada princípio, uma vez que, dada a imposição de otimização que adjetiva a todos, os princípios estão em constante estado de colisão com outros princípios que, igualmente, devem ser *prima facie* otimizados; esse conflito deve ser resolvido conforme o peso dos princípios em jogo no caso concreto, a partir do que é estabelecida uma "relação de precedência condicionada",

[647] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 31.
[648] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 53-58.
[649] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 85.
[650] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 116-120.
[651] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 165-166.
[652] O termo *máxima* é empregado, conforme a tradução empreendida por Virgílio Afonso da Silva da expressão alemã *Grundsatz*. Virgílio explica que, para o português, poder-se-ia, igualmente, utilizar-se da palavra princípio. Não obstante, identifica um emprego diferente em Alexy das expressões *Prinzip* e *Grundsatz*, sendo esse último veiculado, notadamente, quando o autor se refere à proporcionalidade. Tendo em conta que Alexy não considera a proporcionalidade uma norma com estrutura de princípio, valeu-se o tradutor da palavra *máxima*, para deixar clara a diferenciação feita por Alexy no original (ver pág. 117, nota 84). Ainda, esclarece que, em outros momentos do livro, quando era clara a intenção de Alexy e não havia possibilidade de "confusão", utilizou-se da expressão princípio quando o texto alemão mencionava *Grundsatz*. ALEXY, Robert. Teoria, pág. 10.

operação orientada por uma *lei* (lei da colisão) e por uma *regra* (ponderação ou sopesamento racional consubstanciado na "lei do sopesamento") que, por culminar na fundamentação de uma norma associada com estrutura de regra, demonstra qual *princípio*, no caso concreto, acabou por prevalecer [653].

A ponderação, como destacado, é consubstanciada em uma lei – "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" –, contudo, apesar de definir o que deve ser considerado quando da ponderação, essa lei não estabelece como se identificam os graus de realização e afetação, ingressando nesta operação hermenêutica, no intuito de possibilitar essa definição, teorias substantivas da justiça, bem como todos os recursos da argumentação jurídica, em face do que a decisão resultante do sopesamento tem a potencialidade de se mostrar racional, apesar de não ser capaz de levar "a um cálculo de resultados intersubjetivamente inequívoco" [654].

Também são bases de apoio importantes para a construção da teoria de Alexy: o conceito semântico de norma (já citado); a diferenciação entre disposições e normas de direitos fundamentais [655]; a identificação de "normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional" e "normas de direito fundamental atribuídas", as quais resultam de uma ponderação correta [656] e a partir do que são *válidas* para a resolução do caso, pressupondo uma relação de "fundamentação" e "refinamento" em face das normas constitucionais diretamente estabelecidas [657]; o reconhecimento do caráter deontológico, tanto dos princípios quanto das regras; a distinção dos planos deontológico e axiológico [658]; a admissibilidade de restrições, mesmo no caso em que ausente qualquer reserva legal, o que é explicado a partir da estrutura da norma; a existência de uma *ordem branda de valores* [659]; a aplicação da teoria dos princípios aos direitos de liberdade, igualdade e prestacionais; menção a decisões do Tribunal Constitucional Federal, nas quais, segundo o autor, a resolução dos casos é feito com recurso à ponderação, demonstrando, assim, que o Tribunal também

[653] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 91-99 e 165-176.
[654] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 166-176.
[655] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 66-69.
[656] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 102.
[657] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 69-76.
[658] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 145-147.
[659] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 162-163

concebe os direitos fundamentais como princípios, destacando-se a "decisão sobre a incapacidade para participar de audiência processual e a decisão do caso Lebach" [660].

Algumas referências, ainda.

Apesar de traçar distinções, há uma aproximação muito grande, em Alexy, entre os princípios e os valores, o que é, inclusive, expressamente reconhecido pelo autor [661]; o estreitamento entre ambas as dimensões fica mais clara ainda quando Alexy identifica o objeto da ponderação como algo híbrido integrado por elementos empíricos, mas, também, axiológicos e deontológicos; pode-se, assim, sem maiores problemas, falar-se tanto em ponderação de princípios quanto em ponderação de valores [662]; ambos, valores e princípios, são "critérios de valoração" utilizados para definir o peso dos mais diversos objetos de juízos valorativos; ainda, por serem muito variados e, frequentemente, exigirem ser levados em conta concomitantemente, esses "critérios de valoração" colidem, daí a necessidade de ponderação entre eles, operação na qual todos serão "levados em consideração" mediante uma "valoração global" [663].

O fundamento da ponderação, portanto, é encontrado no plano axiológico; veja-se que a própria lei da ponderação está situada em um "metanível" [664]; as diferenças, entre os princípios e os valores, apresentadas por Alexy, assim, podem ser concentradas no reconhecimento de um caráter deontológico aos princípios e um axiológico aos valores, consequentemente, os princípios expressam o que é devido e os valores o que é bom; estruturalmente, contudo, a identificação entre ambos é marcante [665].

Além disso, o conceito e âmbito de aplicação da ponderação, para Alexy, é consideravelmente amplo; veja-se que, apesar de defender uma ponderação orientada por regras e organizada por uma metodologia formal, o que lhe atribuiria racionalidade, o autor também define valorações realizadas usualmente na "interpretação tradicional" como ponderações. [666].

---

[660] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 94.
[661] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 144.
[662] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 144-147, especialmente a nota 162.
[663] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 147-153.
[664] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 169.
[665] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 145-147 e 153.
[666] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 166.

Para completar a sua formulação teórica, Alexy recorre a duas figuras dogmáticas essenciais, quais sejam o suporte fático e a restrição; a definição específica de cada uma dessas entidades, as formas nas quais se apresentam e os elementos pelos quais são compostas, explica o autor, sempre a trabalhar conjuntamente com esses dois elementos (suporte fático e restrição), demonstram a *passagem* de uma posição de direito fundamental reconhecida pela Constituição de forma *prima facie* para uma posição de direito fundamental *definitiva*; esse percurso somente não será completo nos casos em que, apesar de preenchido o suporte fático, uma restrição se fizer presente; assim, "restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental", sendo, indispensavelmente, conformes à Constituição, sem o que não podem ter essa qualificação, ou seja, receber o título de "restrições a direitos fundamentais"; a restrição opera a partir de uma norma, estruturalmente com natureza de regra, conforme a Constituição, sendo a convicção acerca dessa conformidade alcançada pela ponderação [667].

Aos princípios, também, pode-se reconhecer um caráter restritivo, contudo, diferente das regras; pelo fato de, materialmente, terem o potencial de restringir a "realização" de princípios colidentes (não diretamente uma posição de direito fundamental), os princípios configuram-se como normas restritivas, sendo que essas características materiais os distinguiriam das normas de competência; uma vez mais, aqui, aparece a ponderação como reveladora da verdade, qual seja se a potencialidade material de restringir será definitiva, pois isso somente ocorrerá se o sopesamento permitir, ou melhor, demonstrar que a solução foi constitucionalmente adequada; ao final de tudo, então, restrições acabam por ser "normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental" [668].

Existem, contudo, conforme a posição de direito fundamental decorrente da norma, algumas adaptações atribuídas pelo autor para cada figura, mas, ao fim e ao cabo, ambas são sempre utilizadas na aplicação das normas constitucionais permissivas, garantidoras de direitos de defesa e definidoras de direitos a prestações positivas, bem como na concretização do princípio da igualdade [669].

[667] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 281-283.
[668] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 284-285.
[669] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 302.

Veja-se, a título de exemplo, que, para a aplicação de um direito fundamental de defesa, Alexy toma por base a necessidade de preenchimento da seguinte cadeia: perfectibilização do suporte fático e a ausência de restrição, sendo ambos os conceitos contrapostos; o suporte fático, neste caso, é integrado pelo bem protegido e pela proibição *prima facie* de intervenções nesse bem, encontrando-se no "âmbito de proteção" da norma (considerado em sentido amplo, uma vez que está, *prima facie*, inserido no âmbito de proteção jusfundamental de cada princípio "tudo aquilo que milite em favor de sua proteção" [670]) uma imposição de um dever *prima facie*, em face do Estado, de abstenção, ou seja, uma proibição de intervenções desvantajosas nesse âmbito juridicamente protegido [671]; já no que se refere aos direitos a prestações positivas, assim como nos direitos de defesa, Alexy identifica, também, um "caráter *prima facie*", indicando, com efeito, que as normas constitucionais enunciadoras de direitos a prestações positivas possuem "natureza de princípios" [672].

O fato é que Alexy vislumbra dois *métodos* ou *técnicas* para a concretização do Direito, quais sejam a "subsunção e a ponderação"; repisa-se, para o autor alemão, a ponderação é uma "operação fundamental de aplicação jurídica" [673], sendo utilizada sem maiores distinções e seguindo a mesma lógica em todos os casos de colisões a envolver princípios, independentemente da pretensão (negativa ou positiva) decorrente *prima facie* dos enunciados constitucionais.

E aqui, o que há de decisivo; Alexy investe suas fichas na busca por racionalizar e, consequentemente, legitimar o uso da ponderação enquanto método de aplicação do Direito, a partir de regras de argumentação e, também, pela *estruturação* desse método, inserindo-o em uma *máxima* mais abrangente, um histórico mecanismo de limitação do exercício do poder estatal, qual seja a *máxima da proporcionalidade*, a qual passa a ser composta por três elementos relacionados às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização das normas constitucionais com estrutura de princípio.

As potencialidades jurídicas de otimização são desvendadas por um dos componentes estruturais da *máxima da proporcionalidade*, qual seja a *proporcionalidade em sentido estrito*

[670] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 322.
[671] ALEXY, Robert. Teoria, págs. 303-307.
[672] ALEXY, Robert. Teoria, pág. 446.
[673] ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido. *El princípio de porporcionalidad em el Derecho contemporâneo, págs. 13-36*. Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro (Coordinadores). Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 13. (Tradução livre).

ou *ponderação*; este segmento é funcionalizado de forma a tomar por base uma relação de colisão entre princípios e, a partir da busca pelo alcance de uma solução *racional* dessa colisão, dar *prevalência* a um dos *princípios* envolvidos no embate; ponderação, assim, encontra a proporcionalidade (amplamente considerada), passando a integrar sua estrutura e sendo orientada por pautas de argumentação e, especialmente, pela regra ilustrada na *fórmula do peso*; a Jurisprudência dos Valores evolui, passando a colisão ser identificada no plano deontológico e a ponderação promovida à técnica jurídica legítima, uma vez que seus resultados podem ser encontrados de forma racional e intersubjetivamente demonstrável.

7.5.2. Semelhanças e distinções entre a ponderação e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Em linhas gerais, são essas as bases da teoria de Robert Alexy e sua visão acerca da proporcionalidade e da ponderação; de nossa parte, antes de considerarmos especificamente a proposta do autor, adiantamos entendimento no sentido de que o princípio da proporcionalidade não se confunde com uma ponderação de natureza global destinada para a verificação de relações de precedência entre princípios colidentes, nem mesmo seu terceiro elemento, o qual, apesar de se consubstanciar em uma valoração ou ponderação bilateral (ainda que com um sentido específico e com um objeto próprio de valoração), diverge em sua forma de aplicação a depender da face do princípio da proporcionalidade que estiver em causa.

Por sua vez, cada face do princípio da proporcionalidade é definida pela situação jurídica referente à concretização de direitos fundamentais tomada como base, da função que o direito fundamental está a exercer na hipótese e do dever estatal pertinente ao caso; ainda, além de possuir um sentido específico e um objeto próprio de valoração em cada uma das faces do princípio da proporcionalidade, a ponderação levada a efeito pela jurisdição constitucional enquanto órgão de controle destoa, em diversos aspectos, da ponderação originadora da afetação desvantajosa realizada pelo legislador.

De resto, os objetos que são passíveis de ponderação no âmbito do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito devem ser identificados e precisados tendo em conta

cada uma das faces que podem ser assumidas pelo princípio da proporcionalidade, sendo que, enquanto abordamos o tema de forma geral, faremos referência à ponderação de bens, interesses ou valores, de forma a indicar amplamente todos os objetos passíveis de ponderação.

7.5.2.1. Ponderação judicial em cada uma das faces do princípio da proporcionalidade e ponderação legislativa

O princípio da proporcionalidade configura-se como um mecanismo de controle a ser aplicado em face de *algo* prévio, uma ação já consolidada (praticada pelo Estado ou por particular) ou, ainda, para aquilatar possível justificação constitucional para uma omissão estatal relacionada à ausência de realização de *algo* jusfundamentalmente *prima facie* ordenado.

Assim, a proporcionalidade é um mecanismo de controle das restrições decorrentes de comportamentos positivos do Estado ou, até mesmo, de pessoas privadas, e, também, das afetações desvantajosas derivadas da não realização do conteúdo jusfundamental *prima facie* determinado pela Constituição; em cada situação, a lógica a ser assumida pelo princípio da proporcionalidade há de ser distinta, sendo a operação de controle do excesso da restrição diferente da aquilatação de insuficiência e, também, diversa, quando utilizada conjuntamente com a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares; consequentemente, os testes inerentes à proporcionalidade, inclusive a *valoração ou ponderação* imposta pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, não podem ser os mesmos em qualquer hipótese.

Essa assertiva já foi manifestada quando da análise dos precedentes do Tribunal Constitucional Federal, a partir do que se identificou um manejo diverso do princípio da proporcionalidade, a depender do problema jusfundamental de base; igualmente, restou exposto o fato de o princípio da proporcionalidade, ao longo de seu processo de formatação histórica, haver sofrido modificações e adaptações de forma a permitir que exercesse novas funções, tendo, inclusive, sido agregado de um novo elemento constitutivo e trasladado de um ramo do Direito (Administrativo) para outro (Constitucional).

De outro lado, como já sinalizado, no que se refere à aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, será diferente o *modus operandi* do princípio da proporcionalidade, em comparação com a dinâmica a ser assumida pela proibição do excesso e pela proibição da insuficiência quanto manejadas como normas de controle; isso porque, aqui, diferentemente do que ocorre quando do controle do excesso ou da insuficiência, não se tem propriamente um ato ou omissão estatal como objeto de controle, ao menos nos termos defendidos pela teoria da eficácia direta ou imediata.

Na sistemática brasileira, inclusive, quando a questão de aplicação das normativas constitucionais às relações entre entes pessoas privadas chega ao Supremo Tribunal Federal, o conhecimento do processo é devolvido com toda a amplitude à Corte, a qual não atua no sentido de avaliar a (in) constitucionalidade da intervenção restritiva oposta a um dos direitos fundamentais pelas instâncias jurisdicionais inferiores, mas possui competência plena para definir a questão constitucional e, igualmente, para proceder ao julgamento final da lide; assim, diante de um caso concreto, sua competência não é restrita ao controle da decisão recorrida, ou seja, o STF não se limita a declarar incidentalmente a desproporcionalidade da intervenção restritiva oposta em face da posição de direito fundamental tutelada de titularidade do particular atingido, pois deve julgar o próprio mérito da demanda e, inclusive, encontrar a solução mais proporcional possível para o caso.

A teoria desenvolvida por Robert Alexy não toma em consideração essas distinções, as quais serão detalhadamente explicadas na segunda parte deste trabalho, quando do tratamento específico de cada uma das faces do princípio da proporcionalidade; em suma, para o autor alemão, ao final das contas, o que o Tribunal Constitucional está a fazer, indistintamente, é controlar uma restrição (que, inclusive, pode ser caracterizada, a partir da omissão) ou intervenção restritiva, e esse controle é efetivado mediante uma *ponderação* a envolver a intensidade de restrição oposta em um princípio e a importância de satisfação de outro, operação destinada a demonstrar qual dos princípios colidentes deve prevalecer diante das circunstâncias do caso concreto em apreciação.

Veja-se que as críticas, em grande parte, consideram o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, em si mesmo, uma técnica resolutiva de colisões a envolver direitos fundamentais, não partindo de uma distinção entre esse subprincípio e a ponderação, de maneira que os dois fenômenos são identificados como grandezas indistintas, na linha

definida por Robert Alexy; isso ocorre porque, como desvenda Jorge Reis Novais, a proporcionalidade, para nossa terminologia, em sentido estrito, é aplicada mediante uma valoração entre duas grandezas, a partir do que, normalmente, é "identificada com a *ponderação de bens*" [674]; assim, todas as objeções opostas à ponderação são estendidas automaticamente a este subprincípio [675]; destarte, um correto delineamento das duas figuras, de forma a deixar indicado, precisamente, as distinções entre a ponderação, enquanto metodologia jurídica aplicada para a resolução de colisões envolvendo direitos fundamentais, e a valoração inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, operação integrante de, apenas, uma das fases de uma maior gama de testes de controle de constitucionalidade das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais, por si só, já permitirá o início da contestação de muitos apontamentos críticos.

Nesse sentido, proceder-se-á a devida distinção entre as figuras dogmáticas em questão, no intuito de ser alcançada maior clareza analítica acerca dos fenômenos objeto de análise e, como consequência, permitir uma posterior aplicação da ponderação e do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito com maior capacidade de alcançar soluções racionais e intersubjetivamente demonstráveis.

Entrementes, conforme já exposto, deve restar claro que o termo *ponderação* vem sendo utilizado pela doutrina e jurisprudência para expressar uma extensa gama de significados e fenômenos, os quais vão desde uma operação interpretativa que busque atribuir sentido a conceitos jurídicos indeterminados [676], alcançando, por vezes, qualquer atividade valorativa empregada no âmbito da aplicação do Direito, especialmente, enquanto mecanismo voltado para a concretização de direitos fundamentais [677].

Não obstante, essas concepções, muito amplas e, consequentemente, despidas de exatidão, não refletem o real e específico papel jurídico-dogmático da ponderação enquanto técnica ou, no mínimo, impedem que se alcance uma precisão acerca do que a utilização prática do método realmente importa; para se encontrar o exato lugar do sopesamento, nesse intricado enredo que envolve a aplicação dos enunciados jusfundamentais, é necessário que se tenha em mente a problemática de base que necessita do método para ser resolvida; em outras

[674] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 179.
[675] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 756.
[676] Ver. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional*, págs. 261-262.
[677] Ver. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional*, págs. 262 e 220-221.

palavras, é de ser questionado, o que existe de específico na ponderação para que lhe seja atribuído uma função de relevo no âmbito da concretização dos enunciados de direitos fundamentais?

Desde logo, pode-se asseverar, com segurança, que não se vislumbra a necessidade de se utilizar da ponderação para traduzir o significado de conceitos constitucionais indeterminados ou para precisar as cláusulas gerais da Constituição, bem como não é pertinente que o sopesamento expresse, indistintamente, qualquer atividade valorativa dos aplicadores do Direito, pois, para isso, diversos recursos hermenêuticos já estão consolidados e são suficientes; a ideia central a envolver a ponderação remete para outro fenômeno jurídico, qual seja a necessidade de se solucionar a inevitável colisão normativa a envolver os direitos fundamentais; nesse âmbito, a ponderação alcança autonomia enquanto mecanismo de aplicação do Direito, uma vez que as técnicas tradicionais de interpretação e a subsunção não são capazes de, isoladamente, resolverem essas questões de conflitos normativos [678].

Seguindo-se essa linha de raciocínio, tem-se que, em um primeiro momento, mostram-se viáveis as concepções que enxergam a ponderação como um amplo mecanismo a abarcar várias possibilidades conjunturais de apresentação, consistindo, genericamente, em uma operação destinada a indicar, diante de uma colisão normativa a envolver direitos fundamentais, qual dos *direitos em conflito* possui maior peso, em abstrato ou diante das circunstâncias do caso concreto, contexto no qual há uma valoração global entre as grandezas colidentes e atribuição de peso aos *lados* em embate de forma a possibilitar que seja alcançada uma solução para essa tensão, mediante equilíbrio ou prevalência, total ou parcial, dos *flancos* em colisão [679]-[680]-[681].

---

[678] Sobre a crítica da suposta "ausência de autonomia" da ponderação enquanto "técnica de descoberta e aplicação do direito": CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 711-713.

[679] Neste sentido. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional*, pág. 261.

[680] Pelo conceito atribuído por Jane Reis Gonçalves Pereira, "a ponderação pode ser definida, de forma esquemática, como a técnica de decisão pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que se mostrem inconciliáveis no caso concreto, visando a determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer com fundamento da decisão adotada". PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional*, págs. 220-221.

[681] Também nessa linha, é digno de transcrição o refinado conceito de ponderação formulado por Vitalino Canas: "para a Teoria do Direito, ponderação é um método de raciocínio e deliberação prática que, verificando-se colisão normativa e não sendo esta resolvida por norma jurídica sobre colisões, visa encontrar uma solução através da definição de prevalência ou de igualdade, em abstrato ou em concreto, entre magnitudes com significado normativo a que são atribuídos pesos". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 676.

Esse é o conceito técnico-jurídico da ponderação enquanto método, a partir do qual, entrementes, a ponderação pode ser identificada como uma técnica utilizada, no âmbito do discurso jurídico, para, a partir de valorações bilaterais e a atribuição de pesos aos interesses, bens ou valores em embate, alcançar a resolução de colisões normativas a envolver a concretização dos direitos fundamentais, sendo a aplicação do método direcionada para o desenlace de uma determinada situação real; assim, "a ponderação conduz sempre a respostas orientadas ao caso concreto" [682].

Porém, esse não é o sentido exato do princípio da proporcionalidade; este mecanismo jurídico, por sua vez, nos termos até aqui desenhados, possui três possibilidades de apresentação quando manejado na concretização dos direitos fundamentais, configurando-se como um parâmetro material de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais ou das omissões do Estado que deixem de concretizar os deveres estatais de proteção, respeito ou promoção dos direitos fundamentais, a partir da ausência de cumprimento de obrigações positivas *prima facie* impostas pelas normativas constitucionais; além disso, pode se apresentar com um critério estrutural da decisão judicial que envolva a aplicação direta de direitos fundamentais colidentes na esfera das relações privadas.

A se avaliar essas três hipóteses conjunturais de manifestação, o terceiro elemento do princípio da proporcionalidade amplamente considerado – proporcionalidade em sentido estrito –, entendido como uma ponderação, apenas, vai possuir a função de resolução das colisões jusfundamentais, nesse sentido de encontrar o *direito* prevalente, diante das circunstâncias da situação concreta, nos casos em que esses conflitos estiverem subjacentes à aplicação, diretamente a partir da Constituição, de direitos fundamentais no âmbito das relações particulares.

Isso porque, quando chamada a resolver esse tipo de questão – eficácia privada dos direitos fundamentais –, a jurisdição, especialmente no sistema jurídico brasileiro, não está a controlar uma ação prévia do Poder Legislativo ou uma intervenção restritiva perpetrada pelas instâncias jurisdicionais inferiores ou, ainda, uma omissão⁄insuficiência estatal, possuindo, portanto, maior margem de ação e espaço para deliberação, a partir do que não se limita a aquilatar o excesso ou insuficiência, mas direciona sua atuação para encontrar a solução mais

[682] DENNINGER, Erhard. GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para La sociedad multicultural*. Edición e traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, 2007, pág. 63. (Tradução livre).

proporcional possível ao caso; aqui, a problemática jusfundamental de base é outra e não requer, para sua solução, que seja avaliada como constitucionalmente correta uma postura estatal anterior; nessas situações, deve o juiz, com base na aplicação direta de normas constitucionais ao caso, dizer o Direito para solucionar uma conflituosa relação entre bens e interesses particulares tutelados *prima facie* por normativas de direitos fundamentais.

Essas assertivas, para serem bem compreendidas, demandam um maior refinamento, cumprindo, por ora, unicamente, a função preliminar de destacar a impossibilidade de se fundir, em uma única figura dogmática, a ponderação e a proporcionalidade em sentido estrito, pois não há equivalência entre os fenômenos, uma vez que, ainda que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito seja aplicado mediante uma ponderação bilateral, variam os termos em que esse sopesamento ocorre, a depender da face do princípio da proporcionalidade incidente em face do caso.

Assim, em prosseguimento, necessário estabelecer e assentar que a ponderação, em si mesma, também, deve ser diferenciada, especialmente, em razão da forma pela qual se apresenta em face de quem efetiva-a, ou seja, para as finalidades deste estudo, deve restar precisado como o legislador e o julgador utilizam-se do método.

A ponderação, na perspectiva do legislador, manifesta-se na forma de uma operação global, tendo por base, em uma situação de conflito real ou em perspectiva, os valores, bens e interesses objeto de proteção pelos direitos fundamentais, considerados no seu âmbito de proteção integral, ou seja, ainda não diminuídos por qualquer postura estatal desvantajosa [683]; ou seja, os valores, bens e interesses em colisão estão, ainda, *intocados em seu âmbito de proteção normativa*, não havendo ação anterior dos poderes constituídos nesta base concreta que demandou a escala de ações concretizadoras que iniciaram pelo legislador; uma vez resolvida a questão pelo legislador, em não sendo possível a perfeita harmonização entre os lados em embate, poderá ser oposta uma afetação desvantajosa, a qual resulta da ponderação legislativa que colocou termo à colisão.

[683] Mais precisamente, pode ocorrer que o constituinte ou o próprio legislador, em ação anterior, já tenham oposto uma restrição e, mesmo assim, esse direito fundamental, que não perdeu o caráter principiológico, apesar da afetação negativa já sofrida, ser submetido à nova ponderação. Essas hipóteses não podem ser desconsideradas. Contudo, não desqualificam o que estamos querendo demonstrar – a diferença entre a ponderação levada a efeito pelo legislador e pelo julgador –, uma vez que, como se verá infra, é o resultado da primeira que, em qualquer caso, é levada ao julgador para exame de constitucionalidade.

Nesse âmbito de atuação do legislador, ainda que seja uma tendência atual digna de elogio a intenção de reforçar os padrões materiais e formais que devem ser observados já durante o processo legislativo [684], pois, nesse sentido, consolidam-se os critérios para que o Parlamento possa efetivar ponderações mais objetivas e alcançar decisões legislativas racionais, não se pode deixar de considerar o que é capaz de ser decisivo e presidir, de fato, as escolhas do legislador, ou seja, a vontade da maioria parlamentar, a qual é muito suscetível de ser formada com base em valorações um tanto quanto subjetivas e alcançadas em uma esfera essencialmente política e de debate ideológico; assim, apesar reconhecermos que o processo legislativo é capaz de resultar em decisões racionais, o fato é que, na prática, os fatores subjetivos e ideológicos atuam com maior liberdade nesse contexto, uma vez que inerentes às esferas de deliberação política; assim, a jurisdição constitucional tem o papel de *corrigir*, a partir de critérios jurídicos e intersubjetivamente demonstráveis, a ponderação legislativa, nos casos em que o legislador não lograr êxito em alcançar uma decisão racional, contudo, uma vez alcançada, pelo legislador, a partir da ponderação, uma solução constitucionalmente adequada, a consequência será o reconhecimento da constitucionalidade da lei pela jurisdição constitucional.

Especialmente na realidade brasileira, em que são escassos os mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade, especialmente, no âmbito do Poder Legislativo, a vinculação do legislador ao princípio da proporcionalidade, apesar de ser uma realidade constitucionalmente exigida, não encontra, em contraponto, mecanismos efetivos de controle incidentes durante o processo legislativo que sindiquem sua real observância.

Ao final das contas, em regra, a efetiva vinculação do legislador aos direitos fundamentais será, de fato, aquilatada em um segundo momento, quando do controle judicial de constitucionalidade da restrição legislativa oposta ao direito fundamental ou em face de outro interesse constitucionalmente tutelado; a restrição decorre da solução encontrada para o caso, a partir da ponderação legislativa, mas é na *fase de controle judicial* que será identificado se o resultado do debate político e a consequente escolha da maioria observou a devida vinculação às normativas constitucionais, bem como se ocorreu dentro do âmbito de

[684] Nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa. Devido procedimento na elaboração legislativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*.

deliberação livre reservado ao legislador democraticamente eleito ou, ao contrário disso, se o Parlamento resolveu a colisão de forma a acarretar uma restrição legislativa excessiva ao direito fundamental afetado.

Assim, apesar da vinculação do legislador às normativas constitucionais, de fato, a decisão de prevalência entre os direitos fundamentais, tomada pela maioria parlamentar, é passível de ser pautada, essencialmente, por padrões morais e políticos, em razão da insuficiência de mecanismos de controle efetivos que tenham aplicação durante o processo legislativo; com efeito, não pode a posterior decisão judicial de controle de constitucionalidade da restrição legislativa, simplesmente, reproduzir o mesmo *modus operandi*; caso isso ocorra, haverá, efetivamente, uma subversão das funções constitucionais de cada poder constituído, passando, ao final de tudo, as valorações morais firmadas pela jurisdição a prevalecer em face das soluções encontradas pelo legislador democraticamente eleito.

Além disso, excluindo-se a face que o princípio da proporcionalidade assume quando conjugado com a aplicação direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, a valoração inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não é levada a efeito nos mesmos termos de uma *ponderação global*, ou seja, de *direito x direito*, sendo outros os objetos a serem ponderados, como, por exemplo, no controle das restrições legislativas, é valorada a relação entre a importância dos efeitos de satisfação do objetivo buscado em contraponto com a gravidade dos efeitos restritivos decorrentes da afetação desvantajosa oposta em face do direito fundamental atingido.

Com efeito, em continuidade, configurada a afetação desvantajosa ao direito fundamental, é requisito de constitucionalidade que a intervenção patrocinada pelo legislador tenha observado parâmetros constitucionais, pois, caso contrário, deverá ser reconhecida como inconstitucional; esse exame será efetivado pela jurisdição constitucional e terá por base, dentre outros critérios, o princípio da proporcionalidade.

Nesse contexto, como destacado, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não pode ser equiparado à ponderação legislativa, ou seja, a um sopesamento global entre os *direitos* em colisão, devendo o objeto da valoração inerente a esta derradeira etapa de aplicação da proporcionalidade ser outro; logo, fica aqui identificada a impossibilidade de

serem reproduzidos pela jurisdição constitucional os processos de decisão empreendidos pelo legislador.

Daí, desde logo, já se observa a pertinência de que seja estabelecida a diferença desta atuação judicial da empreendida pelo legislador, uma vez que, enquanto o órgão legislativo busca resolver as colisões que envolvem os direitos fundamentais, ao juiz, por sua vez, compete realizar o controle de constitucionalidade desta ação; o comportamento do legislador é justificado por uma finalidade, empiricamente verificável e que se encontra apoiada à Constituição, restando materializado na utilização de um meio (lei restritiva) que acarreta uma afetação desvantajosa a um dos interesses colidentes, resolvendo a colisão. O juiz constitucional, de outro lado, havendo concentração no enfoque preciso, não busca, propriamente, resolver a colisão, o que já foi feito pela restrição legislativa, mas, sim, controlar essa ação restritiva decorrente da ponderação levada a efeito pelo legislador, tendo esse controle por parâmetro, dentre outros, o princípio da proporcionalidade [685].

Além disso, difere o objeto de análise, uma vez que o legislador, tendo por base os direitos fundamentais envolvidos na colisão em sua integralidade, busca resolver a tensão; já ao julgador, tendo como pauta de análise a solução alcançada pelo legislador, resta controlar a constitucionalidade da restrição legislativa, a partir do que pode valorar a *justiça* da restrição oposta, notadamente, pela comparação entre a gravidade dos efeitos da afetação desvantajosa contraposta à importância dos efeitos de satisfação dos fins buscados pelo legislador; assim, na verdade, a atividade jurisdicional de controle da constitucionalidade das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais, uma vez que não se confunde com a ponderação efetivada previamente pelo legislador, deve se pautar por uma lógica diversa e, ao mesmo tempo, possuir outro objeto de valoração.

Quando se está a avaliar se a medida legislativa restritiva observou o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a ponderação inerente a esta fase de controle não pode, simplesmente, repetir a mesma operação empreendida pelo legislador. Nesta etapa da concretização do direito fundamental, em que a restrição legislativa passa pelo crivo do controle substancial de constitucionalidade, o objetivo do juiz não consiste a resolução da colisão, mas, sim, verificar se a ponderação realizada pelo legislador e a restrição que

[685] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, págs. 179-181. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, pág. 131.

sobreveio foram corretas sob o prisma constitucional, para o que tem de avaliar se houve excesso na restrição oposta pelo legislador ao direito fundamental não prevalente [686].

Assim, diferentemente da perspectiva assumida por Alexy, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto segmento do princípio da proibição do excesso como norma de controle, não visa à otimização das possibilidades jurídicas dos bens, interesses ou valores em colisão; com a aplicação do subprincípio da proporcionalidade estrito, o órgão de controle não busca a solução ótima, mais justa, mais proporcional ou a melhor possível para a hipótese, mas, apenas, aquilatar se a restrição legislativa se mostrou excessiva, preservando-se, assim, o espaço de liberdade do legislador democraticamente eleito e suas margens de avaliação e deliberação para a conformação da Constituição, as quais são reconhecidas pelo princípio da separação dos poderes.

Logo, no controle das restrições legislativas, o princípio da proporcionalidade não justifica a declaração da nulidade de uma afetação desvantajosa quando esta não se mostrar a mais proporcional, o que poderia acabar por ocorrer caso seguida a lógica de se comparar *direito* contra *direito*; a restrição legislativa, apenas, será inconstitucional quando for desproporcional, sendo que isso somente é verificado em situações nas quais resta aquilatado o excesso da intervenção desvantajosa ao direito fundamental e não na simples constatação de não haver sido a solução legislativa a mais proporcional possível [687].

Quando a questão chega à apreciação da jurisdição constitucional, repisa-se, a colisão jusfundamental já foi, inclusive, resolvida por uma ponderação legislativa; entrementes, sob o prisma da jurisdição constitucional, a questão que releva é analisar se a colisão foi *bem resolvida* sob o prisma da Constituição, ou seja, se a restrição decorrente da ponderação legislativa encontra justificação constitucional, sendo que um dos critérios para que essa justificação se faça presente é exatamente o princípio da proporcionalidade, além dos outros *limites dos limites* dos direitos fundamentais.

Ao se definir o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito como uma ponderação tendente a resolver uma colisão jusfundamental ou como um mecanismo de otimização dos bens, interesses ou valores em colisão, confundem-se as etapas de concretização – legislativa e jurisdicional –, pois o julgador, nessa lógica, ao fim e ao cabo,

[686] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 753-759.
[687] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, págs. 179-182.

vai, apenas, repetir a mesma operação já realizada pelo legislador; isso acaba por ser motivo para um incremento das críticas à ponderação, uma vez que, por esse raciocínio, o juiz, tendo por referência a mesma base problemática – resolução da colisão e definição do direito prevalente – acaba por substituir a solução do legislador pela sua própria.

Além disso, em acréscimo ao princípio da proporcionalidade, vários outros são os parâmetros de controle de constitucionalidade da ação estatal restritiva que devem ser manejados pela jurisdição constitucional; assim, de tudo, tem-se que esta ação do julgador, quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, faz-se presente no contexto de uma ampla atuação de controle de constitucionalidade, não se configurando, simplesmente, como uma ponderação tendente a resolver uma colisão jusfundamental entre bens, valores e interesses [688].

O que deve ficar claro é a necessidade de o julgador, mesmo se vislumbrar um conflito jusfundamental subjacente, avaliar se esse conflito já foi resolvido pelo legislador e se existe uma lei restritiva a expressar essa solução, sendo que, uma vez confirmadas referidas premissas, a decisão da jurisdição assume, em relação a esse conflito jusfundamental subjacente, uma postura de controle da ação legislativa e não pode ser levada a efeito no sentido de buscar a definição de uma nova resolução para o conflito de forma a desconsiderar a ponderação já realizada pelo legislador.

Destarte, tendo essas assertivas como base, a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, como segmento do princípio da proibição do excesso, deve ser realizada no sentido de que a *valoração*, ou, caso prefira-se, a *ponderação* inerente a esta fase de controle, seja organizada de forma a aquilatar o excesso da restrição e não com a estrutura tendente a resolver a colisão mediante um sopesamento global entre os bens e interesses em conflitos [689].

---

[688] Como assevera Jorge Reis Novais, "a ponderação de bens que também ocorre no controlo da proporcionalidade de uma restrição é uma ponderação atípica". NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 180.

[689] Consigna-se que não vemos maiores problemas com a terminologia – valoração ou ponderação – a ser utilizada quando da operação hermenêutica inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Ainda que para fins analíticos o uso de distintos termos seja relevante, na prática, o que realmente importa é a correta identificação do que se pretende em cada fase do processo de concretização de um enunciado jusfundamental e, nesse contexto, o sentido e limites da ponderação levada a efeito pelo legislador e da valoração (ponderação) realizada pela jurisdição constitucional quando do manejo do princípio da proporcionalidade.

De outro lado, igualmente, deve-se ter em conta a dinâmica assumida pela ponderação quando em causa o controle de constitucionalidade das omissões ou insuficiências estatais caracterizadas pela ausência de cumprimento dos deveres de promoção, proteção ou outras imposições prestacionais *prima facie* decorrentes dos direitos fundamentais, situações em que o princípio da proporcionalidade se mostra como uma proibição da insuficiência.

Aqui, a *valoração/ponderação* inerente à aplicação do princípio da proibição da insuficiência, em regra, diz com a verificação de ausência ou deficiência de proteção ou promoção do direito fundamental, o que requer a análise da possível presença de vários fatores que podem justificar constitucionalmente a inexistência de realização dos deveres prestacionais; enquanto que na proibição do excesso a ponderação é realizada no intuito de controlar uma possível demasia na restrição legislativa, a ponderação inerente à proibição da insuficiência será destinada à verificação de um eventual déficit de proteção ou promoção ao direito fundamental afetado negativamente pela omissão estatal.

Aqui, também, a ponderação realizada pelo órgão de controle quando da aplicação do princípio da proibição da insuficiência, não buscará a melhor solução possível ou o resultado ótimo, mas sindicar a omissão estatal e avaliar a possível (in) exigência de justificação constitucional para a ausência de cumprimento do dever prestacional *prima facie* imposto pela Constituição; além disso, outros serão os objetos de ponderação, bem como mais restritas as margens de atuação da jurisdição constitucional.

De resto, ainda nesta perspectiva do juiz constitucional, fenômeno diverso se apresenta nas situações em que algum titular de direito fundamental busca a prestação jurisdicional em razão de uma ameaça ou efetiva lesão em sua esfera jusfundamentalmente protegida perpetrada por outro particular, o qual, também, está *prima facie* autorizado a realizar o comportamento que acaba por intervir no âmbito de liberdade alheia.

Utilizando-se de um exemplo trivial: imagine-se que determinado veículo de imprensa está prestes a divulgar periódico, no qual é propalada notícia que atinge sensivelmente a intimidade de terceiro; ante a ausência de lei proibindo a divulgação, o particular, que possui sua esfera íntima afetada negativamente pela notícia, busca, junto ao Poder Judiciário, a proibição de divulgação da matéria jornalística como forma de tutela ao seu direito fundamental; consigna-se que ambos os particulares, em razão de ausência de lei específica aplicável à hipótese, estão a substanciar suas pretensões diretamente nas normas

constitucionais de direitos fundamentais e sustentam possuir proteção constitucional, ainda que *prima facie*, para os comportamentos de fato realizados.

Aqui sim, em casos como o presente, o juiz deve proceder, ao aplicar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a uma ponderação que visará a resolver a colisão, podendo se utilizar de uma intervenção restritiva em um dos direitos fundamentais colidentes, após o alcance da solução de precedência e consequente resolução do conflito. Essa ponderação, igualmente, terá por objeto os direitos integrais, ainda, não afetados.

Com efeito, nesse contexto, e tendo por referência esse específico problema jusfundamental, a operação hermenêutica realizada pelo juiz ao aplicar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito pode ser definida como uma ponderação judicial direcionada à resolução de uma colisão envolvendo direitos fundamentais e com o objetivo de encontrar o interesse prevalente no caso; aqui, os limites do espaço que possui o juiz constitucional para ponderar são mais amplos, uma vez que não está em causa o controle de quaisquer ações ou omissões prévias do legislador e, consequentemente, o necessário respeito ao espaço das margens de avaliação e deliberação legislativa não é relevante ao caso; apenas nesta esfera, portanto, a ponderação levada a efeito pela jurisdição possui o sentido de otimizar os bens, interesses ou valores em colisão.

Em suma, em Estado de Direito, a ação primordial resolutiva das colisões a envolver direitos fundamentais é realizada pelo legislador, por intermédio da ponderação legislativa, da qual pode decorrer uma afetação desvantajosa aos direitos fundamentais; essa intervenção vai sofrer um controle posterior da jurisdição constitucional, a qual encontra, no princípio da proporcionalidade, um dos parâmetros para o controle de constitucionalidade; apenas, pode ser falado em proporcionalidade como método para resolução de colisões a envolver os direitos considerados em sua integralidade do seu âmbito de proteção quando a questão jusfundamental chega diretamente ao Poder Judiciário e se refere à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais; todavia, ainda, aqui, a referência não é tecnicamente precisa, uma vez que o método resolutivo da colisão será a ponderação judicial, a qual se efetiva, apenas, quando da aplicação do terceiro elemento integrante do princípio da proporcionalidade.

Logo, deve haver uma separação entre as atividades legislativas e jurisdicionais, uma distinção na esfera da própria ação judicial, bem como diferenciações entre as formas pelas

quais a ponderação se manifesta; sob a perspectiva do legislador, a ponderação configura-se como um método utilizado para a resolução de colisões envolvendo direitos fundamentais; enfocada sob o prisma da atuação judicial, a ponderação, no âmbito da proibição do excesso, já não se apresenta, propriamente, como técnica resolutiva de tensões jusfundamentais, mas de controle de uma possível demasia da afetação desvantajosa; por sua vez, quando manejada na esfera da proibição do defeito, a ponderação possui o sentido de verificar se há uma omissão normativa inconstitucional em razão de possível insuficiência de proteção ou promoção de direitos fundamentais; ainda, apenas, nos casos em que o Poder Judiciário é chamado a resolver situações individualizadas, as quais dizem com um conflito jusfundamental entre interesses particulares substanciados diretamente a partir da Constituição, é que, efetivamente, a ponderação aparecerá, na perspectiva da jurisdição, como técnica destinada à resolução de uma colisão normativa jusfundamental.

Ultrapassados esses apontamentos e identificado como a ponderação se coloca em face de cada situação dogmática a envolver a aplicação dos enunciados de direitos fundamentais, bem como definidos os termos em que sua utilização ocorre pelo legislador e pelo juiz, outra questão deve ser abordada, qual seja a ponderação deve restar configurada como um método jurídico.

7.5.2.2. Objeto da ponderação

Nos termos declinados, conclui-se que a ponderação é empregada, mesmo enquanto técnica jurídica dirigida à resolução de colisões normativas, em várias esferas, a envolver a criação, interpretação e aplicação do Direito; esse emprego ocorre em termos diversos, os quais abrangem tanto o sentido e finalidade a que a ponderação se destina quanto aos objetos de valoração que podem ser estabelecidos quando do sopesamento.

Além disso, mesmo no âmbito da resolução de colisões normativas a envolver direitos fundamentais, a ponderação é manejada de várias formas pelos legisladores e pelos juízes; entrementes, dada a amplitude de situações em que a ponderação se faz presente, definiu-se,

genericamente, os bens, interesses e valores [690] como os objetos, *lato sensu*, passíveis de ponderação.

Não obstante, referida definição não é suficiente para indicar os objetos da ponderação em cada situação a envolver a aplicação do princípio da proporcionalidade; para tanto, é indispensável que sejam precisados os objetos da ponderação quando o método se fizer presente nos quadros de cada uma das faces do princípio da proporcionalidade; nesse contexto, portanto, um trabalho de detalhamento dos objetos da ponderação deve ser levado a efeito.

Nesses termos, vê-se que a ponderação e a proporcionalidade em sentido estrito, além de conceitualmente diferentes, possuem diversos âmbitos de atuação e mantém entre si uma relação de gênero e espécie [691], ou seja, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito "materializa-se através de uma *específica* operação de ponderação" [692]; logo, sendo específica a ponderação inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, são igualmente específicos os objetos da ponderação realizada nesse contexto; ainda, tendo em vista que são três as faces que podem ser assumidas pelo princípio da proporcionalidade, a ponderação a ser realizada quando da incidência de cada uma dessas faces também possuirá um sentido determinado e objetos de valoração próprios.

Feita, assim, a devida distinção conceitual-analítica e estabelecida a relação – gênero e espécie – a envolver a ponderação e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, devem ser definidos os específicos objetos da ponderação realizada nos quadros do princípio da proporcionalidade; contudo, ante a especificidade, cada objeto será indicado posteriormente, quando do estudo individual de cada uma das faces do princípio da proporcionalidade.

[690] Nesse sentido. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 691.
[691] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 785.
[692] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 687.

7.6. A ponderação como método jurídico

De acordo com a proposta apresentada por Robert Alexy, o fundamento para o emprego da ponderação é encontrado no plano axiológico, em razão da grande identificação e proximidade entre os princípios e os valores; assim, como os valores, os princípios colidem, devendo o conflito ser solucionado, em ambos os planos, por uma ponderação que indique qual o lado prevalente.

Não obstante, como já indicado, à ponderação deve ser atribuído um sentido técnico-jurídico e fundamentada enquanto exigência normativa [693], pois as colisões a envolver os direitos fundamentais são fenômenos normativos, consequentemente, sua incidência, quando da aplicação do Direito, deve ser diferente do verificado quando a sua utilização ocorre no mundo dos valores.

Apesar de identificar a diversidade dos planos nos quais se encontram as dimensões normativas e morais, a sobreposição entre princípios e valores proposta por Alexy, ao final das contas, pode acabar por flexibilizar demasiadamente o Direito, notadamente, pelo traslado automático, e sem maiores adaptações, da metódica de resolução das colisões entre valores – ponderação – para o campo normativo, o que termina por fazer com que a concretização das normas ocorra de forma muito semelhante ao que é observado quando da ponderação de valores.

Consequentemente, ante a descaracterização do plano normativo, a partir da outorga à jurisdição constitucional do controle de constitucionalidade das decisões legislativas com base em critérios em todo similares a uma decisão acerca da prevalência de valores, surgem diversas vozes contrárias a indicar a subversão, patrocinada pela ponderação, do princípio da separação dos poderes.

Mas, como já incisivamente destacado, isso não implica uma vedação à ponderação, a qual, no sentido visto, é um método que inevitavelmente deve ser utilizado quando da concretização dos direitos fundamentais; o que se impõe, portanto, é a premência de se reformular algumas bases teóricas e premissas metodológicas no processo de utilização

[693] PETERSEN, Niels. How to Compare the Lenght of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. *German L. J., vol. 14, n.° 08, 2013, págs. 1387-1408*. HEINONLINE, págs. 1392-1393.

judicial da ponderação, o que alcançará, consequentemente, a aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto norma de controle.

Jürgen Habermas, no contexto de uma proposta crítica ao modelo da jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional Federal alemão e da teoria dos princípios de Alexy, sustenta que, uma vez adotadas essas construções teóricas, haveria uma indevida fusão entre as normas e os valores, a partir do que ocorreria uma preocupante flexibilização do Direito e, como consequência, um acréscimo de competências em favor da jurisdição constitucional e em detrimento das deliberações legislativas [694].

O autor prossegue e passa a expor as diferenças entre os princípios e os valores, a partir do que constata a impossibilidade dos dois serem aplicados de maneira idêntica; os princípios "possuem um sentido deontológico", enquanto os valores "têm um sentido teleológico"; os princípios, por serem normas, possuem uma "pretensão de validade binária", sendo válidos ou inválidos, mandamentos absolutos, portanto, ao passo que os valores estabelecem fins definidos como de alcance desejável em determinada comunidade, podendo ser observados gradualmente, uma vez que não expressam comandos imperativos e definitivos; valores colidem e buscam prevalecer em face dos concorrentes, já as normas "não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários" [695].

Em um primeiro momento, deve restar claro que, apesar de se configurar como um mecanismo jurídico, o princípio da proporcionalidade, em si mesmo considerado, não é axiologicamente neutro; isso ocorre pelo fato de o mandamento de proporcionalidade das ações e omissões estatais configurar-se como um princípio estruturante de um Estado de Direito social e democrático e estar no centro das decisões fundamentais que o constituinte originário realizou ao desenhar uma nova ordem constituída, sendo que essas decisões são baseadas em padrões morais e refletem, consequentemente, escolhas morais; contudo, e isso deve ficar claro, "do ponto de vista estrutural e metódico, a proporcionalidade e.s.e. e a ponderação que a substancia é valorativamente neutral", uma vez que o método não exige a prevalência de determinado valor em detrimento do outro, ou seja, aceita todas as

[694] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I.* Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, págs. 314-316.
[695] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, volume I*, págs. 316-317.

considerações em favor dos mais diversos valores e proporciona uma solução para as colisões que não "exclui nenhuma teoria substantiva da justiça" [696].

Assim, o princípio da proporcionalidade, apesar de incorporar uma decisão valorativa, não incorpora em si a alegada diluição entres os planos da Moral e do Direito, uma vez que a ponderação que o integra é estruturada e metodologicamente aplicada de forma moralmente neutra, configurando-se, portanto, como um mecanismo jurídico com características próprias e dinâmicas aplicativas autônomas.

De outro lado, é possível assentir, em certo aspecto, com a conclusão alcançada por Habermas, pois, efetivamente, não pode haver uma equiparação entre os valores e os princípios, notadamente, quando do momento da aplicação de cada um deles; não obstante, essa constatação não impede que sejam visualizadas diferenças entre as normas e, consequentemente, modos diversos de concretização a depender da espécie normativa em causa, bem como não obsta a concepção a apontar que os princípios são normas que estabelecem mandamentos *prima facie*.

O não reconhecimento da existência de colisões normativas, apesar de se mostrar coerente sob um ponto de vista da filosofia monista, não é adequado se tomada por base uma visão mais pragmática e pluralista de aplicação do Direito; a matéria já foi abordada neste estudo, restando refutadas as propostas que negam o pluralismo e visualizam uma integridade completa no sistema jurídico-positivo.

O fato é que existem diferenças entre as normas constitucionais positivadoras de direitos fundamentais, notadamente, podem caracterizar-se como regras ou príncipios; essas diferenças permitem que se reconheça a existência de espécies normativas diversas, as quais, consequentemente, serão aplicadas, na enorme maioria dos casos, de maneiras diferentes; as regras, em geral, são concretizadas por subsunção; e os princípios? A operação hermenêutica necessária para a aplicação dos princípios difere da cabível às regras, não sendo, por consequência, a subsunção ferramenta suficiente; agora, isso não autoriza que se faça uma aproximação tão estreita entre os princípios e os valores, de forma a restar equiparado o método de aplicação de cada uma das grandezas.

[696] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 719-720.

A argumentação dirigida para valores, visando a justificar a ponderação como mecanismo chave a possibilitar a concretização dos princípios, traz consequências na formatação do princípio da proporcionalidade, especialmente, no que diz com o seu terceiro elemento – proporcionalidade em sentido estrito – o qual, como visto, acaba por ser identificado com uma ponderação dirigida a estabelecer uma precedência entre os princípios em colisão; em síntese, pela visão de Alexy, a ponderação, demandada pela aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, busca a definição de qual direito fundamental deve prevalecer, diante das circunstâncias do caso concreto, e isso é uma lógica mais coerente com a aplicação de valores do que, propriamente, com normas constitucionais.

O Tribunal Constitucional Federal, após a Lei Fundamental de Bonn, desenvolveu uma dogmática própria para a aplicação dos enunciados normativos de direitos fundamentais, pela qual buscou demonstrar a racionalidade das suas decisões e legitimar sua função de revisão; dentre outras circunstâncias, isso se fez necessário pelo fato de as decisões legislativas estarem, pela primeira vez, submetidas a um controle substancial de constitucionalidade na Alemanha.

Nesse contexto, o Tribunal desenvolveu, como pilar de sua construção jurisprudencial, a ideia de que a *Grundgesetz* estabelecia uma ordem axiológica hierarquizada, a partir do que os direitos fundamentais passaram a ser considerados como valores potencialmente colidentes e consagrados em uma escala hierárquica de importância conforme a proximidade com o valor central dessa ordem, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Dado o reconhecimento, em larga escala, do fenômeno da colisão entre valores, a ponderação foi o passo subsequente, pois era necessário estabelecer um mecanismo para a resolução desses conflitos; todavia, a ponderação, quando empregada pelo Tribunal, era pautada pela ordem hierárquico-axiológica formada pelos direitos fundamentais na *Grundgesetz*, devendo o aplicador, quando do julgamento do caso, atribuir prevalência ao valor superior. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, passou a integrar frequentemente as decisões do BVerfG quando em causa a aplicação de normas jusfundamentais, sendo a ponderação, por diversas vezes, trazida para o interior de sua estrutura.

Alexy também se utiliza do princípio da proporcionalidade em sua construção teórica e o faz visando à recuperação dogmática a jurisprudência dos valores [697], a qual havia sido rotulada de irracional e irremediavelmente subjetiva [698]; nesse sentido, Alexy enquadra os outrora valores na condição de normas-princípio, passando a ponderação, enquanto segmento da proporcionalidade em sentido amplo, ser a peça chave dessa teoria.

Não obstante, apesar de reconhecer que os princípios se encontram no plano deontológico, por defender que os valores e os princípios mantém sensível proximidade, Alexy acaba por sustentar que a forma de aplicação – ponderação – de ambas as grandezas é o mesmo, a partir do que todas as críticas à jurisprudência dos valores acabam por ter igual incidência à teoria dos princípios.

Na verdade, essa aproximação demasiada, patrocinada por Alexy, entre as normas com estrutura de princípio e os valores, é um dos fatores mais importantes para que se impeça a identificação das três faces do princípio da proporcionalidade e não se dê maior relevância às especificidades dos problemas jusfundamentais que se está a resolver; isso ocorre, porque, tendo em vista que os princípios e os valores se aplicam da mesma maneira, ou seja, a partir de uma ponderação entre as grandezas em colisão, não há sentido em se diferenciar a situação jurídica de base a envolver a questão jusfundamental objeto de apreciação, pois, ao final das contas e independentemente da consideração das peculiaridades do caso, o que vai resolver a questão, é um sopesamento entre os valores ou princípios em colisão, bastando, portanto, que os fatores relevantes para a ponderação sejam precisados.

Como consequência, o princípio da proporcionalidade acaba por ser compreendido com dotado de uma única dinâmica, pois, além dos testes de idoneidade e necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito, em qualquer caso de direito fundamental, vai ser concebida como uma ponderação entre os *direitos* em colisão e direcionada para possibilitar o encontro do *direito* prevalente.

Com efeito, para que essa problemática seja ultrapassada, é indispensável que, na perspectiva judicial, reste definido como se aplicam os direitos fundamentais positivados por

---

[697] JACKSON, Vicki. TUSHNET, Mark. Introduction. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 01-10*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pág. 01.
[698] Nesse sentido. MÜLLER, Friedrich. "Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem". *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, págs. 535-545*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: JBA Comunicações, 1995, pág. 537.

estruturas principiológicas, pois a simples referência à ponderação como o critério hermenêutico a ser manejado nesse âmbito é deveras insuficiente.

Em um plano dogmático, a ideia de que os direitos fundamentais observam uma *metódica* própria é bem aceita; ainda, essa *metódica* é, por muitos, descrita como *estruturante*, ou seja, nas palavras de Canotilho, a aplicação⁄concretização da Constituição demanda uma "**metódica constitucional**", a partir da qual devem ser verificados "os procedimentos de realização, concretização e cumprimento das normas constitucionais" e, em razão de suas especificidades, dentre as quais o fato de não ser essa *concretização* efetivada apenas no plano judicial, configura-se como uma "**metódica estruturante**" [699].

Essa metódica deve compreender três pilares: uma "*teoria da norma constitucional*"; a exata compreensão de todo o processo e o papel desempenhado por cada ator (Legislativo, Executivo e Judiciário) envolvido na realização dos direitos fundamentais; por fim, esse processo de aplicação deve ser racional e intersubjetivamente controlável o que é alcançado pelo desenvolvimento de "princípios hermenêuticos e de argumentação" [700].

Nessa mesma linha, José de Melo Alexandrino, também, aceita a *metódica estruturante*, contudo, assevera que a adoção deste "modelo teórico" impõe o entendimento de seu "sentido mínimo", pelo que expõe "três das premissas básicas" [701], quais sejam: a diferenciação "entre norma e enunciado"; a necessidade de definição de "´norma constitucional`"; "a distinção entre o ´programa normativo` (*Normprogramm*) e o ´domínio normativo` (*Normbereich*)" [702].

Por sua vez, Virgílio Afonso da Silva conduz o processo de aplicação dessas normas constitucionais recorrendo ao conceito de suporte fático, o qual, segundo sustenta, é plenamente aplicável aos direitos fundamentais [703]; a cada norma de direito fundamental corresponde um *suporte fático abstrato*, o qual é definido como "o conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ele imputa determinada consequência" [704]; e mais, o conteúdo e, posteriormente, a definição e extensão de cada figura integrante do

[699] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*, pág. 1117.
[700] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*, pág. 1117.
[701] ALEXANDRINO, José de Melo. Como Ler a Constituição – Algumas Coordenadas. *Estudos em Homenagem ao Professor Paulo de Pitta e Cunha, págs. 503-519*. Coordenação de Jorge Miranda, António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira e José Duarte Nogueira - 3° V. Coimbra: Almedina, pág. 504.
[702] ALEXANDRINO, José de Melo. Como Ler a Constituição, págs. 504-505.
[703] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, págs. 64-67.
[704] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, pág. 68.

suporte fático abstrato irá influenciar nas mais variadas questões correlatas à aplicação dos direitos fundamentais [705].

Abstraindo-se digressões acerca das variantes doutrinárias que envolvem essa questão, tanto no que se refere aos componentes quanto à extensão (restrita ou ampla quer do suporte fático quer de seus elementos), e, apenas, expondo-se objetivamente e de forma bastante abreviada a posição adotada por Silva, vê-se que o autor estabelece uma dicotomia, ou seja, em linhas gerais, apresenta dois modelos de *suportes fáticos abstratos*, a depender de estar em causa a aplicação de uma norma jusfundamental em sua função defensiva ou uma norma de direito fundamental prestacional; assim, para a concretização de uma norma que está a exercer a função de defesa, propõe o constitucionalista brasileiro a seguinte estrutura integrada por três componentes: âmbito de proteção; intervenção estatal; ausência de fundamentação constitucional para a intervenção; preenchidos esses elementos *típicos*, ocorrerá a consequência jurídica da norma de direito fundamental, qual seja a inconstitucionalidade da intervenção; de outro lado, estando em causa a aplicação de um direito à prestação positiva, o suporte fático proposto é o seguinte: âmbito de proteção; omissão estatal; ausência de justificação constitucional para a omissão; nos mesmos moldes do exemplo anterior, preenchidas essas condições, estará de forma *definitiva* deflagrada a consequência jurídica estabelecida, só que nesse caso a imposição decorrente da norma consiste em um dever estatal a uma prestação positiva [706].

Assim, no interior dessa *metódica estruturante*, o aplicador vê-se em um largo *processo hermenêutico*, o qual tem por ponto de partida o enunciado jusfundamental [707] e termina com a formulação de uma *norma de decisão* específica para o caso; sem pretensões de expor de forma completa e desenvolver passo a passo uma *metódica estruturante*, o fato é que a definição do âmbito de proteção da norma decorrente do enunciado, a análise das afetações desfavoráveis a esse âmbito de proteção e a observância dos limites impostos pela ordem constitucional em face dessas possibilidades de afetações negativas estão recorrentemente presentes.

[705] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, págs. 68-69.
[706] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, págs.69-79.
[707] O que já pressupõe a distinção aqui assumida entre enunciado e norma.

Seguindo-se esse modelo teórico, com efeito, o primeiro passo consiste em interpretar os enunciados constitucionais e verificar o objeto de proteção e conteúdo normativo de cada *direito fundamental* [708]; após, deve-se proceder à verificação da presença de afetações desvantajosas ao âmbito de proteção ou se há uma omissão estatal em concretizar direitos a prestações positivas; por fim, resta a avaliação de justificativa constitucional para a restrição ou para a omissão; nesse último passo, o princípio da proporcionalidade terá papel decisivo, quer nos casos de comportamentos positivos, quer nos casos de omissão.

Destarte, os direitos fundamentais consagrados em estruturas principiológicas requerem uma metódica estruturante específica para serem aplicados, a qual é integrada pelo princípio da proporcionalidade; contudo, a depender do direito que se está a concretizar ou, em outras palavras, do problema jusfundamental a ser apreciado pela jurisdição constitucional, haverá um suporte fático específico e o princípio da proporcionalidade funcionará de forma diversa, tendo uma estrutura e forma de aplicação quando empregada no controle de constitucionalidade das restrições legislativas (proibição do excesso), outra formatação nos casos em que se está a sindicar a omissão estatal em cumprir deveres prestacionais positivos *prima facie* impostos (proibição de insuficiência) e, ainda, diverso será o *modus operandi* do princípio quando em causa uma colisão envolvendo direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Como consequência, a *ponderação* ou a *valoração* inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito funcionará de forma diferente em cada um desses três grupos de questões jusfundamentais destacados; logo, não há como se fundir os conceitos – ponderação e proporcionalidade em sentido estrito – de forma a que essa etapa do controle de

[708] É interessante acrescentar que a metódica destacada é amplamente utilizada, inclusive por autores que defendem uma concepção restrita do âmbito de proteção jusfundamental, mas, igualmente, aceitam a possibilidade jurídica de as leis assumirem um caráter restritivo em determinadas hipóteses. Por exemplo, em Portugal, Vieira de Andrade, apesar de identificar, nas leis, diversificadas naturezas jurídicas e admitir a possibilidade de o ato legislativo ser efetivamente *restritivo*, apenas, nos casos em que existe expressa autorização constitucional – "na realidade a intervenção legislativa na matéria dos direitos fundamentais não implica, na maior parte dos casos, uma restrição do conteúdo desses direitos" – propõe, em relação aos direitos, liberdades e garantias, uma metódica em que, nos casos de uma possível colisão envolvendo um direito fundamental de liberdade, o primeiro passo consiste em definir o objeto e conteúdo protegidos, questão interpretativa que impõe a necessidade de "determinar os bens ou esferas de acção protegidos pelo preceito que prevê o direito e de distingui-los de figuras e zonas adjacentes, para saber, em abstrato, também em função de outros preceitos constitucionais, se inclui, não inclui ou exclui em termos absolutos as várias situações, formas ou modos pensáveis do exercício do direito", somente após o que se poderá efetivamente verificar se o conflito é real e não apenas aparente. Constatada a colisão, "a seguir, tem de considerar-se o problema da *restrição* do conteúdo do direito". ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais*, págs. 206-220 e 265-273.

proporcionalidade funcione sempre da mesma forma à revelia de se considerar como determinantes os problemas jusfundamentais de base.

Esse argumento é decisivo para a negativa de sobreposição entre os planos dos valores e do Direito; no primeiro mundo, a ponderação é aplicada sempre com o mesmo sentido e assume em qualquer caso idêntica conotação, uma vez que, indistintamente, é dirigida para a resolução de uma colisão entre valores, devendo sua aplicação indicar a relação de precedência correta para o caso em análise.

Já quando da aplicação de normas de direitos fundamentais pelo juiz, em sua atividade de controle ou de resolução de casos concretos a partir da aplicação direta de normativas constitucionais, a ponderação assumirá perspectivas diversas, a depender do problema jusfundamental de base, uma vez que a atividade judicial deve se pautar pela aplicação do Direito e não por padrões de índole moral ou política.

Sob a perspectiva judicial, entrementes, a ponderação ou valoração inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito funcionará como elemento integrante do princípio da proibição do excesso, âmbito no qual buscará identificar a possível violação a um direito fundamental, em razão do peso demasiado da restrição legislativa; de outro lado, será manejada no interior do princípio da proibição da insuficiência quando da análise da constitucionalidade de uma omissão estatal em concretizar prestações positivas jusfundamentais determinadas *prima facie* pela Constituição; por fim, assumirá o papel de critério estruturante de resolução de uma colisão a envolver direitos fundamentais e da formulação de uma relação de precedência para o caso nas hipóteses em que ocorra incidência direta dessas normas constitucionais em face de relações particulares.

Destarte, a compreensão da existência das *três faces do princípio da proporcionalidade* quando da concretização dos direitos fundamentais é uma consequência natural do afastamento do plano dos valores do mundo jurídico, bem como resulta da compreensão que as questões são diversas a depender do específico problema dogmático em causa, notadamente, se a jurisdição constitucional está diante de um controle do excesso das restrições legislativas, de um controle de insuficiência das omissões do Estado em concretizar comportamentos positivos *prima facie* ordenados pelos direitos fundamentais ou, por fim, se o caso diz com a aplicação direta de normativas jusfundamentais em face de relações

particulares; esses apontamentos facilitam a colocação efetiva da ponderação como um mecanismo próprio de aplicação⁄concretização do Direito.

Se as colisões entre os valores são resolvidas sempre pela ponderação, sendo que, indistintamente, o sopesamento é aplicado no sentido do estabelecimento de uma relação de precedência e, de outro lado, as normas de direitos fundamentais principiológicas estão no plano deontológico, elas devem ser aplicadas, necessariamente, de forma diversa, o que é complementado pela concepção de que existem diversos nuances assumidos pelo princípio da proporcionalidade quando da concretização dos enunciados de direitos fundamentais.

Em prosseguimento, assim, deve restar demonstrada a diversa estrutura, bem como a diferente forma de aplicação do princípio da proporcionalidade em cada uma das situações a envolver a concretização das normas jusfundamentais.

PARTE II – Teorização acerca das três faces do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais: princípio da proporcionalidade e o controle das restrições legislativas, controle das omissões estatais relacionadas à ausência de efetivação de direitos fundamentais à prestação positiva e resolução de colisões jusfundamentais no âmbito das relações privadas

CAPÍTULO IV

O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais

1. Fundamento constitucional das restrições legislativas, intensidade e pressupostos do controle de proibição do excesso

As relações, em Estado de Direito, entre legislador, direitos fundamentais e jurisdição constitucional, notadamente, no que se referem às possibilidades, formas, instrumentos e limites do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais, quando em causa sua função defensiva, caracteriza-se como uma das questões mais tormentosas e discutidas no âmbito da teoria do Direito Constitucional; aqui, para as específicas finalidades deste capítulo, cabe precisar a possibilidade jurídica da ocorrência de restrições legislativas aos direitos fundamentais, sua sujeição a controle de constitucionalidade, bem como devem ser definidos os pressupostos para que o princípio da proibição do excesso tenha incidência e possa ser legitimamente aplicado pela jurisdição constitucional como norma de controle; ainda, devem ser objeto especificação, a amplitude e intensidade do controle de constitucionalidade realizado pela jurisdição constitucional, mediante a aplicação do princípio da proibição do excesso.

No sentido já apontado na introdução deste estudo, Jorge Reis Novais define que as "*restrições em sentido estrito* têm uma vocação normativa geral e abstrata", a partir do que se vislumbra "uma redução, amputação ou eliminação do conteúdo *objectivo* do direito fundamental constituído, reconhecido, conformado ou delimitado por essa norma, restringindo-se o seu âmbito de proteção" [709] ; destarte, sendo essa específica afetação desvantajosa – geral e abstrata a incidir em face do âmbito de proteção jusfundamental *prima facie* constitucionalmente demarcado – oriunda do legislador, tem-se o fenômeno da restrição legislativa ou lei restritiva aos direitos fundamentais.

[709] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 193-194.

O decisivo para que reste caracterizada uma restrição legislativa e, consequentemente, para que sejam deflagrados os mecanismos de controle e, consequentemente, a proibição do excesso e os demais *limites aos limites* tenham incidência, é a ocorrência de uma afetação negativa ao âmbito de proteção constitucional *prima facie* de um direito fundamental ou de outro bem, interesse ou valor com cobertura constitucional; Canas delineia um conceito bem amplo para o que denomina de "intervenção legislativa restritiva", o qual vem ao encontro do que aqui se está a dizer; assim, para o autor, "toda a intervenção legislativa que, independentemente da intenção do legislador", atinja de forma desfavorável o âmbito de proteção *prima facie*, ou "*âmbito de proteção ideal*", notadamente, que "atenue ou afete o conteúdo, a extensão e o alcance ou as condições de fruição ou exercício de uma posição jurídica subjetiva de vantagem, ou acentue posições jurídicas de desvantagem, ou aligeire as posições jurídicas de desvantagem das entidades públicas (mesmo as não relacionais)", é uma "intervenção legislativa restritiva" [710].

1.1.Fundamento constitucional das restrições legislativas

De outro lado, a justificativa constitucional, e a consequente possibilidade jurídica para que o fenômeno das restrições legislativas aos direitos fundamentais possa ser aceito, reside, em última análise, no "direito constitucional de colisão ou colidente (*kollidierendes Verfassungsrecht*)" [711]; ou seja, diante da inarredável conclusão de que existe uma potencial tensão normativa a envolver os próprios direitos fundamentais e, também, entre os direitos fundamentais e outros bens, interesses ou valores constitucionalmente tutelados, é necessário que o legislador faça escolhas, notadamente, ponderações, de forma a resolver essas colisões, a partir do que, em não sendo possível uma harmonização que preserve integralmente o âmbito de proteção ideal de ambos os lados em embate, o legislador pode acabar por afetar desvantajosamente, mediante a edição de uma restrição legislativa, o âmbito de proteção dessas normas constitucionais.

De outro lado, Novais sustenta que os direitos fundamentais são passíveis de restrição, em razão de sua própria natureza; isso porque, segundo o autor, a depender do caso concreto e

[710] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 482.
[711] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, pág. 163.

do maior peso de outros bens, interesses ou valores colidentes, os direitos fundamentais podem não prevalecer; assim, dada a imanente "reserva geral de ponderação" sob a qual todos os direitos fundamentais são consagrados, está justificada constitucionalmente a admissão de restrições aos direitos fundamentais [712].

Em relação ao fundamento e possibilidade jurídica de ocorrência legítima do fenômeno das restrições aos direitos fundamentais, temos que não há diferença de fundo entre a proposta de Novais (reserva geral imanente de ponderação) e o aqui defendido (direito constitucional de colisão); Novais, apenas, confere maior ênfase à consequência prático-jurídica que decorre do fato de os direitos fundamentais se envolverem em colisões, qual seja a inevitabilidade da realização de ponderações para que a resolução dessas tensões normativas possa ser alcançada, enquanto, de nossa parte, desenvolvemos o fundamento constitucional para a aceitação das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais, a partir do problema, em si mesmo considerado (colisão normativa); ou seja, os direitos fundamentais podem ser restringidos pelo fato de restarem constitucionalmente consagrados a partir de um largo âmbito de proteção, amplo o suficiente para que, inarredavelmente, colida com os efeitos normativos de proteção de outros valores, bens e interesses constitucionais, razão pela qual o recurso à ponderação é inevitável, uma vez que não há possibilidade de serem observados todos os efeitos *prima facie* determinados pelas normas constitucionais, sejam elas jusfundamentais ou não.

Ao final de tudo, é na necessidade de garantir o respeito, efetivar a proteção ou a promoção de outros direitos, valores, bens ou interesses constitucionais, inclusive, a outros direitos fundamentais, bem como na realização de outros deveres ou finalidades constitucionalmente permitidas, que reside a justificativa constitucional para a admissão de restrições aos direitos fundamentais; ainda, pertinente referir que a Constituição Federal brasileira estabelece um inconsistente e incompleto sistema de reservas legais – simples e qualificadas – bem como consagra diversos direitos fundamentais sem nenhuma autorização expressa para o advento de restrições, não sendo, assim, esse sistema de reservas suficiente para justificar e explicar as afetações desvantajosas aos direitos fundamentais, as quais, a partir da necessidade de proteção a outros bens, interesses ou valores constitucionais ou a

[712] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 49-50.

outros direitos fundamentais, podem estar, inclusive, implicitamente autorizadas pela Constituição.

Isso se dá, pelo fato de que, em Estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana, mesmo diante da existência de uma reserva de lei colocada constitucionalmente, o legislador somente está autorizado a restringir um direito fundamental quando essa ação desvantajosa for indispensável para a garantia de respeito, proteção ou promoção da própria pessoa humana – cuja tutela parcelar, refletida em outra norma constitucional, impôs essa solução para o caso concreto – ou de outros direitos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos, diante do maior peso dos interesses contrapostos ao direito fundamental [713]; logo, ainda que existam reservas legais, o sentido dessas expressas autorizações para as restrições é estabelecer uma moldura dentro da qual deve o legislador atuar, contudo, isoladamente consideradas, não são fundamentos bastantes para justificar uma restrição, sendo indispensável a demonstração de que a atuação legislativa desvantajosa está sendo empreendida pela necessidade indeclinável de tutela de outro interesse constitucional com maior peso concreto.

Além disso, sendo intransponível a necessidade de uma atuação legislativa restritiva para a preservação de outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido, mesmo não sendo o direito fundamental objeto da afetação desvantajosa dotado de reserva legal, a restrição estará implicitamente autorizada pela Constituição [714], o que encontra fundamento no direito constitucional de colisão ou na reserva geral imanente de ponderação.

Uma ressalva, apenas; a reserva geral imanente de ponderação e a possibilidade jurídica de restrições devem ser, necessariamente, relacionadas à aplicação do *direito fundamental como um todo*; quando a situação em causa diz com a concretização de uma norma jusfundamental, cuja estrutura revela a definitiva proteção parcelar de fragmentos de um *direito fundamental como um todo* e já decorrente de uma ponderação constituinte, não há espaço para novas ponderações e restrições; sendo utilizada a proposta articulada por Alexy, poder-se-ia dizer que, enquanto os *princípios*, por asseguram posições *prima facie* decorrentes do *direito fundamental como um todo*, são passíveis de ponderações e restrições, as *regras*, uma vez que conferem posições definitivas aos titulares, a partir de uma prévia ponderação

[713] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, págs. 162-166
[714] Por todos: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*.

constituinte da qual decorreu a proteção específica e parcial do direito como um todo, não podem ser objeto de novas ponderações e restrições [715].

De resto, deve, ainda, ser exposto que nem toda e qualquer grandeza colidente possui a potencialidade de justificar uma afetação desvantajosa ao âmbito de proteção *prima facie* das normativas constitucionais; para que a restrição se mostre admissível, é indispensável o preenchimento de determinados requisitos formais e materiais, os quais, contudo, não serão analisados no momento, mas, sim, quando do estudo do subprincípio da adequação, uma vez que, como será destacado ainda neste capítulo, não entendemos a fiscalização da legitimidade das finalidades buscadas pelo legislador como um pressuposto para a incidência do princípio da proibição do excesso, razão pela qual referida análise deve ser realizada no momento inicial, ou seja, quando da incidência do primeiro segmento da aplicação propriamente dita da proibição do excesso.

De tudo, fica que, motivado pela premência de tutela ou necessidade de realização de outros interesses constitucionais, intervém o legislador desvantajosamente no âmbito de proteção jusfundamental estabelecido *prima facie* pela Constituição; ante a impossibilidade de real exercício, por parte dos titulares dos direitos fundamentais, de todas as possibilidades *prima facie* outorgadas pelas normas constitucionais, mostra-se indispensável que o legislador harmonize as tensões ou, em não sendo possível o equilíbrio, afete desvantajosamente o âmbito de proteção de um dos interesses colidentes; ou seja, em um primeiro momento, considerando os limites traçados pelo constituinte para os direitos fundamentais em questão, os particulares possuíam acesso irrestrito ao bem ou interesse jurídico protegido pela norma jusfundamental ou tinham à sua disposição ampla liberdade de realização de condutas positivas desprovidas de impedimentos impostos pelo Estado, contudo, em razão da colisão a envolver a norma constitucional que reconhecia essas faculdades *prima facie*, passam a ver tolhidas algumas possibilidades práticas de uso do direito, uma vez que, agora, há uma restrição legislativa oposta ao direito fundamental, ante a prevalência, no caso concreto, do interesse colidente.

Disso, passam a surgir problemas jurídicos, pois se espera que os titulares do direito fundamental restringido, os quais foram desvantajosamente afetados pela supressão, por ação

[715] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 50-52.

do legislador, de parte do conteúdo do direito, recorram ao Judiciário, a fim de reestabelecerem a plenitude do acesso ou uso do direito [716]; nessas situações, incidentalmente, ter-se-á que analisar a constitucionalidade da lei restritiva, para, após, decidir-se a lide; ainda, comumente, um dos legitimados constitucionais (art. 103, CF) acaba por deflagrar, por ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, pela via principal, cujo objeto é a própria aquilatação abstrata da (in) constitucionalidade da restrição legislativa.

Aqui, a ideia de justificação da possibilidade jurídico-constitucional de restrições aos direitos fundamentais encontra seu suporte final, qual seja no controle de constitucionalidade ao qual essa ação legislativa está submetida; estando o legislador vinculado aos direitos fundamentais e intervindo desvantajosamente em face dessas normas, é indispensável que, em Estado de Direito, existam mecanismos jurídicos destinados a sindicar a conformidade dessas restrições legislativas com os parâmetros constitucionais; notadamente, pela indeterminação, generalidade e abstração que adjetivam grande parte dos enunciados de direitos fundamentais é inevitável que o legislador atue, de forma restritiva ou não (meramente regulamentar, por exemplo), visando à concretização desses direitos, estando, contudo, as leis restritivas sujeitas a controle, uma vez que implicam a compressão de um âmbito inicialmente protegido pela Constituição [717].

Ao passo em que compete, primordialmente, ao legislador a concretização dos direitos fundamentais, contexto no qual realiza ponderações e harmonizações, de outro lado, não lhe é outorgada, em Estado de Direito, plena liberdade para a realização dessa competência; as ações legislativas que implicarem restrições aos direitos fundamentais encontram limites na Constituição e, dentre os parâmetros de controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, encontra-se o princípio da proporcionalidade [718].

Entrementes, enquanto, de um lado, o princípio democrático está a justificar a competência do legislador democraticamente eleito para conformar as normativas constitucionais e, consequentemente, que as leis restritivas aos direitos fundamentais sejam

[716] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, págs. 141-144.
[717] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, págs. 150.
[718] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, págs. 457.

formadas segundo a vontade da maioria parlamentar, o que pode implicar a violação desses direitos, ante a ânsia da maioria em fazer prevalecer sua ideologia e concepção de mundo, de outro lado, encontra-se o princípio do Estado de Direito, o qual estabelece que os direitos fundamentais sejam limites às deliberações majoritárias, competindo à jurisdição constitucional a palavra final acerca da validade das decisões legislativas; nesse ponto, a tensão entre os princípios do Estado de Direito e democrático se coloca às claras [719]; ainda que o legislador esteja vinculado ao princípio da proporcionalidade, enquanto norma de ação [720], no mais das vezes, os mecanismos de controle que operam durante o devido processo legislativo (como, por exemplo, as CCJs) podem não ser suficientes para a garantia de que o resultado da deliberação parlamentar – lei restritiva – apresente-se conforme aos ditames da proibição do excesso e, consequentemente, não implique violação a direitos fundamentais, a partir do que a tensão entre os princípios do Estado de Direito e Democrático será algo insofismável.

Sendo o controle de constitucionalidade das leis restritivas, formal e substancial, um pressuposto indeclinável para a formatação da estrutura de um Estado de Direito [721], a questão

[719] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 21.
[720] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 393-812.
[721] Na primeira parte do estudo, tivemos a preocupação de traçar uma justificativa constitucional para o princípio da proporcionalidade, mas, também naquele contexto, demonstrar a existência de uma estrutura constitucional básica, composta por uma cadeia lógica, a saber: dignidade da pessoa humana como fundamento para a própria existência do Estado; Estado social e democrático de Direito; Estado vinculado à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais; direitos fundamentais positivados, em grande parte, como garantias lapidares e com amplo âmbito de proteção; constantes colisões; necessidade de ação concretizadora e restritiva, notadamente, legislativa; inevitabilidade de recurso à ponderação; afetações desvantajosas; controle de constitucionalidade das restrições legislativas; princípio da proporcionalidade. Destarte, sendo o respeito, proteção e promoção aos direitos fundamentais a finalidade maior do Estado, o constituinte originário define essas questões fundamentais e estabelece um parâmetro a ser observado pelos poderes constituídos, de forma a que suas ações posteriores fiquem condicionadas ao estabelecido neste quadro, o que reduz o espaço discricionário, ou seja, as ações desvantajosas aos direitos fundamentais devem ficar dentro dos limites impostos pelo texto constitucional. Ainda, nunca é demais relembrar que os direitos fundamentais são estruturas normativas utilizadas para o reconhecimento e proteção de valores adotados pelo constituinte que se fazem vincular pelo Direito. Evidentemente, a fórmula somente seria eficaz caso estabelecida a sujeição destas ações a um controle e alguém que o realize. Assim, neste contexto estrutural, os parâmetros da democracia representativa devem ser novamente descobertos, notadamente, no que se refere à atuação do legislador infraconstitucional, uma vez que sua margem de ação resta reduzida em face de muitas decisões fundamentais acerca da organização do Estado e sociedade já haverem sido adotadas pelo constituinte originário. Em outras palavras, apesar de necessária, pois os direitos fundamentais demandam concretização, à função legislativa são impostas limitações, em especial, relacionadas a intervenções legislativas restritivas aos próprios direitos fundamentais. Entrementes, como

que se impõe é a necessária definição dos limites desse controle, notadamente, do princípio da proibição do excesso, enquanto *limite aos limites*, no que se deve equacionar o imperativo respeito ao princípio democrático e as fronteiras traçadas pelos direitos fundamentais às possibilidades das deliberações políticas majoritárias.

1.2. Amplitude e intensidade do controle de proibição do excesso: análise preliminar

O prosseguimento do estudo, destarte, requer que se exponha a amplitude e a intensidade de aplicação do princípio da proibição do excesso, enquanto parâmetro substancial de controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, notadamente, nesse momento, em que medida pode fundamentar uma decisão jurisdicional de inconstitucionalidade de uma lei restritiva, em razão de violação a um direito fundamental; assim, a problemática subsequente que se coloca versa acerca da necessidade de se definir a intensidade com que a jurisdição constitucional está legitimada para aplicar o princípio da proporcionalidade, enquanto norma de controle, em sua face de proibição do excesso das restrições legislativas aos direitos fundamentais.

Isso porque, o princípio da proporcionalidade funciona de forma diferente como norma de ação dirigida ao legislador e enquanto norma de controle voltada ao juiz constitucional, a partir do que se coloca a necessidade de definição dos espaços de livre deliberação reconhecidos ao legislador democraticamente eleito e, de outro lado, as margens de controle que a jurisdição constitucional possui a partir da aplicação do princípio da proibição do excesso; ainda, no caso de colisões a envolver os direitos fundamentais, o legislador possui um dever de realizar, na maior medida do possível, todos os bens e interesses colidentes, contudo, a jurisdição constitucional, na sua atuação de controle, não pode, com base na aplicação do princípio da proibição do excesso, sindicar com toda a intensidade as decisões legislativas; entrementes, nas felizes palavras de Canas, tem-se que o juiz, na aplicação do princípio da proibição do excesso enquanto norma de controle, "não pode ir além daquilo a que o próprio legislador está obrigado; mas, além disso, pode suceder que o juiz

---

corolário, o controle de constitucionalidade das leis é imperativo, uma vez que só há vinculação se houver controle, residindo a própria força normativa da Constituição neste pressuposto.

constitucional veja o seu poder jurisdicional não atingir a máxima extensão concebível devido à necessidade de deixar intocada, em alguns domínios, a liberdade de conformação do legislador" [722].

Com efeito, coloca-se a questão da intensidade e dos limites dentro dos quais a jurisdição constitucional pode controlar as decisões legislativas restritivas aos direitos fundamentais, com base no princípio da proibição do excesso; sobre a temática, o Tribunal Constitucional Federal alemão formou jurisprudência no sentido da existência de três níveis de intensidade de controle, a saber: o princípio da proporcionalidade autorizaria a jurisdição constitucional realizar "um controle de evidência, um controle de intensidade intermediária e um controle substancial intensivo" [723]-[724]; ou seja, releva aquilatar a abrangência do controle de proporcionalidade e se a violação ao direito fundamental por excesso da medida restritiva pode ser declarada, apenas, quando o vício for claro (manifestamente desproporcional) ou pode ser reconhecida em situações menos evidentes, quiçá, até mesmo, nos casos em que forem epistemicamente incertas as premissas empíricas e normativas pertinentes à situação concreta.

Caso adotadas as premissas do "controle de evidência", a jurisdição constitucional, somente, estaria legitimada a reconhecer a inconstitucionalidade da restrição legislativa, nos casos em que a desproporção da medida utilizada fosse manifesta, restando demonstrada a partir de bases empíricas e normativas muito seguras e consistentes; de outro lado, o "controle substancial intensivo" autorizaria o juiz a sindicar as decisões legislativas restritivas na máxima intensidade, mesmo no caso de incerteza e ausência de segurança plena quanto às premissas fáticas e normativas; de resto, o "controle de intensidade intermediária" alcança um meio termo entre as propostas anteriores [725].

Boa parte da doutrina inclina-se para a adoção de um controle de evidência a ser realizado a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade [726]. Javier Barnes afirma que, para ser capaz de macular uma medida legislativa, a "desproporção há de ser absolutamente

[722] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 813-814.
[723] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 730. (Tradução livre).
[724] BVerfGE 50, 290 (333).
[725] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 730.
[726] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 731.

manifesta e evidente" [727]. Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho exterioriza posicionamento nesse mesmo sentido, advertindo que, ao legislador democraticamente eleito, deve ser atribuído "um considerável espaço de conformação (liberdade de conformação) na ponderação dos bens", razão pela qual o exame imposto pelo princípio da proporcionalidade, somente, é hábil para invalidar a medida legislativa restritiva quando a lei for "*manifestamente* inadequada ou se existe um *erro manifesto* de apreciação por parte do legislador" [728].

Dessas últimas duas passagens, extrai-se uma base de avaliação inicial: ao legislador restam reservados campos de liberdade para conformar a Constituição, âmbito no qual possui considerável margem de escolha [729]; essa esfera de livres opções, também, se faz presente quando da ponderação e consequente restrição legislativa manejada para a resolução de colisões a envolver os direitos fundamentais; para não violar o direito fundamental, requer-se que a medida legislativa restritiva não seja desproporcional (excessiva); para ser legitimamente empregada pela jurisdição constitucional, a proibição do excesso, como regra geral, deve alcançar a conclusão, baseada em premissas fáticas e normativas seguras, da existência de uma evidente desproporção da afetação desvantajosa oposta ao direito fundamental.

As propostas são formuladas em face de um sensível e complexo problema dogmático, qual seja definir o limite da vinculação imposta pelos direitos fundamentais ao legislador que é capaz de ser aquilatado mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade pela jurisdição constitucional; a solução encontrada pelos autores, então, busca preservar a necessidade de respeito à liberdade do legislador de conformar a Constituição e, de outro

---

[727] BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad, pág. 44.

[728] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 379. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*, pág. 272.

[729] Existe um *núcleo essencial* no princípio da separação dos poderes que deve ser preservado, independentemente da realidade constitucional específica e das particularidades a envolver a configuração do princípio da separação dos poderes em cada Constituição; essa preservação requer que a função típica e essencial de cada órgão de soberania seja observada, o que contextualiza a questão a envolver as relações entre a jurisdição constitucional e o legislador democraticamente eleito, notadamente, a problemática de uma possível *invasão*, a partir da aplicação (imprópria) do Direito Constitucional pelo Poder Judiciário, das competências afetas ao legislador; assim, é vedado "a um órgão, formalmente coberto de uma competência própria, a possibilidade de se intrometer no âmago de competências alheias e de exercer, no limite, funções que a Constituição lhe não comete nem deveria axiologicamente cometer". MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional: funções do Estado e poder legislativo no ordenamento português*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, págs. 53-57.

lado, observar a exigência de respeito aos direitos fundamentais e a consequente necessidade de um controle constitucional de proporcionalidade em face das ações legislativas restritivas; assim, a resposta encontrada indica que a intensidade do controle, com base no princípio da proibição do excesso, admite a declaração de inconstitucionalidade da medida legislativa, em regra, apenas nos casos em que a desproporção se mostra evidente.

Agora, temos a percepção de que essas propostas demandam algum aperfeiçoamento; na verdade, segundo defendem os autores citados, o pressuposto para o cabimento do controle de proporcionalidade se configura em uma condição de aparência, de visibilidade clara de que a medida legislativa é desproporcional, independentemente de ser a intervenção de média, grave ou leve intensidade restritiva.

Disso, poder-se-ia, então, ter uma situação, na qual uma determinada medida legislativa, apesar de desproporcional, restringisse, apenas, de forma leve o direito fundamental, mas, por ser aparente, poderia ser sindicada judicialmente; de outro lado, outra medida restritiva muito interventiva, mas cuja desproporção fosse de difícil visualização, não poderia ter sua inconstitucionalidade reconhecida; ou seja, segundo a proposta supra, a primeira medida, por ser manifestamente desproporcional, ainda que dotada de branda capacidade restritiva, poderia ser invalidada com base no princípio da proporcionalidade, por sua vez, a segunda medida, apesar de muito restritiva, não poderia ser objeto de controle, uma vez que a presença do vício é de difícil aquilatação; esse tipo de solução, a qual poderá ser encontrada caso forem aplicadas literalmente as proposições destacadas, levaria a uma hipótese absolutamente inconcebível por uma simples razão de lógica sistemática, pois não pode o vício mais grave prevalecer e o mais leve sucumbir.

Com efeito, a gravidade com que a restrição legislativa atinge o direito fundamental pode ser causa suficiente para justificar o cabimento, no caso, de um controle de intensidade intermediária e, até mesmo, de um controle substancial intensivo; destarte, os limites que o princípio do Estado de Direito (direitos fundamentais) impõe ao princípio formal que atribui competência decisória do legislador, ao serem interpretados e definidos, devem observar essas diretrizes, as quais dispõem que a liberdade do legislador em se valer de premissas empíricas e normativas não tão seguras e comprovadas para editar leis restritivas diminui, ao passo em que as afetações desvantajosas atingem de forma séria o direito fundamental.

Logo, a solução para a problemática é mais complexa do que a ideia inicialmente desenvolvida; em suma, a intensidade de controle poderá variar, a depender do grau de intervenção no direito fundamental e da segurança que se tenha acerca das premissas empíricas e normativas; com efeito, quanto maior for o grau em que a restrição legislativa atinge o direito fundamental, maior será a intensidade admitida para o controle de sua constitucionalidade, com base no princípio da proporcionalidade.

De outro lado, além da gravidade restritiva imposta pelo meio, outros fatores materiais também possuem o condão de influir na definição da intensidade do cotrole imposta por todos segmentos da proibição do excesso, notadamente, o peso abstrato do bem, interesse ou valor afetado negativamente; em acréscimo, igualmente podem influir na definição da intensidade do controle, "fatores institucionais" (por exemplo, se medida é objeto de controle abstrato ou concreto), bem como "fatores circunstanciais" (por exemplo, se a ordem jurídica adota um modelo subjetivista ou objetivista) [730]; de resto, essa variabilidade na intensidade do controle de proporcionalidade será especificada e trabalhada em pormenor quando da análise de cada um dos subprincípios integrantes da proibição do excesso.

1.3. Pressupostos do controle de proibição do excesso

Por fim, com base em tudo o que foi dito, podem ser visualizados, também, os pressupostos necessários para que o princípio da proibição do excesso tenha aplicação e possa ser legitimamente utilizado pela jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais; nesse sentido, para que a proibição do excesso tenha incidência e atue como parâmetro de controle das restrições legislativas, deve ser verificada a existência de um ato legislativo que, para a resolução de uma colisão normativo-constitucional, acarretou uma afetação desvantajosa ao âmbito de proteção *prima facie* de um direito fundamental ou de outros interesses, bens e valores constitucionalmente protegidos; o objeto em face do qual a proibição do excesso incide, enquanto norma de controle, é um ato restritivo, já perfeito e acabado, notadamente, no que tange às ações

[730] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 843-848.

legislativas, um "*ato* que vise a *criação*, ou *tenha criado*, direito através da produção de efeitos jurídicos de harmonização", assim, "os únicos atos do órgão legislativo a que se aplica o princípio da proibição do excesso são os atos legislativos e as disposições normativas que os integram" [731].

Ainda, como destacado, apenas algumas finalidades possuem a potencialidade de justificar uma afetação desvantajosa às normativas constitucionais; contudo, a fiscalização da legitimidade da finalidade legislativa – mediata (resolução da colisão normativa e harmonização prática entre os bens e interesses) e imediata (consecução ou restrição de outros valores, deveres, objetivos permitidos, bens ou interesses constitucionais) [732] – não é, aqui, entendida como uma avaliação acerca da presença de um pressuposto para que a incidência da proibição do excesso possa ocorrer; essa avaliação deve ser realizada já no momento de aplicação da proibição do excesso, do controle do ato legislativo, notadamente, quando da incidência do subprincípio da idoneidade; entrementes, basta a existência de um ato legislativo que acarrete uma afetação desvantajosa a um direito fundamental ou outro interesse constitucionalmente tutelado para que a proibição do excesso tenha aplicação e funcione como norma de controle da conduta exteriorizada pelo legislador.

Não obstante, em sentido contrário, existem algumas propostas doutrinárias [733], dentre as quais se encontra a posição de Vitalino Canas; o autor entende que a *legitimidade dos fins* e a *licitude dos meios* são pressupostos para a incidência da proibição do excesso, portanto, devem ser verificados em momento anterior e externamente à aplicação do princípio; assim, a jurisdição constitucional deve fiscalizar, "primeiro, a operação intelectual através da qual o legislador definiu uma finalidade e decidiu o sacrifício de certos bens, interesses e valores e, depois, a observância de cada um dos segmentos da proibição do excesso" [734]. Nesse mesmo sentido, Jorge Reis Novais entende que a fiscalização da legitimidade dos fins e da licitude dos meios empregados ocorre em momento prévio e não se confunde com a aplicação do

[731] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 394-395.
[732] Sobre efeitos materiais e jurídicos e finalidades imediatas e mediatas, ver: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 407.
[733] Segundo aponta Carlos Bernal Pulido, a análise da legitimidade constitucional do fim é colocada, por alguma doutrina, como um elemento externo ao exame de *idoneidade*, quer como um subprincípio autônomo quer como elemento alheio à própria proporcionalidade. Contudo, informa o autor, prevalece a opinião de que essa verificação está inserida no teste de *adequação.* PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 688, nota 138.
[734] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 394.

princípio da proibição do excesso, não devendo, portanto, ser integrada ao conteúdo do princípio ou incluída ao segmento da idoneidade; para o autor, "se um fim ou um meio não são constitucionalmente legítimos, não há lugar para os sujeitar, sequer, aos controlos e requisitos decorrentes dos vários princípios estruturantes: a inconstitucionalidade é liminarmente apurada" [735].

Na verdade, uma análise isolada, a levar em consideração, apenas, os objetivos buscados pelo legislador e nos meios empregados, notadamente, no que diz com a sua conformidade com o Direito, pode ser qualificada, como fazem Jorge Reis Novais e Vitalino Canas [736], como uma verificação dos pressupostos lógicos para a incidência da proibição do excesso, pois é correta a conclusão a apontar no sentido de que, em Estado de Direito, somente alguns objetivos podem justificar restrições aos direitos fundamentais e nem todos os meios podem ser empregados pelo legislador; em uma lógica sequencial, essas questões colocam-se, efetivamente, anteriormente à configuração da restrição e dizem com a sua própria existência, consequentemente, estão situadas em momento prévio ao preenchimento de todos os pressupostos necessários para a aplicação da proibição do excesso e dos demais princípios estruturantes.

Contudo, na prática, a ilegitimidade do fim objetivado pelo legislador e a ilicitude dos meios empregados poderão ser mais facilmente constatadas e estarão submetidas mais amplamente ao controle pela atividade jurisdicional de fiscalização de constitucionalidade, se a proibição do excesso, efetivamente, incidir; assim, sendo considerados, unicamente, os pressupostos aqui desenhados – lei restritiva ao âmbito de proteção constitucional ideal – a proibição do excesso já terá incidência, uma vez que preferimos estabelecer uma identidade entre os requisitos que devem restar perfectibilizados para que o controle de constitucionalidade das restrições legislativas seja, como um todo, deflagrado, e os pressupostos para a aplicação da proibição do excesso; entrementes, havendo afetação desvantajosa em face de alguma normativa constitucional, é deflagrado o controle de constitucionalidade e a proibição do excesso terá, desde logo, incidência; assim, sendo o âmbito de proteção *prima facie* de um direito fundamental atingido negativamente, a restrição

[735] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 99-102.
[735] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 495.
[736] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 393-397.

estará configurada e, consequentemente, estarão deflagrados *todos* os mecanismos de controle e não, apenas, uma fiscalização, preliminar e fragmentada, relacionada com a legitimidade dos fins e com a licitude dos meios.

Entrementes, em suma, uma restrição legislativa que busque um fim ilegítimo não deve ser considerada uma restrição inexistente, pois, de fato, a medida é real e produziu efeitos, contudo, essa restrição é inconstitucional, notadamente, por não observar a proibição do excesso, a partir será retirada do ordenamento jurídico e os seus efeitos declarados nulos.

Notadamente, o que de fato importa como pressuposto que deve ser perfectibilizado para a incidência da proibição do excesso, é a existência de uma lei restritiva ao âmbito de proteção *prima facie* de um direito fundamental ou outro interesse, bem ou valor com cobertura constitucional, decorrente de uma ponderação do legislador, a qual pôs termo a uma colisão normativo-constitucional; ainda que, teoricamente, seja plausível a ideia de se colocar a verificação de legitimidade dos fins e meios como pressupostos externos e anteriores à aplicação da proibição do excesso, na prática e de fato, tal construção pode levar a uma deficiência de controle, retirando – ainda que não intencionalmente – da esfera de apreciação da jurisdição constitucional a fiscalização da legitimidade dos fins selecionados pelo legislador e da licitude dos meios empregados.

Sendo a proibição do excesso um parâmetro de controle das restrições legislativas com alta aceitação doutrinária e, especialmente, para o que importa neste ponto, jurisprudencial, mostra-se pertinente que sejam integrados ao seu conteúdo todos os padrões materiais que devem ser observados pelo legislador para que uma afetação desvantajosa a um direito fundamental possa encontrar justificação constitucional; assim, nesse sentido, nada mais coerente do que se agregar essa análise logo ao primeiro momento do controle amplo de proibição do excesso, integrando-a ao subprincípio da idoneidade; nas palavras de Jorge Reis Novais, atualmente, em Estado de Direito, o princípio da proibição do excesso é "a referência fundamental do controlo da actuação dos poderes públicos, assumindo, particularmente no âmbito dos limites aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controlo da actuação restritiva" [737]; logo, como dito, fortalece o controle e mostra-se mais producente que uma análise tão relevante quando a da legitimidade dos fins seja efetivada quando da

[737] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, pág. 95.

incidência da proibição do excesso, pois, se colocada como pressuposto, corre-se o risco de os mecanismos de controle, sequer, serem deflagrados, uma vez que a fiscalização das restrições é muito identificada com a própria aplicação da proibição do excesso, a partir do que, em não incidindo o princípio, pode ser – equivocamente – concluído que a restrição não é objeto de controle; preferimos, assim, contextualizar a fiscalização de todos os requisitos que devem ser observados pelo legislador quando da escolha dos fins no interior da proibição do excesso, pois, caso contrário, essa fiscalização seria remetida para um momento prévio, no qual vigora, apenas, uma exigência difusa e indeterminada de *proibição geral do arbítrio* ou *uma exigência geral de razoabilidade*.

Além disso, a verificação e comparação das finalidades buscadas pelo legislador e as medidas empregadas para tanto permeiam todo o conteúdo do princípio da proibição do excesso, estando a análise dessas duas grandezas, de forma isolada ou conjunta, presente em todos os segmentos da proibição do excesso; assim, é lógico e coerente com a própria estrutura aplicativa e objeto de avaliação inerente à incidência do princípio que a aquilatação da legitimidade das finalidades buscadas, bem como de todas as demais questões relacionadas à *conformação dos fins*, além da verificação da licitude e de outros requisitos que devem ser observados pelas medidas empregadas pelo legislador para a consecução dos objetivos, ocorra no interior da proibição do excesso e não em momento prévio, na qual estaria em causa, apenas, a verificação dos pressupostos à aplicação do princípio.

Por fim, ainda em análise dos pressupostos para a aplicação do princípio da proibição do excesso, tem-se a questão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais; em outras palavras, deve ser avaliada se a exigência de respeito ao conteúdo essencial é um requisito que deve restar, previamente, preenchido para que, em momento posterior, a proibição do excesso tenha incidência como mecanismo de controle.

Mantendo-se, novamente, um diálogo com Vitalino Canas, verifica-se que o autor apresenta entendimento no sentido de a "não diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial" configurar-se como um pressuposto à aplicação da proibição do excesso, ou seja, "pressuposto da aplicabilidade da proibição do excesso é que a colisão normativa que suscita a intervenção legislativa não envolva o conteúdo essencial", pois "se estiver em causa tal

conteúdo essencial, a figura aplicável àquela intervenção legislativa não é a proibição do excesso mas a proibição da diminuição do conteúdo essencial" [738].

Para o autor, a partir da "ideia de um núcleo absoluto e irredutível de posições jurídicas subjetivas", pode ser constatada, muito claramente, a existência de distinções e, especialmente, da autonomia a envolver as figuras da proibição do excesso e da garantia do conteúdo essencial, de forma a que ambos funcionem, de maneira independente, com conteúdo e exigências próprias, como *limites* às restrições; assim, a garantia do conteúdo essencial, ainda que não possa ser demarcado em todos os direitos com sede constitucional, estabelece uma barreira prévia, definitiva, fixada com base na interpretação do preceito constitucional e à revelia de ponderações, sendo que, apenas, se essa barreira for respeitada, haverá incidência da proibição do excesso como *limite* à restrição oposta pelo legislador; a fixação do conteúdo essencial, a qual é efetivada sem se ter por base um único padrão material de referência, decorre de uma atividade interpretativa do preceito constitucional, a qual é realizada em momento prévio à incidência de qualquer grandeza relacionada à "mediação de operações legislativas de harmonização", ou seja, para que ocorra a aplicação dos referidos instrumentos de mediação, "é necessário que tenha de se produzir (ou controlar) uma norma legislativa que resolva uma colisão entre bens, interesses ou valores, alguns ou todos com cobertura em normas constitucionais", sendo que, antes do conhecimento acerca da existência da colisão, deve-se, previamente, interpretar as "normas que tutelam os referidos bens, interesses ou valores" e identificar-se o alcance do seu âmbito de proteção *prima facie* e do seu conteúdo essencial [739].

A tese esposada por Vitalino Canas não merece objeções, sendo teoricamente correta; além disso, comungamos do entendimento que diz com a existência de autonomia, conteúdo, exigências decorrentes e modo de aplicação diverso, entre o princípio da proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, bem como refutamos as teorias relativas relacionadas à demarcação desse conteúdo mínimo, questão que será abordada mais detidamente, neste estudo, em momento posterior; contudo, novamente, por questões de índole prática e, também, porque trabalhamos, aqui, a proibição do excesso, apenas, como norma de controle, temos, por pertinente, que a garantia do conteúdo essencial dos direitos

[738] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 495.
[739] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 500-511.

fundamentais não seja colocada como uma premissa para a incidência da proibição do excesso, mas, ao invés disso, seja entendida como um mecanismo de controle que se situa ao lado da proibição do excesso, como outro *limite aos limites* dos direitos fundamentais.

Entrementes, na linha do que foi sustentado supra, verificada, simplesmente, uma afetação desvantajosa ao âmbito de proteção *prima facie* de uma normativa constitucional, restam deflagrados os mecanismos de controle típicos do Estado de Direito, com base em que a restrição legislativa deverá respeitar, conjuntamente, o conteúdo essencial do direito fundamental afetado, bem como todos os segmentos do princípio da proibição do excesso; a partir disso, uma vez que os parâmetros de controle, apesar de autônomos, devem ser aplicados conjuntamente, podem ser encontradas diversas soluções, notadamente: a) a medida restritiva é proporcional mas, mesmo assim, não encontra justificação constitucional, em decorrência de violação à garantia do conteúdo essencial; b) a medida restritiva observa o conteúdo essencial, contudo, viola um dos testes inerentes à proibição do excesso e, assim, não encontra justificação constitucional; c) a medida restritiva observa tanto o conteúdo essencial quanto a proibição do excesso, estando constitucionalmente justificada.

Em prosseguimento, uma vez ultrapassadas as questões indicadas no início deste capítulo, serão abordados os segmentos, elementos parciais, testes, subprincípios ou exigências que integram o controle de proibição do excesso das restrições legislativas aos direitos fundamentais, demonstrando-se, assim, o conteúdo e a forma de aplicação de cada subprincípio, bem como os limites dentro dos quais podem ser legitimamente utilizados pela jurisdição constitucional.

O manejo de cada elemento integrante da proibição do excesso deve ser feito de modo a possibilitar o alcance das premissas apontadas e, assim, permitir, conforme os padrões do Estado de Direito, um controle legítimo das restrições legislativas pela jurisdição constitucional.

2. O subprincípio da adequação ou idoneidade

A utilização do princípio da proporcionalidade na fiscalização da constitucionalidade das leis restritivas aos direitos fundamentais ocorre em etapas, nas quais são realizados testes sequenciais, os quais visam à aquilatação da conformidade da afetação desvantajosa ao direito fundamental com os padrões definidos por este parâmetro material de controle; de outro lado, importante, desde logo, deixar destacado que mesmo sendo possível a realização de uma análise global ou condensada da proporcionalidade da medida legislativa restritiva, temos que, enquanto norma de controle, os segmentos da proibição do excesso são mais bem compreendidos e possuem maior possibilidade de levar a soluções racionais se aplicados de forma não condensada, ou seja, aplicados com base em uma metódica que considere cada segmento de forma individual, sucessiva e eliminatória [740].

Entrementes, ainda que a medida restritiva possa ser confrontada, de forma condensada, com todos os segmentos que integram a proibição do excesso, o fato é que a afetação desvantajosa ao direito fundamental não encontrará justificação constitucional se falhar em ultrapassar qualquer um deles, fato que já indica que a aplicação de cada subprincípio deve ser efetivada de forma sucessiva e eliminatória; assim, os testes de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito funcionam melhor se observarem um padrão de incidência sequencial e eliminatória, sendo que, para tanto, é imperativo que sejam aplicados de forma individualizada e, consequentemente, sucessiva; esse padrão aplicativo se justifica pelo fato de todos os subprincípios seguirem uma diversa lógica estrutural, serem dotados de diferentes níveis de complexidade e estabelecerem diferentes objetos de análise [741]; ainda,

[740] Nesse sentido, Vitalino Canas entende que a aplicação da proibição do excesso, enquanto norma de controle, ocorre mediante um procedimento no qual o "órgão de fiscalização aprecia sucessiva e individualizadamente, primeiro, a operação intelectual através da qual o legislador definiu uma finalidade e decidiu o sacrifício de certos, bens, interesses e valores e, depois, a observância de cada um dos segmentos da proibição do excesso". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 394. Em sentido contrário, Jorge Reis Novais põe em causa a efetivade de um controle de proporcionalidade realizado em etapas individualizadas e sucessivas, a partir do que defende uma lógica alternativa a considerar em um único momento todos os segmentos da proibição do excesso; assim, a análise é dirigida "para uma lógica de comparação de medidas restritivas alternativas que tenha globalmente em conta as respectivas eficácia e grau de sacrifício produzidos". NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 133-134.

[741] O Tribunal Constitucional português, com base em alguns dos fundamentos que aqui destacamos, utiliza-se de uma metódica cumulativa para a aplicação dos segmentos da proibição do excesso; vale referência ao Acórdão n.° 632/08, notadamente, à seguinte passagem (n.° 11): "a segunda precisão a acrescentar é relativa à

deve-se ter em conta que o "processo constitucional" possui um procedimento bem definido, a partir do que, tendo em conta "o seu cariz mais ritualizado, nenhuma dificuldade se levanta a que a proibição do excesso como norma de controlo seja aplicada, irrestritamente e em todos os momentos, segundo o modelo cumulativo", preferindo-se, assim, referida metódica, em detrimento de um modelo condensado [742]; de resto, a análise sequencial de cada um dos subprincípios permite que cada qual funcione de forma a estruturar e auxiliar na metódica aplicativa dos segmentos subsequentes [743].

Com efeito, o primeiro passo a ser dado na aplicação da proibição do excesso é revelado pelo subprincípio da adequação ou idoneidade [744]; nesse sentido, com emprego da proibição do excesso, em um momento inicial, releva aquilatar a presença de alguns atributos que devem acompanhar a medida restritiva manejada pelo legislador, notadamente, se o meio empregado possui *idoneidade* para, em alguma intensidade e de forma não desprezível, promover a finalidade buscada pelo legislador e com base na qual editou a lei restritiva ao direito fundamental [745]; com efeito, dito isso, em um momento preliminar, pode ser destacado que o sentido nuclear da verificação de idoneidade da medida restritiva é apurar se a ação legislativa (medida) é dotada, ao menos, de mínima capacidade de impulsionar o objetivo imediato buscado pelo legislador com a afetação desvantajosa imposta ao direito fundamental; é essa relação de idoneidade, entre a medida eleita pelo legislador e a finalidade imediata que

---

ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência do mais abstracto perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia. Quer isto dizer, exactamente, o seguinte: o *teste* da proporcionalidade inicia-se logicamente com o recurso ao subprincípio da adequação. Nele, apenas se afere se um certo meio é, em abstracto e enquanto meio *típico*, idóneo ou apto para a realização de um certo fim. A formulação de um juízo negativo acerca da *adequação* prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros *testes*. No entanto, se se não concluir pela *inadequação* típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da *exigibilidade*, também conhecido por *necessidade de escolha do meio mais benigno*. É este um exame mais 'fino', ou mais próximo das especificidades do caso concreto: através dele se avalia a existência – ou inexistência –, na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realização do fim pretendido, de forma a que se saiba se, *in casu*, foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares. Caso se chegue à conclusão de que tal não sucedeu – o que é sempre possível, já que pode haver medidas que, embora tidas por adequadas, se não venham a revelar no entanto *necessárias* ou *exigíveis* –, fica logicamente prejudicada a inevitabilidade de recurso ao último *teste* de proporcionalidade". Referido Acórdão, também, é citado por: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 814, nota 2875.

[742] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 814.

[743] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 604.

[744] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 687.

[745] PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité dans lês Jurisprudences Constitutionelle Et Administrative Française*. Paris: Aix-en-Provence, Presses universitaires d`Aix-Maseille, 1990, pág. 44.

ela pretende alcançar ou impulsionar, o que está em causa, devendo, assim, os efeitos materiais desencadeados pela medida legislativa possuir capacidade de contribuir para a promoção ou realização da finalidade buscada.

Contudo, essa relação de pertinência causal entre o meio e o fim requer, previamente, a verificação da presença de alguns adjetivos, bem como a constatação da observância a determinadas vedações, para que a finalidade possa ser legitimamente buscada e o meio possa ser validamente empregado; assim, a aplicação do subprincípio da idoneidade inicia pela análise da legitimidade dos fins e licitude dos meios; ainda, outros limites devem ser observados pelo legislador na seleção dos objetivos que pretende promover, somente após o que, efetivamente, ingressar-se-á na avaliação acerca da idoneidade do meio para impulsionar ou realizar a finalidade buscada pelo legislador.

2.1. Legitimidade dos fins e licitude dos meios

Apesar de o controle de idoneidade ser consubstanciado em uma análise que se concentra na relação empírica entre o meio restritivo utilizado e sua *adequação* para a promoção de determinados objetivos, antes de o órgão de controle se inserir, propriamente, nesse âmbito de verificação, deve, previamente, enfocar a legitimidade constitucional da finalidade almejada; calha, assim, questionar acerca de quais os fins que possuem a potencialidade de justificar uma afetação desvantajosa a direitos fundamentais em Estado de Direito.

De outro lado, nessa análise prefacial, também, deve ser perquirida a licitude das medidas utilizadas pelo legislador, uma vez que é vedado ao Estado se valer de medidas ilícitas, a partir do que, desde logo, alguns meios podem ser excluídos pela incidência da proibição do excesso.

Logo, apenas após a confirmação da legitimidade das finalidades buscadas e da verificação da licitude dos meios empregados pelo legislador, bem como ultrapassada a análise de outros limites constitucionalmente impostos em face da liberdade do legislador na escolha dos fins e na seleção dos meios, ingressar-se-á, propriamente, na aquilatação da

idoneidade da medida legislativa e, efetivamente, na identificação da sua real capacidade de promover ou alcançar determinado objetivo.

Já se pode deduzir do conceito formulado, nos termos indicados por Canas, que o meio não se confunde com o fim, sendo o primeiro identificado na norma que o legislador edita e nos efeitos – positivos, negativos, jurídicos ou materiais – que dessa norma decorrem; por sua vez, as finalidades buscadas – imediatas, mediatas, próximas ou remotas – colocam-se como grandezas exteriores e não se confundem com a norma e seus efeitos jurídicos; contudo, no que toca aos efeitos materiais, ou seja, a alteração na realidade fática que a norma pretende produzir, apesar de não se identificarem exatamente com a finalidade da medida, pode-se dizer que esses efeitos observam uma maior proximidade com o próprio objetivo buscado pelo legislador, especialmente, no que diz com os efeitos materiais considerados positivos na perspectiva do legislador e por ele almejados; não obstante, essa identificação não se mostra absoluta e, em alguns casos, sequer estará presente, como, por exemplo, nas situações em que a produção dos efeitos jurídicos decorrentes da norma reflete e exaure a própria finalidade da medida, não havendo qualquer alteração na realidade fática [746].

Ultrapassadas essas questões, passa-se para análise do tema que diz com a exigência, integrante do subprincípio da idoneidade, de que as finalidades pretendidas pelo legislador sejam legítimas e que as medidas eleitas não sejam vedadas; essa testagem preliminar decorrente deste elemento parcial da proibição do excesso é dedutível da própria vinculação do Estado de Direito à dignidade da pessoa humana, pois, como decorrência lógica dessa relação, não são admitidas restrições arbitrárias aos direitos fundamentais e que não sejam impostas pelo legislador com a finalidade específica de garantir o respeito, promoção ou proteção de bens e interesses jusfundamentais ou de outros bens e interesses que, também, recebam tutela constitucional.

Ainda, a especial dignidade e proteção normativa reforçada que a Constituição outorga aos direitos fundamentais exigem que, apenas, algumas finalidades possam fundamentar uma afetação desvantajosa ao âmbito de proteção *prima facie* das normas jusfundamentais; de resto, a licitude dos objetivos empregados é imperativo lógico da própria submissão do Estado

[746] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 403-407.

ao Direito, a partir do que é vedado ao legislador se utilizar de medidas contrárias aos ditames da ordem jurídica.

De forma mais concreta, os direitos fundamentais, conjugados com o princípio da proporcionalidade – aqui, subprincípio da idoneidade –, limitam a liberdade do legislador para escolher meios [747] e definir finalidades; nesse sentido, deve-se ter em conta que, apesar de o legislador possuir considerável liberdade na escolha dos fins a perseguir, bem como na determinação das medidas a serem empregadas, podendo eleger todos os meios disponíveis e lícitos, desde que capazes de promover minimamente a finalidade previamente elencada como de consecução obrigatória ou tida por pertinente, essa liberdade de conformação, em Estado de Direito, não é desprovida de limites; assim, sendo o meio totalmente inidôneo ou ilícito, o legislador não pode escolhê-lo, uma vez que, se assim o fizer, estará a violar o direito fundamental afetado desvantajosamente, em razão da desproporcionalidade da medida; da mesma forma, também, apesar de ser reconhecida ao legislador ampla liberdade para a definição das finalidades a serem realizadas ou promovidas, essa larga margem de escolha é limitada pela exigência de que o objetivo perseguido tenha, dentre outras características, a potencialidade de justificar uma restrição legislativa ao direito fundamental ou interesse constitucional objeto da afetação desvantajosa.

Assim, a exigência de idoneidade da medida restritiva "tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas" [748]; estão, assim, retiradas do leque de escolhas pertencente ao legislador todas as medidas restritivas a direitos fundamentais que sejam ilícitas ou inidôneas para a promoção do resultado buscado; além disso, está excluída de sua margem de apreciação, a possibilidade de escolher a promoção ou a realização de finalidades que sejam constitucionalmente ilegítimas.

Com efeito, o subprincípio da adequação ou idoneidade estabelece dois grupos de análise: o primeiro deles incide, isoladamente, em face das finalidades buscadas, as quais devem ser legítimas, bem como sobre os meios empregados, os quais devem ser lícitos; a segunda, por sua vez, irá versar acerca de uma relação de causa-efeito entre fins e meios, a partir do que deve ser revelada a *idoneidade* da medida para a promoção dos objetivos.

---

[747] Acerca da "discricionariedade para escolher meios": ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 586-587.
[748] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 590.

Diga-se, ainda, sob o prisma analítico, que não se vislumbra a necessidade ou pertinência, bem como, de outro lado, nenhum ganho consistente em racionalização metódico-aplicativa, na autonomização dessa verificação, da legitimidade dos fins e licitude dos meios, em uma etapa específica do controle de proibição do excesso [749] ou, ainda, na qualificação dessa análise como um pressuposto anterior e exterior à aplicação da proibição do excesso propriamente dita, nos termos já destacados ao final do capítulo anterior [750].

Destarte, mostra-se imperativo definir quais finalidades podem embasar ações legislativas restritivas aos direitos fundamentais; essa definição é pautada pelos princípios estruturantes de um Estado de Direito, bem como pelos ideais reitores da interpretação das normas constitucionais.

A hermenêutica constitucional, a par dos cânones tradicionais de interpretação jurídica, é, também, guiada por princípios específicos, como o da *unidade da Constituição*; assim, a Constituição não deve ser interpretada de forma fragmentada, de maneira a se desconsiderar a totalidade dos dispositivos constitucionais; as situações de colisões normativas devem ser equacionadas, evitando-se contradições [751].

Do princípio da *unidade da Constituição*, igualmente, extrai-se a constatação de ausência de hierarquia entre as normas constitucionais, pois, se a Constituição deve ser interpretada como um todo, não há compatibilidade entre essa premissa e a ideia de que algumas normas constitucionais devem sucumbir a mandamentos oriundos de outras normas que se colocariam em patamar mais alto da escala hierárquica; logo, uma vez que não há hierarquia (o que não implica a conclusão no sentido da ausência de diferentes importâncias *prima facie*) entre as normas constitucionais, originárias ou resultantes do poder derivado de reforma, as tensões normativo-constitucionais devem ser harmonizadas, como decorrência da *unidade* do sistema,

---

[749] Em sentido contrário, Aharon Barak estabelece, como elemento parcial autônomo do princípio da proporcionalidade, a verificação da existência de "propósito adequado" (*proper pourpose*) da medida legislativa, âmbito no qual, em extensa análise, especifica todos os objetivos que ao serem buscados pelo Estado são suficientes para justificar uma restrição a um direito fundamental. BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 245-302. Por sua vez, Jorge Reis Novais realiza um criterioso estudo acerca dos "bens susceptíveis de fundamentar uma restrição", e o faz de forma separada à proibição do excesso. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 602-625; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 168.

[750] A entender a análise da *legitimidade dos fins* e da *não proibição categórica dos meios* como um pressuposto da proibição do excesso, encontram-se as lições de Vitalino Canas, como já apontado. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 393-397.

[751] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional*, págs. 65-66. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, págs. 1223-1224.

não sendo resolvidas com base em uma pretensa ordem hierárquico-abstrata; contudo, o que ocorre na verdade, na grande maioria dos casos em que colisões normativo-constitucionais são verificadas, é a impossibilidade de uma harmonização que alcance um equilíbrio perfeito entre os lados em embate, uma vez que, concretamente, não há hipótese de observância real e integral dos efeitos *prima facie* determinados pelas normas em tensão, razão pela qual a *ponderação* no caso concreto aparece como um inafastável mecanismo de aplicação das normas constitucionais, colocando-se como "uma necessidade eneliminável" [752].

Agora, como já sinalizado, o fato de não haver hierarquia não significa que não existam diferenças entre as normas constitucionais ou, também, que o valor e importância *prima facie* de cada normativa constitucional sejam idênticos; essa constatação fica ainda mais evidente quando em causa a aplicação das disposições de direitos fundamentais, o que se conclui, por exemplo, do fato de a Constituição brasileira outorgar aos direitos fundamentais uma proteção normativa reforçada, definindo-os como cláusulas pétreas da Constituição, conferindo-lhes aplicabilidade imediata e dotando-os de uma dimensão objetiva, dentre outras características que não acompanham outras normas constitucionais.

Em acréscimo, outra ilação passível de ser extraída dessa normatividade qualificada que adjetiva os direitos fundamentais, acena para a impossibilidade de o simples assento constitucional ser suficiente para que o bem, interesse, valor, finalidade permitida ou dever perseguido pelo legislador justifique uma afetação desvantajosa aos direitos fundamentais, a partir do que, outras razões, além do *status* constitucional, devem acompanhar o propósito buscado pelo Estado para que possa ser considerado constitucionalmente legítimo; ou seja, retomando-se, agora, a questão da verificação da legitimidade das finalidades buscadas pelo legislador, uma vez verificada a oposição de uma restrição legislativa ao âmbito de proteção *prima facie* de um direito fundamental, pode-se, desde logo, indicar que, para ser constitucionalmente legítima, a finalidade que motiva a restrição deve, necessariamente, agregar em si determinados requisitos formais e substanciais, pois, do contrário, não serão observadas as exigências colocadas pelo subprincípio da adequação e, consequentemente, a afetação desvantajosa padecerá devido à inconstitucionalidade.

[752] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, págs. 1274-1275.

Entrementes, tendo em vista que não é possível a compatibilização em todos os casos de tensão normativo-constitucional e que as colisões alcançam, também, os direitos fundamentais, os quais possuem peculiaridades significativas no sistema constitucional de um Estado de Direito, bem como uma proteção normativa reforçada, calha revelar, de forma precisa, quais os candidatos podem se habilitar como causas suficientes para motivar uma restrição a direitos fundamentais e quais postulantes, desde logo, devem ser afastados; nesse sentido, quais as finalidades, cujo impulso ou realização colide com o âmbito de proteção *prima facie* de direitos fundamentais, podem ser consideradas como constitucionalmente legítimas para justificar restrições?

Desde logo, pertinente que seja assinalada a possibilidade de o órgão de controle valer-se de valorações na definição das finalidades que podem justificar uma restrição a um direito fundamental; isso se faz necessário, pois, como já pode ser percebido do até agora exposto, bem como a partir do que será, ainda, explicado neste capítulo, o segundo momento de aplicação do segmento de idoneidade, no qual o aplicador analisa objetivamente se a finalidade eleita pelo legislador possui capacidade de promover materialmente os bens ou interesses cuja persecução entendeu pertinente, não aceita quaisquer valorações, devendo a conclusão pela idoneidade do meio ser alcançada com base em uma análise empírica e objetiva dos efeitos materiais desencadeados pela medida normativa; contudo, na *primeira fase* do teste de adequação, notadamente, quando em causa o controle dos fins que podem justificar restrições aos direitos fundamentais, o órgão de controle, no mais das vezes, apenas, vai conseguir alcançar a conclusão pela observância das exigências do subprincípio da idoneidade a partir da realização de algumas valorações.

Ultrapassado esse apontamento, necessário, agora, que sejam definidos os requisitos que devem ser observados pelo legislador – e passíveis de ser sindicados pelo juiz constitucional com base no subprincípio da adequação – quando da conformação de fins cuja promoção venha a restringir direitos fundamentais.

A Constituição brasileira não traz nenhum regramento geral definindo quais objetivos poderiam justificar uma restrição a direitos fundamentais [753]; com efeito, é na ideia de

[753] Barak Aharon aponta que diversas Constituições, como a polonesa, por exemplo, especificam, em cláusulas gerais sobre os limites aos direitos fundamentais, quais os propósitos podem embasar uma afetação desvantajosa. Essas disposições tem o mérito de determinar os objetivos possíveis e, *contrario sensu*, excluir as finalidades que

unidade, e na consequente orientação de interpretação global dos dispositivos constitucionais, que reside o norte desse processo de identificação das finalidades constitucionalmente legitimas para servirem de fundamentos a afetações desvantajosas aos direitos fundamentais no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

O fundamento para que um objetivo possa ser considerado apto a motivar uma restrição aos direitos fundamentais deve encontrar um suporte formal, ou seja, alcançar, na própria Constituição, base normativa, bem como ser dotado de algumas características materiais, pois nem todo interesse, bem, valor, finalidade de persecução permitida ou dever com *status* constitucional pode legitimar, apenas por sua sede normativa, uma restrição legislativa; essa adjetivação material estará presente, conforme aponta a doutrina [754], quando a restrição for imposta *com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática* (artigo 29°, n.° 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

O requisito formal decorre de uma premissa fundamental em Estado de Direito, qual seja, a imperiosidade de se levar a sério a Constituição e de se observar a sua força normativa; a hierarquia superior das normas constitucionais, as quais ocupam o ápice de todo o sistema jurídico em um Estado de Direito, impede que suas disposições possam ser restringidas com base em interesses tutelados, apenas, pela legislação infraconstitucional.

Por sua vez, a exigência material advém da importância e especial dignidade que acompanham os direitos fundamentais; sendo os preceitos normativos jusfundamentais expressões da tutela jurídico-constitucional dos bens e interesses mais relevantes em um Estado de Direito, os quais, na enorme maioria das situações, estão relacionados ao

---

em hipótese alguma justificariam uma restrição. BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 260. Nessa mesma linha, Jorge Reis Novais identifica, no artigo 18°, n.° 2, da Constituição portuguesa, – *devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvarguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos* – uma clásula geral a especificar os possíveis propósitos que seriam justificativas cabíveis para fundamentar uma restrição a direitos fundamentais. Contudo, dada a abertura de possibilidades outorgadas pelo artigo em questão, o autor busca especificar o dispositivo, no intuido de conferir-lhe utilidade prática para que possa, efetivamente, ser manejado como um *limite aos limites*. Assim, integra a interpretação constitucional, a partir do disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 29°, n.° 2, o qual determina que as restrições são admitidas *exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as Justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, págs. 167-168.

[754] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, págs. 167-168.

favorecimento de posições indispensáveis para a pessoa humana, as finalidades que podem justificar a compressão do âmbito de proteção jusfundamental *prima facie* conformado pela Constituição devem vir acompanhadas, além do *status* constitucional, de algumas características substanciais, notadamente, devem ser dotados de fundamentalidade ou se caracterizarem como *direitos de outros, justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*.

Em suma, essas possibilidades podem ser agrupadas em três grandes grupos, a partir do que a restrição a um direito fundamental é viável se observar os outros segmentos da proibição do excesso, bem como os demais *limites aos limites* e for motivada: (1) pela necessidade de garantir o respeito, a proteção ou a promoção de outro direito fundamental; (2) pela necessidade de garantir o respeito, a proteção ou a realização de alguns valores, bens ou interesses não cobertos pela fundamentalidade, mas com assento na Constituição; (3) pela necessidade de ser buscado o interesse público com cobertura constitucional. Destarte, devem ser analisados cada um desses grupos, iniciando-se pela verificação da possibilidade de ser oposta uma restrição legislativa e, consequentemente, ser comprimido o âmbito de proteção *prima facie* de um direito fundamental, com a finalidade de ser garantido o respeito, a proteção ou a promoção de outro direito fundamental.

Devido à dimensão objetiva que acompanha os direitos fundamentais, há um dever objetivo que recai em face do Estado do qual se extraem obrigações de o entre público atuar no intuito de proteger os bens e interesses objeto de tutela jusfundamental; a realização dos mandamentos de proteção aos direitos fundamentais pode implicar a necessidade de redução do âmbito de proteção de outro direito fundamental; assim, por exemplo, o legislador penal, ao criminalizar a prática do aborto, age no cumprimento do dever objetivo de proteger o bem jusfundamental vida humana intrauterina, contudo, ao proibir esse comportamento, acaba por restringir o direito fundamental à liberdade geral de ação das mulheres.

Outras vezes, no plano subjetivo, não há possibilidade concreta de exercício concomitante pelos titulares das amplas possibilidades de comportamentos englobados *prima facie* pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que, na prática, esses comportamentos podem atingir de forma desfavorável posições jusfundamentais de outros particulares, bem como são capazes de acarretar intervenções em determinados bens e propriedades sob as quais pairava um dever de não afetação; a partir disso, o legislador,

antevendo esses conflitos concretos de interesses, bens ou pretensões *prima facie* tuteladas pelos direitos fundamentais, deve realizar ponderações e, no mais das vezes, restringir um dos lados em tensão, de forma a que possa ser alcançada a solução para essas colisões; assim, para garantir o respeito aos direitos fundamentais, o Estado pode vir a ter de restringir o âmbito de proteção *prima facie* de outros direitos fundamentais, de forma a proibir determinados comportamentos que possuem a potencialidade de atingir bens e interesses de terceiros.

Além disso, o legislador possui o dever de promover o acesso aos direitos fundamentais, o que, no mais das vezes, depende da realização de prestações positivas materiais e normativas, as quais, também, podem, em algumas situações, acarretar uma afetação desvantajosa a outro direito fundamental; por exemplo, imagine-se situação na qual, para promover o direito à moradia mediante a construção de habitações populares, o Estado se vê compelido a desapropriar determinadas áreas privadas e, com efeito, interferir negativamente em posições jusfundamentalmente *prima facie* tuteladas e que garantiam aos titulares um direito à não afetação daquela propriedade ou situação jurídica; nesse caso, é o dever de promoção que resulta de um direito fundamental que legitima a possibilidade de o Estado afetar desvantajosamente outros direitos fundamentais.

Logo, havendo uma colisão entre direitos fundamentais, ainda que de um único titular, está constitucionalmente justificada a possibilidade de restrição, pois a busca pelo respeito, promoção ou proteção de outro direito fundamental confere o *status* de legitimidade para o objetivo buscado pelo legislador; isso se deve, formalmente, pela igual hierarquia entre todas as disposições normativas de direito fundamental e, materialmente, pelas próprias exigências decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana; sendo cada direito fundamental uma expressão parcelar desse valor supremo da ordem constitucional – pessoa humana –, nos casos de colisão, o legislador deve realizar uma ponderação constitucionalmente correta a indicar qual direito deve prevalecer no caso concreto, podendo, assim, um direito fundamental ser causa suficiente para justificar uma restrição ao direito fundamental colidente, a depender da observância dos outros segmentos da proibição do excesso, bem como dos demais *limites aos limites*.

De outro lado, outros deveres, finalidades permitidas, valores, bens e interesses reconhecidos pela Constituição como dignos de tutela, mesmo que não cobertos pela fundamentalidade (formal ou material), podem justificar restrições aos direitos fundamentais,

desde que, além do *status* constitucional, sejam devidamente enquadrados como *direitos de outros, justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*.

A ausência de fundamentalidade, não obstante acarretar diferente proteção normativa – *não qualificada* – ao valor, dever, finalidade permitida, bem ou interesse em questão, não implica, nos casos de colisão, a prevalência, imediata e em qualquer situação, dos direitos fundamentais [755]; um direito constitucional não coberto pelo manto protetor da fundamentalidade não deixa de ser *direito digno de tutela constitucional* e, consequentemente, não é desprovido de proteção, mesmo quando confrontado com um direito fundamental.

Assim, por exemplo, a Constituição brasileira, ao definir o incentivo ao lazer ou o fomento a práticas esportivas como deveres do Estado (art. 217, *caput*, e art. 217, §3°, da CF), confere a esses interesses e bens proteção constitucional (sem fundamentalidade) e autoriza, ainda que implicitamente, a possibilidade de o Estado, na persecução dessas finalidades, restringir direitos fundamentais; evidentemente, desses deveres, colocados em face do Estado pela Constituição, também, podem advir pretensões individuais subjetivas, as quais, mesmo sem a adjetivação da fundamentalidade, são capazes de, no caso concreto, configurarem-se como direitos capazes de justificar suficientemente afetações desvantajosas a direitos fundamentais que em face deles se contraponham.

Como ilustração do que se está dizer, imagine-se a situação em que está marcada uma procissão religiosa a ocupar as principais avenidas de uma pequena cidade; não se trata de feriado específico ou data comemorativa pontual, mas, apenas, expressão externa e pública de convicções religiosas; ocorre que, em razão do calendário desportivo anual do campeonato estadual, a única data disponível para a realização de uma prova de maratona (etapa do torneio estadual) é exatamente o mesmo dia da procissão, cujo trajeto implica a ocupação das mesmas ruas e avenidas da cidade. Considere-se, assim, a impossibilidade fática de realização simultânea de ambos os eventos e o agendamento para o mesmo local, data e horário.

Qual solução deve ser dada pelo Estado ao caso? A resposta não deve ser encontrada com base em uma suposta maior força normativa dos direitos fundamentais, mas, antes de tudo, de

[755] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 604.

acordo com as circunstâncias do caso concreto e no peso relativo de cada bem ou interesse em colisão.

Nesse sentido, de um lado, os indivíduos que professam a confissão religiosa pretendem fazer valer seu direito fundamental e, de outro, há um dever constitucional do Estado em fomentar as práticas desportivas; a prevalência da liberdade religiosa ocasionaria grave intervenção na atividade desportiva, uma vez que a etapa da prova de maratona agendada para a cidade não mais poderia ser realizada; por sua vez, a prática religiosa poderia ser adiada, sem maiores prejuízos à liberdade em questão, pois, como destacado, não se trata de feriado específico ou data comemorativa pontual; assim, a intensidade da medida restritiva oposta à liberdade religiosa não será significativa nem prejudicará uma modalidade essencial do exercício do direito fundamental, devendo a ponderação, portanto, apontar para a prevalência do interesse constitucional sem fundamentalidade.

Com efeito, é nas circunstâncias do caso, no peso relativo de cada bem ou interesse, na ideia de unidade da Constituição e na decorrente interpretação global das normas constitucionais que a solução deve ser alcançada; o mesmo *status* normativo do direito fundamental à liberdade religiosa e do dever estatal de promover o desporto implica a necessidade de não haver uma prevalência absoluta do direito fundamental em face do outro interesse protegido pela Constituição; a sede constitucional desses valores, deveres, finalidades permitidas, bens e interesses autoriza, formalmente, que possam, a depender do caso concreto, ser opostos aos direitos fundamentais.

Isso não significa que as diferenças – direito fundamental e interesse constitucional desprovido de fundamentalidade – não sejam consideradas no exame de proporcionalidade; ao contrário, essas distinções influenciam a proibição do excesso, notadamente, quando no exame inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Todavia, nesse momento de análise da *adequação* da medida, apenas são avaliados os candidatos possíveis a justificar uma restrição, bem como a idoneidade do meio para promover a finalidade (justificada) que se está a buscar [756].

Agora, tomando por base o mesmo exemplo, imagine-se a hipótese de a proibição da procissão religiosa haver sido levada a efeito, em razão de conveniência do sistema de tráfego

[756] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 264.

urbano, o qual ficaria por demais sobrecarregado caso permitido o evento religioso. Se o interesse em questão não possuir sede constitucional poderá servir de justificativa para restrições a direitos fundamentais?

A questão é objeto de debate no âmbito da doutrina portuguesa. De um lado, Novais [757] defende a possibilidade de interesses reconhecidos e protegidos, apenas, por normas infraconstitucionais serem hábeis para motivar restrições a direitos fundamentais; por sua vez, Canotilho descarta essa possibilidade [758].

Novais parte de uma visão pragmática, fundada, segundo sustenta, na realidade das coisas; assim, cita diversos exemplos hipotéticos em que interesses infraconstitucionais seriam suficientes para fundamentar afetações desvantajosas a direitos fundamentais; interesses como a *fluidez ou boa ordenação do tráfego* e o *direito ao sossego* estão incluídos nessa lista.

Segundo o autor, esses interesses, em muitas situações e por questões de necessidade prática, serão causas suficientes para a imposição de afetações desvantajosas a direitos fundamentais; não é que os direitos fundamentais não tenham maior importância se confrontados com outros interesses sem base constitucional, nem que percam seu caráter de *trunfos contra a maioria*, mas isso (maior importância e caráter de *trunfo*), por si só, não justifica uma prevalência absoluta e irrestrita dos direitos fundamentais quando em colisão com *bens infraconstitucionais*.

Isso porque, prossegue Novais, a colisão não se dá abstratamente de forma a envolver o *direito fundamental como um todo* e a integralidade do *bem infraconstitucional*, antes são conflitos concretos e parcelares, a englobar modalidades específicas de exercício do direito; logo, não seria razoável se exigir o comprometimento absoluto e indistinto dos *bens infraconstitucionais* quando envolvidos em colisão com os direitos fundamentais, pois, muitas vezes, a afetação ao direito fundamental é mínima e não envolve parcela essencial do direito enquanto a ausência de satisfação do *bem infraconstitucional* pode vir a ser muito intensa; assim, é no peso relativo de cada um dos interesses em colisão que deve ser alcançada a solução para o caso e não em uma distinção categorial entre *bens constitucionais* e *bens infraconstitucionais*.

---

[757] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 602-625; Novais, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 52-55.
[758] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, págs. 1272-1273.

Complementa o autor, asseverando que as posições contrárias, no intuito de preservarem a higidez da força normativa e unidade da Constituição, adotam estratégias de fuga, acabando por reconduzir à Constituição uma infindável gama de interesses que não possuem qualquer base normativo-constitucional expressa; ainda, refere propostas que reduzem sensivelmente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, bem como posições que buscam descaracterizar o conceito de restrição, indicando, em determinados casos, apenas a existência de condicionamentos ou regulamentações ao exercício do direito.

Para complementar, a demonstrar sua tese, Novais vale-se de diversos exemplos práticos, dentre as quais, destacam-se duas hipóteses levantadas: na primeira, é vislumbrada a possibilidade de as autoridades administrativas proibirem, a bem da *fluidez ou boa ordenação do tráfego*, determinada manifestação que se realizava em frente a uma embaixada, intervindo, assim, restritivamente em face do direito fundamental, no intuito de proteção de um bem infraconstitucional; após, traz hipotética situação na qual um artista, com intenção de retratar o espetáculo desportivo que ocorria, posiciona-se de forma a perturbar a visão dos demais espectadores, sendo que, nesse caso, é inegável que o simples direito de *desfrutar o espetáculo* irá prevalecer contra o direito fundamental à liberdade artística.

Por sua vez, Canotilho mostra-se crítico em face dessa tese; sustenta, ao contrário de Novais, a impossibilidade de bens infraconstitucionais virem a justificar restrições a direitos fundamentais, mantendo, assim, a ideia da existência de uma *reserva constitucional do bem*, a partir da qual, somente bens com *status* constitucional podem ser causas de afetações desvantajosas a direitos fundamentais; o autor entende que incluir bens não formalmente constitucionais na ponderação com direitos fundamentais implica a corrosão da força normativa da Constituição, não observa as premissas da hermenêutica constitucional e põe em causa a própria natureza dos direitos fundamentais, os quais acabariam a ser interpretados *nos termos das leis*.

Entrementes, postos os argumentos esgrimidos pelos autores, os quais sintetizam a discussão doutrinária que envolve a questão, necessário que lancemos posição acerca do tema. Em que pese nos filiarmos à grande parte das ideias sustentadas por Novais, sendo suas obras importantíssimas referências teóricas para esta dissertação, nesse ponto específico, não acompanhamos as suas ideias, pois não vemos como se dispensar o requisito formal – *status*

constitucional – para que um valor, dever, finalidade permitida, bem ou interesse possa ser causa suficiente a justificar restrições aos direitos fundamentais.

Como referido supra, para que um objetivo buscado pelo Estado possa ser considerado apto a motivar uma afetação negativa a um direito fundamental, ele deve encontrar um suporte formal, qual seja ter base normativo-constitucional, além de possuir algumas características materiais; isso decorre da própria hierarquia superior das normas constitucionais, a qual impede que os direitos fundamentais, enquanto *direitos* constitucionais, sejam afetados desvantajosamente, apenas, em razão de interesses infraconstitucionais; a autorização para as restrições aos direitos fundamentais há de ser alcançada, expressa ou implicitamente, na própria Constituição, não sendo suficiente o mero amparo infraconstitucional.

De outro lado, a se buscar um embasamento normativo-constitucional para os deveres, finalidades permitidas, valores, bens ou interesses capazes de justificar uma restrição a direitos fundamentais, não se está a utilizar um *fórceps* de forma a retirar do texto constitucional ilações temerárias e possibilitar a inclusão desmedida de novos interesses como grandezas constitucionais.

Essa recondução, ao contrário, deve ser lógica e, diga-se, ocorrer de forma um tanto quanto natural, ainda mais em Constituições que, como a brasileira, reconhecem a dignidade da pessoa humana como maior *valor* da ordem jurídica e outorgam fundamentalidade a direitos muito amplos, como a liberdade geral de ação o e livre desenvolvimento da personalidade, bem como integram o princípio da socialidade ao macroconceito de Estado de Direto e, ainda, reconhecem a fundamentalidade de diversos interesses transindividuais; com efeito, dada a larga proteção constitucional conferida às posições pertinentes à pessoa humana, o âmbito de proteção dessas normas é extenso o suficiente para abarcar a quase totalidade de bens e interesses relevantes para a vida comunitária.

Assim, apenas a *fluidez ou boa ordenação do tráfego* não se configura como causa suficiente para uma restrição a direitos fundamentais; o que ocorre, na grande maioria dos casos, é que o impedimento da circulação de veículos pode por em causa o direito fundamental à liberdade de locomoção ou, a depender da magnitude desse impedimento, até mesmo afetar o sossego de forma a comprometer a saúde dos motoristas; nessas situações,

tem-se uma colisão entre direitos fundamentais a ser resolvida por ponderação pelo órgão estatal competente.

De outro lado, não é qualquer turbação no exercício do direito fundamental que caracteriza uma restrição; a afetação não está presente quando o Estado, apenas, dificulta o exercício do direito; é indispensável que, efetivamente, ocorra uma redução de conteúdo e não apenas a *regulamentação* de um pormenor [759]; a definição moderna de restrição cobra que a intervenção desvantajosa "**torne total ou parcialmente impossível** ao particular uma conduta que caia no âmbito de proteção de um direito fundamental" [760]; assim, deve-se grifar que não se fala "de uma afectação ou de uma ingerência no caso de meras bagatelas, de incómodos do dia-a-dia e de susceptibilidades subjectivas" [761].

Na prática, não é viável que o Estado, ao buscar satisfazer o interesse público, tenha de encontrar justificação constitucional para todos os seus comportamentos que, de forma temporária e sem profundidade, constranjam em pequenas medidas os particulares; essa necessidade é reservada para os casos nos quais efetivamente seja vislumbrada uma restrição ao direito fundamental e a consequente compressão do seu âmbito de proteção ou de sua execução prática.

Entrementes, no exemplo do artista, o qual, com intenção de retratar um espetáculo desportivo, posiciona-se de forma a perturbar a visão dos demais espectadores, não há propriamente um caso de direito fundamental, pois a turbação que seu reposicionamento implicaria, de forma a permitir que os demais *desfrutem o espetáculo*, é superficial e transitória, não tendo amplitude suficiente para alcançar o *status* de restrição, devendo ser reconhecida como um mero incômodo; não haveria impedimento, nem mesmo parcelar, do exercício do direito fundamental à liberdade artística; além disso, em decorrência dessa ínfima intervenção – que não caracteriza uma restrição – nenhum dos particulares envolvidos reclamaria ao Estado proteção para seu direito, antes a solução amigável da questão se imporia; e se alguém reclamasse judicialmente, não estariam presentes as condições para

[759] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, págs. 68 e 73.
[760] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, pág. 73.
[761] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, pág. 75.

ação, pois ausente o interesse de agir; não se pode deixar de considerar que o conceito de restrição tem, também, uma conotação "jurídico-processual" [762].

Logo, na Constituição brasileira (e essa é a nossa base empírico-normativa de análise), o problema é apenas aparente, pois, sem maiores dificuldades, o encontro do *status* constitucional dos bens e interesses com relevância suficiente para justificar restrições a direitos fundamentais é algo insofismável; e, em situações raras e pontuais, se, mesmo observado o refinamento ora proposto para o conceito de restrição, não for encontrada a base constitucional para o bem ou interesse em colisão com o direito fundamental e verificada a necessidade de compressão de um dos *direitos* colidentes, a natureza de *trunfo* dos direitos fundamentais há de prevalecer independentemente das circunstâncias do caso concreto.

De resto, a persecução do interesse público com cobertura constitucional, apesar de não integrar o âmbito de proteção de um direito fundamental ou ser englobado pelos interesses, bens e direitos dos outros, pode ser causa suficiente para justificar uma restrição; Aharon Barak, ao incluir o interesse público ou bem comum como fator de possível justificação de uma restrição a direitos fundamentais, conceitua o interesse público como "a soma total de interesses que não constituem apenas direitos constitucionais"; ainda, para o autor, a fiscalização da presença de um interesse público a motivar a restrição é objeto de análise quando da aplicação de um segmento do princípio da proporcionalidade, o qual denomina de "propósito adequado" (*proper pourpose*) [763].

O Estado deve perseguir e buscar a consecução de interesses relevantes para a comunidade, os quais não encontram uma titularidade determinada; assim, todo o interesse constitucional que não se enquadre como um bem, interesse ou direito dos outros e que deva ser buscado pelo Estado, encontra-se inserido na categoria ora tratada, qual seja a do interesse público com cobertura constitucional [764].

Nesse passo, interesses como a continuidade do regime democrático, a preservação da segurança nacional e a garantia da ordem pública podem justificar restrições a direitos fundamentais [765]; também, o respeito aos princípios constitucionais, tal qual a separação dos

[762] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, pág. 74.
[763] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 254. (Tradução livre).
[764] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 265.
[765] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 267-269.

poderes e a independência dos órgãos de soberania [766], bem como a consecução de determinados objetivos, como a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a busca pelo desenvolvimento nacional* e a *defesa da paz* (arts. 3°, I, II, e 4°, VI, CF), podem ser causas de afetações desvantajosas.

Não é qualquer interesse público que pode motivar uma restrição; além da cobertura constitucional, é indispensável que o objetivo buscado com a compressão do direito fundamental seja identificado como necessário para *satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática*.

Ainda, além das características substanciais e formais descritas, outros requisitos, passíveis de controle, devem ser observados para que o fim possa ser considerado legítimo; nesse sentido, Canas indica que o legislador, na conformação dos fins, encontra limites, dentre os quais se colocam, além da validade, as exigências de "determinabilidade" e "consistência" da finalidade buscada [767].

Assim, segundo Canas, a legitimidade do fim depende, também, da determinabilidade e da consistência do objetivo buscado pelo legislador, ou seja, "deve ser inteligível e determinável o tipo e o sentido, extensão e alcance dos efeitos materiais visados"; assim, uma decisão do legislador que não busque alcançar uma "finalidade racionalmente apreensível, ou que suscita dúvidas insanáveis sobre qual a verdadeira finalidade, só pode ser considerada uma norma cujo fim se reduz simplesmente à interferência no bem, interesse ou valor atingido"; consequentemente, como a restrição deve ser motivada pela busca de outras finalidades constitucionais, não podendo ser considerada "um fim em si mesma", a medida legislativa que não almeje alcançar uma finalidade determinável não encontrará justificação constitucional [768].

De resto, obviamente, fins definitivamente proibidos não poderão ser perseguidos pelo legislador, devendo haver, além dos requisitos materiais destacados, uma permissão constitucional para a conformação do fim ou, ainda, a imposição de um dever ao legislador consistente na promoção da finalidade [769]; entrementes, para poder ser conformada pelo legislador, a finalidade deve encontrar, no mínimo, uma base constitucional que permita a sua

[766] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 276-277.
[767] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 413.
[768] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 414-417.
[769] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 418-430.

persecução ou, ainda, ser imposta pela Constituição, após o que, em acréscimo, para poder justificar uma restrição a direitos fundamentais, deve observar os requisitos materiais supradescritos.

Ultrapassada a questão a envolver a legitimidade dos fins, em prosseguimento, é indispensável que seja avaliada a licitude do meio empregado, pois a adoção de medidas ilícitas pelo Estado, ainda que para a persecução de finalidades legítimas, é vedada; com efeito, impõe-se que seja verificada a ausência de vedação na ordem jurídica de utilização do meio escolhido pelo legislador [770].

Com base nesse teste – licitude dos meios – integrante do subprincípio da idoneidade, veja-se como seria solucionado, tendo por referência normativa a Constituição Federal brasileira, um exemplo articulado por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink. Trata-se de um caso hipotético denominado de "o drama do sequestro" [771].

Em breve descrição, considera-se a situação de dois indivíduos sequestrarem um industrial que sofre de patologia cardíaca e condicionarem a soltura do sequestrado ao pagamento de um resgate; ante a impossibilidade de a vítima ter acesso aos seus medicamentos, há real risco de perecimento de sua vida; considere-se, ainda, que o prazo necessário para o pagamento do resgate e soltura do industrial seria significativo e implicaria a impossibilidade de os medicamentos serem ministrados em tempo hábil para salvar a vida do sequestrado; contudo, um dos sequestradores é preso pela autoridade policial e sabe o local em que o industrial está sendo mantido pelo outro sequestrador; poderia, assim, a autoridade policial, com a finalidade de proteger a vida do sequestrado, obter a informação mediante tortura do criminoso detido?

Apesar de a proteção à vida ser um objetivo legítimo e de consecução obrigatória pelo Estado, o meio ventilado pela autoridade policial na hipótese trabalhada revela-se ilícito; na Constituição Federal brasileira, a prática da tortura é expressamente proscrita, devendo a lei considerá-la como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5°, XLIII, CF). Destarte, ante a ilicitude do meio utilizado, haveria inconstitucionalidade na intervenção restritiva patrocinada pela autoridade policial.

---

[770] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, pág. 204.
[771] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, pág. 103.

Demarcados, assim, os objetivos que podem, legitimamente, justificar uma restrição legislativa a direitos fundamentais, bem como a devida licitude que deve acompanhar a medida escolhida, o exame de *adequação* deve prosseguir e sindicar a capacidade real do meio elegido pelo legislador de promover a finalidade buscada.

2.2. Estrutura e metódica do subprincípio da adequação ou idoneidade

A aplicação do subprincípio da idoneidade pretende aquilatar, de forma objetiva, à revelia de "valorações ou ponderações de bens, interesses ou valores" [772], se a medida restritiva não possui a capacidade de impulsionar, em nenhuma intensidade, a realização da finalidade cuja consecução se mostrou constitucionalmente legítima e determinada, bem como pertinente na perspectiva do legislador; entrementes, na perspectiva da jurisdição constitucional, sendo constatada a total inidoneidade do meio, estará descumprido o segmento da aptidão; por isso, inclusive, Novais afasta o termo *adequação* e utiliza as expressões *idoneidade* ou *aptidão* para se referir a essa etapa de controle integrante do princípio da proporcionalidade, uma vez que não releva, para este segmento da proibição do excesso, qualquer aspecto subjetivo referente à escolha do meio, mas, apenas, importa a capacidade objetiva de a medida contribuir para a conformação do objetivo perseguido [773]-[774].

Por análise objetiva, quer-se dizer que não são avaliadas as razões subjetivas que levaram o legislador a adotar determinada medida, assim, independentemente dos motivos que influenciaram a escolha o legislador, o meio elencado não deixa de respeitar as exigências de idoneidade pelo fato de existirem outras medidas mais eficazes e capazes de promover com

[772] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 578 e 856.
[773] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 167.
[774] Apesar de concordarmos com Novais, no sentido de não interessar ao controle de *idoneidade* qualquer aspecto subjetivo da decisão de escolha do meio restritivo, sendo o teste de idoneidade relacionado a uma análise puramente objetiva da capacidade da medida em promover determinada finalidade, não vemos maiores problemas na utilização do já consagrado termo *adequação* para expressar esse segmento da proibição do excesso. Assim, precisado em que consiste este, bem como determinada a amplitude desse momento de controle, não há risco para uma consistente aplicação da proibição do excesso em se valer, indistintamente, das expressões *adequação, idoneidade ou aptidão*.

maior consistência a finalidade buscada; o controle de aptidão cinge-se à avaliação empírica de uma relação de causa-efeito, compreendendo, apenas, a verificação da capacidade real do meio restritivo em promover, em alguma intensidade, o objetivo (constitucionalmente legítimo e determinado) que motivou a restrição ao direito fundamental; destarte, não é a existência de outros meios, ainda que mais adequados, causa suficiente para a invalidação da lei restritiva com base no subprincípio da idoneidade, uma vez que, o órgão de controle apenas poderá declarar a inconstitucionalidade da lei restritiva se a medida for absolutamente inidônea.

Deve haver uma "conexão racional" entre o meio restritivo e a finalidade buscada pelo legislador, de forma a que, a partir da afetação desvantajosa ao direito fundamental e em razão desta, ocorra, ainda que parcialmente, um incremento efetivo, ainda que mínimo, na realização do objetivo almejado [775]; entrementes, o segmento de idoneidade requer uma avaliação empírica pelo órgão de controle, o qual, em análise objetiva e negativa, deverá, para declarar a inconstitucionalidade da lei restritiva, identificar a incapacidade efetiva da medida eleita pelo legislador para promover a finalidade (previamente reconhecida como legítima, determinada e não absolutamente vedada) [776].

O subprincípio da idoneidade afasta, enquanto norma de controle, a possibilidade de o legislador se valer de meios que afetem negativamente outro(s) interesse(s) com tutela constitucional sem que, em contraponto, ocorra, no mínimo, algum incremento na promoção do objetivo buscado; com efeito, se não resta verificado algum impulso na realização da finalidade pretendida, a rejeição do meio implicará maior satisfação de ambos os interesses colidentes conjuntamente considerados, o que leva à conclusão de que, enquanto norma de controle, o subprincípio "da idoneidade é nada mais que a expressão da ideia da otimidade-Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras" ou, em outras palavras, da não adoção da medida não decorrem prejuízos para nenhum dos bens, interesses ou valores em colisão [777].

---

[775] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 305. (Tradução livre).

[776] Entrementes, a jurisdição constitucional, quando da aplicação do subprincípio da aptidão, "apenas examina se a norma é *inadequada*, não se é *adequada*". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 857.

[777] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Constitucionalismo Discursivo, págs. 105-116*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 110. ALEXY, Robert. Proportionality and Rationality. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 13-29*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pág. 15.

De outro lado, para a verificação da idoneidade do meio, o aplicador deve ter em consideração algumas *perspectivas*, notadamente, a eficácia, o tempo, a probabilidade e a plenitude de realização da finalidade buscada pelo legislador [778], a partir do que, sendo esses efeitos satisfeitos em alguma intensidade, a medida logrará êxito em ultrapassar as exigências impostas pelo subprincípio da idoneidade.

Importam, assim, ao subprincípio da idoneidade, os efeitos jurídicos e materiais positivos decorrentes da medida legislativa, a partir do que "*meio adequado é aquele intrinsicamente capaz de desencadear ou causar efeitos materiais positivos de promoção de bens, interesses ou valores visada pelo legislador*" [779]; entrementes, caso o órgão de controle verificar que o meio é inábil para desencadear ou causar, ainda que minimamente, esses efeitos materiais positivos, não há justificação constitucional para a intervenção.

Logo, o exame de idoneidade do meio requer, nos termos já indicados, a verificação da legitimidade dos objetivos perseguidos pela medida, o que inclui a perfeita definição e delimitação da finalidade perseguida pelo legislador; ainda, devem ser precisados "os bens, interesses e valores cuja colisão está em causa e quais os efeitos jurídicos e materiais, positivos e negativos, que repercutem sobre eles" [780]; de outro lado, para identificar a (in) aptidão do meio, o órgão de controle, com base nas *perspectivas* supradescritas, as quais funcionam como critérios ou parâmetros de avaliação, deve precisar, em análise qualitativa, a intensidade dos efeitos de satisfação do fim promovida pelo emprego da medida, a partir do que, sendo constatada a eficácia da medida, ainda que mínima, estará satisfeito o segmento da idoneidade [781]; ainda, mostra-se relevante, notadamente para a identificação da intensidade na qual o controle de idoneidade pode ser levado a efeito pela jurisdição constitucional – como será demonstrado infra –, a gravidade dos efeitos negativos decorrentes da intervenção.

Exemplo de declaração de inconstitucionalidade de lei restritiva a direito fundamental, em razão de ausência de idoneidade da medida, pode ser encontrado em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão; no caso [782]-[783], o Tribunal de *Karlsruhe* declarou inconstitucional, por violação ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da

[778] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 718.
[779] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 577-579.
[780] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 582.
[781] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 582-584.
[782] BVerfGE 55, 159.
[783] Precedente também citado por Aharon Barak. BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 304.

personalidade em conjugação com o princípio da proporcionalidade, a regulamentação da lei federal de caça que impôs aos candidatos à obtenção de licença de caça para falcoeiro a necessidade de aprovação em teste de tiro e a demonstração de conhecimento suficiente sobre armas; a finalidade da lei seria a proteção da coletividade contra o uso de armas de caça; segundo o Tribunal, a restrição imposta pelo legislador ao direito fundamental não guardou relação de idoneidade com o objetivo subjacente à regulamentação, uma vez que a caça com falcão não está, de forma alguma, conectada ao uso de armas de fogo, razão pela qual a lei que impôs as condicionantes citadas para obtenção de licença violou o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que é inidônea e, consequentemente, desproporcional.

Ainda, alguns pontos merecem destaque. O teste de idoneidade requer uma avaliação empírica acerca da capacidade da medida restritiva em promover a finalidade buscada, contudo, para restar satisfeita, a exigência de aptidão não requer que a realização do objetivo subjacente à restrição se dê na totalidade; essa conclusão, que já estamos a destacar desde o início deste capítulo, é embasada no princípio estruturante da separação dos poderes, notadamente, na competência decisória do legislador para conformar os fins constitucionalmente legítimos, âmbito no qual possui considerável margem de liberdade para a escolha das finalidades a serem perseguidas, da intensidade em que devem ser realizadas, bem como das medidas que devem ser empregadas; a ideia de o subprincípio da idoneidade, para restar satisfeito, contentar-se com uma capacidade mínima da medida, "preserva as margens de livre apreciação fática e política e de livre conformação do legislador" [784].

Entrementes, a promoção parcial dos fins, ainda que mínima [785], é suficiente para que a adequação do meio seja reconhecida, todavia, o resultado será outro nos casos em que a medida impulsionar a consecução do objetivo apenas de forma superficial, circunstancial ou acessória, sendo seus efeitos materiais irrelevantes; nessa última hipótese, a inconstitucionalidade da lei restritiva, em razão de ausência de idoneidade, é a consequência jurídica; de resto, mostra-se possível que o legislador esteja a perseguir diversas finalidades, a

[784] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 588-589 e 591.
[785] Desde que materialmente seja possível verificar de forma objetiva que houve alguma promoção efetiva da finalidade buscada.

partir do que a medida eleita será adequada nos casos em que possuir a capacidade de impulsionar ou realizar pelo menos um dos objetivos [786].

2.3. Situações de incerteza epistêmica empírica

Possuindo a medida restritiva idoneidade para, em alguma intensidade, promover os efeitos imediatos buscados pelo legislador, não sendo, assim, constatada pelo órgão de controle a total inaptidão da medida, restará satisfeita a exigência de adequação; contudo, podem ocorrer situações em que há ausência de certeza epistêmica em relação à situação fática, notadamente, pode não restar claro se empiricamente o meio promove a finalidade em alguma intensidade ou, ainda, que o faz de forma não desprezível.

Canas faz uma abordagem minuciosa – relacionada ao segmento da adequação enquanto norma de ação – da "certeza ou incerteza epistêmica *empírica* (ou *cognitiva*, ou *lacunas do conhecimento*)" e do consequente "*risco* epistémico" que pode decorrer das situações de incerteza cognitiva; o autor fragmenta a sua análise em quatro situações possíveis, a saber: a) situações nas quais há "certeza absoluta" acerca dos dados empíricos e dos efeitos materiais que serão causados pela norma; b) situações em que há "certeza relativa ou razoável", ou seja, "situações de *certeza relativizada* por imponderáveis, matizada por eventos excepcionais ou não previsíveis ou por alguma imprevisibilidade dos comportamentos que as normas visam disciplinar"; c) situações nas quais há "incertezas epistémicas" totais ou parciais; na primeira "não é possível certeza, *positiva* ou *negativa*, sobre se a apreensão e avaliação dos factos e dos riscos ou ameaças futuras é correta ou, mais decisivamente, sobre a probabilidade de o meio contribuir para causar os efeitos materiais pretendidos"; a segunda diz com situações nas quais, apesar da ausência de certeza, mostra-se "possível uma inclinação, *positiva ou negativa*"; o primeiro caso ocorre quando "o legislador não tem a certeza (nem sequer relativa), mas se inclina razoavelmente para a probabilidade ou plausibilidade de o meio

[786] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 580.

atingir o fim", enquanto que na segunda situação a inclinação do legislador, a partir da incerteza, é no sentido da inadequação da medida. Em conclusão, Canas expõe que o legislador observará o segmento de idoneidade, enquanto norma de ação, nos casos em que agir e editar a medida a restritiva amparado por "certeza epistêmica empírica absoluta", bem como nas situações de "certeza epistêmica empírica relativa", além dos casos em que houver "incerteza epistémica empírica parcial positiva" [787].

Nesse sentido, consideradas as lições de Canas, a indagação que se coloca, em relação ao segmento de adequação como norma de controle, diz repeito à necessária definição de quem possui o ônus de demonstrar a aptidão da medida – particular ou Estado –, bem como o grau de certeza quanto à efetividade do meio em promover o resultado que é exigido pelo teste de idoneidade quando aplicado nos termos de uma norma de controle; ou seja, sob a perspectiva do órgão de controle, a ausência de certeza empírica acerca da capacidade de a medida impulsionar a finalidade buscada levaria ao reconhecimento de sua inidoneidade e consequente inconstitucionalidade?

Colocar a matéria sob a responsabilidade do Estado acarretaria máxima proteção aos direitos fundamentais, contudo, exigir-se que a restrição somente possa ser levada a efeito em casos de absoluta certeza acerca da efetividade do meio em promover o resultado inviabilizaria, em larga medida, a consecução da finalidade com cobertura constitucional ou de outro direito fundamental colidente; de outro lado, exigir que o particular demonstre a inidoneidade da medida levaria a uma inversão injustificada dos ônus probatórios, uma vez que, em Estado de Direito, a restrição é excepcional e sua *razão* deve ser comprovada pelo Estado.

Logo, apesar de o Estado possuir a obrigação constitucional de demonstrar a idoneidade das medidas restritivas, no que se refere ao grau de certeza epistêmica empírica exigida, uma solução intermediária para resolver o problema deve ser alcançada, a partir do que se considera não ser necessária a presença de absoluta certeza epistêmica empírica acerca da idoneidade do meio, restando satisfeita a exigência de aptidão com a demonstração pelo Estado, com base em uma probabilidade razoavelmente estimada de eficácia, de que a medida possui capacidade de promover o fim [788].

[787] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 592-598.
[788] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 308-310.

Na perspectiva do órgão de controle, com base nas lições descritas de Canas, deve ser dito que a jurisdição constitucional pode legitimamente reconhecer a inconstitucionalidade de uma restrição legislativa, em razão da inadequação da medida, quando tiver *total certeza epistêmica empírica* ou nas situações em que alcançar conclusão de *relativa certeza epistêmica empírica* acerca da inidoneidade do meio; de outro lado, nas situações em que o órgão de controle se encontrar em situação de *incerteza epistêmica empírica total ou parcial*, a decisão do legislador deve prevalecer e, consequentemente, ser considerado como observado o segmento da adequação, a não ser que nessa última – *incerteza epistêmica empírica parcial* – o juiz constitucional se incline positivamente para a constatação da inidoneidade empírica da medida.

Essas assertivas devem ser relacionadas a entendimento no sentido de que a conclusão do órgão de controle sobre a inidoneidade da medida legislativa pode ser alcançada com base na percepção e demonstração, pela jurisdição constitucional, de que o legislador editou a lei restritiva a partir de premissas empíricas em relação às quais pairava *incerteza epistêmica empírica total* ou *incerteza epistêmica parcial negativa* [789].

2.4. Intensidade do controle de adequação ou idoneidade

Põe-se, assim, em sequência, a correlativa questão da intensidade do controle em que a jurisdição constitucional está legitimamente autorizada a aplicar o subprincípio da adequação; desde logo, é pertinente ressaltar que, apesar de existirem diferentes propostas, cada qual a defender a aplicação do subprincípio em questão em intensidades diversas, em qualquer dos casos a estrutura do teste de idoneidade não é modificada e mantém o mesmo arquétipo já demonstrado [790].

Para a definição da intensidade do controle de idoneidade, segundo Clérico, dentre outras variáveis, apresenta-se o tema da "correção do diagnóstico da situação de fato suposto pelo

[789] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 848-849.
[790] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade em el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009, pág. 71.

legislador e o prognóstico de sua evolução e possível modificação" [791]; ou seja, releva ao órgão de controle identificar se o legislador realizou uma avaliação correta dos pressupostos fáticos que embasaram a edição da medida restritiva ou, ao contrário, se o diagnóstico e prognose realizados mostraram-se incorretos.

A fiscalização da aptidão da medida restritiva oposta a um direito fundamental para a promoção de uma finalidade buscada pelo legislador consubstancia-se em um *controle de evidência* [792]; portanto, para a declaração de inconstitucionalidade da lei restritiva, o órgão de controle deve possuir certeza epistêmica acerca das premissas empíricas, restando, *contrario sensu*, manifesto o equívoco de apreciação por parte do legislador, erro do qual resultou a escolha de um meio que restringiu o direito fundamental e, em contrapartida, não contribuiu minimamente para a promoção dos objetivos buscados.

A adoção de um *controle de evidência* é coerente com a versão *fraca* ou *débil* que defendemos para o subprincípio da idoneidade; entrementes, a medida restritiva é desproporcional por inadequação, apenas, quando não promover ou realizar minimamente a finalidade buscada pelo legislador e, além disso, para poder ser reconhecida pelo órgão de controle, essa falta de idoneidade deve ser manifesta, devendo o juiz constitucional possuir considerável certeza epistêmica [793].

Agora, apesar da nossa aceitação no que diz com a ideia de ser o controle de evidência a regra geral a nortear o subprincípio da adequação, temos que a intensidade de controle com a qual o teste de idoneidade pode ser legitimamente aplicado variará, a depender, além da segurança epistêmica acerca das premissas empíricas, da capacidade restritiva do meio selecionado pelo legislador [794].

É importante que essas variáveis sejam levadas em conta, já aqui no subprincípio da idoneidade; isso porque, as propostas contrárias acabam por *empurrar* a análise desses

---

[791] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade*, pág. 71. (Tradução livre).

[792] Carlos Bernal Pulido, por exemplo, defende um *controle de evidência* quando da aplicação do teste de idoneidade, independentemente da capacidade restritiva da medida. O autor, assim, formula a "seguinte regra argumentativa": "a menos que a falta de idoneidade da medida legislativa se demonstre por meio de premissas empíricas muito seguras, o Tribunal Constitucional deve reconhecer ao legislador a prerrogativa para decidir acerca da aptidão de sua decisão para contribuir com a obtenção da finalidade. A falta de idoneidade da norma legal deve ser evidente. Caso contrário, deve considerar-se que é idônea". PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 731. (Tradução livre).

[793] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 732.

[794] Essa percepção – quanto maior for a intensidade da intervenção decorrente da medida restritiva, tanto maior será o controle de idoneidade – aplica-se, igualmente, aos demais segmentos da proibição do excesso.

elementos para a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito [795], o que não é a melhor opção, pois essa escolha metodológica diminui o teste de idoneidade e sobrecarrega o exame de proporcionalidade em sentido estrito, acabando, ao final das contas, toda a proibição do excesso por se exaurir em uma *ponderação* entre os *argumentos* a favor e contra a restrição, na qual, inclusive, princípios formais, como o da separação dos poderes (aqui, especificamente, entre a competência do legislador democraticamente eleito de conformação das finalidades constitucionais e da competência de controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional), acabam por ser objeto de sopesamento.

Com efeito, a maior capacidade restritiva do meio [796] implica, em contrapartida, uma mais larga abrangência e profundidade na intensidade em que a jurisdição constitucional está legitimada para realizar o controle de idoneidade, a partir do que não se exige, nesses casos, que o órgão de controle logre êxito em demonstrar com *evidência* a *inadequação* da medida; assim, "quanto mais interferente for a norma, maior deve ser a fiabilidade e a probabilidade do diagnóstico e do prognóstico feitos pelo legislador, isto é, maior deve ser a certeza das bases empíricas em que assentam" [797], o que, de outro lado, aumenta as margens de controle da jurisdição constitucional, uma vez que está autorizada, em razão da gravidade da restrição, a sindicar os meios escolhidos pelo legislador mesmo que não alcance na aplicação do segmento de idoneidade *total ou relativa certeza epistêmica empírica*.

Pertinente ressaltar, até porque a estrutura do teste de idoneidade é a mesma independentemente do grau de restrição da medida, que não é realizada uma ponderação nesse momento, mas, sim, uma atividade hermenêutica de reconhecimento, com base na gravidade da intervenção efetivada pelo legislador em face do direito fundamental, de uma maior possibilidade da intensidade de controle a que a jurisdição constitucional está legitimada a proceder na hipótese.

---

[795] No sentido destacado: "a avaliação das dúvidas acerca das incertezas das premissas empíricas, que joguem a favor e contra da medida legislativa, devem ser transladadas ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito" PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 732-733. (Tradução livre).

[796] Carlos Bernal Pulido adota como variável, para definir a intensidade do controle jurisdicional de proporcionalidade, o grau de intervenção ao direito fundamental patrocinada pela medida legislativa. Expresamente: "quanto mais intensa seja a intervenção legislativa, mais intenso deverá ser o controle do Tribunal Constitucional e maiores argumentos terá para aplicar a regra de justificabilidade". PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 754-755. (Tradução livre).

[797] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 599.

Entrementes, quanto mais intensa for a afetação desvantajosa experimentada pelo direito fundamental, maior será a intensidade do controle de idoneidade, podendo a medida selecionada pelo legislador ser declarada inconstitucional mesmo quando não houver um juízo de evidência acerca de sua inadequação, estando a jurisdição constitucional, portanto, legitimada a realizar um controle de *intensidade intermediária* ou de *justificabilidade*; contudo, pertinente registrar que, não obstante a legitimidade do órgão de controle para, nessas situações de grave afetação desvantajosa ao direito fundamental, realizar um controle mais intenso do que o *controle de evidência*, a decisão judicial deverá demonstrar que a escolha do legislador se baseou em uma apreciação equivocada da realidade fática, bem como em dados incertos e inseguros, os quais não poderiam ser fundamentos para uma restrição de tamanha magnitude ao direito fundamental.

Essa variação de intensidade no controle de idoneidade é plenamente justifica, pois, quanto maior for a intervenção causada pela medida restritiva no direito fundamental, maior será o ônus do legislador em justificá-la e, consequentemente, de demonstrar a capacidade do meio para promover ou realizar a finalidade buscada; entrementes, essa constatação implica, invertendo-se o enfoque da análise, que a aplicação da proibição do excesso pelo órgão de controle poderá ser levada a efeito de forma a possibilitar um controle mais intenso em face da restrição legislativa.

Entrementes, enquanto que nos casos de afetações desvantajosas mais brandas deve-se dar maior amplitude à liberdade de conformação do legislador e entender-se como legítimo o controle de adequação dos meios escolhidos, apenas, em situações de *inidoneidade evidente* (premissas empíricas incontroversas ou com elevado grau de certeza), de outro lado, quando as restrições se mostrarem mais graves, o ônus de justificação constitucional dessas medidas é igualmente incrementado, legitimando, portanto, que a jurisdição constitucional tenha um maior espaço de atuação e sindique com mais amplitude a constitucionalidade da restrição legislativa.

De outro lado, além da gravidade restritiva imposta pelo meio, outros fatores, notadamente, materiais, institucionais e circunstanciais também possuem o condão de influir na definição da intensidade do cotrole de idoneidade da medida [798].

[798] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 843-848.

Ainda, pertinente deixar consignado que esse reconhecimento de situações nas quais o controle de idoneidade pode ser legitimamente levado a efeito em maior intensidade, não depende de uma ponderação entre princípios formais, uma vez que não se está a verificar o peso de cada interesse em tensão [799]; propõe-se que a interpretação dos princípios pertinentes ao caso – uma vez que formais e sem peso concreto – encontre o espaço de atuação de cada um dos *poderes* de Estado – legislador democraticamente eleito e jurisdição constitucional –, de forma a que, ao mesmo tempo, sejam repeitados os princípios democrático e do Estado de Direito; trata-se de demarcação de fronteiras, definição de espaços e não de prevalência concreta e diminuição de possibilidades de atuação *prima facie*; para tanto, utiliza-se a gravidade da restrição ao direito fundamental como balizador hermenêutico, uma vez que, quando maior for a intensidade na qual a afetação desvantajosa atinge o direito fundamental, maior será o ônus de justificação da medida restritiva e, como consequência, mais intenso será o controle jurisdicional da constitucionalidade da restrição legislativa, notadamente, com base na proibição do excesso.

2.5. Aspectos temporais do controle de adequação ou idoneidade

Ultrapassadas as questões antecedentes, deve-se proceder à análise do momento em que a avaliação da presença da idoneidade do meio deve ser efetivada; nesse sentido, no que diz respeito ao marco temporal que deverá será tomado por base para a aplicação do subprincípio da adequação, Clérico destaca a necessidade de ser questionado pelo aplicador se a medida possuía idoneidade no momento em que escolhida e empregada pelo legislador ou, de outro lado, se sua capacidade para a promoção das finalidades buscadas está presente quando do controle judicial [800].

Para que a resposta a essa questão possa ser alcançada, inicialmente, deve ser feita uma distinção a considerar se a medida empregada pelo legislador está, ou não, a produzir efeitos;

[799] Em sentido contrário, defendendo, para definir a intensidade de controle, uma ponderação entre os princípios formais em tensão. PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 755.
[800] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade*, pág. 71.

na segunda hipótese, o órgão de controle poderá, apenas, considerar os dados disponíveis quando da avaliação realizada pelo legislador, a partir do que a medida será considerada inadequada, unicamente, se o legislador efetivou prognósticos evidentemente errados, interpretou os dados existentes de forma manifestamente equivocada ou, ainda, partiu de premissas empíricas muito incertas; isso se dá, porque, nos casos em que a norma não está a produzir efeitos, o juiz constitucional não possui a sua disposição dados concretos acerca da real capacidade de a medida produzir os efeitos desejados, com base no que não pode se afastar das premissas empíricas existentes quando dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador [801].

De outro lado, quando a restrição legislativa já está a produzir efeitos, temos que, na verdade, os momentos a serem considerados pelo órgão de controle não são alternativos ou excludentes, pois a avaliação de adequação da medida restritiva deve ser continuada e perdurar no tempo; assim, se no momento da prognose realizada pelo legislador havia uma perspectiva razoável, justificada pelos dados empíricos disponíveis, de que, com a restrição, fossem alcançados os objetivos materiais subjacentes à norma, o teste de idoneidade estará satisfeito; não obstante, se em momento futuro restar revelada faticamente a total incapacidade do meio em influenciar na consecução do resultado buscado ou, ainda, havendo perda dessa capacidade inicial, a inidoneidade da medida deverá ser reconhecida, declarando-se a inconstitucionalidade da lei restritiva, ainda que sem efeitos retroativos, havendo, assim, um *trânsito para a inconstitucionalidade* de uma norma que nasceu constitucional, o que não decorre de qualquer modificação normativa dos parâmetros de controle, mas sim da alteração da situação fática; isso ocorre, em razão de que uma afetação desvantajosa a um direito fundamental, da qual não decorra nenhum efeito positivo, não pode ser mantida na ordem jurídica, uma vez que viola o direito fundamental restringido [802], contudo, devido ao fato de que, no momento inicial, existiam efeitos materiais positivos ou, ao menos, era razoável o prognóstico a apontar nesse sentido, a medida será declarada inconstitucional, mas referida declaração terá, apenas, efeitos *ex nunc* [803].

---

[801] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 862-863.
[802] GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit, pág. 573.
[803] Ver: BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 312-315; CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 863-866; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 169. Ainda, vale referência à Lei 9.868⁄99, a qual "dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação

De tudo, tem-se que a primeira operação inerente ao subprincípio da idoneidade diz com a fiscalização da legitimidade e determinabilidade das finalidades constitucionais buscadas pelo legislador; ainda, nesse primeiro momento, a licitude da medida empregada deve ser verificada; em essência, o segmento de adequação busca, inicialmente, afastar medidas restritivas que visam conformar finalidades ilegítimas ou indeterminadas, bem como refutar meios ilícitos; ultrapassados esses pontos, está em causa a verificação da capacidade de o meio, ainda que em mínima intensidade, promover ou realizar a finalidade buscada pelo legislador, o que envolve a avaliação da intensidade dos efeitos de satisfação decorrentes da medida; o controle de idoneidade do meio ocorre por operações interpretativas e a partir da análise objetiva dos dados fáticos, notadamente, da relação entre a medida eleita pelo legislador e a sua potencialidade de impulsionar a finalidade buscada; de resto, a jurisdição constitucional está legitimada a realizar um *controle de evidência* da idoneidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, contudo, nas situações em que a afetação desvantajosa ao direito fundamental se configurar com gravidade acentuada, o controle poderá ser efetividade de maneira mais intensa, o que pressupõe a demarcação da gravidade dos efeitos negativos ocasionados pela intervenção.

Assim, uma vez consideradas essas premissas, o teste de idoneidade possui a capacidade de servir de parâmetro de controle efetivo das restrições legislativas aos direitos fundamentais, bem como, observados os critérios estabelecidos, pode ser legitimamente aplicado pela jurisdição constitucional.

Por fim, caso a finalidade buscada pelo legislador e a medida por ele eleita ultrapassem todas essas exigências inerentes ao segmento de adequação, a aplicação da proibição do excesso prossegue e alcança para uma nova etapa, qual seja a verificação da indispensabilidade da medida restritiva.

---

declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal", notadamente, ao seu artigo 27, normativa que estabelece a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

3. O subprincípio da necessidade

Confirmada a legitimidade da finalidade buscada com a restrição legislativa, bem como a licitude do meio empregado e sua aptidão para a promoção do fim almejado, ou seja, demonstrada a *idoneidade* da medida restritiva, o exame de proporcionalidade no controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais prossegue e passa para uma segunda etapa, na qual deve ser avaliada a *indispensabilidade* da medida escolhida pelo legislador; o subprincípio da necessidade, que expressa o segundo segmento de exigências integrantes do princípio da proibição do excesso, também é denominado de subprincípio da "*indispensabilidade, subprincípio do meio mais benigno* ou *subprincípio da intervenção mais restrita possível*" [804].

Este segmento da proibição do excesso impõe limites à liberdade de escolha do legislador democraticamente eleito, especificamente, no que se refere à margem que possui para a seleção das medidas (lícitas) que podem ser destinadas à concretização dos objetivos legítimos, constitucionalmente autorizados ou definidos como de consecução obrigatória; o subprincípio da necessidade impõe ao legislador, enquanto norma de controle, a escolha da medida menos restritiva, no caso da existência de vários meios que promovam a finalidade buscada em similar intensidade e que possuam, em contraponto, diferentes capacidades de afetar desvantajosamente os direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente tuteados negativamente atingidos pela medida.

Em outras palavras, cabe ao legislador eleger, com considerável liberdade, os meios lícitos com os quais pretende conformar as finalidades constitucionalmente legítimas e determinadas, contudo, havendo vários meios, no mínimo, igualmente idôneos, mas de potencialidade restritiva diversa, os direitos fundamentais – em conjugação com o princípio da proibição do excesso (aqui, o subprincípio da necessidade) – limitam esse poder de escolha e impõem a seleção da medida mais benigna [805], considerada como tal a que atingir

[804] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 734. (Tradução livre).
[805] PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité*, pág. 44.

desfavoravelmente em menor escala o direito fundamental e promover, em igual ou maior intensidade, o objetivo cuja consecução é buscada [806].

É possível, assim, para fins meramente analíticos e sem preocupações, no momento, com a distribuição dos ônus probatórios, uma formulação conceitual negativa para o segmento da necessidade dos meios, a partir do qual "*meio necessário é aquele cuja alternativa ou alternativas não são consideravelmente menos interferentes e/ou não prometem intensidade de satisfação aproximadamente igual ou superior*", bem como uma definição positiva, a qual dispõe que meio necessário é aquele *"menos interferente entre os disponíveis que tenham a intensidade de satisfação pretendida pelo legislador*" [807].

Ainda, deve ser pontuado que, ao segmento em questão, releva a *necessidade interna* da medida restritiva, ou seja, importa para o subprincípio da indispensabilidade dos meios a necessidade de a medida específica escolhida pelo legislador ser, de fato, adotada, em detrimento de outras medidas, com diferentes potencialidades restritivas e capacidades de promoção da finalidade buscada; de outro lado, não importa ao segmento da indispensabilidade dos meios a *necessidade externa* à medida, isto é, o juízo que o legislador estabelece acerca da importância e pertinência de promover determinada finalidade constitucionalmente legítima, dentre outros fatores relevantes; isso porque, essa avaliação levada a efeito pelo legislador diz respeito à conformação das finalidades buscadas com a medida restritiva e não com a *necessidade* da medida empregada para tanto [808].

Logo, enquanto que para a satisfação do teste de aptidão bastava que o meio promovesse, de maneira não desprezível, o objetivo buscado pelo Estado, independentemente da existência de outros meios que impulsionassem a finalidade almejada de forma mais consistente ou fossem menos restritivos, a análise do subprincípio da necessidade, por sua vez, impõe uma comparação, com base em premissas empíricas, entre os meios disponíveis; aqui, o reconhecimento da existência de outras medidas idôneas, ventiladas de forma hipotética pela jurisdição constitucional, pode levar à conclusão acerca da desproporcionalidade do meio que foi de fato selecionado, uma vez que a medida eleita pelo legislador não é *internamente necessária*.

---

[806] Acerca da "discricionariedade para escolher meios": ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 586-587.
[807] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 605-606 e 609-610.
[808] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 606-607.

Logo, para o subprincípio da idoneidade, é relevante uma análise centrada unicamente na medida escolhida pelo Estado, nomeadamente sua licitude e aptidão para a promoção da legítima finalidade buscada, enquanto que para o subprincípio da necessidade a avaliação colocada em cena é essencialmente comparativa, ou seja, de contraposição entre o meio escolhido e outros, no mínimo igualmente idôneos, que estejam disponíveis.

Nessa fase do controle de proporcionalidade, o que se busca é a identificação de outro meio, com maior ou similar *idoneidade* em contraposição ao escolhido pelo legislador e que intervenha desvantajosamente em menor escala no direito fundamental ou interesse constitucional afetado; entrementes, encontrada essa medida alternativa – menos restritiva e com eficiência similar [809] – ao meio escolhido pelo legislador, a desproporcionalidade do meio empregado no caso deverá ser reconhecida.

Entrementes, a aplicação do subprincípio da necessidade é centrada em uma análise essencialmente comparativa entre a medida restritiva eleita pelo legislador em face de outras medidas igualmente disponíveis; essa comparação é centrada nos efeitos – positivos, negativos, jurídicos e materiais – de intervenção e de promoção do fim que esses meios produzem ou possuem a potencialidade de criar [810]; essa metódica, notadamente, os termos nos quais deve ser realizada a comparação a envolver os efeitos, jurídicos e materiais, positivos e negativos, da medida escolhida e outros meios disponíveis, será abordada com maior densidade nos capítulos subsequentes; ainda, será avaliado se essa comparação é objetiva ou admite algumas valorações por parte do aplicador.

[809] Como assevera Jorge Reis Novais, na verificação do meio menos restritivo deve-se levar em conta uma comparação entre os danos causados por cada uma das medidas, "avaliados em função dos seus efeitos materiais, espaciais, temporais ou pessoais e tendo em conta, não apenas o direito fundamental diretamente atingido, como qualquer outra afectação desvantajosa da liberdade, dos direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente relevantes do mesmo titular ou de outros". NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 171.

[810] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 607.

3.1. Metódica do subprincípio da necessidade

Previamente delimitada a estrutura básica e conformado o âmbito de aplicação do teste de necessidade, bem como delimitado o objeto em face do qual incide este segmento, imperioso que, na sequência, seja definida a metódica aplicativa deste subprincípio da proibição do excesso.

Preliminarmente, contudo, algumas questões devem ser brevemente analisadas; inicialmente, pertinente ser pontuado que o segmento da necessidade, enquanto norma de controle, apenas pode acarretar a declaração de inconstitucionalidade da medida restritiva nas situações em que ficar demonstrada a existência de outro meio menos restritivo e que possua eficácia similar à medida eleita pelo legislador; entrementes, é imposto ao juiz constitucional, quando do julgamento acerca da constitucionalidade da medida, o ônus de demonstrar a desnecessidade do meio de fato adotado, ou seja, quando da fundamentação da decisão de controle, deve restar justificado o descumprimento pelo legislador do segmento da necessidade, em razão da – demonstrada – existência de uma medida alternativa menos restritiva e tão eficaz quanto à selecionada pelo legislador.

Assim, na perspectiva da jurisdição constitucional, o subprincípio da necessidade deve ser observado em seu desenho negativo, pois é praticamente impossível ao legislador adimplir o ônus de demonstrar a inexistência de medidas alternativas menos restritivas que igualmente promovam a finalidade buscada, a partir do que resta inviabilizada a assunção de uma conotação positiva pelo subprincípio da indispensabilidade dos meios, pois exigência de tal índole acarretaria a compressão demasiada da liberdade de escolha do legislador [811]; além disso, a considerar a presunção de constitucionalidade que acompanha as leis e atos normativos, tem-se que as medidas legislativas somente podem ser declaradas inconstitucionais pela jurisdição constitucional quando houver demonstração de violação à Constituição, no caso específico, violação de um direito fundamental por desnecessidade da medida; esta leitura é a que melhor se coaduna com os princípios estruturantes de um Estado de Direito, notadamente, o democrático e o da separação dos poderes.

[811] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 609-610 e 859-860.

De outro lado, calha ressaltar que a jurisdição constitucional, quando da atividade comparativa inerente à aplicação do segmento da necessidade, deve considerar todas as medidas disponíveis, quer no momento da decisão legislativa quer no momento do juízo acerca da constitucionalidade da medida [812], tendo elas sido ou não objeto de avaliação por parte do legislador quando da escolha do meio; isso porque, a força normativa dos direitos fundamentais impõe que as restrições legislativas apenas possam ser levadas a efeito e mantidas no ordenamento jurídico quando forem necessárias, assim, caso fique demonstrada a existência de um meio alternativo com similar idoneidade no que diz com promoção das finalidades e, em contraponto, menos prejudicial ao bem, interesse ou valor colidente, a inconstitucionalidade da medida selecionada pelo legislador deve ser declarada pelo órgão de controle, mesmo que o legislador não tenha levado em consideração, por quaisquer motivos, referida medida alternativa [813].

Ultrapassados esses pontos, a metódica a ser seguida quando da aplicação do segmento da necessidade pode ser sintetizada, nos seguintes termos: (a) em um primeiro momento, o teste de necessidade, a aproveitar o já efetivado quando do segmento da adequação, exige o preciso destaque da finalidade imediata buscada pela lei restritiva; (b) uma vez sublinhado o objetivo imediato da medida, em um segundo momento, devem ser formadas hipóteses a considerar a possível existência de meios alternativos que, tal qual o meio utilizado pelo legislador, possuam *idoneidade técnica* para a promoção do objetivo proposto; (c) em continuidade, passada essa etapa, a questão que se coloca requer a identificação de intensidades, sendo que, primeiro, deve ser visualizada a intensidade na qual o fim patrocinado pela restrição legislativa é promovido em comparação com os meios hipoteticamente ventilados pelo aplicador; após, é a intensidade restritiva desses meios – o eleito pelo legislador e os alternativos – que deve ser aquilatada [814]-[815]-[816].

---

[812] Contudo, nos casos em que a disponibilidade da medida com eficácia similar e menos gravosa se fizer presente apenas quando da decisão de controle, a declaração de inconstitucionalidade pode se apresentar sem efeitos retroativos.

[813] Em sentido um pouco diverso: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 857-858.

[814] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 738-741.

[815] Para o segmento da necessidade enquanto norma de ação dirigida ao legislador, Vitalino Canas estabelece, como requisitos para que alternativas possam ser consideradas disponíveis, a exigência de observarem as seguintes características: "(i) ser determináveis; (ii) ser adequadas; (iii) ter intensidade de satisfação pelo menos equivalente; (iv) não ser proibidas em si; (v) ser financeiramente sustentáveis; (vi) ser comparáveis". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 616. Esses requisitos são plenamente aproveitáveis para o segmento da necessidade enquanto norma de controle.

Para se mensurar a intensidade na qual o meio é capaz de promover a finalidade selecionada pelo legislador, as medidas em comparação devem ser avaliadas pelo juiz constitucional sob algumas perspectivas, a saber: "perspectiva da eficácia" na promoção do fim; "perspectiva temporal"; perspectiva dos diferentes aspectos em que o fim é realizado; perspectiva "da probabilidade que o meio contribua" para a consecução do objetivo [817]; ainda, essa análise comparativa, realizada com base nos referidos "indicadores de qualidade e quantidade", deve ser agregada por outros elementos, os quais deverão ser levados em conta quando da comparação; entrementes, releva que sejam identificados os seguintes efeitos materiais positivos decorrentes da restrição legislativa e das medidas alternativas: "a rapidez da ocorrência, extensão e abrangência dos resultados materiais prognosticados, o nível de sustentabilidade, durabilidade ou reversibilidade desses resultados", bem como, devem ser considerados, os efeitos materiais positivos que dizem com "a amplitude e o número de previsíveis afetados, a duração, transitoriedade ou perenidade da interferência, o espaço geográfico abrangido, o peso ou importância dos bens, interesses ou valores objeto de interferência" [818].

Verificado o grau de *idoneidade técnica* da restrição legislativa e dos meios alternativos hipoteticamente considerados, caso encontrado um meio equivalente ao escolhido pelo legislador no que diz com a intensidade em que é capaz de promover a finalidade buscada, passa-se para a análise da intensidade com que cada uma das medidas em pauta intervém desvantajosamente em face do bem, interesse ou valor colidente; como já indicado, para que a restrição legislativa seja *desnecessária*, além de ser encontrado um meio alternativo com, no mínimo, igual *idoneidade* na consecução do fim, a medida de fato oposta ao direito fundamental ou interesse constitucionalmente tutelado deve ser mais prejudicial do que o meio hipotético em comparação.

A análise da intensidade na qual os meios em comparação são capazes de intervir desvantajosamente no direito fundamental ou interesse constitucionalmente tutelado deve ser realizada com base nos seguintes parâmetros: "eficácia, rapidez, probabilidade e afetação

---

[816] As intensidades de interferência e satisfação patrocinadas pela medida eleita pelo legislador devem ser demarcadas tendo em conta as intensidades de interferência e satisfação desencadeadas pela medida alternativa em comparação, determinando-se, a partir disso, uma relação de maior, menor ou igual intensidade. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 607.

[817] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 739.

[818] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 613-614.

material do seu objeto" [819]; assim, a medida hipotética colocada em comparação acarretará o reconhecimento da desproporcionalidade da restrição legislativa, por descumprimento do segmento da necessidade, quando, no plano empírico, restar constatado que o meio alternativo, igualmente idôneo à restrição legislativa, "afeta negativamente com menor eficácia, de modo menos duradouro e com menor probabilidade a norma ou posição jusfundamental *prima facie* objeto da intervenção do legislador" [820]; em complemento, deve-se, ainda, considerar os mesmos indicadores utilizados para a definição da intensidade de satisfação das finalidades buscadas, a partir do que são relevantes os efeitos materiais negativos que dizem com "a amplitude e o número de previsíveis afetados, a duração, transitoriedade ou perenidade da interferência, o espaço geográfico abrangido, o peso ou importância dos bens, interesses ou valores objeto de interferência", bem como importa que sejam identificados os seguintes efeitos materiais negativos decorrentes da restrição legislativa e da medida alternativa: "a rapidez da ocorrência, extensão e abrangência dos resultados materiais prognosticados, o nível de sustentabilidade, durabilidade ou reversibilidade desses resultados" [821].

Uma vez estabelecidos os elementos essenciais que integram o teste de necessidade – existência de outro meio com, no mínimo, a mesma idoneidade e que restrinja em escala menos intensa o colidente direito fundamental ou interesse constitucionalmente tutelado – poder-se-ia ter a impressão de que essa análise, uma vez que essencialmente comparativa e embasada em dados empíricos, seria levada a efeito de forma puramente objetiva pelo aplicador do Direito; contudo, deve ser avaliado se a aplicação do segmento de necessidade do meio, enquanto norma de controle, não admite quaisquer valorações.

[819] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 744. (Tradução livre).
[820] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 744. (Tradução livre).
[821] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 613-614.

3.2. Subprincípio da necessidade e valorações

Desde logo, deixa-se expresso que, não obstante os parâmetros estabelecidos, dificilmente o exame de necessidade prescindirá de valorações, as quais já podem, inclusive, fazerem-se presentes quando da identificação das intensidades da interferência patrocinada pela restrição legislativa e pelo (s) meio (s) alternativo (s) hipoteticamente considerado (s); isso porque, essa identificação das intensidades restritivas é levada a efeito com base em "uma determinada escala valorativa (abstrata, quando possível, e concreta)" [822]; o mesmo pode ser dito em relação à identificação da intensidade na qual as medidas em comparação promovem a finalidade buscada, pois, também nessa esfera, valorações mostrar-se-ão inevitáveis.

De outro lado, mesmo fora dessa operação de identificação da intensidade restritiva e da capacidade de promoção das finalidades das medidas em comparação, valorações serão inafastáveis, pois, na maioria dos casos, não se estará diante de um confronto em que o meio alternativo é igualmente idôneo e sensivelmente menos restritivo; na maioria dos casos, muitas variáveis estarão presentes, como, por exemplo, hipóteses em que o meio alternativo é bem mais brando, mas um pouco menos eficaz que a restrição [823] ou situações em que a medida restritiva promove o fim, apenas, em alguns aspectos de forma mais intensa do que o meio alternativo ou, ainda, a medida alternativa afeta direito fundamental ou outro interesse diverso daquele restringido pela lei.

Para ilustrar o que se está dizer, veja-se a seguinte decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão [824] e a proposta dogmática apresentada por Robert Alexy para a solução do caso; a questão diz "respeito à proibição de que empresários da construção civil utilizassem mão de obra de trabalhadores temporários"; segundo Alexy, estavam em causa a otimização de dois princípios constitucionais, quais sejam, de um lado, o direito fundamental à liberdade profissional e, de outro, o combate à prática de trabalho ilegal (uma vez que o trabalho temporário desrespeitava preceitos tributários, trabalhistas, sociais e econômicos); a escolha pela proibição absoluta da contratação de trabalhadores temporários por parte de empresários da construção civil promoveria em grau máximo o combate à prática de trabalho ilegal,

[822] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 614.
[823] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 172-175.
[824] BVerfGE 77, 84.

contudo, afetaria de forma desvantajosa, em grau muito intenso, o direito fundamental à liberdade profissional, uma vez que a proibição total alcançaria, inclusive, as "agências intermediadoras que obedeciam a essas prescrições" tributárias, trabalhistas, sociais e econômicas; logo, uma medida alternativa, como a implementação pelo Estado de um maior controle nos "canteiros de obra", satisfaria em igual intensidade o combate à prática de trabalho ilegal e restringiria em menor intensidade o direito fundamental à liberdade profissional, contudo, ocorre que a eleição dessa última medida implicaria intervenção em outro princípio constitucional, qual seja "o do uso racional dos recursos públicos" [825].

Nessa situação, para Alexy, o controle de necessidade da medida restritiva dependeria de uma ponderação, a qual considerasse os três princípios em embate, ou seja, relevaria aquilatar se o combate à prática de trabalho ilegal conjugado com o comprometimento de recursos públicos justificaria que fosse proibida em todos os casos a contratação de trabalho temporário por parte de empresários da construção civil ou, ao contrário, existiriam razões opostas suficientes para a adoção da medida restritiva mais branda à liberdade profissional (incremento da fiscalização); Alexy propõe, em continuidade, que a questão – uma vez que não diz mais com as possibilidades fáticas de otimização, mas, sim, com as possibilidades jurídicas – seja resolvida em um terceiro momento, quando da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, a qual se exaure em uma ponderação entre todos os princípios relevantes para o caso, pois todo e qualquer sopesamento seria vedado quando da aplicação do subprincípio da necessidade.

Essa posição, inclusive, prevalece na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão; a decisão lançada – BVerfGE 119, 59 – ilustra bem a questão, uma vez que é negada pelo Tribunal a possibilidade de ponderação no âmbito do segmento da necessidade, *empurrando-se* a comparação das medidas despidas de eficácia similar – utilizada pelo legislador e a alternativa – para o segmento da ponderação inerente à proporcionalidade em sentido estrito; o caso dizia com a análise de (in) constitucionalidade de legislação que exigia que os "cuidadores de cascos" possuíssem determinada qualificação profissional como ferradores, exigência que foi entendida pela Corte, ante a sua desproporcionalidade, como violadora do direito fundamental ao livre exercício profissional, pois um conhecimento

[825]ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 592-593.

teórico das técnicas necessárias para a efetivação de cuidados com os cascos, ainda que mais amplo, seria suficiente; contudo, como já salientado, ante a ausência de similar eficácia a envolver a medida eleita pelo legislador e o meio alternativo elencado pelo Tribunal, o caso – afeto ao raciocínio inerente à aplicação do segmento da necessidade – foi resolvido na etapa da ponderação [826].

Não obstante, como já sinalizado, temos que a questão deve ser resolvida neste momento, quando da aplicação do subprincípio da necessidade, o qual admite sejam realizadas algumas valorações por parte do aplicador do Direito; veja-se, como explicitado por Laura Clérico, que a aplicação do subprincípio da necessidade pressupõe que sejam respondidos alguns questionamentos, dentre os quais: "os meios alternativos devem ser ´em todos os sentidos` ou em ´alguns dos sentidos` igualmente idôneos e menos gravosos" [827]? Caso se admita que o meio alternativo, para acarretar a *desnecessidade* da restrição legislativa, possa ser mais *idôneo* e menos *gravoso*, apenas, em alguns aspectos, o alcance dessa conclusão dependerá de valorações por parte do aplicador do Direito.

Assim, somente será possível alcançar plena objetividade neste momento se for reduzida a abrangência do teste de necessidade (adotando-se uma versão fraca para esse exame) e, consequentemente, sobrecarregado o exame de proporcionalidade em sentido estrito [828], uma vez que, caso se adote posição pela objetividade pura do subprincípio da necessidade, todas as valorações pertinentes para essa etapa não desaparecem e continuam a integrar a proibição do excesso em sentido amplo, contudo, acabam por ser postergadas para outro momento e lançadas à proporcionalidade em sentido estrito [829].

Destarte, temos que a opção mais lógica e dotada de maior clareza analítica requer que as valorações inerentes à análise do meio menos restritivo sejam de pronto realizadas já neste momento de aplicação do teste de necessidade; a transferência de todas as valorações para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, tal qual já apontado quando do exame de idoneidade [830], acaba por levar que a efetiva relevância da proibição do excesso seja

[826] PETERSEN, Niels. Alexy, pág. 171.
[827] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade*, pág. 103. (Tradução livre).
[828] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 167.
[829] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 175.
[830] Deve restar claro, contudo, que com exceção da questão da identificação das finalidades com potencionalidade de justificar restrições aos direitos fundamentais, a valoração a ser realizada no exame de idoneidade busca identificar a intensidade com o que o subprincípio pode ser legitimamente aplicado pela

encontrada, apenas, na proporcionalidade em sentido estrito, resumindo-se tudo em uma ponderação entre razões favoráveis e contrárias à restrição ao direito fundamental; ainda, deve-se ter em conta que a realização dessas valorações, na verdade, mostra-se "*instrumental* (ou incidental) em relação à operação central da necessidade", qual seja a efetivação de comparações a envolver a medida eleita pelo legislador e outros meios alternativos igualmente disponíveis; entrementes, extrai-se conclusão no sentido de que "não se vê como resolver uma questão *instrumental* ao teste intermédio da necessidade apenas no âmbito do teste final, da proporcionalidade e.s.e." [831].

Não obstante, adotada posição pela admissão de valorações neste momento de exame do meio menos restritivo, tem-se de enfrentar a discussão acerca da racionalidade do subprincípio da necessidade; o maior desafio no estudo do princípio da proporcionalidade é a estruturação de sua aplicação de forma a que possa levar a soluções racionais e intersubjetivamente demonstráveis; com efeito, deve restar comprovado que a solução alcançada no caso pela jurisdição constitucional reflete a correta aplicação do Direito e não se trata de uma escolha subjetiva do juiz a substituir a decisão do legislador democraticamente legitimado.

A partir disso, há uma vontade comum de se buscar a maior objetividade possível para os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; em relação ao primeiro, efetivamente, logra-se êxito nesse objetivo, uma vez que o exame de idoneidade do meio é dotado de objetividade e dispensa maiores valorações por parte do aplicador do Direito, mas, em relação aos outros dois, as dificuldades aplicativas e de manutenção da objetividade decisória são bem maiores.

Aharon Barak defende uma análise puramente objetiva quando da aplicação do teste de necessidade; para alcançar esse intento, o autor exclui desse exame qualquer elemento externo à estrita relação entre os meios em comparação, no que releva, apenas, os efeitos negativos que a medida restritiva causa ou que os meios alternativos causariam em face dos específicos direitos fundamentais atingidos e o grau de promoção dos fins buscados que são capazes de

---

jurisdição constitucional, a depender da capacidade restritiva do meio e da segurança acerca das premissas empíricas. A estrutura do teste de idoneidade será sempre a mesma, podendo, a depender da valoração desses fatores, ser diversa a intensidade do controle jurisdicional. Por sua vez, a valoração inerente ao teste de necessidade busca possibilitar a própria aplicação do subprincípio, sendo ela decisiva para a identificação da própria necessidade do meio.

[831] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 623.

alcançar; assim, por exemplo, se encontrada uma medida alternativa que intervenha em menor intensidade no direito fundamental e promova o fim em igual medida, mas que seja mais onerosa para o Estado, o meio escolhido será necessário, pois o incremento de despesas retira da medida alternativa a possibilidade de ser confrontada com o meio eleito pelo legislador; o mesmo ocorre quando – apesar de ser encontrado um meio menos restritivo ao direito fundamental e que promova igualmente o fim – esse meio intervier em outros direitos fundamentais, pois esse efeito desvantajoso para posições alheias acaba por confirmar a necessidade da medida empregada, uma vez que essa não restringia esses direitos; para o autor, esses fatores externos devem ser considerados, apenas, quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito [832].

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, não obstante tenderem para um exame de necessidade objetivo, não conseguem excluir valorações em determinados momentos da testagem; os autores indicam que na prova de necessidade é indispensável restar demonstrada uma "igual adequação" entre os meios em comparação, sendo inconstitucional a medida nos casos em que for comprovada a existência de meio com similar idoneidade e menos restritivo; na estruturação da aplicação deste subprincípio da proporcionalidade, os autores estabelecem dois parâmetros de análise, a partir dos quais, inicialmente, devem ser arrolados pelo aplicador do Direito todos os meios idôneos para a promoção da finalidade buscada e, em um segundo momento, articulando-se uma verificação comparativa, ser identificado qual dos meios, igualmente adequados, é o menos restritivo; esse último ponto engloba três questões, quais sejam, precisar a medida que intervém em menor intensidade nas posições jusfundamentais dos titulares do direito, mensurar o grau de capacidade do meio em promover o fim buscado e aquilatar os custos que teria o Estado pelo emprego de cada meio em comparação [833].

Assim, não se deve olvidar que o segundo momento do teste de necessidade envolve a valoração de diversos fatores; mensurar o grau de promoção do objetivo e, especialmente, a intensidade de intervenção que o meio possui a potencialidade de causar, não se caracterizam como atividades hermenêuticas adjetivadas de objetividade pura, antes demandando várias valorações por parte do aplicador do Direito; aqui, nota-se uma sensível diferença entre os

[832] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 323-328.
[833] DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral*, págs. 215 e 219-221.

dois subprincípios abordados, pois, enquanto no exame de idoneidade se analisa o meio isoladamente e à revelia de comparações com outras medidas porventura disponíveis, aqui, na análise de necessidade, comparações são indispensáveis [834]; com efeito, havendo a exigência de se comparar grandezas diversas, variáveis e assimétricas, valorações são inerentes a essa atividade.

Além disso, deve-se pontuar que a realização de valorações, quando da aplicação do segmento da necessidade, é inafastável, também, pela compreensão adotada neste trabalho de que, na definição da intensidade dos efeitos restritivos causados pelos meios em comparação, elementos externos, entendidos como aqueles que transcendem a estrita relação entre os efeitos negativos que a medida restritiva causa ou que os meios alternativos causariam em face dos específicos direitos fundamentais atingidos e o grau de promoção dos fins buscados que são capazes de alcançar, devem ser considerados, de forma agregada [835], no segmento da necessidade; assim, podem levar à identificação da (des) necessidade da medida eleita pelo legislador, outros fatores, como, por exemplo, a afetação desvantajosa de outros direitos fundamentais pela medida alternativa, fatores referentes a custos financeiros, dentre outros, a partir do que elementos externos passariam a ser considerados como fatores internos à proibição do excesso [836], notadamente, para o que aqui importa, esses elementos são relevantes para a definição da necessidade da medida restritiva.

A outra opção seria retirar do segmento da necessidade qualquer elemento externo à estrita relação destacada e *empurrar* a consideração e valoração desses fatores para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; contudo, como já destacado, essa opção, além de metodologicamente incorreta, seria inadequada para a própria estrutura da proibição do excesso, uma vez que sobrecarregaria o exame de proporcionalidade em sentido estrito e, de outro lado, esvaziaria o segmento da necessidade.

Pontua-se, apenas, que as medidas devem ser *comparáveis*, havendo, nesse contexto, posições doutrinárias a restringir os meios passíveis de comparação no exame de necessidade, bem como posições ampliativas dos meios que seriam *comparáveis*; ainda, há proposta

[834] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, págs. 172-173.
[835] Segundo esta visão agregativa, "para comparação da intensidade de interferância de umas em relação às outras consideram-se *agregadamente* todos os bens, interesses ou valores potencialmente afetados, incluindo os interesses financeiros da comunidade". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 624.
[836] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 620.

mitigada [837]; das propostas existentes – as quais, aqui, não serão especificamente apreciadas – tendemos para as propostas ampliativas, a partir do que, a princípio, podem ser comparados com a restrição legislativa, todos os meios que possuírem eficácia similar ou mais elevada no que diz a promoção da finalidade buscada pelo legislador; contudo, tal concepção deve ser entendida como uma ideia a sustentar a *comparabilidade prima facie* entre os meios, podendo haver, no caso concreto, situações que impeçam a comparabilidade das medidas, a partir do que a hipótese alternativa deve ser excluída do segmento da necessidade.

Ainda, no que se refere às questões financeiras e orçamentárias, há propostas que pretendem retirar da proibição do excesso como um todo qualquer consideração acerca desses fatores, a partir do que, após a aplicação da proibição do excesso, haveria uma ponderação entre este último princípio "e o princípio da sustentabilidade financeira e econômica (ou as consequências da sua aplicação), cedendo um ou outro conforme as circunstâncias concretas"; contudo, essa proposta não se mostra adequada, pois, a partir dela, haveria um acréscimo das ponderações que seriam realizadas, não havendo, de outro lado, nenhum obstáculo relevante para que esses fatores sejam considerados no interior da proibição do excesso; ao contrário, tem-se que é aconselhável que essas questões sejam consideradas como fatores internos à proibição do excesso [838], pois, dentre outros argumentos, é claro que essas questões caminham conjuntamente com a estrutura metódica do princípio, novamente, são pertinentes às relações entre meios ou entre a intensidade de satisfação das finalidades e a intensidade de restrição oposta ao direito fundamental, objetos de avaliação pela proibição do excesso.

Entrementes, o subprincípio da indispensabilidade dos meios requer que o aplicador realize valorações tendentes a identificar a (des) necessidade da medida restritiva empregada pelo legislador; contudo, a inevitabilidade devem ser realizadas valorações não implica a imprestabilidade do exame ou sua irracionalidade, sendo possível alcançar uma decisão intersubjetivamente demonstrável, desde que observadas algumas premissas.

Jorge Reis Novais, na linha do já indicado neste estudo, ressalta a importância de serem estabelecidos parâmetros iniciais para que o exame de necessidade possa ser propriamente aplicado, quais sejam: deve ser precisamente identificada a finalidade buscada com a restrição

[837] Para uma análise completa da discussão, ver: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 625-631.
[838] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 619-620.

legislativa; deve ser verificado se as medidas alternativas possuem idoneidade para alcançar as finalidades pretendidas pelo legislador; de resto, para poderem ser comparados com a medida restritiva empregada pelo legislador, os meios alternativos devem possuir igual aptidão para a promoção ou realização das finalidades estabelecidas previamente [839]; ainda, após, deve ser verificada a intensidade na qual as medidas passíveis de comparação atingem negativamente o direito fundamental.

Deve restar claro que as grandezas que devem ser valoradas não são passíveis de escalonamento matemático ou outro tipo de quantificação numérica [840]; não há como fugir de certo grau de subjetivismo por parte do aplicador do Direito, ainda que bem atenuado, uma vez que, como será exposto na sequência, existem diversos parâmetros racionalizadores, bem como vários limites a condicionar a intensidade na qual a jurisdição constitucional pode exercer a sua atividade de controle da necessidade da medida restritiva eleita pelo legislador.

Contudo, adverte-se, desde logo, que qualquer tentativa de se precisar metricamente, a partir de regras desenvolvidas e aplicáveis por subsunção, os fatores relevantes ao exame de necessidade, está fadada ao insucesso; aqui, a realidade das coisas se sobrepõe ao ideal dogmático de certeza e precisão absolutas das decisões jurídicas; inapelavelmente, algumas margens de apreciação sempre são deixadas ao julgador, por mais que sejam fechados os espaços; o que se busca, então, é que, a partir do estabelecimento de certas diretrizes, atenue-se o campo da subjetividade e que esses critérios sejam fortes o suficiente para permitir a construção de decisões racionais e dotadas de motivação apropriada; além disso, a atividade de controle possui limites próprios que devem ser observados.

3.3. Subprincípio da necessidade e o ótimo de Pareto

A lógica subjacente ao teste de necessidade parece ser irrefutável, uma vez que, sem prejuízo para a intensidade de consecução do objetivo buscado pelo legislador, há maior satisfação dos bens, interesses ou valores colidentes, em razão de uma intervenção

[839] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 172.
[840] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 173.

desvantajosa mais branda possível no âmbito de proteção *prima facie* demarcado dos direitos fundamentais ou interesses constitucionais negativamente afetados pela medida restritiva; a partir dessa ideia, muitos autores concluem que a fórmula expressada pelo subprincípio em questão enquadra-se na ideia inerente à "eficiência de Pareto", pela qual, na distribuição de ônus e benefícios, uma medida será ótima e, consequentemente, necessária, se não for possível, com a utilização de outro meio, melhorar a condição de algum agente sem o prejuízo a posições alheias [841].

Assim, pela "ideia da otimidade-Pareto, se dois meios promovem igualmente determinado valor, bem ou interesse, deve ser escolhido aquele que, em contrapartida, afeta negativamente em menor escala o bem ou interesse colidente, pois "se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra" [842].

Entrementes, enquanto norma de controle, o subprincípio da necessidade expressa, na maioria dos casos em que aplicado, o ótimo de Pareto, pois, de um lado, restam garantidos os efeitos de satisfação do fim pretendidos pelo legislador e, de outro, fica assegurado que os efeitos de intervenção não serão mais graves do que o indispensável para a promoção do objetivo buscado.

Não obstante, nos termos sustentados supra, no momento em que são admitidas ponderações quando da aplicação do segmento de necessidade, a lógica inerente ao ótimo de Pareto pode vir a ser quebrada; isso porque, a partir da valoração realizada pelo juiz constitucional quando da comparação a envolver as medidas disponíveis, mostra-se viável, por exemplo, que o órgão de controle alcance conclusão no sentido de que, apesar da inexistência de medida tão eficaz quanto à eleita pelo legislador, o meio restritivo mostra-se desnecessário ante a existência de medida alternativa muito menos restritiva e de eficácia próxima à medida objeto de controle; ou, também a título de ilustração, se a medida alternativa for igualmente eficaz e menos restritiva, apesar de demandar maiores recursos financeiros para seu emprego, a medida restritiva escolhida pelo legislador pode vir a ser declarada desnecessária; essas conclusões são admitidas pelo segmento da necessidade, nos moldes já expostos.

---

[841] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 320-321.
[842] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, págs. 110-111.

Entrementes, dada a possibilidade de ser declarada a desnecessidade da medida objeto de controle, apesar da ocorrência de algum prejuízo à intensidade dos efeitos de satisfação da finalidade buscada, nessas situações pontuais, o segmento da necessidade não seguirá a lógica da eficiência de Pareto.

3.4. Intensidade do controle de necessidade e situações de incerteza epistêmica

No que concerne à margem de decisão da jurisdição constitucional na apreciação da necessidade da restrição legislativa, desde logo, deve restar claro que o juiz não está legitimado a substituir a medida escolhida pelo legislador por outra que considere *melhor*; logo, a comparação entre a restrição legislativa e os meios alternativos tem o condão, apenas, de implicar a declaração de inconstitucionalidade da lei, nos casos em que for constatada a desnecessidade da medida eleita pelo legislador.

Descartada, assim, a possibilidade de um controle pela jurisdição constitucional tendente a buscar a otimização dos bens, interesses ou valores em colisão, deve ser verificado se o teste de necessidade requer sempre um controle de evidência ou admite, também, um controle de intensidade intermediária ou, até mesmo, substancial intensivo; para essa definição, tal qual no exame de idoneidade, a intensidade do controle dependerá da gravidade da restrição e da certeza que se tenha acerca das premissas empíricas [843] e, também, normativas, uma vez que, no segmento da necessidade, são admissíveis valorações, notadamente, para a definição da intensidade na qual as medidas em comparação afetam desvantajosamente os bens, interesses e valores colidentes [844].

O controle de evidência é a regra geral a ser seguida quando da aplicação do subprincípio da necessidade; isso porque, no intuito de se harmonizar os princípios formais da liberdade de conformação do legislador e do controle jurisdicional de constitucionalidade das restrições, somente nos casos em que a desnecessidade do meio for evidente, comprovada por premissas

[843] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 753-755.
[844] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 641-642.

empíricas seguras, a partir das quais seja possível ao aplicador alcançar a conclusão *evidente* da existência de um meio alternativo mais brando e de eficácia similar à medida eleita pelo legislador, a inconstitucionalidade poderá ser declarada.

Entrementes, recorrendo-se, uma vez mais, às lições de Vitalino Canas, podemos dizer que a jurisdição constitucional pode legitimamente reconhecer a inconstitucionalidade de uma restrição legislativa, em razão da desnecessidade da medida, quando tiver *total certeza epistêmica empírica* ou nas situações em que alcançar *relativa certeza epistêmica empírica*; nas situações de *incerteza epistêmica empírica total ou parcial*, ainda que, nessa última, o juiz constitucional se incline positivamente para a constatação da *desnecessidade* da medida, a decisão do legislador deve prevalecer e, consequentemente, o segmento da necessidade ser considerado como cumprido, uma vez que conclusão contrária seria incompatível com um *controle de evidência*, o qual é o que melhor observa as margens de livre deliberação do legislador democraticamente eleito e atende os reclames do princípio estruturante da separação dos poderes em Estado de Direito.

Agora, quanto mais intensa for a intervenção patrocinada pelo legislador no direito fundamental, mais intenso será o controle jurisdicional, podendo, inclusive, entender-se pela *desnecessidade* da medida legislativa, a partir de uma decisão que envolva valorações entre os meios em comparação como um todo, ou seja, definido-se que a igual adequação técnica e menor lesividade podem ser identificadas a partir de uma análise que não requeira ser o meio alternativo eficaz e mais brando em todos os aspectos possíveis; logo, a valoração realizada pelo aplicador buscará demonstrar que o meio alternativo, apesar de não ser mais eficaz e menos lesivo em todos os aspectos perspectivados, é, no todo, similarmente eficaz e mais brando do que o eleito pelo legislador.

Os fundamentos para o acréscimo da intensidade de controle com base nesses fatores – certeza acerca das premissas empíricas e grau de restrição ao direito fundamental – são os mesmo já demonstrados quando da análise do subprincípio da idoneidade; no que se refere às certezas epistêmicas empíricas, valem, aqui, as mesmas considerações lançadas quando da análise do tema no contexto do segmento da adequação; de outro lado, as certezas epistêmicas normativas, também, devem ser consideradas, nos termos que mais adiante serão descritos, quando da análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Entrementes, quanto mais intensa for a afetação desvantajosa experimentada pelo direito fundamental, maior será a intensidade do controle de necessidade, podendo a medida selecionada pelo legislador ser invalidada mesmo quando não houver um juízo de evidência acerca de sua desnecessidade, estando a jurisdição constitucional legitimada a realizar um controle de *intensidade intermediária* ou de *justificabilidade*; contudo, pertinente registrar que, não obstante a legitimidade do órgão de controle para, nessas situações de grave afetação desvantajosa ao direito fundamental, realizar um controle mais intenso do que o *controle de evidência*, a decisão judicial deverá apresentar razoável certeza – ainda que não e*vidente* – acerca das premissas empíricas consideradas, bem como deverá lograr ser intersubjetivamente demonstrável.

De resto, nos casos de certeza epistêmica total ou parcial, ou, ainda, nas situações em que se admite um acréscimo na margem de controle da jurisdição constitucional, em razão da intensidade agravada da restrição verificada no caso, apesar da ausência de evidência sobre as premissas empíricas, alguns parâmetros devem ser desenhados, o que será feito com base na resolução de problemas a envolver a aplicação do subprincípio em pauta.

Inicialmente, imagine-se a hipótese de o legislador haver escolhido uma medida que promove em alta escala a finalidade buscada, mas, em contrapartida, restringe intensamente o direito fundamental; quando do controle jurisdicional de constitucionalidade com base no princípio da proibição do excesso, notadamente, no exame de necessidade, resta demonstrada a existência de outro meio que, apesar de um pouco menos eficaz na promoção do objetivo, é muito menos restritivo ao direito fundamental. Será a medida escolhida pelo legislador necessária?

O exame de necessidade demanda, como primeiro momento do teste que lhe é inerente, a avaliação acerca da existência de outros meios alternativos que promovam o objetivo buscado na mesma intensidade da medida restritiva selecionada pelo legislador; não sendo encontrado nenhum meio com essa característica, o subprincípio da indispensabilidade dos meios se exaure e a aplicação do princípio da proibição do excesso passa para a análise de proporcionalidade em sentido estrito.

A aplicação do teste de necessidade pressupõe que seja encontrado ao menos um meio com idoneidade similar para a promoção da finalidade comparado com meio eleito pelo legislador; não basta que o meio alternativo contribua para a promoção do fim, é

indispensável que promova o objetivo em igual ou maior intensidade do que a restrição legislativa [845].

A jurisdição constitucional não está legitimada, no exame de necessidade, a declarar a inconstitucionalidade da restrição nos casos em que não encontre medida alternativa igualmente eficaz ou de eficácia próxima ao meio eleito pelo legislador; esse é um limite imanente ao subprincípio da necessidade; a avaliação da intensidade com que o fim deve ser promovido é competência exclusiva do legislador e não pode o juiz, com base em suas valorações, escolher outra medida que, apesar de menos restritiva, não promova o fim na mesma escala; aproveitando a regra descrita por Laura Clérico, pode-se dizer que o primeiro momento do exame de necessidade requer o reconhecimento de que "quando o meio alternativo não fomenta o fim tão bem como o meio estabelecido, então o meio estabelecido permanece como necessário (isto é, como o menos gravoso)" [846].

Apenas em situações muito próximas, em que a medida alternativa promova o fim em menor intensidade, mas de forma ínfima, poderá o teste de necessidade prosseguir e aquilatar a capacidade restritiva dos meios em comparação; contudo, essa diferença não significativa na intensidade de eficácia deve poder ser aquilatada de forma evidente e dispensar maiores valorações por parte do aplicador do Direito.

Destarte, em resposta ao questionamento lançado a partir do problema hipotético descrito, tem-se que o meio escolhido pelo legislador no problema ventilado se mostrou necessário, pois ausente outra medida alternativa igualmente eficaz ou de maior eficácia [847].

Outra questão. E se, no caso, for encontrado um meio alternativo com maior eficácia do que a medida legislativa, mas que não restrinja o direito fundamental em menor intensidade? Nessa situação, a necessidade da restrição legislativa deverá ser reconhecida, uma vez que, no mesmo sentido do problema anterior, a avaliação da intensidade com a qual o objetivo estatal deve ser promovido é competência do legislador.

Para que a desnecessidade da medida legislativa seja verificada, é indispensável que, além de se encontrar um meio alternativo com similar ou maior eficácia, esse meio restrinja o

[845] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 738.
[846] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade*, pág. 104. (Tradução livre).
[847] Em sentido contrário, admitindo a incidência do controle de necessidade quando o meio alternativo tiver menor eficácia que a medida legislativa. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 176.

direito fundamental em menor intensidade do que a restrição patrocinada pela lei [848]; portanto, são duas as etapas do teste de necessidade ou dois requisitos que devem ser ultrapassados pelo meio alternativo – igual ou maior idoneidade na promoção do fim e menor grau de intervenção no direito fundamental – para que tenha a capacidade de levar à inconstitucionalidade da restrição pelo fato de ser *desnecessária*.

O controle de constitucionalidade realizado com amparo no subprincípio da necessidade é exercido com o objetivo de impor um limite às restrições aos direitos fundamentais; é para a demarcação dessa fronteira imposta pela Constituição ao legislador que a aplicação dessa etapa é direcionada; destarte, apesar de mais eficaz, não sendo o meio alternativo menos restritivo que a medida eleita pelo legislador, a restrição não será inconstitucional.

Ainda nesse contexto de avaliação de meios alternativos, deve ser levada em conta outra questão. E se os custos decorrentes da efetivação da medida alternativa – menos restritiva e igualmente eficaz – forem maiores do que os originados pela restrição legislativa?

Em relação a esse ponto, pertinente se ter em mente que mesmo se for encontrado outro meio mais eficaz e menos restritivo, a escolha do legislador não será *desnecessária* se esse meio alternativo causar um ônus financeiro muito maior ao Estado [849]-[850].

A margem de valoração que o juiz constitucional possui nesse ponto específico é bem restrita; somente em casos em que os custos da medida alternativa forem um pouco maiores é que estará autorizado a declarar a inconstitucionalidade da restrição; avaliação do orçamento e dos recursos públicos disponíveis para a efetivação dos objetivos estatais é competência do legislador; apenas em situações que se demonstrem evidentemente *irrazoáveis*, em que a medida alternativa menos restritiva e igualmente eficaz gere um pequeno acréscimo de gastos, poderá ser reconhecida a *desnecessidade* da restrição.

Ultrapassado esse ponto, outra questão se coloca. Como já explicitado, a aplicação do teste de necessidade requer uma comparação entre a medida restritiva e o(s) meio(s) alternativo(s); essa comparação, em um primeiro momento, busca verificar o grau de *idoneidade técnica* dos meios alternativos contrapostos à restrição; nessa esfera de análise, são levadas em conta diversos indicadores, bem como perspectivas, dentre os quais, por

[848] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 741.
[849] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 741.
[850] Vitalino Canas refere que devem ser excluídas "alternativas que envolvam o emprego de meios exorbitantes". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 620-621.

exemplo: “perspectiva da eficácia” na promoção do fim; “perspectiva temporal”; perspectiva dos diferentes aspectos em que o fim é realizado; perspectiva “da probabilidade que o meio contribua” para a consecução do objetivo [851]; após, caso encontrado um meio com igual ou maior eficácia, passa-se para uma segunda etapa, na qual se busca aquilatar qual é o mais benigno; aqui, para essa avaliação, leva-se em conta, dentre outras, a “eficácia, rapidez, probabilidade e afetação material do seu objeto” [852].

O problema é que, na maioria dos casos, o meio alternativo não vai ser igualmente eficaz e menos restritivo que a medida legislativa em todos esses aspectos; consequentemente, a pergunta que se coloca é se o juiz constitucional possui alguma margem para valorar os diferentes graus de intensidade nessas situações ou, ao contrário, para que a restrição seja *desnecessária* é indispensável que seja menos eficaz e mais restritiva que o meio alternativo em todas as perspectivas? Assim, “devem os meios alternativos igualmente adequados ´em todos os sentidos relevantes´ ou ´em alguns dos sentidos relevantes´? [853]”

O primeiro ponto a ser destacado é que havendo meio alternativo menos restritivo e mais eficaz em algumas perspectivas do que a restrição, em algum momento da aplicação do princípio da proibição do excesso, essa diferença de intensidade entre ambos será tida em conta.

Por exemplo, Carlos Bernal Pulido defende posição no sentido de que o reconhecimento da *desnecessidade* da medida depende da existência de um meio alternativo mais benigno do que a restrição em todos os aspectos, contudo, se for mais benigno, apenas, em algumas perspectivas, “a menor restrição que o meio alternativo projeta sobre o direito fundamental em referidas perspectivas, deve ser tida em conta na análise de proporcionalidade em sentido estrito” [854].

A intenção do autor é manter o teste de *necessidade* o mais objetivo possível, razão pela qual remete toda e qualquer valoração do julgador para o exame de proporcionalidade em sentido estrito. Não obstante, essa opção, apesar de lograr êxito em manter o subprincípio da necessidade *puro* e isento de valorações, não alcança uma maior racionalidade para a

[851] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 739.
[852] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 744. (Tradução livre).
[853] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade*, pág. 108. (Tradução livre).
[854] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 746. (Tradução livre).

aplicação da proibição do excesso como um todo e retira do exame da necessidade questões que lhe são inerentes e, inclusive, instrumentais.

Na verdade, o resultado obtido acaba por ser contrário ao inicialmente pretendido, pois lançar para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito todas as valorações inerentes à aplicação da proibição do excesso acaba por sobrecarregar essa última etapa e, consequentemente, obscurece as perspectivas efetivamente relevantes para esse específico momento. No mesmo sentido do já dito anteriormente, é preferível que as valoração pertinentes ao exame de necessidade sejam realizadas quando da aplicação desse subprincípio e não postergadas para quando do exame de proporcionalidade em sentido estrito, momento em que outros fatores serão comparados pelo aplicador do Direito.

De outro lado, é inegável que ao ser exigido do meio alternativo que seja igualmente adequado e menos restritivo em todas as perspectivas relevantes há uma significativa diminuição do número de medidas que possam ser confrontadas com a restrição no exame de necessidade. Como consequência, há uma redução das "possibilidades fáticas de uma minimização da intervenção jusfundamental" [855].

Entrementes, sendo o meio alternativo menos restritivo e mais eficaz, apenas, em algumas perspectivas, deve o juiz constitucional valorar quais dessas perspectivas são as mais relevantes para o caso, podendo essa avaliação levar ao reconhecimento da *desnecessidade* da restrição; a decisão, contudo, deve ser plenamente motivada, justificada e capaz de ser demonstrada de forma intersubjetiva.

Uma vez mais, valendo-se da regra desenhada por Laura Clérico, tem-se que "a igual adequação técnica de um meio alternativo deve *em princípio* ser examinada em todos os sentidos em que haja sido provada a adequação técnica do meio estabelecido; se ocorre uma ´redução´ ou ´ampliação´ dos mesmos, então essa dissidência deve ser justificável" [856].

De resto, no que diz com o exame de necessidade, ainda, dois problemas devem ser enfrentados, notadamente, se o teste deve ser efetivado tendo em conta casos concretos ou, ao contrário, deve ser manejado sob a perspectiva normativo-abstrata; ainda, necessário elucidar

[855] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade*, pág. 109. (Tradução livre).
[856] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade*, pág. 109. (Tradução livre).

se a aquilatação da medida mais branda – restrição ou meio alternativo – deve ser realizada no momento da edição da lei pelo legislador ou ao tempo da decisão judicial [857].

Em relação ao primeiro questionamento, algumas considerações. De início, deve restar explicitado que o exame de necessidade é pertinente quando o objeto de análise incide em face de situações concretas (aplicação da lei), bem como nos hipótese de controle abstrato de constitucionalidade (lei em tese) [858]; contudo, se considerada, apenas, a análise que se está a realizar no momento – controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais – tem-se que o teste de necessidade será efetivado tendo em conta a perspectiva normativo-abstrata.

Portanto, o que releva é se, no plano geral e abstrato (normatividade), há outro meio igualmente eficaz e menos restritivo; não é outra a regra desenvolvida por Carlos Bernal Pulido, ao prescrever que "o exame do meio mais benigno deve ser levado a efeito em abstrato, quando se trata de controlar a constitucionalidade da lei". Ainda, complementa o autor, "isso significa que o meio mais benigno será aquele que na média, ou seja, em uma generalização dos casos possíveis, na maioria dos casos ou em um caso normal, afete em menor intensidade o direito fundamental" [859].

Esse último trecho da regra transcrita coloca em evidência a resposta para outra questão, qual seja se o meio alternativo deve ser menos restritivo em geral, na média ou em cada caso [860]. Não há como se exigir do legislador que consiga prever todas as situações relevantes em face da qual a lei terá incidência, bem como que a medida restritiva estabelecida seja a menos restritiva possível em todos os casos concretos em que a lei for aplicada. De outro lado, não é viável, igualmente, se pretender que a restrição atinja menos o direito fundamental na ampla generalidade dos casos, ou seja, em todas as situações de fato previstas pelo legislador. É antes na média dos casos que a avaliação de menor intensidade restritiva deve ser realizada o

[857] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade*, pág. 103.
[858] Carlos Bernal Pulido, após explicar que o exame de necessidade ocorre em abstrato quando do controle de constitucionalidade da lei, deixa claro que "o caráter de meio mais benigno da intervenção legislativa deve ser valorada em concreto, com estrita observância das circunstâncias do caso, quando se controla a constitucionalidade da aplicação da lei mediante o recurso de amparo". PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 750. (Tradução livre).
[859] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 750. (Tradução livre).
[860] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade*, pág. 103.

que não exclui, em outro momento, a possibilidade de o excesso da medida ser reconhecida quando da aplicação da lei ao caso concreto [861].

De resto, assim como no exame de idoneidade, o teste de necessidade é continuado e perdura no tempo, não bastando para o reconhecimento da constitucionalidade que seja a medida eleita pelo legislador a menos restritiva, apenas, quando da edição da lei. Assim, se quando da prognose realizada pelo legislador havia uma perspectiva razoável, justificada pelos dados empíricos disponíveis, de que a medida eleita era a menos restritiva, o teste de necessidade estará satisfeito; não obstante, se em momento futuro, restar revelada a existência de medida alternativa mais branda, a desnecessidade da medida deverá ser reconhecida, em razão da modificação da situação fática, declarando-se, assim, a inconstitucionalidade da lei restritiva, ainda que sem efeitos retroativos, havendo, portanto, um *trânsito para a inconstitucionalidade* ou *inconstitucionalidade progressiva* [862] de uma norma que nasceu constitucional.

Moldado com essa amplitude e estrutura argumentativa, bem como se encontrando autorizado a realizar valorações – desde que observados os padrões e limites descritos – o subprincípio da necessidade fortifica a proibição do excesso, como norma de controle, e estabelece um consistente *limite aos limites* dos direitos fundamentais.

Em continuidade, tendo a restrição legislativa ultrapassado com êxito o teste da indispensabilidade dos meios, o exame de proporcionalidade prossegue e passa para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, âmbito no qual será levada a efeito uma ponderação pelo aplicador.

[861] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 750.
[862] Sobre o tema, as seguintes decisões do STF: HC 70. 514⁄RS; RE 341.717⁄SP; RE 147.776⁄SP.

4. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

4.1. Estrutura básica e definição preliminar do objeto de valoração

Tendo a lei restritiva ao direito fundamental ultrapassado, com êxito, os testes de idoneidade e necessidade, a norma deve ser, ainda, antes de ter a sua presunção de constitucionalidade confirmada em definitivo, submetida a uma terceira avaliação, a qual é figuradamente considerada como o "próprio coração da proporcionalidade" [863]; o último elemento constitutivo do princípio da proibição do excesso, denominado de subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, impõe a comparação entre efeitos relacionados à importância de promover ou realizar os objetivos buscados pelo legislador em contraponto com os efeitos que dizem com a gravidade da restrição legislativa oposta ao direito fundamental para tanto; este subprincípio, entrementes, exige que seja verificado pela jurisdição constitucional se a realização do objetivo buscado pelo legislador justifica a afetação desvantajosa oposta em face de um direito fundamental [864].

Estará justificada a restrição legislativa nos casos em que a medida for "*justa*, *adequada*, *razoável*, *proporcionada*"; destarte, é visível que a relação entre os dois objetos em comparação – importância da satisfação do fim e sacrifício imposto ao direito fundamental – depende, ainda, da inclusão de um terceiro ponto de valoração, qual seja a inarredável exigência de essa relação entre os objetivos buscados e o prejuízo sofrido pelo direito fundamental ser tida como correta, proporcional ou materialmente adequada [865].

Enquanto a avaliação inerente aos testes de idoneidade e necessidade incidia, isoladamente ou em conjunto, em face dos objetivos buscados e/ou das medidas adotadas para alcança-los, o subprincípio da proporcionalidade em sentido em estrito coloca em pauta a análise comparativa a envolver a valoração entre o sacrifício imposto ao direito fundamental e a importância da promoção das finalidades constitucionais almejadas pelo legislador; esta relação – a qual deve ser justa – entre a importância dos efeitos de satisfação dos objetivos e a

[863] BARAK, Aharon. Proportional effect: the israeli experience. *HeinOnline – 57 U. Toronto L. J. 369, 2007, págs. 370-382.* (Tradução livre), pág. 380.
[864] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 178.
[865] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 753.

intensidade dos efeitos restritivos experimentados pelo direito fundamental é que constitui o objeto da valoração decorrente da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito [866].

É inevitável a realização pelo aplicador do Direito dessa valoração ou ponderação concreta entre os bens, interesses ou valores em contraposição, a fim de se aquilatar se a restrição legislativa é justificada e não se mostra excessiva [867]; o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito requer, assim, a existência de uma relação justa entre os benefícios que irão advir da promoção do objetivo buscado e o prejuízo decorrente da restrição legislativa oposta ao direito fundamental.

Não basta, destarte, que o legislador utilize a medida menos restritiva e escolha um meio idôneo para o alcance da finalidade selecionada como de promoção relevante à sociedade (*propósito adequado*), ainda, é requisito, para que a constitucionalidade da restrição legislativa possa ser confirmada em definitivo, que o meio eleito não afete desvantajosamente de forma desproporcional o direito fundamental [868]; em outras palavras, deve haver uma ponderação concreta a envolver os bens, interesses ou valores contrapostos, sendo que a medida legislativa restritiva, para ser proporcional, deve originar uma relação equilibrada entre o prejuízo que acarretou ao direito fundamental e a importância da finalidade a ser satisfeita [869].

Para ilustrar, vejam-se os precedentes da Suprema Corte de Israel e da Suprema Corte do Canadá colacionados por Aharon Barak. No primeiro caso, o Tribunal israelense considerou inconstitucional, em razão da não satisfação do teste inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, medida legislativa restritiva que estabelecia um impedimento geral para o acesso em Israel de cônjuges de cidadãos israelenses que residissem em territórios ocupados; segundo o Tribunal, a lei restritiva era desproporcional, uma vez que os ganhos decorrentes do incremento da segurança (objetivo buscado) não eram significativos enquanto os prejuízos opostos à dignidade da pessoa humana eram consideráveis. Em outro julgado da Corte israelense, a discussão envolvia medida legislativa restritiva que havia

[866] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 343-344.
[867] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 178.
[868] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 341.
[869] MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madri: MacGraw-Hill, 1996, págs. 132-134.

determinado, mediante indenização dos proprietários das áreas atingidas, a construção de uma cerca, para fins de segurança nacional; observou a Corte Suprema que, não obstante a satisfação dos testes de idoneidade e necessidade, o meio legislativo restringia de forma desproporcional os direitos fundamentais dos proprietários, isso porque incrementava em pequena escala a segurança nacional e, de outro lado, atingia em larga medida os direitos dos residentes locais, os quais, inclusive, teriam separadas suas habitações de moradia de suas propriedades rurais. Por fim, o último precedente dizia, também, com lei restritiva que não observou o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; no caso, julgado pela Suprema Corte canadense, a lei impugnada por um dentista, o qual descumpriu os preceitos legais da referida normativa, restringia, para fins de promover a responsável e correta propaganda, publicidade feita por profissionais da área da odontologia; entendeu o Supremo Tribunal canadense que a medida legislativa restritiva, apesar de idônea e necessária, atingia de forma muito intensa o direito fundamental à liberdade de expressão enquanto promovia em menor escala os objetivos buscados pelo legislador [870].

Os exemplos citados trazem uma boa noção do funcionamento do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, notadamente, de sua estrutura argumentativa e de como os Tribunais manejam a sua utilização. Pode-se dizer, assim, sem grande rigor técnico, que é uma valoração ou ponderação, a envolver os efeitos relacionados à gravidade causada pela afetação desvantajosa em contraponto com a importância dos efeitos de satisfação da finalidade buscada, o que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito define como seu objeto de apreciação; assim, como objeto de avaliação, tem-se, de um lado da balança, os efeitos decorrentes da importância do objetivo que o legislador pretende promover ou realizar, a probabilidade que essa finalidade possui de efetivamente restar concretizada a partir da restrição legislativa, bem como a urgência de promoção das metas constitucionais selecionadas pelo legislador e, de outro lado, encontram-se os efeitos acarretados ao direito fundamental afetado desvantajosamente, o prejuízo que ele sofreria com a restrição, a duração temporal do sacrifício, além da probabilidade de que o dano realmente ocorresse [871].

---

[870] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 342-343. Os precentes, na ordem em que citados no texto, são os seguintes: HCJ 7052 *Adalah – The Legal Center for the Rights of the Arab Minority v. Minister of Interior* (May, 14, 2006); HCJ 2056⁄04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel* (2004) IsrSC 58 (5) 807, 850; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario* (1990) 2 SCR 232.

[871] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 349.

Contudo, muitas indagações, relacionadas à ponderação, demandam enfrentamento; após uma aproximação inicial a definir a ideia subjacente ao teste de proporcionalidade em sentido estrito, Jorge Reis Novais já explicita os três problemas centrais a envolver a aplicação deste subprincípio; o primeiro diz com a "imprecisão e fungibilidade dos critérios de avaliação"; o segundo refere-se à reivindicação que esses critérios "fazem a uma referência axiológica que funcione como terceiro termo da relação e onde está sempre presente um sentido de *justa medida*"; o terceiro, por sua vez, indica a necessidade de delimitação das competências jurisdicionais e legislativas nesse contexto [872].

Essa ponderação concreta de bens, interesses e valores – relacionada à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – não pode ser realizada livremente pelo juiz constitucional, razão pela qual o seu manejo, no caso concreto, deve observar diversas pautas e diretrizes, as quais funcionam como verdadeiras *regras de apoio* ao sopesamento; ainda, é imprescindível que a ponderação observe uma metodologia formal – ainda que não excessivamente rígida – a estabelecer o procedimento a ser empreendido para que seu resultado possa ser considerado justificado e satisfaça uma pretensão de correção.

Como refere Karl Larenz, "a << a ponderação de bens>> não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, é um processo racional que não há-de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, pelo menos até um certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida, é também comprovável. [873]"; a ponderação deve ter em conta a exigência de serem os seus resultados como intersubjetivamente justificados, o que pressupõe a definição do que deve ser fundamentado neste processo; assim, poder-se-á considerar que os limites da ponderação e o seu objeto restarão devidamente demarcados o que, como consequência, colaborará para afastar a crítica de ser o método algo puramente arbitrário e caracterizado pela subjetividade na totalidade de sua aplicação [874].

Nessa linha, o desdobramento do trabalho focar-se-á em alguns pontos sensíveis relacionados à aplicação deste segmento da proibição do excesso – subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto norma de controle – dentre os quais, destacam-se: (1) deverá ser definido se a ponderação inerente à aplicação do subprincípio da

[872] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 753.
[873] LARENZ, Karl. *Metodologia*, pág. 587.
[874] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 198.

proporcionalidade em sentido estrito implica a otimização dos bens, interesses ou valores em colisão; (2) como consequência, os limites do espaço de competência reservado ao legislador democraticamente eleito para conformar a Constituição deverão ser demarcados, notadamente, em contraponto com o espaço de controle de constitucionalidade das restrições legislativas afeto à jurisdição constitucional; (3) devem ser demarcados os espaços nos quais se faz presente a discricionariedade estrutural para ponderar, bem como se impõe a análise da relação a envolver a ponderação e os fatores epistêmicos; (4) a ponderação a indicar se a relação entre os efeitos de satisfação dos fins e os efeitos negativos impostos ao direito fundamental foi materialmente adequada deverá seguir pautas argumentativas racionais e ser, ao final, intersubjetivamente demonstrável; (5) deverá haver uma especificação dos objetos a serem valorados quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como é necessária a identificação de um *valor de cobertura ou escolha* a embasar a solução decorrente da comparação entre os objetos da ponderação; (6) a estrutura da ponderação deverá ser definida, bem como deverão ser desenhadas as regras de apoio que orientarão o sopesamento; (7) deverá ser definida uma metódica formal para a ponderação.

4.2. Proporcionalidade em sentido estrito, ótimo de Pareto e veículos de otimização

Em continuidade, coloca-se a questão que diz com a possibilidade de aceitação da proporcionalidade em sentido estrito enquanto veículo de otimização dos bens, interesses ou valores colidentes, ou seja, deve ser verificado se este segmento da proibição do excesso requer, quando da ponderação dos bens, interesses ou valores em colisão, seja alcançada uma solução ótima para o caso e, ainda, se essa solução ótima pode ser revelada em termos paretianos, ainda que com adaptações [875], ou mediante o manejo de algum outro parâmetro a servir como veículo de otimização.

Nesse sentido, desde logo, releva deixar consignado que, inclusive para autores que defendem a utilização do ótimo de Pareto para definição dos mandamentos decorrentes dos testes des idoneidade e necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito não expressa uma

[875] SIECKMANN, Jan. Proportionality, págs. 14-15.

dimensão do ótimo de Pareto; entrementes, mesmo para quem entende o segmento da proporcionalidade em sentido estrito enquanto mecanismo de otimização [876], o ótimo de Pareto não possuiria idoneidade para explicar o que essa otimização significaria, a partir do que, nessa esfera da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, os autores valem-se da "curva da indiferença", no intuito de expor externamente a racionalidade da decisão decorrente do sopesamento na qual há a escolha de um bem, interesse ou valor em detrimento de outros [877].

Assim, para essa linha de pensamento, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não aceitaria que a ponderação chegasse a decisões nas quais há desproporção entre os efeitos de satisfação e intervenção, materiais e jurídicos, positivos e negativos, com base no que uma intervenção muito séria em um direito fundamental exigiria, para estar constitucionalmente justificada, a satisfação *sobreproporcionalmente* intensa da finalidade buscada pelo legislador; nas palavras de Alexy, "isso corresponde à lei da taxa marginal de substituição minguante", a partir do que se pode concluir: os "direitos fundamentais ganham sobreproporcionalmente em fortidão quando a intensidade das intervenções ascende" [878].

Logo, a "lei da diminuição da utilidade marginal" explica essa relação com base no seguinte enunciado: "a substituição de um princípio torna-se cada vez mais difícil de ser justificada à medida que a substituição de outro princípio se torna maior", assim, a intensidade da importância de satisfação de um bem, interesse ou valor, para ser capaz de justificar uma intervenção intensa em outros, teria de encorpar consideravelmente, fato que seria possível até determinado limite – a preservação do núcleo essencial e inviolável do direito fundamental – fronteira a qual a intervenção não poderia ultrapassar e, consequentemente, encontrar justificação constitucional [879]; em outras palavras, "na linguagem da proporcionalidade e.s.e., a curva da indiferença mostraria os diferentes graus de satisfação de um bem, interesse ou valor necessários para justificar ('substituir') correspondentes graus de interferência (não satisfação) noutro bem, interesse ou valor" [880].

[876] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, págs. 110-111.
[877] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1153 e 1156-1157.
[878] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, pág. 116.
[879] KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure*, pág. 68. (Tradução livre).
[880] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 1153.

A utilização do ótimo de Pareto para a definição do resultado da ponderação, também, é posta em causa por Chapman, o qual, contudo, propõe como parâmetro a nortear a ponderação outro critério também incompatível com a dinâmica e limites da proporcionalidade em sentido estrito enquanto norma de controle, nos termos que serão expostos infra.

O autor destaca a problemática de a ponderação não levar a uma distribuição proporcional dos valores objeto de sopesamento; nesse sentido, a afastar referido apontamento, Chapman estabelece como critério, a nortear a escolha entre valores incomensuráveis, a máxima da "satisfação igualmente proporcional" dos valores em colisão, a partir do que seria possível uma distribuição racional dos ônus e benefícios entre os valores em colisão, alcançando-se, em consequência, uma decisão intersubjetiva e de satisfação publicamente relevante de cada valor; além disso, a introdução dessa máxima no âmbito da proporcionalidade, elidiria a problemática referente à incomensurabilidade dos objetos da ponderação, bem como dispensaria a existência de uma medida comum (valor de cobertura ou escolha) a possibilitar a ponderação [881].

De forma mais desenvolvida, Chapman estabelece como critério, a nortear a escolha entre valores incomensuráveis (o que é a realidade a envolver os objetos da ponderação de valores), a máxima da "satisfação igualmente proporcional" dos valores em colisão; nesse sentido, o autor entende que a incomensurabilidade não se configura como um obstáculo intransponível, sendo possível alcançar decisões racionais quando da escolha entre valores incomensuráveis, uma vez que a "comparabilidade das escolhas, ou a decidibilidade entre elas, não implica qualquer comensurabilidade dos valores expressos nessas opções"; essa constatação possui validade no âmbito de aplicação da proporcionalidade, pois o resultado da análise comparativa acerca da satisfação proporcional de valores em colisão será invariável e não depende de qualquer medida comensurável entre os valores, ou seja, mesmo se fosse possível identificar medidas comuns entre os valores em comparação, esse fato não alteraria em nada a medida da satisfação proporcional observada por cada valor colidente [882].

Chapman recorre a uma analogia para demonstrar sua conclusão, assim, por exemplo, se um terço da água que preenchia dois barris for drenado, houve uma medida de igualdade

[881] CHAPMAN, Bruce. Incommensurability, proportionality, and defeasibility. *Law, Probability and Risk (2013) 12, 259–274*. Oxford: Oxford University Press, 2013, págs. 259 e segs. (Tradução livre).
[882] CHAPMAN, Bruce. Incommensurability, págs. 261-262. (Tradução livre).

proporcional, contudo, isso não expõe, por exemplo, a quantidade de água drenada de cada barril, pois, para isso, seria necessário saber o tamanho de cada barril, ou seja, essa medida pressuporia uma relação de comensurabilidade; entrementes, o possível conhecimento desses fatores comensuráveis não modifica a conclusão de que houve uma relação de igual proporcionalidade no que se refere à água drenada de cada barril, assim, a medida de satisfação proporcional de valores em colisão e que são objeto de comparação não depende da existência de comensurabilidade entre eles; com efeito, apesar da incomensurabilidade a envolver os valores em comparação em uma decisão jurídica, é possível verificar a medida da satisfação proporcional de cada um, inclusive, a partir da formação de uma escala cardinal (interpessoalmente incomesurável), o que, portanto, possibilita a comparação entre essas medidas de proporcionalidade [883].

Em continuidade, Chapman propõe um parâmetro a nortear a comparação e a escolha entre valores incomensuráveis, a partir do qual deve ser selecionada a opção que possibilita a "máxima satisfação igualmente proporcional" dos valores em colisão; assim, um acréscimo na satisfação proporcional de determinado valor deve vir acompanhado de igual ou, ao menos, próximo, aumento na satisfação proporcional do outro valor; há, entrementes, uma preocupação com a observância de uma relação isonômica entre os valores (igual satisfação proporcional) o que põe em causa, inclusive, o critério de Pareto (utilizado em outras propostas de escolha entre fatores incomensuráveis), a partir do qual deveria ser escolhida a opção que aumentasse a satisfação proporcional de um valor sem que, em contraponto, ocorresse qualquer decréscimo na satisfação proporcional de outro, não obstante o acréscimo na desigualdade proporcional entre ambos que esta solução acarretaria [884].

Do exposto, algumas considerações fazem-se necessária; nesse sentido, importante, desde logo, deixar claro que a ponderação a ser realizada quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, no âmbito da proibição do excesso enquanto norma de controle, não autoriza que a jurisdição constitucional busque alcançar a melhor solução possível para o caso; entrementes, o sopesamento efetivado nos quadros da proibição do excesso não funciona como um mecanismo de otimização dos bens, interesses ou valores em colisão, uma vez que basta à lei restritiva a ausência de desproporção para ter a sua

[883] CHAPMAN, Bruce. Incommensurability, págs. 262-263.
[884] CHAPMAN, Bruce. Incommensurability, págs. 267-268.

constitucionalidade reconhecida, não sendo necessário, portanto, que a medida normativa alcance a solução mais proporcional para a colisão presente na hipótese.

Entrementes, tanto o ótimo de Pareto quanto outros veículos utilizados no intuito de se alcançar decisões ótimas quando da ponderação a envolver bens, interesses e valores, não são aplicáveis no âmbito do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto norma de controle, pois esse segmento da proibição do excesso não autoriza ao juiz constitucional a tomada da *melhor* decisão para o caso, mas, apenas, serve de parâmetro para o controle das decisões restritivas do legislador e a declaração de inconstitucionalidade das medidas legislativas desproporcionais; em outras palavras, parâmetros a possibilitar a otimização de bens, interesses ou valores em colisão, apenas possuem sentido nas situações em que aquele que maneja a ponderação para resolver a colisão possui a autoridade para encontrar a solução ótima para o conflito, contudo, isso não ocorre quando da aplicação da proibição do excesso enquanto norma de controle, âmbito no qual o segmento da proporcionalidade em sentido estrito não traduz a ideia de otimização e não funciona como mecanismo aplicado com essa finalidade.

Essa ideia ficará mais clara na sequência, momento em que serão abordados os limites da jurisdição constitucional quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto norma de controle oponível às decisões legislativas restritivas a direitos fundamentais ou a outros bens, interesses ou valores constitucionalmente protegidos.

4.3. Limites da jurisdição constitucional quando da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito

A negativa em se reconhecer função otimizadora dos bens, interesses e valores constitucionais em colisão à ponderação inerente à proibição do excesso passa, inicialmente, pela necessidade de se desvendar qual o sentido da valoração inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como pela exigência de se demarcar os limites da jurisdição constitucional neste específico, em contraponto com a liberdade de conformação da Constituição a ser reconhecida ao legislador democraticamente eleito; em outras palavras, releva compreender o que se busca, precisamente, com a valoração realizada quando da

aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e, consequentemente, definir *até que ponto* a jurisdição constitucional *pode ir* e sindicar, com base na ponderação, a restrição legislativa.

Para o esclarecimento dessa matéria, a primeira questão a se ter em mente refere-se ao problema dogmático de fundo, ora objeto de avaliação – controle de constitucionalidade das restrições legislativas –, pois, como já se indicou anteriormente e será demonstrado no decorrer dos próximos capítulos, a estrutura e o modo de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou de outras ponderações inerentes ao princípio da proporcionalidade amplamente considerado, bem como a amplitude da margem de controle jurisdicional variará a depender da questão jusfundamental de base; assim, antes de se especificar o *funcionamento* do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, é indispensável compreender que haverá variações, a depender do problema jusfundamental de base, da função jusfundamental em causa e do dever estatal pertinente à hipótese, razão pela qual o exato entendimento da relação jurídico-material de fundo é indispensável.

Assim, quando do controle do excesso das restrições legislativas, não se pode descurar do fato de o problema jurídico submetido à apreciação da jurisdição constitucional se referir à apreciação da conformidade, aos ditames constitucionais, de uma decisão legislativa que afetou desvantajosamente um direito fundamental; de forma mais precisa, tem-se que, diante de uma colisão a envolver direitos fundamentais, o legislador democraticamente eleito, a partir de uma ponderação global entre os interesses colidentes, resolveu o conflito e o fez dentro de sua esfera de competência constitucional, sendo que o resultado dessa ponderação legislativa foi, precisamente, a lei restritiva, a qual, ante a prevalência concreta – reconhecida no plano político e a partir de uma decisão majoritária – para um dos lados em embate, diminuiu o âmbito de proteção *prima facie* de um direito fundamental no intuito de promover, proteger ou garantir o respeito de outro direito fundamental ou a bens, interesses e valores constitucionalmente protegidos, os quais, diante das circunstâncias concretas, obtiveram precedência [885].

Assim, a ação de controle exteriorizada pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não trata, propriamente, de uma ponderação realizada no sentido anteriormente

[885] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, págs. 179-180.

desenvolvido de técnica tendente a resolver uma colisão jusfundamental, a partir da prevalência concreta de um bem, interesse ou valor em face de outros; essa ação já restou perpetrada pelo legislador e, como resultado da ponderação legislativa, sobreveio uma lei restritiva ao direito fundamental; com efeito, sob a perspectiva do juiz constitucional, "não se está a verificar qual dos bens em apreço apresenta maior *peso* e, por isso, deve prevalecer, mas de apurar a *adequação* material de um *meio* restritivo quando avaliado em função de um ponto de referência fixo constituído pelo *fim* visado com a restrição" [886].

Não é competência afeta à atividade jurisdicional, a realização de nova ponderação com o mesmo sentido do sopesamento já realizado no plano político-legislativo, de forma a substituir a decisão do legislador por outra conclusão de prevalência; de outro modo, releva ao aplicador do Direito a análise comparativa entre os efeitos, positivos e negativos, jurídicos e materiais, relacionados à importância de satisfação dos fins visados e a gravidade da medida restritiva manejada para alcança-los, a partir do que deve valorar essas grandezas e definir se a afetação desvantajosa ao direito fundamental não se revelou excessiva; a ponderação, inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pode ser descrita como uma "ponderação negativa", uma vez que é dirigida ao escrutínio crítico e à análise da justificação constitucional de uma restrição legislativa, a qual adveio de uma prévia ponderação realizada pelo legislador em um caso de colisão a envolver direitos fundamentais; como resultado da "ponderação negativa", ter-se-á a identificação de existência de justificativa constitucional para a restrição legislativa ou, ao contrário, que a afetação desvantajosa ao direito fundamental foi excessiva e, consequentemente, inconstitucional [887].

Assim, é a verificação de um possível excesso na ação do legislador que atingiu restritivamente o direito fundamental, o que esse subprincípio requer, sendo que a demasia adjetiva a restrição legislativa quando "o prejuízo causado ao direito pela lei excede o benefício obtido por isso"; ocorrendo essa situação, a afetação desvantajosa será desproporcional, sendo essa relação o objeto da valoração ou ponderação a ser feita por quem aplica o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito [888].

[886] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 180.
[887] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 209.
[888] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 343. (Tradução livre).

Então, a primeira premissa a ser traçada diz com a necessidade de se ter em conta o fato de o juiz constitucional estar a sindicar uma decisão do legislador democraticamente eleito, lançada no âmbito de sua atribuição constitucional de conformar a Constituição, o que, como consequência, implica a exigência de o aplicador manter certo grau de deferência com as decisões legislativas; destarte, a regra geral a ser observada dispõe que o controle exercido pelo Judiciário, com base na aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser um controle de evidência, a partir do qual, a jurisdição constitucional, somente, está autorizada a reconhecer a inconstitucionalidade da lei restritiva ao direito fundamental quando alcançar patamares consistentes de certeza e segurança; exceção a essa premissa ocorre quando, apesar de haver incertezas quanto às premissas fáticas e normativas, a restrição atingir de forma intensa o direito fundamental.

Outras condições também podem influir na intensidade do controle jurisdicional de proibição do excesso, notadamente, "os fatores materiais, institucionais, temporais e circunstanciais concretamente relevantes"; assim, diz-se que "a proibição do excesso como norma de controlo está condicionada, limitada ou moldada por um princípio da *variabilidade* dos poderes jurisdicionais do juiz constitucional", a partir do que, a depender do caso concreto e a configuração que assumirem os fatores supracitados, será definida, a partir de uma valoração do juiz desses fatores, "a amplitude, alcance ou extensão dos poderes judiciais de controlo da proibição do excesso" [889].

Nessa linha de pensamento, questão relacionada a essa constatação pode ser expressa com a seguinte indagação: a partir da aplicação do princípio da proibição do excesso pode ser reconhecida a inconstitucionalidade de uma medida legislativa restritiva a direito fundamental, apenas, quando a restrição legislativa se afigure desproporcional ou, ao contrário, esse *limite aos limites* vem a exigir que o legislador encontre a solução mais proporcional possível [890]?

---

[889] Enquanto fatores relevantes para a definição da amplitude e intensidade do controle de proibição do excesso, Canas inclui, ainda, os princípios formais, como, por exemplo, o princípo da separação dos poderes e o princípio democrático, contudo, como veremos infra, os princípios formais são despidos de peso e insuscetíveis de ponderação e consequentemente imunes à compressão, assim, não entram como fatores em relação aos quais pode ser admitida maior ou menor importância para a definição da amplitude e intensidade do controle jurisdicional de proporcionalidade admissível na hipótese. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 823-825.

[890] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 182.

Esse problema é um desdobramento lógico da tensão entre os princípios do Estado de Direito e democrático, a qual, contudo, não é solucionada por uma ponderação entre o princípio material e o formal; já foi demonstrada a possibilidade de controle, formal e substancial, de constitucionalidade das leis restritivas, sendo que, agora, deve restar definida a extensão prática da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; nesse contexto, devem ser encontrados os espaços de atuação do legislador e juiz constitucional, de forma a que, mesmo com o controle jurisdicional de constitucionalidade, a competência de conformação da Constituição pelo Poder Legislativo permaneça preservada.

Caso se entenda que o juiz, com base na proibição do excesso, está autorizado a reconhecer uma violação ao direito fundamental toda a vez que julgue haver outra medida mais proporcional do que a selecionada pelo legislador, ter-se-ia um significativo comprometimento do princípio democrático e da liberdade do legislador de conformação da Constituição; seria o Poder Judiciário uma verdadeira instância revisora do mérito – conveniência e oportunidade – das decisões legislativas e não, como preceitua a Constituição Federal brasileira, o órgão com competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade não pode ser aplicado com essa extensão, devendo a solução apontar para outro sentido; assim, a jurisdição constitucional, somente, estará legitimada a declarar a inconstitucionalidade de uma restrição legislativa, por violação a um direito fundamental, com base no princípio da proibição do excesso, quando a intervenção desvantajosa for excessiva, desproporcional, sendo negativa essa possibilidade nos casos em que, apesar de entender pela existência de melhor escolha, o Poder Judiciário não vislumbre demasia na restrição oposta pelo legislador em face do direito fundamental.

O que se busca, nos casos em que o princípio da proporcionalidade, conjugado com um direito fundamental, resta invocado como parâmetro de constitucionalidade das leis restritivas, é o reconhecimento da nulidade da afetação desfavorável por constituir uma intervenção desvantajosa, sem justificativa constitucional, no âmbito de proteção jusfundamental; o objetivo do controle de constitucionalidade é a verificação da conformidade com a Constituição da medida legislativa desvantajosa ao direito fundamental e não a busca pela substituição da lei restritiva por outra solução mais proporcional, porventura, encontrada pelo Judiciário.

Todavia, evidentemente, o raciocínio a ser seguido pela decisão de controle poderá contrapor a medida restritiva adotada pelo legislador em face de outras que poderiam ter sido utilizadas no caso, contudo, tal comportamento busca demonstrar, precisamente, a desproporção do ato legislativo em questão e é parte integrante da fundamentação da decisão, podendo assumir um caráter de orientação, não sendo elemento vinculativo decorrente do dispositivo sentencial; logo, a lei restritiva, apenas, será inconstitucional, quando expressar uma decisão do legislador que se afigure desproporcional, em razão do excesso; em outras palavras, pode-se dizer que "não é um juízo positivo o que este princípio autoriza, isto é, se a intervenção pública pode ser mais proporcional; não serve para medir ou encontrar a solução mais idônea, de maior equilíbrio, o meio ótimo mais moderado, mas apenas para anular aquelas que se situem no extremo inferior da escala"; assim, é um juízo negativo o que decorre da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito [891].

Destarte, a atuação da jurisdição constitucional ao empregar a proibição do excesso cinge-se à análise da proporcionalidade da medida restritiva; sendo proporcional, ainda que não a mais proporcional, subsiste; ao contrário, sendo desproporcional, é subjugada; ainda, se existirem diversas medidas proporcionais, compete ao legislador, dentro do espaço de livre deliberação, a escolha de qualquer um dos meios, ainda que acabe por selecionar medida que não seja a mais proporcional para o caso [892].

4.4. A metódica da ponderação

Ultrapassado esse ponto, a questão próxima a ser abordada diz com a necessidade de ser estabelecido o procedimento, bem como esclarecidos os parâmetros a orientar a ponderação e que devem ser seguidos quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; a metódica visando à formalização da ponderação tem por objetivo contribuir para que o método ultrapasse seu maior obstáculo, qual seja lograr êxito em ser aplicado de forma a possibilitar a demonstração racional e intersubjetiva do excesso da restrição legislativa ao

[891] BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad, págs. 28-29. (Tradução livre).
[892] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 183.

direito fundamental ou, ao contrário, ratificar a constitucionalidade da medida eleita pelo legislador.

A necessidade de definição dos parâmetros que devem orientar o aplicador do Direito nessa atividade valorativa de verificação da (in) justiça da restrição, assim como o desenho de uma metodologia formal a ser observada quando da ponderação, são exigências inafastáveis e sem as quais a ponderação não logrará êxito em alcançar o desiderato de produzir decisões racionais; nesse sentido, como se identificar a proporcionalidade em sentido estrito de uma medida legislativa que afeta desvantajosamente um direito fundamental?

Desde logo, frisa-se que não se logrará êxito em alcançar o ideal de afastamento de toda e qualquer carga de subjetividade deste momento derradeiro do princípio da proporcionalidade, de forma a que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito reste caracterizado como um teste puramente objetivo; não obstante, a observância de algumas diretrizes e limites tornam o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito proveitoso e capaz de demonstrar de forma intersubjetiva a (in) justiça de uma restrição legislativa a um direito fundamental.

O método da ponderação de valores, bens e interesses, utilizado pela jurisdição constitucional para a concretização dos direitos fundamentais, está em constante aprimoramento doutrinário e jurisprudencial, tendo evoluído, significativamente, nos últimos tempos, notadamente, pela definição de balizas a serem observadas quando do sopesamento; a subjetividade que adjetiva parcela da ponderação não é privilegio deste método e está igualmente presente em outros mecanismos jurídicos e "pautas de valoração que carecem de ser preenchidas de conteúdo"; logo, "também aqui é de se esperar que, como o acréscimo de sentenças dos tribunais superiores, se hão-de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação" [893].

Como já mencionado, o princípio da proporcionalidade, quando dirigido ao controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais, visa à contenção do excesso, a partir do que, apenas, podem ser invalidadas decisões legislativas que, à evidência, sejam desproporcionais; essa análise da existência de uma possível desproporcionalidade, amplamente considerada, inicia pela avaliação dos fins perseguidos e dos meios utilizados pelo legislador – *idoneidade*

[893] LARENZ, Karl. *Metodologia*, pág. 587.

e *necessidade* – e, ao final, alcança o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual exige a realização de uma valoração ou ponderação que considere, em uma de suas faces, o grau de importância dos fins perseguidos pelo legislador e, de outro lado, a intensidade com que a medida restritiva imposta afeta negativamente o direito fundamental para, assim, possibilitar a consecução desses objetivos buscados; essa relação, entre a importância dos fins e a gravidade da restrição, deve ser justa, equilibrada, proporcional, pois, caso contrário, a restrição legislativa será excessiva e, consequentemente, violará o direito fundamental afetado, em razão de sua desproporcionalidade.

Ocorre que existem grandes dificuldades em se estabelecer os parâmetros a serem observados quando dessa ponderação – tendente a aquilatar um possível excesso da restrição – entre a importância do alcance dos fins buscados e a gravidade da intervenção desvantajosa colocada em face do direito fundamental; ainda, como abordado anteriormente, os objetos da ponderação são incomensuráveis, o que elide a possibilidade de se estabelecer uma escala de medida comum a definir, cardinalmente, qual o resultado da deliberação prática que deve ser alcançado; contudo, na forma também já destacada, incomensurabilidade não se confunde com incomparabilidade, sendo esta última um conceito mais amplo que engloba a primeira, a partir do que "todos os atributos ou propriedades seriam comparáveis, mas nem todos os atributos ou propriedades comparáveis seriam comensuráveis" [894]; portanto, apesar de incomensuráveis, os objetos da ponderação possuem características comparáveis e, a partir de uma comparação entre eles orientada com base em um valor de referência, decisões racionais podem ser alcançadas [895].

Em razão desse último problema descrito, muitos autores buscam apresentar propostas visando a racionalizar a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a partir da formalização do processo de ponderação [896]; nesse sentido, pertinente que seja realizada uma análise detida da proposta de Robert Alexy, notadamente, de sua teoria dos princípios.

[894] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 740.
[895] SILVA. Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable, págs. 285-289.
[896] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 745.

4.4.1. A proposta de Robert Alexy

Para Robert Alexy, uma definição não positivista do Direito deve levar em consideração três fatores, de forma a que, ao lado da "decretação de acordo com a ordem" e da "eficácia social", o conceito de Direito deve incluir "a correção quanto ao conteúdo"; entrementes, a teoria do discurso racional é englobada por "uma teoria ampla do sistema jurídico", a partir do que a racionalidade discursiva mostra-se como uma dimensão essencial do Direito e configura-se como pilar de um Estado de Direito social e democrático [897].

Nesse sentido, promover a pretensão de correção é uma exigência decorrente do próprio conceito de Direito e reflete-se em um ideal que pode ser precisado, nos seguintes termos: a pretensão de correção é promovida por aqueles "que atuam no e para o direito" – "criar, interpretar, aplicar e impor" o Direito –, como, por exemplo, o legislador e a jurisdição; de outro lado, os atos que promovem a pretensão de correção devem ser, necessariamente, fundamentados; por fim, a pretensão de correção almeja que os atos jurídicos sejam aceitos em sua racionalidade e, como consequência, reconhecidos como corretos [898].

Em termos gerais, o conteúdo da pretensão de correção do Direito é alcançado quando a fundamentação de "normas gerais ou individuais" é elaborada como base na "teoria do discurso", a qual se caracteriza como "uma teoria procedimental da correção prática" materializada por procedimentos argumentativos. De outro lado, os parâmetros argumentativos que devem ser observados para que a correção prática seja realizada são definidos por "regras do discurso", as quais, em grande parte, concretizam-se na forma de mandamentos ideais que funcionam como ideias regulativas; essa última constatação requer a ocorrência, na teoria do discurso, da maior aproximação possível entre o discurso ideal e o real, o que possibilitaria a satisfação da pretensão de correção; de resto, é impositivo que a razão prática considere a existência recorrente de conflitos entre interesses, os quais devem ser solucionados a partir da "determinação correta dos pesos relativos dos interesses que se encontram em jogo" [899].

---

[897] ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. *Constitucionalismo Discursivo, págs. 19-40.* Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, págs. 19-20.
[898] ALEXY, Robert. A institucionalização, págs. 20-21.
[899] ALEXY, Robert. A institucionalização, págs. 25-29.

Para Alexy, o Direito possui uma considerável abertura, uma vez que é inviável ao legislador prever em normas precisas e aplicáveis por subsunção todas as situações juridicamente relevantes, a partir do que a vagueza e indeterminação de alguns enunciados e as colisões normativas em que se envolvem são essenciais para um sistema jurídico; nesse contexto, a pretensão de correção do Direito e a "interpretação não positivista" que dela decorre se apoiam em duas bases: "(1) pelo argumento de princípio e (2) pela tese do caso especial"; pelo primeiro argumento, as normas do sistema jurídico, além de regras, observam a estrutura de princípios, os quais, enquanto mandamentos a serem objeto de otimização, são aplicados por ponderação; assim, os princípios e a ponderação são exigências da pretensão de correção do Direito e integram o seu próprio conceito; por sua vez, o segundo argumento "diz que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral" e, portanto, promove uma pretensão de correção no contexto de um determinado sistema jurídico; em síntese, "a argumentação jurídica está vinculada à lei e ao precedente e deve observar o sistema de direito aprofundado pela dogmática jurídica" [900].

A teoria dos princípios, para Alexy, é o alicerce em cima do qual a aplicação da proporcionalidade encontrará a maior racionalidade possível; tendo como pressuposta a distinção qualitativa entre as regras e os princípios, a partir da qual as primeiras exaurem comandos definitivos e esses últimos caracterizam-se como mandamentos de otimização, Alexy conclui que as possibilidades fáticas e jurídicas de otimização de um princípio são definidas pelos três segmentos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – do princípio da proporcionalidade amplamente considerado; a proporcionalidade em sentido estrito demonstra as possibilidades jurídicas de otimização de um princípio em face dos comandos *prima facie* decorrentes de outros princípios colidentes, resposta que é encontrada pela ponderação; "assim, ponderação é a forma específica de aplicação de princípios" [901].

Definidas essas bases, Alexy, apesar de não sustentar a possibilidade de a ponderação alcançar um único resultado e que as soluções do sopesamento possam ser qualificadas como certezas matemáticas, ilustra todo o processo de demonstração da solução racional – a qual é possível ser alcançada pela ponderação – mediante a utilização de fórmulas, as quais perfilam

[900] ALEXY, Robert. A institucionalização, págs. 36-40.
[901] ALEXY, Robert. Proportionality, págs. 13-16.

o que de relevante deve ser tido em conta quando da ponderação inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como ilustram o peso de cada lado da balança, mediante a utilização de escalas numéricas a indicar, de um lado, a intensidade da restrição e, de outro, a importância da satisfação dos objetivos buscados, os quais motivaram a referida afetação desvantajosa ao direito fundamental.

Robert Alexy desenvolve sua construção teórica acerca da ponderação, indicando, inicialmente, um fato e, correlacionado a esse, uma consequência; segundo o jusfilósofo alemão, os direitos fundamentais possuem estruturas normativas de princípios e, como tais, colidem, sendo que essas colisões devem ser solucionadas por um sopesamento, o qual, considerando o caso concreto, deve indicar qual princípio possui, naquela situação específica de tensão, o maior peso e, consequentemente, deve ter precedência em face do outro; essa relação de precedência não é alcançada pela consideração do valor abstrato de cada princípio, mas pelas condições concretas verificadas no caso; em outra situação, em sendo alteradas as condições, a relação de precedência poderá ser modificada [902].

A partir da leitura de decisões do Tribunal Constitucional Federal, Alexy especifica um mandamento, denominado pelo autor de "lei de colisão", o qual indica o que deve ser observado quando em causa a resolução de uma tensão principiológica; em suma, seguindo-se a "lei de colisão", deve-se ter em conta as condições de cada caso concreto, a partir do que se estabelecem, para a solução de conflitos normativos envolvendo direitos fundamentais, "relações de precedência condicionada", ou seja, devem ser especificadas as "*condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro"; assim, a "lei de colisão" determina que "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência" [903]; a "lei de colisão" é seguida pela assertiva de que o sopesamento corretamente realizado sob a perspectiva do Direito Constitucional tem como resultado uma "norma de direito fundamental atribuída", a qual, com "estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido", estabelece, diante de determinadas condições concretas, as consequências jurídicas do princípio que obteve precedência [904].

[902] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 93-94.
[903] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 94-99.
[904] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 99-103.

A questão que se impõe ao autor, na continuidade, diz com a necessidade insofismável de demonstrar que essa relação de precedência condicionada às condições do caso concreto, a qual decorre de uma ponderação, pode ser alcançada de forma racional e intersubjetivamente demonstrável; Robert Alexy propõe, assim, em contraponto com um "modelo *decisionista* de sopesamento" (intuitivo e baseado, apenas, em convicções subjetivas) um "modelo fundamentado" (o enunciado de preferência é alcançado de forma fundamentada, sendo essa fundamentação dotada de racionalidade e capaz de demonstrar intersubjetivamente a correção do resultado da ponderação), a partir do que pretende "ligar o postulado de racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência"; isso permitiria alcançar, satisfatoriamente, uma vinculação estreita entre a ponderação e a exigência de correção de aplicação do Direito [905].

O que há de específico [906] na argumentação jurídica inerente a um sopesamento racional diz com a necessidade de se fundamentar o grau de importância da consecução dos objetivos e a intensidade com que a restrição atinge o direito fundamental; a relação que deve ser observada entre os fatores destacados é guiada por uma lei – com estrutura de regra – própria ao sopesamento, a qual preceitua que "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro"; Alexy defende que essa lei pode ser retirada da análise de decisões do Tribunal Constitucional Federal e do que a Corte Suprema alemã entende por argumentos relevantes e singulares à ponderação, quando em causa a necessidade de se solucionar uma colisão entre princípios; além disso, o autor alemão sustenta que a "*lei do sopesamento*" é aplicável para "todos os tipos de sopesamento de princípios" [907].

Entrementes, a "lei da ponderação" exterioriza as três etapas que a metódica da ponderação deve englobar, quais sejam: (1) a demonstração da intensidade com que a afetação desvantajosa atinge o princípio restringido; (2) a comprovação da importância da satisfação do princípio colidente; (3) a demonstração que a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação desvantajosa imposta ao princípio restringido [908].

---

[905] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 164-165.
[906] Segundo Alexy, na fundamentação dos enunciados de preferência condicionados ingressam, também, "todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional". ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 165-166.
[907] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 166-167.
[908] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, pág. 111.

Levando em conta esses três passos, decisões que se valem da ponderação são capazes de encontrar soluções racionais, uma vez que "associações válidas" "sobre intensidades de intervenção e graus de importância são possíveis"; para ilustrar, Alexy utiliza decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, nas quais, segundo afirma, soluções racionais foram alcançadas com base em ponderações que seguiram a metódica de demonstrar a intensidade de intervenção e o grau de importância da satisfação dos princípios em colisão; nesse sentido, por exemplo, o autor descreve decisão [909] na qual o Tribunal Constitucional Federal entendeu pela constitucionalidade da obrigação imposta aos produtores de tabaco referente à colocação, nas embalagens do produto, de informativo dos riscos à saúde que o consumo de tabaco causa; o Tribunal considera leve a intervenção na liberdade profissional e, de outro lado, alta a importância de proteção do bem jurídico saúde [910].

Em complemento, a considerar que a lei da ponderação refere, apenas, o que é relevante e deve ser tido em conta quando do sopesamento, mas não indica como se aquilatar o peso concreto do princípio prevalente, o qual seria encontrado a partir de um quociente formado em razão da relação entre o grau de satisfação de um princípio e a intensidade com que a afetação desvantajosa atinge o outro, o autor propõe um preceito, o qual é estabelecido para ilustrar a solução da ponderação entre princípios – denominado de fórmula do peso – para que essa relação entre importância de realização e grau de restrição possa ser encontrada e demonstrada, alcançando-se, como consequência, a relação de precedência concreta.

Visando a expor a estrutura da ponderação, a fórmula do peso é desenvolvida por Robert Alexy em um posfácio ou epílogo à Teoria dos Direitos Fundamentais, escrito destinado a rebater as críticas – insuficiência de proteção aos direitos fundamentais (Habermas) e, em sentido oposto, demasia dos efeitos irradiados pelos direitos fundamentais no sistema jurídico (Böckenförde) – contrárias à teoria dos princípios e, especialmente, à ponderação por parte de relevante doutrina alemã [911].

De acordo com Alexy, tomando-se por base o preceituado pela lei da ponderação, devem ser avaliados, quando do sopesamento realizado no caso concreto, a intensidade com que a

[909] BVerfGE 95, 173 (184).
[910] ALEXY, Robert. A fórmula do peso. *Constitucionalismo Discursivo, págs. 131-153.* Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, págs. 133-134.
[911] ALEXY, Robert. *Posfácio à Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, págs. 575-578.

medida restritiva intervém em um princípio, bem como o grau de importância de satisfação do outro; referida intensidade de intervenção [912] (grandeza concreta) e o designado grau de importância (grandeza concreta, contudo, tendo os princípios colidentes diferentes pesos abstratos, as grandezas devem ser reunidas e o valor abstrato de cada princípio também tido em consideração) são mensurados, a partir de uma escala triádica que define como *leve*, *moderado* e *sério* os níveis nos quais cada princípio possa ser afetado desfavoravelmente ou satisfeito [913], sendo que referidos *graus* podem ser representados por "l" (leve), "m" (moderado) e "s" (sério); "'l' representa nisso não só o idiomático corrente 'leve', mas também expressões como 'mínimo' ou 'fraco' e 's' representa, ao lado de 'grave', também modos de falar como 'alto' ou 'forte'" [914].

Para Alexy, o modelo triádico contribui significativamente para que seja afastada a objeção relacionada à incomensurabilidade dos objetos da ponderação; a incomensurabilidade impede, apenas, a "comparabilidade imediata de alguns objetos", fato que não possui relevância decisiva para a ponderação, uma vez que, para o método, a comparabilidade mediata desses objetos é que se mostra relevante, notadamente, a comparabilidade do "significado" de cada um "para a constituição"; esse conceito – "comparabilidade do significado para a constituição" – é integrado por dois componentes que demonstram a possibilidade de comparação, a saber: "o primeiro é um ponto de vista uniforme", a partir do qual comparações podem ser efetivadas, ou seja, a definição da solução correta deve adotar a perspectiva da Constituição acerca das matérias objetos de deliberação, assim, "o ponto de vista da constituição" é o parâmetro a ser observado para o deslinde correto de determinada questão; o segundo fator é a definição de uma escala (por exemplo, a escala triádica) com base na qual seja possível a definição de graus ou intensidades de prejuízos e benefícios a bens e interesses jusfundamentais; a utilização dessa escala, referenciada pela perspectiva da Constituição, permite a comparação dos objetos da ponderação [915].

---

[912] Para Alexy, o termo "intervenção" pode ser ulitizado para expressar tanto o "prejuízo" a um direito de defesa afetado negativamente quanto para indicar o "não-cumprimento" de determinada prestação decorrente de um direito de proteção. ALEXY, Robert. A fórmula, pág. 138. Assim, fica subentendido que o autor utliza a fórmula do peso tanto para a racionalização da ponderação quando em causa a concretização de direitos de defesa quanto para as situações referentes à concretização de direitos de proteção.

[913] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 597-599.

[914] ALEXY, Robert. A fórmula, pág. 138.

[915] ALEXY, Robert. A fórmula, págs. 141-142.

Além disso, a definição de um modelo triádico, a partir do qual são viáveis conexões racionais a demonstrar a intensidade de intervenção e o grau de satisfação, afasta a crítica de que a ponderação comporta qualquer resultado e, portanto, configura-se como um método arbitrário; contudo, essas conclusões não permitem, ainda, que reste percebida a armação da ponderação, ou seja, o procedimento metódico a ser seguido para que esses graus⁄intensidades possam ser racionalmente atribuídos e, consequentemente, permitir que decisões racionais sejam alcançadas [916].

Ainda, Alexy sustenta que a formatação de uma escala triádica não se mostra suficiente para que o desiderato – racionalidade da ponderação – seja alcançado; em acréscimo, a formação dessa escala deve ser inserta em um "sistema inferencial ou sistema dedutivo", o qual pode ser oferecido pela fórmula do peso; com a formalização exposta pela fórmula do peso, a ponderação poderá se aproveitar de uma lógica dedutiva e, assim, alcançar racionalidade e proporcionar correção quando da aplicação do Direito [917].

4.4.1.1. A fórmula do peso

A metódica formal da ponderação desenvolvida por Robert Alexy pode ser ilustrada por uma fórmula, a qual, a complementar a lei da colisão e da ponderação, expressa o peso de cada princípio em colisão de acordo com as condições do caso concreto e, no aspecto material e em sua modalidade mais simples, adquire a seguinte conformação [918]:

$$W P_{i,j} C = \frac{I P_i C}{S P_j C}$$

[916] ALEXY, Robert. A fórmula, págs. 137-138.
[917] ALEXY, Robert. La construcción, pág. 32.
[918] ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002, pág. 408.

Em apertada síntese, apenas para possibilitar melhor entendimento do que será dito na sequência, deve-se ter em conta o significado de cada fator indicado na fórmula. Assim, *"P_i"* e "*P_j"* são os princípios em colisão; por sua vez, "*W"* expressa o "peso concreto" do princípio "*P_i"*(princípio afetado desvantajosamente pela medida estatal), sendo esse peso uma grandeza relativa ($P_{i,j}$), a qual é determinada pelo "quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio e a importância do princípio colidente"; de outro lado, o peso do princípio que justifica a restrição (P_j) é indicado a partir da importância de satisfação desse princípio, devendo-se, para se aquilatar essa importância, ter-se em conta seu valor abstrato (o que será relevante, apenas, se esse valor for diverso do atribuído ao princípio colidente), além do seu peso concreto, o qual é definido da seguinte forma: "a importância concreta de P_j é medida a partir da definição de quão intensamente a não-intervenção em P_i intervém em P_j"; ainda, pertinente indicar que "C" se refere às condições do caso concreto, "*I"* à intensidade de intervenção e "S" ao grau de importância de satisfação, sendo que o "conceito de importância" deve ser decorrente da "reunião de uma grandeza concreta e uma grandeza abstrata"; contudo, os pesos abstratos dos princípios em colisão não estão presentes na conformação desenhada da fórmula do peso, a qual, nos termos até o momento descritos, é composta, apenas, por "grandezas concretas" [919].

Em uma versão ainda mais simples ("versão mais elementar"), na qual $W_{i,j}$ expressa o peso concreto do princípio P_i, o qual é alcançado a partir do quociente formado entre o grau de intensidade da restrição – grandeza concreta – (I_i) oposta à P_i em relação à importância concreta de satisfação (I_j) do princípio colidente P_j, a fórmula do peso assume a seguinte forma [920]:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

[919]ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 600, 601 e 604. ALEXY, Robert. *A Theory*, págs. 405-408. Consigna-se que há divergências na descrição das variáveis integrantes da fórmula do peso; na tradução para o português, o peso concreto do princípio P_i é expressado pela letra "G" (na tradução para o inglês, "W") e o grau de importância de satisfação do princípio P_j é representado pela letra "W" (na tradução para o inglês, "S"); não obstante a ausência de diferenciação nas traduções no que se refere ao conteúdo de ambas as variáveis e do que elas representam, adotamos o modelo descrito na tradução inglesa.

[920] ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris. Vol. 16, n°. 4. December 2003, págs. 433-449*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003, pág. 444. (Tradução livre).

Na versão apresentada, a fórmula do peso revela que existem três etapas a serem observadas no procedimento da ponderação, quais sejam: (1) a demonstração da intensidade com que a afetação desvantajosa atinge o princípio restringido; (2) a comprovação da importância da satisfação do princípio colidente; (3) a demonstração que a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação desvantajosa imposta ao princípio restringido [921]; na sequência, deve restar exposto o que é requerido para que cada uma dessas etapas possa ser implementada.

4.4.1.2. Intensidade da interferência em P_i

O primeiro momento do procedimento ilustrado pela versão mais simples da fórmula do peso diz com a necessidade de ser aquilatada, no caso concreto (*C*), a intensidade em que a medida estatal afeta desvantajosamente determinado princípio (IP_i) ou, em outras palavras, o grau de não satisfação do princípio em face do qual a intervenção estatal foi oposta, o que é identificado como IP_iC; nessa conformação da fórmula do peso, a intensidade de intervenção é sempre uma grandeza concreta [922].

Contudo, essa versão simplificada da fórmula do peso deixa de fora fatores que são indispensáveis para a ponderação e, consequentemente, deveriam integrar a equação, o que vem a ser reconhecido pelo próprio Alexy; no que tange à definição do grau em que a intervenção atinge o princípio restringido, desde logo, ressalta a necessidade de o peso abstrato desse princípio ser levado em consideração [923].

A fórmula do peso, nesses termos delineados, acaba por afastar crítica de Aharon Barak dirigida à lei da ponderação; segundo Barak, a lei da ponderação deve levar em conta a "importância social" de ambos os princípios em colisão; entrementes, além da extensão em

[921] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, pág. 111. ALEXY, Robert. La construcción, págs. 30-31.
[922] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 600.
[923] Não obstante, a relevância dos pesos abstratos dos princípios em colisão como fatores a serem considerados na fórmula do peso e, consequentemente, na ponderação, Alexy não define uma ordem hierarquia abstrata, de forma a indicar precedências *prima facie* entre os direitos fundamentais; apenas em um escrito, o autor refere a maior importância abstrata do direito fundamental à vida em comparação ao direito fundamental à liberdade geral de ação. ALEXY, Robert. On Balancing, pág. 440.

que a intervenção atinge o princípio afetado negativamente, a "importância social de prevenir a limitação" desse princípio é um fator relevante para a ponderação; para Barak, mesmo direitos com status de normas constitucionais não possuem, necessariamente, a mesma "importância social" ou "peso social" e isso é relevante para a ponderação; em termos conceituais, "a importância social de um direito – e, como resultado, seu peso em comparação com outros direitos – é derivado de razões subjacentes e a importância dessas razões dentro do entendimento fundamental da sociedade acerca dos direitos" [924].

Alexy aceita que a crítica de Barak possa ser pertinente, caso contraposta à lei da ponderação (desenhada e dirigida para a aplicação em face de situações padrões e frequentes, nas quais os pesos abstratos dos princípios em colisão são iguais e, portanto, não são relevantes), mas o apontamento é superado a partir de uma formulação mais sofisticada dessa lei, notadamente, com base na complementação proporcionada por uma versão mais elaborada da fórmula do peso; assim, além da intensidade em que a intervenção atinge concretamente o princípio restringido P_i (I_i), "o peso abstrato de P_i (W_i)" deve ser tido em conta na ponderação e, portanto, deve ser considerado na fórmula do peso; segundo Alexy, a "importância social de prevenir a limitação" de um princípio, nos termos expostos por Barak, "é o mesmo que o produto de I_i e W_i", ou seja, é o que resulta da intensidade de intervenção concreta e do peso abstrato do princípio restringido [925]; a importância abstrata do princípio restringido, também, pode ser representada por WP_iA, símbolo que indica explicitamente que se está a considerar abstratamente o princípio [926]-[927].

Entrementes, o primeiro passo do procedimento, a ser observado pela ponderação, diz com a identificação da intensidade na qual um dos princípios em colisão restou desvantajosamente afetado; esse resultado é alcançado pelo produto da importância concreta do princípio (ou intensidade concreta da intervenção) e do peso abstrato do princípio.

---

[924] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 06 e 359-365. (Tradução livre).
[925] ALEXY, Robert. On Balancing, pág. 440. ALEXY, Robert. Proportionality, págs. 16-17.
[926] ALEXY, Robert. *A Theory*, pág. 408.
[927] Em textos de Alexy, traduzidos para o português, a importância abstrata do princípio restringido é representada por GP_iA. ALEXY, Robert. A fórmula, págs. 139 e 151, nota 44. ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 604, nota 64.

4.4.1.3. Importância de satisfação de P_j

O segundo passo prescrito pela fórmula do peso remete o aplicador para a demarcação da importância de satisfação do princípio colidente, a qual é representada por SP_jC [928]; a importância de satisfação de P_j é definida a partir do peso abstrato desse princípio (o que é relevante, apenas, se os pesos abstratos dos princípios em colisão não forem idênticos) e da intensidade do prejuízo que seria experimentado por P_j caso não fosse efetivada a intervenção no princípio colidente ("a importância concreta do cumprimento de P_j determina-se, por conseguinte, segundo as repercussões que a omissão da intervenção em P_i teria para P_j"); assim, é possível o desenho de "um conceito de importância no qual concreto e abstrato estão unidos" [929].

A importância abstrata do princípio cuja satisfação se quer aquilatar (P_j) é representada por WP_jA [930]; de outro lado, tendo em vista que a importância de satisfação concreta de P_j corresponde, nos termos já expostos, à "intensidade de intervenção em P_j por omissão de intervenção em P_i" essa variável, também, pode ser expressada por IP_jC o que corresponderia, na fórmula do peso, à intensidade concreta de intervenção no princípio colidente (IP_iC ou, de forma mais simples, I_j) [931]-[932].

Pontuadas, assim, as variáveis objetos de avaliação, Alexy indica que tanto a intensidade da interferência em P_i quanto a importância de satisfação de P_j devem ser aquilatadas com base na escala triádica [933]; assim, a intensidade de intervenção em P_i e a importância de satisfação de P_j devem ser classificadas como leves, moderadas ou sérias [934].

---

[928] ALEXY, Robert. *A Theory*, pág. 406.
[929] ALEXY, Robert. A fórmula, pág. 140.
[930] ALEXY, Robert. *A Theory*, pág. 406.
[931] ALEXY, Robert. A fórmula, pág. 141.
[932] Nos escritos de Alexy, existem oscilações no uso de SP_jC (importância de satisfação concreta de P_j) ou IP_jC (intensidade de intervenção em P_j em razão da não intervenção em P_i), a partir do que se pode considerar que ambas expressam situações equivalentes e, portanto, podem ser utlizadas indistintamente. Contudo, utilizaremos a notação SP_jC, uma vez que, segundo o próprio Alexy, "o conceito de importância concreta do princípio colidente parece ser adequado para compreender o conteúdo do conceito de intensidade de intervenção por meio de não-intervenção e para associá-lo a intuições bem fundamentadas e usuais"; entrementes, o "contraponto" de IP_iC é SP_jC (WP_jC na tradução para o português). ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 602. Nessa linha: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 751, nota 2624.
[933] ALEXY, Robert. A fórmula, pág. 141.
[934] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 602.

De outro lado, como o peso concreto de um princípio é determinado por um *quociente* entre a intensidade de intervenção e o grau de importância da satisfação e isso – fixação de um *quociente* – somente é possível quando se procede a escalas cardinais, a organização desses elementos que integram a ponderação pode ser ilustrada por quantificações numéricas. Entrementes, apesar de não ser viável a "metrificação das intensidades de intervenção e dos graus de importância", é possível, por exemplo, como "ilustração numérica da estrutura que subjaz ao modelo triádico", atribuir-se para uma intervenção leve o valor 1, à média 2 e à séria 4; o mesmo é válido para o grau de importância da satisfação do princípio que justifica a restrição; também é viável que se faça um refinamento nesse modelo numérico, bem como é possível uma fixação mais específica da intensidade de intervenção e do grau de importância, substituindo-se o modelo triádico por outro que seja dotado de maiores possibilidades de valoração [935].

A fórmula até o momento desenhada diz, apenas, com os pesos concretos dos princípios em colisão. Contudo, se os pesos abstratos dos referidos princípios em tensão forem diferentes, essas variáveis devem ser acrescentadas à equação; se os valores abstratos dos princípios forem iguais, são irrelevantes para a ponderação [936].

4.4.1.4. A lei epistêmica da ponderação

O próximo passo indicado pela lei material da ponderação, bem como por sua ilustração expressa na fórmula do peso, remeteria para a formação do quociente decorrente do contrapeso entre a intensidade de intervenção em um princípio em comparação com a importância de satisfação do outro [937]; contudo, a sequência lógica da metódica formal da ponderação deve considerar, antes dessa etapa, outro fator, qual seja a avaliação do grau de certeza epistêmica existente acerca das premissas empíricas e normativas [938].

Quando da ponderação, em diversas situações, não há certeza epistêmica acerca das premissas empíricas e normativas relevantes; nesse contexto, a lei epistêmica da ponderação é

[935] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 603-611.
[936] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 604, nota 64.
[937] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 602.
[938] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 752.

formulada por Alexy com intuito de resolver essa problemática que, segundo ele, diz com uma tensão entre princípios formais e materiais; isso ocorre, em razão de a solução da ponderação nos casos de incerteza cognitiva seguir diferentes cursos a depender do princípio – formal ou material – que seja considerado como prevalente no caso; isso porque, enquanto o princípio formal democrático remete ao legislador a competência decisória nas situações de incerteza epistêmica, na maior medida do possível, os direitos fundamentais (princípios materiais) exigem, na maior medida do possível, que o legislador, apenas, possa justificar constitucionalmente uma afetação desvantajosa em um direito fundamental nos casos de certeza cognitiva [939].

Contudo, ambas as soluções – extremas – não são possíveis, pois, enquanto exigências constitucionais, ambos os princípios (material e formal) devem ser levados em consideração, uma vez que possuem a natureza de mandamentos a serem otimizados [940]; além disso, condiz com a natureza jurídica de princípios dos direitos fundamentais, a possibilidade de diferentes graus de certeza epistêmica possuírem capacidade para justificar diferentes intensidades de intervenções nos direitos fundamentais, a partir do que é insofismável a conclusão no sentido da existência de uma colisão entre os princípios formal (competência decisória do legislador) e material (direitos fundamentais) a ser, igualmente, resolvida por uma ponderação a indicar qual dos princípios (formal ou material) deverá obter precedência no caso concreto e, consequentemente, o grau de certeza epistêmica constitucionalmente exigível para que determinada intervenção em um direito fundamental possa ser levada a efeito pelo legislador democraticamente eleito [941].

Entrementes, as situações de incerteza cognitiva (incerteza do que "é obrigatório, proibido ou facultado pelos direitos fundamentais") levam à questão da discricionariedade epistêmica, ou seja, deve ser definido, em cada caso concreto, se o legislador possui uma livre margem de avaliação para decidir a favor ou contra a restrição; assim, a discricionariedade epistêmica para ponderar remete à necessidade de ser delimitada a margem de deliberação que o legislador possui para sopesar quando fundamenta uma restrição a um direito fundamental

[939] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 611-617.
[940] GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. PREVEDELLO, Alexandre. A teoria dos princípios formais. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/wpcontent/uploads/2017/08/Alexandre-Prevedello-e-Anizio-Pires-avia % CC %8 3o Filho-Brasil.pdf, pág. 02. Último acesso em: 21 de julho de 2020.
[941] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs, 615-617.

com base em premissas empíricas e normativas epistemicamente incertas; nesse sentido, tendo em vista que, para Alexy, existe uma tensão entre princípios formais e materiais, é necessário que a lei da ponderação e a fórmula do peso sejam complementadas de forma a incluir o grau de certeza acerca das premissas empíricas e normativas relevantes ao caso concreto e, assim, possibilitar que essa relação tencional a envolver a liberdade de conformação do legislador democraticamente eleito e a vinculação aos direitos fundamentais seja considerada quando da ponderação [942].

Destarte, o problema central a envolver a discricionariedade cognitiva para sopesar diz com o impasse de se definir os casos em que, mesmo havendo incerteza acerca das premissas empíricas e/ou normativas relevantes ao caso, é constitucionalmente aceitável que o legislador oponha uma afetação desfavorável ao direito fundamental; nesse último ponto, como mencionado, Alexy vislumbra uma colisão entre o princípio formal da competência decisória do legislador, o qual exige que, em situações de discricionariedade epistêmica, seja outorgado ao legislador o poder de decidir, e o princípio material (direitos fundamentais), o qual, por sua vez, impõe a prevalência dos direitos fundamentais em caso de incertezas empíricas e/ou normativas, negando-se, assim, qualquer discricionariedade epistêmica ao legislador [943].

A continuar sua análise acerca do problema a envolver a colisão entre os princípios mencionados, Alexy sustenta a impossibilidade de se dar uma prevalência absoluta, quer ao princípio formal, quer ao material, sendo vedada, assim, a adoção de qualquer solução extrema; nessa linha, o reconhecimento de espaços discricionários ao legislador permite que a teoria dos princípios defina uma relação constitucionalmente correta entre, de um lado, direitos fundamentais e jurisdição constitucional e, de outro, o legislador democraticamente eleito [944].

Em primeiro lugar, Alexy trabalha a questão da "discricionariedade epistêmica de tipo empírico", em razão de sua "estrutura mais simples"; tendo por base a ideia de uma tensão entre princípios materiais e formais, bem como a necessidade de uma resposta intermediária para a colisão – solução para o conflito que deve ser baseada na assertiva de que os direitos fundamentais, enquanto princípios, para serem afetados negativamente, demandam um maior

[942] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 612.
[943] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs, 614-616.
[944] ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *I●CON (2014), Vol. 3, págs. 511-524*. Oxford: Oxford University Press, 2014, págs. 511-512.

grau de certeza epistêmica acerca das premissas empíricas que fundamentam a restrição ao passo em que a intensidade da intervenção progrida –, Alexy desenvolve a segunda lei da ponderação ou "lei epistêmica do sopesamento", a qual dispõe: "quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia"; logo, a depender do caso concreto e, notadamente, da intensidade com que a intervenção atinge o princípio restringido, graus diversos de segurança acerca das premissas fáticas podem justificar uma afetação desvantajosa a um direito fundamental [945].

Nos termos desenvolvidos nos dois títulos antecedentes, para Alexy, a intensidade de intervenção em um princípio é aquilatada pelo produto resultante da "intensidade da intervenção" e do "peso abstrato do princípio envolvido", podendo-se cancelar mutuamente os pesos abstratos dos princípios em tensão quando forem equivalentes; a lei epistêmica da ponderação, nos termos descritos, parte da premissa de que os princípios de direitos fundamentais em colisão possuem o mesmo peso abstrato, a partir do que o valor abstrato de cada princípio pode ser excluído tanto da lei material da ponderação quando de sua lei epistêmica; a mesma ideia é aplicável "quando se pretende enfocar apenas a relação entre a intensidade da intervenção e a certeza das premissas que a sustentam", nesses casos, a lei epistêmica da ponderação, em uma variação da mesma fórmula que não modifica a validade do enunciado anterior, é descrita com a seguinte redação: "quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia" [946].

Formulada uma nova lei – epistêmica – para o sopesamento, como consequência, a fórmula do peso deve ser alterada, de forma a absorver esses mandamentos, bem como para que restem incluídos os pesos abstratos dos princípio em colisão, nos termos descritos nos dois capítulos pretéritos; é relevante, assim, para a ponderação – além da intensidade concreta da intervenção (IP_iC), do peso abstrato do princípio afetado negativamente (WP_iA), da importância concreta de satisfação do princípio colidente (SP_jC) e de seu peso abstrato (WP_jA) – a valoração da "segurança das suposições empíricas" ("R"), o que inclui o grau de certeza epistêmica empírica do "que as medidas em exame significam para a não realização

[945] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 614-618.
[946] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 618.

de P_i e para a realização de P_j no caso concreto" (respectivamente, RP_iC e RP_jC); o grau de certeza acerca das premissas empíricas admite "três níveis epistêmicos", quais sejam "certo ou garantido" (*r*), "sustentável ou plausível" (*p*) e "não evidentemente falso" (*e*) [947]; esses três níveis epistêmicos podem ser representados, respectivamente, 2^0, 2^{-1} e 2^{-2} ou, ainda, por uma escala mais refinada [948].

Entrementes, ao passo em que aumenta a intensidade de intervenção ocasionada pelo meio no princípio afetado negativamente, geometricamente, também, deve restar elevado o grau de certeza empírica acerca das premissas que justificam a medida ou, em outros termos, a importância concreta de satisfazer determinado princípio a partir da adoção de um meio encontra redução em sua potencialidade de justificar a restrição em outro princípio colidente na medida em que diminui a certeza empírica de que o meio, efetivamente, contribui para a sua satisfação; nesse sentido, os "três níveis epistêmicos" – certo, plausível ou não evidentemente falso – correspondem à intensidade de controle de constitucionalidade da restrição – substancial intensivo, intensidade intermediária ou evidência [949] – a ser levado a efeito no caso pela jurisdição constitucional [950].

Acrescidas dessas variáveis, a fórmula do peso, em sua versão completa [951], passa a descrever a seguinte estrutura para o sopesamento [952]-[953]:

---

[947] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 619, especialmente, nota 97. Importante deixar consignado que na citada tradução para o portugês, a segurança das suposições empíricas é representada por "*S*"; ainda, o que essa segurança ou certeza acerca das premissas empíricas que justificam ou rejeitam o meio utilizado significa para os princípios em colisão é simbolizado por "SP_iC" e "SP_jC"; de outro lado, o nível epistêmico "certo ou garantido" é representado por (*g*). Contudo, utilizamos a simbologia constante na tradução para o inglês, nos termos já indicados nos capítulos anteriores.

[948] ALEXY, Robert. *A Theory*, pág. 419. ALEXY, Robert. Formal principles, pág. 521.

[949] *BVerfGE* 50, 290 (333).

[950] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 618 - 619.

[951] ALEXY, Robert. Formal principles, pág. 514.

[952] ALEXY, Robert. *A Theory*, pág. 419.

[953] Essa versão completa da fórmula do peso pode ser abreviada, nos seguintes termos (ALEXY, Robert. Formal principles, pág. 513):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \, x \, W_i \, x \, R_i}{I_j \, x \, W_j \, x \, R_j}$$

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC \times WP_iA \times RP_iC}{SP_jC \times WP_jA \times RP_jC}$$

De outro lado, há, ainda, a possibilidade de serem verificadas situações de incerteza epistêmica normativa, a qual ocorre nos casos em que não se possui segurança acerca daquilo que os direitos fundamentais proíbem, permitem ou facultam; a indagação que surge diz com a possibilidade de reconhecimento em favor do legislador de uma discricionariedade epistêmica nas situações de incerteza coginitivo-normativa para definir o que os direitos fundamentais proíbem, permitem ou facultam; na esfera dos direitos fundamentais, as situações mais relevantes de ausência de certeza normativa são expostas nos casos de incerteza quanto à ponderação, ou seja, não é segura a conclusão acerca dos pesos dos princípios em colisão e, consequentemente, de qual princípio deve prevalecer diante das circunstâncias do caso concreto [954].

A discricionariedade epistêmica de tipo normativo deve ser diferenciada da discricionariedade estrutural; esta última ocorre nas situações em que há impasse estrutural na ponderação, ou seja, os pesos da importância da satisfação de ambos os princípios em colisão são equivalentes, a partir do que há uma margem de escolha política reconhecida ao legislador, portanto, juridicamente, é facultado ao legislador definir uma solução, pois possui um espaço de deliberação; de outro lado, a discricionariedade cognitivo-normativa pressupõe um impasse epistêmico na ponderação, a partir do qual, como mencionado, não é segura a conclusão acerca dos pesos dos princípios em colisão, assim, dada a incerteza normativa, "a discricionariedade é formada justamente pelas diversas possibilidades jurídicas", uma vez que, em razão da neutralidade a envolver os princípios em embate, os princípios materiais não possuem força para prevalecer em face do princípio formal da competência decisória do legislador [955].

Além disso, importante deixar consignado que "*R*" também simboliza, na fórmula do peso, o grau de certeza epistêmica normativa e não, apenas, o grau de certeza cognitiva acerca

[954] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 620-621 e 625.
[955] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 621-622.

das premissas empíricas; isso fica extreme de dúvidas em *Formal Principles*, texto no qual Alexy ressalta que a lei epistêmica da ponderação se aplica a incertezas cognitivas empíricas e normativas, consequentemente, "R_i" e "R_j" abrangem essas duas espécies de dúvidas epistêmicas; assim, "$R_i = R_i^e \ x \ R_i^n$" e "$R_j = R_j^e \ x \ R_j^n$" ("equação de confiabilidade"), a partir do que, nos casos em que a incerteza congnitivo-normativa também está em causa, *"R"* deve ser desmembrado na fórmula do peso a fim de que a incerteza cognitiva como um todo ("R_i" ou "R_j") seja o produto resultante da incerteza epistêmica de tipo empírico (R_i^e ou R_j^e) multiplicada à incerteza epistêmica de tipo normativo (R_i^n ou R_j^n); essa versão é denominada por Alexy de "fórmula do peso completa refinada" [956].

Contudo, apesar de "*R*" referir-se à certeza acerca das premissas empíricas e normativas, importante deixar ressaltado que não há clareza sobre os termos nos quais a incerteza epistêmica normativa ingressa na operação de ponderação, uma vez que, pelo exposto por Alexy, notadamente, no Posfácio à Teoria dos Direitos Fundamentais e em *Formal Principles*, a variável "*R*" é trabalhada essencialmente em situações de incerteza cognitiva de tipo empírico [957].

De tudo, é possível resumir as conclusões de Alexy, no que se refere à problemática do reconhecimento de discricionariedade em favor do legislador em situações de incertezas epistêmicas e a respeitante relação entre o princípio da competência decisória do legislador (formal ou procedimental) e o princípio de direitos fundamentais (material), na seguinte assertiva, lançada pelo autor: "o problema da discricionariedade epistêmica ou cognitiva deve ser solucionado por meio de sopesamentos entre princípios formais e princípios materiais" [958].

Ainda, algumas outras considerações sobre a questão mostram-se pertinentes. Para Alexy, a justificação, como base em princípios formais, do reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador não implica a violação da vinculação do

---

[956] ALEXY, Robert. Formal principles, pág. 514. (Tradução livre). Assim, a versão completa refinada da fórmula do peso assume a seguinte conformação:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \ x \ W_i \ x \ R_i^e \ x \ R_i^n}{I_j \ x \ W_j \ x \ R_j^e \ x \ R_j^n}$$

[957] Nesse sentido: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 753, nota 2633.
[958] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 611.

legislador aos direitos fundamentais [959]; isso porque, tanto os princípios materiais quanto os princípios formais são mandamentos que devem ser objeto de otimização e, portanto, em caso de colisão, cada um deve ser realizado na maior medida do possível; entrementes, um princípio formal, como o princípio democrático ou da separação dos poderes, não deve ser ponderado diretamente em face de um princípio material de direito fundamental, nem mesmo em combinação com outro princípio material, contudo, em situações de incerteza epistêmica, os princípios formais atribuem ao legislador um espaço de discricionariedade epistêmica para decidir, tendo a potencialidade, assim, de superar princípios materiais de direitos fundamentais, os quais determinam que a restrição a um direito fundamental ocorra, apenas, em situações de segurança cognitiva [960].

Logo, Alexy apresenta um "modelo epistêmico", o qual fica entre os modelos "substantivo-formal" (ponderação direta de um princípio formal em face de um princípio material) e "substantivo-formal combinado" (ponderação direta de um princípio formal combinado com um princípio material em face de outro princípio material); o modelo epistêmico parte da ideia de que a ponderação a envolver um princípio formal é uma "ponderação de segunda-ordem", a qual busca fundamentar a incorporação da fiabilidade cognitiva ("R_i" ou "R_j") na fórmula do peso e, portanto, não possui a finalidade de definir o princípio material prevalente; essa definição, que é efetivada por uma "ponderação de primeira-ordem" ilustrada pela fórmula do peso e que leva em conta fatores materiais e epistêmicos; entrementes, a ponderação de segunda-ordem busca que a ponderação de primeira-ordem leve em conta fatores epistêmicos, além das variáveis substanciais [961].

Os direitos fundamentais exigem a realização material na maior medida do possível, mas, também, demandam otimização epistêmica; com efeito, a otimização epistêmica dos direitos fundamentais colide com o princípio formal democrático, tensão que é resolvida por uma ponderação de segunda-ordem e não a partir de uma solução que estabeleça uma relação de precedência incondicionada de um princípio em face do outro; essa ponderação de segunda-ordem tem por base a colisão, diferenciada, de um princípio material em face de um princípio formal, contudo, a ponderação direcionada à resolução dessa especial tensão formal-material

[959] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 623-625.
[960] ALEXY, Robert. Formal principles, págs. 516-519.
[961] ALEXY, Robert. Formal principles, pág. 520. (Tradução livre).

ocorre em um "meta-nível", portanto, não toma lugar no âmbito da ponderação de primeira-ordem dirigida pela fórmula do peso e possui a finalidade de definir quais e em que tipo de escalas as variáveis cognitivas devem ser inseridas na fórmula do peso [962].

Nos termos expostos, as situações de incerteza epistêmica são verificadas quando não há segurança acerca do peso que cada princípio em colisão possui em determinado episódio concreto (incerteza epistêmico-normativa) ou nos casos em que não existe segurança acerca das premissas fáticas que justificam a restrição (incerteza epistêmico-empírica); os princípios formais figuram, apenas, nas situações de incerteza cognitiva relacionada aos princípios materiais e de maneira a delimitar competências; entrementes, a ponderação, nos termos declinados pela fórmula do peso, deve considerar fatores materiais e epistêmicos, a partir do que um princípio material de direito fundamental perde força ao passo em que aumenta a incerteza cognitiva acerca da importância de sua satisfação [963].

4.4.1.5. Formação do quociente entre a intensidade de intervenção em um princípio e a importância de satisfação do outro

Nos termos formatados, a fórmula do peso leva a ponderação para uma quarta etapa, na qual deve ser realizado o contrapeso dos fatores (materiais e epistêmicos) que são objeto da ponderação, de forma a que reste apurado o peso do princípio afetado negativamente em relação ao princípio colidente que motivou a intervenção e, consequentemente, seja justificada a decisão de precedência [964].

Nos termos em que já foi descrita, a fórmula do peso, ao incorporar todas as variáveis apresentadas, em sua versão completa, possui esta conformação e descreve a seguinte estrutura para o sopesamento [965]:

[962] ALEXY, Robert. Formal principles, pág. 521. (Tradução livre).
[963] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 625.
[964] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 754.
[965] ALEXY, Robert. *A Theory*, pág. 419.

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC \times WP_iA \times RP_iC}{SP_jC \times WP_jA \times RP_jC}$$

Entrementes, para a definição do peso concreto do princípio afetado negativamente em face do princípio colidente, as variáveis a serem consideradas são, de um lado, o produto da multiplicação da intensidade de intervenção concreta em um princípio, o seu peso abstrato e o grau de certeza epistêmica e, de outra banda, o produto da multiplicação dessas mesmas variáveis em relação ao princípio colidente cuja satisfação é *prima facie* exigida; a partir do produto resultante da multiplicação das variáveis referentes à P_i, de um lado, e à P_j, de outro, deve haver uma divisão do produto da multiplicação das primeiras variáveis (P_i) pelo produto resultante das segundas (P_j) e, assim, restar formado o quociente a indicar o peso concreto de P_i relativamente à P_j, a partir do que será revelado o princípio prevalente naquele caso concreto; segundo Alexy, assim articulada, as leis da ponderação, com o apoio do ilustrado pela fórmula do peso, são capazes de alcançar conclusões racionais acerca da prevalência concreta de princípios em colisão.

O peso de cada variável constante da fórmula do peso não pode ser metrificado, contudo, é pertinente que as escalas relacionadas à intensidade de intervenção, importância de satisfação e grau de (in) certeza epistêmica sejam representadas ou ilustradas por números, de forma a que, ao final, o quociente possa indicar qual o princípio prevalente no caso concreto; logo, para a definição da intensidade de intervenção em P_i e da importância de satisfação de P_j, utiliza-se uma escala triádica, a partir da qual restam definidos como *leve "l"*, *moderado "m"* e *sério "s"* os níveis nos quais cada princípio possa ser afetado desfavoravelmente ou satisfeito; essa escala triádica é ilustrada numericamente pelos "valores 2^0, 2^1 e 2^2, ou seja, 1, 2 e 4" e, como consequência, indicam que "*l* tem o valor 1, *m* o valor 2, e *s* o valor 4", assim, IP_iC e SP_iC podem possuir um peso de 1, 2 ou 4, o que deve ser valorado em cada caso concreto [966]-[967].

[966] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 602-606.

Definida a intensidade de intervenção em P_i, bem como a importância de satisfação de P_j, a fórmula do peso remete para a valoração do peso abstrato dos princípios em colisão; esses pesos abstratos são relevantes, apenas, nas situações em que são diferentes, assim, nos casos em que há uma equivalência, ambos os fatores se neutralizam; se os pesos abstratos forem relacionados à intensidade de intervenção dos princípios em colisão, é possível a formação de três combinações, a saber: (a) há equivalência entre às intensidades de intervenção e os pesos abstratos são diversos; (b) as intensidades de intervenção são diversas e os pesos abstratos são iguais; (c) as intensidades de intervenção são diversas e, também, são diferentes os pesos abstratos; nas hipóteses "a" e "b", há uma neutralização dos fatores que encontram igualdade em seu correspondente, a partir do que devem ser considerados, apenas, os fatores que apresentaram diferenças; na situação "c", tanto as intensidades de intervenção quanto os pesos abstratos devem ser considerados. Ainda, Alexy sustenta que a escala triádica com progressão geométrica deve ser utilizada para a valoração dos pesos abstratos dos princípios colidentes e, assim, as considerações lançadas quando da identificação das intensidades de intervenção são aplicáveis à valoração dos pesos abstratos [968].

De outro lado, a valoração da segurança das suposições empíricas (R_i e R_j), admite três níveis epistêmicos, quais sejam "certo ou garantido" (*r*), "sustentável ou plausível" (*p*) e "não evidentemente falso" (*e*) [969]; esses três níveis epistêmicos podem ser representados, respectivamente, por 2^0, 2^{-1} e 2^{-2} e, portanto, por 1, $^1/_2$ e $^1/_4$ [970]; em todas as situações em que da formação do quociente (peso concreto de P_i relativamente à P_j) resultar um valor maior que 1, P_i terá precedência, enquanto que nos casos em que o valor for menor que 1, P_j irá prevalecer; por fim, se o resultado alcançado for 1, haverá um impasse na ponderação [971]-[972].

Entrementes, a partir da lei da ponderação e da utilização de escalas a estabelecer o peso dos fatores objeto da ponderação, ficam definidos os parâmetros com base nos quais é possível considerar uma restrição legislativa justificada constitucionalmente, ou seja, a lei da ponderação, além de preceituar qual o objeto do sopesamento, determina como deve ser

[967] A utilização de uma escala geometricamente progressiva possui a vantagem de ilustrar a crescente resistência e maior força normativa que os direitos fundamentais alcançam ao passo em que aumenta a intensidade da intervenção que o legislador pretende materializar. ALEXY, Robert. *La construcción*, págs. 35-36, nota 36.
[968] ALEXY, Robert. A fórmula, págs. 148-149.
[969] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 619, especialmente, nota 97.
[970] ALEXY, Robert. *A Theory*, pág. 419. ALEXY, Robert. Formal principles, págs. 521-524.
[971] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 606. ALEXY, Robert. A fórmula, págs. 144-147.
[972] ALEXY, Robert. La construcción, págs. 35-36.

fundamentada a decisão acerca da (in) constitucionalidade da restrição legislativa; nesses termos, tem-se que uma afetação desvantajosa a um direito fundamental que seja muito intensa, apenas, pode ser justificada constitucionalmente quando a importância de satisfação dos fins for urgente e/ou muito importante; de outro lado, uma restrição legislativa que atinja em grau médio um direito fundamental encontrará justificação se, no mínimo, as razões que amparem a intervenção, igualmente, possuírem um nível médio de importância; de resto, para haver uma legítima afetação desvantajosa a um direito fundamental de intensidade leve ou insignificante, pressupõe-se, apenas, a existência de legitimidade constitucional para a consecução das finalidades buscadas e a existência de algum motivo real para a promoção desses objetivos [973].

A partir disso, a combinar os fatores materiais e epistêmicos, os resultados do sopesamento podem ser de nove tipos, contudo, esses resultados podem ser reconduzidos a três possibilidades gerais, quais sejam, admitem que ocorra prevalência do princípio afetado desvantajosamente (com o que a medida restritiva será inconstitucional) ou, de outro lado, que reste verificado o maior peso do princípio cuja satisfação se pretende realizar (com o que a medida restritiva será constitucional); ainda, e aqui está a terceira hipótese, é viável que se chegue a um impasse no sopesamento, o qual ocorre quando não é, no caso concreto, revelada nenhuma diferença entre a intensidade da restrição em relação ao grau de importância da realização do princípio contraposto, ou seja, a solução não é constitucionalmente proibida ou ordenada, a partir do que é reconhecido ao legislador um espaço discricionário para decidir; Alexy considera que esses "casos de impasse no sopesamento levam a uma discricionariedade estrutural para sopesar" [974].

Estando presente, no caso concreto, a discricionariedade estrutural, a qual é sempre condicionada a um impasse ou equivalência na ponderação, a restrição não será desproporcional [975]; não obstante, sob outro prisma de análise, a afetação desvantajosa, igualmente, não se mostra obrigatória [976]; em face do impasse estrutural no sopesamento e da ausência de maior importância de satisfação de um princípio em face do outro, o legislador

[973] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, págs. 201-202.
[974] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 603.
[975] "Se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional". ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 608.
[976] "Se as razões a favor de uma não-proteção são tão fortes quanto as razões para a proteção, a não-proteção não é desproporcional". ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 608.

possui uma livre margem de avaliação acerca da conveniência e oportunidade de opor a restrição ao direito fundamental ou de não o fazer, sendo ambas as possibilidades compatíveis com a Constituição [977].

De outro lado, Alexy expõe, brevemente, ideia no sentido de que, também, é possível a ocorrência de situação na qual sejam mais de dois os princípios em tensão, ou seja, mais de um princípio pode justificar a intervenção e, de outro lado, pode ocorrer também hipótese em que sejam afetados desvantajosamente pela restrição dois ou mais princípios; nesses casos, seria viável cogitar de uma extensão maior para a fórmula do peso, na qual todos os princípios envolvidos na colisão estejam representados e tenham os seus pesos concretos considerados; logo, seriam cumulativos os pesos dos princípios que justificam a intervenção, bem como dos princípios que resistem à restrição; assim, nos casos em que mais de um princípio justifica a restrição de outro, Alexy propõe uma fórmula do peso que expresse a adição dessas razões, assim, ambas, conjuntamente e adicionadas, estariam a justificar a restrição [978].

Nas situações em que mais de um princípio sustenta a medida restritiva, Alexy propõe a "fórmula do peso ampliada", na qual, ao lado da multiplicação da importância da satisfação concreta de P_j, seu peso abstrato e do grau de certeza epistêmica, deve ser somado o peso do outro princípio que justifica a intervenção (por exemplo, P_n), cujo peso é encontrado, igualmente, pela multiplicação de $SP_nC \bullet WP_nA \bullet RP_nC$; ainda, para os casos em que mais de um princípio justifica a restrição e, também, mais de um princípio é objeto da intervenção, Alexy propõe a "fórmula do peso completamente ampliada", a qual deve considerar a soma do peso dos princípios afetados negativamente, bem como a soma dos pesos dos princípios que fundamentam a intervenção [979].

Contudo, adverte Alexy que deve ser feito minucioso escrutínio dos princípios aptos a ingressar na fórmula do peso, notadamente, devem ser excluídos os que já estão representados por outros princípios mais específicos (critério da especialidade); assim, "os princípios cumulados não se devem cruzar substancialmente", ou seja, deve haver uma diferença

[977] ALEXY, Robert. *Posfácio*, págs. 606-611.
[978] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 604, nota 64. ALEXY, Robert. A fórmula, pág. 152, nota. 46.
[979] ALEXY, Robert. A fórmula, pág. 152.

material entre os objetos de otimização, a partir do que a "heterogeneidade é condição da cumulação aditiva" [980].

De resto, em face de objeções a apontar a teoria dos princípios como uma teoria meramente formal [981], Alexy sustenta que tal apontamento não procede, pois à dimensão formal da teoria dos princípios deve ser ligada uma dimensão material, o que é alcançado com base na teoria da argumentação jurídica [982]; assim, a metódica formal da ponderação, ilustrada pela fórmula do peso, busca estruturar o sopesamento e, principalmente, garantir que todos os fatores relevantes sejam levados em conta quando da ponderação; contudo, isso deve ser complementado por uma valoração racional desses fatores, ou seja, conclusões intersubjetivamente demonstráveis acerca das intensidades de interferência ou importância satisfação devem ser alcançadas.

Ainda, uma vez que as premissas consideradas na fórmula do peso decorrem de justificações racionais, bem como podem ser ilustradas numericamente, tendo, ainda, a avaliação das premissas um ponto de referência comum – a Constituição – verifica-se a comensurabilidade (ainda que indireta) entre os objetos da ponderação, bem como resta constatada a possibilidade de o método levar a decisões racionais [983].

Por fim, Alexy indica que, como exigências da razão prática, dentre outras características, a ponderação deve levar a decisões com potencial de universalidade; entrementes, ao lado da lei da ponderação, a teoria dos princípios demanda uma segunda lei, qual seja a "a Lei dos Princípios Concorrentes", a qual leva em consideração a relação de precedência alcançada no caso "**P**", bem como as condições concretas que levaram a essa relação "C"; assim, a fórmula $(P_i \mathbf{P} P_j)$C expressa o resultado de uma ponderação realizada nos termos prescritos pela fórmula do peso, ou seja, a relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto, sendo que, dessa relação, resta estabelecida uma regra com aplicação universal; em termos precisos, a "Lei dos Princípios Concorrentes" dispõe que "se o princípio P_i obtém precedência sobre o princípio P_j nas circunstâncias C: $(P_i \mathbf{P} P_j)$C, e se P_i origina as

[980] ALEXY, Robert. A fórmula, pág. 153.
[981] MÖLLER, Kai. *The Global*, págs. 01-02.
[982] ALEXY, Robert. Proportionality, págs. 20-22.
[983] ALEXY, Robert. La construcción, pág. 36.

consequências legais Q nas circunstâncias C, então se aplica uma regra válida que tem C como sua prótese e Q como sua apodose" [984].

4.4.2. A proposta Moreso-Mendonca

Ideia de estrutura para a ponderação, com significativas diferenças em relação à fórmula do peso, é apresentada por José Juan Moreso e Daniel Mendonca; referidos autores, apesar de materializarem suas concepções em escritos separados [985], propõem modelos com grandes semelhanças e que, portanto, podem ser conjuntamente considerados.

Em suma, os autores estabelecem um arquétipo para a ponderação, com potencial universalizante (ainda que limitado), o qual, essencialmente, coloca o método como uma etapa anterior à subsunção; pela ponderação, é possível a realização de uma ordenação de importância condicionada entre os direitos em embate, tarefa que é de consecução viável com base na adoção de determinado critério, qual seja, a especificação – prévia à referida ordenação e a partir de decisões paradigmáticas – das *circunstâncias* ou *propriedades* selecionadas por cada âmbito normativo de proteção dos direitos que estejam em colisão e que sejam relevantes para o caso concreto, sendo que, a partir disso, regras de precedência condicionada, aplicáveis por subsunção, serão formadas e as ordenações concretas definidas.

Entrementes, a ponderação possui a função de possibilitar que normas abertas e indeterminadas restem especificadas ao ponto de alcançarem estruturas fechadas, precisas e aplicáveis por subsunção; a estratégia dos autores, assim, busca o refinamento, especificação ou detalhamento das normas princípiológicas em colisão e aplicáveis à hipótese até que sejam alcançadas formações normativas com estrutura de regras e, consequentemente, capazes de resolver o caso em questão e diversos outros similares de forma unívoca.

Veja-se, inicialmente, a proposta de José Juan Moreso; o autor, preliminarmente, opõe três objeções à metódica para a ponderação definida por Alexy e, após, apresenta um modelo

[984] ALEXY, Robert. Proportionality, págs. 25-28. (Tradução livre).
[985] MORESO, José Juan. Alexy e la aritmética da ponderação. *El principio de proporcionalidade em el Derecho contemporâneo, págs. 59-70*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8. Coordinadores: Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010. MENDONCA, Daniel. *Los derechos*.

diverso a ser observado quando do sopesamento; nesse sentido, o autor: (1) expõe dúvida acerca da possibilidade de ser formatada uma escala hierárquica, racionalmente aceitável, a indicar os pesos abstratos dos direitos previstos em uma Constituição; (2) indica a impossibilidade de serem justificadas as intensidades de interferência e de não satisfação dos direitos em colisão – leve, média, grave –, sendo que a formação dessas escalas a indicar as intensidades, sejam elas ordinais ou cardinais, mostra-se despida de racionalidade; isso se dá pelo fato de as propriedades objeto de avaliação não estarem claramente definidas – ou seja, os fatores a serem considerados para a formação das escalas que indicam as intensidades de interferência e de não satisfação não podem ser precisamente determinados –, bem como essas propriedades não são, sequer, comparáveis; assim, também por isso, as escalas de intensidade, de interferência e de não satisfação, pretendidas por Alexy, são inviáveis, pois, ante a incomparabilidade das propriedades dos direitos em colisão, unicamente as razões favoráveis e contrárias estão à disposição, consequentemente, apenas, são possíveis "conceitos classificatórios"; (3) a concepção alexyana de ponderação remete para uma solução *ad doc* das colisões entre direitos, ou seja, o sopesamento é sempre direcionado para a resolução de um caso individual, contudo, isso depõe contra a racionalidade do modelo e acarreta a imprevisibilidade dos resultados das ponderações, uma vez que, em favor de um modelo individual, a utilização de um padrão de decisão generalista é abdicada, assim, uma só característica diferente de um caso concreto pode justificar a prevalência de um direito, em sentido diverso do verificado em decisões anteriores, bem como pode por em causa qualquer ponderação abstrata (definicional) que tenha sido previamente estabelecida [986].

Expostos os problemas a envolver a proposta de Alexy, Moreso propõe um modelo no qual a ponderação é configurada metodicamente como uma etapa prévia à subsunção, a partir do que resta caracterizada como uma operação capaz de modificar a estrutura de uma norma genérica, aberta, indeterminada – princípio – transformando-a em uma norma precisa, fechada, determinada – regra – e, consequentemente, capaz de ser aplicada por subsunção; para alcançar tal finalidade, a ponderação deve ser levada a efeito por uma metódica que englobe determinadas operações sucessivas [987].

[986] MORESO, José Juan. Alexy e la aritmética, págs. 62-64. (Tradução livre).
[987] MORESO, José Juan. Alexy e la aritmética, págs. 65-66.

Em um primeiro momento, deve ser demarcado precisamente "o âmbito do problema normativo", o "universo do discurso", a partir do que as "ações humanas" relevantes para o caso devem ser especificadas; "a segunda etapa consiste na identificação das pautas *prima facie* aplicáveis a este âmbito de ações", ou seja, devem ser reconhecidas as normas com estrutura de princípio aplicáveis à hipótese; após, devem ser identificados "casos paradigmáticos, reais ou hipotéticos, do âmbito normativo previamente selecionado na primeira etapa", a partir do que ficam estabelecidos limites para as ponderações a serem levadas a efeito em novos casos, assim, "apenas são admissíveis reconstruções que reconstroem os casos paradigmáticos adequadamente"; na sequência, em um quarto passo, "se estabelecem as propriedades *relevantes* desse universo do discurso", sendo que, com base nessa operação, mostra-se viável a especificação de "soluções normativas" para o caso; por fim, com base em todas as etapas anteriores, são elaboradas regras, aplicáveis por subsunção, as quais "resolvem de modo unívoco todos os casos do universo do discurso" [988].

Para ilustrar a tese, Moreso propõe, a partir da adoção de uma estratégia especificacionista, a reconstrução do caso *Titanic* (BVerfGE 86, 1), no qual o Tribunal Constitucional Federal levou a efeito uma ponderação para resolver colisão entre, de um lado, os direitos fundamentais à liberdade de expressão⁄informação e, de outro, o direito fundamental à honra; assim, tendo por base referida colisão, pode-se dizer, em um primeiro momento, que o "universo do discurso" é integrado pelas "ações de informação nos meios de comunicação sobre assuntos que afetam as pessoas"; após, o autor indica que as "pautas *prima facie*" aplicáveis são os princípios que positivam os direitos fundamentais à liberdade de expressão⁄informação e o direito fundamental à honra; de resto, uma vez definidos os "casos paradigmáticos", devem ser especificadas as "propriedades *relevantes* do universo do discurso", as quais, no caso de colisão entre os direitos fundamentais em questão, são a "relevância pública da notícia, que a notícia seja veraz", bem como que "a notícia não seja injuriosa" [989].

Ultrapassadas essas etapas, por fim, regras, aplicáveis por subsunção e capazes de solucionar "de modo unívoco todos os casos do universo do discurso", devem ser formadas, sendo que, no caso, Moreso indica as seguintes: "R1: as informações de relevância pública,

[988] MORESO, José Juan. Alexy e la aritmética, págs. 66-67. (Tradução livre).
[989] MORESO, José Juan. Alexy e la aritmética, págs. 66-67. (Tradução livre).

verazes e não injuriosas estão permitidas"; "R2: As informações que não são de relevância pública ou carecem de veracidade ou são injuriosas estão proibidas e, nos casos em que sejam produzidas, geram um direito à indenização" [990].

Por sua vez, Daniel Mendonca comunga da ideia de que a representação da ponderação pela figura de um balanceamento e da consequente definição de peso para os direitos em conflito é uma metáfora e, ainda, que essa metáfora camufla o que de realmente importa à ponderação e, assim, impede que seja exposto diretamente e de forma literal o que a operação significa de fato; entrementes, a metáfora da ponderação demanda tradução, a partir do que o autor propõe uma paráfrase a indicar o ponto central da questão, o qual fica ocultado pela metáfora; nesse sentido, uma vez aceita a premissa de que os direitos colidem, a ponderação "consiste, em substância, em estabelecer uma ordem de importância entre os direitos em questão, fazendo prevalecer um sobre o outro, com base em uma estimativa específica para o caso concreto", assim, a ponderação "permite identificar, ordenar e selecionar direitos em conflito em situações específicas" [991].

Segundo Mendonca, a resolução de uma colisão a envolver direitos demanda a criação de uma ordenação entre os entes em embate, a partir do que restará definido qual o direito é o mais elevado, operação que é possível mediante a utilização de determinado critério a definir essa ordenação; nessa linha, visando à resolução de colisões, a ponderação deve incluir "três operações: primeiro, a identificação dos direitos em conflito, segundo, a ordenação dos direitos identificados, e, terceiro, a fundamentação da ordenação estabelecida"; assim, determinado direito prevalece em face de outro estando presente determinada condição e por determinada razão [992].

O primeiro passo, portanto, diz com a identificação dos direitos em colisão; em um segundo momento, uma vez precisados os direitos conflitantes, deve ser estabelecida uma ordenação (cardinal ou ordinal) entre os lados em embate; no caso de colisão de direitos, uma ordenação abstrata é inviável, seja cardinal ou ordinal, contudo, em concreto, uma ordenação

[990] MORESO, José Juan. Alexy e la aritmética, pág. 67. (Tradução livre).
[991] MENDONCA, Daniel. *Los derechos*, págs. 57-65. (Tradução livre).
[992] MENDONCA, Daniel. *Los derechos*, pág. 66. (Tradução livre).

ordinal entre os direitos em colisão é possível; por fim, a ordenação deve ser realizada com base em determinado critério [993].

Como critério de ordenação, do qual resulta uma relação de precedência condicionada entre os direitos em colisão, Mendonca propõe um modelo no qual é necessária a identificação de todas as *propriedades* ou *circunstâncias* relevantes para o caso e, a partir delas, devem ser estabelecidas regras de precedência com tendência universalizante e, consequentemente, aplicáveis a outros casos similares; as propriedades relevantes e as regras de precedência são extraídas da interpretação de decisões judiciais pretéritas levadas a efeito em situações de colisão dos direitos; entrementes, a primeira operação relevante para a ponderação diz com a elaboração de uma classificação a permitir o encaixe de cada caso em determinada categoria de colisão de direitos (por exemplo, o caso avaliado insere-se em uma colisão entre direito à liberdade de expressão e direito à honra); após, tendo em conta as *propriedades* relevantes para o caso, devem ser estabelecidas regras de precedência condicionada [994].

Assim, a título de ilustração, Mendonca seleciona casos que dizem com a necessidade de resolução de uma colisão a envolver os direitos fundamentais à informação e à honra; para a solução desse conflito, mediante a formação da relação de precedência condicionada, é necessária a identificação das *circunstâncias* relevantes para esse tipo de conflito e das consequentes regras de precedência que essas *propriedades* originam; nessa linha, o autor destaca três *propriedades* relevantes, a saber: "1) que a informação seja de relevância pública, 2) que a informação seja veraz, e 3) que a informação seja injuriosa", *condições* que podem ser abreviadas, respectivamente, por "R", "V" e "I"; ainda, todas as *condições* pertinentes ao problema podem ser denominadas de *universo de propriedades* ("UP"), assim, "UP = {R, V, I}" [995].

Com base nas *circunstâncias* relevantes, identificam-se os casos possíveis ("universo de casos", "UC"); no exemplo, o qual levou em conta uma colisão entre os direitos à informação e à honra, bem como estabeleceu três *propriedades* relevantes, o universo de casos é integrado por oito casos possíveis ("pela aplicação da fórmula 2^n, sendo n = 3, resulta 2^3 =

[993] MENDONCA, Daniel. *Los derechos*, págs. 66-69.
[994] MENDONCA, Daniel. *Los derechos*, págs. 73-75.
[995] MENDONCA, Daniel. *Los derechos*, págs. 73-76. (Tradução livre).

8"); Mendonca esclarece, ainda, que na definição do universo de casos a presença de uma *propriedade* é sinalizada por "+" e a ausência da *condição* é expressa por "¬", sendo que "a ausência de uma propriedade equivale à presença de sua propriedade complementar", ou seja, "a negação da propriedade em questão" [996].

A partir do que foi exposto, os oito casos possíveis podem assumir as seguintes conformações [997]:

"C1: +R, +V, +I (relevante, veraz, injuriosa)".

"C2: ¬R, +V, +I (não relevante, veraz, injuriosa)".

"C3: +R, ¬V, +I (relevante, não veraz, injuriosa)".

"C4: ¬R, ¬V, +I (não relevante, não veraz, injuriosa)".

"C5: +R, +V, ¬I (relevante, veraz, não injuriosa)".

"C6: ¬R, +V, ¬I (não relevante, veraz, não injuriosa)".

"C7: +R, ¬V, ¬I (relevante, não veraz, não injuriosa)".

"C8: ¬R, ¬V, ¬I (não relevante, não veraz, não injuriosa)".

Com base nessas condições descritas, formam-se regras de precedência condicionada, as quais, para a resolução de colisões entre os direitos em pauta, podem ser sumarizadas neste único enunciado: "o direito à informação prevalece sobre o direito à honra, salvo se a informação for injuriosa ou, ainda não o sendo, não seja veraz ou não possua relevância pública"; logo, tendo em conta o universo de casos, o direito à honra prevaleceria em face do direito à informação nos casos 1, 2, 3, 4, 6, 7 e 8, enquanto que o direito à informação teria precedência na situação 5, ou seja, em todos os casos em que presentes as propriedades da relevância, veracidade, e ausência de conteúdo injurioso [998].

Por fim, Mendonca expõe que, em muitos casos, a própria colisão de direitos pode ser aparente e, assim, a harmonização entre os direitos mostra-se como uma alternativa viável, o que é possível mediante um desenho mais estreito dos limites dos direitos, bem como a partir da precisa definição do conteúdo de cada norma; ainda, o critério mais adequado para a definição do âmbito de proteção normativo de cada direito é o "método da plena especificação objetiva", o qual dispõe que apesar de os catálogos de direitos previstos pelas Constituições

[996] MENDONCA, Daniel. *Los derechos*, págs. 75-77. (Tradução livre).
[997] MENDONCA, Daniel. *Los derechos*, pág. 77. (Tradução livre).
[998] MENDONCA, Daniel. *Los derechos*, págs. 77-82. (Tradução livre).

valerem-se de formulações abreviadas quando da declaração de cada direito, essas formulações devem ser entendidas como expressões sintéticas de direitos muito complexos e que contém em si diversas possibilidades de especificação, as quais demandam definição e explicitação pela jurisdição, uma vez que inexistem declarações de direitos com esse detalhamento [999].

4.4.3. A metódica da ponderação: análise crítica e conclusões

4.4.3.1. A proposta Moreso-Mendonca

Explicitadas as propostas, no que se refere à metodologia da ponderação, no momento próximo, é pertinente que sejam feitas considerações próprias acerca do tema; nesse sentido, iniciaremos pela análise do modelo Moreso-Mendonca, sendo que a metódica desenhada por Alexy será avaliada subsequentemente.

Referido modelo, apesar de possuir méritos e, inclusive, ideias compatíveis com uma metódica da ponderação inserida no âmbito do princípio da proporcionalidade, apresenta diversas deficiências dignas de destaque.

Inicialmente, cabe destacar que a proposta Moreso-Mendonca descarta diferenciações abstratas entre os direitos fundamentais, ou seja, não releva, quando da ponderação, a identificação dos pesos abstratos dos direitos em colisão, não se procedendo, portanto, à elaboração de preferências *prima facie* a envolver os entes em embate; contudo, essa ideia é de difícil aceitação.

Como primeiro apontamento a impossibilitar a desconsideração dos pesos abstratos dos bens, interesses ou valores em colisão, veja-se que, muitas vezes, o interesse, a justificar a restrição de um direito fundamental, não é jusfundamentalmente protegido, o que dificulta ainda mais não relevar o diferente valor abstrato e importância social a envolver os interesses

[999] MENDONCA, Daniel. *Los derechos*, págs. 84-85. (Tradução livre).

em colisão [1000], pois, caso contrário, a própria proteção normativa reforçada dos direitos fundamentais seria posta em causa, ante a nivelação da importância e função normativa de todas as normas constitucionais.

Além disso, mesmo quando apenas direitos fundamentais estão em colisão, a diferenciação abstrata dos entes em embate não pode ser descartada da metódica da ponderação; importante ressaltar que a grande dificuldade de se estabelecer uma escala abstrata com prioridades *prima facie* – o que se reconhece – não exclui o fato de os direitos fundamentais possuírem importâncias diversas e, assim, a ausência desta ordenação abstrata, ainda que não definitiva, vai de encontro à sistemática constitucional, pois despreza a circunstância de que alguns direitos estão mais próximos do que outros da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, possuem peso abstrato mais elevado.

Entrementes, quando da ponderação, notadamente nas situações em que, pelos outros fatores relevantes, não se logra êxito em identificar qual o bem, interesse ou valor prevalente, a realização de um esforço argumentativo no sentido de demonstrar a relação abstrata entre os direitos em colisão e a posição que se colocam em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana é indispensável, a partir do que preferências *prima facie* ou situações de equivalência abstrata devem ser reconhecidas.

Ultrapassada essa primeira objeção, de outro lado, a redução demasiada do âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais que a técnica especificacionista implica, configura-se como uma estratégia artificial, esconde ponderações que ainda terão de ser feitas quando da aplicação das normas pré-formadas, bem como apresenta inúmeras outras insuficiências quando da sua realização prática; essa forma de argumentação jurídica baseada na formação de regras a partir de prévia ponderação abstrata entre os *direitos em colisão*, no intuito de se alcançar a segurança jurídica quando da aplicação do Direito – o que, segundo os autores, não seria um adjetivo que poderia ser atribuído à ponderação de caso concreto – possui diversas deficiências.

Inicialmente, cabe destacar que a proposta dos autores – os quais buscam, com base em ponderações abstratas, a formação prévia de regras claras e específicas em face das quais os casos que digam com o mesmo tipo de colisão podem ser subsumidos – ao desconsiderar as

[1000] PETERSEN, Niels. *Proportionality*, pág. 49.

circunstâncias concretas como fatores indispensáveis para definir a formatação final da norma do caso, acabam por excluir do âmbito de proteção das normas objeto de aplicação, mesmo naquele específico tipo de colisão, determinados comportamentos ou interesses que deveriam encontrar a tutela jusfundamental e, de outro lado, uma vez que estejam englobados pelo âmbito de proteção da norma, mantém definitivamente a tutela de comportamentos e interesses que, diante das circunstâncias do caso concreto, não deveriam obter essa proteção absoluta.

O modelo Moreso-Mendonca aproxima-se bastante do denominado *definitional balancing* formatado no âmbito da doutrina e jurisprudência norte-americanas; esta metodologia, a qual busca a conciliação entre propostas tidas como antagônicas – *balancing* e *categorization* –, visa à formação de regras claras e precisas, aplicáveis por subsunção a todos os mesmos tipos de casos; contudo, a construção dessas regras não ocorre com base na consideração isolada de cada *direito*, sua importância e função, a partir do que a categorização seria realizada, mas, sim, mediante a realização de uma ponderação abstrata a considerar todos os interesses em colisão [1001], o que, como dito, é o procedimento adotado pelo modelo Moreso-Mendonca.

Ocorre que, já no âmbito da discussão norte-americana, chegou-se à conclusão de que o *definitional balancing* não lograva êxito em dar origem a regras capazes de resolver corretamente todos os casos concretos em face dos quais sua incidência fosse pretendida, assim, essa metodologia acabava por não conseguir excluir um *ad hoc balancing* em diversas situações, pois, se a solução desses casos fosse levada e efeito nos exatos termos pretendidos pelas regras, as decisões seriam injustas, uma vez que, esses casos, diante de suas especificidades, não se encaixavam perfeitamente nos estreitos limites da regra de precedência anteriormente formada [1002].

Como pontuado, o objetivo principal dos autores é buscar a segurança jurídica quando da aplicação dos enunciados jusfundamentais, contudo, nos termos utilizados por Petersen, a "segurança jurídica não é um valor ontológico que deva ser perseguido a qualquer custo"; Petersen lança referida assertiva ao contestar a adoção de estratégias de categorização e outras similares em detrimento de uma ponderação de caso concreto, quando da aplicação de

[1001] NOVAIS, Jorge Reis. *As retrições*, págs. 671-673.
[1002] NOVAIS, Jorge Reis. *As retrições*, pág. 675.

normativas de direitos fundamentais, pois a segurança jurídica almejada pressupõe a aplicação de normas muito detalhadas, precisas e determinadas, as quais, por sua própria natureza, falecem da flexibilidade exigida pela magnitude e diversidade de casos abarcados pelos direitos fundamentais; contudo, "regras estritas tendem a ser mais ou menos inclusivas", assim, excluem do âmbito de proteção normativo situações que deveriam estar incluídas e, de outro lado, incluem situações que deveriam ter ficado de fora dos limites do direito fundamental; ainda, regras são desenhadas para incidir em face de uma situação específica ou de um contexto determinado, a partir do que inúmeros situações relevantes ficam de fora dessa estreita esfera de aplicação ou, caso se logre êxito em encaixar essas situações, as regras irão proporcionar soluções insatisfatórias para esses casos, perdendo, portanto, a "justificativa original"; entrementes, em comparação com os princípios, as regras contribuem significativamente para o alcance da segurança jurídica, contudo, possuem menores possibilidades de alcançar "decisões ótimas", as quais são mais recorrentes quando princípios flexíveis são ponderados diante das circunstâncias do caso concreto [1003].

Ainda, conclui Petersen que não há modelo despido de problemas, pois, enquanto as regras são dotadas de menor possibilidade de levar a *decisões ótimas*, os princípios implicam decréscimo na segurança jurídica ante o aumento da imprevisibilidade quando da aplicação do Direito, a partir do que a decisão por um modelo ou pelo outro provém de toda a conjuntura que envolverá a aplicação das normas; no que se refere especificamente ao Direito Constitucional, as próprias Constituições adotam um modelo no qual os direitos fundamentais, em maior parte, são positivados a partir de normas abertas e indeterminadas – princípios – consequentemente, é intuitiva a conclusão no sentido de que ao Direito Constitucional importa mais a flexibilidade das normas e o alcance potencial de deliberações excelentes para os casos jusfundamentais do que a segurança jurídica quando da aplicação das normativas respectivas [1004].

Por fim, arremata Petersen, caso a análise seja voltada para a prática judicial, ver-se-á que a diferença do discurso jurídico baseado em regras não destoa tanto do fundamentado em princípios, pois, enquanto a ponderação não é incompatível com a formação de regras, a partir das quais situações equivalentes podem ser decididas de maneira idêntica, as regras, por sua

[1003] PETERSEN, Niels. *Proportionality*, págs. 54-55. (Tradução livre).
[1004] PETERSEN, Niels. *Proportionality*, págs. 55-56.

vez, não são capazes de solucionar todos os casos em que sua incidência é proposta, assim, nessas situações de insuficiência, a formação de exceções ou, até mesmo, extensões das regras originárias, com base em interpretações restritivas ou analogias, é medida imprescindível para a solução de caso, contudo, disso decorre redução na segurança jurídica que o modelo se propõe a alcançar; entrementes, a aplicação das regras não exclui a necessidade de o juiz realizar ponderações diante das circunstâncias do caso concreto que é colocado sob sua apreciação, não obstante, nos modelos que resultam em categorizações, os sopesamentos ficam escondidos; já no que diz com os modelos que assumem expressamente a necessidade da realização de ponderações de caso concreto de forma a possibilitar a aplicação de princípios, há a enorme vantagem de o procedimento da ponderação ser exposto e fundamentado o que, evidentemente, possibilita um maior controle e escrutínio crítico da decisão [1005].

4.4.3.2. A proposta de Robert Alexy

Logo, o modelo Moreso-Mendonca possui diversas e significativas deficiências, as quais contraindicam sua adoção; consequentemente, essa linha argumentativa não será seguida no presente trabalho.

Resta, assim, a consideração crítica da metodologia da ponderação proposta por Robert Alexy; nesse sentido, abordaremos os seguintes temas: a) aspecto material da lei da ponderação; b) formalização do procedimento da ponderação prescrita pela fórmula do peso; c) objeto de valoração da proporcionalidade em sentido estrito; d) valor de cobertura ou escolha a servir de qualidade comum a possibilitar a ponderação; e) modelo triádico; f) discricionariedade estrutural; g) ponderação e fatores epistêmicos; f) colisões plurinormativas; g) peso abstrato dos bens, interesses ou valores em colisão.

Por fim, será realizado o delineamento final de uma proposta de metódica formal para a ponderação, a qual já irá sendo objeto de desenvolvimento ao passo em que os temas

[1005] PETERSEN, Niels. *Proportionality*, págs. 56-58.

supraelencados forem abordados e a proposta de Alexy sobre cada uma das questões indicadas for aceita ou refutada.

4.4.3.2.1. O aspecto material da lei da ponderação

Já se nota do exposto que, não obstante a definição de Alexy no sentido de ser a ponderação uma *regra*, na verdade, o modelo de sopesamento por ele apresentado configura-se como uma diretriz ou regra procedimental – orientada por outras regras – e não, propriamente, como uma regra material a expor a solução do caso a partir de uma subsunção, hipótese para a qual apresenta debilidade considerável; ou seja, não é na incidência da *regra* da proporcionalidade em sentido estrito que a solução para o caso será encontrada, mas, sim, na observância do procedimento por ela estabelecido, o qual, por sua vez, é orientado por outras regras; segundo Alexy, a observância dessa metodologia formal, a qual é ilustrada, notadamente, pela fórmula do peso, permitirá que a ponderação origine deliberações práticas racionais [1006].

Contudo, é aceitável a conclusão no sentido de a proporcionalidade em sentido estrito funcionar como uma *regra* e ser capaz de expor, de forma direta e imediata, a solução material para os casos, apenas, em situações pontuais, nas quais há consenso entre os participantes do debate jurídico no que tange à (in) justiça da afetação desvantajosa oposta ao direito fundamental [1007].

Recorrendo-se a uma situação hipotética, imagine-se a situação em que um menino está a furtar frutas do pomar de um vizinho, o qual, em não havendo outro meio disponível para proteger a sua propriedade, pretende disparar um projétil de arma de fogo contra o autor da subtração; nesse caso, apesar de idôneo e necessário, o meio selecionado é manifestamente desproporcional [1008]; não há dissenso acerca da injustiça da restrição, da desproporção entre a

[1006] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, págs. 167-169.
[1007] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, págs. 165 e 167-168.
[1008] SCHLINK, Bernhard. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here. *Duke Journal of Comparative & International Law 291-302 (2012)*. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol22/iss2/5, pág. 293. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 756-757.

importância de satisfação do fim e a gravidade da restrição oposta para tanto, sendo a solução do caso, portanto, encontrada diretamente na *regra* da proporcionalidade em sentido estrito.

Ainda, pode-se acrescer outra possibilidade de a regra da proporcionalidade em sentido estrito conter em si mesma a solução para o caso: isso se dá quando, a partir de decisões judiciais anteriores, há uma pacificação da jurisprudência de forma a estabelecer definitivamente a (in) justiça da restrição legislativa para todas as hipóteses semelhantes; nessas situações, a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito ocorrerá de forma direta e automática – ou, por subsunção – uma vez que a resposta para o caso já está previamente definida, sendo pacífica e incontestada a solução.

Existem, em linhas gerais, três situações possíveis que podem ocorrer quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; como visto, há casos em que a desproporcionalidade da medida restritiva é clara e evidente, uma vez que a restrição se apresenta de forma muito intensa enquanto a importância de satisfação das finalidades buscadas é mínima; também é possível que, em sentido contrário, a proporcionalidade da medida restritiva seja evidente, em razão de a intensidade da afetação desvantajosa ser leve e, por sua vez, a importância de promoção dos objetivos ser significativa; ainda, há uma terceira possibilidade, a qual é mais recorrente e resta verificada nas situações em que não se consegue precisar diretamente, de forma clara e evidente, a proporção ou desproporção da medida; as duas primeiras hipóteses não geram maiores problemas quando da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, não obstante, a terceira situação requer que a ponderação entre em cena e, consequentemente, impõe ao aplicador do Direito a realização de um esforço argumentativo mais complexo para que a deliberação prática possa alcançar um resultado racional [1009].

Essa ultima hipótese é a mais problemática e requer um aprimoramento dos mandamentos que cercam a aplicação deste terceiro elemento da proibição do excesso, uma vez que não pode ser decidida de forma direta com base na subsunção da *regra* da proporcionalidade em sentido estrito; aqui, a lei da ponderação e a fórmula do peso não expõem "nenhum resultado certo", bem como não estabelecem "um critério de decisão

[1009] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, págs. 165-166.

material" [1010], mas definem uma metodologia formal a ser seguida para que o resultado final do sopesamento seja racional.

4.4.3.2.2. A metódica formal da ponderação

No intuito de encontrar a solução para essas intrincadas questões, nas quais a proporcionalidade em sentido estrito não oferece, imediata e diretamente, a solução para o caso, Alexy propõe uma metodologia formal, a qual é exposta, notadamente, pela fórmula do peso, equação que ilustra o procedimento a ser seguido quando da realização da ponderação entre bens, interesses e valores.

Além disso, a aplicação da fórmula do peso pressupõe a tradução das variáveis expostas em ambos os lados da equação em valores numéricos, a partir do que, segundo Alexy, é possível a verificação de qual princípio em colisão deve ter precedência diante das circunstâncias do caso concreto; uma vez que cada variável seja traduzida numericamente, para a definição do peso concreto do princípio afetado negativamente em face do princípio colidente, deve ser considerada, de um lado, o produto da multiplicação da intensidade de intervenção concreta em um princípio, o seu peso abstrato e o grau de certeza epistêmica e, de outra banda, o produto da multiplicação dessas mesmas variáveis em relação ao princípio colidente cuja satisfação é *prima facie* exigida; após, formado o quociente nos termos indicados na fórmula do peso, em todas as situações em que da formação do quociente (peso concreto de P_i relativamente à P_j) resultar um valor maior que 1, P_i terá precedência, enquanto que nos casos em que o valor for menor que 1, P_j irá prevalecer; por fim, se o resultado alcançado for 1, haverá um impasse na ponderação [1011]-[1012].

Feito esse breve introito, deve ser desenhada uma análise própria acerca do tema; nesse sentido, calha destacar, desde logo, que não se comunga com a ideia de a fórmula do peso possuir uma aplicação universal, de forma a atender todos os tipos de colisões normativas; sequer no que diz especificamente com as colisões jusfundamentais, a fórmula do peso é

[1010] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 166. (Tradução livre).
[1011] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 606. ALEXY, Robert. A fórmula, págs. 144-147.
[1012] ALEXY, Robert. La construcción, págs. 35-36.

capaz de apresentar uma metódica formal única e encaixável a todas as situações possíveis; o coração deste estudo pode ser representado pela ideia de o princípio da proporcionalidade, enquanto norma de controle, possuir uma estrutura diversa e metódica aplicativa diferente a depender do caso jusfundamental submetido à apreciação jurisdicional, ou seja, existem três faces, cada qual revelada a partir do problema de direito fundamental de base (controle jurisdicional das restrições legislativas, controle jurisdicional das omissões estatais ou aplicação dos direitos fundamentais em face das relações particulares); nessa linha, a ponderação a ser realizada quando da aplicação de cada uma das faces do princípio da proporcionalidade encontrará estrutura e metódica próprias, a partir do que a fórmula do peso teria de ser adaptada para cada situação ou, até mesmo, como será proposto neste estudo, abandonada.

Assim, a análise que segue diz, apenas, com a verificação da adequação da fórmula do peso para a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no âmbito da proibição do excesso e, consequentemente, no controle jurisdicional das restrições legislativas aos direitos fundamentais; sua pertinência para as demais questões jusfundamentais (controle jurisdicional das omissões estatais e aplicação dos direitos fundamentais em face das relações particulares) será avaliada posteriormente.

Ultrapassado esse ponto, de outro lado, mesmo sendo desconsiderada, por enquanto, a forma de se aquilatar os pesos concretos e abstratos dos fatores arrolados como objetos da ponderação pela fórmula do peso, neste momento de análise preliminar, impende ressaltar que a formulação alexyana, ainda que não de forma a exaurir a exposição de todos os fatores relevantes para o sopesamento, elenca variáveis que indispensavelmente devem ser objeto da ponderação bem como expõe muitos pontos a serem considerados para que o sopesamento possa ser levado a efeito racionalmente quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Entrementes, a metódica formal da ponderação desenvolvida por Alexy, além de expor fatores que devem ser levados em conta quando do sopesamento, mostra-se cercada por regras e pautas argumentativas que demonstram como a ponderação deve ser realizada [1013], o que se mostra útil para a consecução da ponderação de forma racional, assim, a ausência de

[1013] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 167 e 169. (Tradução livre).

alinhamento com a fórmula do peso não implica a rejeição completa de todos os seus elementos integrativos e bases de apoio.

Como exemplo do que se está a dizer, é de se assentir com ideia de que a lei da ponderação desenvolvida por Alexy – *quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro* –, além de expor com correção fatores que devem ser tidos em conta quando sopesamento, indica limites e parâmetros a serem observados pelo aplicador do Direito quando da efetivação da ponderação; destarte, são importantes para o sopesamento, inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a intensidade na qual um direito fundamental é afetado desvantajosamente e o grau de importância que possui a satisfação do interesse constitucionalmente tutelado que justificou a restrição; nesse mesmo âmbito, encontram-se os fatores epistêmicos empíricos e normativos, os quais, como será exposto na sequência, apesar de não se configurarem como objetos da ponderação, são elementos relevantes para o alcance, demonstração e justificação do resultado do sopesamento.

Além disso, a fórmula do peso mostrar-se capaz de definir um procedimento que, caso seguido pelo juiz constitucional, é, em algumas situações [1014], capaz de levar o aplicador a soluções racionais; entrementes, as grandezas concretas que dizem com a intensidade de intervenção em um direito fundamental em contraponto com a importância de satisfação dos bens, interesses ou valores colidentes, bem como o peso abstrato dos princípios em colisão, são fatores que, necessariamente, devem ser levados em conta na ponderação tendente a verificar o possível excesso de uma restrição legislativa; além disso, a fórmula do peso possui o mérito de ressaltar a relevância para a ponderação de fatores epistêmicos, apesar desses fatores, nos termos já indicados, não serem propriamente objeto de ponderação; ainda, a fórmula do peso apresenta contributos para o afastamento da objeção que diz com a incomensurabilidade dos objetos da ponderação [1015].

Outro ponto digno de menção e aprovação, refere-se à neutralidade axiológica da fórmula do peso, ou seja, a estrutura formal da ponderação apresentada por Alexy não implica a aceitação ou afastamento prévios de teorias substantivas, ao contrário, essa estrutura admite as

[1014] Sobre a *tese moderada* da racionalidade da ponderação, em contraposição ao *otimismo radical* e ao *ceticismo radical*: BOROWSKI, Matin. On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen. *Germal Law Journal, vol. 14, n.°, 2013, págs 1409-1418*. HEINOLINE, págs. 1410-1413.
[1015] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 759.

mais diversas razões materiais a justificar os pesos dos fatores objeto de sopesamento; de outro lado, essa ilação é compatível com a ideia, também defendida por Alexy e ratificada neste estudo, no sentido de que a ponderação admite mais de um resultado racional e intersubjetivamente justificável, não havendo, portanto, uma única resposta (correta), para o caso jusfundamental [1016].

No que diz com os pontos menos positivos, em um primeiro apontamento, calha destacar que deve ser posta em causa, para que possa ser alcançado um resultado racional a partir da ponderação, a pertinência e, inclusive, a necessidade de o sopesamento ser expresso em um modelo matemático e as variáveis relevantes para a ponderação serem convertidas em valores numéricos.

Com a formulação da equação – *fórmula do peso* – e a transformação das variáveis que a compõem em valores numéricos, Alexy pretende demonstrar o procedimento a ser seguido quando da ponderação e, notadamente, a partir da formalização, encontrar uma justificação interna racional para o resultado de precedência alcançado; além disso, essa expressão dos fatores ponderadores em valores numéricos teria o condão de afastar o argumento da incomensurabilidade.

Não obstante, tem-se que a utilização de uma equação matemática e a consequente tradução numérica dos fatores objeto da ponderação – o que Alexy leva a efeito de maneira um tanto quanto arbitrária [1017] – trazem maiores prejuízos do que benefícios para a justificação racional da solução decorrente do sopesamento; é inviável – e desnecessário – o alcance de precisão matemática para demonstrar o desenlace da ponderação, sendo possível e desejável que a solução racional dos casos seja encontrada e, também, justificada de forma clara e inequívoca, a partir da razão prática e da argumentação juridicamente correta [1018]; a fórmula do peso, inclusive, pode dificultar o controle do resultado da ponderação, uma vez que o recurso a critérios matemáticos possui o condão de prejudicar a demonstração de que a justificação externa da ponderação decorreu da efetiva utilização pelo aplicador das razões que devem dirigir o sopesamento e, assim, desviar o foco das razões fornecidas pelo Direito

[1016] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 760-763.
[1017] ŠUŠNJAR, Davor. *Proportionality*,págs. 206-211.
[1018] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, pág. 176.

para a solução do caso, acabando por conduzir a atenção do aplicador para outra área do conhecimento [1019].

Em suma, o modelo matemático proposto por Alexy para a ponderação: a) é desnecessário e, inclusive, prejudicial para o alcance da finalidade a que se propõe, qual seja a exposição racional do resultado da ponderação; b) possui a potencialidade de esconder o que de fato é relevante para a ponderação, bem como coloca em segundo plano as razões que devem ser levadas em conta para justificar a solução do sopesamento; c) sinaliza ilusoriamente a viabilidade de a ponderação alcançar um resultado com precisão aritmética, o que, em contraponto, também acaba por reprimir demasiadamente espaços de criação que são inerentes à aplicação do Direito [1020].

Com efeito, impõe-se que a fórmula do peso seja abandonada [1021], devendo a racionalidade da ponderação ser concretizada com base em outros mecanismos e pautas argumentativas que não o recurso à aritmética, o qual, no fundo, cria uma "falsa ilusão de racionalidade e determinação" [1022]; assim, a justificação racional do resultado da ponderação pode – e deve – ser alcançada com base em técnicas de aplicação do Direito, mediante o uso da razão prática e da argumentação jurídica, bem como a partir de teorias substantivas, o que dispensa e contraindica o apoio de uma fórmula matemática e a tradução dos fatores objeto da ponderação em valores numéricos; essa rejeição à fórmula do peso não implica, contudo, o descarte de qualquer formalização do processo de ponderação, ao contrário, a definição prévia de uma metódica formal – ainda que não tão rígida ao ponto de se consubstanciar em critérios matemáticos – a possibilitar a justificação interior dos resultados da ponderação é indispensável; contudo, a ausência de rigidez extrema na definição da metodologia formal do processo ponderativo não deve implicar a exclusão de qualquer formalização, assim, mostra-se relevante a definição de uma metodologia capaz de sistematizar e dar transparência à

[1019] SIECKMANN, Jan-Reinard. Balancing, Optimisation and Alexy's "Weight Formula". *Legal Reasoning: The Methods of Balancing, págs. 101-118*. Edited by Jan-Reinard Sieckmann. Stuttgart: Fraz Steiner Verlag, Nomos, 2010, pág. 116.
[1020] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 765.
[1021] Nas palavras de Petersen: "não há um único argumento que Alexy possa fazer para justificar porque a sua operacionalização númerica da fórmula do peso é superior a qualquer alternativa de operacionalização". PETERSEN, Niels. Alexy, pág. 165. (Tradução livre).
[1022] PETERSEN, Niels. Alexy, pág. 165. (Tradução livre).

ponderação [1023], a partir da fixação das etapas de aplicação do método, do seu objeto, das pautas argumentativas admitidas, dentre outros elementos.

De outro lado, a matematização do procedimento e a tradução numérica dos objetos de sopesamento não se mostram necessárias para que seja afastado o apontamento que diz com a incomensurabilidade dos objetos da ponderação; como já exposto, os fatores objeto de valoração no sopesamento são diferentes, variáveis e insuscetíveis de medida, logo, não podem ser diretamente quantificados de forma a que indiquem numericamente o resultado do sopesamento; a comensurabilidade indireta – proposta por Alexy mediante a tradução em números das intensidades de interferência e satisfação das grandezas que compõe a fórmula do peso – é artificial e, notadamente, desnecessária para se alcançar o intuído de comparação dos objetos da ponderação e, consequentemente, de o sopesamento apresentar um resultado racional; em outras palavras, há de se reconhecer que a metódica da ponderação enfrenta o problema da incomensurabilidade de todos os fatores relevantes para o sopesamento e que a ideia de criar uma incomensurabilidade indireta é inadequada e dispensável.

Isso porque, a comensurabilidade indireta proposta para o Alexy para medir as intensidades de afetação desvantajosa dos princípios em colisão com base no ponto de vista da Constituição não pode ser levada a efeito à revelia de considerações que são, em si mesmas, incomensuráveis; ou seja, tendo em conta que, para Alexy, as intensidades da interferência e da importância de satisfação – leve, média, séria – dos princípios em colisão são aquilatadas tendo em conta cada princípio isoladamente considerado, não é viável estabelecer uma relação de comensurabilidade a envolver referidas medidas, pois não se pode afirmar que, por exemplo, uma interferência leve em um princípio corresponda à importância de satisfação leve em outro [1024].

Entrementes, apesar de a fórmula do peso apresentar avanços no que diz com a problemática a envolver a incomensurabilidade dos objetos da ponderação, pois descreve um modelo de sopesamento no qual é possível a comparação dos fatores submetidos à valoração, ainda que esses fatores não sejam comensuráveis, bem como estabelece, apesar de fazê-lo de

[1023] Nesse sentido: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 808.
[1024] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 781.

forma vaga, ampla e imprecisa [1025], uma base referencial para a comparação – o ponto de vista da Constituição – essa tradução das variáveis em grandezas numéricas não é recomendável.

Assim, é viável a conclusão de que a discussão a envolver a atribuição de pesos ao grau de importância de satisfação do objetivo buscado e ao nível de intensidade com que a restrição oposta atinge o direito fundamental, uma vez que se constituem como grandezas incapazes de encontrar medidas numéricas comuns, é uma "metáfora", sendo que "as considerações envolvendo a ponderação possuem natureza normativa" [1026]-[1027].

Em hipótese alguma que se possa ventilar estarão enfileiradas grandezas mensuráveis como objetos da ponderação, ou seja, é impossível que seja traçado um denominador comum de forma a permitir a quantificação numérica das entidades envolvidas no sopesamento e, consequentemente, que o resultado da ponderação possa ser alcançado mediante a utilização de uma fórmula aritmética; por isso se diz que "<<ponderar>> e <<sopesar>> é apenas uma imagem", uma vez que não envolve a avaliação "de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valoração que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso" [1028].

Entrementes, a questão da incomensurabilidade é superável, nos termos já expostos, pela diferenciação entre incomensurabilidade e incomparabilidade; a comparabilidade dos objetos da ponderação permite que o método alcance resultados racionais [1029]; essa comparabilidade, contudo, deve ser realizada com base em determinado critério, um valor de cobertura ou escolha, o qual requer a definição mais precisa possível [1030]; ainda, a possibilitar a comparabilidade, os objetos de valoração da ponderação inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito devem ser precisamente identificados.

Além de tudo, importante complementar assertiva lançada previamente no sentido de a fórmula do peso não possuir uma aplicação universal, de forma a abarcar todos os tipos de colisões normativas; pontua-se, em acréscimo, que sequer no que diz com o controle de constitucionalidade das restrições legislativas mediante a aplicação da proibição do excesso e,

[1025] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 781.
[1026] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 346. (Tradução livre).
[1027] SAMPAIO, Jorge Silva. Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights. *Proportionality in Law - An Analytical Perspective, págs. 71-110*. Editores: David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer, 2018, pág. 71.
[1028] LARENZ, Karl. *Metodologia*, pág. 575.
[1029] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 779.
[1030] SILVA. Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable, págs. 285-289.

notadamente, da proporcionalidade em sentido estrito, a fórmula do peso é capaz de absorver todas as colisões que poderão ser verificadas neste âmbito e, consequentemente, de refletir como a metódica da ponderação deve ser levada a efeito em todos os casos em que a legislação restritiva é sindicada pela jurisdição constitucional.

Esse ponto é exposto por Petersen, para quem a metódica da ponderação desenvolvida por Alexy não é compatível com o raciocínio argumentativo levado a efeito pelo Tribunal Constituição Federal, na maioria dos casos em que se vale da ponderação para declarar a inconstitucionalidade da legislação que viole direitos fundamentais; segundo Petersen, não obstante a teoria dos direitos fundamentais alexyana lograr êxito em demonstrar corretamente a argumentação jurídica seguida pelo Tribunal Constitucional Federal quando em causa a aplicação horizontal dos direitos fundamentais ou quando a Corte alemã sanciona as decisões do legislador, no que diz com o controle de proporcionalidade em sentido estrito e a declaração de inconstitucionalidade das leis restritivas, apenas uma pequena porcentagem das decisões da Corte de *Karlsruhe* segue com alguma proximidade a metódica da ponderação exposta pela fórmula do peso; neste último âmbito de decisões, a maioria dos julgados, ao contrário da metódica formal proposta por Alexy, realiza a ponderação mediante uma argumentação estranha ao disposto pela fórmula do peso [1031].

Nesse sentido, Petersen identifica quatro grupos de decisões, nas quais o Tribunal Constitucional Federal, ao realizar ponderações quando da aplicação do segmento da proporcionalidade em sentido estrito, segue uma linha argumentativa estranha ao apregoado pela proposta alexyana: (a) no primeiro grupo de decisões, a Corte alemã confirma a constitucionalidade dos objetivos perseguidos por leis restritivas que impõem encargos financeiros a particulares, contudo, dada a desproporcionalidade (excesso do encargo financeiro), estabelece a transferência desses ônus pecuniários para o Estado ou para terceiros (por exemplo, BVerfGE 58, 137); (b) no segundo grupo de decisões, o Tribunal Constitucional Federal entende pela desproporcionalidade da medida legislativa, em razão da ausência de consistência da lei para a satisfação dos objetivos elencados (por exemplo, BVerfGE, 78, 77); (c) no terceiro grupo de decisões, o Tribunal Constitucional Federal, apesar de reconhecer a necessidade da medida legislativa (ante a ausência de medida

[1031] PETERSEN, Niels. Alexy, págs. 163-164 e 166-172.

alternativa igualmente eficaz), entende pela sua desproporcionalidade, em razão da fraca eficácia do meio escolhido pelo legislador; disso decorreria a desproporcionalidade das leis, pois o ônus imposto pelas medidas seria mais pesado do que qualquer efeito de satisfação marginal dos objetivos buscados (por exemplo, BVerfGE 119, 59); (d) no quarto grupo de decisões, o Tribunal Constitucional Federal entende pela constitucionalidade de leis restritivas que impuseram ônus pecuniários a particulares, contudo, abre exceções, de forma a que alguns grupos fiquem excluídos da imposição financeira, em razão de que a intervenção seria demasiadamente excessiva – desproporcional, portanto – para esses grupos (por exemplo, BVerfGE 58, 137) [1032].

Entrementes, sequer no que diz com a formalização da aplicação proporcionalidade em sentido estrito, materializada como norma de controle das restrições legislativas, a fórmula do peso é capaz de apresentar, na maioria dos casos, resultados satisfatórios de racionalidade, bem como não se mostra apta para expor o procedimento formal a ser seguido em todas as ponderações que possam vir a ser levadas a efeito neste âmbito.

De todo o exposto, assim, pode-se concluir que a demonstração racional do justo não será encontrada pela utilização de fórmulas ou equações, não decorrerá da subsunção ou da adoção de operações mecânicas [1033], mas será alcançada com base em uma lógica, sobretudo, humana – como tal, despida de objetividade pura – formulada a partir de testes definidos e desenvolvidos com base em critérios jurídicos decorrentes de uma concepção bem organizada e *encaixada* aos corretos problemas dogmáticos.

4.4.3.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito e objeto de valoração

No inicio do estudo sobre o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, definimos – preliminarmente e sem maiores preocupações com a devida precisão – os objetos de valoração quando da ponderação inerente a esta etapa de controle do excesso das restrições legislativas; nesse sentido, ressaltamos que o subprincípio da proporcionalidade em sentido

[1032] PETERSEN, Niels. Alexy, págs. 168-172.
[1033] SANTIAGO, José María Rodrigues de. *La ponderación de bienes e intereses em el Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000, pág. 117.

estrito impõe a comparação entre a importância de promover ou realizar os objetivos buscados pelo legislador em contraponto com a gravidade da restrição legislativa oposta ao direito fundamental para tanto; a restrição legislativa estará constitucionalmente justificada, nos casos em que a medida for *justa, não desproporcional*.

Essa definição dos objetos de valoração da proporcionalidade em sentido estrito, contudo, demanda refinamento para, assim, ser hábil a indicar precisamente quais os objetos da ponderação quando da aplicação deste subprincípio da proibição do excesso; nessa linha, é pertinente, em um momento inicial, fazer uma breve digressão a algumas propostas doutrinárias acerca do tema.

Segundo Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito pressupõe a realização de uma ponderação a envolver a verificação, de um lado, do grau de afetação de um princípio e, de outra banda, a importância de satisfação do princípio colidente; pela metódica da ponderação desenvolvida por Alexy, essa verificação do grau de afetação e da importância de satisfação é feita separadamente, ou seja, em etapas isoladas e subsequentes; assim, a primeira etapa implica a demonstração da intensidade com que a afetação desvantajosa atinge o princípio restringido enquanto que o segundo estágio da metódica da ponderação requer a comprovação da importância da satisfação do princípio colidente; apenas em momento posterior, haverá um confronto entre os *pesos* dos princípios colidentes, *valores* que restaram previamente aquilatados, devendo ser demonstrado que a importância da satisfação de um princípio justifica a afetação desvantajosa imposta ao outro [1034].

Para Cianciardo, o segmento da proporcionalidade em sentido estrito requer que seja levada a efeito uma ponderação "entre as vantagens e as desvantagens da medida" [1035]. Por sua vez, Novais indica que a aplicação da proporcionalidade "trata-se essencialmente de valorar, sopesar, comparar sacrifícios (da liberdade individual) e benefícios obtidos ou visados, vantagens e desvantagens da restrição objeto do controlo" [1036]; em outra oportunidade, Novais, em uma lógica de aplicação conjunta de todos os segmentos da proibição do excesso dirigidos à comparação da medida restritiva adotada em face de medidas alternativas, assevera que a ponderação deve ter em conta a comparação entre "os

[1034] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, pág. 111. ALEXY, Robert. La construcción, págs. 30-31.
[1035] CIANCIARDO, Juan. *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho: una aproximación desde las tesis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pág. 60. (Tradução livre).
[1036] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 178.

incrementos marginais de benefício e de sacrifício de duas medidas alternativas em comparação", ou seja, quando da aplicação da proibição do excesso, deve ser realizada "uma ponderação entre o que se ganha e que se perde com *constelações* restritivas alternativas" [1037]-[1038].

Ainda, pertinente registrar a proposta de Barak pela qual a proporcionalidade em sentido estrito "requer uma ponderação do benefício de interesse público obtido e o prejuízo causado ao direito fundamental pela utilização dos meios escolhidos pela lei para a obtenção da finalidade adequada", assim, "é um teste no qual são ponderados benefícios e prejuízos"; mais adiante, Barak informa que, na ponderação, "a regra relevante de acordo com a qual o peso das escalas deve ser determinado é a da importância social do benefício obtido com a lei restritiva e a importância social de prevenir o dano ao direito fundamental restringido no momento do conflito" [1039].

As posições doutrinárias citadas bem ilustram a questão e demonstram a existência de uma oscilação, bem como ausência de precisão no que diz com a definição dos objetos da ponderação quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; assim, deve-se proceder à devida precisão analítica e, consequentemente, à especificação dos objetos da ponderação na proporcionalidade em sentido estrito; nesse sentido, importante demonstrar, em um primeiro momento, algumas imprecisões a envolver algumas das propostas descritas.

Deve-se ter em mente que a finalidade do princípio da proporcionalidade materializa-se, enquanto norma de controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais, na verificação de um possível excesso na afetação desvantajosa e, portanto, a ponderação inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, também, deve observar e ter sua aplicação orientada para referida finalidade; entrementes, neste segmento da proibição do excesso, não se está a ponderar as normas constitucionais relevantes à hipótese, mas, sim, se está a controlar a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional que resolveu uma

[1037] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 134-135 e 139.
[1038] Conforme exposto supra, essa ponderação a envolver a medida restritiva adotada e medidas alternativas disponíveis é própria do subprincípio da necessidade e não diz com a proporcionalidade em sentido estrito.
[1039] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 340. (Tradução livre).

colisão a envolver as normativas constitucionais, portanto, as normas constitucionais não são o objeto de ponderação na proporcionalidade em sentido estrito [1040].

Por sua vez, a ideia de a proporcionalidade em sentido estrito envolver uma ponderação entre custos e benefícios também merece apontamento, ou seja, deve restar claro que a referência a custos e benefícios é "meramente metafórica e não descritiva nem normativa"; logo, ponderar custos e benefícios no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito não pode "significar adesão ao monismo de valores traduzido na recíproca redutibilidade e substituibilidade" nem tampouco "submissão à ideia de que a eficiência econômica é o único critério de decisão universalmente aceitável" [1041].

A ponderação inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é dirigida à comparação entre a importância de promover ou realizar os objetivos buscados pelo legislador em contraponto com a importância de prevenir a restrição legislativa oposta ao direito fundamental; contudo, não há propriamente uma ponderação entre meios e fins [1042], nem tampouco ocorre o sopesamento entre os bens, interesses e valores subjacentes em si considerados.

Dito isso, deve-se prosseguir no intuito de descrever da forma mais precisa possível o objeto da ponderação no segmento da proporcionalidade em sentido estrito; nesse sentido, importa ressaltar que as colisões a envolver os direitos fundamentais, apenas, excepcionalmente, ocorrem de forma a encobrir a totalidade desses direitos ou interesses constitucionalmente tutelados, sendo que, ao contrário, na ampla maioria dos casos, o que se verifica são conflitos parcelares nos quais há sobreposição de zonas periféricas dos entes em embate [1043]; com efeito, quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se ter em mente que a relação a ser ponderada não é a de um direito fundamental como um todo contra outro direito fundamental ou interesse constitucional considerado em sua integralidade, mas da importância marginal, periférica ou parcelar de promoção do fim

[1040] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 792.
[1041] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 791.
[1042] "Poderar meios e fins levaria a ponderar os efeitos jurídicos positivos e negativos da norma como meio e os efeitos materiais positivos que tenham sido projetados, previstos e queridos pelo legislador, como fim. Ora, contrabalancear efeitos positivos (entrelaçados com negativos) com efeitos positivos é um contrassenso". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 790-791.
[1043] GRIMM, Dieter. Proportionality, pág. 396. NOVAIS, Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 56.

buscado e da importância marginal, periférica ou parcelar de prevenir a restrição ao direito fundamental.

Apesar de os pesos abstratos dos direitos em colisão não serem irrelevantes para a ponderação, o objeto de avaliação, quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, não é, por exemplo, o direito fundamental à liberdade de expressão e sua relação com o direito fundamental à segurança, ambos, abstratamente considerados; neste momento derradeiro da proibição do excesso, será pauta de valoração a relação entre a importância de se promover os aspectos marginais do direito fundamental à segurança, os quais não seriam realizados caso não fosse oposta a restrição legislativa ao direito fundamental à liberdade de expressão e, de outro lado, a importância de se evitar a afetação desvantajosa que afetará perifericamente este último direito; destarte, pode-se concluir que "a comparação foca-se apenas nos efeitos marginais – tanto nos benefícios quanto nos prejuízos – causados pela lei" [1044].

Nessa linha, é observável o que, de fato, importa à ponderação inerente à proporcionalidade em sentido estrito: a ponderação realizada neste segmento da proibição do excesso diz com os efeitos produzidos pela norma, tanto no que se refere ao sacrifício marginal imposto quanto no que tange à satisfação periférica da finalidade almejada ou no que diz com os efeitos marginais de não satisfação que decorreriam da não adoção da medida legislativa; é indispensável que a jurisdição constitucional, ao realizar controle dessa índole, tenha em conta a "*importância*" dos efeitos da norma que está a ter sua constitucionalidade sindicada; efeitos negativos e positivos, jurídicos e materiais, tanto referentes à finalidade que se pretende alcançar quando sob a égide dos sacrifícios impostos para tanto [1045]; nas precisas palavras de Canas, na proporcionalidade em sentido estrito, o que releva é a "atribuição de importância aos efeitos da norma", assim, "valoram-se e contrapesam-se *os efeitos positivos referentes à satisfação de bens, interesses ou valores e os efeitos negativos de interferência em bens, interesses ou valores com aqueles colidentes*" ou, ainda de forma mais precisa, pondera-se "a dimensão ou grau de importância que se pode atribuir aos efeitos de satisfação e aos efeitos de interferência produzidos ou causados por uma norma" [1046].

[1044] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 350-351. (Tradução livre).
[1045] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 794-796.
[1046] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 795 e 797.

De outro lado, a valoração da importância dos efeitos decorrentes da adoção ou ausência de emprego da medida legislativa deve ser efetivada tento em conta tanto os impactos objetivos da medida quanto os efeitos subjetivos da norma; contudo, a ponderação, nesta dimensão de controle abstrato de constitucionalidade, não considera, em regra, a perspectiva específica e individual de cada sujeito afetado negativamente pela medida, mas sim leva em conta "a importância ou impacto *médio*, isto é, os efeitos tal como sentidos ou intuídos pelo destinatário médio da norma legislativa" [1047].

Ainda, deve ser exposto que, analiticamente, a importância dos efeitos relacionados à satisfação de um bem, interesse e valor e a importância de se prevenir os efeitos negativos decorrentes da intervenção não se confunde com a identificação da intensidade com que essa intervenção atinge os bens, interesses ou valores colidentes (por interferência positiva ou por interferência devido à ausência de satisfação); a definição da importância dos efeitos remete para uma dimensão essencialmente valorativa enquanto a identificação da intensidade da intervenção dirige o aplicador para uma análise primordialmente empírica, contudo, para se alcançar a deliberação final acerca da importância dos efeitos decorrentes da medida é indispensável a avaliação dos dados empíricos, notadamente, "os que se referem às intensidades dos efeitos de interferência e de satisfação e o atinente ao grau de certeza sobre a verificação desses efeitos" [1048].

De resto, como referido, a restrição legislativa estará constitucionalmente justificada, nos casos em que os efeitos positivos decorrentes da norma possuírem maior importância do que os efeitos negativos decorrentes da medida, a partir do que a intervenção será "*justa*, *adequada*, *razoável*, *proporcionada*"; destarte, é visível que a relação entre os objetos em comparação – efeitos derivados da medida legislativa, positivos e negativos, jurídicos e materiais – e a definição da importância desses efeitos, depende, ainda, da inclusão de um terceiro ponto, a permitir a comparação e consequente definição de maior, menor ou equivalente importância dos efeitos positivos e negativos decorrentes da medida; ou seja, a inarredável exigência dessa relação entre a satisfação dos objetivos buscados e o prejuízo sofrido pelo direito fundamental ser tida como correta, proporcional ou materialmente

[1047] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 802.
[1048] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 795.

adequada [1049] requer a identificação de uma qualidade comum a permitir a comparação entre os objetos da ponderação.

Assim, em prosseguimento, é necessário que seja identificado o *valor de cobertura ou escolha* a servir de critério a possibilitar a comparação entre os objetos de valoração e, consequentemente, ser a referência a justificar a maior, menor ou equivalência da importância dos efeitos decorrentes da norma e a consequente (in) justiça da restrição legislativa.

4.4.3.2.4. Proporcionalidade em sentido estrito e valor de cobertura ou escolha

Precisados os objetos da ponderação no âmbito do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, em continuidade, é necessário que seja identificado um atributo comum entre as grandezas que serão valoradas, ou seja, a fim de ser possível a comparação entre a importância dos efeitos benéficos relativos à promoção do fim e os efeitos deletérios decorrentes da afetação desvantajosa que decorrem da medida legislativa, um valor de cobertura ou escolha deve ser especificado.

Nesse sentido, Alexy define que a comparação entre os objetos da ponderação – importância de satisfação de um princípio em contraponto à intensidade da interferência oposta a outro – deve ser efetivada a partir do ponto de vista da Constituição [1050]. Por sua vez, Canas estabelece que o valor de cobertura, apesar de decorrer da Constituição, deve ser mais específico, a fim de possibilitar a comparação entre os objetos da ponderação; esse valor de cobertura, apesar de aceitar variações a depender do tipo de colisão que está em causa, é encontrado, no mais das vezes, na liberdade, ou seja, deve-se comparar o benefício e o prejuízo à liberdade que decorre da medida legislativa, assim, "nas ponderações inerentes à proibição do excesso, *tertium comparationis* quase incontornável é o do impacto que os efeitos produzem sobre o *ambiente geral de liberdade*" [1051].

Tendo em conta as propostas descritas, deve ser destacado, desde logo, que o valor de cobertura ou escolha definido por Alexy, é por demais amplo e, consequentemente, inservível

[1049] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 753.
[1050] ALEXY, Robert. A fórmula, págs. 141-142.
[1051] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 798.

para a finalidade a que se destina; o ponto de vista constitucional é uma ideia abstrata, imprecisa, sem conteúdo definido e, portanto, incapaz de possibilitar a comparação entre os objetos da ponderação, razão pela qual é indispensável que esse ponto de vista constitucional seja especificado e delimitado [1052].

De outro lado, a especificação do valor de cobertura desenhada por Canas acaba por ser muito estreita e, assim, não serve como um critério geral a funcionar como medida comum a possibilitar a comparação entre os objetos da ponderação em todos os casos de aplicação da proibição do excesso, notadamente, da proporcionalidade em sentido estrito; isso porque, nos termos, inclusive, reconhecidos pelo autor [1053], podem ocorrer situações nas quais o *ambiente geral de liberdade* não será um critério idôneo a funcionar como valor de cobertura, a partir do que devem existir outros critérios concorrentes a possibilitar a comparação.

Assim, não se nega que a *medida da liberdade* seja um fator comum a servir como valor de cobertura em boa parte dos casos, contudo, busca-se, aqui, o delineamento de um critério que não seja tão amplo como o *ponto de vista da Constituição*, mas que, contudo, seja capaz de funcionar como valor de cobertura em todas as ponderações levadas a efeito no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito.

Esse critério é encontrado no princípio da dignidade da pessoa humana; isso se dá por uma razão principal, qual seja, a dignidade da pessoa humana fundamenta a grande maioria dos direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente tutelados; portanto, sendo a dignidade da pessoa humana o fundamento principal dos direitos fundamentais, qualquer violação a essas normas constitucionais implica, ainda que indiretamente, prejuízo à dignidade da pessoa humana; essa relação, apesar de implícita, é dedutível da Constituição Federal brasileira, uma vez que o texto constitucional reconhece, inicialmente, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado de Direito (Título I, art. 1°, III, CF) e, em sequência, passa a arrolar formalmente os direitos e garantias fundamentais (Título II, art. 5°, e segs.); a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado de Direito social e democrático, assim, está materialmente vinculada à promoção, proteção e respeito à dignidade

[1052] Nesse sentido. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 781.
[1053] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 798.

da pessoa humana e, consequentemente, aos direitos fundamentais, os quais são fragmentos dessa dignidade [1054].

Logo, nos casos de colisões a envolver direitos fundamentais, os bens, interesses e valores em conflito, no mais das vezes, refletirão parcelas da dignidade da pessoa humana e a ela poderão ser reconduzidos, a partir do que, quando da resolução dessas colisões, deve obter precedência o bem, interesse e valor que, naquele caso concreto, encontre-se mais próximo à dignidade da pessoa humana; especificamente, no que diz com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, devem ser ponderados, em determinado caso concreto, os efeitos positivos e negativos que a medida legislativa adotada acarreta à dignidade da pessoa humana.

Em suma, a dignidade da pessoa humana – uma vez que fundamenta o próprio Estado de Direito e os direitos fundamentais – exerce "um papel regulativo enquanto princípio orientador das ponderações que têm inevitavelmente lugar na realização dos direitos fundamentais" [1055]; entrementes, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como o valor de escolha ou cobertura na ponderação inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; os objetos de ponderação neste segmento da proibição do excesso – efeitos derivados da medida legislativa, positivos e negativos, jurídicos e materiais, relativos à finalidade que se busca promover e a intervenção oposta para tanto – devem encontrar uma relação proporcional, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que, caso essa relação proporcional não reste verificada, ocorrerá declaração de inconstitucionalidade da norma objeto de controle.

4.4.3.2.5. O modelo triádico

Robert Alexy busca, pela fórmula do peso, a demonstração da racionalidade interna da ponderação, a partir da valoração e definição de pesos aos fatores objeto de ponderação e, após, pela conversão em uma escala cardinal dos pesos atribuídos para cada uma das variáveis relevantes ao sopesamento; isso possibilitaria uma avaliação conjunta de todos os fatores e, ao

[1054] NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade, Volume I*, págs. 73-77 e 83.
[1055] NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade, Volume I*, pág. 79.

final, a demonstração – indicada mediante a utilização de uma escala cardinal – de qual princípio possui precedência naquela situação concreta.

Contudo, o modelo triádico utilizado por Robert Alexy – bem como as versões mais refinadas desse modelo – para demonstrar o grau de importância de satisfação de uma finalidade constitucional e a intensidade com que a restrição atinge o direito fundamental não merece adesão.

Em um primeiro momento, calhar ressaltar que a ponderação a ser levada a efeito quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito requer uma valoração bilateral entre os efeitos produzidos pela medida legislativa, tanto no que se refere à afetação desvantajosa causada ao direito fundamental quanto no que diz com a satisfação da finalidade buscada; essa valoração pode ser racionalmente realizada e concluída com base na adoção de uma escala ordinal a indicar se é mais importante satisfazer o fim do que evitar a restrição ao direito fundamental ou, ainda, se há equivalência entre ambos; entrementes, basta à proporcionalidade em sentido estrito a definição de uma relação entre os objetos da ponderação que indique quais efeitos da medida legislativa possuem, em determinado caso concreto, mais importância ou maior peso e quais são menos importantes ou possuem menor peso ou, ainda, se há empate entre a importância ou peso desses efeitos [1056].

Por sua vez, o modelo triádico de Alexy, além de desnecessário, é envolto por uma série de problemas, notadamente: a) busca criar uma comensurabilidade indireta entre os fatores objeto de ponderação, o que, além de desnecessário, uma vez que basta a comparabilidade diante de uma grandeza comum para que a ponderação possa ser levada a efeito, é inviável; b) a escala triádica (sério, médio, leve), em contraponto com uma escala ordinal a indicar maior/menor/empate, além de não ser necessária, apresenta maiores dificuldades aplicativas, especialmente, no que diz com a atribuição dos pesos aos objetos da ponderação, criando, assim, uma operação metodológica mais complexa e desnecessária para que o sopesamento possa ser levado a efeito [1057]; c) não é indicado se a definição da intensidade da intervenção e

[1056] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 799-800.
[1057] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 769.

da importância de satisfação toma por base a perspectiva subjetiva dos afetados pela medida legislativa ou se é considerado o direito fundamental em termos gerais e abstratos [1058].

De resto, com o modelo triádico, Alexy busca envolver conjuntamente na ponderação, além da intervenção concreta em cada um dos princípios em colisão, o peso abstrato desses mesmos princípios e o grau de certeza epistêmica existente no caso; metodologicamente, contudo, como se explicitará na sequência, os pesos abstratos dos bens, interesses ou valores em colisão, bem como o grau de certeza epistêmica, não são propriamente objetos da ponderação e, portanto, não demandam valoração conjunta com os efeitos da medida legislativa nem tampouco devem ser escalonados triadicamente.

Entrementes, por todas as razões expostas, a escala triádica proposta por Alexy não será adotada neste trabalho, assim como ocorreu com a fórmula do peso; será utilizada uma escala ordinal, nos termos expostos, a indicar a equivalência, maior e menor peso ou importância, de um lado, dos efeitos decorrentes da medida legislativa relacionados à promoção da finalidade buscada com a restrição oposta ao direito fundamental e, de outro lado, dos efeitos relacionados ao prejuízo experimentado pelo direito fundamental em razão da intervenção manejada pelo legislador para a consecução do objetivo.

4.4.3.2.6. Ponderação e discricionariedade estrutural

Como destacado, para Alexy, a discricionariedade estrutural para ponderar ocorre quando não é revelada, a partir do sopesamento levado a efeito no caso concreto em apreciação, nenhuma diferença relevante entre a intensidade com que restrição atinge o direito fundamental em contraponto ao grau de importância da realização dos objetivos almejados pelo legislador.

Nesse ponto, entendemos que a razão está com Alexy, pois, efetivamente, em não sendo encontrado pela jurisdição constitucional um excesso na restrição legislativa, o qual advém da maior importância concreta de se evitar a restrição ao direito fundamental em comparação com o peso da relevância de satisfação das finalidades buscadas, não há fundamento para a

[1058] MORESO, José Juan. Alexy e la aritmética, págs. 63-64. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 768.

declaração de inconstitucionalidade da medida, uma vez que, nesses casos, o meio eleito pelo legislador não se revela desproporcional e, consequentemente, não afeta desvantajosamente de forma excessiva o direito fundamental.

Logo, estando presente, no caso concreto, a discricionariedade estrutural – a qual é sempre condicionada a um resultado de equivalência na ponderação, a considerar a relação entre a importância dos efeitos decorrentes da medida legislativa relacionados à satisfação da finalidade buscada e ao sacrifício oposto ao direito fundamental para tanto – a restrição não será adjetivada de desproporcional; de outro lado, a consecução dos fins, bem como a restrição legislativa que a instrumentaliza, igualmente, não se mostrarão obrigatórios, possuindo o legislador uma livre margem de avaliação acerca da conveniência e oportunidade de promover o fim e opor a restrição ao direito fundamental ou de não o fazer, sendo ambas as possibilidades compatíveis com a Constituição.

Essa solução, também, é preconizada por outros autores e, inclusive, por dispositivos constitucionais. Por exemplo, veja-se a interpretação, indicada como possível por Aharon Barak, para artigo da Constituição de Israel, o qual dispõe que "direitos constitucionais não podem ser limitados a não ser que a limitação seja feita por uma lei que satisfaça série de condições"; dentre esses requisitos, encontra-se a exigência de que a restrição legislativa atinja o direito fundamental, apenas, "em extensão não maior do que o necessário"; segundo o autor, é viável interpretar-se referido preceito constitucional no sentido de que, nos casos em que houver empate na ponderação, não resta verificado que a lei afetou de forma desvantajosa o direito fundamental além do necessário, consequentemente, a medida legislativa não é desproporcional [1059].

Entrementes, sendo a ponderação levada a efeito no âmbito do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e, no caso, alcançada conclusão acerca da equivalência a envolver a importância dos efeitos da medida legislativa – relativos à finalidade buscada e ao sacrifício imposto – a conclusão inarredável será no sentido da constitucionalidade da lei restritiva, ante a ausência de desproporcionalidade no meio selecionado pelo legislador democraticamente eleito; assim, nessas situações, os direitos fundamentais não ordenam ou

[1059] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 366. (Tradução livre).

proíbem a solução adotada pelo legislador, sendo-lhe, portanto, constitucionalmente conferido um espaço estrutural para deliberação.

4.4.3.2.7. Ponderação e fatores epistêmicos

Lançada posição acerca da discricionariedade estrutural, o próximo ponto a ser abordado deve recair acerca da solução apresentada por Alexy no que se refere à relevância da incerteza epistêmica para a ponderação, ou seja, calha revelar como proceder quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito em situações de incerteza epistêmica acerca das premissas empíricas e normativas relevantes para o caso e, consequentemente, definir quais os espaços de atuação discricionária do legislador democraticamente eleito e o âmbito de controle da jurisdição constitucional nessas circunstâncias; assim, diferentemente da discricionariedade estrutural, a qual surge a partir de um resultado de empate na ponderação, na discricionariedade epistêmica o resultado da ponderação é inseguro em razão da ausência de certeza cognitiva acercas das premissas fáticas e/ou normativas pertinentes à hipótese.

Como referido, para Alexy, fatores epistêmicos devem ser considerados como variáveis integrantes da fórmula do peso e, consequentemente, objetos da ponderação, a partir do que o sopesamento levaria em consideração, de um lado, a relação de tensão a envolver o princípio formal democrático, o qual determina que em situações de insegurança epistêmica as decisões do legislador devem prevalecer, e, de outro, o princípio material de direitos fundamentais, o qual impõe que as restrições podem ser levadas a efeito apenas em situações de segurança epistêmica; a considerar que os princípios formais e os materiais são mandamentos a serem objeto de otimização, Alexy rejeita a prevalência absoluta de qualquer um deles nas situações de colisão, razão pela qual essa tensão requer que a ponderação leve em conta fatores epistêmicos, a partir do que, a depender dos pesos abstratos dos princípios em colisão, da importância de satisfação da finalidade buscada pelo legislador, da intensidade da afetação desvantajosa oposta e da confiabilidade das premissas empíricas e normativas, tanto o princípio formal quanto o material poderão obter precedência no caso concreto.

Entrementes, para Alexy, o efetivo espaço de atuação do legislador e da justiça constitucional, nesse âmbito da discricionariedade epistêmica para ponderar, é alcançado a partir do delineamento de uma premissa, qual seja, a existência de uma conflituosa "relação entre princípios materiais e princípios formais"; entrementes, tendo essa ideia por base, para a Alexy, a resposta à alegada colisão a envolver os direitos fundamentais e o princípio democrático requer uma ponderação de segunda ordem a envolver esses princípios [1060]; logo, estando em causa uma colisão entre princípios constitucionais, a solução do impasse demanda uma nova ponderação, nesse caso, regida pela seguinte lei: "quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se sustenta" [1061].

A tese desenvolvida por Alexy referente à incerteza cognitiva e discricionariedade epistêmica, contudo, é dotada de insuficiências que contraindicam a sua adoção; para essa conclusão ser alcançada, é vital que a análise dessa proposta aborde três pontos centrais; entrementes, é necessário que sejam consideradas a lei epistêmica da ponderação e a fórmula do peso [1062], bem como a existência de efetiva colisão a envolver os princípios formais e materiais e a consequente relevância dessa relação para a ponderação.

Nesse sentido, em um momento inicial, pertinente expor a análise efetivada por Matthias Klatt e Johannes Schmidt acerca do modelo alexyano de discricionariedade epistêmica, âmbito no qual já serão relevados pelos autores alguns pontos insatisfatórios da fórmula do peso e da lei epistêmica da ponderação; além disso, em correção e complemento à fórmula do peso, Klatt e Schmidt propõem uma "ponderação classificatória" visando à identificação dos valores a serem considerados na fórmula do peso referentes às intensidades das afetações desvantajosas – por intervenção positiva ou por intervenção devido à ausência de satisfação – e dos operadores epistêmicos (I_i, R_i e I_j, R_j) [1063]; essa orientação, igualmente, merecerá a nossa análise.

Segundo Klatt e Schmidt, o ponto central da teoria de Alexy acerca da discricionariedade epistêmica empírica é encontrado na segunda lei da ponderação ou lei epistêmica da

[1060] ALEXY, Robert. *Epílogo*, pág. 82.
[1061] ALEXY, Robert. *Epílogo*, pág. 94.
[1062] KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure*, pág. 110.
[1063] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. *International Journal of Constitutional Law. I●CON (2012), Vol. 10, N.° 1, pgs. 69-105*. Oxford University Press anda New York University of Law, 2012. (Tradução livre).

ponderação – *quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se sustenta* –, entrementes, para Alexy, o grau de certeza epistêmica empírica existente em determinado caso deve ingressar na fórmula do peso e ser ponderado juntamente com a intensidade da interferência e importância de satisfação dos princípios em colisão [1064].

Assim, ao serem quantificados os valores a integrar a fórmula do peso, deve ser atribuído um valor ao grau de certeza epistêmica empírica presente no caso e, para tanto, Alexy vale-se de uma escala triádica a indicar as categorias epistêmicas possíveis; essa escala é formatada com base na intensidade de controle da medida legislativa que o Tribunal Constitucional Federal alemão realiza em cada caso, configurando-se, assim, uma escala de revisão; além disso, essa escala definida por Alexy permite que a autoridade competente para a revisão analise a plausibilidade das suposições firmadas pela autoridade revisada, logo, por essa visão, a justiça constitucional, apenas, revisaria a plausibilidade da avaliação do legislador acerca das intensidades de interferência e satisfação, contudo, não efetivaria uma avaliação própria acerca do tema, o que traria, segundo os autores, dois problemas principais [1065].

Primeiro, tendo em vista que a escala desenhada por Alexy foi desenvolvida para incidir em face de uma específica relação de revisão – legislador e Tribunal Constitucional – ela mostra-se insuficiente para ser aplicada a outro tipo de relação que não seja de revisão, ou, ainda, para ser manejada em outro tipo de relação de revisão, como, por exemplo, justiça ordinária e justiça constitucional; isso acarretaria prejuízo à universalidade da lei epistêmica da ponderação. Segundo, a escala de revisão formulada por Alexy é incapaz de cumprir o disposto na lei epistêmica da ponderação, pois a confiabilidade cognitiva deve ser ponderada com a intensidade de interferência e não com a plausibilidade das avaliações levadas a efeito pela autoridade revisada acerca da intensidade de interferência [1066].

Klatt e Schmidt sustentam que a identificação da intensidade na qual a revisão pode ser feita em determinado caso deve ser realizada independentemente da avaliação do grau de certeza epistêmica, assim, propõem uma escala triádica, denominada de "escala de

[1064] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, fls. 72-73. Para efeito de simplificação da exposição, os autores consideram equivalentes os pesos abstratos dos princípios colidentes e, consequentemente, a irrelevância desse fator para a ponderação.
[1065] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, pág. 76.
[1066] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, pág. 76.

confiabilidade", a qual expressa, a partir da avaliação de cada autoridade responsável pela ponderação, o "grau de confiabilidade ou certeza das premissas empíricas"; nessa linha, a escala de confiabilidade remete para três níveis epistêmicos, "'confiabilidade ou certeza' (c=2°), 'confiabilidade ou certeza médias' (a=2^{-1}), e 'insegurança ou incerteza' (u=2^{-2})"; nesses termos, a escala de confiabilidade possui uma validade universal e pode ser aplicada independentemente de determinada relação de revisão [1067].

De outro lado, além do problema que diz com a escala de revisão formulada por Alexy, Klatt e Schmidt levantam a questão a envolver a classificação da intensidade de interferência em determinadas situações em que se faz presente a incerteza epistêmica; segundo os autores, a lei epistêmica da ponderação abarca, apenas, os casos em que a incerteza epistêmica empírica é relacionada às premissas subjacentes à restrição, pressupondo, de outro lado, que a identificação das intensidades de interferência nos princípios colidentes seja aquilatada à revelia de qualquer fator epistêmico; não obstante, em grande parte dos casos, a incerteza epistêmica existente diz, notadamente, com a insegurança na determinação das intensidades de interferência em si mesmas consideradas; a lei epistêmica da ponderação requer certeza cognitiva acerca das intensidades de interferência, portanto, em nada contribui para a solução dos casos em que a incerteza cognitiva paira exatamente em face das intensidades das afetações desvantajosas (por interferência positiva ou por interferência devido à ausência de satisfação); há, assim, uma relevante lacuna a envolver a doutrina da ponderação proposta por Alexy [1068].

Para Alexy, a fórmula do peso deve absorver a avaliação firmada pela autoridade revisada acerca das intensidades de interferência por satisfação e não satisfação, mesmo que essa valoração seja epistemicamente incerta; para Klatt e Schmidt, contudo, a demarcação das intensidades de interferência em situações de incerteza epistêmica deve ser alcançada a partir de uma ponderação – prévia à ponderação formalizada pela fórmula do peso – a envolver a solução mais certa e a mais pessimista; entrementes, tendo em conta que essa ponderação determinará a "classificação da intensidade de interferência, ela será chamada de ponderação classificatória"; destarte, a ponderação classificatória tem assento em lugar prévio à ponderação a envolver os princípios materiais em colisão e permite que sejam aquilatados os

[1067] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 76-77. (Tradução livre).
[1068] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 77-78.

valores que devem ser considerados na fórmula do peso referentes às intensidades das afetações desvantajosas – por intervenção positiva ou por intervenção devido à ausência de satisfação – e dos operadores epistêmicos (I_i, R_i e I_j, R_j) [1069].

Diferentemente da relação estabelecida pela segunda lei da ponderação de Alexy – gravidade da interferência e segurança epistêmica – a ponderação classificatória leva em conta e propõe o sopesamento das diversas intensidades de interferência possíveis na hipótese e a correspondente confiabilidade epistêmica de cada uma; nessa linha, Klatt e Schmidt estabelecem uma regra – denominada "Lei da Classificação" – a nortear a ponderação classificatória, a qual dispõe: "quanto mais confiável for uma classificação mais intensiva de intensidade de interferência, mais confiável deve ser uma classificação menos intensiva de intensidade de interferência" [1070].

Destarte, a *Lei da Classificação* e a *ponderação classificatória* permitem que, em situações de incerteza epistêmica empírica acerca das intensidades de interferência em si consideradas, sejam encontrados os valores a serem atríbudos às intensidades de interferência e ao grau de certeza epistêmica, assim, possuem uma função de justificação externa de fatores que serão objeto da ponderação descrita pela fórmula do peso; em outras palavras, em situações em que são possíveis várias definicões acerca da intensidade de interferência e do grau de certeza epistêmcia, uma vez tomado em consideração cada princípio em colisão, a ponderação classificatória é capaz de conduzir o aplicador à escolha racional de uma determinada intensidade de inteferência, dentre todas as possíveis, bem como à seleção do respectivo grau de confiabilidade epistêmica [1071].

É possível definir que o produto dos fatores objeto da ponderação na fórmula do peso, previstos em cada um dos lados da equação – intensidade de interferência, peso abstrato [1072] e confiabilidade epistêmica – revela a "'a capacidade de interferência ou defesa' C_i de um princípio", a partir do que a ponderação classificatória, em sua modalidade mais básica, pode ser formalmente descrita nos seguintes termos [1073]:

[1069] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 79-80.
[1070] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 80-81. (Tradução livre).
[1071] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 81, 83 e 85.
[1072] "Na ponderação classificatória, o peso abstrato pode ser ignorado, pois o mesmo princípio está sendo examinado em ambos os lados – diferentemente da fórmula do peso". KLATT, Matthias. Schmidt, Johannes. Epistemic discretion, pág, 81. (Tradução livre).
[1073] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, pág, 81. (Tradução livre).

$$C_{i1,2} = \frac{C_{i1}}{C_{i2}} = \frac{I_{i1} \bullet R_{i1}}{I_{i2} \bullet R_{i2}}$$

Após a ponderação classificatória, podem ser alcançadas as seguintes soluções: (a) caso o valor $C_{i1,2}$ seja superior a 1, os valores atribuídos para I_{i1} e R_{i1} devem ser reproduzidos na fórmula do peso; (b) se o valor $C_{i1,2}$ for inferior a 1, a fórmula do peso deve incorporar os valores de I_{i2} e R_{i2}; (c) nas situações em que o valor de $C_{i1,2}$ for igual a 1, ocorre um empate na ponderação classificatória, a partir do que o aplicador possui discricionariedade epistêmica para escolher quais os valores – I_{i1} e R_{i1} ou I_{i2} e R_{i2} – irão integrar a fórmula do peso. Para Klatt e Schmidt, a discricionariedade originada do empate na ponderação classificatória – "discricionariedade de classificação" – é a verdadeira discricionariedade epistêmica empírica; a discricionariedade epistêmica empírica, portanto, surge em momento anterior à discricionariedade estrutural, bem como é relacionada à análise de cada princípio isoladamente considerado, assim, apresenta, também, configuração diversa da discricionariedade estrutural, uma vez que o impasse estrutural surge quando da ponderação a envolver os princípios materiais em colisão [1074].

De resto, os autores advertem que a lei epistêmica da ponderação leva em consideração cada princípio em colisão de forma isolada, entrementes, sua aplicação é dependente da perspectiva tomada, ou seja, a segunda lei do sopesamento deve ser aplicada duas vezes, pois sua incidência ocorre, individualizadamente, em face de cada um dos lados da equação expressa pela fórmula do peso; nesses termos, é sugerida uma reformulação para a segunda lei da ponderação, nos seguintes termos: "quanto mais séria é uma interferência em um princípio P_i, mais certas devem ser aquelas premissas que justificam a classificação da intensidade da interferência I_i" [1075].

Ultrapassada a análise da incerteza epistêmica empírica, no que diz com a incerteza epistêmica normativa, Klatt e Schmidt contestam a proposição de Alexy no sentido de a ausência de segurança em um resultado de impasse na ponderação configurar a situação mais

[1074] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 81-82. (Tradução livre).
[1075] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 84-85.

relevante de incerteza epistêmica normativa; segundo os autores, a ausência de confiabilidade acerca do resultado da ponderação sequer configura uma situação de insegurança normativa, pois, de acordo com a metódica formal da ponderação desenhada pela fórmula do peso, o resultado da ponderação decorre de uma operação aritmética, portanto, não há insegurança epistêmica normativa possível [1076].

A ausência de certeza epistêmica normativa não está, portanto, no resultado da ponderação, mas nos valores insertos na fórmula do peso, ou seja, a incerteza normativa em casos de impasse na ponderação deriva da ausência de confiabilidade cognitiva relativa a precisa classificação acerca da importância concreta de cada princípio em colisão; entrementes, como a definição da importância concreta de cada princípio decorre do produto do peso abstrato e da intensidade de interferência (variáveis *W* e *I*, na fórmula do peso) a incerteza cognitiva normativa pode se fazer presente na definição do peso abstrato dos princípios, bem como na classificação das intensidades de interferência [1077], ou seja, quando da indicação dos valores a serem atribuídos a essas variáveis, se a escala de classificação contiver mais de um valor, poderão ocorrer incertezas epistêmicas normativas [1078].

Assim como nas hipóteses de incerteza empírica, a análise dos casos de incerteza acerca das premissas normativas pressupõe a distinção entre duas situações possíveis de insegurança; a incerteza cognitiva empírica ocorre quando não há confiabilidade acerca das premissas empíricas, bem como nos casos em que há insegurança acerca da intensidade da intervenção em si mesma considerada; por sua vez, a incerteza normativa ocorre em situações em que não há segurança na classificação da intensidade de interferência ou do peso abstrato de um princípio, o que pode ser verificado tanto no plano de uma análise abstrata da norma quanto na dimensão de sua aplicação concreta, ou seja, por exemplo, no caso de uma sentença judicial que aplica em um caso concreto uma sanção criminal dentro das margens mínimas e máximas previstas no preceito secundário da norma penal, a decisão judicial está inerentemente vinculada a considerações normativas, as quais, contudo, poderão não ser tão

[1076] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, pág. 87.
[1077] Essa assertiva – incerteza epsitêmica normativa ocorre quando não há segurança acerca do valor a ser atribuído à intensidade de interferência – não implica equivalência entre a incerteza empírica e a insegurança normativa, pois a primeira ocorre quando o conhecimento emprírico é inseguro, já a segunda situação é verificada quando há insegurança acerca da classificação a ser adotada, não obstante a certeza existente acerca dos fatos. Ver: KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, pág. 92.
[1078] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, pág. 87.

seguras quanto às premissas normativas relevantes para uma análise abstrata do próprio tipo penal e da punição pelo delito em termos gerais; essas duas situações de incerteza normativa podem acarretar o reconhecimento da discricionariedade epistêmica normativa [1079].

Em continuidade, os autores asseveram que a segunda lei da ponderação também se aplica à incerteza cognitiva normativa, porém, não indica em que termos a confiabilidade das premissas normativas deve ser absorvida pela fórmula do peso; nesse sentido, Klatt e Schmidt, em um primeiro momento, sugerem a diferenciação, na fórmula do peso, das variáveis referentes à segurança empírica e as que dizem com a segurança normativa, sendo esta última, assim, representada por R^n [1080].

A questão próxima, então, diz com a justificação externa do valor a ser atribuído ao peso abstrato dos princípios em colisão, à intensidade de interferência e ao grau de certeza epistêmica; aqui – assim como ocorre na incerteza empírica acerca da intensidade da intervenção em si mesma considerada – a ponderação classificatória entra em cena, sendo a sua formulação básica a seguinte [1081]:

$$C_{i1,2} = \frac{I_{i1} \bullet R^n_{i1}}{I_{i2} \bullet R^n_{i2}}$$

As regras da ponderação classificatória, no que diz com os valores a serem atribuído à intensidade de interferência e ao peso abstrato dos princípios em colisão, seguem a mesma lógica observada quando do seu emprego nas situações de incerteza epistêmica; portanto, apenas nos casos em que o resultado da ponderação classificatória exteriorizar um empate, surge a discricionariedade epistêmica normativa [1082].

De outro lado, referente à relação exposta por Alexy a envolver o princípio formal democrático e o princípio material de direito fundamental, notadamente, da necessidade desses princípios serem ponderados para a definição da discricionariedade epistêmica, Klatt e Schmidt apresentam entendimento diverso sobre a questão; para os autores, a segunda lei da

[1079] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 88-89.
[1080] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 90-91.
[1081] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 91-92.
[1082] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 93-94.

ponderação, diferentemente do defendido por Alexy, não estabelece qualquer relação entre princípios materiais e formais, sendo o seu objeto de regulação referente à ponderação entre incertezas epistêmicas e o princípio material de direito fundamental; na verdade, Alexy trata o princípio formal democrático como uma regra a outorgar determinada competência definitiva ao legislador, qual seja a de tomar a decisão quando a discricionariedade epistêmica se fizer presente; entrementes, o princípio formal democrático não é relevante para o delineamento da discricionariedade epistêmica, pois a fixação da competência do legislador pressupõe que a discricionariedade epistêmica esteja previamente estabelecida; a partir disso, fica clara a conclusão no sentido de a discricionariedade epistêmica decorrer dos princípios materiais e não depender, para a sua construção, do princípio formal democrático e das regras de competência decorrentes [1083].

O último ponto abordado por Klatt e Schmidt diz com a relação entre a discricionariedade e controle; nesse sentido, os autores buscam desenvolver um modelo universal, ou seja, que seja aplicável a qualquer relação de controle; assim, para alcançarem essa finalidade, os autores formatam um "modelo de dois níveis" pelo qual há separação, em planos diversos, da relação entre questões competências e a envolver os princípios materiais; o primeiro nível é o da ponderação entre princípios materiais, a qual é levada a efeito – por qualquer autoridade e à revelia de relações de revisão – nos termos da fórmula do peso e a partir de uma justificação externa correta; no segundo nível – denominado "'nível de revisão'" – o princípio formal entra em cena, assim, a revisão da decisão proferida pela autoridade revisada deve observar uma justificação interna, a qual se refere à verificação de observância da formalização da ponderação prescrita pela fórmula do peso, bem como uma justificação externa que corresponde à análise da correção, nos termos da ponderação classificatória, do valor atribuído às variáveis constantes da fórmula do peso; a discricionariedade estrutural estará presente, apenas, quando da justificação interna e, consequentemente, a discricionariedade epistêmica será visualizada no âmbito da justificação externa [1084].

Em continuidade, uma vez ultrapassada a exposição das propostas de Alexy e de Klatt/Schmidt, é momento de lançarmos posição própria acerca do tema; nesse sentido, o primeiro ponto a ser definido diz com a relação e espaços de atuação do legislador

[1083] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 97-99.
[1084] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 99-103.

democraticamente eleito e da jurisdição constitucional nos casos de incerteza epistêmica; após, necessário que seja avaliada a lei epistêmica da ponderação desenvolvida por Alexy, bem como a inserção de fatores epistêmicos no âmbito da fórmula do peso e, consequentemente, como objetos da ponderação a envolver os princípios materiais em colisão; ainda, a ponderação classificatória de Klatt e Schmidt também merecerá a nossa atenção.

Contudo, antes de ingressarmos especificamente nas questões supradestacadas, necessário, preliminarmente, que seja exposta uma nota explicativa: nossa análise possui como objeto o princípio da proibição do excesso enquanto norma de controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais, notadamente, neste momento, o estudo incide em face do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito; entrementes, diferentemente de Klatt e Schmidt, não pretendemos desenvolver um modelo universal de solução às questões da discricionariedade cognitiva aplicável a qualquer tipo de ponderação e às mais diversas relações de revisão; pretendemos demonstrar, de outro modo, como deve ser efetivada a aplicação, pela jurisdição constitucional, do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, enquanto norma de controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais, em situações de incerteza cognitiva; essa é a específica relação de revisão que norteia a análise aqui levada a efeito e, consequentemente, a ponderação que aqui importa é a inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no âmbito da proibição do excesso enquanto norma de controle.

Ultrapassado esse ponto, passamos à análise da proposta de Alexy; para o autor, nos termos destacados, a questão central da discussão a envolver a discricionariedade epistêmica é encontrada a partir da constatação da existência de uma relação de tensão – e, consequentemente, da necessidade de ponderação para resolução da colisão – entre princípios formais (competência decisória do legislador) e princípios materiais (direitos fundamentais), assim, iniciaremos a tomada de posição sobre o tema a partir dessa relação.

Nessa linha, não obstante a solução apontada por Alexy, manifestaremos entendimento diverso, o qual pode ser sumarizado nos seguintes termos: (a) no que diz com a definição da discricionariedade epistêmica para ponderar, apesar da efetiva relevância do princípio formal enquanto delimitador de espaços de atuação dos poderes constituídos, não se verifica uma verdadeira colisão, a ser resolvida pela ponderação, entre o princípio da competência

decisória do legislador e os direitos fundamentais; (b) é inviável a pretensão de se ponderar princípios formais ou procedimentais, uma vez que despidos de peso concreto e insuscetíveis de compressão [1085].

Assim, ainda que seja aceita a existência, em algumas situações, de uma tensão entre Estado de Direito (direitos fundamentais) e Democracia, essa colisão possui assento em outra perspectiva e em nada releva para a solução das problemáticas questões a envolver a discricionariedade epistêmica; em apertada síntese, a relação entre ambos os princípios ocorre no sentido de o princípio democrático concretizar-se na ideia de que as decisões relevantes para uma sociedade devem ser tomadas pela maioria dos seus membros, sendo que, de outro lado, há direitos fundamentais que limitam as possibilidades das deliberações majoritárias e, consequentemente, impõem a exigência de controle de constitucionalidade das decisões legislativas [1086].

Essa tensão, contudo, não implica a necessidade de ponderação para ser solucionada, uma vez que o estudo preciso de cada um dos princípios estruturantes indicará os espaços de atuação de cada poder constituído quando a maioria entender pela afetação negativa de algum direito fundamental; por sua vez, a incerteza acerca do que os direitos fundamentais efetivamente permitem, proíbem ou facultam não cria uma tensão entre os princípios formais e materiais, ou seja, a presença de incertezas cognitivas empíricas ou normativas, apenas, põe em dúvida o que, de fato, o princípio formal da competência decisória do legislador preceitua como solução para a situação em questão e, de outro lado, a intensidade de controle que pode ser legitimamente levada a efeito pela jurisdição constitucional.

Entrementes, a conclusão para essa indagação – o que preceitua o princípio formal da competência decisória do legislador quando existentes, no caso, dúvidas epistêmicas relacionadas à certeza acerca das premissas empíricas e normativas e qual a intensidade de controle que pode ser legitimamente levada a efeito pela jurisdição constitucional – é alcançada por interpretação da Constituição e pela ideia de sua unidade enquanto sistema jurídico e não, nos termos defendidos por Alexy, por uma ponderação entre princípios formais e materiais.

[1085] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 13-15.
[1086] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça*, págs. 29-42.

Ainda, vê-se com muita dificuldade a possibilidade de o princípio formal, no caso a competência decisória do legislador, ser ponderado em face dos princípios materiais de direitos fundamentais; isso se dá pela ausência de peso concreto do princípio formal, bem como pela impossibilidade de sua compressão; logo, na verdade e como já indicado, não há conflito, mas sim incerteza normativa em relação ao verdadeiro espaço discricionário do legislador e a intensidade de controle constitucionalmente permitido à jurisdição constitucional, razão pela qual inviável a ponderação, uma vez que essa técnica pressupõe uma tensão e a possibilidade de resolução do conflito mediante a diminuição de um dos lados em embate.

Logo, o princípio democrático não pode ser objeto de ponderação, uma vez que, em momento algum, admite a possibilidade de redução, devendo a solução para a questão, assim, enveredar por outro caminho; nesse sentido, a partir de uma interpretação constitucionalmente correta, deve ser encontrado o real espaço de atuação de cada poder constituído na hipótese em causa.

Para tanto, a primeira constatação a ser feita diz com a necessidade de ser verificado se a incerteza cognitiva que se fez presente quando da adoção da medida restritiva pelo legislador transmite-se até a decisão judicial; explica-se: pode ocorrer, por exemplo, que o legislador não possua o perfeito conhecimento dos pressupostos de fato que justificaram a intervenção, ou da intensidade da afetação desvantajosa, baseando sua previsão em premissas que atribuem, apenas, razoável expectativa de que o fim almejado seja satisfeito com a restrição legislativa considerada como de provável intensidade, mas, quando da decisão de controle jurisdicional, essa insegurança quanto aos dados empíricos não se mostre mais presente; nessas situações, se for alcançada a conclusão de desproporcionalidade da intervenção, a medida poderá ser invalidada pela jurisdição constitucional.

De outro lado, estando presente a situação de incerteza cognitiva quando da decisão judicial de controle, a lei epistêmica da ponderação desenvolvida por Alexy fornece um guia constitucionalmente correto a permitir a delimitação da discricionariedade cognitiva do legislador e a intensidade de controle que pode ser legitimamente exercido pela jurisdição constitucional; apesar de, pela nossa percepção, não se configurar como uma diretiva a ser

observada quando da ponderação de fatores epistêmicos [1087] e intensidades de intervenções, a segunda lei do sopesamento estabelece um padrão de interpretação para a definição dos espaços de atuação de cada poder constituído nas situações em que a restrição ao direito fundamental é empregada pelo legislador em situações de incerteza cognitiva.

Assim, em complemento à assertiva – *quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se sustenta* – deve ser ressaltado que quanto mais grave for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior será a amplitude e intensidade de controle jurisdicional de constitucionalidade; destarte, a maior capacidade restritiva do meio implica, em contrapartida, maior intensidade no controle de proporcionalidade em sentido estrito, a partir do que não se exige, nesses casos, que o órgão de controle logre êxito em demonstrar que a desproporção da medida é clara e manifesta.

Entrementes, quanto mais intensa for a intervenção oposta pelo legislador ao direito fundamental, maior deverá ser a certeza epistêmica a justificar a restrição, o que, como consequência, corresponde à maior intensidade do controle jurisdicional, a partir do que, em casos de intervenções graves, a declaração de inconstitucionalidade da medida restritiva pode ser levada a efeito mesmo quando não houver um juízo de *evidência* acerca de sua desproporcionalidade; assim, ao passo em que a gravidade da restrição aumenta, igualmente, é elevada a intensidade do controle de proporcionalidade em sentido estrito, estando a jurisdição constitucional, portanto, legitimada a realizar um controle de *intensidade intermediária* ou, até, *substancial intensivo*; contudo, pertinente registrar que, não obstante a legitimidade do órgão de controle para, nessas situações de grave afetação desvantajosa ao direito fundamental, realizar um controle mais intenso do que o *controle de evidência*, a decisão judicial deverá demonstrar que a escolha do legislador se baseou em uma apreciação equivocada dos efeitos da medida, o que pode decorrer, por exemplo, da avaliação imprecisa das premissas normativas, da realidade fática, da intensidade da intervenção ou da importância abstrata dos interesses em colisão; além disso, a restrição legislativa também pode ter sua desproporcionalidade declarada quando o legislador partir de dados tão incertos e

[1087] Esses fatores, como será desevolvido na sequência, sequer constituem-se como variáveis passíveis de ponderação.

inseguros que não poderiam ser fundamentos suficientes a justificar uma restrição legislativa de tamanha magnitude ao direito fundamental.

Essa variação de intensidade no controle de constitucionalidade é plenamente justifica, pois, quanto maior for a intervenção causada pela medida restritiva ao direito fundamental, maior será o ônus argumentativo e de prova do legislador em justificá-la e, consequentemente, de demonstrar a proporcionalidade da medida, fato que, de outro lado, implica a conclusão de que a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito pelo órgão judicial de revisão poderá ser levada a efeito de forma a possibilitar um controle mais amplo e intenso da restrição legislativa.

A deferência com as decisões legislativas, nas situações de incerteza epistêmica em que a desproporção não é flagrante, até pode ocorre nos casos em que a afetação ao direito fundamental for de leve monta, contudo, nas hipóteses de oposição de uma intervenção mais gravosa, o controle deve ser mais intenso, ou seja, "a densidade do controlo deve acompanhar a importância e a gravidade do interesse jusfundamental que está em causa" [1088].

Todas essas conclusões coadunam-se com a adoção de um controle de evidência; quando a restrição não for grave, é exigido que a jurisdição constitucional apenas declare a inconstitucionalidade da medida quando a decisão de controle puder ser fundamentada em bases empíricas e normativas seguras, contudo, a intensidade do controle de proporcionalidade pela jurisdição constitucional irá aumentar ao passo em que a restrição legislativa for mais grave, uma vez que os direitos fundamentais adquirirem maior força ao passo em que são afetados desvantajosamente de forma mais intensa; ainda, importante consignar que o controle de evidência não implica uma total deferência pelo órgão de controle com as decisões do legislador nos casos em que a intervenção no direito fundamental for de pequena monta, pois, em qualquer situação e pela força normativa que decorre do próprio direito fundamental [1089], a restrição legislativa não poderá ser considerada hígida nas situações em que as premissas fáticas e normativas são tão incertas que não são capazes de demonstrar qualquer justificação constitucional a legitimar a intervenção.

[1088] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 20-21.
[1089] De outra forma, a entender que "a simples presença de um direito fundamental impõe, sob pena de subversão das razões que presidiram à respectiva constitucionalização, uma densidade de controlo jurisdicional intensiva na utilização dos princípios estruturantes": NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, pág. 21.

Essa construção deve ser completada pela necessidade de demonstração da possibilidade de a decisão de controle assumir contornos de racionalidade e expor de forma intersubjetiva a desproporção que acompanha a medida restritiva; com efeito, impende que a premissa, a apontar para o fato de competir à jurisdição constitucional a resolução dos desacordos a envolver os direitos fundamentais, seja complementada pela demonstração da possibilidade de esta decisão judicial de controle ser hábil para expor a incorreção da solução de prevalência dada pelo legislador; a teoria da legitimidade deve ser completada pela da racionalidade da decisão [1090].

Destarte, o problema central diz com o impasse de se definir os casos em que, mesmo havendo incerteza acerca das premissas empíricas e/ou normativas relevantes ao caso, é constitucionalmente aceitável que o legislador oponha uma afetação desfavorável ao direito fundamental; não obstante, a solução para essa questão em nada remete para uma colisão entre princípios materiais e formais; a matéria da discricionariedade epistêmica é, acima de tudo, uma questão de ônus probatório e argumentativo, ou seja, o que releva, de fato, é a demonstração, pela jurisdição constitucional, da existência de elementos de convicção suficientes a embasar, em razoável avaliação e demonstração, o reconhecimento da desproporcionalidade da medida adotada pelo legislador ou, de outro lado, demonstrar que as premissas fáticas e normativas a partir das quais o legislador fundamentou a restrição são tão incertas que não possuem capacidade para justificar a adoção de uma determinada medida restritiva; assim, sob a ótica da proibição do excesso enquanto norma de controle, a questão da incerteza epistêmica e da relacionada discricionariedade cognitiva diz, essencialmente, com a possibilidade, amplitude e intensidade de controle jurisdicional de uma restrição legislativa a um direito fundamental ou interesse constitucional.

De fato e nos termos já expostos, nas situações de incerteza epistêmica, não há real tensão a envolver os direitos fundamentais e o princípio democrático; se é verdade que os direitos fundamentais, enquanto mandamentos *prima facie*, determinam que afetações desvantajosas não sejam levadas a efeito em situações de incerteza cognitiva, também é verdade, de outro lado, que o direito fundamental ou interesse constitucionalmente tutelado perseguido pelo legislador e que esta a motivar a restrição também demanda realização na maior medida do

[1090] Ver. ALEXY, Robert. A fórmula do peso, pág. 131.

possível e, nesse sentido, requer a adoção das medidas restritivas necessárias para a sua realização mesmo em situações de incerteza cognitiva; entrementes, a colisão de base segue sendo entre princípios materiais e não entre princípios material e formal.

Essa constatação já implica outra conclusão: fatores epistêmicos não são ponderáveis; contudo, apesar de não serem objetos de ponderação, são relevantes para a definição do resultado do sopesamento, assim, a (in) certeza cognitiva insere-se no âmbito do ônus probatório e argumentativo que deve ser adimplido – no caso, pela jurisdição constitucional – para que possa legitimamente declarar a inconstitucionalidade de uma medida legislativa restritiva; ou seja, deve restar demonstrado na fundamentação da decisão de ponderação entre os efeitos da medida restritiva que os fatores empíricos e normativos relevantes para o caso, ainda que incertos, autorizam a conclusão acerca da desproporcionalidade da decisão legislativa ou, de outro lado, que a medida restritiva foi adotada a partir de fundamentos tão inconfiáveis e/ou produzirá efeitos tão incertos que não possui peso suficiente para afetar negativamente um direito fundamental.

As situações de incerteza epistêmica, em regra, não refletem um estado de insegurança total (se assim fosse, sequer os testes de idoneidade e necessidade estariam previamente adimplidos), pois, na generalidade dos casos, o que há são dúvidas parciais acerca das premissas empíricas e normativas fundamentadoras da restrição e os efeitos que decorrerão da adoção da medida; entrementes, quando da ponderação inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o que deve ser intersubjetivamente demonstrado é que a importância dos efeitos decorrentes da medida legislativa para o interesse eleito pelo legislador para justificar a restrição é menos significativa do que a importância de se evitar os efeitos desvantajosos ao colidente direito fundamental ou interesse constitucionalmente tutelado.

Não há, assim, necessidade de se atribuir valores aos fatores epistêmicos, uma vez que não integram a operação de ponderação; apesar de sua relevância e poder de direcionar o resultado do sopesamento, os fatores epistêmicos estão logicamente colocados no âmbito da justificação externa da relação de precedência decorrente da ponderação e não no interior do sopesamento.

A incerteza epistêmica empírica pode ocorrer quando não há confiabilidade acerca das premissas empíricas que justificam a restrição, bem como, nos precisos termos indicados por

Klatt e Schmidt, nas situações em que há insegurança na determinação das intensidades de interferência em si mesmas consideradas (por interferência positiva ou por interferência devido à ausência de satisfação); de forma ainda mais específica, as hipóteses descritas podem ser desenvolvidas e indicar que a incerteza cognitiva empírica é visualizada quando não há confiabilidade quanto às premissas fáticas que embasam a restrição, bem como no que diz com a ausência de certeza acerca dos efeitos que são esperados a partir da adoção da medida; ainda, a incerteza epistêmica empírica é verificada quando há dúvida acerca da intensidade da intervenção e importância de satisfação das finalidades buscadas, em si mesmas consideradas; além dessas situações, ainda é possível que a incerteza epistêmica empírica alcance a avaliação, em determinada situação concreta, acerca da perfectibilização dos requisitos que justificam a restrição [1091].

De outro lado, insegurança epistêmico-normativa é verificada nos casos em que não se possui segurança acerca dos comandos normativos irradiados pelos direitos fundamentais ou demais normativas envolvidas na colisão, o que pode afetar tanto a segurança da definição da importância dos efeitos decorrentes da adoção ou ausência de emprego da medida quanto a definição da importância abstrata dos direitos fundamentais e interesses constitucionalmente tutelados em colisão.

Os fatores epistêmicos empíricos funcionam no âmbito da ponderação inerente à proporcionalidade em sentido estrito enquanto norma de controle, notadamente, como elementos de convicção acerca da matéria fática relevante para o caso, correlacionados, assim, ao ônus probatório a ser satisfatoriamente ultrapassado para que a jurisdição constitucional possa declarar a intervenção como carente de justificação constitucional; entrementes, não se encontram na esfera do Direito material, mas no plano do Direito processual; como adverte Šušnjar, ao se referir à confiabilidade das premissas epistêmicas empíricas na fórmula do peso, "sendo um padrão de prova, *R* é uma questão de direito processual" [1092]; por sua vez, os fatores epistêmico-normativos dizem com o ônus argumentativo que deve ser adimplido pelo órgão de controle a fim de demonstrar que determinada restrição jusfundamental não encontra justificação constitucional.

[1091] KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion, págs. 77-78.
[1092] ŠUŠNJAR, Davor. *Proportionality*, pág. 239. (Tradução livre).

Consequentemente, a lei epistêmica da ponderação desenvolvida por Alexy expressa, apenas, uma regra referente a padrões de prova e argumentação exigíveis [1093] e, como consequência, reflete, nos casos de incerteza epistêmica, a intensidade do controle de proporcionalidade que pode ser legitimamente levado a efeito pela jurisdição constitucional; assim, quando a intervenção no direito fundamental for de pequena monta, a jurisdição constitucional apenas deve declarar a inconstitucionalidade da medida restritiva quando os fatores cognitivos que a suportam forem evidentemente falsos; de outro lado, sendo a intervenção de moderada intensidade, o controle pode ser mais intenso, contudo, não ao ponto de ser exigida total confiabilidade acerca dos fatores empíricos e normativos levados em conta pelo legislador; por fim, sendo grave a intervenção, poderá a jurisdição constitucional realizar um controle substancial intensivo [1094].

Entendida como um reitor da definição da amplitude e intensidade do controle jurisdicional de constitucionalidade [1095], a lei epistêmica da ponderação fornece padrões corretos a serem observados quando do controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais; assim, apesar de não se configurarem como objetos a serem ponderados, os fatores epistêmicos, efetivamente, possuem relevância para a justificação do resultado da ponderação ou, em outras palavras, a confiabilidade epistêmica acerca das premissas empíricas e normativas relevantes ao caso não é, propriamente, objeto da ponderação, contudo, é um fator relevante para a definição do resultado do sopesamento, pois a aquilatação da relação de maior, igual, ou menor importância concreta dos entes em colisão envolve a prévia identificação do grau de certeza epistêmica existente na hipótese; logo, a confiabilidade das premissas empíricas e normativas não diz com a justificação interna da ponderação, mas com a justificação externa do sopesamento, ou seja, com a verdade dos fatores que efetivamente são objeto da ponderação.

De resto, a partir do que foi desenvolvido, fica claro que a ponderação classificatória desenhada por Klatt e Schmidt não será adotada neste estudo, uma vez que fatores epistêmicos não são objetos da ponderação, assim, não se mostra útil qualquer proposta que

---

[1093] ŠUŠNJAR, Davor. *Proportionality*, pág. 239.
[1094] RIVERS, Julian. Porportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. *Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, *págs. 167-188*. Ed. George Pavlakos. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007, pág. 180. ŠUŠNJAR, Davor. *Proportionality*, pág. 239.
[1095] RIVERS, Julian. Porportionality, pág. 187.

vise a identificar e justificar externamente os valores a serem atribuídos a fatores epistêmicos no intuito de colocá-los como variáveis que serão objeto de sopesamento; ainda, os autores elaboram a ponderação classificatória visando à identificação dos valores a serem atribuídos às variáveis integrantes da fórmula do peso, contudo, como já exposto, não adotados referida formalização para a ponderação o que, como consequência lógica, implica, também, a ausência de incorporação a este estudo da proposta de Klatt e Schmidt.

4.4.3.2.8. Peso abstrato dos bens, interesses ou valores colidentes

O peso abstrato do objetivo constitucional perseguido pelo legislador (proteção, promoção ou respeito a um direito fundamental ou consecução – permitida ou obrigatória – de outro interesse constitucionalmente protegido) e a importância abstrata do direito fundamental ou interesse, bem ou valor constitucionalmente tutelado, somente, mostram-se relevantes para a valoração, inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando esses pesos forem diferentes, ou seja, em casos nos quais, independente da situação concreta, um direito fundamental possui maior importância *prima facie* do que o bem, interesse ou valor constitucionalmente tutelado ou do outro direito fundamental cuja realização está a ser perseguida pela lei restritiva.

A tarefa de precisar qual valor, bem ou interesse objeto da ponderação possui maior importância abstrata é árdua, requer um grande esforço analítico e depende do disposto em cada ordem constitucional; não há como, neste estudo, definir-se o valor abstrato de cada direito fundamental previsto na Constituição Federal brasileira, razão pela qual serão, apenas, traçadas, de forma sintética, algumas diretrizes gerais a indicar o modo pelo qual essa definição deve ser realizada.

A identificação do peso abstrato de cada direito ou interesse constitucionalmente tutelado é "determinado pelas percepções fundamentais da sociedade"; assim, como dito, sem a pretensão de se abordar a matéria com a profundidade necessária, como diretrizes gerais, para ilustrar a questão, podem ser lançados os seguintes critérios: "um direito usado como uma precondição para a realização ou ação de outro direito é entendido como de maior importância social"; mesmo se considerado, apenas, um direito fundamental, o valor abstrato de cada

modalidade do exercício do direito pode ser diferente, como, por exemplo, o maior peso da manifestação política em comparação com um discurso com fins comerciais ou, como já referiu o Tribunal Constitucional Federal, no caso das Farmácias, o maior peso da escolha profissional em face do exercício profissional; de resto, "direitos que promovem os valores mais fundamentais de um sistema legal e contribuem para o bem estar pessoal de cada membro da comunidade diferem de direitos que encontram justificação, apenas, na promoção do bem estar geral" [1096].

Essencial, também, para a definição do peso abstrato, é a conexão que o bem, interesse ou valor em colisão mantém como outros bens, interesses e valores da ordem constitucional; destarte, em Estado de Direito social e democrático, maior será o valor abstrato de um direito fundamental quanto mais próximo estiver do princípio da dignidade da pessoa humana e quanto mais estiver conectado com o respeito, proteção e promoção dessa dignidade, bem como estarão adjetivados de alto valor na ordem constitucional os direitos fundamentais e interesses que disserem respeito direto com o princípio democrático [1097].

Ainda, deve ser ressaltado que o legislador pode estar a buscar a consecução de bens, interesses ou valores cuja realização é permitida ou de bens, interesses e valores cuja realização é obrigatória; a segunda hipótese trata de grandezas que possuem, *prima facie*, maior importância abstrata em relação às primeiras.

Ultrapassada essa etapa, da qual deve resultar uma conclusão motivada acerca do peso concreto e abstrato de cada direito fundamental e/ou bem constitucional em tensão, como próximo passo a ser dado, o órgão de controle deve comparar os interesses em colisão, quais sejam a importância dos efeitos, positivos e negativos, jurídicos e materiais, relacionados à satisfação do fim e o grau de sua realização em face dos efeitos decorrentes da intensidade com que a restrição legislativa atinge o direito fundamental, de forma a possibilitar a promoção ou realização dos objetivos, notadamente, deve relacionar o peso que foi atribuído a cada qual diante das circunstâncias concretas que envolvem a hipótese.

Já restou indicado que, a se encontrar justificação constitucional para a restrição legislativa, esta relação entre a satisfação do fim e o prejuízo oposto ao direito fundamental

[1096] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 361. (Tradução livre).
[1097] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, págs. 222-224.

deve ser justa, razoável, não desproporcional, sendo que a lei da ponderação normatiza em que situações essa justiça da restrição estaria presente.

4.4.3.2.9. Colisões plurinormativas

São possíveis situações em que existe mais de um princípio a fundamentar a importância satisfação, por intervenção ou ausência de intervenção, de um dos lados em embate; impende, assim, definir a metódica da ponderação em hipóteses nas quais mais de um princípio pode ser trazido à colação para atuar a favor da intervenção no princípio colidente.

Nesses casos, em não sendo a questão passível de resolução da questão a partir de um critério de especialidade [1098], a identificar apenas um princípio a integrar cada lado da fórmula do peso, Alexy ventila a possibilidade de extensão da fórmula do peso, notadamente, no sentido de adicionar mais de um princípio em cada lado da balança; para Alexy, "a adequação dessa extensão depende de saber se a importância das razões para restrições aumenta apenas de forma aditiva, à medida que essas razões se incrementam" [1099].

Alexy possui razão ao indicar que "todos os princípios correspondentes devem, de algum modo, ser postos em relação com os outros", contudo, isso não ocorre na forma ventilada pelo autor, ou seja, a partir de uma *adição* dos pesos (*fórmula do peso ampliada*), assim, a existência de mais de um princípio em um dos lados em embate não implica o "encaixe de efeitos cumulativos na fórmula do peso" [1100].

Essa adição entre os princípios a justificar a intervenção ou entre os princípios restringidos, não deve ser levada a efeito, pois pode acarretar na manutenção ou exclusão de medidas, sem que a solução encontre amparo constitucional.

Por exemplo, imagine-se situação em que existem dois ou mais direitos fundamentais atingidos pela intervenção e que relevância de satisfação deles, isoladamente considerados, é pequena, sendo que, de outro lado, a importância de realização do objetivo buscado é considerável; entrementes, cada princípio considerado de forma isolada não se mostra capaz

[1098] ALEXY, Robert. A fórmula do peso, pág. 153.
[1099] ALEXY, Robert. *Posfácio*, pág. 604, nota 64.
[1100] ALEXY, Robert. A fórmula do peso, pág. 152.

de obstacularizar a intervenção, contudo, havendo uma *soma* dos pesos individuais de todos os direitos fundamentais, poder-se-ia ter um resultado de desproporcionalidade da intervenção.

Não obstante, essa possível solução não se mostra dogmaticamente correta, uma vez que diversas intervenções leves não possuem o condão de impedir a adoção de uma medida restritiva decorrente da necessidade de satisfazer um bem, interesse ou valor de alta importância, diante das situações concretas; isso porque, o sacrifício que seria observado por cada direito fundamental não se mostra relevante e essa relevância não pode surgir de uma *adição* a evolver todos os efeitos deletérios advindos da intervenção; entrementes, a consideração de todos os princípios envolvidos na colisão não deve ser levada a efeito mediante a *soma* dos pesos concretos de cada um. De outro lado, a consideração isolada de cada princípio atingido pela intervenção poderia facilitar o reconhecimento da proporcionalidade da medida; em contrapartida, a análise individual de cada princípio a favorecer a intervenção, igualmente, teria a potencialidade de acarretar um decréscimo na força normativa dos argumentos que embasam a medida restritiva [1101].

Assim, tanto a ponderação isolada de cada princípio em colisão quanto a ponderação que parte de uma *soma* de pesos dos princípios colidentes e os reúne em uma única operação, mostram-se insuficientes. Qual é, então, a metodologia da ponderação em situações de colisões plurinormativas?

Em um primeiro momento, deve-se avaliar, em análise rigorosa e minuciosa, se, efetivamente, a colisão plurinormativa é real e não, apenas, aparente, sendo essa análise levada a efeito com base no critério da especialidade; logo, em havendo sobreposição do tipo "parcial <–> total das hipóteses normativas" de vários direitos fundamentais potencialmente atingidos pela intervenção ou existindo diversos princípios a justificar a restrição, deve-se recorrer à aplicação de uma terceira norma, qual seja uma *norma de conflito*, notadamente, entra em cena a norma *lex specialis derogat legi generalis*; nessas situações, apenas uma ponderação será realizada e tomará lugar, somente, após a definição – mediante a incidência da *norma de conflito* – do princípio aplicável ao caso [1102].

[1101] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 800.
[1102] DUARTE, David. Rebutting Defeasibility, págs. 166-168. (Tradução livre).

Se o critério da especialidade não for suficiente, aí sim a colisão plurinormativa entrará em causa e demandará uma metódica própria para a ponderação; nesse sentido, deve ser realizada, inicialmente, uma ponderação a considerar, isoladamente, cada direito fundamental atingido por uma intervenção [1103] ou cada razão normativa a justificar uma medida restritiva; na primeira hipótese, – em que há mais de um direito fundamental afetado negativamente por uma intervenção –, se algum direito fundamental, isoladamente, servir de fundamento para o reconhecimento de desproporcionalidade da medida, a ponderação terá levado o aplicador à conclusão definitiva e nenhuma outra valoração é necessária [1104]; na segunda situação, – em que há mais de um princípio a justificar a intervenção em um direito fundamental –, também, se a importância dos efeitos de realizar qualquer um deles, isoladamente considerados, apresentar maior peso do que os efeitos decorrentes da gravidade da intervenção, a ponderação chegará a termo, estando a intervenção, portanto, constitucionalmente justificada.

Contudo, se referidas conclusões não forem alcançadas mediante a análise individual de cada princípio, passe-se para um segundo momento, no qual, em sendo o caso em que vários direitos fundamentais são afetados negativamente por uma intervenção, realiza-se uma "ponderação agregativa", na qual deve ser valorado o "'saldo' de todos os efeitos negativos de interferência nos vários bens, interesses ou valores sacrificados" [1105]; caso a segunda hipótese esteja em causa, ou seja, um único direito fundamental afetado negativamente com base em vários princípios a justificar a intervenção, igualmente, a *ponderação agregativa* entrará em cena, a partir do que devem ser valorados todos os efeitos positivos de satisfação dos bens, interesses e valores que estão a ser promovidos pelo legislador.

Entrementes, neste segundo momento, uma segunda ponderação deve ser realizada, na qual serão valorados "todos os efeitos produzidos pela norma legislativa, diretos e indiretos, quaisquer que sejam os bens, interesses ou valores tocados positiva e negativamente e qualquer que seja o universo subjetivo afetado, apurando-se o 'saldo' conjunto" [1106].

[1103] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 800.
[1104] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 801.
[1105] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 800-801.
[1106] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 801.

4.4.4. Proposta de metódica formal para a ponderação

Nos termos já definimos, a aplicação racional dos direitos fundamentais positivados constitucionalmente a partir de normas com estrutura de princípio demanda a formatação de uma metódica constitucional própria ou metódica estruturante que permita a demonstração do percurso a ser transposto pelo enunciado jusfundamental deste o plano constitucional até a regulamentação específica do caso; nesse sentido, dentre os amparos doutrinais que foram trazidos no intuito de sustentar a adoção da ideia de uma metódica estruturante[1107], calha trazer novamente à colação, em breves linhas, a metodologia aplicativa proposta por Virgílio Afonso da Silva.

De acordo com Silva, para cada norma de direito fundamental existe um suporte fático abstrato correspondente, sendo apresentados pelo autor dois modelos, os quais são formatados a depender de estar em causa a aplicação de uma norma jusfundamental em sua função defensiva ou uma norma de direito fundamental em sua função prestacional [1108]; no que diz com o princípio da proibição do excesso, importa o delineamento do suporte fático dos direitos fundamentais em sua função de defesa.

Nesse sentido, Silva propõe uma estrutura metódica integrada por três componentes, a saber: (a) âmbito de proteção; (b) presença ou ausência de intervenção estatal; (c) presença ou ausência de justificação constitucional para a intervenção [1109].

A proibição do excesso entra em causa, juntamente com os demais *limites aos limites*, quando da análise da presença ou ausência de justificação constitucional para a intervenção; entrementes, é indispensável, previamente, que se proceda à rigorosa demarcação do âmbito de proteção do direito fundamental afetado desvantajosamente, bem como ao preciso delineamento da amplitude e demais efeitos decorrentes da intervenção (para tanto, essa operação hermenêutica envolve, também, a definição da colisão normativa que justificou a intervenção).

[1107] A ilustar a resolução de casos mediate a utilização de uma metódica estruturante: COELHO, André de Azevedo. Aspectos constitucionais da internação compulsória em caso de dependência de drogas. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.° 85, jan/2019 – jun/2019, págs. 55-69*. Porto Alegre: AMPRS, 2019, págs. 59-68.

[1108] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, págs. 64-68.

[1109] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, págs.69-79.

Ainda, a verificação da legitimidade dos fins, assim como as demais exigências inerentes aos segmentos da adequação e necessidade, devem logicamente anteceder à verificação de proporcionalidade em sentido estrito da medida legislativa, até porque muitos dos fatores que serão objeto de ponderação quando da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito já são trabalhados e especificados quando dos testes de adequação e necessidade, a partir do que a aplicação prévia e metodologicamente ordenada dos primeiros dois segmentos contribui significativamente para racionalidade do juízo de proporcionalidade em sentido estrito; entrementes, no momento em que a proporcionalidade em sentido estrito entra em cena, os efeitos positivos de satisfação decorrentes da medida, bem como os efeitos negativos originados pela intervenção já estarão especificados [1110].

No que diz especificamente com a ponderação inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, é de ser aproveitada, ainda que com adaptações, a construção Clérico, a partir do que deve ser observado pelo juiz constitucional se, quando da ponderação legislativa, foram corretamente considerados pelo legislador: os bens, interesses ou valores colidentes e que são relevantes para o caso; os pesos abstratos de ambos os lados em tensão; a valoração correta da importância dos efeitos positivos e negativos decorrentes da medida; a existência de anterior precedente no qual a proporcionalidade da solução de colisão análoga já havia sido sindicada [1111].

Em relação ao objetivo buscado, para fins de determinação do peso concreto, releva a aquilatação efetivada quando da aplicação dos subprincípios anteriores – adequação e necessidade – âmbito no qual a identificação dos efeitos positivos de satisfação dos bens, interesses e valores já restou realizada; essa avaliação deve observar uma comparação hipotética entre a situação empírica anterior, na qual a finalidade almejada pelo legislador ainda não havia sido promovida pela lei restritiva, com a situação fática em que a realização marginal do objetivo já teria sido efetivada, bem como os benefícios que essa efetivação de fato traria; ainda, deve ser avaliada a probabilidade de que essas vantagens efetivamente ocorram, após a edição da lei; o fim constitucional pode consistir a realização ou proteção de um direito fundamental, bem como a consecução do interesse público, sendo que, em ambos

[1110] Sobre a solidariedade e cadeia de racionalidade verificada entre os três segmentos da proibição do excesso: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 814-821 e 860-861.
[1111] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 209.

os casos, os efeitos decorrentes da medida para a dignidade da pessoa humana são avaliados a partir da situação que se tinha antes da lei restritiva e a situação posterior a esta; deve-se considerar o dano que a ausência de satisfação do objetivo causaria e ter-se em conta que quanto maior for esse dano maior será o peso concreto da importância de promoção da finalidade [1112]; essa análise comparativa é importante para a determinação da importância concreta de satisfação do objetivo buscado.

Ultrapassado esse ponto, impende que seja realizada uma avaliação hipotética, a considerar a existência de uma diversa "alternativa proporcional" e, caso encontrada, em tese, outra medida proporcional e possível de ser realizada, a comparação entre esta e o meio selecionado pelo legislador é o próximo passo a ser dado [1113]; consigna-se, nos termos já destacados, que a restrição legislativa não será considerada excessiva, unicamente, por haver outra medida mais proporcional à disposição, contudo, essa comparação entre o meio utilizado pelo legislador e outras alternativas viáveis pode demonstrar que a medida, de fato empregada, afigura-se como desproporcional.

De outro lado, analisa-se, como parâmetro de comparação, o peso concreto do direito fundamental atingido pela restrição legislativa; neste ponto, também relava as operações hermenêuticas realizadas quando da aplicação do subprincípio da necessidade; assim, importa identificar o peso abstrato do direito ou sua "importância social", a intensidade e amplitude com que a afetação desvantajosa atinge o âmbito de proteção jusfundamental, bem como a probabilidade de que, efetivamente, o prejuízo ao direito fundamental de fato ocorra [1114].

Apesar de ser viável o delineamento de padrões gerais a serem observados em todas as ponderações, pois, em todos os casos de aplicação do terceiro elemento da proibição do excesso, quando do controle de constitucionalidade das restrições legislativas, deve ser aquilatado o peso dos efeitos positivos de satisfação dos fins e a intensidade dos efeitos negativos decorrentes da afetação desvantajosa ao direito fundamental, há inúmeras variações, notadamente, diferenças dos padrões a serem considerados, a depender do direito fundamental em colisão; ou seja, deve ser construída "uma dogmática em termos de regras para a ponderação diferenciada segundo cada um dos direitos fundamentais", regras essas que

[1112] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 357-358.
[1113] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 350. (Tradução livre).
[1114] BARAK, Aharon. *Proportionality*, págs. 358-362. (Tradução livre).

decorrem de uma crítica e sistematizada reconstrução dogmática de ponderações anteriores, quer realizadas pelo legislador quer efetivadas pela jurisdição constitucional [1115].

Os parâmetros estabelecidos como resultados das ponderações realizadas pela jurisdição constitucional, quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, formam "uma rede para a justificação e determinação dos elementos da ponderação, tais como intensidade da restrição, importância de realização e peso das razões justificatórias"; essa rede de argumentos e parâmetros, desenvolvida de forma a *apoiar* ponderações posteriores, deve ser entendida como uma "rede de regras da ponderação em relação com a restrição e concretização de cada um dos direitos fundamentais" [1116]; em suma, a valoração que será realizada, quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, especificamente, diante de um caso real e suas circunstâncias concretas, não pode ser efetiva à revelia da consideração das diretrizes e parâmetros estabelecidos em ponderações anteriores, notadamente, quando realizadas por Tribunal Constitucional, devendo, assim, ser levados em conta os "pontos de vista relevantes referidos ao direito fundamental restringido" [1117].

A ponderação concreta não é uma operação livre e não pode ser levada a efeito pela jurisdição constitucional de forma arbitrária; ainda que, na maioria dos casos, não se logre êxito em definir a lei da ponderação como *uma regra com conteúdo material* consistente o suficiente a permitir uma aplicação subsuntiva, estando, na verdade, mais próxima de se caracterizar como uma *regra procedimental*, é fato que muitos espaços do que é relevante para a ponderação já se encontram, previamente, fechados; nesse sentido, em um primeiro momento, a lei da ponderação já define (com alguma necessidade de especificação) qual o objeto da ponderação, bem como indica qual a consequência jurídica dos resultados que podem ser encontrados (constitucionalidade ou inconstitucionalidade da restrição legislativa); por sua vez, o alcance dos resultados da ponderação (intensidade dos efeitos negativos da restrição e grau de importância dos efeitos positivos de satisfação) é pautado por um procedimento e balizado por uma prática continuada da jurisprudência constitucional que, a partir de sopesamentos anteriores, define o que de relevante deve ser tido em conta para a

[1115] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 220. (Tradução livre).
[1116] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 221. (Tradução livre).
[1117] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 253. (Tradução livre).

avaliação da intensidade de restrição e do grau de importância de satisfação de cada direito fundamental.

Para ilustrar o que se está a dizer, veja-se as diretrizes, referentes a ponderações a envolver o direito fundamental à liberdade artística, formuladas por Laura Clérico, a partir de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão [1118]; segundo a autora, dos precedentes do BVerfG, pode-se verificar que "as restrições à liberdade artística se conformam, por exemplo, como proibições, sanções e outro tipo de limitação fática"; no que se refere à intensidade com que a restrição atinge o direito fundamental, dos precedentes, é viável se extrair a seguinte regra: "quando o titular do direito à liberdade artística é condenado em sede penal em razão de uma expressão artística, então se trata, em princípio, de uma restrição intensiva de liberdade artística"; ainda, para complementar, outra regra, a ser integrada à primeira, é vislumbrada, a preceituar que "uma decisão civil referida a uma expressão artística pode causar uma restrição intensa. Se este vai ser o caso, depende das consequências que a restrição traga para o afetado e as consequências gerais que pode provocar para o exercício futuro da liberdade artística"; esses parâmetros aplicam-se, quer ao caso de reprimenda civil quer ao caso de reprimenda penal, logo, de tudo, tem-se que, em princípio, a sanção penal atinge de forma desvantajosa mais intensamente o direito fundamental do que a sanção civil, mas, em qualquer situação, devem ser tidas em conta as consequências da sanção para a pessoa afetada, bem como as desvantagens para o exercício, como um todo, da liberdade artística e para o futuro exercício desse direito fundamental [1119].

De outro lado, a leitura das decisões do Tribunal Constitucional Federal acerca da liberdade artística permite a conclusão de que, para fins de análise da intensidade com que a restrição atinge o direito fundamental e definição de maior excepcionalidade dos casos em que a restrição pode ser justificada constitucionalmente, há uma distinção dentro do âmbito de proteção jusfundamental entre a liberdade de criação artística (a esfera da obra, *Werkbereich*) e a liberdade de ação e difusão (*Wirkbereich*), ou seja, do diálogo com o mundo que o artista pretende estabelecer a partir da obra; tendo em conta essa diferenciação, o Tribunal de *Karlsruhe* estabelece diretrizes a serem observadas em todas as ponderações de caso concreto futuras, os quais podem ser sintetizados pela seguinte regra que define uma presunção

[1118] BVerfGE 30, 173; BVerfGE 67, 213; BVerfGE 75, 369; BVerfGE 77, 240; BVerfGE 43, 130.
[1119] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, págs. 231-234. (Tradução livre).

relativa: "quanto mais próxima a ação proibida estiver do núcleo da liberdade artística e quanto mais a ação ocorra no âmbito da criação da arte, tanto menos devem ser permitidas restrições estatais"; destarte, o peso concreto da restrição legislativa será maior ao passo em que se aproxima da liberdade de criação artística [1120].

Inúmeros outros exemplos semelhantes podem ser encontrados na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, não sendo isolados os casos em que a Corte Constitucional alemã define o que deve ser considerado relevante para a identificação do nível de intensidade em que o direito fundamental foi atingido ou o grau da importância de satisfação dos objetivos buscados pelo Estado com a restrição legislativa; ainda, é visível que uma dogmática diferenciada a depender do direito fundamental em colisão é manejada pelo BVerfG, sendo diferentes os parâmetros referenciais a indicar a intensidade da intervenção e o grau da importância de satisfação em cada caso.

Karl Larenz, por exemplo, refere duas decisões do Tribunal Constitucional Federal [1121], nas quais foi realizada uma ponderação tendo por base uma colisão entre o direito fundamental à liberdade imprensa e de informação e objetivos constitucionais buscados com base em "uma lei penal que restringe estes direitos fundamentais", sendo definidos pelo Tribunal o que de relevante deveria ser tido em conta para se identificar a intensidade de intervenção no direito fundamental e o grau de importância da satisfação da finalidade a ser promovida pelo Estado [1122].

Na primeira decisão, tratava-se a avaliar a constitucionalidade de leis penais ("disposições penais contra a alta traição por negligência") que, por razões de segurança nacional, restringiam o direito fundamental à liberdade de imprensa. O Tribunal Constitucional Federal assevera, na decisão, que sendo sério o risco de comprometimento da segurança nacional, a partir da divulgação de determinada informação, o direito fundamental à liberdade de imprensa pode ser restringido; a questão que se coloca consiste a identificação da existência de um sério, muito intenso ou grave risco à segurança nacional, em razão da propagação da informação, o que somente pode ser definido diante das circunstancias do caso concreto, mas, como parâmetros, a Corte Constitucional alemã define o que deve ser levado

[1120] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 237. (Tradução livre).
[1121] BVerfGE 21, 239; BVerfGE 21,71.
[1122] LARENZ, Karl. *Metodologia*, pág. 580.

em conta; nesse sentido, essa identificação "depende, em primeiro lugar, da importância dos segredos em questão para a segurança do Estado; em segundo lugar, depende de até aonde chega o interesse da opinião pública pela publicação em ordem à formação da vontade política geral" [1123].

O segundo precedente diz com a análise da constitucionalidade de leis penais "que tinham como fim uma restrição de importação de escritos da República Democrática Alemã e possibilitavam a sua apreensão"; a medida legislativa, assim, restringia o direito fundamental à liberdade de informação, tendo o Tribunal Constitucional Federal assentado que, em face do alto valor abstrato do direito fundamental em questão, deveria ser considerado, na ponderação entre os interesses protegidos pelo direito fundamental à liberdade de informação e os bens jurídicos tutelados pela lei penal, se, na situação concreta, havia "<<em geral um efeito de perigo>>" a ser afastado, sendo que, somente, se estiver presente essa premissa empírica, a restrição encontraria justificação constitucional; além disso, em acréscimo, deveria ser avaliado se, "no caso particular, um <<justificado interesse especial pela informação>> da parte de um indivíduo não exigia uma exceção a seu favor" [1124].

Assim, o Tribunal Constitucional Federal fixa uma diretriz a ser observada nos casos futuros em que o direito fundamental à liberdade de informação se veja envolvido em colisões; deve ser, em primeiro lugar, considerado o alto valor abstrato do direito fundamental referido, razão pela qual restrições legislativas ao seu âmbito de proteção, apenas, encontrarão justificativa constitucional em situações concretas em que a divulgação e/ou acesso à informação acarretar um considerável perigo a outros direitos fundamentais, bens e interesses constitucionalmente tutelados.

Essa linha argumentativa foi seguida pelo próprio Tribunal Constitucional Federal em outros precedentes, sendo destacado por Karl Larenz o seguinte [1125]: a questão submetida à análise do Tribunal de *Karlsruhe* dizia com a avaliação da constitucionalidade de medida que havia negado autorização para que pessoa presa preventivamente pudesse se utilizar de aparelho de rádio de sua propriedade; na decisão, resta definido que o acesso à informação

[1123] LARENZ, Karl. *Metodologia*, pág. 580.
[1124] LARENZ, Karl. *Metodologia*, pág. 581.
[1125] BVerfGE 15, 288, 295.

somente poderia ser indeferido se "houvesse de supor um perigo grave – por exemplo, a recepção de notícias de cúmplices que se encontrassem no exterior" [1126].

Entrementes, uma vez terminada a ponderação em determinado caso concreto, o resultado deve ser *prima facie* observado em situações análogas; há, assim, um caráter, até certo ponto, vinculante [1127] que decorre da ponderação, sendo maior a carga de argumentação a incidir em nova hipótese idêntica ou similar, caso o juiz constitucional intente a não observar a solução da ponderação realizada no caso anterior; fala-se, assim, em uma *universalização* do resultado da ponderação [1128].

Logo, a decisão exarada, como resultado da ponderação, deve ser a mais precisa possível, indicar minuciosamente as circunstâncias do caso concreto, os direitos em colisão e seus pesos abstratos na ordem constitucional, as parcelas em que foram afetados desvantajosamente ou satisfeitos, a intensidade dessa intervenção e o grau de importância de satisfação, de forma a possibilitar a efetiva ocorrência dessa vinculação *prima facie* e a observância do seu caráter universal; ainda, mesmo que decisões judiciais anteriores, as quais se valeram de uma ponderação quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, não possuam *incidência* ao novo caso, pois diferentes os pressupostos fáticos e jurídicos, quando a restrição legislativa sindicada na nova hipótese afetar desvantajosamente o mesmo direito fundamental envolvido em colisões que deram ensejo aos casos jusfundamentais que originaram os precedentes, deve o julgador observar os parâmetros definidos em decisões anteriores, notadamente, no sentido de ter sua atividade hermenêutica de identificação da intensidade da restrição legislativa e o grau de importância de satisfação

[1126] LARENZ, Karl. *Metodologia*, pág. 581.

[1127] Não se está aqui a dizer que a ponderação, uma vez efetivada, possui os mesmos efeitos vinculantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade ou nas situações em que edita súmula vinculante; nesses casos, há um efeito vinculante definitivo, o qual, se não respeitado, atribui ao lesado a possibilidade de uso de Reclamação diretamente ao STF (art. 102, I, l, CF); a universalização dos resultados da ponderação implica um efeito vinculante mais tênue, contudo, suficiente ao ponto de impor aos novos casos uma determinação *prima facie* de observância da decisão anterior e, consequentemente, maior ônus argumentativo em caso de revisão. Apesar de a *stare decisis* não se fazer presente no sistema jurídico brasileiro, as decisões judiciais transitadas em julgado, quanto mais se oriundas dos Tribunais, formam precedentes, os quais, *prima facie*, devem ser seguidos pelas novas decisões que solucionem casos idênticos ou similares, o que é algo imperativo e decorre da própria força dos precedentes judiciais, da necessidade de uniformização da jurisprudência e dos princípios da igualdade e proteção da confiança.

[1128] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 182.

das finalidades norteada pela rede sistematizada de precedentes que se formou acerca do específico direito fundamental em causa.

A efetiva observância das pautas traçadas quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito implica a redução significativa dos riscos que envolvem a ponderação, notadamente, o grau de subjetivismo que é conferido ao juiz constitucional quando da utilização do método resta atenuado.

5. O princípio da proporcionalidade na perspectiva dos destinatários da restrição legislativa

As leis restritivas aos direitos fundamentais, de forma geral e abstrata, implicam a diminuição, condicionamento ou qualquer outra forma de afetação negativa a posições jusfundamentais de particulares protegidos *prima facie* pela Constituição, em razão da necessidade de garantir o respeito, a promoção ou a proteção de determinadas finalidades constitucionais; não obstante, em algum momento, a restrição legislativa será aplicada a situações concretas [1129] ou embasará intervenções restritivas perpetradas pela Administração ou pelo Judiciário, nas esferas pessoais dos destinatários da norma.

Da aplicação concreta da lei restritiva decorre outra possibilidade aplicativa a ser conferida ao princípio da proporcionalidade no âmbito do controle de constitucionalidade das restrições legislativas, qual seja a de atuar como limite jurídico às restrições legislativas e intervenções restritivas que dela decorram, considerando-se a perspectiva do sujeito concretamente atingido pela lei em sua esfera jusfundamental *prima facie* tutelada pela Constituição.

[1129] A ideia de razoabilidade da afetação desvantajosa, em relação ao destinatário da norma, é bem presente na prática judicial; por exemplo, a concepção pode ser visualizada na segunda decisão sobre o aborto – já referida – do Tribunal Constitucional Federal; no julgado, a Corte Costitucional alemã, ao definir as exceções à regra da proibição do aborto que poderiam ser estabelecidas pelo legislador, utiliza, como critério, a razoabilidade da restrição em face das gestantes destinatárias da norma; assim, para o Tribunal, a permissão da prática deve ocorrer em situações excepcionais em que a manutenção da gravidez for um fardo por demais oneroso à mulher, excepcionalidade a ser aquilatada mediante uma análise de razoabilidade, no sentido de não ser exigível (razoável) a manutenção da gestação em situações de grave anormalidade e emergência; entrementes, a proibição do aborto (restrição), em algumas situações, seria inconstitucional, em razão da irrazoabilidade da afetação negativa a ser suportada pelas destinatárias da normativa, a partir do que, nesses casos, a conduta deve ser permitida.

Pode acontecer, assim, que a restrição legislativa observe, em abstrato, todos os parâmetros de controle de constitucionalidade e que, não obstante o preenchimento de seu suporte fático abstrato, não venha a incidir e produzir efeitos diante de um caso concreto, no qual seja verificada uma colisão entre a afetação desvantajosa e outros princípios pertinentes à hipótese, tensão em face da qual, em razão das circunstâncias do caso, não possuirá precedência [1130].

Destarte, além de a afetação desvantajosa dever ser proporcional no plano geral e abstrato, a incidência da lei restritiva ao caso concreto, igualmente, deve observar as exigências impostas pelo princípio da proporcionalidade; ou seja, mesmo que no plano geral e abstrato a constitucionalidade da restrição legislativa tenha sido confirmada, bem como reconhecida sua proporcionalidade em concreto, resta, ainda, a questão da aplicação da lei, a qual, considerando as condições pessoais do sujeito afetado, não pode ser excessiva, o que ocorrerá nas situações em que a sua incidência causar um prejuízo muito grave e insuportável a uma posição jusfundamental de determinado indivíduo.

Diga-se que essa nova perspectiva do princípio da proporcionalidade se coaduna com a sistemática de controle de constitucionalidade brasileira; ao lado do controle via ação, abstrato e concentrado no Supremo Tribunal Federal, âmbito no qual há uma avaliação, em tese, acerca da conformidade da lei restritiva com os parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal, o sistema de controle brasileiro prevê, também, o controle concreto de constitucionalidade, o qual é realizado de forma difusa e pela via incidental, de defesa ou de exceção.

Logo, por este último, qualquer particular é parte legítima para buscar judicialmente a obstaculização de intervenções restritivas opostas em face de sua esfera pessoal, alegando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da restrição legislativa que fundamentou a intervenção restritiva em sua posição jusfundamental protegida; essa alegação pode ser fundamentada, não apenas com base na inconstitucionalidade da lei restritiva, mas, também, inclui, como fundamento, a inconstitucionalidade da *aplicação* da lei restritiva ao caso, devido ao ônus demasiado e insuportável que a aplicação concreta da medida restritiva está a causar à posição subjetiva de direito fundamental do particular individualmente considerado.

[1130] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 201.

Veja-se, para ilustrar essa outra dinâmica observada pelo princípio da proporcionalidade no controle das restrições legislativas, a seguinte situação hipotética: em determinado ente federativo brasileiro, vigora legislação que veda a criação e manutenção de animais não domésticos em área urbana; a finalidade do legislador é proteger a saúde pública, bem como a ordem urbanística, a partir do que editou referida restrição legislativa, a qual atingiu desfavoravelmente a garantia institucional da propriedade privada e o direito fundamental à liberdade geral de ação; considere-se, em um segundo momento, que a lei foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal entendido pela conformidade do ato normativo com a Constituição, uma vez que a medida legislativa observou as exigências de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; com efeito, a lei – geral e abstrata – terá incidência em face de situações concretas e, consequentemente, atingirá as pretensões individuais daqueles que mantiverem criações de animais não domésticos em área urbana; ocorre que pode acontecer situação fática na qual a incidência concreta da normativa – considerada proporcional no que se refere à relação estabelecida entre a importância dos efeitos de satisfação dos fins perseguidos em relação aos efeitos deletérios da medida restritiva geral e abstrata adotada – cause um prejuízo demasiado e insuportável a determinado indivíduo que venha a ter sua esfera pessoal desvantajosamente atingida pela aplicação da lei.

Por exemplo, imagine-se a situação na qual o indivíduo atingido concretamente pela lei [1131] em questão possui, em sua propriedade privada urbana, dois cavalos, dos quais retira

[1131] A intervenção restritiva pode decorrer de um ato administrativo ou, ainda, de uma decisão judicial; é cabível, no caso, dentre outras medidas, a ação civil pública dirigida para a tutela dos interesses difusos protegidos pela lei, a ser ajuizada pelo Ministério Público ou algum outro legitimado. Sobre a estruturação constitucional do Ministério Público brasileiro, enquanto órgão de soberania, bem como para a idenficação das variadas funções atribuídas à instituição pela Constituição Federal, ver: ASSUNÇÃO E SILVA, Alexandre. *Ministério Público: doutrina e regime jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2013. COELHO, André de Azevedo. Perfil constitucional do Ministério Público e reflexos no tratamento jurídico dispensado à instituição pelo novo Código de Processo Civil. *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil, págs. 185-207*. Organização de Cláudio Barros Silva e Luciano de Faria Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. COELHO, André de Azevedo. As autonomias financeira e orçamentária do Ministério Público como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988. *O Ministério Público e os 30 anos da Constituição Federal, págs. 13-32*. Ministério Público (coord.). Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2018. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014.GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da autonomia e da independência funcionais no Ministério Público brasileiro. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional, págs. 234-257*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. ROSA, Márico Fernando Elias. O Ministério Público e a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais

grande parte do seu sustento próprio e de sua família, uma vez que utiliza os animais para transporte de cargas e realização de fretes; assim, a incidência da lei importaria um prejuízo insuportável ao indivíduo, o qual, além de sua propriedade e liberdade geral de ação, teria, também, atingido desfavoravelmente, e de forma intensa, seu direito fundamental a um mínimo vital para existência condigna, o que acarretaria comprometimento de sua própria dignidade humana; destarte, tendo por base as condições concretas do caso e as características subjetivas da pessoa afetada negativamente, não parece ser legítimo esperar que o particular em questão suportasse ônus de tal magnitude em sua esfera individual para a promoção da finalidade coletiva tutelada pela lei restritiva.

Jorge Reis Novais, ao abordar o presente tema, traz dois exemplos, nos quais a incidência da lei restritiva aos direitos fundamentais não acarreta violação direta à dignidade humana da pessoa atingida e, mesmo assim, os efeitos nocivos causados são desproporcionais e, consequentemente, excessivos.

No primeiro deles, a lei determina aos contribuintes que destinem 0,5% dos seus impostos para instituições beneficentes que escolherem, bem como concede isenção às confissões religiosas no que se refere ao pagamento de tributos; em termos gerais, não há desproporcionalidade na medida legislativa, pois a lei restritiva atinge de forma ínfima o patrimônio dos contribuintes e, de outro lado, a importância de promover as finalidades que busca é alta. Contudo, poderá haver excesso quando a lei incidir em face de determinados destinatários da normativa, como, por exemplo, quando a lei obriga concretamente determinado contribuinte que é contrário às atividades das confissões religiosas beneficiárias da isenção ou das instituições beneficentes subsidiadas com os recursos financeiros arrecadados com base na legislação [1132]-[1133].

A segunda hipótese aventada por Novais refere-se à hipótese de normativa a impor a exigência de comunicação prévia de quarenta e oito horas quando da realização de manifestações; considerando a relação entre a importância de satisfação das finalidades

indisponíveis. Anotações. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*, *págs. 211-233.* São Paulo: Editora Malheiros, 2013. TEIXEIRA DOS REIS, Jair. *Ministério Público*. São Paulo: Lex Editora, 2008.

[1132] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, pág. 188.

[1133] Em sentido similar, o Tribunal Constitucional Federal decidiu no, *Kirchensteuerurteils*, pela insuportabilidade da restrição legislativa que obrigava a um cônjuge não pertencente à determinada relegião o dever de pagar imposto eclesiástico, em razão de o outro cônjuge ser membro da confissão religiosa. BVerfGE 19, 226.

buscadas e a intensidade com que a restrição legislativa atinge desfavoravelmente o direito fundamental, não se verifica desproporcionalidade na medida eleita pelo legislador; não obstante, haveria inconstitucionalidade quando, por exemplo, a lei incidisse e o requisito da comunicação prévia fosse exigido em relação a "manifestações que apenas tem sentido útil se realizadas de imediato ou manifestações em que as necessidades de segurança, ordem pública ou fluidez do tráfego que justificavam aquela imposição sequer se colocam" [1134].

Logo, questiona-se, qual a resposta que a Constituição traz para situações problemáticas como as narradas e tantas outras hipóteses semelhantes? Como primeiro apontamento a ser efetivado, frisa-se que parece ser evidente, sob o prisma de um Estado constitucional, a impossibilidade jurídica de as leis restritivas descritas nas hipóteses incidirem em face de determinados casos concretos, notadamente, em razão das características e condições subjetivas de alguns dos destinatários da norma, os quais seriam sacrificados de maneira extrema caso houvesse a efetiva aplicação das normativas em face de suas posições jurídicas.

Isso se dá, porque, em Estado de Direito vinculado à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, não pode a lei impor sacrifícios insuportáveis às pessoas individualmente consideradas, pois, se assim o fizesse, acabaria por esvaziar a esfera de liberdade pessoal de alguns, transformando-os em verdadeiros objetos ou instrumentos selecionados pelo Estado para possibilitar a realização de interesses coletivos.

O princípio da proporcionalidade, como barreira jurídica principal às possibilidades conferidas ao Estado de restringir direitos fundamentais, deve apresentar resposta para esses problemas e, especialmente, servir de instrumento protetor da liberdade pessoal, notadamente, na perspectiva da aplicação das leis restritivas em face da esfera jurídica de cada particular individualmente considerado.

Dessa ultima constatação, resulta, então, a necessidade de ser avaliada se essa resposta ou limite já se encontra incluído na própria estrutura interna do princípio da proporcionalidade, nos termos analíticos até o momento desenvolvidos, ou, ao contrário, indica a premência de se dotar sua composição interna de, no mínimo, mais um subprincípio, o qual ofereça proteção aos particulares (funcione como *limite aos limites*) na perspectiva da

[1134] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, pág. 188.

incidência concreta das leis restritivas a casos específicos, do qual resulte a imposição de uma barreira jurídica ao excesso, também, quando da aplicação das restrições legislativas aos casos concretos, de forma, assim, a considerar os interesses dos afetados de fato pela norma.

Novais entende pela existência de outro elemento parcial a compor o conceito amplo de proibição do excesso, qual seja o princípio da razoabilidade, pelo qual se deve avaliar a "*razoabilidade* da imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade na exclusiva perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afectado" [1135]; assim, a considerar a perspectiva da pessoa concretamente atingida desvantajosamente, haveria outra exigência a ser ultrapassada pela lei restritiva, qual seja, a razoabilidade da imposição para a pessoa afetada.

Com efeito, pode ocorrer de uma restrição legislativa observar a proibição do excesso, "quando, em abstracto ou em concreto, se tem em conta a gravidade do sacrifício imposto relacionada com a importância ou a premência de realização dos fins prosseguidos" e, contudo, quando da incidência concreta da lei, haver desproporcionalidade, em razão de restar configurada uma intervenção restritiva excessiva e insuportável na esfera pessoal de algum(s) destinatário(s) da norma; "basta, para tanto, que a medida em causa coloque os afectados, ou alguns deles, numa situação quantitativa ou qualitativamente desarazoável à luz dos ditames da protecção da liberdade e autonomia individual e do relacionamento Estado⁄cidadão em Estado de Direito" [1136].

Essa fiscalização de *razoabilidade* das leis restritivas aos direitos fundamentais tanto pode ser realizada, em controle abstrato, em face da projeção de aplicações reais e possíveis da lei, bem como, em controle concreto, ser direcionado para limitar a aplicação da lei e as intervenções restritivas que dela decorrem [1137].

De outro lado, tem-se que, apesar do defendido por Jorge Reis Novais, não existe a necessidade de se integrar o princípio da proporcionalidade, amplamente considerado, de mais um elemento constitutivo; as ilações que se retiram e exigências que derivam do *princípio da razoabilidade* são corretas sob o prisma constitucional, bem como devem compor o controle de proporcionalidade como um todo, contudo, são dedutíveis do próprio subprincípio da

[1135] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, pág. 187.
[1136] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, pág. 187.
[1137] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios*, págs. 188-189.

proporcionalidade em sentido estrito, de forma a dispensar, assim, a instituição de outro subprincípio.

Em qualquer perspectiva que seja considerado, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se expressa por uma valoração ou ponderação, a considerar, em sua forma mais usual, um possível excesso na restrição legislativa, o que pode ser constatado pelo sopesamento, em termos gerais, entre a importância dos efeitos de satisfação da finalidade buscada contraposta à intensidade dos efeitos prejudiciais causados ao direito fundamental; de outro lado, o *subprincípio da razoabilidade* ou, como aqui se prefere, a segunda perspectiva do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, também, tem sua aplicação relacionada a uma ponderação, contudo, agora, busca-se verificar a existência de excesso ou ônus insuportável aos destinatários da norma, o que é aquilatado pela ponderação entre a importância dos efeitos de satisfação das finalidades buscadas contrastada com os efeitos prejudiciais causados à esfera de liberdade pessoal do(s) afetado(s), sendo suas condições subjetivas e características individuais de suma importância para a ponderação.

Logo, uma vez que o *princípio da razoabilidade*, também, se expressa por uma ponderação, bem como a relação que se coloca como objeto de sopesamento, igualmente, diz com a relação entre finalidades buscadas e prejuízo causado para tanto, é mais lógico e seguro deixar esse exame no interior do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, até porque todos os parâmetros traçados para a ponderação geral entre a importância de satisfação dos objetivos e a intensidade de intervenção em face do direito fundamental são aplicáveis, da mesma forma, à ponderação inerente ao exame de *razoabilidade*, devendo-se, apenas, fazer algumas adaptações, pois, neste teste, o que importa é nível de intervenção sofrida pelo afetado em sua posição jurídica.

A questão é posta por Laura Clérico, ao destacar a existência, ou não, de diferenças entre as imposições decorrentes do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e o exame de proibição de exigência do insuportável; para a autora, há uma vedação de se exigir o insuportável dos destinatários das restrições legislativas, notadamente, quando da aplicação da lei aos casos concretos e às esferas pessoais dos particulares, contudo, pende ser esclarecido

se essa exigência é autônoma ou pode ser incluída ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito [1138].

Segundo Clérico, uma exigência seria insuportável para determinado indivíduo "*quando se espera do afetado que aceite uma exigência, uma situação que provoque uma restrição muito intensa de seus direitos fundamentais*"; ainda, acrescenta a autora, que a interpretação dessa insuportabilidade ou intensidade demasiada da intervenção deve ser feita de forma a considerar o indivíduo atingido e "*de acordo com suas necessidades, seus interesses ou seu plano de vida, e que não pode ser justificada no caso concreto, à luz dos argumentos que falam a favor da realização dos princípios constitucionais que se encontram em colisão*" [1139].

Conclui a autora, até porque em ambos os testes há uma ponderação concreta a ser realizada pelo aplicador do Direito, ser possível que essa *não exigência de submissão ao insuportável* seja reconstruída como parte ou caso especial do exame de proporcionalidade em sentido estrito, desde que se tenha em conta que o relevante para a ponderação é a intensidade da restrição na perspectiva do sujeito afetado e suas características pessoais [1140].

Destarte, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve observar duas perspectivas de análise: na primeira delas, deve ser verificada, em termos gerais, a proporcionalidade da relação entre a importância dos efeitos de satisfação dos objetivos buscados e a intensidade dos efeitos com que a restrição legislativa atinge o direito fundamental; em um segundo momento, releva à proporcionalidade em sentido estrito os efeitos concretos da lei restritiva e a intensidade com que a intervenção atinge os interesses dos afetados.

De se frisar que a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, relacionada à análise do prejuízo concreto da restrição legislativa, pode ser efetivada tanto no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade dessas normativas, quanto na aplicação concreta da lei a situações individuais, o que se efetivará mediante um controle difuso, concreto e incidental de constitucionalidade.

[1138] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, págs. 271-276.
[1139] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 275. (Tradução livre).
[1140] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 276.

Na primeira hipótese destacada, controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da restrição legislativa, a não observância pela lei do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – considerado nesta perspectiva dos efeitos concretos da norma, o que ocorrerá quando, em análise antecipada, revelar-se que a aplicação futura da lei acarretará ônus excessivos para determinadas pessoas ou grupos de indivíduos – poderá acarretar uma determinação judicial de redução da abrangência da lei, de forma a ser ordenado que não seja aplicada a determinadas hipóteses.

Por sua vez, quando ocorrer a segunda situação – controle difuso, concreto e incidental da restrição legislativa – o reconhecimento de violação desta perspectiva do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito implicará a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei e, como consequência, sua não aplicação ao caso.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro contempla, em sua jurisprudência, essas duas possibilidades destacadas, ou seja, vale-se, em controle abstrato, da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, a partir da qual determina a redução da amplitude aplicativa da lei restritiva, de forma a que não atinja determinadas pessoas ou situações; de outro lado, como mecanismo a ser utilizado em sede de controle difuso e incidental de constitucionalidade, o STF reconhece o fenômeno da *inconstitucionalidade circunstancial*, pelo qual a incidência concreta da lei pode acabar por violar a Constituição, desde que presentes algumas circunstâncias específicas a serem reveladas em cada caso concreto em relação a qual, em tese, a lei possuiria aplicabilidade.

Veja-se, por exemplo, o decidido pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.° 223; em suma, a lei objeto de impugnação em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade estabelecia a vedação de concessão de medidas liminares *inaudita altera pars* contra a Fazenda Pública, sendo a normativa considerada, em tese, constitucional pelo STF e, como consequência, a ADI foi julgada improcedente.

Não obstante, a decisão ressalva a possibilidade de a aplicação da lei poder acarretar inconstitucionalidade, desde que presentes determinadas circunstâncias; é fato que a norma em questão terá incidência em face de inúmeras e diversas situações fáticas, contudo, para ilustrar, tem-se que se configuram como hipóteses bem diferentes a observância da proibição de concessão de tutelas antecipadas quando a demanda judicial versar sobre "o reenquadramento de servidores públicos" e quando ela tiver por objeto "o custeio de cirurgia

urgente e indispensável à manutenção da vida do particular que deveria ter sido realizada pela rede pública de saúde, mas que, por qualquer razão, não o foi" [1141].

Na primeira situação, não há inconstitucionalidade na aplicação da lei, pois, ao final do processo, os interesses patrimoniais do autor poderão ser plenamente satisfeitos, mesmo não tendo havendo – por incidência da proibição legal – a concessão de liminar; contudo, no segundo caso, a situação mostra-se bem diferente, uma vez que, em se aplicando a lei à hipótese e vendando-se a concessão de tutela antecipada *inaudita altera pars*, haveria o perecimento de direitos fundamentais do autor, como a vida e saúde, logo, há inconstitucionalidade circunstancial na aplicação da lei ao caso ou "***inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra sobre uma determinada situação específica***" [1142].

De outro lado, por vezes, o Supremo Tribunal Federal, em controle via ação, concentrado e abstrato de constitucionalidade, mediante uma análise de projeção a contemplar futuras e possíveis aplicações concretas da lei restritiva, desde logo, exclui determinadas possibilidades de incidência da lei, a diminuir, assim, seu âmbito de aplicação, técnica de decisão, a qual denomina de declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

"*A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, declaração de nulidade sem redução de texto ou, ainda, declaração de nulidade parcial qualitativa* (*qualitative Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*) compõe outra modalidade das chamadas 'sentenças interpretativa'". Nesses casos, o requerimento de declaração de inconstitucionalidade é julgado parcialmente procedente, para o fim de ser determinada a não incidência da lei restritiva em face de determinadas situações, indivíduos ou grupos de pessoas, uma vez que a aplicação da normativa ao caso estabelecido acarretaria a sua inconstitucionalidade [1143].

Em Portugal, essa técnica de decisão é, igualmente, utilizada no controle de constitucionalidade, sendo que "*a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto* é qualificada como *decisão interpretativa de acolhimento parcial ou decisão de inconstitucionalidade qualitativa, ideal ou vertical* " [1144].

[1141] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação*, págs. 232-233.
[1142] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação*, págs. 231-233.
[1143] MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9). São Paulo: Método, 2008, pág. 65.
[1144] MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão*, pág. 65.

Para ilustrar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.° 2.287/SP, foi objeto de impugnação Lei Complementar do Estado de São Paulo que estabelecia a restituição de imposto pago antecipadamente em casos de substituição tributária; em confronto do dispositivo questionado com a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, para o fim de determinar que a lei não pudesse incidir em face de situações jurídicas já consolidadas antes da entrada em vigor da norma [1145].

De resto, como já anteriormente destacado, a ponderação, inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito na perspectiva da pessoa afetada, observa os mesmos parâmetros e padrões argumentativos traçados para quando da ponderação realizada em sua dinâmica mais comum; o procedimento a ser seguido em ambos os casos é como um todo similar devendo, apenas, ser feitas algumas adaptações.

Isso porque, como já exposto, neste momento do procedimento de ponderação de bens e interesses, o que releva é a relação, a qual deve ser proporcional em sentido estrito, entre a importância dos efeitos de satisfação das finalidades buscadas com a restrição legislativa e a intensidade dos efeitos com que a intervenção desvantajosa atinge a esfera pessoal do afetado; com efeito, uma vez que, agora, em um dos lados da balança, tem-se uma situação pessoal concreta, existem alguns parâmetros específicos a serem traçados para este tipo de sopesamento.

Em um primeiro momento, deve-se ter em mente a necessidade de serem definidas duas questões essenciais para o sopesamento [1146] realizado nesta perspectiva de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, quais sejam: (1) releva a esta ponderação a definição do grau, do nível ou intensidade com que a intervenção desvantajosa atinge a esfera pessoal do afetado, sendo importante para essa definição a consideração das características e condições pessoais do indivíduo atingido, suas ideias e perspectivas de vida, bem como o tipo de intervenção, sua duração e a amplitude com que prejudica o âmbito de liberdade individual do afetado; (2) após, deve ser definido, a partir da intensidade de restrição verificada, se a intervenção é insuportável, ou seja, se seria exigível do afetado que

[1145] MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão*, pág. 68.
[1146] A definir padrões argumentativos específicos a serem observados quando da ponderação inerente ao exame de *proibição de exigência do insuportável*, o qual integra o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, págs. 276-278.

sofresse tal ônus em prol da consecução dos interesses que motivam a medida desvantajosa, avaliação que, igualmente, deve ser levada a efeito com base nas características do afetado e as circunstâncias particulares que o envolvem e não a partir de um senso comum de determinada sociedade do que seria admissível para a hipótese.

Outra questão a ser levantada refere-se às consequências jurídicas de um possível *empate na ponderação*, ou seja, releva saber se a lei restritiva pode ser aplicada em face do indivíduo quando há uma equivalência entre a importância de realização dos objetivos buscados e a intensidade com que a intervenção atinge o afetado.

No caso específico de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito na perspectiva do destinatário da norma, deve-se ter em conta que a resistência da posição jurídico-subjetiva de direito fundamental gravemente atingida é maior do que se considerado o âmbito de proteção jusfundamental em abstrato; também é relevante entender que a declaração de inconstitucionalidade relacionada à aplicação concreta da norma a determinada situação atinge de forma muito mais branda a competência decisória do legislador democraticamente eleito para conformar a Constituição do que a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade da restrição legislativa; no primeiro caso, a lei restritiva continua em vigor e pode ser aplicada a outras situações, nas quais não cause uma intervenção insuportável na esfera pessoal dos destinatários, a manter, assim, a relação de precedência estabelecida pela ponderação legislativa, contudo, na segunda hipótese, a lei restritiva é expurgada da ordem jurídica, não podendo, portanto, ser aplicada a nenhuma situação concreta, em razão de sua inconstitucionalidade, abstratamente declarada.

Há um acréscimo na resistência protetiva dos direitos fundamentais quanto mais são atingidos por afetações desvantajosas. Destarte, há uma prevalência *prima facie* da posição de direito fundamental esgrimida pelo afetado em face da lei restritiva que, contra o particular, se pretende aplicar; o ônus argumentativo pesa contra a intervenção restritiva, devendo, então, a carga argumentativa em favor da incidência da intervenção desvantajosa ser maior do que as razões que motivam a resistência do afetado; como efeito, havendo *empate na ponderação*, deve ser preservada a posição de direito fundamental do indivíduo atingido pela lei [1147].

[1147] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 277.

Uma lei restritiva a direitos fundamentais resulta de uma ponderação realizada pelo legislador entre princípios constitucionais colidentes, âmbito no qual foram, ainda que em um plano essencialmente político, apresentados e discutidos os argumentos favoráveis e contrários à restrição legislativa; assim, uma vez resolvida a colisão, a solução para o impasse é prevista em uma regra, a qual contem um mandamento definitivo para o caso.

Assim, subjacente às regras, existem razões que justificam a sua existência, bem como razões que depuseram contra a sua formação, contudo, por motivos de segurança jurídica e previsibilidade das relações que devem acompanhar o Estado de Direito, novas discussões acerca dessas razões encontram-se bloqueadas, devendo, assim, a regra ter incidência aos casos toda vez que preenchido seu suporte fático; solução contrária e que professasse a flexibilização constante de aplicação das regras aos casos concretos enfraqueceria o Estado de Direito e prejudicaria o respeito institucional aos comandos normativos oriundos do Estado. "Com efeito, se cada aplicador puder afastar uma regra porque a considera injusta no caso concreto, pouco valor terão as regras e o ofício do legislador" [1148].

Não obstante esses fundamentos e princípios constitucionais, os quais amparam a aplicação das regras aos casos em face dos quais possuem incidência, como já destacado, a lei não pode levar a situações concretas injustas, sendo, aqui, a injustiça expressada pela ideia de restrição insuportável na perspectiva do destinatário; logo, as razões que sustentam a regra voltarão a ser relevantes quando a aplicação concreta da lei causar um ônus muito forte ao afetado, sendo que, nesse tipo de situação, far-se-á uma ponderação concreta a envolver as razões que impulsionam a aplicação da regra, notadamente, a importância de satisfação das finalidades buscadas com a lei e, de outro lado, deve-se considerar a intensidade com que a intervenção atinge a esfera pessoal do particular; se resultar dessa ponderação a conclusão de insuportabilidade da restrição para o destinatário, haverá uma inconstitucionalidade circunstancial, caso a lei seja efetivamente aplicada à hipótese.

Logo, uma regra, apenas, deixará de ser aplicada ao caso quando sua incidência for insuportável para o destinatário, situação que, como frisado, poderá acarretar uma inconstitucionalidade circunstancial; a presunção de constitucionalidade das leis e a

[1148] BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação,* pág. 208.

obrigatoriedade de sua observância pelos destinatários, assim, somente será posta em causa quando o ônus imposto ao particular for muito grave.

Constatada uma intervenção restritiva grave, a posição subjetiva de direito fundamental potencialmente atingida reforça-se e passa a exigir que as razões que justificam a incidência da lei restritiva sejam mais fortes, pois, se forem equivalentes ou de menor monta, não poderá a esfera pessoal do afetado ser atingida pela restrição; destarte, constatada a insuportabilidade da restrição legislativa para o destinatário da norma, sua aplicação ao caso concreto estará eivada de inconstitucionalidade circunstancial; ainda, caso exista dúvida acerca da insuportabilidade da afetação desvantajosa para o afetado, a lei, apenas, poderá ser aplicada à hipótese quando as razões que falarem favoravelmente a sua incidência forem mais fortes do que os argumentos em prol da preservação da esfera pessoal do destinatário.

Este último elemento constitutivo do princípio da proibição do excesso fecha o leque de testes que impõe em face das restrições legislativas, de forma a completar, assim, o conjunto de garantias que a proporcionalidade outorga aos indivíduos nos casos em que veem seus interesses jusfundamentais *prima facie* atingidos desfavoravelmente por uma ação do legislador.

CAPÍTULO V

O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das omissões estatais na concretização das prestações positivas jusfundamentalmente ordenadas

1. Uma nova face do princípio da proporcionalidade

Ao longo deste trabalho, em diversas ocasiões, foi mencionado que o princípio da dignidade da pessoa humana, para ser observado em sua integralidade, exige do Estado o cumprimento de uma tríade de deveres, quais sejam as obrigações de respeitar, proteger e promover essa dignidade; como decorrência lógica, esses deveres acabam por, necessariamente, acompanhar os direitos fundamentais – tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais [1149] –, a partir do que o Estado deve respeitá-los, promovê-los e protegê-los mediante o cumprimento de prestações positivas, bem como a partir da observância de deveres de abstenção.

O dever de respeito aos direitos fundamentais ocorre, notadamente, com base no cumprimento de obrigações de abstenção por parte do ente público, contudo, já no que se refere aos deveres de promoção e proteção, tem-se a necessidade de que o Estado adimpla a determinadas prestações positivas, fáticas e normativas [1150]; o princípio da proporcionalidade, por sua vez, possui uma face específica – proibição do excesso – quando da verificação da existência de justificação constitucional para as afetações desvantajosas opostas aos direitos fundamentais nas situações em que está causa sua função de defesa e os correlatos deveres de

[1149] Acerca da questão de uma dogmática unitária para os direitos fundamentais de liberdade e sociais, no âmbito da doutrina portuguesa: MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição. Tomo II*. Coimbra: Almedina, 2018, págs. 555-587.

[1150] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 306-317. Consigna-se, ainda, que, nos termos explicados pelo autor, os deveres de respeito, promoção e proteção alcançam os diretos sociais, bem como os direitos de liberdade, de forma a constituir a base para a definição de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais; além disso, o dever de respeito, apesar de encontrar sua dimensão principal na imposição de obrigações de abstenção ao Estado, também, exige, por vezes, o cumprimento de prestações positivas para que o efetivo respeito ao bem ou interesse jusfundamenalmente protegido seja, de fato, alcaçado; por sua vez, os deveres de proteção e promoção impõem ao Estado, essencialmente, obrigações a prestações positivas, contudo, também, exigem, em determinadas hipóteses, para a sua sastifação, o cumprimento de deveres de abstenção.

não intervenção; de outro lado, o princípio apresenta-se de maneira distinta quando da aplicação direta de enunciados normativos de direitos fundamentais em face das relações privadas, funcionado, como será exposto [1151], na forma de um mecanismo estruturante a orientar a ponderação realizada judicialmente no intuito de resolução de uma colisão a envolver direitos fundamentais de titularidade de pessoas privadas; neste âmbito da eficácia direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, é a função jusfundamental defensiva que releva, a partir do que há, *prima facie*, um direito a não intervenção nas esferas jusfundamentalmente protegidas de titularidade de uma pessoa privada, pretensão esta oponível aos outros particulares, os quais, correlativamente, possuem, *prima facie*, uma obrigação de abstenção; por sua vez, o princípio da proporcionalidade funciona, nesta específica questão da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, de forma diversa do que quando manejado no controle de constitucionalidade das restrições legislativas ou intervenções restritivas opostas pelo Estado, havendo apontamentos diferenciadores que marcam os seus três elementos constitutivos e que acabam por dar autonomia dogmática ao princípio quando manejado neste âmbito.

Neste momento, contudo, a questão que se coloca é outra; tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais originam obrigações oponíveis ao Estado, as quais restam materializadas nos deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, deveres estes que são adimplidos a partir da observância de obrigações de abstenção, bem como mediante a realização fática e normativa de determinadas prestações positivas; estando em causa a exigibilidade de cumprimento de prestações positivas, *prima facie* impostas pelos direitos fundamentais, as margens de controle de constitucionalidade reconhecidas à jurisdição constitucional em relação às omissões estatais na realização desses deveres positivos são diversas [1152], tanto no que se refere às verificadas quando do controle das

[1151] Capítulo VI.

[1152] Não se desconhece que, por vezes, deveres estatais de abstenção possam ter o mesmo regime jurídico e serem condicionados às mesmas reservas que rotulam os deveres a prestações positivas; por exemplo, não há razão para a distinção do regime cabível e das correlativas margens de controle judicial aplicáveis à omissão do Estado em concretizar deveres de proteção das incidentes em face de comportamentos positivos do Estado tendentes a alterar a proteção de fato já realizada; ou seja, nas palavras de Jorge Reis Novais, "as margens de decisão e de apreciação políticas tanto devem existir quando os poderes públicos adptaram uma determinada medida e modalidade de protecção como quando, eventualmente, a realidade demonstrou a necessidade de adaptação, regressão ou modificação das medidas e modalidades anteriormente adptadas e os poderes constituídos enveredam pela correspondente actuação". NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 370. Não

restrições legislativas quanto da aplicação direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares.

As diferenças existentes entre as margens de controle que possui a jurisdição constitucional quando em causa a análise de possível inconstitucionalidade por omissão do Estado em cumprir deveres a prestações positivas *prima facie* determinadas pela Constituição em comparação com a amplitude do controle relacionado à sindicância das restrições legislativas, bem como dos termos nos quais se dá a aplicação direta de enunciados jusfundamentais em face das relações particulares, alcança, como consequência, o princípio da proporcionalidade, a partir do que passa a apresentar uma outra face quando manejado nesta específica questão do controle de constitucionalidade das omissões nos casos de ausência de cumprimento pelo Estado de deveres a prestações positivas decorrentes dos direitos fundamentais.

Veja-se que no controle de proporcionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, o objeto a ser sindicado já está posto, ou seja, o Estado já escolheu a medida restritiva a ser utilizada para a promoção de uma finalidade, também, já predeterminada; compete à jurisdição constitucional analisar se houve violação ao direito fundamental afetado desvantajosamente, em decorrência de um possível excesso de intervenção contido na lei restritiva; entrementes, o objeto a ser sindicado é *fixo*, determinado, e as margens de controle atribuídas ao juiz não autorizam a adoção pelo Judiciário de medidas alternativas à escolhida pelo legislador democraticamente eleito, ou seja, se a decisão de controle concluir pelo excesso da restrição legislativa, a medida é declarada inconstitucional por violação ao direito fundamental afetado desvantajosamente, sendo que, de outro lado, se não for aquilatado excesso na restrição oposta pelo legislador, a lei restritiva tem a sua presunção de constitucionalidade confirmada e é mantida no sistema jurídico; entrementes, da decisão de controle não resulta a imposição de prestações positivas ao Estado, estando, assim, ausentes

---

obstante, estas situações de equivalência entre direitos negativos e positivos, no que se refere ao regime jurídico e margem de controle judicial, são pontuais e não acarretam a necessidade, para os fins deste trabalho, de que se faça a distinção de forma continuada ao longo do texto, bem como não infirmam a regra de que os direitos positivos possuem um regime jurídico e os direitos negativos outro; basta, assim, que se tenha em mente que, no geral, o regime jurídico e as margens de controle judicial e, consequentemente, a dinâmica observada pelo princípio da proporcionalidade, em regra, é uma para os direitos negativos – proibição do excesso – e outra – proibição de isuficiência – para direitos a prestações positivas, contudo, em situações pontuais, tanto os deveres de abstenção quanto as obrigações prestacionais podem possuir o mesmo regime jurídico e estarem afetas às mesmas margens de controle jurisdicional.

outros encargos financeiros [1153], bem como, não se faz presente qualquer ingresso pelo Judiciário na esfera de deliberação do legislador ou da Administração, no que se refere à seleção de outra medida que seria politicamente oportuna e adequada.

No que tange à aplicação do princípio da proporcionalidade quando da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares, igualmente, o objeto de controle é determinado e estanque; os testes de proporcionalidade são impostos pelo juiz em face de uma intervenção restritiva decorrente de uma conduta oriunda de pessoa privada que afetou desvantajosamente um direito fundamental de outro particular; ainda, como não houve decisão infraconstitucional acerca do resultado da colisão verificada, a partir do que o juiz aplica diretamente os enunciados constitucionais para a resolução do caso, não se verifica tensão a envolver o princípio democrático; de resto, da decisão judicial não decorrem custos financeiros para o Estado.

Essas hipóteses de controle de proporcionalidade são diversas do que ocorre com a situação agora objeto de análise; os motivos desta diferenciação podem começar a ser visualizados a partir de alguns apontamentos a envolver uma análise um pouco mais precisa acerca dos deveres de proteção e promoção dos direitos fundamentais, notadamente, em sua dimensão principal, a qual demanda o atendimento pelo Estado de prestações positivas.

No que tange aos deveres de proteção, tem-se que são adimplidos pelo Estado, em sua maioria, a partir da execução de determinados comportamentos positivos – fáticos e, especialmente, normativos – direcionados à tutela dos bens e interesses subjacentes aos direitos fundamentais, os quais possuem a potencialidade de sofrer agressões provenientes de comportamentos externos de outros particulares, entes estatais ou outros eventos fortuitos e de força maior.

Contudo, a forma de cumprimento deste amplo dever de proteção, o qual acompanha os direitos fundamentais, não é predeterminada pela Constituição, bem como não há uma definição constitucional antecedente acerca da amplitude e medida que esta tutela deve alcançar; assim, "o conteúdo desse dever estatal não é unívoca e precisamente dedutível das normas jusfundamentais de garantia", havendo um considerável leque com opções e margens

[1153] "Imunidade de invasão pelo Estado não envolve nenhuma pretensão significativa a recursos financeiros". HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York – London: Norton & Company, 1999, pág. 36. (Tradução livre).

de ações discricionárias reconhecidas ao legislador e à Administração para o cumprimento dessa obrigação de tutela; além disso, os comportamentos estatais positivos relacionados à proteção dos direitos fundamentais, em algumas situações, podem pressupor a disponibilidade de recursos financeiros para serem realizados, bem como tem a potencialidade de implicar afetações desvantajosas a outros bens e interesses juridicamente tutelados, o que requer a realização de avaliações e ponderações inerentes à esfera política para a seleção de qual o meio será utilizado; destarte, apesar de ser reconhecida a possibilidade de controle, pela jurisdição constitucional, das omissões estatais em concretizar os deveres de proteção, as margens deste controle são estreitas, pois, neste âmbito, esse dever de proteção está condicionado "a uma *reserva do politicamente adequado ou oportuno*", a qual, por vezes, é ainda reforçada pela reserva do financeiramente possível [1154]-[1155].

Por sua vez, os deveres de promoção dos direitos fundamentais, os quais são realizados, essencialmente, mediante a realização de comportamentos positivos pelo Estado – especialmente, prestações fáticas – apresentam especificidades dignas de nota; por dependerem da realização de prestações fáticas, sociais ou materiais, os deveres de promoção possuem a sua efetiva concretização condicionada à existência de recursos financeiros, assim, "para além da reserva imanente de ponderação e da reserva do politicamente adequado ou oportuno – aplicáveis, se e quando for o caso, aos deveres estatais de promoção –, a estes se aplica ainda a chamada reserva do financeiramente possível"; além disso, a destinação dos limitados recursos financeiros disponíveis para a realização das políticas públicas é de competência precípua, em Estado de Direito social e democrático, do legislador democraticamente eleito e não do Poder Judiciário, razão pela qual, no que se refere aos deveres de promoção, está em causa, também, a "reserva do politicamente adequado ou oportuno" [1156]; também, essa reserva do politicamente adequado e oportuno se faz presente quando da concretização normativa infraconstitucional dos direitos fundamentais positivos, pois o legislador democraticamente eleito possui margens de avaliação e ação relacionadas à escolha da forma, intensidade e amplitude de realização dos deveres à prestação normativa decorrentes da obrigação de promoção dos direitos fundamentais.

[1154] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 353-355.
[1155] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 206.
[1156] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 355-360.

Uma vez compreendidas as particularidades a envolver a concretização das funções de promoção e proteção dos direitos fundamentais, deve-se ter bem presente que a questão, nesta esfera, diz com o controle de constitucionalidade das omissões relacionadas ao reconhecimento de um dever estatal de atuar positivamente e, como consequência, são diversos os padrões argumentativos exigíveis para que se satisfaça o ônus de fundamentação necessário para o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma intervenção desvantajosa em face de um direito fundamental de defesa em comparação com os encargos de argumentação exigidos para a declaração de inconstitucionalidade por omissão do Estado no cumprimento de deveres jusfundamentais a prestações positivas; isso se dá, também, além de todos os apontamentos já lançados a destacar os motivos desta diferenciação, pela necessidade de, primeiro, dever-se "fundamentar a existência de um *dever jurídico de agir*" e, após, ter-se em consideração o fato de que, diferentemente do controle das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais de defesa, onde há um único e específico objeto de controle, no controle das omissões existem inúmeras medidas que poderiam ter sido realizadas e não o foram; além disso, como frisado, a forma, amplitude e intensidade de adimplemento desses deveres a prestações positivas não estão predefinidos pela Constituição, havendo um "amplo espaço de livre conformação" reconhecido ao legislador [1157].

O princípio da proporcionalidade acompanha esta lógica e apresenta a sua versão mais fraca, quando em causa a concretização dos deveres de prestacionais decorrentes dos direitos fundamentais, sendo a proporcionalidade denominada, nesta esfera, de princípio da proibição da insuficiência [1158], proibição do defeito [1159], proibição da proteção deficiente, proibição do déficit ou, ainda, proibição da prestação insuficiente [1160] (*Untermaβverbot*); entrementes, o princípio da proporcionalidade possui sua primeira face, na qual figura como uma *proibição do excesso* oponível às restrições legislativas aos direitos fundamentais, outro rosto quando manejado no controle de constitucionalidade das omissões estatais em concretizar obrigações a prestações positivas decorrentes dos direitos fundamentais e, ainda, apresentará um terceiro

[1157] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 65-68. Consigna-se, apenas, que as considerações do autor são relacionadas aos imperativos de tutela dos direitos fundamentais, contudo, entende-se que razões esgrimidas são extensíveis aos deveres de promoção e, assim, a todas as obrigações a prestações positivas oponíveis ao Estado.
[1158] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, pág. 60.
[1159] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 905. SILVA, Jorge Pereira da. *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, pág. 286.
[1160] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 392.

semblante quando da sua aplicação pelo juiz nas situações de incidência direta de normativas jusfundamentais em face das relações particulares.

Assim, para as finalidades deste trabalho, em um primeiro momento, a questão a envolver o princípio da proporcionalidade em sua configuração como proibição de insuficiência pode ser resumida na seguinte pergunta: a omissão do Estado em cumprir deveres originários a prestações positivas *prima facie* determinadas pelas obrigações de respeito, proteção e promoção oriundas dos direitos fundamentais, tanto no que se refere aos direitos de liberdade quanto no que toca aos direitos sociais, pode não estar justificada constitucionalmente? Como consequência e, notadamente, o que aqui importa: o princípio da proporcionalidade, na sua dinâmica de proibição da insuficiência, funciona como parâmetro de controle a ser manejado pela jurisdição constitucional e pode ser colocado como limite às possibilidades de justificação constitucional das omissões ou ações insuficientes estatais em cumprir deveres a prestações positivas *prima facie* determinadas direta e originariamente pelos direitos fundamentais, a partir de sua positivação constitucional?

Com já destacado, a restrição a um direito à prestação positiva não ocorre por um comportamento positivo do Estado, antes se verifica na própria omissão, na não realização do que estava *prima facie* determinado pela Constituição, ou na realização parcial e insuficiente desses comandos; entrementes, a questão de fundo incide em face da possibilidade e, em caso positivo, dos limites que o Poder Judiciário possui, na sistemática constitucional brasileira, para realizar o controle de constitucionalidade dessas omissões, especialmente, no que aqui se mostra relevante, identificar como funciona o princípio da proporcionalidade quando aplicado neste específico problema dogmático; assim, cabe precisar a possibilidade jurídica de controle jurisdicional de constitucionalidade das omissões estatais em cumprir deveres jusfundamentais *prima facie* e as pautas, para o reconhecimento de conformidade constitucional, impostas a essas restrições pelo princípio da proporcionalidade; além disso, se admissível, os limites e intensidade de controle também devem ser objeto de atenção.

Nesse sentido, pode ser asseverado, com segurança, que a possibilidade de controle jurisdicional das omissões estatais na realização de deveres a prestações positivas *prima facie* impostas pela Constituição encontra fundamento na simples constatação de que essas obrigações decorrem de normativas constitucionais revestidas de fundamentalidade e, como tais, em Estado de Direito social e democrático, escapam ao espaço discricionário do Estado e

vinculam todos os Poderes constituídos; os direitos fundamentais a prestações, nas palavras de Robert Alexy, "são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples" [1161]; contudo, há particularidades que devem ser observadas e desgarram o controle de constitucionalidade das omissões dos padrões aplicáveis ao controle das restrições legislativas ou intervenções restritivas, decorrentes de comportamentos estatais ou particulares, notadamente, devem ser considerados, dentre outras, as *reservas próprias* relacionadas à concretização destes deveres estatais, quais sejam as *reservas do financeiramente possível e do politicamente adequado ou oportuno* [1162].

Entrementes, o princípio da proporcionalidade, em sua face de proibição da insuficiência, deve ser aplicado no controle de constitucionalidade das omissões de forma a que não sejam desconsideradas todas as especificidades que envolvem a concretização dos deveres de respeito, promoção e proteção dos direitos fundamentais, notadamente, no que tange às prestações positivas jusfundamentalmente exigidas do Estado; no momento, basta deixar expresso que a não realização dos direitos a prestações positivas pode ter sua constitucionalidade controlada pelo Poder Judiciário, que o princípio da proporcionalidade, em sua dinâmica de proibição da insuficiência, possui um papel central neste controle, mas que opera de forma diversa da proibição do excesso no controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, bem como quando da aplicação do princípio da proporcionalidade nas situações de incidência direta e imediata das normativas jusfundamentais em face das relações estritamente particulares.

2. A tese da congruência entre as proibições da insuficiência e do excesso

Essa ideia a sustentar a autonomia entre o princípio da proibição da insuficiência e a proibição do déficit, contudo, não é aceita pacificamente, havendo posições doutrinárias e jurisprudenciais a defender uma *congruência* a envolver ambos ou, ainda, uma *congruência*

[1161] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 511.
[1162] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 353-360.

entre a proibição do defeito e os deveres estatais de proteção [1163]; em suma, para a tese da congruência (*Kongruenzethese*), o princípio da proibição do déficit nada acresceria à aplicação da proibição do excesso quando do controle de constitucionalidade das restrições; haveria, apenas, uma mudança de perspectiva, ou seja, enquanto que na proibição do excesso se toma por base de análise o direito fundamental afetado pela intervenção, na proibição do defeito a avaliação é perspectivada a partir do direito fundamental a ser protegido, contudo, o resultado será sempre o mesmo; de outro lado, em situações em que ausentes relações triangulares nas quais um particular requer do Estado proteção em face do comportamento de outra pessoa privada, como, por exemplo, quando um particular busca de tutela, em razão de uma catástrofe natural, o princípio da proibição da insuficiência, igualmente, seria inócuo, pois se confunde com o próprio dever de proteção [1164].

Em outras palavras, pela tese da *congruência*, a proibição de insuficiência e a proibição do excesso seriam dois lados de uma mesma ideia e alcançariam as mesmas conclusões, configurando-se, apenas, parâmetros de controle com *sinais* trocados, tendo por diferença, unicamente, a perspectiva de análise, ou seja, enquanto a proibição do excesso se concentraria na gravidade da restrição sofrida pelo direito fundamental em comparação com a importância de satisfação dos fins (proteção ao outro direito fundamental), a proibição de insuficiência, por sua vez, perspectiva a questão a partir da importância de satisfação dos fins (proteção) em contraponto com a intensidade da restrição; contudo, em qualquer dos casos, *a ordem dos fatores não altera o resultado*, de forma que a solução a ser encontrada a partir da *ponderação* seria a mesma em qualquer hipótese [1165].

A proposta é bem ilustrada no caso *Hatton* [1166], julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; a questão foi originada a partir de insurgência, contra o Reino Unido, formalizada por oito nacionais britânicos, no ano de 1997; em suma, os autores residiam próximo ao aeroporto *Heathrow* e reclamavam dos altos ruídos decorrentes de voos noturnos, bem como da insuficiência das medidas estatais existentes de regulamentação das atividades noturnas do aeroporto; em maio de 1997, os reclamantes recorreram ao TEDH alegando

[1163] Para uma síntese da discussão a envolver as teses da autonomia ou congruência entre a proibição do excesso e a proibição do défice, notadamente, na doutrina alemã, ver: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 912-958. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, págs. 267-304.
[1164] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, pág. 267.
[1165] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs, 197-198.
[1166] *Hatton and ors v UK (Grand Chamber)* (2003). Application n.° 306022/97.

violação ao direito humano à vida privada e familiar, notadamente, por privação do sono, o que, ao final, foi julgado procedente pela Corte internacional; para o que aqui importa, o Tribunal refere, no item 98 da decisão, que é indiferente perspectivar o caso sob a ótica do dever positivo do Estado de adotar medidas capazes de tutelar os direitos dos reclamantes ou sob o prisma da ingerência imposta pelo Estado aos interesses concorrentes; qualquer que seja o *lado* da questão adotado como foco de análise – direito a ser protegido ou direito a ser restringido – os princípios aplicáveis são idênticos e a solução da questão direcionada para o alcance de um equilíbrio entre interesses colidentes.

Contudo, a tese da *congruência* possui problemas inultrapassáveis; inicialmente, é muito claro que a ideia foi formatada tendo por base, apenas, relações triangulares, nas quais um particular busca do Estado proteção em face de outra pessoa privada, contudo, há diversas situações, relacionadas ao cumprimento dos deveres estatais de promoção e proteção, nas quais essas relações triangulares não se fazem presentes, como, por exemplo, quando em causa o dever estatal de tutela dos particulares em razão de eventos naturais danosos ou, ainda, o cumprimento de obrigações de promoção de acesso aos direitos fundamentais; nesses casos, a proibição do excesso não possuiria qualquer papel e, mesmo assim, por serem obrigações jusfundamentais, impõe-se a definição de um mecanismo de controle, notadamente, o princípio da proibição da insuficiência, reconhecido como dogmaticamente autônomo [1167]-[1168].

De outro lado, as referidas relações triangulares estão presentes, essencialmente, quando, em uma relação a envolver pessoas privadas, o Estado é chamado a tutelar uma das partes em razão do comportamento *agressivo* da outra; nessas situações, de acordo com o que se está a sustentar neste estudo, quando a questão é submetida ao juiz, o princípio da proporcionalidade apresenta uma nova face, a qual não se confunde, quer com a proibição do excesso, quer com a proibição da insuficiência; aqui, quanto mais em sistemas jurídicos como o brasileiro – no qual, todo juiz é juiz constitucional – o princípio da proporcionalidade funciona como um critério a estruturar a ponderação judicial que deve ter o sentido de encontrar a solução mais *equilibrada* para o caso; assim, em razão de as relações ditas triangulares, quando submetidas

[1167] Nesse sentido, a tese da *divergência* entre proibição do excesso e proibição do défice, nos termos expostos por Vitalino Canas. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 917.
[1168] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, pág. 302.

à apreciação judicial, deverem ser solucionas por uma lógica distinta da proibição do excesso e da vedação do défice, a tese da congruência não faz qualquer sentido.

Há, também, como destacado no tópico anterior, uma diferença estrutural significativa e incidência de *reservas* distintas, a depender de a função jusfundamental – negativa ou positiva – a ser concretizada; a partir disso, a proibições do excesso e da insuficiência possuem objetos de controle distintos e estabelecem limites diferentes no que se refere à margem e intensidade de controle atribuído à jurisdição constitucional, razão pela qual não podem ser entendidas como exigências redundantes.

De resto, a autonomia da proibição da insuficiência em relação aos deveres de proteção é, ainda, mais evidente; a ideia de *congruência* entre ambos, assim como ocorre nas teses que sobrepõe a proibição do excesso à vedação da insuficiência, também, foi construída com base nos deveres de proteção estatais existentes nas relações triangulares, nas quais o Estado possui uma obrigação de tutela das pessoas privadas contra condutas de outros particulares; assim, desde logo, já se verifica que a tese da *congruência* entre a proibição da insuficiência e os deveres de proteção não pode prosperar, pois o âmbito de aplicação da vedação do defeito é mais vasto, ou seja, alcança outras situações em que em causa a concretização de deveres prestacionais, nas quais não há qualquer relação triangular; de outro lado, da existência de um dever de proteção não decorre, automaticamente, um direito subjetivo do particular em ver aquela obrigação atendida, uma vez que pode haver justificação constitucional – demonstrada, notadamente, pela proibição da insuficiência – para que o Estado não realize a prestação esperada pelo particular, assim, uma coisa é o dever de proteção e outra é a proibição de insuficiência [1169].

Entrementes, o dever de proteção "corresponde a uma imposição constitucional" e, por sua vez, a proibição da insuficiência caracteriza-se como "um *parâmetro de controlo* da observância por parte do legislador dessa mesma imposição constitucional" [1170]; como define Canaris, primeiro deve ser identificado *se* existe o imperativo de tutela, ou seja, *se* do direito fundamental decorre um dever de proteção relacionado à agressão específica em pauta e,

[1169] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, págs. 286 e 291.
[1170] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, págs. 592-593.

após, em sendo positiva a resposta ao primeiro questionamento, impende seja definido *como* essa proteção será, de fato, efetivada [1171].

3. O suporte fático dos direitos fundamentais à prestação positiva

Como já destacado neste estudo[1172], o processo de aplicação⁄concretização dos direitos fundamentais, notadamente, daqueles positivados na Constituição por normas com estrutura de princípio [1173], é mais bem compreendido a partir do desenvolvimento de uma metódica estruturante ou da definição de um suporte fático a indicar as condições que devem ser preenchidas para que ocorra a incidência concreta da normativa constitucional e a consequente a produção dos efeitos jurídicos abstratamente previstos.

Isso se faz necessário, ainda mais quando em causa a concretização dos direitos fundamentais à prestação positiva – principal dimensão do cumprimento dos deveres estatais de proteção e promoção, em especial, dos direitos fundamentais sociais –, uma vez que esta matéria encontra-se em uma zona de penumbra, insegura, restando pouco pacífico os termos nos quais a aplicação desses direitos fundamentais deve ocorrer; há referências, aqui, que os direitos sociais seriam verdadeiros *centauros jurídicos* [1174] ou, ainda, que em razão da indeterminação de seus enunciados constitucionais, dariam origem a *camaleões normativos* aplicáveis a partir de uma teoria jurídica muito vaga e imprecisa, uma *metodologia fuzzy*, a implicar grandes incertezas dogmáticas [1175].

Entrementes, a explicitação de um processo aplicativo compatível com as específicas características a envolver os direitos à prestação positiva é uma premissa indispensável para

---

[1171] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, pág. 102.
[1172] PARTE I, Capítulo III, 7.6.
[1173] O suporte fático ora descrito demonstra, apenas, a aplicação dos direitos fundamentais positivados na Constituição a partir de normas com estrutura de princípio, pois, em se tratando de regras, o mandamento normativo que resulta do dispositivo constitucional é definitivo e, com efeito, não admite qualquer afetação desvantajosa constitucionalmente justificável, a partir do que as ações ou omissões do Estado que descumpram o mandamento contido na regra acaba por configurar uma violação ao direito fundamental. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 372-373.
[1174] CASCAJO CASTRO, José Luis. Derechos Sociales. *CDP. Cuadernos de Derecho Público, n.° 37, mayo-agosto 2009, págs. 11-35*. Madri: INAP, 2009, pág. 12.
[1175] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. <<Metodologia *Fuzzy*>> e <<camaleões noramativos>> na problemática actual dos direitos exonómicos, sociais e cultutais. *Estudos sobre direitos fundamentais, págs. 97-113*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, págs. 99-101.

que se possa demonstrar, após, o lugar ocupado pelo princípio da proporcionalidade neste contexto e, consequentemente, como ocorre o seu funcionamento quando manejado na forma de uma proibição da insuficiência; ainda, cabe explicitar, a definição de um suporte fático para os direitos à prestação positiva mostra-se pertinente para as situações em que se pretende substanciar a existência de um direito prestacional diretamente a partir de uma disposição constitucional marcada pela genericidade, abstração e indeterminabilidade de conteúdo, ou seja, com estrutura de princípio, a partir do que poderá ser verificada a inconstitucionalidade da omissão do Estado em efetivar o comando prestacional *prima facie* determinado pela normativa jusfundamental ou, ao contrário, é viável que ocorra a demonstração da existência de justificativa constitucional para a omissão; de resto, o suporte fático a ser desenhado é adequado para demonstrar o processo aplicativo de todos direitos fundamentais a prestação positiva, sejam eles decorrentes dos deveres de respeito, promoção e proteção ou, ainda, independentemente de sua qualificação como direitos de liberdade ou direitos sociais [1176]-[1177].

Assim, retomando-se as lições de Virgílio Afonso da Silva, tem-se que a ideia de suporte fático é plenamente aplicável aos direitos fundamentais e funciona como ponto de partida para o desenvolvimento de uma metódica-aplicativa, correta sob o prisma constitucional, para os

[1176] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 365-397.

[1177] Em sentido contrário, a conciliar a proibição do déficit, apenas, aos deveres estatais de proteção, está a posição de Jorge Pereira da Silva; para o autor, possuindo os deveres de proteção autonomia dogmática em relação a outros deveres oponíveis ao Estado, há, como consequência, uma vinculação específica entre os deveres de proteção e o princípio da proibição do déficit; assim, "a designação 'princípio da proibição do défice' (de defeito ou de insuficiência) deve ter-se por sinónima da ideia de interdição de protecção insuficiente de direitos fundamentais em face das ameças externas, sejam elas de origem humana ou natural". SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, pág. 590. Não obstante, não se vê maiores objeções para conciliar a probição do déficit, também, ao controle das omissões estatais relacionadas aos deveres de promoção dos deveres fundamentais, notadamente, em sua dimensão positiva; como será demonstrado na sequência, a estrutura de controle a ser seguida, tando nos casos de omissões relacionadas aos deveres de proteção quanto de promoção, é de todo similar, sendo o conteúdo que será dado à proibição do déficit adequado para funcionar em ambas as situações; isso tudo vem reforçado, ainda, pela ideia sustentada neste trabalho de que há uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, a partir do que o *Untermaβverbot* não possue amplicação nessas situações de relação tripolar entre os dois particulares e o Estado-jurisdição; assim, o que será indispensável para a verificação de cabimento de um controle a partir da proibição de insuficiência é a natureza da função que o direito fundamental está a exercer no caso – prestação ou defesa – e não tanto o dever estatal existente na hipótese, de respeito, promoção ou proteção; isso não quer dizer que as reservas a afetar os deveres de respeito, promoção e proteção não sejam diferentes e, consequentemente, que as margens de controle reconhecidas à jurisdição constitucional não sejam diversas a depender da obrigação estatal em causa, mas, apenas, que essa diferenciação é relevante para a definição da intensidade de controle que a partir da proibição do déficit pode ser realizado no caso e não para a própria identificação de cabimento do controle com base na proibição de insuficiência.

direitos à prestação positiva [1178]; a cada norma de direito fundamental corresponde um *suporte fático abstrato*, havendo, de outro lado, uma específica *tipologia* para as normas de direitos fundamentais a prestação positiva, nos seguintes termos: delimitação do âmbito de proteção *prima facie*, verificação da existência de omissão estatal em cumprir o que estava *prima facie* determinado e, por fim, ausência de justificação constitucional para a omissão; preenchidas essas condições, estará, de forma *definitiva*, deflagrada a consequência jurídica estabelecida na norma constitucional, ou seja, estará definitivamente determinada a imposição decorrente da norma jusfundamental, a qual consiste o cumprimento de um dever estatal que requer a realização de uma prestação positiva [1179].

Tendo por base referido suporte fático, a análise da observância do princípio da proporcionalidade, em sua face de proibição da insuficiência, integra o último elo a ser preenchido para que a normativa jusfundamental imponha: 1) de fato e definitivamente, uma obrigação prestacional ao Estado, nas situações de não satisfação pela restrição (omissão) dos testes inerentes ao princípio da proibição de insuficiência; 2) a persistência da omissão estatal em não cumprir o que estava *prima facie* determinado, em razão da existência de justificação constitucional para a omissão (restrição), em caso de satisfação dos testes inerentes ao princípio proibição da insuficiência.

A questão que agora deve ser enfrentada consiste em saber se o modelo de suporte fático proposto é constitucionalmente adequado; isso porque, há contestação doutrinária ao desenho do suporte fático dos direitos a prestação positiva nos termos ora descritos, notadamente, no que se refere à (im) possibilidade de fixação do âmbito de proteção, da consequente (in) viabilidade de determinação da restrição e da (in) aplicabilidade dos parâmetros de justificação constitucional das restrições aos direitos negativos.

Neste tópico, será analisado, unicamente, se o modelo de suporte fático descrito – âmbito de proteção, ausência ou presença de restrição, justificação constitucional para a restrição – é capaz de demonstrar a aplicação dos direitos fundamentais à prestação positiva, a partir do que será esclarecida a (im) possibilidade de demarcação *prima facie* do âmbito de proteção e a (in) viabilidade de determinação da restrição, sendo que a análise dos parâmetros de justificação constitucional para a não realização dos direitos a prestação positiva,

[1178] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, págs. 64-67.
[1179] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, págs.69-79.

notadamente, o *modus operandi* e conteúdo do princípio da proibição da insuficiência, será deixada para os tópicos posteriores.

Segundo Jorge Reis Novais, a diferenciação dogmática decisiva para a definição do regime jurídico aplicável e das margens de controle de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais atribuídas à jurisdição constitucional, passa pela identificação da tríade de deveres oponíveis ao Estado em decorrência da vinculação aos direitos fundamentais, quais sejam as obrigações de respeitar, proteger e promover; todos esses deveres dependem, para sua observância integral, do cumprimento pelo Estado de obrigações negativas, bem como da consecução de comportamentos positivos; de outro lado, no que se refere às afetações desvantajosas causadas aos direitos fundamentais a partir da prática de comportamentos positivos pelo Estado em contraponto a deveres de abstenção que estavam *prima facie* jusfundamentalmente ordenados, tanto no que se refere aos deveres de respeito, promoção e proteção, configuram-se, sem espaço para maiores indagações, como verdadeiras restrições aos direitos fundamentais e, como tais, para encontrar justificação constitucional, devem ultrapassar os parâmetros de controle típicos de um Estado de Direito, dentre os quais o princípio da proibição do excesso; de outro lado, no que se refere ao descumprimento de prestações positivas, uma restrição ao direito fundamental restará configurada, apenas, nas situações em que o conteúdo da norma jusfundamental possua determinabilidade suficiente e que seja viável a identificação de que aquele comportamento específico estava *prima facie* exigido do Estado, a partir do que, a omissão em respeitar, proteger ou promover o direto fundamental, dada a não realização da conduta predeterminada, caracteriza verdadeira restrição ao direito fundamental e, como tal, deve encontrar justificação constitucional [1180].

O problema surge, segundo o autor, quando o direito fundamental, especialmente, no que se refere aos deveres de promover ou proteger, não encontra, em sua positivação constitucional, densidade normativa mínima para que daí se retire conclusão satisfatória acerca da existência de determinados comportamentos positivos que estariam *prima facie* determinados; nessas situações, os padrões de controle inerentes à análise pelo juiz da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais negativos não são aplicáveis, por diversas razões, a saber: a primeira dificuldade surge a partir da impossibilidade de se

[1180] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 347-378.

identificar o objeto a ser controlado, ou seja, não há como se precisar o momento em que a restrição ao direito fundamental teria ocorrido, bem como não há como se determinar qual o específico comportamento positivo seria exigível do Estado para o cumprimento dos deveres de proteger ou promover o direito fundamental em questão; assim, tendo em vista que não há determinabilidade do objeto a ser controlado, ou seja, não se sabe qual o específico comportamento positivo seria exigível do Estado – pois, diversas são as ações fáticas e normativas capazes de promover ou proteger o direito fundamental –, bem como não é possível restar identificado o momento em que o direito fundamental já estaria plenamente protegido ou promovido, o Estado estaria sempre se omitindo e, consequentemente, restringido de forma permanente o direito fundamental, com base no que não se pode considerar qualquer omissão como uma afetação desvantajosa; entrementes, não há como se fixar o âmbito de proteção do direito fundamental, ante a indeterminabilidade da previsão constitucional, bem como não é viável se precisar o momento em que a restrição (omissão) teria ocorrido e, também, não há como se determinar qual o comportamento deveria ter sido realizado pelo Estado, a partir do que fica prejudicada a possibilidade de controle de constitucionalidade, nos mesmos moldes do controle das restrições (intervenções) aos direitos fundamentais negativos, além do que, os padrões de controle das restrições aos direitos negativos, notadamente, o princípio da proibição do excesso, se transladados para o controle das afetações desvantajosas aos direitos positivos, mostrar-se-iam extremamente débeis e incapazes de funcionar adequadamente neste âmbito de controle das omissões [1181].

Em sentido contrário, por exemplo, encontra-se a proposta de Robert Alexy; o autor, a demonstrar a estrutura metodológica a ser seguida quando da aplicação dos direitos a prestação positiva em sentido amplo, a abranger prestações fáticas e normativas relacionadas a direitos a prestação em sentido estrito, à proteção e à organização e procedimento, parte das mesmas bases traçadas quando da concretização dos direitos de liberdade, em sua função defensiva; embora não ignore a existência de particularidades a envolver a concretização dos direitos fundamentais a prestação positiva, especialmente, o fato de esses direitos estarem condicionados a uma reserva do financeiramente possível, bem como estar em causa, com muita evidência, a separação de competências entre a jurisdição constitucional e o legislador

[1181] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 379-388.

democraticamente eleito, Alexy não vê qualquer inadequação na extensão do suporte fático dos direitos de defesa aos direitos prestacionais; entrementes, a ideia de os direitos fundamentais serem princípios é correta, também, quando em causa a concretização de direitos a prestações positivas, a partir do que, à identificação de um direito *prima facie*, deve restar somada uma *cláusula de restrição*, do que se extraí que o particular terá um direito prestacional definitivo, apenas, se a cláusula de restrição não restar preenchida [1182].

Na mesma linha de Alexy, encontra-se a proposta de Carlos Bernal Pulido; a questão inicial a ser desvendada, indica Pulido, consiste em saber se é possível que se extraia das normas jusfundamentais à prestação positiva (direitos fundamentais de proteção sem sentido amplo, segundo a terminologia adotada pelo autor, decorrentes dos direitos sociais, mas, também, dos direitos de liberdade) comandos ou posições jurídicas vinculantes para o legislador, sendo que, em resposta ao referido questionamento, o autor sustenta que figuras como posições *prima facie*, restrições e princípio da proporcionalidade formam um composto capaz de dar suporte a uma construção dogmaticamente adequada para fundamentar a explicitação do conteúdo vinculante para o legislador quando da concretização de direitos fundamentais prestacionais; entrementes, assim como nos direitos de defesa, o princípio da proporcionalidade figurará como o critério estruturante que demonstrará o conteúdo dos direitos à prestação positiva vinculante para o legislador, ou seja, dos direitos fundamentais prestacionais extraem-se posições *prima facie* as quais, apenas, transformar-se-ão em posições definitivas se não estiver presente, na hipótese, uma restrição em face deste conteúdo inicial constitucionalmente delimitado ou se a restrição existente não observar os testes de proporcionalidade, o qual, aqui aplicado, é denominado de proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e se apresenta de forma muito similar da proibição de excesso (*Übermassverbot*), exigência que deve ser observada para que as restrições, decorrentes de comportamentos positivos que afetem desvantajosamente o âmbito de proteção jusfundamental *prima facie* dos direitos de defesa, possam ser consideradas constitucionalmente justificadas; de resto, restrições a direitos prestacionais podem ser motivadas por diversos fatores, inclusive, pelo fato de o Estado não dispor de recursos financeiros e, também, em razão de o princípio da separação dos poderes indicar ser de

[1182] ALEXY, Robert. *Teoria*, págs. 442-446.

competência decisória do legislador a tomada de decisões que disserem respeito à concretização dos direitos à prestação positiva [1183].

O princípio da proibição de proteção deficiente, assim, é um *critério estrutural* capaz de demonstrar se um direito a proteção em sentido amplo restou violado por omissão estatal em não realizar os comportamentos positivos jusfundamentalmente ordenados, sendo que apresenta um conteúdo muito parecido com o princípio da proibição do excesso, restando composto pelos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; deve haver, como pressuposto à aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente, uma posição *prima facie* adstrita a uma norma de direito fundamental à proteção em sentido amplo e, a ela correspondente, uma omissão do Estado em cumprir o dever prestacional imposto pela Constituição; o objeto a ser controlado (restrição), destarte, é a omissão estatal que não realiza a proteção em sentido amplo ao direito fundamental ou a realiza de forma insuficiente, estando a restrição presente em todos os caos nos quais o Estado não efetivou uma proteção em sentido amplo otimizada do direito fundamental [1184].

Também, na mesma linha de Alexy e Pulido, encontra-se a proposta de Martin Borowski; o autor parte da especificação de três espécies de direitos a prestação, quais sejam os direitos de proteção, os direitos sociais e os direitos à organização e ao procedimento, sendo que acaba por demonstrar, apenas, a estrutura aplicativa dos direitos de proteção, contudo, para o autor, o suporte fático desenhado é adequado, também, para a concretização dos direitos sociais e dos direitos à organização e ao procedimento; os direitos fundamentais à prestação em sentido amplo originam, a partir do seu largo âmbito de proteção constitucional, direitos *prima facie* a que o Estado realize todos os comportamentos pertinentes para a otimização do direito fundamental, sendo que, de outro lado, tais quais os direitos de defesa, os direitos à prestação positiva possuem a potencialidade de sofrer restrições, a partir do que poderá ser alcançado um direito definitivo a uma atuação estatal, apenas, após uma ponderação que leve em consideração os princípios colidentes ao direito prestacional; a verificação da ação que está definitivamente ordenada depende da aplicação do princípio da proporcionalidade em sua dinâmica de proibição de proteção deficiente [1185].

[1183] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 356-398.
[1184] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 798-803.
[1185] BOROWSKI, Martin. *La estructura*, págs. 143-162 e 181-185.

O "primeiro obstáculo" a ser ultrapassado refere-se à (im) possibilidade de demarcação do âmbito de proteção *prima facie* dos direitos fundamentais à prestação positiva, pois a indeterminabilidade do conteúdo constitucionalmente consagrado impede que sejam verificados quais são os comportamentos que devem ser realizados para que os fins estabelecidos pela normativa jusfundamental possam ser realizados [1186]; essa indeterminabilidade não diz, apenas, com a generalidade e abstração dos limites constitucionais do conteúdo do direito, uma vez que, dada a estrutura de princípio dos direitos fundamentais, essa característica também adjetiva os direitos de defesa e nem por isso há contestação relevante no sentido da impossibilidade de determinação do âmbito de proteção constitucionalmente estabelecido; o que é diferente e acaba por *complicar* a questão quando em causa a concretização de direitos fundamentais à prestação positiva é o fato de que as normativas constitucionais, na generalidade dos casos, fixam, apenas, os objetivos que devem ser alcançados mediante o cumprimento do dever imposto, contudo, não especificam quais os comportamentos deveriam ser realizados para a consecução das finalidades jusfundamentalmente exigidas [1187]; entrementes, dificilmente se conseguiria fixar o âmbito de proteção, pois não se sabe quais as condutas o Estado deveria realizar para satisfazer o disposto na norma constitucional.

Contudo, o apontamento não elide em definitivo a possibilidade de demarcação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais à prestação positiva, pois a impossibilidade de identificação de todos os comportamentos que seriam exigíveis do Estado a partir das obrigações prestacionais decorrentes da normativa jusfundamental não impede que, no caso concreto, reste verificado se a específica conduta que se pretende que o Estado pratique encontra-se, ou não, englobada pelo conteúdo *prima facie* do direito fundamental [1188].

[1186] ABRAMOVICH, Victor. COURTS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, págs. 135-168*. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 153. (Tradução livre).

[1187] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 380-381.

[1188] A Constituição Federal brasileira prevê, inclusive, ação constitucional específica, denominada de mandado de injunção (art. 5°, LXXI), cujo objetivo é possibilitar ao impetrante o uso de um direito constitucionalmente previsto, mas que não pôde ser exercitado em razão de omissão normativa do Estado em integrar a norma constitucional; o mandado de injunção deflagra um controle concreto de constitucionalidade, sendo o reconhecimento da omissão inconstitucional efetivado na via incidental; além disso, em consonância com a construção jurisprudencial que o STF havia realizado acerca do tema, sobreveio a Lei n.° 13.330/2016, a qual regulamentou o mandado de injunção e, no que se refere aos efeitos da decisão, adotou, apenas, posições concretistas, a partir das quais, em regra, o legislador será notificado (se já houve essa notificação em mandado

No âmbito de proteção jusfundamental devem ser inseridas todas as possibilidades jurídicas que o direito fundamental confere ao titular [1189], em determinado "domínio da vida protegido" [1190], sendo irrelevante, para esta demarcação, a consideração das possíveis afetações desvantajosas com potencialidade de comprimir esta esfera inicialmente protegida; entrementes, mediante interpretação do enunciado constitucional de direito fundamental, deve-se identificar, além do dever que decorre da norma e da função que o direito fundamental está a exercer no caso, o que é protegido (objeto de proteção), bem como os limites desta proteção, fixando-se, assim, o conteúdo do direito fundamental inicialmente estabelecido pela Constituição.

Destarte, para a fixação dos limites do âmbito jusfundamentalmente protegido, adota-se, neste estudo, uma concepção ampla, a partir da qual todas as condutas que possam ser relacionadas à previsão normativa estão incluídas no conteúdo do direito [1191], ou seja, insere-se no âmbito de proteção do direito fundamental "tudo aquilo que milite em favor de sua proteção" [1192-1193-1194]; assim, no que se refere aos direitos fundamentais à prestação positiva,

---

de injunção anterior e, mesmo assim, o legislador quedou-se omisso, fica dispensada nova notificação) para, no prazo estabelecido na decisão, concretizar seu dever de legislar e sanar a omissão inconstitucional, sendo que, em caso de descumprimento, o próprio juiz regulamenta provisoriamente (até a edição da normativa pelo legislador) a norma constitucional e concede ao autor acesso ao direito (há hipótese específica prevista na lei em que os efeitos da decisão poderão ser *erga omnes*). Nos casos de mandado de injunção mostra-se evidente que o juiz deverá avaliar se a conduta apontada como omissa ou que o impetrante pretende que o Estado pratique encontra-se incluída no âmbito de proteção *prima facie* do direito previsto no texto constitucional.

[1189] CORREIA, Sérvulo. *O direito de manifestação: âmbito de protecção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 32.

[1190] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, pág. 62.

[1191] DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 750.

[1192] ALEXY, Robert. *Teoria*, págs. 321-323.

[1193] Em outro trabalho, defendemos uma concepção ampla mitigada do âmbito de proteção jusfundamental dos direitos fundamentais de defesa. COELHO, André de Azevedo. O processo de aplicação dos direitos fundamentais: considerações sobre a norma jusfundamental; âmbito de proteção e ações legislativas; ponderação de bens. *Revista da Faculdade de Direito da FMP, n.° 06, 2011, págs. 206-240*. Porto Alegre: Editora FMP, 2011. Assim, não se entende que a fixação do âmbito de proteção jusfundamental deva ser realizada em termos tão amplos quanto os propostos por Robert Alexy e David Duarte, contudo, não se vê a necessidade de expor, aqui neste trabalho, nossa precisa posição acerca do tema, uma vez que a referência às proposições dos autores teve o condão, apenas, de ilustrar a adoção, por nossa parte, de uma teoria consideravelmente ampla, a qual comporta que vários comportamentos capazes de promover, proteger e respeitar os direitos fundamentais são reconduzíveis ao seu âmbito de proteção *prima facie*; todavia, fica expresso que não compartilhamos da ideia de que não deve haver limites e parâmetros para a fixação do conteúdo *prima facie* dos direitos fundamentais, inclusive, dos direitos prestacionais; assim, por exemplo, conforme sustentamos no artigo supra, não há um direito *prima facie* de *matar* incluído no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade geral de ação, bem como não existe uma prestensão *prima facie* oponível ao Estado de uma prestação relacionada ao direito fundamental à moradia consistente em possibilitar o acesso dos particulares a uma casa na praia em dias de calor; o âmbito de proteção, mesmo em uma concepção ampla, não pode ir tão longe, de forma a abranger

temos por adequado o conceito fornecido por Matin Borowisk, para quem "todas as condutas, cuja execução favoreça a realização do objeto de otimização de um princípio de direito fundamental, caem dentro do suporte fático de um direito fundamental à prestação, independentemente da intensidade em que favoreçam" [1195].

Entrementes, nos termos desenvolvidos por David Duarte, uma vez que os direitos fundamentais, positivados na forma de princípios, não conferem garantias absolutas aos titulares, deve-se considerar que todos os comportamentos relacionados ao exercício do direito estão constitucionalmente protegidos, contudo, essa proteção é provisória e depende, para se configurar como definitiva, da solução dada à colisão normativa a envolver a norma que outorga o direito *prima facie* e outras normas; se essas considerações forem aplicadas aos direitos sociais, notadamente, no que diz respeito à função prestacional de possibilitar o acesso dos particulares aos bens sociais, pode-se sustentar que, no plano constitucional, o âmbito de proteção jusfundamental engloba todos os comportamentos relacionáveis à realização do reivindicado pelo direito fundamental, não obstante, como exposto, a garantia da realização desses comportamentos é, apenas, provisória; "não existem razões para entender que um direito social prestacional não está protegido, no plano constitucional, em nível 10 na sua condição *prima facie*" [1196]; a mesma lógica pode ser estendida ao dever de proteção dos direitos fundamentais, estando, assim, em sua dimensão positiva, ordenados *prima facie* todas as ações capazes de outorgar tutela aos bens e interesses subjacentes à normativa jusfundamental.

---

comportamentos ou pretensões que não possuam a mínima sustentabilidade dogmática de gerarem comandos jusfundamentais definitivos; destarte, de tudo, apesar de extrapolar os limites deste trabalho a definição de critérios a estabelecer limites ao âmbito de proteção *prima facie* dos direitos fundamentais positivos, fica consignada a possibilidade de compatibilização de uma teoria ampla (*mitigada*) com a inclusão, apenas, de pretensões que possuam o mínimo de relação com a finalidade jusfundamental em causa, com a ideia de socialidade e igualdade, de forma a restarem, desde logo, excluídas prestações que nada dizem com a promoção social ou proteção jusfundamental orientadas às finalidades de um Estado de Direito social. Em sentido similar, está a proposta de Vitalino Canas, o qual concilia uma concepção alargada do âmbito de proteção *prima facie* dos direitos fundamentais com a ideia de exclusão liminar, a partir de *argumentos categóricos evidentes*, de "certo comportamento, ato ou situação". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 467-471.

[1194] Acerca do mandado de injunção e da ADO no Direito Constitucional brasileiro, ver: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, Tomo VI*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, págs. 311-312.

[1195] BOROWSKI, Martin. *La estructura*, pág. 177. (Tradução livre).

[1196] DUARTE, David. Gains and Losses in Balancing Social Rights. *Proportionality in Law - An Analytical Perspective, págs. 49-69.* Editores: David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer, 2018, págs. 54-55. (Tradução livre).

O fato de não se poder precisar todos os comportamentos cuja realização estaria *prima facie* exigida a partir do âmbito de proteção de um direito fundamental à prestação positiva impede, apenas, que o conteúdo do direito seja precisado abstratamente e em termos peremptórios; veja-se que essa dificuldade, igualmente, está presente quando da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais de defesa, pois, além de não ser possível identificar todas as condutas, bens ou interesses que estariam englobados pela proteção jusfundamental, inúmeras vezes, por exemplo, surgem dúvidas relevantes se um específico comportamento particular estaria *prima facie* protegido jusfundamentalmente, e nem por isso há contestação relevante no que tange a pertinência e possibilidade de se fixar o conteúdo *prima facie* e, consequentemente, de se traçar um suporte fático para os direitos de defesa.

Não se pode olvidar, também, a pertinência prática da definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais à prestação positiva; veja-se que, na realidade, muitas vezes, o problema consiste em definir se determinada lei efetivou uma promoção ou proteção insuficiente de um direito fundamental prestacional ou se há uma omissão total do Estado em realizar referidos deveres, a partir do que deve ser avaliado se houve, a partir da ação insuficiente ou omissão estatal, o descumprimento dos mandamentos do princípio da proibição de insuficiência e, consequentemente, violação ao direito fundamental; entrementes, o primeiro raciocínio a ser feito quando da decisão é verificar se a conduta que se pretende que o Estado adimpla encontra-se *prima facie* determinada pelo âmbito de proteção do direito fundamental que se considera violado e isso nada mais é do que a delimitação das fronteiras do direito fundamental, ou seja, a fixação do seu âmbito de proteção *prima facie*; assim, todos os comportamentos positivos que favoreçam a realização das finalidades impostas pela normativa jusfundamental encontram-se *prima facie* englobados pelo âmbito de proteção do direito fundamental à prestação positiva.

Ainda que se possa argumentar no sentido de que não há como se determinar todas as condutas que *caberiam* neste conteúdo *prima facie* [1197], na prática, a definição se mostra útil, pois, no mais das vezes, o problema concreto a ser resolvido diz com a necessidade de se avaliar se o comportamento específico que o particular apontou – e pretende, pela via judicial, que o Estado realize – encontra-se jusfundamentalmente determinado de forma definitiva;

[1197] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 380-381.

para a resolução dessa questão, a primeira análise a ser feita diz com a necessidade de se definir se a conduta que o particular busca do Estado encontra-se *prima facie* imposta pelo direito fundamental prestacional, a partir do que o desenho de um suporte fático mostra-se pertinente.

Por exemplo, hipotetize-se a situação em que um particular, a substanciar sua pretensão diretamente com base no direito fundamental à saúde [1198], busca que o Estado lhe forneça determinado medicamento que não se encontra descrito nas normativas infraconstitucionais como de fornecimento obrigatório pelo sistema público de saúde; não obstante, o particular, acometido de séria doença, encontra no referido medicamento, indicado a partir de prescrição médica, um possível tratamento experimental com potencialidade de ser adequado e eficaz para a melhora do seu quadro de saúde; manejada a ação judicial, a primeira questão dogmática que surge diz com a necessidade de se precisar se o fornecimento do medicamento em questão pelo Estado é capaz de promover o direito fundamental à saúde do particular e se encontra, consequentemente, *prima facie* abrangido pelo âmbito de proteção constitucional; ainda, se a constatação restar alcançada, isso não quer dizer que o comportamento estará definitivamente determinado, mas, apenas, que há um dever *prima facie* do Estado em fornecer o medicamento, uma vez que, por exemplo, a omissão do Estado em fornecer o fármaco ao particular pode estar constitucionalmente justificada pela satisfação dos testes integrantes do conteúdo do princípio da proibição da insuficiência.

De outro lado, se a questão surgir quando do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade [1199], igualmente, deverá ser apontado qual (is) o (s) comportamento (s) o Estado deveria ter realizado e que estas condutas se encontram *prima facie* determinadas pelo

---

[1198] Ao lado do mandado de injunção, é juridicamente possível a utilização do direito de ação para buscar o acesso a direitos previstos na Constituição, mas que não estão a ser exercidos em razão da ausência de integração legislativa. Há, assim, na ordem constitucional brasileira, diversos mecanismos processuais capazes de possibilitar aos particulares a formalização de demandas judiciais em face do Estado buscando o cumprimento de deveres de promoção e proteção, não havendo, em contrapartida, discussão jurídica relevante acerca de quais os *tipos* de omissão seriam sindicáveis judicialmente, estando, em princípio, todas sujeitas a controle. No Direito portugês, esta última questão é foco de debade, notadamente, em razão do disposto no artigo 283° da CRP, contudo, atualmente, a doutrina vem buscando que seja conferido ao referido dispositivo constitucional "um sentido mais abrangente, potencialmente inclusivo de *todas as situações* em que o legislador está sujeito a um dever de ação". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 899-902.

[1199] Na sistemática constitucional brasileira, este tipo de controle pode ser deflagrado pelo ajuizamento, por algum legitimado (art. 103, CF), de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO (Arts. 102 e 103, § 2º, CF) junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, ou, ainda, se houver previsão na Constituição do Estado-membro, no Tribunal de Justiça estadual.

direito fundamental à prestação positiva; contudo, veja-se que em qualquer situação a envolver a concretização dos direitos fundamentais à prestação positiva, apesar de se reconhecer ao legislador um considerável campo de atuação livre, no interior do qual pode fazer escolhas e definir prioridades, a indicação dos comportamentos jusfundamentalmente *prima facie* devidos não são de sua avaliação discricionária, ou seja, a normativa jusfundamental prestacional impõe uma finalidade a ser alcançada – em geral, promover o acesso a determinado bem ou realizar a sua proteção – e, consequentemente, determina, de maneira *prima facie*, que todos os comportamentos que favoreçam a proteção ou promoção deste bem devam ser realizados, sendo que o âmbito de deliberação livre do Estado está na escolha de quais os comportamentos, dentre os *prima facie* determinados, irá realizar e em que medida efetivará a promoção ou proteção do bem jusfundamental.

Em um segundo momento, em sendo verificado que, efetivamente, há uma imposição *prima facie* daquele comportamento ao Estado, deve-se avaliar se, de fato, existe omissão estatal em realizar a conduta pretendida, sendo que, em caso positivo, estará configurada uma restrição ao âmbito de proteção jusfundamental *prima facie* definido pela Constituição; veja-se que a restrição estará configura a partir do momento [1200] em que o Estado não adimpla as prestações jusfundamentalmente impostas de maneira *prima facie*; isso não quer dizer, por óbvio, que toda a restrição viole o direito fundamental à prestação positiva, mas, apenas, que se verificada referida afetação desvantajosa, o Estado deve encontrar uma justificação constitucional para a sua omissão ou ação insuficiente; o objeto a ser controlado, contudo, apresenta particularidades, pois, diferentemente das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais que ocorrem a partir de comportamentos positivos estatais que atingem prejudicialmente os direitos de defesa, não há, no controle de constitucionalidade das omissões ou ações insuficientes, uma precisão acerca do objeto de controle, mas, antes, um

[1200] Em sentido contrário, Jorge Reis Novais entende pela impossibilidade de se definir o momento em que ocorreria a restrição aos direitos à prestação positiva e, consequentemente, haveria grande dificuldade de se definir o objeto de controle; segundo o autor, não há determinabilidade suficiente na norma constitucional do comportamento a ser adimplido pelo Estado, relacionado aos deveres de proteção ou promoção, assim, uma vez que a ação a ser realizada não está determinada, não há, apenas, um comportamento determinado, a partir do que "é sempre possível fazer diferente, mais e melhor, há sempre, mesmo quando o Estado já fez alguma coisa, algo mais a fazer. Há sempre, afinal, omissão do Estado até ao momento indeterminado e utópico da realização máxima e insuperável do bem em causa"; entrementes, "uma vez que, em alguma medida, o Estado está sempre em omissão, se o estar afectado por omissão é o estado natural e permanente dos direitos positivos, então não é possível construir teoricamente toda e qualquer omissão como sendo uma restrição". NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 380-381.

estado de inação fluída e continuada no tempo; contudo, isso não implica a impossibilidade de se entender essa omissão ou ação insuficiente como verdadeiras restrições aos direitos fundamentais à prestação positiva, mas, apenas, que quando da análise da justificação constitucional para essa restrição, os parâmetros de controle devem ser adequados e preparados para a absorção dessas particularidades.

Ademais, para que se possa deflagrar o controle de constitucionalidade, é indispensável que seja verificada a existência de uma afetação desvantajosa a algum direito fundamental, pois, em não se caracterizando este pressuposto, nenhum há abalo às normativas constitucionais a ser sindicado pelos órgãos de controle; entrementes, a definição do âmbito de proteção *prima facie* dos direitos fundamentais à prestação positiva e a caracterização das omissões estatais ou ações insuficientes que mandem em desfavor desse âmbito de proteção como verdadeiras restrições aos direitos fundamentais, é um pressuposto lógico para a própria admissibilidade de um controle a ser efetivado pela jurisdição constitucional.

Ainda, pertinente que seja feita outra consideração; apesar de reconhecermos os direitos prestacionais – de liberdade e sociais – como direitos fundamentais consagrados constitucionalmente a partir de um largo âmbito de proteção e, consequentemente, entender-se que impõe ao Estado um dever *prima facie* um dever de otimização, isso não quer dizer que as margens do controle jurisdicional referentes às omissões relacionadas à ausência de otimização dos direitos prestacionais, notadamente, no que diz com os deveres estatais de proteção e promoção, sejam as mesmas reconhecidas à jurisdição constitucional quando do controle das afetações desvantajosas relativas aos direitos fundamentais de defesa, especialmente quando em causa obrigações estatais de respeito aos comandos jusfundamentais; ainda, a assertiva não acarreta constatação no sentido de toda a ausência de realização otimizada dos direitos fundamentais positivos implicar a sua violação, pois, em havendo justificação constitucional, esta não realização restará configura como uma restrição – legítima e justificada – ao âmbito de proteção inicialmente demarcado.

Isso se dá, dentre outros fatores, pelo fato de, em geral, os direitos fundamentais prestacionais estarem submetidos às reservas do financeiramente possível e do politicamente oportuno ou adequado; essas reservas acabam por indicar maiores possibilidades de justificação constitucional quando da não realização dos direitos prestacionais, em comparação com as possibilidades de legitimação das restrições aos direitos de defesa, bem

como diminuem as margens de controle atribuídas à jurisdição constitucional; entrementes, a realização máxima dos direitos prestacionais está condicionada às reservas do possível e do politicamente adequado ou oportuno, fato que, como consequência, estabelece diferenças no processo de concretização desses direitos, notadamente, se comparados aos direitos de defesa; com efeito, há forte indicativo no sentido de a estrutura e *modus operandi* do princípio da proporcionalidade e, logicamente, das margens de controle judicial, serem diferentes quando em causa a análise de possível inconstitucionalidade por omissão relacionada a não realização dos direitos prestacionais do que o verificado nas situações de controle das restrições aos direitos de defesa.

Sob outra perspectiva, entendemos que identificação de os direitos fundamentais em sua função positiva determinarem uma realização otimizada, também possui o mérito de afirmar que o conteúdo constitucional desses direitos vai além de um *mínimo* [1201], bem como que exigem um avanço gradual de realização; entrementes, mesmo se o direito prestacional já tiver obtido um *mínimo* de concretização, ainda assim, poderá ser constatada uma omissão inconstitucional quando, por exemplo, o Estado não progredir na realização do direito fundamental ou não realizar outras parcelas do direito que seriam exigíveis diante de determinada situação concreta e em relação a específico titular; constitucionalmente, o Estado está obrigado a otimizar os direitos fundamentais prestacionais, contudo, as margens de controle jurisdicional das afetações desvantajosas decorrentes do não cumprimento deste dever de otimização são estreitas e não permitem que se reconheça a inconstitucionalidade toda a vez que o direito fundamental não restar concretizado em grau máximo; isso é assim, pelo fato de as reservas que pendem sobre a realização dos direitos fundamentais positivos remeterem, após um curto limite reconhecido à jurisdição constitucional, para o legislador democraticamente eleito a palavra final acerca da das decisões referentes à otimização desses direitos, sendo essa a solução requerida pelo princípio da separação dos poderes.

[1201] Em sentido contrário, Ricardo Lobo Torres sustenta que "a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de prestação positiva consubstanciada na entrega de prestações materiais em favor dos pobres"; fora desse mínimo, não há fundamentalidade, e as pretensões a prestações sociais devem ser alcançadas pelos particulares no plano político, a partir do processo democrático, e não por meio de garantias jurídicas oponíveis ao Estado. TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, págs. 1-46*. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, págs. 1-2.

O exposto, também, encontra suporte na ideia exposta por Vitalino Canas no sentido de o princípio da proibição da insuficiência vincular em termos diversos o legislador e o juiz constitucional, ou seja, apresentar-se a este como *norma de controle* e àquele na forma de uma *norma de ação*; em outras palavras, "essa distinção tem na sua base a aceitação de que o conteúdo da proibição do defeito enquanto norma dirigida ao legislador não é o mesmo que o conteúdo da proibição do defeito enquanto norma dirigida ao juiz constitucional"; entrementes, com base nessa distinção, sustenta-se, aqui, que o específico dever positivo imposto, no caso concreto, pela normativa jusfundamental, transcende o que é possível de ser controlado pelo juiz constitucional; a proibição da insuficiência, como *norma de ação*, impõe ao legislador a realização *ideal* do direito fundamental positivo, devendo mediar e encontrar a melhor solução possível para os conflitos entre a efetivação dos comportamentos exigidos para a concretização do seu dever de ação e as interferências que disso decorre em face de outras normativas constitucionais; de outro lado, enquanto *norma de controle*, a proibição da insuficiência dirige-se à jurisdição constitucional e, além de definir a metódica a ser seguida, seu conteúdo expõe os exames que devem ser realizados e ultrapassados para que o comportamento omissivo ou insuficiente do legislador, relacionado à ausência concretização *ideal* de direitos fundamentais positivos, possa encontrar justificação constitucional, assim, "a circunstância de, num caso, se tratar do legislador democrático e, no outro, do juiz constitucional, influi no modo como a proibição do defeito se repercute no processo decisório, na distribuição de poderes e na margem de decisão"; para finalizar, temos por pertinente a transcrição dos dizeres de Vilatino Canas, uma vez que espelham perfeitamente o que pensamos acerca do tema; assim, para o autor, "a norma de controlo que parametriza o exame jurisdicional da realização dos deveres constitucionais de legiferação tem um alcance menor do que o da norma material vinculativa (de ação) dirigida ao legislador"; a seguir, de forma diversa, diz Canas: "a proibição do defeito obriga o legislador a mais do que aquilo que o tribunal constitucional pode controlar" [1202]-[1203].

[1202] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 994-995, 1001-1002 e 1030.

[1203] Não vamos, aqui, expor o conteúdo, metódica, pressupostos e subdivisões a envolver o princípio da proibição do defeito como *norma de ação*, pois isso extrapolaria os limites e objetivos deste trabalho, o qual é dirigido para a análise do princípio da propocionalidade como *norma de controle*, contudo, algumas outras referências acerca da construção proposta por Vitalino Canas se mostram pertinentes. A depender da colisão a envolver os deveres de ação, a proibição do defeito assume duas modalidades, quais sejam *proibição do defeito paritária* (quando o dever de ação colide com deveres constitucionais de abstenção ou outros deveres positivos)

Assim, preenchidos os dois elementos iniciais do suporte fático dos direitos fundamentais à prestação positiva – demarcação do âmbito de proteção *prima facie* e presença de restrição – passa-se pra a análise da existência de justificação constitucional para a restrição, quadro no qual se encontra o princípio da proibição de insuficiência; no cumprimento dos deveres de promoção e proteção dos direitos fundamentais, o legislador possui considerável margem discricionária para a escolha dos meios e definição da intensidade de concretização do direito [1204], contudo, existe um limite – demarcado pelo princípio da proibição da insuficiência enquanto norma de controle –, o qual, se não for alcançado, implica a possibilidade de o juiz constitucional reconhecer que o legislador incidiu em inconstitucionalidade da omissão; nas palavras de Jorge Pereira da Silva, "até essa linha, o legislador estará seguramente em défice, mas a partir do ponto de intercepção ele alargará de forma substancial a sua liberdade de avaliação e conformação"; isso não quer dizer, todavia, que os deveres de proteção e promoção terminem quando ultrapassada a fronteira fixada pela proibição da insuficiência, eles continuam a exigir a proteção e promoção progressivas do direito fundamental [1205].

Há, assim, como já demonstrado, autonomia dogmática entre as figuras dos deveres de proteção dos direitos fundamentais e o princípio da proibição da insuficiência, pois "a primeira corresponde a uma *imposição constitucional* – mais precisamente é uma modalidade particular desse tipo de imperativos –, enquanto a segunda é um *parâmetro e controlo* da observância por parte do legislador dessa mesma imposição constitucional" [1206]; estendendo

---

e *proibição do defeito não paritária* (quando o dever de ação colide com outros fins cuja prossecução é, apenas, autorizada pela Constituição); na primeira modalidade, a proibição do defeito "é uma *diretiva* ou um *programa final de harmonização otimizadora*, sendo aqui de toda a propriedade falar de *otimização da liberdade*"; na segunda modalidade, a proibição do defeito estabelece uma "diretiva" para que "o legislador cumpra na *maior medida do possível* o dever constitucional, tendo em conta o fim colidente"; em nenhum caso há compressão demasiada do livre espaço de deliberação do legislador acerca da medida a ser selecionada; mesmo na *proibição do defeito paritária*, o legislador possui considerável margem, pois, regularmente, existem incertezas fáticas e normativas que acabam por outorgar ao legislador "um crédito favorável às suas avaliações empíricas – diagnósticos e prognósticos – e valorações que repercutem, desde logo, na limitação da sindicabilidade dessas avaliações e valorações pelo juiz constitucional"; também, a solução ótima, além de, no mais das vezes, não ser *única*, não é um dado objetivo, dependendo, por certo, de concepções subjetivas e valorativas dos integrantes do processo legislativo, a partir do que se abre um considerável espaço de livre escolha; de resto, importante consignar, o autor reconhece que "o atual estádio de maturação da figura da proibição do defeito e da sua interiorização pelo procedimento legislativo obriga a que a elaboração teórica sobre a sua metódica de aplicação assente em boa parte num exercício de *idealização* do procedimento de produção legislativa". CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 994-1012.

[1204] Ver nota 977.

[1205] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, págs. 591-593. O autor, todavia, refere-se, apenas, aos deveres de proteção.

[1206] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, pág. 593.

essa assertiva da autonomia dogmática entre os deveres de proteção e o princípio da proibição da insuficiência aos deveres de promoção, tem-se que o suporte fático desenhado contempla essa autonomia e, ainda, auxilia em sua exposição; assim, o primeiro passo é reconhecer que pende em face do Estado o cumprimento de uma obrigação de fazer decorrente de um direito fundamental e, após, identificar se essa obrigação não foi cumprida; preenchidos esses requisitos, passa-se para a análise da existência de justificação constitucional para a restrição, notadamente, pela aplicação do princípio da proibição da insuficiência.

Destarte, de tudo o que foi dito, temos que a utilização do suporte fático descrito no início deste capítulo é útil para a demonstração do processo de concretização dos direitos à prestação positiva, contudo, para a conclusão do preenchimento integral deste suporte fático, devem ser avaliados os parâmetros de controle de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais à prestação positiva, notadamente, como funciona o princípio da proibição de insuficiência nesta seara ou, seguindo a metáfora da fronteira, releva identificar como a vedação do déficit demarca esta linha que se não for ultrapassada impõe o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão; nesses termos, a primeira questão a ser avaliada diz com a (im) prestabilidade de a proibição do excesso, nos termos em que fora desenvolvida enquanto limite aos limites dos direitos fundamentais de defesa, funcionar, também, como limite às restrições aos direitos à prestação positiva.

4. O princípio da proibição da insuficiência

4.1. Da (in) existência de simetria estrutural entre a proibição da insuficiência e a proibição do excesso

Definida, assim, a existência de autonomia dogmática a envolver os princípios da proibição da insuficiência e da proibição do excesso, bem como desenhado o suporte fático dos direitos fundamentais à prestação positiva, sendo abordados os seus dois primeiros elementos – âmbito de proteção e restrição – impende, agora, que a análise seja realizada em face do último elo desta cadeia tipológica, qual seja a verificação da (in) existência de justificação constitucional para a omissão (restrição) do Estado que não realizou, ou o fez de

forma insuficiente, deveres prestacionais que estavam *prima facie* determinados pelo âmbito de proteção do direito fundamental positivo; notadamente, releva ser esclarecido como funciona o princípio da proporcionalidade quando manejado no controle das omissões estatais que afetam desvantajosamente direitos fundamentais prestacionais.

Já foi dito que o princípio da proporcionalidade, quando aplicado em face desta específica questão dogmática, é denominado de princípio da proibição da insuficiência, proibição do déficit, proibição do defeito, proibição da prestação deficiente ou proibição de proteção deficiente; contudo, no que se refere aos seus elementos constitutivos e *modus operandi* ainda restaram diversas dúvidas que, agora, devem ser sanadas.

A primeira questão a ser solucionada diz com a (in) existência de uma simetria ou proximidade estrutural entre os princípios da proibição do excesso e da proibição de insuficiência; quando do controle de constitucionalidade das restrições legislativas, o princípio da proporcionalidade assume sua face de proibição do excesso e resta integrado por três elementos constitutivos, quais sejam os subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; em suma, para ser idônea, a medida empregada pelo legislador deve ser capaz de promover a finalidade buscada; de outro lado, para ser necessário, entre os disponíveis, o meio selecionado deve ser o menos restritivo, ou seja, não deve existir outra medida que promova a finalidade buscada em igual intensidade e, em contrapartida, restrinja em menor escala o direito fundamental; de resto, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito requer a realização de uma valoração ou ponderação entre a importância de satisfação das finalidades e a intensidade da restrição oposta ao direito fundamental para tanto, devendo esta relação ser justa, proporcional ou equilibrada.

A questão que surge versa acerca da premência de se definir se os testes de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – tal qual construídos para integrar o princípio da proibição do excesso, ainda que com adaptações – podem ser trasladados e funcionar de forma adequada enquanto parâmetro de controle de constitucionalidade das omissões do Estado em realizar direitos à prestação positiva; inicialmente, assim, até para possibilitar o estabelecimento de um diálogo, pertinente que sejam expostas algumas posições doutrinárias a defender a existência de uma simetria estrutural entre as proibições do excesso e do défice; evidentemente, mesmo para os autores que defendem essa simetria estrutural, são feitas as devidas *adaptações* para permitir o *funcionamento* dos testes de idoneidade,

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito no controle das omissões restritivas aos direitos fundamentais positivos, a partir do que, inclusive, defendem a autonomia dogmática entre a proibição do défice e a vedação do excesso; não obstante, mais do que definir se essa *adaptação* dos elementos constitutivos da proibição do excesso, para que possam integrar a proibição da insuficiência, confere autonomia dogmática aos princípios ou, como sugere o título deste capítulo, é mantida uma *simetria estrutural*, interessa-nos identificar se os subprincípios que definem o conteúdo da proibição do excesso – ainda que *adaptados* – possuem a capacidade de funcionar como parâmetro de controle das omissões restritivas aos direitos fundamentais positivos e, consequentemente, podem preencher de forma satisfatória o conteúdo da proibição do défice ou, ao contrário, são imprestáveis para esse fim; de resto, impende ressaltar que as propostas que serão trabalhadas possuem peculiaridades e desenvolvimentos próprios, contudo, o que aqui nos interessa diz, apenas, com o conteúdo da proibição da insuficiência e, como será descrito, os autores a serem indicados sustentam que a vedação do déficit mantém a mesma estrutura interna da proibição do excesso – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – o que permite que suas ideias sejam trabalhadas conjuntamente.

Assim, passamos para a análise das referidas construções teóricas. Para Martin Borowski, como destacado, os direitos à prestação positiva estabelecem, a partir de seu amplo âmbito de proteção constitucional, um dever *prima facie* contra o Estado consistente na realização de todos os comportamentos positivos, fáticos ou normativos, que favoreçam a realização ou a proteção do direito fundamental, sendo que, de outro lado, a ausência de adimplemento ou a consecução parcial dos comportamentos deduzidos do conteúdo da normativa jusfundamental caracterizam-se como restrições ao âmbito de proteção; o princípio da proibição da proteção deficiente é o instrumento jurídico que revela se há (pois pode estar presente a justificação constitucional para a omissão) e, em caso afirmativo, qual ou quais das condutas exigidas pelo âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental positivo estão definitivamente ordenadas [1207].

Conforme sustenta o autor, a proibição de proteção deficiente, quando manejada no controle de constitucionalidade das omissões estatais ou suas ações insuficientes, mantém a

[1207] BOROWSKI, Martin. *La estructura*, págs. 181-185.

mesma estrutura e modo aplicativo semelhante ao princípio da proporcionalidade nos casos em que direcionado a atuar como limite às restrições aos direitos fundamentais de defesa; contudo, a proibição da insuficiência deve ser aplicada em face de todos os comportamentos *prima facie* ordenados, não havendo, assim, um objeto de controle fixo, diferentemente do que ocorre quando da incidência da proibição do excesso; entrementes, em um primeiro momento, partindo-se da premissa que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais à prestação positiva é integrado por todos os comportamentos que sejam favoráveis à realização do direito fundamental em causa, deve ser avaliada a *idoneidade* de todos os comportamentos ou medidas que possam contribuir com a concretização do direito fundamental, ou seja, deve-se indagar se fosse realizada a ação omitida haveria um incremento na promoção do direito fundamental (*idoneidade interna*), bem como deve ser avaliada se a omissão é apta para impulsionar a realização de outras finalidades constitucionais, ou, em outras palavras, se "favorece a realização dos objetos de otimização de outros princípios" (*idoneidade externa*); de outro lado, o subprincípio da necessidade, nos quadros da proibição de proteção deficiente, determina que a medida se configura como indispensável nas situações em que não existe outro meio alternativo que promova a finalidade buscada em igual intensidade e, em contrapartida, afete desfavoravelmente em menor escala os bens e interesses atingidos pela medida, ou seja, os princípios colidentes (*necessidade interna*); há, também, uma variante *externa* na análise de necessidade, pela qual deve ser avaliada a existência de uma medida alternativa que afete o princípio colidente em menor ou igual intensidade e, em contrapartida, promova com maior consistência o direito fundamental prestacional; de resto, o exame de proporcionalidade em sentido estrito requer uma comparação entre o peso da omissão de realização do direito fundamental positivo em contraponto com o peso da gravidade dos prejuízos decorrentes da possível implementação da medida, ou seja, ponderam-se as razões favoráveis à realização da prestação em contraponto às razões contrárias a essa realização; assim, os elementos da proibição da insuficiência devem ser aplicados em face de *todos* os comportamentos capazes de promover a finalidade buscada, sendo a medida definitivamente ordenada aquela que, dentre as idôneas e necessárias, realize em maior medida possível a finalidade jusfundamental buscada e, de outro lado, imponha menores sacrifícios aos princípios constitucionais colidentes; nas palavras do autor, "quando se delibera acerca dos

meios possíveis, deve-se ter em conta todas as condutas imagináveis cuja execução favoreça a realização do objeto de otimização do princípio e devem ser incluídas na ponderação" [1208].

Por sua vez, Robert Alexy, em estudos mais recentes, vem sustentando a existência de diferenças a envolver os princípios da proibição do excesso e da proibição do défice, ambos integrantes de um conceito amplo de proporcionalidade, o que, até então, não era claro em sua teoria dos princípios [1209]; havendo restrição a um direito fundamental, o preceito da proporcionalidade pode ser desrespeitado em razão do excesso da intervenção ou porque há uma omissão ou ação deficiente de proteção; a proibição da insuficiência, contudo, aparece em um "quadro muito mais complexo", o qual é vislumbrado "quando viramos o foco" para a verificação "se um direito positivo é violado por haver sido garantida pouca ou nenhuma proteção" [1210].

Como já destacado, para Alexy, os direitos a prestação positiva em sentido amplo impõem ao Estado deveres a prestações fáticas e normativas relacionadas a direitos a prestação em sentido estrito, à proteção e à organização e procedimento, contudo, a aplicação da proibição da insuficiência é demonstrada, apenas, quando em causa deveres estatais de proteção, a partir do que se pode presumir a extensão do modelo proposto pelo autor para as demais situações a envolver a concretização de direitos a prestação positiva em sentido amplo; a perspectiva a ser assumida quando da aplicação da proibição do défice é a do direito afetado pela omissão estatal na proteção, a partir do que, mediante os testes de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, verificar-se-á se houve violação ao direito fundamental em razão da insuficiência de proteção ou se a omissão está constitucionalmente justificada; no que se refere aos exames de idoneidade e necessidade, em comparação à proposta de Borowski, não há diferença significativa, sendo que o autor, inclusive, não dá maior atenção aos dois primeiros elementos da proibição do défice e concentra-se em realizar um *aprimoramento* da lógica formal a reger a ponderação a fim de que seja capaz de demonstrar racionalmente a aplicação do exame de proporcionalidade em sentido estrito; novas variáveis são acrescidas à *fórmula*, dentre as quais, de se destacar, a intensidade de

[1208] BOROWSKI, Martin. *La estructura*, págs. 161-166. (Tradução livre).
[1209] ALEXY, Robert. Sobre la estructura. Ver, também: CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 931-942. KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure*, págs. 85-108. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, págs. 272-285.
[1210] KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure*, págs. 94 e 97. (Tradução livre).

proteção do direito fundamental positivo e a intensidade da ausência de proteção desse mesmo direito, além do grau de afetação ao direito de defesa e o grau de afetação à reserva do financeiramente possível, a partir do que o direito fundamental pode ser violado por excesso da restrição ou por insuficiência de proteção [1211].

Para ilustrar o funcionamento dessa lógica formal desenhada por Alexy, toma-se como base o já citado caso *Hatton*, nos termos da análise dogmática do precedente desenvolvida por Matthias Klatt e Moritz Meister, na qual é demonstrado "como o teste de proporcionalidade e a estrutura alternativa dos direitos positivos estão interconectados"; nesse sentido, imaginem-se quatro medidas possíveis de proteção ao direito fundamental dos moradores vizinhos ao aeroporto que reclamaram ao TEDH, a saber: a) determinação de um toque de recolher noturno de passageiros por um período de oito horas; b) determinação de um toque de recolher noturno de passageiros por um período de cinco horas, lapso no qual, apenas, são permitidas operações com aeronaves silenciosas; c) ausência de determinação de um toque de recolher noturno de passageiros, sendo permitidas, unicamente, operações com aeronaves silenciosas; d) permissão de regular funcionamento do aeroporto para qualquer tipo de aeronave, não havendo diferenciação entre o período diurno e noturno, sendo adotadas, contudo, medidas pontuais de redução do incômodo; na sequência, usando-se uma escala triádica, devem ser atribuídos valores às medidas de proteção que expressem o grau de tutela frente ao barulho, a intensidade de interferência na atividade econômica do aeroporto e a intensidade de interferência no direito positivo em razão da ausência de proteção; no que se refere à identificação da intensidade de interferência no direito positivo por ausência de proteção decorrente da não efetivação de cada uma das medidas, tem-se que é a "intensidade de não proteção" que resulta da adoção da "medida de proteção que se classifica diretamente abaixo", "na lista de graus de proteção", da medida não adotada pelo Estado, "fenômeno" denominado por Alexy de "negação em cadeia". Para a verificação de uma violação do direito positivo é indispensável que se tenha em conta a sua "estrutura disjuntiva", a partir do que a "negação de qualquer medida" de proteção não possui um "oposto definitivo"; já no que toca aos direitos de defesa e sua "estrutura conjuntiva", qualquer medida que afete desvantajosamente o direito negativo possui um "oposto definitivo"; definidos os valores

[1211] ALEXY, Robert. Sobre la estructura, pág. 121 e 129-133.

atribuídos a cada uma das variáveis da lógica formal de ponderação regida pela regra da negação em cadeia, tem-se a seguinte solução para o caso: a medida prevista na letra "a" é desproporcional pelo fato de sua omissão acarretar, apenas, uma leve perda de proteção, sendo que, de outro lado, o seu emprego causa séria afetação ao direito negativo, havendo, assim, violação à proibição do excesso; por sua vez, o meio de proteção previsto no item "d", também é desproporcional, pois o seu emprego causaria uma grave desproteção e, em contraponto, uma leve intervenção ao direito de defesa, a partir do que há violação à proibição de insuficiência; os demais meios passam no crivo da proibição do excesso e da proibição do défice, assim, o Estado "poderia escolher livremente" qualquer das duas medidas de proteção [1212].

Ainda, para complementar, importante destacar que, para Alexy, a primeira operação hermenêutica a ser realizada consiste a delimitação do âmbito de proteção *prima facie* do direito a prestação positiva, ou seja, a identificação de quais os comportamentos – prestar, proteger, organizar ou criar procedimentos – que, se realizados, seriam efetivos para o alcance, na maior medida do possível, dos objetivos propostos, esfera com proteção jurídica inicial desenhada pela Constituição e que poderá – ou não – se configurar como um direito definitivo do particular de exigir uma prestação em face do Estado; ocorre que o emprego das prestações em sentido amplo relacionadas ao âmbito de proteção jusfundamental *prima facie* acarreta colisões com outros princípios, os quais estão relacionados à proteção contra as intervenções às esferas juridicamente tuteladas de outros particulares, a interesses coletivos, ao princípio da competência decisória do legislador ou, ainda, à reserva do financeiramente possível; entrementes, a conclusão de que um direito prestacional *prima facie* alcançou o patamar de um direito prestacional definitivo, depende de uma ponderação entre as razões que depõem a favor da realização de um princípio em contraponto com os argumentos favoráveis a não afetação dos outros; nas palavras de Alexy, "de acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em seu conjunto" [1213]; entrementes, para o jusfilósofo alemão, as particularidades a envolver a concretização dos direitos a prestação, considerados em sentido amplo, notadamente, o princípio formal da

[1212] KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure*, págs. 94-98. (Tradução livre).
[1213] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 517.

competência decisória do legislador democraticamente eleito e a reserva do financeiramente possível, são reconduzidas a razões contrárias à realização do direito prestacional e, como tais, passam a integrar os objetos a serem ponderados de forma a se verificar qual dos princípios em colisão apresenta maior peso diante das circunstâncias do caso concreto [1214]; de resto, Alexy visualiza dois limites impostos pela proporcionalidade à livre escolha das medidas positivas pelo legislador, a proibição do excesso e a vedação do défice, os quais "não são duas regras separadas, mas representam, como destacado, duas perspectivas do teste de proporcionalidade, a partir do que a ponderação seria capaz de alcançar um resultado racional e intersubjetivamente demonstrável e, ainda, possuiria a qualidade de permitir que se chegue a um resultado em que o meio esteja no *meio termo* entre a proibição do défice e a proibição do excesso [1215].

Em sentido similar ao defendido por Alexy e Borowoski, Carlos Bernal Pulido parte de dois pressupostos para, após, efetivar a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua perspectiva de proibição de proteção deficiente; para o autor, em um primeiro momento, deve ser avaliado se é possível a *adstrição prima facie* de uma posição à proteção ao conteúdo de algum direito fundamental; após, deve ser identificado o objeto de controle, ou seja, a restrição, a qual pode ser configurada pela omissão estatal ou por um ato legislativo que não protege o direito fundamental ou que não promove a realização do direito na maior medida do possível; contudo, mesmo presente a restrição, poderá não haver violação ao direito fundamental, pois, a partir da análise do princípio da proporcionalidade, na sua *versão* de proibição de proteção deficiente, a restrição poderá encontrar justificação constitucional.

Para o autor, em termos estruturais, a proibição de proteção deficiente mantém simetria com a proibição do excesso, sendo composto, assim, pelas exigências de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com base em que, a partir de algumas adaptações, sua aplicação ocorre de maneira similar à proibição do excesso; o subprincípio da idoneidade dispõe que o direito fundamental à proteção em sentido amplo restará violado nas situações em que a omissão ou atuação insuficiente do Estado não teriam qualquer capacidade de promoção da finalidade estabelecida pela norma constitucional ou outra finalidade constitucionalmente legítima, ou seja, para que o subprincípio da idoneidade não reste

[1214] ALEXY, Robert. *Teoria*, págs. 461-470 e 511-519.
[1215] KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure*, pág. 98. (Tradução livre).

satisfeito, deve haver uma relação de pertinência entre a ausência de realização do comportamento e o não favorecimento das finalidades jusfundamentais ou outras finalidades constitucionais; por sua vez, o subprincípio da necessidade indica que a omissão ou ação insuficiente que não concretizam de maneira ótima a proteção em sentido amplo imposta pelo direito fundamental será necessária se não houver outra omissão ou ação insuficiente alternativa que promovam, no mínimo em igual intensidade, a finalidade de proteção jusfundamentalmente imposta e, em contraponto, contribuam em maior escala para a realização de outras finalidades constitucionais; de resto, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito requer a realização de uma ponderação entre as razões favoráveis à omissão ou ao comportamento insuficiente e os fundamentos que depõem contra a manutenção do estado de inação ou de ação insuficiente, ou seja, nas palavras do autor, "uma abstenção legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira otimizada vulnera as exigências do princípio da proporcionalidade em sentido estrito quando o grau de favorecimento do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realizou o direito fundamental de proteção" [1216].

Por sua vez, Laura Clérico propõe, ao analisar o princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo de controle das restrições aos direitos à prestação positiva, um refinamento do princípio da proporcionalidade quando dessa concretização das funções prestacionais dos direitos sociais, notadamente, a partir de uma *reabilitação* e atribuição de significativa *relevância* para os testes de idoneidade e necessidade; para a autora, o princípio da proporcionalidade admite adaptações e aceita reestruturações internas, as quais devem alcançar os exames de idoneidade e necessidade [1217].

Para demonstrar o funcionamento dos subprincípios da idoneidade e necessidade, quando aplicados enquanto testes a compor o princípio da proibição de insuficiência, a autora propõe uma reconstrução dogmática de decisão tomada pela Suprema Corte argentina – caso "Q.C. VS. The City of Buenos Aires" –, no qual, em suma, discutiu-se acerca da existência de um dever prestacional estatal relacionado ao direito fundamental à moradia de titularidade de uma mulher e seu filho, de seis anos de idade e com graves deficiências físicas, estando ambos em

[1216] PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad*, págs. 798-803. (Tradução livre).
[1217] CLÉRICO, Laura. Proportionality in Social Rights Adjudication: Making It Workable. *Proportionality in Law - An Analytical Perspective, págs. 25-48.* Editores: David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer, 2018, págs. 32-34.

situação de intensa vulnerabilidade, inclusive, morando na rua; notadamente, a discussão envolveu a definição da existência de um dever definitivo de o Estado, no caso, proporcionar moradia adequada aos particulares, ante ao exaurimento do subsídio estatal previsto para os casos de auxílio à moradia e da insuficiência dos abrigos municipais (concretização do direito fundamental à moradia definida) para atender às necessidades da mãe e seu filho; na decisão, a Suprema Corte entendeu pela existência de um dever prestacional estatal de conceder moradia adequada aos particulares, bem como de proporcionar a atenção necessária à criança e a devida orientação à mãe; a argumentação utilizada baseou-se em dois passos, sendo, inicialmente, verificado se haveria uma restrição em face de algum direito fundamental *prima facie* e, após, se existiria justificação constitucional para a restrição; Clérico propõe que verificação da existência de justificação constitucional para a restrição ocorra a partir da análise do princípio da proibição de insuficiência, sendo dada ênfase aos testes de idoneidade e necessidade [1218].

Nesse sentido, em um primeiro momento, deve ser avaliada a idoneidade das medidas disponíveis a partir das políticas de auxílio à habitação, já implementadas, quais sejam: empréstimos hipotecários, subsídio estatal por até dez meses e abrigos públicos para pernoites; ainda, o teste de aptidão deve ser direcionado, também, à ausência de programa de moradia definitivo destinado a pessoas com deficiência, em situação de rua e na condição de extrema vulnerabilidade; assim, em relação à situação concreta a envolver a mãe e seu filho, todos os meios disponibilizados pelo Estado foram considerados, em vários aspectos, – quantitativos, qualitativos e probabilísticos – inaptos para promoção suficiente do direito fundamental à moradia; a última medida a ser analisada – ausência de programa de moradia destinado a pessoas com deficiência, em situação de rua e na condição de extrema vulnerabilidade – constitui-se em uma omissão estatal, a qual é considerada inconstitucional, uma vez que "o teste de idoneidade, na proporcionalidade, estabelece um limite contra as insuficiências estatais"; assim, ante a inexistência de políticas disponíveis para a promoção adequada das necessidade concretas dos particulares em questão, a omissão estatal é considera inconstitucional, em razão do não atendimento às exigências de idoneidade [1219].

[1218] CLÉRICO, Laura. Proportionality, págs. 35-37.
[1219] CLÉRICO, Laura. Proportionality, págs. 37-39. (Tadução livre).

Caso se prossiga no exame de proporcionalidade e seja avaliada a satisfação do exame de necessidade, ter-se-ia a seguinte lógica argumentativa: apesar de se reconhecer ao legislador e à Administração um largo espaço discricionário para procederem à escolha dos meios pertinentes para a concretização de um direito social, poderá haver uma redução significativa deste âmbito, a depender da natureza do direito fundamental afetado desvantajosamente e da condição de vulnerabilidade da pessoa atingida; a partir disso, o exame de necessidade dispõe que devem ser avaliados todos os meios disponíveis e se o Estado selecionou a medida que implica um nível mais baixo de afetação negativa ao direito fundamental e, em contrapartida, acarreta menores ônus financeiros ao erário; em conclusão, no caso, se o Estado tivesse adotado um plano adequado e coordenado para o atendimento às necessidades da mãe, notadamente, em relação aos cuidados que deve dispensar ao filho e fosse possível à mulher, como consequência, trabalhar, seria alcançado um meio menos restritivo ao direito fundamental e, ainda, em comparação com os meios disponíveis, originador de menores despesas financeiras ao Estado, razão pela qual as medidas estabelecidas em concretização ao direito fundamental não podem ser consideradas necessárias [1220].

Por fim, o teste de proporcionalidade em sentido estrito indica que deve haver uma ponderação a envolver as razões favoráveis à efetivação da prestação positiva e os argumentos contrários a esta realização, devendo ser avaliada a intensidade da restrição ao direito fundamental em contraponto à importância de satisfação das finalidades estabelecidas pelos direitos contrários; na hipótese, a intensidade de interferência nas esferas jusfundamentais da mãe e do filho é muito significativa, a partir do que o pesa em face do Estado um grande ônus para que a restrição ao direito fundamental possa restar justificada constitucionalmente, ônus que, na hipótese, o Estado não conseguiu satisfazer, nem mesmo mediante o argumento da criação, a partir da decisão, de novos gastos financeiros [1221].

Descritas, então, algumas posições doutrinárias no sentido da existência de uma simetria estrutural entre a proibição do excesso e a proibição de insuficiência, o passo seguinte aponta para a necessidade de serem analisadas, sob uma perspectiva crítica, as ideias esposadas pelos autores, no intuito de ser verificado se, efetivamente, é possível a adoção de referidas construções teóricas ou, ao contrário, deve-se proceder à reconstrução do princípio da

[1220] CLÉRICO, Laura. Proportionality, págs. 39-41.
[1221] CLÉRICO, Laura. Proportionality, págs. 41-44.

proporcionalidade em sua face de vedação ao defeito para que possa servir de parâmetro de controle às omissões ou insuficiências estatais em concretizar deveres prestacionais *prima facie* determinados pelos direitos fundamentais.

Inicialmente, assim, algumas considerações acerca do subprincípio da idoneidade; como referido, para os autores citados, o primeiro teste integrante do princípio da proibição de insuficiência consistiria na análise da capacidade das medidas disponíveis para promoverem a finalidade estabelecida pela normativa jusfundamental, a partir do que, se constatada essa aptidão, estaria satisfeito o teste de idoneidade; Borowski fala, também, em uma *idoneidade externa*, pela qual a omissão seria *idônea* quando tivesse a potencialidade de contribuir para a otimização de outros princípios constitucionais, ou seja, sob o prisma da omissão, a ausência de ação estatal seria *apta* nos casos em que possuir idoneidade para promover interesses e bens colidentes; ainda, do que se extrai da proposta de Laura Clérico, para que o meio a ser *testado* passe no exame de aptidão, é necessário que contribua de forma suficiente para a promoção ou proteção do direito fundamental, havendo, assim, uma idoneidade mínima a ser alcançada pela medida para que possa ser considerada idônea.

Essas formulações apresentam alguns problemas inultrapassáveis; primeiro, de se destacar que não se vislumbra utilidade no teste de *idoneidade interna* quando aplicado no intuito de ser verificada a existência de justificação constitucional para as restrições aos direitos à prestação positiva; veja-se que, nesta seara, se tomada por base a conduta que seria exigível do legislador, a fixação do âmbito de proteção *prima facie* ocorre a partir da identificação de todos os comportamentos que favoreçam a realização do direito fundamental, consequentemente, essa identificação pressupõe a idoneidade da medida; ou seja, uma medida que não seja apta à realização da finalidade estabelecida pela normativa jusfundamental prestacional não chega, sequer, a integrar o âmbito de proteção *prima facie* do direito, a partir do que, como consequência lógica, não se continuará a análise do preenchimento dos demais elementos do suporte fático, notadamente, se há restrição (omissão ou ação insuficiente) e, em caso positivo, se presente a justificação constitucional, onde se encontraria a exigência de idoneidade do meio.

Repisa-se que se a conduta não for idônea para a promoção da finalidade buscada – realização em alguma medida do direito prestacional – ela não integra o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental, sendo que, ao contrário, se for idônea, estará abrangida

pelo conteúdo jusfundamental *prima facie*; na primeira hipótese, não há âmbito de proteção passível de restrição, uma vez que o comportamento inidôneo, desde sempre, se encontra excluído da esfera jusfundamentalmente protegida e em nenhum momento haveria uma obrigação, oponível ao Estado, de realizar a conduta, sequer em termos de mandamento *prima facie*; na segunda possibilidade, a idoneidade da medida já restou verificada quando da constatação de o comportamento integrar o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental, logo, nenhuma utilidade apresentaria um novo teste de idoneidade, agora no interior do princípio da proibição de insuficiência.

De outro lado e sob a perspectiva diversa de se tomar por base a idoneidade da própria omissão, por motivos opostos, alcançar-se-ia, igualmente, a conclusão da inutilidade no exame como elemento integrante da proibição de insuficiência; como basta o favorecimento de qualquer finalidade constitucionalmente legítima (*idoneidade externa*) para a constatação da idoneidade da medida que não foi realizada pelo Estado (omissão), tem-se que, muito dificilmente, encontrar-se-ia alguma omissão em condição de inidoneidade absoluta, pois, na avassaladora maioria das situações reais ou imaginadas, em alguma medida, alguma finalidade constitucionalmente legítima seria promovida; entrementes, toda a restrição lograria êxito em ultrapassar a exigência de idoneidade [1222]; no que tange à *idoneidade interna*, ter-se-ia o quadro oposto, uma vez que nenhuma omissão pode ser considerada apta para cumprir o dever constitucional de ação, a partir do que toda a omissão seria *inidônea*.

Laura Clérico, não obstante, estabelece que o exame de idoneidade, apenas, será satisfeito pela medida nas situações em que o meio promova ou proteja suficientemente o direito fundamental; veja-se que, no precedente trabalhado pela autora, as medidas já concretizadas pelo Estado – por exemplo, o pagamento de subsídios mensais por tempo determinado ou a existência de abrigos públicos destinados para pernoite – não foram consideradas idôneas sob a perspectiva do teste de aptidão, apesar de, inegavelmente, promoverem em alguma medida o direito fundamental à moradia; entrementes, há, aqui, no fundo, uma sensível reformulação do subprincípio da idoneidade, uma vez que, nos termos em que fora desenvolvido enquanto elemento integrante da proibição do excesso, para a satisfação dos ditames do teste de aptidão, bastava que o meio promovesse em alguma intensidade a satisfação das finalidades

[1222] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 386. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 924.

buscadas, contudo, segundo Clérico, quando esse subprincípio está a integrar a proibição de insuficiência, exige-se, em relação à situação concreta, uma aptidão suficiente da medida sindicada e não, apenas, uma capacidade mínima ou não insignificante de promoção das finalidades jusfundamentalmente estabelecidas.

Apesar do novo desenvolvimento dado pela autora ao subprincípio de idoneidade, quando aplicado no contexto da proibição de insuficiência, os problemas a envolver este exame, como parâmetro de controle das omissões ou insuficiências estatais relacionadas aos deveres jusfundamentais prestacionais, não se encontram afastados; isso porque, no momento em que o teste de idoneidade vem a exigir uma aptidão suficiente da medida sindicada, ele, praticamente, exaure em si toda a proibição de insuficiência, pois a indicar que apenas medidas suficientes são idôneas, em outras palavras, está a dizer que se o Estado não concretizar políticas públicas que realizem suficientemente o direito fundamental, haverá inconstitucionalidade por omissão; assim, toda a análise de justificação constitucional para a restrição resumir-se-ia ao teste de idoneidade; como já expusemos, na verdade, quando da concretização dos direitos fundamentais à prestação positiva, o exame de idoneidade da medida é o primeiro passo da verificação do preenchimento das condições do suporte fático dos direitos prestacionais, uma vez que essa operação se confunde com a própria delimitação do âmbito de proteção *prima facie*, campo no qual devem ser incluídos todos os comportamentos que promovam, em alguma intensidade, a realização dos direitos fundamentais prestacionais ou das finalidades constitucionais.

Ainda, temos que a construção do subprincípio da idoneidade nos termos propostos por Laura Clérico contém outro problema; retomando o caso discutido pela autora, veja-se que é uma conclusão óbvia – a qual poderia, inclusive, ser alcançada até mesmo antes de uma análise mais acurada do caso – que as políticas públicas de moradia disponíveis – empréstimos hipotecários, subsídio estatal por até dez meses e abrigos públicos para pernoites – não são idôneas para atender suficientemente aos direitos fundamentais da mãe e do filho, autores da reclamação, pois, se assim não fosse, não haveria motivo para que buscassem, judicialmente, a implementação de outras medidas que não as já disponibilizadas pelo Estado; caso as políticas já concretizadas satisfizessem suficientemente os interesses jusfundamentais dos autores, não haveria, sequer, interesse de agir para que ação pudesse ser recebida pelo juiz, podendo-se, com efeito, concluir, de antemão e à revelia da aplicação do princípio da

proibição de insuficiência, que, a toda evidência, as medidas disponibilizadas pelo Estado não atendem de forma suficiente as necessidades dos autores.

O que estamos a dizer, contudo, não implica qualquer conclusão pela irrelevância da intensidade da restrição verificada, em relação ao particular titular do direito fundamental no caso concreto, enquanto elemento a ser considerado na aplicação da proibição de insuficiência, bem como não se sustenta que não deva haver uma prestação suficiente para o caso, mas, apenas, que essa argumentação não condiz com o exame de idoneidade, teste inicial que tem por objetivo afastar comportamentos irrelevantes para a consecução das finalidades buscadas com a restrição ao direito fundamental e, assim, essas circunstâncias devem ser levadas em consideração em momento diverso quando da aplicação do princípio da proibição de insuficiência.

Entrementes, nos termos em que definido enquanto elemento integrante do princípio da proibição do excesso, a aplicação do subprincípio da idoneidade não possui utilidade se direcionado ao controle das restrições aos direitos fundamentais à prestação positiva, o que, por si só, já poderia justificar a necessidade de uma construção do princípio da proibição de insuficiência diferente da proibição do excesso; não obstante, caso a análise dos subprincípios integrantes da proibição do excesso prossiga, ver-se-á que melhor sorte não socorre a exigência de necessidade ou indispensabilidade dos meios.

Em suma, para Clérico, Pulido e Borowski, a exigência de necessidade mantém a mesma estrutura argumentativa de quando manejada no âmbito da proibição do excesso, a partir do que a conduta imposta *prima facie* ao Estado pela normativa jusfundamental prestacional será necessária se, em análise de comportamentos alternativos ao que se entende que o Estado deveria realizar, não se encontre outra conduta que alcance a finalidade buscada em igual intensidade (cumprimento do dever de ação) e, em contraponto, afete desvantajosamente em menor escala direitos fundamentais ou interesses constitucionais colidentes, bem como não traga ônus maiores ao Estado; ainda, sob uma perspectiva externa, o exame de necessidade dispõe que o meio não pode ser considerado *indispensável* se houver outra medida que intervenha em menor ou igual escala no princípio colidente e, em contraponto, realize de forma mais efetiva o direito fundamental à prestação positiva.

Contudo, não se vê como se possam comparar omissões ou prever com mínima precisão as vantagens e desvantagens de comportamentos a serem realizados; nas palavras de Jorge

Reis Novais, "como se avaliam ou antecipam vantagens, benefícios e prejuízos relativos provocados por um não-acto, por algo que não chegou a existir quando há uma multiplicidade de actos e opções que podem de algum modo suprir a omissão?" [1223]; com efeito, não há como se avaliar todos os comportamentos alternativos que, em tese, promoveriam ou protegeriam o bem ou interesse jusfundamental e, ainda, se essas medidas alternativas causariam os mesmos benefícios ao direito fundamental positivo e, de outro lado, trariam menores prejuízos aos bens e interesses colidentes.

Além disso, como bem sinalizada Vitalino Canas, nas omissões totais, o exame de *necessidade interna* não é pertinente para o princípio da proibição da insuficiência, uma vez que tem por base de análise o direito fundamental que sofrerá a afetação negativa com base no comportamento exigido; com efeito, esse exame "não é relevante na perspectiva do direito fundamental à prestação do Estado", o que, ao final das contas, deveria ser o foco de análise da vedação do defeito [1224].

De outro lado, melhor sorte não assiste ao exame de *necessidade externa*; além da natural dificuldade, quiça, inviabilidade, de serem comparados benefícios e prejuízos de uma omissão e dos diversos atos que *poderiam* ser realizados para satisfazer às exigências do direito fundamental positivo, o teste em questão não possui outro problema insuperável.

Segundo as lições de Vitalino Canas, no que tange às omissões totais, conclui-se que, o exame de *necessidade externa*, "no contexto da proibição do defeito", "*é uma fórmula vazia*"; de um lado, a verificação da presença de uma conduta capaz de suprir a omissão e que efetive em maior intensidade o direito fundamental positivo é redundante, uma vez que qualquer comportamento adotado irá promover ou proteger o direito fundamental em escala mais significativa do que a omissão; de outra banda, a análise tendente a aquilatar se o comportamento alternativo interfere de forma idêntica ou menos em menor intensidade no direito negativo colidente é inservível, por dois motivos, a saber: primeiro, se houver *indiferença* entre a omissão e o comportamento positivo, no que se refere à afetação causada no direito negativo colidente, é forçoso concluir que, sendo verificada essa indiferença, a conduta não ultrapassaria o teste de *adequação externa*; assim, "quando é indiferente, do ponto de vista do direito de defesa, que a ação de cumprimento do dever de prestação seja

[1223] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 385.
[1224] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 924.

praticada ou omitida, o comportamento positivo não é adequado do ponto de vista externo", ou seja, "a indiferença da omissão está excluída pela adequação na forma externa"; em segundo lugar, nos casos em que o comportamento alternativo à omissão apenas é considerado necessário, sob a perspectiva externa, se atingir o direito negativo colidente em menor intensidade, tem-se que o teste é de todo redundante, pois "nunca pode ocorrer a possibilidade de a omissão do ato alternativo à omissão ser não necessária segundo o critério externo"; isso se conclui pelo fato de que quando a restrição ao direito fundamental positivo decorrer de uma omissão estatal e, também, essa omissão for "adequada do ponto de vista externo (porque tal omissão permite manter incólumes direitos de defesa), a alternativa àquela omissão, forçosamente uma ação, será sempre não necessária do ponto de vista externo", não se vislumbrando, assim, a possibilidade de a omissão possuir alguma alternativa que ultrapasse o teste de *necessidade externa* [1225].

De resto, no que diz com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pode-se dizer que, em uma avaliação geral de satisfação à proporcionalidade amplamente considerada, requer a realização de uma ponderação a envolver as razões favoráveis à efetivação da prestação positiva e os argumentos contrários a esta realização, devendo-se avaliar a intensidade da restrição ao direito fundamental (proibição do excesso) em contraponto à importância de satisfação das finalidades estabelecidas pelos direitos positivos contrários (proibição do défice); ainda, a reserva do financeiramente possível e o princípio da separação dos poderes, notadamente, no que se refere à competência do legislador para definir o que seja politicamente oportuno e adequado, são considerados como *razões* contrárias à realização da prestação positiva e são incluídos como objetos a serem ponderados; a perspectiva a ser levada em conta, para fins específicos de avaliação de satisfação à proibição de insuficiência, é a do direito a ser protegido ou promovido, contudo, mesmo que uma medida positiva seja *suficiente* ela poderá ser desproporcional, em razão de violação à proibição do excesso.

Em consideração, há de se dizer que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, nos termos desenvolvidos pela doutrina citada, tal como se verificou em relação aos testes de idoneidade e necessidade, é incapaz de funcionar adequadamente como parâmetro de controle nas situações em que em causa a análise da inconstitucionalidade por omissão, tanto

[1225] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 925-926.

quando da avaliação isolada de suficiência da prestação quanto na verificação global de proporcionalidade, nas relações triangulares, a envolver dois polos de análise; isso ocorre por uma série de razões, dentre as quais podem ser citadas: a inexistência, em muitos dos casos relacionados à realização de deveres de promoção e proteção, de relações triangulares, situações nos quais não se tem clareza, nos termos das posições descritas, acerca do funcionamento adequado da proibição do defeito; mesmo quando presentes relações triangulares, o modelo de ponderação implica interferência indevida da jurisdição nas esferas deliberativas do legislador e consequente violação ao princípio da separação dos poderes; impossibilidade de se ponderar a reserva do possível e o princípio formal da separação dos poderes; todos os testes que preenchem o conteúdo da proibição do excesso, mesmo com as adaptações propostas pelos autores, não são capazes de integrar o conteúdo da proibição da insuficiência e funcionar adequadamente, pois foram formatados para ter como objeto de análise três pontos de referência – o direito fundamental restringido, o fim da restrição e o específico meio restritivo utilizado para atingir o fim – o que não ocorre nas situações a envolver o controle das omissões estatais relacionadas aos direitos fundamentais positivos.

Nesse sentido, inicialmente, deve ser destacado que, em diversas situações relacionadas à realização de deveres de promoção e proteção, a proibição da insuficiência não teria aplicação ou, no mínimo, sua aplicação não foi demonstrada pelas propostas descritas, pois, uma vez que formatada para ser aplicada em face de relações triangulares, não se sabe como funcionaria se aplicada a outros problemas dogmáticos recorrentes a envolver a ausência de cumprimento de direitos prestacionais; assim, a proibição do défice ficaria alijada de incidir em face de inúmeras situações referentes à concretização de direitos fundamentais positivos, âmbitos nos quais poderia satisfatoriamente atuar como parâmetro de controle das omissões ou insuficiências estatais.

Além disso, mesmo nas relações triangulares, o teste de proporcionalidade em sentido estrito, na linha em que foi construído nas propostas citadas, não funcionaria adequadamente, pois diversas são as variáveis a serem ponderadas e não, apenas, a intensidade de proteção e de desproteção dos direitos fundamentais em colisão; ou seja, ainda que em causa uma relação triangular a envolver o dever estatal de proteção de um particular em face da agressão patrocinada por outra pessoa privada, o problema jusfundamental não remete, apenas, à avaliação acerca da importância de se proteger um direito fundamental em contraponto com a

intensidade de afetação desvantajosa que há de ser imposta em face de outro direito fundamental para que se logre êxito em alcançar a finalidade estabelecida, ao contrário, o que se verifica, é a existência de diversos fatores a serem *ponderados* e *avaliados*, bem como, por várias vezes, a necessidade de ser verificada a existência de disponibilidade financeira para que a proteção exigida pelo direito fundamental possa ser efetivada; ainda, na maioria das situações em que esta relação triangular envolve o Estado-jurisdição e a colisão entre *direito x direito*, tem-se, no fundo, a questão da eficácia dos direitos fundamentais em face das relações particulares, problemática que, como mencionado, a partir da adoção da teoria da eficácia imediata, requer o reconhecimento de *outra face* para o princípio da proporcionalidade que não se confunde com a proibição do excesso ou com a proibição de insuficiência; entrementes, a ponderação a ser realizada nesta esfera tem o sentido de encontrar a melhor solução para o caso de forma a realizar, na maior medida do possível, os direitos fundamentais colidentes, não sendo o sopesamento destinado, assim, ao controle do excesso ou para a verificação de insuficiência de proteção.

De outro lado, o sentido desenvolvido para a ponderação, tanto quando visa encontrar a melhor medida de proteção possível quanto busca *equilibrar* a exigibilidade de efetivação da proteção de um direito fundamental em contraponto com o grau de restrição que seria imposto a outro direito fundamental, encontra obstáculos incontornáveis; o ideal de se alcançar a *justa medida* ou de se encontrar o meio que otimize na maior medida do possível o direito à prestação, é tarefa do legislador democraticamente eleito e não da jurisdição constitucional; ora, a escolha da *melhor* medida ou da mais *equilibrada* depende de valorações que, em Estado de Direito, notadamente, pelo princípio estruturante da separação dos poderes, são de competência do legislador; parece ter razão, aqui, Vitalino Canas, ao apontar que a construção de uma "proporcionalidade bipolar", na qual se realiza a "*escolha* ou *delimitação* dos meios alternativos que são válidos" poderia ser efetivada enquanto "norma de acção" dirigida ao legislador, pois é de competência deste, selecionar, entre as medidas proporcionais, a que ele entende ser a melhor, a mais oportuna ou conveniente, e não do juiz constitucional, ao qual incumbe dizer "sobre a situação normativa existente (que pode ser de omissão total) tendo em conta a eventual existência de alternativas a essa situação" [1226].

[1226] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 930 e 938-939.

No que se refere aos objetos da ponderação, temos que não há como se ponderar a reserva do possível e o princípio da separação dos poderes; a avaliação acerca da existência, destinação ou outras questões referentes à definição orçamentária e aplicação de recursos financeiros, em Estado de Direito, não é de competência da jurisdição e sim do legislador democraticamente eleito [1227]; isso não quer dizer que o juiz não possa determinar ao Estado a realização de prestações que envolvam custos financeiros, mas, apenas, que a reserva do possível não pode ser objeto de sopesamento, sendo sua consideração levada a efeito em outro momento da atuação judicial de controle.

Além disso, nas situações em que houver determinação judicial a ordenar o cumprimento de prestações positivas que requeiram disponibilidades financeiras para que possam ser realizadas, não há ponderação a envolver o princípio da separação dos poderes, notadamente, no que se refere à competência decisória do legislador democraticamente eleito; ocorre que, nessas situações, é a própria Constituição que retira [1228] a prestação relacionada à promoção ou proteção de um direito fundamental da esfera de decisão discricionária do legislador, uma vez que, no caso, não se encontrou justificação constitucional para a omissão (restrição).

Assim, em Estado de Direito, tendo em conta a ideia de cisão das funções típicas de Estado, a competência para definir a aplicação das disponibilidades financeiras do Estado é do legislador, contudo, como dito, a proposta representada pelos autores mencionados sustenta a possibilidade deste mesmo princípio ser ponderado em contraponto com a importância concreta de realização positiva de direitos fundamentais; não obstante, se essa ideia for considerada possível sob a perspectiva de uma Constituição rígida, ter-se-ia, logicamente, a igual possibilidade de se ponderar todo e qualquer princípio estruturante de um Estado de Direito, o que, com toda a evidência, não se mostra possível, uma vez que representaria a falência da própria organização estatal e a diluição completa da rigidez constitucional [1229].

Se bem definidas as coisas, não se verifica uma verdadeira colisão entre o princípio da competência decisória do legislador e o controle jurisdicional de constitucionalidade nos casos de omissão estatal na promoção ou proteção dos direitos fundamentais; a tensão entre Estado de Direito (direitos fundamentais) e democracia ocorre sob outra perspectiva; o

[1227] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 273.
[1228] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 285-286.
[1229] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 273.

princípio democrático concretiza-se na ideia de que as decisões relevantes para uma sociedade devem ser tomadas pela maioria, contudo, de outro lado, há direitos fundamentais que limitam as possibilidades dessas deliberações majoritárias; além disso, a incerteza acerca do que os direitos fundamentais efetivamente impõem não cria uma tensão entre os princípios formal e material, ela, apenas, põe em dúvida o que, de fato, o princípio formal da competência decisória do legislador preceitua como solução para a situação em questão; por sua vez, a conclusão para essa indagação é alcançada por interpretação da Constituição e pela ideia de sua unidade enquanto sistema jurídico e não por uma ponderação a envolver o princípio formal da separação dos poderes.

O princípio democrático, em momento algum, será reduzido, sendo diversa a solução a ser encontrada; apesar da existência de dúvidas a envolver o alcance da competência do legislador e da jurisdição constitucional, não há possibilidade de o princípio formal ser sopesado, possuir maior peso em algumas circunstâncias concretas e menor noutras, devendo os casos limítrofes ser resolvidos com base no desenvolvimento de "um esforço dogmático dirigido a conferir estabilidade, segurança, certeza às conclusões a que, sobre o problema, chega a jurisprudência constitucional, a quem cabe dissipar essas dúvidas"; entrementes, o princípio formal da separação dos poderes contém mandamentos definitivos e, consequentemente, deve ser aplicado tal qual uma regra, de forma a que não se admita qualquer sopesamento a envolvê-lo [1230].

A acrescer a todo o exposto, há, ainda, uma questão geral a envolver a totalidade da estrutura interna do princípio da proibição do excesso e que denota sua incapacidade de ser utilizado como parâmetro – ainda que com designação diversa e com as adaptações descritas – no controle de constitucionalidade das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais positivos; os testes integrantes do conteúdo do princípio da proibição do excesso, quando manejados no controle de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais negativos, encontram "três pontos de referência", os quais estarão, indeclinavelmente, presentes, sendo eles: "o direito fundamental restringido, a justificação ou fim da restrição (bem, interesse, direito) e a concreta medida restritiva utilizada para atingir o fim"; no fundo, o conteúdo da proibição do excesso destina-se a verificar se "essas três grandezas se

[1230] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 274-277.

encontram ou não numa relação equilibrada, balanceada, de proporcionalidade ou de justa medida"; contudo, o objeto de controle a ter sua constitucionalidade verificada com base no parâmetro da proibição da insuficiência, como já exposto, é muito diferente e não há, como referência, a "relação tripolar" descrita; aqui, no controle das omissões, o que está em causa é a verificação da existência de exigibilidade de um comportamento positivo do Estado que não foi realizado, ou seja, sob outra perspectiva, releva aquilatar se há justificação constitucional para a omissão do Estado que não realizou ou protegeu o direito fundamental [1231].

Assim, apesar de seguirmos de perto as propostas de Alexy, Pulido e Borowski no que diz com os dois primeiros elementos do suporte fático dos direitos fundamentais à prestação positiva, o que se mostra coerente com a lógica proposta pela teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, de outro lado, afastamo-nos sensivelmente da proposta dos autores no referente ao último elo desta cadeia típico-abstrata, notadamente, no que tange à estrutura e funcionamento do princípio da proibição de insuficiência, o qual, no nosso sentir, não pode ser conformado estruturalmente e aplicado nos mesmos termos que o princípio da proibição do excesso; destarte, na sequência, requer seja demonstrada a configuração e *modus operandi* do princípio da proporcionalidade em sua face de proibição de insuficiência.

4.2. A proposta de Vitalino Canas

Vitalino Canas desenvolve uma sofisticada construção para demonstrar a aplicação da proibição do defeito enquanto *norma de controle*, âmbito no qual, também, verifica duas modalidades da proibição do déficit, a *proibição paritária* e a *proibição não paritária*; segundo o autor, são pressupostos, para que o juiz constitucional possa se valer da vedação da insuficiência como parâmetro de controle de constitucionalidade do não cumprimento ideal pelo legislador (omissão total ou parcial) dos deveres constitucionais de ação, a existência de uma obrigação constitucional *prima facie* de agir positivamente que colida com outros deveres ou permissões constitucionais, devendo-se, além disso, ter em conta a solução que o legislador encontrou para o conflito; não obstante a relevância da consideração de todos os

[1231] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 191-192.

fatores indicados, "para efeitos do regime jurídico e da dogmática da proibição do defeito como norma de controlo, a distinção com mais implicações é entre omissões totais e omissões parciais" [1232].

Nesse sentido, a estrutura e forma de aplicação da proibição do defeito, no controle das omissões totais do legislador relacionadas à não realização de deveres constitucionais de ação, ocorrem da seguinte forma: a) em um primeiro momento, deve ser verificada a finalidade da omissão, a partir do que, se não restar constatado que a inação do legislador restou ancorada em objetivos legítimos, há de ser reconhecida a inconstitucionalidade; nos casos de omissão total, o campo de incidência da proibição do defeito é reduzido ou, até mesmo, inexistente, uma vez que se for possível a demarcação abstrata do núcleo essencial do direito fundamental, a solução pela inconstitucionalidade resolve-se mediante a aplicação deste último parâmetro de controle, não havendo, como consequência, espaço para a aplicação da proibição do defeito; b) ultrapassada a análise anterior, o autor segue, propriamente, para a aplicação da proibição do defeito, a qual possui o conteúdo exaurido no exame de *proporcionalidade em sentido estrito*, pois, por nada acrescentarem enquanto parâmetros de controle das omissões totais, os testes de *idoneidade* e de *eficiência exigível* (esta designação é preferível, em relação à *necessidade*, quando a exigência integra o conteúdo da proibição do defeito) devem ser excluídos; assim, o exame de *proporcionalidade em sentido estrito*, requer sejam ponderados "a importância dos efeitos jurídicos e materiais resultantes da satisfação ou não satisfação dos deveres colidentes e dos bens, interesses ou valores sobre os quais incidem ou, caso não haja dever mas mera permissão, dos bens, interesses ou valores sobre a qual incide tal permissão"; ainda, como já se intui da descrição dos objetos a serem ponderados, é necessário que seja demarcado se a colisão envolve, apenas, deveres constitucionais ou se o embate diz com um dever constitucional em contraponto com uma mera permissão constitucional; se houver a omissão total do cumprimento do dever constitucional de ação que colide com outros deveres constitucionais, há sempre violação da *proporcionalidade em sentido estrito*, pois, nesta situação, há "uma solução de desequilíbrio desfavorável a um dos deveres em causa"; contudo, se a questão disser com uma colisão entre o dever de ação e uma mera permissão constitucional, o exame de *proporcionalidade em sentido estrito* pode ser

[1232] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1012-1013.

ultrapassado, nos casos em que, manifestamente, as razões que justificam a não realização da prestação forem superiores aos argumentos que contam a favor do cumprimento do dever de ação" [1233].

De outro lado, no que se refere à aplicação da proibição do defeito na forma de parâmetro de controle de constitucionalidade das omissões parciais relacionadas ao cumprimento não integral de deveres constitucionais de ação, a situação muda de figura, tanto no que se refere à estrutura assumida pela proibição da insuficiência quanto no tocante ao seu modo de aplicação e âmbito de incidência; aqui, o objeto a ser controlado, reflete a satisfação parcial do dever positivo, sendo, assim, a omissão parcial inseparável da ação parcial; a partir dessa constatação, pode-se deduzir que a proibição da insuficiência "estrutura o processo de apreciação da *justificação constitucional* da parcialidade do (in) cumprimento. A intercambialidade lógica entre omissão e ação parciais permite que os segmentos da proibição do defeito convoquem, umas vezes, o ângulo do comportamento negativo (a omissão), outras, o do positivo (a ação)"; antes da aplicação propriamente dita dos exames integrantes do conteúdo da proibição do defeito, deve ser verificada a legitimidade da finalidade buscada com a omissão parcial, contudo, isso só é relevante nos casos em que o dever de ação colide com "fins de interesse público", pois "detetando-se colisão de deveres constitucionais (designadamente de proteção e de abstenção), pode presumir-se que a omissão parcial promove o fim legítimo do cumprimento do dever constitucional contraposto" [1234].

Entrementes, pela proposta do autor, o objeto a ser controlado com base na aplicação da proibição do defeito possui dois ângulos a serem avaliados, quais sejam o da ação parcial e o da omissão parcial; nesse sentido, o primeiro exame a integrar a estrutura da proibição do defeito – *adequação* – requer a verificação abstrata de que o meio adotado – ação parcial – possui idoneidade mínima para alcançar a promoção do dever constitucional de ação, bem como para contribuir com a resolução da colisão, sendo que, de outro lado, a considerar a omissão parcial, a ausência de atuação deve ser apta para colaborar com a realização dos deveres constitucionais ou finalidades permitidas em colisão com o dever de ação [1235].

[1233] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1017-1022.
[1234] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1022-1023.
[1235] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1023-1025.

O segundo teste diz com a *eficiência exigível* da ação parcial realizada pelo legislador; este exame requer que seja realizada uma comparação entre o meio empregado e outras medidas alternativas disponíveis, a partir do que se tem o seguinte quadro: enquanto integrante da *proibição do defeito paritária* – aplicável nos casos de colisão a envolver o dever de ação e outros deveres constitucionais – o exame de *eficiência exigível* dispõe que a omissão parcial será inconstitucional, em razão de não observância à proibição do defeito, quando houver medida alternativa que promova de forma mais intensa o dever de ação e, de outro lado, afete negativamente em igual medida os deveres constitucionais colidentes ou, ainda, se existir medida alternativa que promova na mesma intensidade o dever de ação e, ainda, satisfaça em grau mais elevado os deveres colidentes; importante ressaltar que "essa segunda vertente, quando o dever colidente for um dever de abstenção, incorpora na estrutura da proibição do defeito uma componente de garantia contra o excesso, na medida em que induz à adoção de alternativas menos interferentes no direito de defesa"; de outro lado, a *proibição do defeito não paritária* – aplicável aos casos de colisão a envolver o dever constitucional de ação e permissões constitucionais para persecução de bens e interesses – requer, também, a realização de uma comparação entre a medida eleita pelo legislador e outras disponíveis, a partir do que o segmento da *eficiência exigível* restará descumprido se existir medida alternativa que promova em maior intensidade o dever de ação e, em contraponto, afete desvantajosamente em menor grau a realização das finalidades colidentes [1236].

Por fim, o último exame decorrente do conteúdo da proibição do defeito é o da *proporcionalidade em sentido estrito*, pelo qual devem ser ponderados os *efeitos jurídicos e materiais* decorrentes do não cumprimento parcial do dever de ação em face da "*importância dos efeitos jurídicos e materiais de satisfação* dos bens, interesses ou valores objeto dos deveres colidentes ou dos bens, interesses e valores não cobertos por deveres, produzidos ou atingíveis com os comportamentos do legislador"; a proibição do defeito apresenta, também aqui, duas modalidades – *paritária e não paritária* – sendo que, pela primeira, deve ser verificado se, da omissão parcial, decorre uma situação de *desequilíbrio*, entre os deveres constitucionais colidentes, *desfavorável* a um dos lados em embate, enquanto que, na segunda

[1236] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1025-1027.

modalidade, deve ser valorado se "os argumentos que fundamentam a satisfação" dos bens ou interesses que o legislador está autorizado a perseguir "têm um peso e importância manifestamente inferiores ao peso e importância da satisfação do dever constitucional *prima facie*, na componente em falta"; em ambas as hipóteses, nas situações em que a conclusão for afirmativa, haverá inobservância ao exame de proporcionalidade em sentido estrito e, consequentemente, "violação da proibição do defeito" [1237].

Não obstante a proposta apresentada por Canas, não vemos possibilidade de o princípio da proibição do defeito ser estruturado e aplicado na forma desenhada pelo autor, bem como entendemos por restringir o seu âmbito de aplicação, apenas, à verificação de constitucionalidade das omissões, a partir do que a distinção entre omissões totais e parciais não faz sentido para a dogmática da proibição da insuficiência, importando, outrossim, para que seja definido se o parâmetro de controle de constitucionalidade a ser utilizado é, apenas, a proibição do defeito (omissões totais) ou se, também, é necessário que se chame a proibição do excesso à colação (omissões parciais); essa conclusão está conforme com a ideia, já exposta, de que os elementos constitutivos do princípio da proibição do excesso – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, mesmo sofrendo adaptações, não logram êxito em refletir parâmetros efetivos e consistentes a possibilitar um controle de constitucionalidade adequado das omissões estatais relacionadas aos deveres jusfundamentais de promoção e proteção, a partir do que não devem integrar o conteúdo da proibição da insuficiência; ainda, não vemos acréscimo de racionalidade na concepção que enxerga, nas omissões parciais, dois prismas de análise para a proibição do defeito, quais sejam o ângulo da omissão parcial e o da ação parcial, ao contrário, temos que a integração, à proibição do defeito, de elementos típicos da proibição do excesso, implica maiores possibilidades de confusão entre ambos os parâmetros de controle, bem como no que se refere ao seu âmbito de aplicação.

Entrementes, apesar de certo que, para fins de controle, a omissão parcial constituir-se como uma grandeza incindível da conduta parcial efetivada, as duas entidades devem ser submetidas a parâmetros distintos, aplicando-se a proibição do excesso à intervenção decorrente do comportamento positivo e a proibição da insuficiência à omissão; as

[1237] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1027-1028.

características de cada uma das *restrições* a serem controladas são distintas e acabam por requerer um parâmetro de controle próprio e autônomo, a partir do que deve ser avaliado pelo juiz constitucional se o comportamento positivo estatal observou, dentre outros *limites aos limites,* a *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, e, sob o prisma da omissão, ser verificado se houve observância aos ditames da proibição do defeito, cujo conteúdo tem de ser integrado por elementos constitutivos diversos, em razão da incapacidade dos testes inerentes à proibição do excesso serem manejados nesta esfera.

Assim, a diferenciação dogmática entre omissão parcial e total, neste âmbito, tem o sentido de revelar que, no controle da omissão total, a proibição do excesso não possui incidência, enquanto que no controle da omissão parcial, a verificação, na perspectiva do direito afetado negativamente pelo agir parcial, de um possível excesso, é indispensável; além disso, com esta distinção, mantém-se a *pureza* e *invariabilidade* do conteúdo da proibição da insuficiência, o que se mostra de todo aconselhável; isso se dá, pelo fato de o princípio ser aplicável, apenas, ao controle das omissões relacionada aos deveres de respeito, promoção ou proteção e sob essa perspectiva, a partir do que pode manter uma estrutura uniforme e concentrar-se no controle de um tipo específico de restrição, qual seja a omissão estatal relacionada a um dever de ação; além disso, a construção de uma proibição do defeito *unitária*, enquanto norma de controle das omissões totais e parciais, justifica-se pela concepção da existência de um *corredor*, no qual o legislador, entre o *excesso* e a *insuficiência*, possui um livre espaço de deliberação; o que importa para fins de aplicação da proibição do déficit é a análise a partir do ângulo da omissão, pois, mesmo nos casos em que houve cumprimento parcial do dever de ação, o que releva, sob a perspectiva da proibição do defeito, é avaliar se o Estado poderia fazer mais e não fez, sendo que, de outro lado, o lado positivo desse cumprimento parcial será sindicado com base na proibição do excesso; como assevera Jorge Reis Novais, "o controlo de proibição do défice deve ser unitariamente preenchido", não havendo sentido em se definir um conteúdo para um tipo de problema jusfundamental e outra estrutura interna para outra questão a envolver, também, a não realização do dever de promoção ou proteção dos direitos fundamentais [1238].

[1238] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, pág. 339.

Isso não quer dizer que os interesses colidentes com o dever de ação não sejam considerados quando da aplicação da proibição da insuficiência, mas, apenas, que não devem ser levados em conta no contexto de um exame de *eficiência exigível* – o qual, não deve integrar o conteúdo da proibição do defeito – sendo a valoração ou ponderação a ser realizada para a definição da (in) existência de ação insuficiente o momento oportuno para a consideração dos bens e interesses colidentes; além disso, a ideia de a proibição do defeito ser integrada por elementos e testes que são típicos da proibição do excesso – apesar de não ser o que Vitalino Canas sustenta, uma vez que entende que a proibição do defeito, em regra, materializa um controle de evidência – eleva, na prática, o risco de que seja adotado entendimento no sentido de que o juiz constitucional está legitimado a um controle mais amplo e intensivo, o que é impensável sob a perspectiva do princípio da separação dos poderes.

Necessário ser pontuado, de outro lado, que não se nega que, na prática, em muitos casos, a ideia aqui apresentada, no sentido de chamar-se à colação tanto a proibição do excesso quanto a vedação da insuficiência quando em causa o controle de constitucionalidade das omissões⁄ações parciais relacionadas ao cumprimento não integral dos deveres constitucionais de ação, irá acarretar o alcance de uma solução para o caso que será similar à conclusão que seria atingida, caso adotada a proposta defendida por Canas, notadamente, pelo fato de o autor propor a integração à proibição do defeito de elementos típicos do controle do excesso; contudo, pelas razões que estamos expondo, bem como pelo fato de essa simetria conclusiva não se apresentar em todas as situações, entendemos que a proposta de Canas, nesta específica parte em que define o conteúdo da proibição do defeito, não merece nossa adesão.

De resto, no que se refere ao conteúdo da proibição do defeito, como já exposto, os teste de idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou nada acrescentam, ou não são capazes de materializar um controle adequado das omissões (objeto único de controle da proibição da insuficiência); no que se refere às omissões totais, o próprio Vitalino Canas reconhece que os testes de adequação e eficiência exigível não possuem aplicabilidade, restando, assim, apenas, a proporcionalidade em sentido estrito; no que tange às omissões parciais⁄ações parciais, apesar de o autor entender pela pertinência dos exames de adequação e eficiência exigível, temos que, aqui também, esses testes são inúteis.

Nessa linha, em relação ao teste de adequação, caso seja considerada, como objeto de avaliação, a finalidade de efetivação do dever de ação, o exame fica absorvido previamente pela própria demarcação do âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental positivo, nos termos já expostos no tópico anterior; de outro lado, se for adotada a perspectiva dos bens e interesses subjacentes a outros deveres ou permissões constitucionais, tem-se que uma omissão sempre irá promover alguma finalidade constitucional, não havendo, portanto, omissões inidôneas; além disso, sob a perspectiva do direito afetado desvantajosamente pela ação parcial, a aplicação da proibição do excesso já dá conta de avaliar a idoneidade da medida empregada para satisfazer o dever de ação, o que torna redundante sua avaliação com base na proibição do defeito; assim, sob esse último aspecto considerado, temos que a definição da omissão, como única perspectiva e objeto a ser controlado pela proibição do defeito, implica a inutilidade do exame de idoneidade enquanto elemento integrante da vedação do déficit, pois referido exame será, ou já foi, realizado quando da aplicação da proibição do excesso.

Por sua vez, o exame de *eficiência exigível* não merece melhor sorte, pois nada acrescenta à proibição do defeito, enquanto norma de controle de constitucionalidade das omissões⁄ações parciais; em primeiro lugar, a existência de uma medida alternativa à ação parcial efetivada pelo legislador que, ao mesmo tempo, promova em maior escala o dever de ação e, em contraponto, intervenha em menor intensidade nos bens e interesses colidentes, é muito improvável, como admite o próprio Canas; segundo, a considerar, em comparação à ação parcial executada pelo Estado, a existência de medida alternativa que promova em maior intensidade o dever de ação e, de outro lado, intervenha em igual escala nos bens e interesses colidentes, ou, ainda, a existência de medida alternativa que promova em igual intensidade o dever de ação e satisfaça em maior medida os bens e interesses colidentes, tem-se que, raramente, essa ideia teria aplicação, e, além disso, na maioria dos casos, notadamente, quando o cumprimento parcial do dever de ação atinge desfavoravelmente um direito de defesa, o exame de *eficiência exigível* fica absorvido pelo teste de necessidade a ser realizado quando da aplicação da proibição do excesso em face da conduta estatal interventora, sendo esta a esfera adequada para se fazer a comparação entre o meio realizado, o qual cumpriu parcialmente o dever de ação, e outras medidas alternativas que afetem em menor escala o direito de defesa colidente.

Por fim, no que toca ao exame de proporcionalidade em sentido estrito, estende-se a análise crítica que realizamos no tópico anterior, no que for compatível com a proposta de Canas, sendo que, deixaremos para outro momento a indicação do nosso entendimento de como deve ser feita a valoração/ponderação inerente à aplicação do princípio da proibição da insuficiência, bem como qual o sentido do sopesamento e os objetos que devem ser considerados para a valoração.

5. Estrutura e forma de aplicação do princípio da proibição de insuficiência

Uma vez constatado que a estrutura do princípio da proibição do excesso, nos termos construídos para o controle das restrições aos direitos fundamentais de defesa, não possui capacidade de servir adequadamente como instrumento de controle das omissões estatais relacionadas à ausência ou insuficiência de realização dos direitos fundamentais à prestação positiva, é necessário que o princípio da proibição de insuficiência se apresente autonomamente; qualquer dos subprincípios – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, constitutivos da proibição do excesso, são inúteis ou, no mínimo, inadequados para funcionar no controle das restrições configuradas a partir de omissões estatais; entrementes, dada a ausência de simetria, o princípio da proibição do déficit não pode se apresentar como uma *versão de sinal trocado* da proibição do excesso, impondo-se que possibilite a realização do controle de constitucionalidade das omissões (restrições) a partir de novos parâmetros [1239].

Não obstante, a fixação do conteúdo e *modus operandi* do princípio da proibição de insuficiência não se mostra tarefa fácil, pois, nem a doutrina constitucional nem a jurisprudência desenvolvida pelos Tribunais Constitucionais de Estados de Direito sociais e democráticos, pacificaram a questão, não sendo alcançado consenso acerca dos parâmetros estabelecidos e forma aplicativa da proibição do déficit; nesse sentido, em um primeiro momento, calha trazer aqui algumas referências jurisprudenciais acerca do tema, precedentes nos quais a proibição do déficit foi trabalhada de forma autônoma à proibição do excesso –

[1239] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, pág. 284.

incapaz de atuar nesse âmbito de concretização dos direitos fundamentais positivos, como visto –, para que se possa estabelecer um ponto de partida a permitir a análise da questão.

O Tribunal Constitucional Federal alemão reconhece o princípio da proibição de insuficiência (*Untermaßverbot*) no precedente *Schwangerschaftsabbruch II* [1240], o qual já foi trabalhado neste estudo quando da análise da evolução histórica do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do BVerfGE; nesse precedente, a Corte Constitucional, pela segunda vez [1241], aprecia a constitucionalidade de legislação, a qual autorizou a prática do aborto em determinadas circunstâncias, bem como estabeleceu políticas públicas de acompanhamento e atendimento à gestante, tendo reconhecido expressamente a exigência de um proteção adequada e efetiva ao bem fundamental vida intrauterina; assim, em suma, segundo o demarcado no referido precedente, o Tribunal Constitucional Federal qualificou a proibição de insuficiência como um princípio a exigir do Estado uma proteção adequada e eficiente aos bens e interesses jusfundamentais.

O Tribunal Constitucional português, também, identifica o princípio da proibição do déficit como um limite a não realização de prestações fáticas e normativas exigíveis diretamente a partir das normativas constitucionais de direitos fundamentais positivos; Jorge Pereira da Silva traz à colação diversas decisões do Tribunal, em que o princípio da proibição de insuficiência foi citado, dentre as quais de se dar destaque ao Acórdão n.° 75⁄2010 [1242]-[1243].

O referido precedente foi originado, a partir de pedido de declaração de inconstitucionalidade, com efeito *erga omnes*, formalizado por um grupo de deputados, em face da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, que estabeleceu a "exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez"; além da postulação de reconhecimento de inconstitucionalidade formal a viciar referido diploma normativo, houve, também, alegação de inconstitucionalidade material, dentre outros fundamentos, pela ausência de proteção suficiente ao bem jusfundamental vida intrauterina, protegido objetivamente pelos sistema de direitos fundamentais da CRP; o Tribunal reconhece que a questão central a ser resolvida diz

[1240] BVerfGE 88, 203.
[1241] A primeira decisão na qual o Tribunal enfrenta o tema restou denominada de *Schwangerschaftsabbruch I* (BVerfGE 39, 1).
[1242] Acórdãos: 288⁄98, 254⁄2002, 357⁄2009, 75⁄2010, 166⁄2010, 269⁄2010, 270⁄2010 e 222⁄2011. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, págs. 585-586.
[1243] Antes do Arcordão 75⁄2010, o TC proferiu decisões sobre o aborto nos seguintes Acordãos: n.°s 25⁄1984, 85⁄1985, 288⁄1998 e 617⁄2006. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 990.

com a necessidade de ser verificado se, com a edição da lei objeto de impugnação, "o Estado cumpre, ou não, o dever que sobre ele impende de protecção da vida intra-uterina", uma vez que reconhece a vida intrauterina como um valor objetivo da ordem constitucional e, consequentemente, entende pela existência de um dever estatal de tutela em face de referido bem jusfundamental; entrementes, a conclusão pela (in) constitucionalidade do estatuto legal objeto de controle remete "à dogmática dos imperativos jurídico-constitucionais de protecção, reportada à inviolabilidade da vida intra-uterina, enquanto bem objectivo", a partir do que se conclui estar o Estado, em razão da dimensão objetiva do direito fundamental à vida, obrigado a tutelar a vida intrauterina em face de agressões externas e, inclusive, oriundas da própria mãe.

Nesse sentido, o legislador possui considerável margem de avaliação e escolha das medidas relacionadas à efetivação do dever de proteção, discricionariedade esta "balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário"; "ele deve, por um lado, não desrespeitar a *proibição do excesso*, por afectação, *para além* do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida", e, de outro lado, "não descurar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica"; entre esses dois limites – proibição do excesso e proibição da insuficiência – existe um *corredor* que atribui ao legislador um espaço para escolher os meios de proteção a serem utilizados; o cumprimento dos deveres de proteção resta integrado pelo princípio da proibição de insuficiência, o qual exige do Estado que o cumprimento dos imperativos de tutela ocorra em "uma medida *mínima*, sendo violada a *proibição de insuficiência* (*Untermassverbot*) quando as normas de protecção ficarem *aquém* do constitucionalmente exigível".

Não obstante, é nas decisões do Tribunal Constitucional sul-africano que se encontra a mais profícua jurisprudência [1244] a estabelecer limites à discricionariedade do Estado na concretização de deveres prestacionais decorrentes diretamente das normativas

[1244] Acerca da juisprudência do Tribunal Constitucional sul-africando: KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: University Press, 2012; MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutionalism*. Oxford: University Press, 2012; NETO, João Costa. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? *Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 07, n.°01, jan./jun., 2014, págs. 190-225*. Disponível em https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/934/642. Último acesso em 07 de fevereiro de 2019. ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: University Press, 2013.

constitucionais de direitos fundamentais positivos; conforme doutrina de Jorge Reis Novais, referida Corte Constitucional inicia com uma jurisprudência que demonstra considerável deferência com as escolhas políticas do legislador e da Administração (caso *Soobramoney*), contudo, acaba por evoluir "para o actual modelo de controle padronizado em torno da exigência de *razoabilidade*, de que o caso *Grootboom* é a expressão inaugural qualificada que viria ser confirmada, logo a seguir, também no caso *TAC*" [1245]-[1246].

No caso *Grootboom* foi levada à apreciação do Tribunal Constitucional sul-africano a situação de centenas de famílias carentes, as quais haviam invadido – motivadas pela situação degradante em que viviam na localidade denominada *Wallacedene*, sem água, luz, dentre outras – uma propriedade privada desocupada e transferido seus *barracos e abrigos* (*shacks and shelters*) para o local; contudo, houve determinação judicial de reintegração de posse, tendo as famílias sido colocadas em situação de extrema precariedade, acabando por ser abrigadas em um estádio de futebol em *Wallacedene*; em continuidade, *Mrs Irene Grootboom* e as outras pessoas integrantes da comunidade ingressaram com uma ação judicial contra o Estado, demanda fundamentada no direito à moradia, questão que terminou por ser apreciada pelo Tribunal Constitucional.

O Tribunal reconhece que o Estado já havia adotado prestações fáticas e normativas, dentro do apertado orçamento financeiro, tendentes a concretizar o direito fundamental à moradia, contudo, as pessoas que necessitam de respostas imediatas, pois se encontravam em situação emergencial, em razão de não disporem de qualquer moradia, não estavam contempladas; entende o Tribunal, assim, que "a obrigação do Estado de fornecer acesso a moradias adequadas depende do contexto e pode ser diferente de província para província, de cidade para cidade, de áreas rurais para urbanas, e de pessoa para pessoa" [1247]; entrementes, sob a perspectiva da situação fática das famílias postulantes, os programas já adotados pelo Estado, no intuito de efetivar o direito fundamental à moradia, não atendem *razoavelmente* às exigências do direito fundamental, a partir do que há de se concluir pela *irrazoabilidade* das medidas já adotadas, uma vez que não contemplam situações emergenciais de pessoas que necessitam de auxílio imediato, em razão da ausência total de moradia; o âmbito de proteção

[1245] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 285-286.
[1246] *Soobramoney v. Minister of Health Kwa Zulu-Natal* (1997); *Republic of South Africa v. Grootboom* (2000); *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*.
[1247] *Republic of South Africa v. Grootboom* (2000), par. 37. (Tradução livre).

do direito fundamental à moradia abriga a obrigação de o Estado conceder moradia às pessoas desprovidas de qualquer habitação e, nesse sentido, não há nenhuma medida destinada "para facilitar o acesso e alívio temporário às pessoas que não possuem acesso à terra, estão sem um teto sobre as suas cabeças, que vivem em condições intoleráveis, que estão em crise por causa de desastres naturais, como inundações e incêndios, ou porque suas casas estão sob ameaça de demolição" [1248]; o direito fundamental à moradia – Seção 26, da Constituição sul africana – "exige que as medidas legislativas, e outras adotadas pelo Estado, sejam razoáveis" [1249], sendo que, para se aquilatar a *razoabilidade* do programa nacional de habitação existente, deve ser verificada a *razoabilidade* da ausência de contemplação no programa daquelas pessoas sem qualquer moradia e em situação de desespero; essa *razoabilidade* não se faz presente, devendo a Seção 26 "ser lida de forma contextualizada à declaração de direitos como um todo, o que significa que os postulantes possuem o direito a uma ação razoável por parte do Estado em todas as circunstâncias e com especial preocupação com a dignidade humana" [1250].

Algumas considerações devem ser feitas acerca dos precedentes suprarrelacionados; inicialmente, no que toca à decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, vê-se que, a partir da caracterização da proibição de insuficiência como um limite à discricionariedade do legislador em conferir proteção aos bens e interesses jusfundamentais, o Tribunal Constitucional Federal entende que o princípio, a funcionar como um parâmetro de controle das omissões ou insuficiências estatais relacionadas à proteção dos direitos fundamentais, vai além de um *controle de mínimo*, ou seja, a proteção adequada e eficaz exige do Estado a realização do dever de tutela além de um padrão mínimo; com efeito, a proibição de insuficiência autorizaria a jurisdição constitucional a efetivação de um controle cujas margens iriam além da realização de um controle de *evidência* [1251].

Essa construção realizada pela Corte de *Karlsruhe*, contudo, padece de um defeito inultrapassável, pois, ao preencher o conteúdo da proibição de insuficiência com a exigência de proteção adequada e eficaz, acaba por identificar a aplicação da proibição de insuficiência com uma ponderação, a ser realizada pelo juiz constitucional, tendente a aquilatar a existência, no caso, de proteção adequada e eficaz, não estabelecendo, de outro lado, padrões

[1248] *Republic of South Africa v. Grootboom* (2000), par. 52. (Tradução livre).
[1249] *Republic of South Africa v. Grootboom* (2000), par. 63. (Tradução livre).
[1250] *Republic of South Africa v. Grootboom* (2000), par. 83. (Tradução livre).
[1251] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, pág. 199.

a serem observados quando desse sopesamento; assim, "de um critério como esse não é possível retirar qualquer indicação sobre como decidir um problema *difícil* de determinação de nível de protecção", o que, na prática, acaba por permitir ao "juiz substituir a ponderação através da qual o legislador se propunha a garantir uma protecção *adequada* e *efectiva* – pois ninguém pode pretender outra coisa – pela sua própria ponderação" [1252].

De outro lado, tomando-se por base, agora, a decisão do Tribunal Constitucional português, vê-se que o princípio da proibição de insuficiência foi reconduzido à ideia de um mínimo de proteção, ou seja, haveria uma obrigação estatal sindicável judicialmente no que toca à proteção mínima dos direitos fundamentais, no caso, especificamente, do direito fundamental à vida intrauterina; entrementes, a realização de um mínimo de tutela está fora da esfera de livre avaliação do legislador e, consequentemente, definitivamente ordenada, pois a sua não realização implica violação do direito fundamental, notadamente, pelo descumprimento do comando decorrente do princípio da proibição de insuficiência; a ideia ilustrada na decisão não é aqui afastada de plano, contudo, sua consideração definitiva demanda uma análise mais detida, o que será feito em tópico autônomo.

A jurisprudência sul-africana, por sua vez, encontra no princípio da razoabilidade a fluidez e flexibilidade necessárias para permitir a adoção de uma postura que vá além de um controle de mínimos – indispensável em uma realidade com ampla necessidade de realização dos direitos sociais – especialmente no que se refere ao controle das omissões ou insuficiências de realização dos direitos fundamentais positivos, sem que, de outro lado, proceda à invasão das livres esferas de deliberação do legislador e da Administração.

O conteúdo do princípio, assim, resta moldado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional sul-africano a partir das circunstâncias do caso concreto e permite à Corte o atendimento de situações emergenciais em que os titulares dos direitos fundamentais se encontram em grave situação de vulnerabilidade; o Tribunal estabelece, como perspectiva de análise para a avaliação da *razoabilidade* da concretização já efetivada do direito fundamental positivo, a situação real dos titulares dos direitos fundamentais e não uma avaliação geral e abstrata dos programas de governo realizados; entrementes, vê-se que o controle vai além da sindicância da realização de um mínimo social, pois o Estado, em termos gerais, pode já haver

[1252] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, pág. 199.

efetivado políticas sociais que alcançaram, inclusive, um padrão médio ou, até mesmo, alto, e, mesmo assim, pode ser reconhecida uma inconstitucionalidade a partir da *desrazoabilidade* da situação específica de determinados titulares; além disso, à toda evidência, o controle exercido pelo Tribunal Constitucional sul-africano não se confunde com o controle de proporcionalidade em sua formulação mais característica, qual seja com conteúdo preenchido pelos subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito [1253].

A pertinência e possibilidade da inclusão do referido exame de *razoabilidade* nos quadros do princípio da proibição de insuficiência serão avaliados em momento posterior, em tópico específico. Entrementes, de tudo, resta afastada a ideia de se integrar a proibição do déficit a uma ponderação tendente a aquilatar a existência de uma proteção ou promoção adequada e efetiva ao direito fundamental positivo, sendo que, de outro lado, as construções que relacionam à proibição de insuficiência à verificação de *mínimos* e à *razoabilidade* serão analisadas de forma mais detida nos tópicos subsequentes.

5.1. Da proibição da insuficiência como controle de promoção e proteção mínimas

A concretização dos direitos fundamentais à prestação positiva, notadamente, relacionada ao cumprimento dos deveres estatais de promoção e proteção, demanda a realização de prestações fáticas e normativas pelo Estado; a intensidade e margem de controle pela jurisdição constitucional das omissões ou insuficiências estatais na promoção ou proteção dos direitos fundamentais positivos estão, assim, também condicionadas às reservas do financeiramente possível e do politicamente adequado e oportuno [1254]; entrementes, tendo em vista que as prestações relacionadas, em geral, ao dever de promoção, dependem de disponibilidades orçamentárias e financeiras, bem como podem ser realizadas por diversos meios, há de ser observada a reserva do financeiramente possível, bem como se conferir ao legislador e à Administração um considerável âmbito de avaliação do que seria politicamente

[1253] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 288-293.

[1254] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 353-362. Acerca da relação entre o juiz comum e o juiz constitucional, notadamente, no que se refere aos limites que cada um deve observar na sua atividade jurisdicional quando da concretização dos direitos fundamentais prestacionais, consigna-se que, sob a perspectiva da sistemática constitucional brasileira, o problema não se faz presente, uma vez que, como já destacado, no Brasil, todo o juiz é juiz constitucional.

adequado e oportuno; as mesmas considerações podem ser feitas em relação ao dever de proteção dos direitos fundamentais a ser realizado mediante prestações positivas, uma vez que, também, pode depender de recursos financeiros, além de poder ser realizado por diversos meios e em variadas intensidades, o que pressupõe o reconhecimento de uma larga esfera de avaliação política a ser atribuída ao legislador e à Administração.

Com efeito, tendo em visto essas específicas reservas a envolver os direitos fundamentais prestacionais, o controle das omissões ou insuficiências estatais de realização dessas condutas fáticas e normativas, a ser instrumentalizado pela aplicação do princípio da proibição de insuficiência, deve levar em conta essas particularidades [1255], ou seja, deve ser reconhecida uma ampla margem de avaliação ao legislador e à Administração no que se refere à definição de prioridades e a consequente destinação de recursos financeiros, bem como no que diz com a valoração do politicamente oportuno e adequado; destarte, sob o prisma de uma Constituição de Estado de Direito social e democrático, a considerar o princípio da separação dos poderes, deve-se entender que o controle exercido mediante o manejo da proibição do déficit não pode ultrapassar os limites de um *controle de evidência*; haveria interferência indevida do juiz constitucional nas livres esferas de deliberação outorgadas pelo princípio da separação dos poderes ao legislador caso fosse possível a realização de um controle mais *intenso*, de forma a permitir que o juiz sobreponha as suas valorações da melhor forma e medida de concretização dos direitos fundamentais à prestação positiva em detrimento do legislador democraticamente eleito e, também, em prejuízo da atividade administrativa discricionária [1256].

Já se sinalizou, que o princípio da proibição de insuficiência contém um conteúdo que possibilita o controle de efetivação de uma tutela mínima aos bens e interesses jusfundamentais; como destacado, o reconhecimento inicial do princípio da proibição do déficit, bem como a definição do seu conteúdo, deve-se à Canaris, para quem "a função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela*" constitui-se na *chave* para uma "explicação dogmática convincente" para a eficácia privada dos direitos fundamentais, podendo a efetivação mínima desse dever de proteção ser objeto de controle com base no princípio da

[1255] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, pág. 341.
[1256] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 207-211.

proibição do déficit [1257]; segundo Canaris, a nota distintiva mais marcante entre os princípios da proibição do excesso e da proibição do défice está "na circunstância de a eficácia da função de imperativo de tutela, em combinação com a proibição de insuficiência, ser substancialmente mais fraca do que a função dos direitos fundamentais como proibição de intervenção, conjugada com a proibição do excesso" [1258]; assim, o princípio da proibição do déficit autoriza, apenas, que seja reconhecida a inconstitucionalidade, quando do controle de possível omissão ou insuficiência de proteção, nos casos em que verificada a inexistência de um mínimo de tutela, importando, para tanto, o resultado da colisão alcançada pelo legislador ou juiz comum, o qual, como dito, deve alcançar um mínimo de proteção ao direito fundamental.

O controle do mínimo de promoção ou proteção dos direitos fundamentais é compatível com a premissa de o princípio da proibição da insuficiência possibilitar, apenas, um controle de evidência das restrições aos direitos fundamentais positivos, de forma a observar o princípio formal da separação dos poderes; contudo, apesar de ser reconhecida a possibilidade de o princípio da proibição da insuficiência ser aplicado na forma de um controle a exigir a realização mínima da promoção ou proteção dos direitos fundamentais, não há nenhum consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca de como demarcar esse mínimo [1259].

A questão subsequente diz com a necessidade de se analisar se a proibição do déficit, no que se refere ao controle de mínimos, se exaure na garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, uma vez que há relação entre a ideia de um mínimo de promoção e proteção e a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, deve-se verificar se a proibição de insuficiência confunde-se com a garantia do conteúdo essencial ou, ao contrário, estabelece um parâmetro de controle diverso e mais amplo contra as restrições aos direitos fundamentais prestacionais [1260].

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais negativos constituiria, na forma de um *limite* aos *limites*, uma parcela dos direitos fundamentais que seria impassível de sofrer qualquer afetação desvantajosa; na Constituição brasileira, a garantia do conteúdo essencial, enquanto *limite* aos *limites* dos direitos fundamentais, é amplamente reconhecido pela

[1257] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 57-58.
[1258] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 65-68.
[1259] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, pág. 212.
[1260] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, págs. 608-609.

doutrina [1261], notadamente, pela leitura do artigo 60, §4°, IV, CF, o qual dispõe que *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*; de outro lado, a doutrina brasileira já pacificou entendimento no sentido de que todos os direitos fundamentais da Constituição Federal são qualificados como cláusulas pétreas, a partir do que, existem limites ao poder de emenda e, consequentemente, à alterabilidade dos direitos fundamentais de liberdade e sociais, tanto na função negativa quanto na positiva [1262].

Não há objeções relevantes a contestar a ideia de os direitos fundamentais sociais, além dos direitos de liberdade, possuírem, também, um núcleo essencial, o que é exigido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, além disso, não se contradita que esse conteúdo essencial protege os direitos fundamentais em suas dimensões positivas e negativas; a questão problemática não é essa, mas, sim, tal qual ocorria nos direitos de liberdade, notadamente, quando em causa a função defensiva, a dificuldade consiste na identificação dos critérios a serem adotados para a delimitação desse conteúdo essencial [1263], bem como na definição acerca da existência de congruência ou autonomia a envolver a garantia do núcleo essencial, na forma de um mínimo existencial prestacional, e o princípio da proibição da insuficiência, na parcela do seu conteúdo que exige uma proteção ou promoção mínima dos direitos fundamentais [1264].

Assim, a primeira questão mais controversa, na forma já destacada, não se refere ao reconhecimento da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais de defesa ou prestacionais, mas com a forma de delimitação desse conteúdo essencial, para o que concorrem duas teorias, quais sejam a teoria absoluta e a teoria relativa; após a exposição de ambas, impende que seja analisada a questão referente à (in) existência de autonomia entre a garantia de promoção e proteção de um núcleo essencial dos direitos fundamentais positivos e o princípio da proibição da insuficiência.

Nesse sentido, sem entrar nas minúcias dessas propostas, pode-se, em síntese, dizer que a teoria relativa sustenta que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser

[1261] FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 193.
[1262] FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais*, págs 201-204.
[1263] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 241-247 e 393.
[1264] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, págs. 605-616.

demarcado em cada situação específica, a depender das circunstâncias do caso concreto, não havendo, portanto, um conteúdo essencial definitivo, uma vez que esse núcleo pode ser diferente a depender dos dados concretos presentes; entrementes, uma vez oposta uma restrição em face de um direito fundamental e não sendo a afetação *desproporcional*, em razão de haverem sido observados os ditames do princípio da proibição do excesso, ter-se-ia, como consequência, o respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental atingido desfavoravelmente; essa relação estreita entre o princípio da proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais dá-se na forma de a aplicação da proibição do excesso, como *limite* às restrições aos direitos fundamentais, revelar se houve, ou não, observância ao conteúdo essencial; assim, independentemente da intensidade em que a afetação desvantajosa atinge o direito fundamental, se houver observância às exigências da proibição do excesso, ocorrerá, como consequência, respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental [1265].

Por sua vez, a teoria absoluta preceitua que cada direito fundamental possui, independentemente das circunstâncias do caso concreto, um núcleo intangível em qualquer situação; a demarcação do conteúdo essencial ocorre em abstrato e à revelia da aplicação do princípio da proibição do excesso, colocando-se, assim, a garantida do conteúdo essencial ao lado da proporcionalidade, na forma de limites autônomos e cumulativos às possibilidades de o Estado afetar desvantajosamente os direitos fundamentais, a partir do que se poderia ter uma restrição não excessiva, mas, mesmo assim, inconstitucional pela violação ao conteúdo essencial do direito fundamental [1266].

Acerca das concepções defendidas pelas teorias absoluta e relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, temos a fazer, apenas, alguns apontamentos; nesse sentido, mostra-se evidente a sobreposição de conceitos operada pela teoria relativa, bem como o esvaziamento por completo que acarreta à garantia do conteúdo essencial enquanto *limite* aos *limites* dos direitos fundamentais; tanto no que se refere à relação entre proibição do excesso e núcleo essencial quanto entre esse núcleo e a proibição da insuficiência, pode-se dizer que, caso seja adotada a teoria relativa, apenas as duas faces citadas do princípio da proporcionalidade atuariam, de fato, como parâmetros de controle das afetações desvantajosas

[1265] Sobre a teoria relativa do núcleo essencial, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, págs. 197-203.

[1266] Sobre a teoria absoluta do núcleo essencial e suas subdivisões – *conteúdo essencial absoluto-dinâmico* e *conteúdo essencial absoluto-estático* – ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*, págs. 187-196.

aos direitos fundamentais; se a preservação ou violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais é verificada com base em prévia aplicação do princípio da proporcionalidade, esse núcleo essencial nada acrescenta enquanto garantia jurídica, acabando-se por se transformar em um conceito meramente formal e sem nenhuma utilidade prática; tendo em vista que a Constituição Federal prevê, ainda que não expressamente, para o reconhecimento de constitucionalidade às afetações desvantajosas aos direitos fundamentais, a exigência de proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial, não há como se admitir que uma figura – proporcionalidade – se sobreponha a outra – núcleo essencial –, devendo, outrossim, ser buscada uma construção que atribua a cada instituto uma função dogmática própria e autônoma.

Destarte, nas palavras de Jorge Miranda, "para funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto" [1267]; apenas enquanto garantia intangível, o conteúdo essencial acresce à proteção dos direitos fundamentais, colocando-se, assim, ao lado do princípio da proporcionalidade – tanto da proibição do excesso quanto do défice – como parâmetro autônomo de controle das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais, em suas dimensões positivas e negativas; entrementes, os direitos fundamentais possuem um núcleo irredutível, estático, definitivo e, consequentemente, impassível de sofrer restrições, devendo essa demarcação ocorrer à revelia das circunstâncias concretas e de juízos ponderativos [1268].

Uma vez adotada a teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais e definido que essa garantia se impõe ao Estado, também, quando em causa o controle de restrições aos direitos fundamentais positivos decorrentes de omissões ou ações insuficientes, impende que seja definido, na sequência, em que termos essa autonomia, entre a garantia do conteúdo essencial e o princípio da proibição de insuficiência, ocorre.

Nesse sentido, no que toca aos direitos fundamentais de defesa, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser vislumbrada à montante, colocando-se como uma barreira última às restrições, a ser acionada após a aplicação do princípio da proibição do

[1267] MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional, Tomo IV*, pág. 315.
[1268] Nesse sentido: SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, págs. 607-609. MIRANDA, Jorge. SILVA, Jorge Pereira da. Anotação ao 18.°. *Constituição Portuguesa Anotada*. Jorge Miranda/Rui Medeiros. Tomo I. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, págs. 392-399.

excesso e não, como propõe a teoria relativa, à jusante, na forma de uma figura absorvida pela aplicação da proibição do princípio da proporcionalidade; de outro lado, quando em causa o controle de afetações desvantajosas aos direitos fundamentais à prestação positiva, ocorre uma inversão, ou seja, inicialmente deve ser avaliado se houve a promoção ou proteção do direito fundamental em patamar satisfatório em contraponto às exigências de seu núcleo essencial e, após, se foi observado o princípio da proibição da insuficiência; assim, verificada uma omissão ou ação insuficiente estatal relacionada à promoção ou proteção dos direitos fundamentais positivos, pode ser deflagrado o controle de constitucionalidade dessa restrição, a partir do que deve ser avaliado se restou observada a realização do conteúdo essencial do direito, bem como analisado se foram observadas as exigências decorrentes do princípio da proibição da insuficiência, notadamente, se houve um *mínimo* de promoção ou proteção; contudo, e isso deve ficar claro, o *mínimo* exigido pela garantia do conteúdo essencial não é o *mínimo* de prestação ou promoção imposto pelo princípio da proibição da insuficiência.

Destarte, pode haver o cumprimento do exigido pelo núcleo essencial do direito fundamental positivo, mas, mesmo assim, ser reconhecida a inconstitucionalidade em razão da ausência de promoção ou proteção *mínima* exigida pelo princípio da proibição da insuficiência; o núcleo essencial coloca-se, assim, como a exigência de os direitos fundamentais prestacionais serem promovidos ou protegidos no em grau menor que o *mínimo* requerido pela proibição do défice; conforme magistério de Jorge Pereira da Silva, as restrições aos direitos fundamentais de defesa podem ser excessivas e, mesmo assim, não por em causa o núcleo essencial do direito fundamental, de outro lado, no que se refere à concretização dos deveres tutela, "também podem ser implementadas soluções legislativas de protecção jusfundamental que, não obstante assegurarem o conteúdo essencial dos direitos em causa, são ainda insuficientes e, portanto, violadoras da proibição do défice"; isso porque os parâmetros de controle são autônomos e exigem a promoção ou proteção de esferas diversas do direito fundamental positivo, ou seja, a proibição do défice, para ser satisfeita, impõe que o direito fundamental seja promovido e protegidos em grau maior do que o conteúdo essencial; em outras palavras, se a proibição da insuficiência requer a realização do *mínimo*, "não é menos verdade que o conteúdo essencial define tão-somente o *mínimo dos mínimos*" [1269]-[1270].

[1269] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, pág. 609.

Ainda, o princípio da proibição da insuficiência é aplicado conforme as circunstâncias do caso concreto e, consequentemente, o *mínimo* de tutela ou proteção exigido é variável, pois depende dos pressupostos fáticos e jurídicos e não pode ser alcançado à revelia de *valorações* ou *ponderações*; por sua vez, o *mínimo dos mínimos* imposto pela garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais prestacionais é absoluto e demarcado, por interpretação, independentemente dos dados concretos presentes; assim, há "uma sobreposição apenas parcial" a envolver "o alcance garantístico do princípio da proibição do defeito e a regra do conteúdo essencial, na medida em que esta não deixa de constituir também o núcleo daquele ou, porventura de forma mais rigorosa, de o acompanhar nos seus primeiros efeitos jurídicos de cerceamento da liberdade do legislador" [1271].

Vitalino Canas entende que a sobreposição da garantia do conteúdo essencial e a proibição da insuficiência não é aceitável, entendendo que essas concepções revelam uma "proibição do defeito imprópria"; para o autor, essa visão da proibição da insuficiência "é imprópria, desde logo porque se confunde com outras figuras dogmáticas como as do conteúdo essencial do dever de agir, do mínimo de subsistência ou do limiar mínimo de proteção. O valor acrescentado desta aceção imprópria em relação a essas figuras é nulo ou residual"; o núcleo essencial garante definitivamente a realização de uma parcela mínima do direito fundamental, independentemente, de juízos de valor e das circunstâncias do caso concreto, por sua vez, "o anel adicional de protecção está dependente de ponderação e harmonização com outros bens, interesses ou valores, realizadas sob a égide da proibição do defeito em sentido próprio" [1272]; o autor rejeita a ideia de que a proibição do defeito, enquanto norma de controle, deva ser reduzida à verificação da realização *mínima* [1273] dos deveres de ação *prima facie* impostos pela Constituição, sendo que, inclusive, ao tratar da proposta de

---

[1270] SILVA, Jorge Pereira da. A interdição de proteção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, págs. 185-210*. Volume II. Comibra: Coimbra Editora, 2012, págs. 205-206.

[1271] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, pág. 609.

[1272] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 961-963.

[1273] Esse mínimo já é verificado pela garantia do conteúdo essencial; de outro lado, o autor sustenta que a proibição do defeito, enquanto norma de controle, não autoriza o juiz deliberar acerca da *melhor medida*, o que, inegavelmente, é de competência do legislador, a partir do que a intensidade de controle permitido pela proibição do defeito é *mínima*, o que quer dizer "que no controle da proibição do defeito se espera do juiz uma atitude de deferência para com o legislador ou, mais rigorosamente, para com a sua margem de avaliação empírica (diagnósticos, prognósticos)", ou seja, o juiz constitucional, em regra, não pode ir além de um controle de evidência. CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 1026, nota 3620 e 1030-1032 .

Jorge Pereira da Silva, refere que se já é extremamente complicado, em algumas situações, definir o que seja o *mínimo dos mínimos*, "recorrer a um conceito adicional de *mínimo*, diferente, portanto, de *mínimo dos mínimos*, só acrescenta perplexidade e aleatoriedade ao sistema" [1274].

Não obstante, temos que a proposta de Jorge Pereira da Silva é a que melhor compatibiliza a necessidade de se conferir autonomia entre a garantia do conteúdo essencial e o princípio da proibição da insuficiência e a indispensabilidade de observância ao princípio formal da separação dos poderes do Estado; as construções teóricas que sobrepõe à garantia do conteúdo essencial a proibição do defeito pecam pela redundância, pois a solução leva à inutilidade de um dos parâmetros de controle, os quais, por definição constitucional, deveriam ser exigências autônomas; de outro lado, as concepções que entendem a proibição do defeito como um parâmetro de controle que permite ao juiz constitucional sindicar a não realização de comandos de ação *prima facie* constitucionalmente impostos além de um patamar *mínimo* acabam por permitir que o juiz realize valorações e escolhas que, em Estado de Direito, violam o princípio da separação dos poderes, uma vez que de competência do legislador democraticamente eleito.

Não se nega a dificuldade prática de identificação – do *mínimo* e do *mínimo dos mínimos* – e da consequente complexidade que gera para a aplicação do princípio da proibição da insuficiência, bem como não é olvidado que, por vezes, no caso concreto, a proibição do defeito não vai lograr êxito em estabelecer um limite ao legislador que vá além da garantia do conteúdo essencial, notadamente, em razão de incerteza acerca dos pressupostos fáticos e jurídicos; contudo, isso não implica que, dogmaticamente, não se deva conferir a devida autonomia entre os parâmetros de controle e construir cada um deles de forma independente e com um espectro próprio de atuação, bem como que essa dificuldade prática não possa ser ultrapassada.

Tomando-se por base o exemplo adotado por Vitalino Canas, ao demonstrar as *modalidades da proibição do defeito*, pode-se constatar a possibilidade real de demarcação das *linhas sucessivas* que devem ser ultrapassadas pelo legislador para que não seja possibilitado ao juiz constitucional reconhecer violação, por omissão ou insuficiência de ação,

[1274] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 998-999, nota 3537.

do conteúdo essencial do direito fundamental positivo e do princípio da proibição da insuficiência; o autor toma por base o "caso clássico do aborto" e elenca "cinco medidas alternativas" de proteção ao bem jusfundamental vida intrauterina; nesse sentido, tem-se o seguinte quadro: M1 impõe uma vedação completa à prática abortiva, além de estabelecer sanção penal para a mulher e médicos, sendo que, de outro lado, reconhece a possibilidade de aborto, apenas, em situações extremas, nas dez semanas inicias de gestação e mediante prescrição médica; M2 estabelece uma vedação parcial, autorizando a prática abortiva nas situações extremas em que exista indicação médica e, por escolha da mulher, nos casos em que a concepção decorrer de violência sexual, sendo que, fora dessas hipóteses, é prevista punição penal para a mulher e médicos; M3 outorga liberdade à mulher para a realização do aborto nas dez semanas iniciais de gestação, condicionando a permissão, apenas, à realização pela mulher de um programa de assistência social e da existência de disponibilização financeira caso o aborto não seja realizado; M4 permite que a mulher realize o aborto nas dez semanas iniciais de gestação, independentemente de qualquer condição; M5 libera totalmente a prática abortiva, não estabelecendo qualquer marco temporal, necessidade de acompanhamento ou punição penal à mulher e médicos [1275].

Segundo Vitalino Canas, M5 deve, desde logo, ser excluído, uma vez que acarreta uma "omissão total de proteção" o que viola o "limite absoluto ou categórico da garantia do conteúdo essencial da posição jurídica do nascituro"; o autor reconhece que M4 também deve ser excluído, pois há uma desproporcionalidade entre a satisfação da proteção à vida intrauterina (grave desproteção) em contraponto à intensidade de intervenção na liberdade da mulher (leve afetação), a partir do que o interesse da mulher é "desproporcionalmente satisfeito em relação" ao dever de proteção à vida intrauterina [1276].

Esse exemplo demonstra claramente a autonomia dogmática entre os parâmetros de controle e possibilidade prática de se demarcar o *mínimo dos mínimos*, bem como o *mínimo* de promoção ou proteção do direito fundamental; sob a perspectiva do juiz constitucional, assim, caso a realidade normativa existente no sistema jurídico determinado regulamentasse a questão do aborto nos termos de M5, haveria inconstitucionalidade por omissão, em decorrência de violação do conteúdo essencial do dever de proteção à vida intrauterina, pois

[1275] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 990.
[1276] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 1009.

ausente qualquer tutela ao bem jusfundamental, sendo a conclusão alcançada a partir da delimitação abstrata de uma esfera intangível do direito fundamental que, independente da situação concreta, deve ser realizada pelo legislador; de outro lado, se fosse adotado M4, não mais se poderia falar em violação ao conteúdo essencial, pois existe uma proteção que alcança o *mínimo dos mínimos*, contudo, poderia, diante das circunstâncias concretas, ser constatado que o patamar *mínimo* estabelecido pela proibição da insuficiência não foi ultrapassado o que, como consequência, implicaria o reconhecimento da inconstitucionalidade.

Uma vez demarcado abstratamente, o *mínimo dos mínimos* constitui um limite absoluto, o qual não pode deixar de ser realizado em nenhuma hipótese, independente das circunstâncias do caso concreto; por sua vez, o controle de promoção e proteção *mínima*, efetivado pelo juiz constitucional com base na aplicação do princípio da proibição da insuficiência, depende de condicionamentos fáticos e normativos, bem como de valorações, o que, no caso, pode fazer com que não seja possível que o controle de insuficiência vá além do patamar de *mínimo dos mínimos* já demarcado com base na garantia do conteúdo essencial; em outras palavras, o que a proibição do déficit estabelece é, também, um limite ao juiz constitucional, ou seja, que o controle das omissões ou ações insuficientes pode, apenas, ir até a verificação da realização de um marco *mínimo* de promoção ou proteção do direito fundamental.

Para completar a totalidade o raciocínio argumentativo a ser realizado nesta situação exemplificativa, o juiz constitucional deve, também, analisar a questão sob a perspectiva da mulher e da intensidade de afetação negativa imposta ao seu direito geral de liberdade; nesse sentido, refere Vitalino Canas que se adotado M1, "seria violado o conteúdo essencial da posição jurídica da mãe"; por sua vez, M2, também, deve ser excluído, em razão de não observar os ditames da proibição do excesso; de todos, sobra, assim, M3, "que garante uma intensidade média de satisfação da posição jurídica do nascituro e uma intensidade média de satisfação da posição jurídica da mãe" [1277].

Isso não quer dizer, a nosso ver, que o legislador tenha que, necessariamente, escolher M3, mas, apenas, que M1, M2, M4 e M5 não podem ser eleitos, pois não observam as exigências decorrentes da proibição do excesso e da proibição da insuficiência; os limites do controle judicial de constitucionalidade das escolhas do legislador estão balizadas por dois

[1277] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 1009.

pólos, o excesso e a insuficiência, entre os quais existe um *corredor*, no qual o legislador possui considerável margem de avaliação e deliberação; ainda que se reconheça que a proibição do defeito e a vedação do excesso funcionam, também, como *normas de ação* dirigidas ao legislador, a partir do que o processo legislativo deve ser direcionado para o alcance da solução que otimize os interesses colidentes, é fato que existem zonas de penumbras e incertezas que impedem a identificação de qual seria a melhor medida para o caso; assim, o juiz constitucional, na sua atividade de controle, encontra-se limitado à análise do excesso e da insuficiência, não podendo, ele mesmo, dizer qual a melhor resposta para a colisão, de forma a substituir a ponderação do legislador pela sua; em suma, a proibição do defeito e a vedação do excesso, enquanto *normas de ação*, impõem uma diretiva ao legislador no intuito de que o resultado do processo legislativo reflita a eleição da medida que otimize os interesses em confronto, contudo, a definição da *melhor medida* para caso constitui-se em uma incerteza inultrapassável a partir do que a *palavra final* do que é o *melhor* compete ao legislador democraticamente legitimado, enquanto que à jurisdição constitucional incumbe a demarcação dos limites constitucionais oponíveis a esta escolha, notadamente, retirando para fora da margem de livre deliberação do legislador as medidas excessivas e insuficientes; são inúmeros os fatores a serem considerados e ponderados, são diversas as projeções possíveis e, ainda, pode haver implicações financeiras a depender do meio eleito, sendo a análise dessas variáveis, bem como a deliberação acerca da escolha da medida, em Estado de Direito, competência do legislador.

Então, retornando ao caso, sob a perspectiva do controle judicial de constitucionalidade, pode ser reconhecida a inconstitucionalidade das medidas desproporcionais (excessivas ou insuficientes), sendo o legislador livre para escolher, além de M3, qualquer outra medida que não for excessiva e insuficiente; o Supremo Tribunal brasileiro entendeu pela inconstitucionalidade da solução legislativa, pela qual há proibição parcial da prática abortiva, com punição penal, exceto se houver indicação médica ou a concepção decorrer de violência contra a mulher; foi definida interpretação conforme a Constituição ao Código Penal, de forma a que ficou excluída a ilicitude da realização do aborto quando restar diagnosticada a inviabilidade do feto para a vida extrauterina, em razão de anencefalia [1278]; desconsiderando-

[1278] ADPF 54/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Publicado em 30 de abril de 2013.

se o entendimento do Tribunal acerca da constitucionalidade do atual estágio da normatização da questão em *terrae brasilis*, bem como as bases dogmáticas utilizadas na decisão, imagine-se, por exemplo, medida legislativa (M6) que estabeleça permissão para a realização do aborto, nas primeiras 10 semanas, por vontade da mulher, condicionada a acompanhamento social e psicológico prévio à escolha, e, após esse período ou não sendo realizado o acompanhamento nas primeiras 10 semanas, uma proibição parcial, como punição penal ao médico e à mulher, exceto se houver indicação médica, a concepção decorrer de violência contra a mulher ou restar diagnosticada a inviabilidade do feto para a vida extrauterina, em razão de anencefalia; parece claro que referida solução, apesar de diversa de M3, seria constitucional por atender, simultaneamente, a proibição do excesso e a vedação da insuficiência; poder-se-ia argumentar no sentido de que M6 não foi a *melhor solução*, mas, à evidência, a escolha da referida medida não se mostra desproporcional e se encontra, como consequência, dentro da margem de liberdade do legislador, não podendo ser declarada inconstitucional pela jurisdição constitucional.

Entrementes, a concepção aqui defendida de que o princípio da proibição da insuficiência, enquanto parâmetro de controle, permite à jurisdição constitucional, apenas, sindicar a existência de um *mínimo* de proteção ou promoção dos direitos fundamentais positivos, não diz respeito ao *mínimo* constituinte do conteúdo essencial desses direitos o qual, como visto, configura-se como uma parâmetro autônomo –, mas, sim, com os limites e margens de controle atribuídos, em Estado de Direito, ao Poder Judiciário; ou seja, o *mínimo* exigido pelo princípio da proibição da insuficiência demarca que ao juiz constitucional está autorizado, pelo princípio formal da separação dos poderes, a realizar um controle de *evidência*, da *manifesta* não realização de um patamar mínimo do direito fundamental, o qual deve ser delimitado diante das circunstâncias do caso concreto e mediante juízos de valoração; a *contrario sensu*, a ideia de a proibição da insuficiência possibilitar, unicamente, o controle de um *mínimo* de proteção ou promoção do direito fundamental, indica que o juiz constitucional não pode ir mais além e sindicar *intensivamente* as omissões do legislador democraticamente eleito, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

Não obstante a compatibilidade de um controle de *evidência*, a partir da garantia jurisdicional de promoção ou proteção *mínima* dos direitos fundamentais prestacionais, com o princípio formal da separação dos poderes, bem como sua capacidade de instrumentalizar o

controle das omissões estatais relacionadas ao não cumprimento de deveres jusfundamentais positivos, o conteúdo do princípio da proibição da insuficiência deve ser, ainda, integrado de mais uma *exigência*, uma vez que, apenas o controle do mínimo, deixa a descoberto muitas situações que, à toda *evidência*, deveriam estar sujeitas a controle.

Jorge Reis Novais traz uma ilustração muito esclarecedora do que se está a dizer; o autor toma como exemplo o "actual regime jurídico do processo de inventário" na legislação portuguesa, o qual, com base na ideia de "celeridade e simplificação do processo", dispõe que basta um consenso da "maioria qualificada de dois terços dos titulares do direito à herança", no que se refere ao valor dos bens e do quinhão que cabe a cada um, para que a "fase da conferência preparatória" reste homologada; dito isso, imagine-se a situação na qual em um inventário, com três herdeiros, ocorra um acordo entre dois deles, pacto que, muito claramente, é prejudicial ao terceiro; em termos gerais e abstratos, não se discute que a legislação conferiu proteção *minimamente* satisfatória aos direitos dos herdeiros, contudo, caso a análise seja perspectivada sob a ótica do sucessor prejudicado pelo acordo dos demais, é evidente o défice de proteção; entrementes, "não deixa de ser chocante a manifesta insuficiência de protecção em que o legislador abandonou o herdeiro que viu a sua posição significativa e intencionalmente diminuída por uma acção dos herdeiros 'majoritários' que se processa de acordo com a habilitação legal vigente", o que, em um Estado de Direito, é intolerável, a partir do que resulta a necessidade de se integrar a proibição do défice com outro elemento constitutivo que leve em consideração a proteção dos titulares de direitos fundamentais especificamente atingidos pela proteção insuficiente [1279].

Entrementes, para funcionar como um parâmetro de controle adequado às exigências de um Estado de Direito, o conteúdo do princípio da proibição da insuficiência deve ser integrado por mais um elemento constitutivo, o qual possibilite à jurisdição constitucional verificar a intensidade do prejuízo sofrido pelo titular do direito fundamental não protegido ou promovido e, nos casos em que constatada uma grave lesão, esteja autorizada a reconhecer a inconstitucionalidade da omissão e, como consequência, a existência de um direito subjetivo do particular a que a prestação seja realizada no caso concreto.

[1279] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, págs. 336-337.

5.2. Da proibição da insuficiência como exame de razoabilidade

O princípio da proibição do excesso, quando manejado no controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais, deve, também, levar em conta a situação específica dos indivíduos concretamente atingidos pela aplicação da norma; ou seja, além de a lei restritiva ter de superar os testes inerentes à proibição do excesso, em seu plano geral e abstrato, a incidência da lei restritiva ao caso concreto, igualmente, deve observar as exigências impostas pelo princípio da proporcionalidade; assim, mesmo que abstratamente a constitucionalidade da restrição legislativa tenha sido confirmada, bem como reconhecida sua proporcionalidade em concreto, resta, ainda, a questão da aplicação da lei, a qual, considerando as condições pessoais dos sujeitos afetados, não pode ser excessiva, o que ocorrerá nas situações em que a sua incidência causar um prejuízo muito grave e insuportável a uma posição jusfundamental *prima facie* dos particulares atingidos pela aplicação concreta da norma.

Nesse sentido, tem-se que existe uma vedação geral, em Estado de Direito, de as restrições afetarem negativamente de forma insuportável as esferas pessoais individuais, havendo, portanto, necessidade de essa exigência ser observada, também, quando a restrição à posição jusfundamental do particular ser atingida em razão de omissões estatais; entrementes, o princípio da proibição da insuficiência, enquanto *limite* às possibilidades de justificação constitucional das omissões estatais relacionadas à ausência de cumprimento integral dos deveres de ação, deve ter incidência nessa situação e, consequentemente, *limitar* as possibilidades estatais de inação, tendo em conta, para a definição de não observância à proibição da insuficiência, as condições pessoais do indivíduo atingido pela ausência de prestação.

Como verificado no precedente *Grootboom*, julgado pelo Tribunal Constitucional sul-africano, foi reconhecida, apesar de o Estado já haver realizado prestações sociais mínimas relacionadas à promoção do direito fundamental à moradia, inconstitucionalidade por omissão, em razão de a ausência de prestação específica relacionada às necessidades emergenciais dos autores da ação, os quais não possuíam qualquer moradia, acarretar uma lesão de intensa gravidade na posição jusfundamental concreta dos requerentes; entrementes, vê-se que o Tribunal acolhe a ideia da existência de *limites* às margens de escolha e

deliberação do legislador e da Administração, especificamente, reconhece a exigência de a prestação social ser *razoável* para atender às necessidades dos particulares atingidos pelo concreto efeito restritivo que decorre da ausência de cumprimento do dever de ação.

Assim, conforme lecionado por Jorge Reis Novais, o parâmetro de controle estabelecido a partir da ideia de *razoabilidade* migra "do terreno da delimitação do conteúdo da protecção prestada ou em falta para o plano da avaliação das consequências que a omissão estatal em causa gera na esfera jurídica dos afectados"; em outras palavras, a atividade de controle a ser realizada pelo juiz constitucional deve ter em conta, para fins de definição da *razoabilidade* da omissão ou prestação insuficiente, "a situação objetiva em que a omissão de prestação deixar os titulares do direito, considerando-se, então, que há um défice inconstitucional de protecção quando a omissão estatal deixa os cidadãos afectados numa situação pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito social" [1280].

Com efeito, além da possibilidade de controle, pela jurisdição constitucional, da efetivação de uma promoção ou proteção mínima do direito fundamental positivo, o conteúdo da proibição da insuficiência, para cumprir de forma adequada sua função de mecanismo protetor das esferas de autonomia e liberdade individuais, deve ser integrado por mais um elemento constitutivo, o qual leve em consideração a posição concreta dos atingidos pelos efeitos negativos da afetação desvantajosa decorrente da omissão ou ação insuficiente; esse desiderato é alcançado pela ideia subjacente ao teste de *razoabilidade* desenvolvido pelo Tribunal Constitucional sul-africano, a partir do que haverá inconstitucionalidade por inobservância da proibição do defeito quando os efeitos concretos da omissão ou ação insuficiente atingirem de forma muito intensa as posições jusfundamentais dos titulares.

5.3. Do conteúdo proibição de insuficiência

Inicialmente, cabe reafirmar que o princípio da proibição de insuficiência possui aplicação nas situações de controle de constitucionalidade das omissões ou insuficiências estatais referentes a deveres prestacionais *prima facie* relacionados aos direitos fundamentais

[1280] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, pág. 348-349.

à prestação positiva positivados em normas constitucionais com estrutura de princípio, podendo ser relacionada aos deveres de respeito, promoção e proteção, apesar de se fazer mais presente quando em causa o cumprimento dos dois últimos tipos de obrigações; de outro lado, no que se refere à colisão entre direitos fundamentais de titularidade de pessoas privadas, entendemos que o princípio da proibição do déficit não possui aplicação, uma vez que, a partir da adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, o princípio da proporcionalidade assume outra face que não se confunde com a proibição do excesso ou com a proibição de insuficiência.

Uma vez presente um dever de ação *prima facie* determinado pela Constituição a partir de uma norma dotada de considerável grau de indeterminação [1281], a incidência do princípio da proibição da insuficiência pressupõe, ainda, a existência de uma colisão normativa a envolver o dever de atuação e outros fins permitidos, deveres, bens, interesses ou direitos constitucionalmente tutelados [1282], ou seja, é necessário que outros princípios constitucionais apresentem *resistência* à realização do direito fundamental positivo; assim, além do dever *prima facie* de agir, para que a proibição do defeito possa ser aplicada, é indispensável que a realização do comportamento positivo pelo Estado tenha a potencialidade colidir com outros pontos de tutela, imposição ou permissão constitucional, ainda que o ponto contrário ao dever de ação seja, apenas, o ônus financeiro a ser suportado pelo Estado para a efetivação do comportamento positivo.

Enquanto mecanismo de controle, a vedação da insuficiência, como dito, atuará na forma de um parâmetro que poderá, ou não, atribuir justificação constitucional para as omissões ou insuficiências estatais no cumprimento dos deveres prestacionais *prima facie* impostos pela Constituição; entrementes, havendo postulação judicial de uma prestação estatal com fundamento em uma norma jusfundamental de conteúdo indeterminado, o princípio da proibição da insuficiência funciona como parâmetro de controle a indicar se a omissão do Estado em concretizar a prestação postulada encontra justificação constitucional.

[1281] Se a norma constitucional que impõe o dever de atuação ao Estado for precisa e determinada, de forma a especificar a forma, instensidade e amplitude em que o dever positivo deve ser executado, tem-se uma obrigação definitiva, aplicável na forma de *tudo ou nada*, e não sujeita à ponderação; neste âmbito, o princípio da proibição da insuficiência não possui aplicação, enquanto norma de controle.
[1282] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 964.

De outro lado, importante salientar que a aplicação da proibição do déficit, enquanto norma de controle a ser manejada em concreto, incide em face de uma relação jurídica de Direito material linear, na qual existem dois polos, quais sejam aquele que requer a prestação e o Estado; retirada a eficácia dos direitos fundamentais em face das relações particulares do âmbito de incidência da proibição de insuficiência, a partir da adoção da teoria da eficácia imediata, a situação a demandar a aplicação do princípio da vedação do déficit diz com uma relação na qual algum particular postula ao juiz o acesso a algum bem e interesse jusfundamental, em geral, de natureza social, ou, busca proteção em razão de ameaça ou dano a direitos fundamentais de que é titular em decorrência de fatos externos, fortuitos e de força maior [1283].

Contudo, nas situações em que em causa o controle abstrato de possível proteção ou promoção insuficiente dispensada pelo legislador a determinado direito fundamental, – o que, no sistema constitucional brasileiro, pode ser sindicado concentradamente pelo STF a partir do ajuizamento de uma ADO – a relação jurídica triangular ocorre na perspectiva do legislador, pois o dever de promoção ou proteção colide com outros deveres, permissões, direitos, bens ou interesses constitucionalmente tutelados, o que impõe ao legislador a necessidade de ponderar e realizar escolhas tendentes a encontrar a melhor solução para o caso; evidentemente, quando o juiz constitucional proceder à verificação abstrata de constitucionalidade da omissão ou ação insuficiente do legislador em face dos comandos jusfundamentais e do princípio da proibição do defeito, a relação triangular subjacente à escolha do legislador, pela omissão ou ação insuficiente, deverá ser levada em consideração.

No que se refere ao conteúdo do princípio da proibição de insuficiência, aderimos à proposta apresentada por Jorge Reis Novais, como já se podia intuir da leitura dos tópicos anteriores; entrementes, a proibição do déficit resta estruturada por dois subprincípios, denominados, pelo autor, de "*(i)* princípio de realização do *mínimo*" e "*(ii)* princípio da razoabilidade", a partir do que a proibição do defeito apresenta dois parâmetros de controle complementáveis, o primeiro é direcionado à "delimitação positiva do conteúdo mínimo dos deveres estatais que o Estado estaria obrigado a realizar", enquanto, o segundo, mira para a "identificação da desrazoabilidade da situação objectiva e subjectiva em que ficam os

[1283] Ver. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, págs. 338-339.

potenciais destinatários das medidas estatais de ajuda, como decorrência das consequências negativas que a não realização dos deveres de prestação gera na sua esfera particular" [1284].

A delimitação desse *mínimo* de promoção ou proteção – sem o qual não há justificação constitucional para a omissão e a jurisdição constitucional pode legitimamente, em um controle de evidência, reconhecer a inconstitucionalidade – não é feita de forma abstrata, mas, sim, diante das circunstâncias do caso concreto [1285]; diferentemente da demarcação do núcleo essencial – o *mínimo dos mínimos* – que é feita no plano geral e abstrato, de forma a já restar previamente estabelecido, de forma absoluta, o conteúdo do direito fundamental positivo que, sob nenhuma circunstância, pode deixar de ser concretizado pelo Estado, o *mínimo* exigido para a observância do princípio da proibição da insuficiência é dinâmico, variando conforme as circunstâncias do caso concreto, e deve ser estabelecido a partir de valorações realizadas pelo aplicador, âmbito no qual os fundamentos que possuem a potencialidade de justificar a omissão devem ser considerados e sopesados em face do dever positivo; assim, em suma, "haverá violação do princípio da proibição do défice quando, atendendo às circunstâncias da situação concreta, real ou idealmente antecipada, for manifesta a necessidade e a possibilidade de garantia de um mínimo de protecção que, todavia, sem justificação aceitável, não foi prestada" [1286].

O mínimo de promoção ou proteção exigível pelo princípio da proibição da insuficiência é diverso para cada direito fundamental e depende, também, do dever jusfundamental em causa; assim, mostra-se pertinente o desenvolvimento de uma dogmática específica que esclareça o que deve ser realizado para que a promoção ou proteção mínima de cada direito fundamental seja alcançada; contudo, uma vez que a aplicação da proibição da insuficiência, enquanto norma de controle, ocorre conforme as circunstâncias concretas, haverá, inevitavelmente, a necessidade de ser realizada uma valoração ou ponderação pelo juiz constitucional para que a definição da (in) observância da proibição do déficit possa ser alcançada.

No que tange ao componente da *razoabilidade* da omissão ou ação insuficiente, temos que, diferentemente do que acontece na proibição do excesso, aqui, a exigência de

[1284] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 392-393.
[1285] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, pág. 346-347.
[1286] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações*, pág. 347-348.

razoabilidade da afetação sofrida pelo titular do direito fundamental deve ser considerada enquanto conteúdo da proibição do defeito e não, apenas, como uma extensão do âmbito de aplicação do princípio; isso porque, para se avaliar o excesso dos efeitos negativos decorrentes da aplicação concreta de uma restrição legislativa, o princípio da proporcionalidade mantém a mesma estrutura interna e, consequentemente, exige a observância dos mesmos padrões, notadamente, da proporcionalidade em sentido estrito da intervenção restritiva que decorre da norma, sob a perspectiva do destinatário da afetação desvantajosa; não obstante, as coisas não se passam assim na proibição do defeito, pois, aqui, a insuportabilidade da restrição decorrente da omissão ou ação insuficiente constitui-se como um elemento diverso da exigência de proteção ou promoção mínima; assim, o conteúdo da proibição da insuficiência exige que o Estado realize uma promoção ou proteção mínima do direito fundamental, contudo, além disso, deve haver uma *razoabilidade*, relacionada à afetação negativa sofrida pelos destinatários da restrição, ou seja, pelos titulares do direito fundamental positivo que se beneficiariam da prestação; esta *razoabilidade* pode vir a exigir que, no caso concreto, o juiz constitucional reconheça a inconstitucionalidade mesmo se o legislador já houver concretizado um mínimo de proteção ou promoção do direito fundamental, a partir do que, a depender da situação objetiva dos indivíduos afetados pela ausência de ação estatal, pode ser exigível do Estado outras prestações que vão além do padrão mínimo já alcançado.

Além disso, pode ser que, na situação concreta, para atender à demanda do titular do direito fundamental positivo, o Estado tenha de vir a alcançar a este indivíduo uma prestação que transcenda a ideia de mínimo de proteção ou promoção; assim, o segmento da *razoabilidade*, enquanto conteúdo do princípio da proibição da insuficiência, não resta, necessariamente, vinculado à exigência de um mínimo de proteção ou promoção da sua posição de direito fundamental afetada pela omissão, pois, tendo em vista a circunstâncias do caso concreto e a situação pessoal do titular, pode ser exigido do Estado a realização, concreta e específica, do direito fundamental a um nível superior ao *mínimo*, pois, qualquer prestação que ficasse abaixo desse nível, manteria o particular em situação insuportável, ou seja, *desrazoável*.

No que se refere à terminologia utilizada para expressar este segmento da proibição da insuficiência – *razoabilidade* – é encontrado fundamento na jurisprudência do Tribunal

Constituição sul-africano; contudo, tomando-se por base a ideia de razoabilidade no sistema constitucional sul-africano, vê-se que a exigência, a ter o conteúdo definido a depender das circunstâncias do caso concreto, funciona como parâmetro de controle das omissões estatais na concretização de direitos fundamentais positivos, mas, também, como limite às afetações desvantajosas aos direitos fundamentais negativos [1287]; o sistema jurídico-constitucional brasileiro, por sua vez, é fundado na premissa de vinculação do Estado à dignidade da pessoa humana, a partir do que, apenas, pode afetar desvantajosamente – tanto por ação quanto por omissão – as esferas de autonomia, liberdade e integridade individuais nos casos em que encontrar justificação constitucional para tanto, o que ocorre, notadamente, a partir da observância de uma ideia – também estruturante do Estado de Direito brasileiro –, qual seja a proporcionalidade das medidas e omissões estatais restritivas aos direitos fundamentais.

Além disso, a exigência de *razoabilidade* das restrições aos direitos fundamentais positivos ou negativos – decorrentes de omissões ou comportamentos estatais – é expressamente prevista na Constituição sul-africana, notadamente, nas Seções 26, 27 e 36 [1288]; não se pode negar que a Constituição sul-africana, de 1996, sofreu forte influência do Direito inglês, sistema no qual, como já exposto, vigora a clausula do devido legal procedimental; conciliado a isso, no Direito norte-americano, tendo em vista a necessidade de se concretizar e garantir a supremacia da Constituição, a cláusula do devido processo legal assumiu, também, uma dimensão material; nesse sentido, o princípio da razoabilidade, derivado do *substantive due process of Law*, funciona como parâmetro de controle das ações estatais; as Constituições que seguem essa ideia estabelecem, como efeito, no princípio da razoabilidade o parâmetro material a ser observado pelas restrições aos direitos fundamentais; a Constituição sul-africana segue essa linha e, com efeito, estabelece que as omissões ou ações insuficientes

[1287] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*, págs. 288.

[1288] 26. Housing. 1. Everyone has the right to have access to adequate housing. 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right (...).

27. Health care, food, water and social security. 1. Everyone has the right to have access to: a. health care services, including reproductive health care; b. sufficient food and water; and c. social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance. 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights (...).

36. Limitation of rights. 1. The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including (...).

estatais relacionadas à concretização de direitos fundamentais positivos, para encontrarem justificação constitucional, devem observar determinados padrões materiais, notadamente, a razoabilidade da omissão sob a perspectiva do particular afetado desvantajosamente pela ausência de proteção ou promoção do direito fundamental positivo.

Apesar de a terminologia derivar da ideia de razoabilidade decorrente do *substantive due process of Law*, princípio que, como já exposto, não possui papel no sistema constitucional brasileiro, não vemos objeção relevante para que o termo – razoabilidade – apesar de sua autonomia em relação ao princípio da proporcionalidade, possa ser utilizado para expressar este segmento da proibição da insuficiência; o que importa, de fato, é ser compreendido o conteúdo da exigência e os parâmetros de controle que dela resultam.

6. A reafirmação da proibição de insuficiência como face do princípio da proporcionalidade

Foi visto, assim, que a proibição da insuficiência não mantém a mesma estrutura interna e nem pode ser manejada de igual maneira à proibição do excesso, pois, como dito, há diferenças significativas na concretização de direitos fundamentais prestacionais, no cumprimento pelo Estado dos deveres de promoção e proteção, nas margens de controle atribuídas à jurisdição constitucional e na definição pelo legislador do politicamente adequado e oportuno que implicam a impossibilidade de a vedação do déficit *atuar*, enquanto parâmetro de controle das restrições aos direitos fundamentais prestacionais, da mesma maneira que a proibição do excesso opera no controle das afetações desvantajosas aos direitos fundamentais de defesa; viu-se, também, que o conteúdo da proibição da insuficiência não é formado pelos segmentos da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que esses testes são incapazes – mesmo se adaptados – de funcionar no controle de constitucionalidade das omissões totais ou parciais; contudo, essa autonomia dogmática reconhecida à proibição da insuficiência não a coloca na parte exterior do âmbito formado pela ideia geral de proporcionalidade, enquanto princípio estruturante de um Estado de Direito social e democrático.

Não obstante, há relevante posição doutrinária em sentido contrário; Jorge Reis Novais que, como já exposto, integra o conteúdo da proibição da insuficiência a partir de duas máximas, quais sejam as exigências de *realização do mínimo* e de *razoabilidade*, sustenta que o controle exercido com base na vedação do déficit nada tem a ver com proporcionalidade; no controle de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais de defesa estão presentes três pontos de referência, quais sejam "o direito fundamental restringido, a justificação ou fim da restrição (bem, interesse, direito) e a concreta medida utilizada para atingir o fim", a partir do que se deve "apurar se essas três grandezas se encontram ou não numa relação equilibrada, balanceada, de proporcionalidade ou de justa medida"; já no controle de constitucionalidade das omissões ou insuficiências de realização dos direitos fundamentais positivos, o que é realizado mediante a aplicação do princípio da proibição da insuficiência, esses três pontos referenciais não se fazem presentes, uma vez que "não está em causa saber se as três grandezas referidas se encontram ou não numa relação de equilíbrio, numa relação de proporcionalidade, mas apenas saber se a protecção prestada a um direito (a um bem, a um interesse) foi ou não suficiente em função das exigências constitucionais"; o que deve ser verificado é se o Estado realizou prestações suficientes para promover ou proteger o direito fundamental, sendo que a "ideia de proporção, de equilíbrio, de proporcionalidade, é totalmente estranha a esta indagação"; entrementes, a proibição da insuficiência e a proibição do excesso não possuem "um *tecto* ou um *chão* comum na ideia de proporcionalidade" [1289].

Apesar do defendido por Novais, entendemos que a proibição da insuficiência integra e se apresenta como uma face do princípio estruturante da proporcionalidade; além disso, não vemos objeção relevante, bem como nenhum significativo acréscimo analítico-dogmático ou de racionalidade aplicativa, no destacamento do princípio da proibição da insuficiência da ampla esfera que engloba a ideia geral de proporcionalidade que estrutura um Estado de Direito social e democrático.

Como visto, no Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade, em um primeiro momento, aparece como uma exigência difusa, indeterminada e ampla, a qual impõe ao Estado uma vedação genérica ao arbítrio; isso ocorre pelo fato de a dignidade da pessoa

[1289] NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes*, págs. 189-192.

humana estabelecer o sentido material do Estado de Direito, a partir do que todo o agir estatal deve ser dirigido para o respeito, promoção e proteção dessa dignidade, sendo que o princípio da proporcionalidade é o parâmetro de controle do efetivo cumprimento desses deveres estatais; como visto, o Estado de Direito, antes de adquirir o sentido atual, observou um processo de evolução histórica, o qual foi simetricamente acompanhado pelo desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, o qual serviu de instrumento para a realização dos vetores substanciais que envolvem o próprio sentido e razão de existir de um do Estado de Direito.

Nesse sentido, no Estado de Direito social e democrático, a dignidade da pessoa humana não se contenta, apenas, com a proteção da liberdade e autonomia individuais contra ingerências estatais, âmbito no qual o princípio da proporcionalidade apresenta a face de uma vedação ao excesso; a dignidade da pessoa humana exige, também, a promoção do acesso a determinados bens e interesses, notadamente, de caráter social, bem como impõe ao Estado um dever de proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais; consequentemente, a ideia geral de vedação do arbítrio vem a exigir, também, que o princípio da proporcionalidade seja orientado funcionalmente para o atendimento dessas finalidades, especialmente, que sirva como um limite às margens de livre deliberação e ação que possui o Estado na concretização desses deveres de promoção e proteção, a partir do que o princípio da proporcionalidade passa a ser manejado – enquanto uma proibição da insuficiência – para servir ao controle de constitucionalidade das omissões estatais relacionadas a não realização de prestações positivas impostas *prima facie* pelos direitos fundamentais em sua função positiva.

Em suma, o princípio da proporcionalidade foi colocado no modelo do Estado de Direito social e democrático como instrumento jurídico destinado a garantir o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana nas suas mais variadas exigências, a partir do que deve servir de limite às afetações desvantajosas manejadas por ações estatais em face dos direitos fundamentais de defesa, mas, também, funcionar como uma barreira às possibilidades de justificação constitucional das omissões estatais relacionadas à ausência de concretização – total ou parcial – dos direitos fundamentais positivos, especialmente, quando em causa deveres estatais de promoção e proteção.

Assim, a proibição de insuficiência decorre da ideia geral de proporcionalidade, enquanto princípio estruturante, e, apesar de sua estrutura e forma aplicativa diversa – em comparação à

proibição do excesso – dever ser reconduzida à ideia matriz de proporcionalidade, enquanto limite ao *arbítrio* estatal e de manejo conjunto aos direitos fundamentais.

Entrementes, nas precisas palavras de Jorge Pereira da Silva, "a *tese do englobamento* da *Untermaβverbot* e da *Übermaβverbot* num superprincípio de proporcionalidade parece impor-se como uma evidência", pois, além de ser considerada como dogmaticamente autônoma, a proibição da insuficiência necessita desaguar "no alargamento do clássico princípio da proporcionalidade, introduzindo no seu conteúdo e na sua metódica aplicativa os testes relativos à eficácia e à efectividade da tutela jusfundamental imposta pela Constituição"; por fim, arrematar o autor, que seria causa de perplexidade se "o desenvolvimento dogmático de uma nova dimensão (positiva) dos direitos fundamentais e a consciência do caráter complexo das relações jurídicas jusfundamentais não tivesse, mais cedo ou mais tarde, qualquer consequência no conteúdo e na estrutura interna do princípio da proporcionalidade" [1290].

Por sua vez, Vitalino Canas admite ser sustentável a ideia de que os princípios da proibição do excesso e da vedação da insuficiência "expressam, cada um ao seu nível, a ideia geral de *proporcionalidade* que deve pautar o exercício do poder público", o que reflete, precisamente, o que estamos a defender desde o início deste estudo; ambos os princípios resultam "de uma ideia de proporção" tributável à estrutura de um Estado de Direito [1291].

Além disso, a relação entre meio, fim e direito fundamental restringido sequer se faz presente em todos os seguimentos da proibição do excesso; veja-se, por exemplo, se determinado fim não for legítimo sob o prisma constitucional, estará desrespeitado o subprincípio da idoneidade e, desde logo, será reconhecida a inconstitucionalidade da medida; por sua vez, o subprincípio da necessidade requer uma comparação entre o meio escolhido pelo legislador e outras medidas alternativas; assim, se os segmentos da proibição do excesso forem analisados separadamente, aquela relação indicada por Jorge Reis Novais que para poder ser reconhecida como proporcional pressupõe a comparação a envolver três grandezas, não estará presente e, mesmo assim, poderá haver desproporcionalidade; não se discute que uma medida que não seja necessária será, consequentemente, desproporcional, contudo, essa conclusão é alcançada mediante uma comparação entre meios – o escolhido e os alternativos – não havendo, portanto, qualquer confrontação entre o meio, o fim e a intensidade de

[1290] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, pág. 604.
[1291] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, págs. 957 e 960.

prejuízo experimentado pelo direito fundamental; na primeira hipótese ventilada, sequer há comparação, uma vez que a desproporcionalidade da medida é reconhecida com base em uma análise isolada no fim – não legítimo – que ela busca promover.

Como indica Vitalino Canas, os elementos parciais da proibição do excesso seguem a seguinte lógica de avaliação, sendo essas as relações que lhe interessam: "(i) meios e fins, (ii) alternativas de meios e (iii) efeitos positivos e efeitos negativos da norma" [1292]; com efeito, é dispensável, para a conclusão de desproporcionalidade da medida, que sejam avaliadas todas as três grandezas apontadas por Jorge Reis Novais, podendo-se entender, mesmo sem se considerar todos esses elementos (fins, meios, intensidade de restrição), que o Estado incidiu em inconstitucionalidade devido à desproporcionalidade de sua atuação, uma vez que o descumprimento de qualquer dos segmentos da proibição do excesso já acarreta a desproporcionalidade da medida.

Entrementes, de todo o exposto, entende-se o princípio da proibição da insuficiência como outra face, apresentada neste trabalho, do princípio da proporcionalidade, amplamente considerado.

[1292] CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso*, pág. 569.

CAPÍTULO VI
Direitos fundamentais, relações privadas e princípio da proporcionalidade

1. Problemática e possíveis relações

Durante o transcorrer deste estudo, não foram poucas as ocasiões em que se mencionou um fato, qual seja: o princípio da proporcionalidade possui, também, relevância quando da aplicação de enunciados normativos de direitos fundamentais no âmbito de relações estritamente privadas, notadamente, sendo instrumentalizado, nessas hipóteses, como critério estruturante da decisão a ser tomada pela jurisdição nos casos em que chamada a resolver, diretamente com base na aplicação da Constituição ao caso, ante a ausência de legislação infraconstitucional a reger a hipótese, uma colisão jusfundamental que tenha lugar no contexto de uma relação entre particulares; ainda, foi sustentado que o *modus operandi* do princípio da proporcionalidade, nas situações em que enquadrado nesta específica questão dogmática, é diverso do que quando direcionado ao controle de constitucionalidade das restrições legislativas (proibição do excesso), bem como diferente de quando aplicado no intuito de se sindicar judicialmente possível inconstitucionalidade na omissão do Estado em concretizar direitos fundamentais a prestações positivas *prima facie* reconhecidas pela Constituição (proibição da insuficiência).

Contudo, o tratamento da questão demanda o enfrentamento de alguns pontos preliminares, pois, como é cediço, a incidência e os efeitos dos direitos fundamentais no plano das relações interprivadas é objeto de discussão na doutrina constitucional, sendo que hoje, mesmo para os que aceitam a ocorrência de efeitos, há divergências acerca dos termos nos quais ocorrem, bem como dúvidas referentes à amplitude dessa eficácia.

Destarte, como pressuposto para a abordagem do tema – direitos fundamentais, relações privadas e princípio da proporcionalidade – é necessário que seja verificado se os direitos fundamentais, efetivamente e por determinação constitucional, produzem efeitos no âmbito das relações particulares e, em caso positivo, delinear os termos e a extensão em que essa

eficácia privada se realiza [1293]; somente após a solução dogmática para essas questões, poder-se-á identificar como o princípio da proporcionalidade se apresenta nesse contexto e se, efetivamente, expõe uma terceira face.

São várias as relações entre o princípio da proporcionalidade e o Direito Privado [1294], por exemplo: o legislador, em razão de se encontrar imediatamente vinculado aos preceitos jusfundamentais, deve observar o princípio da proibição do excesso como norma de ação; além disso, em momento posterior, a proibição do excesso, como norma de controle, aparecerá como parâmetro de constitucionalidade da decisão do legislador privado que interviu desvantajosamente em face de direitos fundamentais dos particulares (restrição legislativa) [1295]; de outro lado, diversa situação ocorre quando o princípio é manejado como uma proibição de proteção deficiente, nos casos em que a proporcionalidade atua como parâmetro de constitucionalidade do cumprimento mínimo e razoável pelo legislador privado de imperativos constitucionais de tutela [1296]; essas duas interações entre o princípio da proporcionalidade e o Direito Privado não serão abordadas neste capítulo VI, até porque podem ser reconduzidas aos capítulos IV e V, deste título II, interessando, portanto, como já adiantado no primeiro parágrafo deste título, o *modus operandi* do princípio da proporcionalidade quando da aplicação, direta e imediata, de enunciados normativos de direitos fundamentais às relações entre pessoas particulares [1297]-[1298].

[1293] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, pág. 22.

[1294] Veja-se que, desde há muito, a doutrina descarta uma separação rígica entre o Direito Privado e o Direito Público, havendo, na verdade, uma interligação. RAIZER, Ludwig. O Futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado, n.° 25, vol. 09, 1979, págs. 11-30.* Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica, págs. 20-21.

[1295] NEUER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 221-240*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 231.

[1296] Acerca dessas funções dos direitos fundamentais relativamente ao legislador de Direito Privado, bem como sua vinculação imediata aos direitos fundamentais, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 32-36.

[1297] De outro lado, apesar de se reconhecer que os particulares, também, estão diretamente vinculados ao princípio da igualdade, essa temática não será abordada com densidade, a partir do que não será demonstrado, neste estudo, a forma e a amplitude dessa vinculação; entrementes, o *modus operandi* do princípio da proporcionalidade, nesta seara, não será examinado, o que se mostra plenamente justificado pelas especificidades a envolver a exigência de isonomia nas relações estritamente privadas, bem como pelo fato de, desde o início deste estudo, haver sido frisado que as relações entre proporcionalidade e isonomia não seriam abordadas.

[1298] Consigna-se, apenas, que é dada maior relevância maior à referida situação – *modus operandi* do princípio da proporcionalidade quando da aplicação direta dos enunciados jusfundamentais às relações particulares –, contudo, isso não descarta a existência de outras aplicações do princípio da proporcionalidade nessa ampla

Entrementes, este outro âmbito de atuação do princípio da proporcionalidade remete para a análise dos efeitos que, juntamente com os direitos fundamentais, pode causar perante pessoas privadas, empreitada a requerer, essencialmente, a análise prévia de uma possível eficácia horizontal [1299] dos direitos fundamentais.

2. Da eficácia privada dos direitos fundamentais: negativa de eficácia, *State Action* e teoria da eficácia mediata

As expressões estrangeiras *Drittwirkung der Grundrechte* (efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros) [1300] e *State Action* (ação do Estado) expressam o fenômeno que se está a tratar e denotam que a discussão a envolver a eficácia dos direitos fundamentais

---

problemática a envolver a eficácia privada dos direitos fundamentais, como, por exemplo, além das já citadas no texto, a utilização do pricincípio, conjuntamente com os direitos fundamentais, para a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais previstas na legislação infraconstitucional de Direito Privado, ou, nas palavras de Canaris, para a difinição se os direitos fundamentais "constituem limites para a jurisprudência na aplicação e interpretação de leis jusprivatistas". CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 205-220*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 218.

[1299] Consigna-se, aqui, a crítica de Vieira de Andrade em relação à terminologia "eficácia horizontal", pois, segundo o autor, em função de "existirem relações de poder (verticais, *hoc sensu*) entre particulares", é preferível a adoção da expressão "<<validade nas relações particulares>>" para designar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das interações interprivadas. Contudo, não obstante as pertinentes considerações tecidas pelo autor, não se vê maiores problemas em adotar a terminologia *eficácia horizontal*, uma vez que designa perfeitamento o *fenômeno* que se está a tratar, qual seja a incidência dos direitos fundamentais em face das relações particulares, bem como deixa claro que a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada é diversa da observada nas relações entre Estado e invíduo; além disso, as relações entre particulares, apesar de poderem se caracterizar pela assimetria entre as partes, ocorrem de forma diversa das relações entre Estado e indivíduo, âmbito no qual, efetivamente, há uma ausência de isonomia em todos os casos, a partir do que os direitos fundamentais colocam-se como limites ao poder estatal, ou seja, possuem uma *eficácia vertical*. ANDRADE, Vieria. *Os Direitos Fundamentais*, pág. 232, nota 2.

[1300] Anotam-se, aqui, as críticas de Canotilho e Vital Moreira a respeito da terminologia *eficácia em relação a terceiros* ou *eficácia externa* dos direitos fundamentais, uma vez que tais "designações ainda pressupõem o paradigma liberal assente na ideia das relações indivíduo-Estado; se os particulares estão, assim como o Estado, vinculado aos direitos fundamentais, eles "não são <<terceiros>>, nem constituem uma componente <<externa>>. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*. 1.ª edição portuguesa. 4.ª edição brasileira. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, págs. 384-385. Apesar de os apontamentos de Canotilho e Moreira estarem corretos, não se vê como necessária a abolição, neste trabalho e para os fins a que se destina, da usual terminologia – efeitos perante terceiros ou eficácia externa – para designar o problema que se está a tratar – eficácia dos direitos fundamentais em face das relações particulares e princípio da proporcionalidade –, pois, por estarem consagradas, as expressões indicam corretamente e fornecem a compreensão exata do fenômeno subjacente, o que, ao final de tudo, é o que importa para este estudo.

em relação aos particulares foi desenvolvida, inicialmente, na Alemanha e nos Estados Unidos; em linhas gerais, as duas linhas teóricas indicadas, a considerar a possibilidade de uma ação particular atingir o âmbito de liberdade de outro, "procuram responder à questão de saber sob que pressupostos um comportamento lesivo da esfera jurídica de uma pessoa pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados" [1301].

Possíveis respostas para esse questionamento são trazidas por algumas teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais perante particulares, as quais foram desenvolvidas ao longo do tempo e alcançaram conclusões diferentes; é relevante, com efeito, fazer-se menção às teorias negativas de eficácia e a doutrina da *State Action*, bem como às teorias da eficácia mediata e imediata, além da doutrina dos deveres de proteção [1302].

Na Alemanha, após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares surgiu com bastante força [1303]; de outro lado, como consequência, houve reação às posições que se inclinavam para aceitação de uma eficácia externa, notadamente, pelos escritos de Mangoldt e Forsthoff, os quais rejeitaram com veemência a possibilidade de vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais, uma vez que esses direitos, de cunho liberal, configurariam, apenas, pretensões subjetivas de defesa dos indivíduos em face do Estado [1304].

Além do fundamento da natureza liberal dos direitos fundamentais, os referidos autores fundamentavam a tese da negativa de eficácia no próprio texto da Lei Fundamental alemã, uma vez que previa, em seu artigo 1.3., unicamente, a vinculação do Estado aos

---

[1301] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, págs. 108-115*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Fº (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 109.

[1302] A exposição das teorias referidas possirá o condão de trazer à tona a discussão doutrinária acerca da questão e, notadamente, indicar o papel do princípio da proporcionalidade a depender da doutrina de base adotada; as teorias citadas foram escolhidas para análise por serem as mais representativas e englobarem o maior número de adeptos; além disso, serão descritas em suas vertentes mais puras; contudo, de forma alguma, as posições doutrinárias a envolver os efeitos dos direitos fundamentais em face das relações particulares exaurem-se nas referidas no texto. Por exemplo, Jorge Pereira da Silva, mesmo excluindo as teses negatórias de eficácia, indica, ainda, dez posições doutrinárias acerca do tema. SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, págs. 96-101.

[1303] STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. *Interpretação Constitucional, págs. 11-53*. Virgílio Afonso da Silva (organizador). São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pág. 16.

[1304] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, pág. 188.

direitos fundamentais, não decorrendo das normas jusfundamentais uma eficácia privada, à exceção da liberdade de associação sindical, garantida no artigo 9.3. De resto, argumentavam que a teoria da eficácia horizontal implicaria a corrosão da autonomia privada e da própria essência do Direito Civil, uma vez que seria invadido pelo Direito Constitucional, bem como acarretaria significativa inversão do princípio da separação dos poderes, a partir do protagonismo que a jurisdição constitucional teria na conformação das relações privadas em prejuízo das decisões do legislador democraticamente eleito [1305].

A tese da negativa de eficácia não vingou na Alemanha, até porque o Tribunal Constitucional Federal acabou por aceitar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em várias decisões, ainda que com variações referentes aos termos nos quais essa eficácia foi reconhecida; contudo, de outro lado, nos Estados Unidos, a tese da *State Action*, a qual, como regra geral, nega que os direitos fundamentais previstos na Constituição vinculem os particulares, obteve larga aceitação [1306].

No Direito estadunidense, existe uma forte separação, no que se refere à incidência das normas constitucionais, entre a esfera pública e o âmbito privado; à exceção da proibição da escravidão (décima terceira emenda), os particulares não são destinatários e não estão limitados em seus comportamentos pelas barreiras jurídicas impostas pelas normas constitucionais, as quais alcançam, apenas, o Estado, de forma a que, em não havendo normativa infraconstitucional a interditar a conduta, possuem um espaço livre de interação privada [1307].

Isso é fundamentado a partir do próprio texto constitucional, pois, expressamente, apenas, o Estado resta vinculado aos direitos fundamentais; além disso, sustenta-se que a incidência das normas constitucionais em face das relações particulares implicaria significativa compressão da autonomia privada, bem como prejudicaria as liberdades individuais. De resto, há, também, a questão da autonomia dos Estados federados para legislarem sobre Direito Privado, a qual ficaria esvaziada em caso de aplicação das normas constitucionais aos particulares [1308].

[1305] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, pág. 188.
[1306] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, págs. 188-189.
[1307] TRIBE, Laurence H. *Constitutional Choices*. Massachusetts: Harvard University Press, 1985, pág. 246.
[1308] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, págs. 189-190.

A premissa da negativa de eficácia dos direitos fundamentais aos particulares é temperada, na doutrina da *State Accion*, pela admissão de vinculação das pessoas privadas às normas constitucionais quando a atividade exercida pelo particular for delegada pelo Estado ou, mesmo que a delegação não tenha ocorrido, há, também, exigência de observância aos direitos fundamentais, nos casos em que o comportamento particular praticado se configure como uma função típica do poder público. Assim, pela *teoria da função pública*, há vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sempre que as atividades desempenhadas por atores privados sejam em todo assemelhadas à atuação pública [1309].

A teoria da *State Accion* não obteve grande aceitação, ficando praticamente restrita ao sistema jurídico norte-americano, sendo que os sistemas constitucionais alemão, português, espanhol e brasileiro, por exemplo, não a adotaram como doutrina adequada a explicar a força normativa que os direitos fundamentais possuem no âmbito das relações empreendidas entre particulares.

De outro lado, na Alemanha, foi desenvolvida a tese da eficácia mediata ou indireta dos particulares aos direitos fundamentais, a qual aceita a vinculação das pessoas privadas às normas constitucionais, contudo, esse efeito horizontal ocorreria a partir de uma intermediação do legislador ou, ainda, do juiz, quando da aplicação da legislação privada aos casos particulares; fala-se, assim, que os direitos fundamentais produziriam efeitos perante terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*), de modo a atingir as relações particulares de forma mediata, com base na elaboração e aplicação da legislação privada em conformidade com a ordem de valores constitucionais estabelecida pelos direitos fundamentais.

A qualificação – *terceiros* – usada para indicar um particular como possível *atingido* por algum efeito decorrente de enunciados jusfundamentais, remonta à ideia de que os direitos fundamentais são tradicionalmente posições subjetivas do indivíduo em face do Estado, sendo este, apenas, o destinatário dessas normas; os direitos fundamentais não possuiriam aplicação direta no âmbito das relações privadas, esfera em que competiria ao legislador, de acordo com o sistema jusfundamental, equacionar e regulamentar as colisões dos variados interesses privados; na ausência de legislação, a princípio, a autonomia da vontade dos particulares prevaleceria, negando-se, assim, às pessoas privadas, a qualificação de *destinatários* das

[1309] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, págs. 190-192.

normas jusfundamentais, sendo caracterizadas, portanto, como *terceiros* nesta relação entre os direitos fundamentais e o Estado [1310].

A controvérsia da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros pode ser resumida na questão da vinculação dos atores privados a essas normas constitucionais, sendo que, para a teoria da eficácia mediata, as pessoas privadas não são destinatárias dos direitos fundamentais e, como consequência, não se encontram diretamente vinculadas aos mandamentos jusfundamentais [1311].

Assim, em síntese, a teoria da eficácia indireta ou mediata (*Mittelbare Drittwirkung*), desenvolvida na Alemanha, inicialmente, pela obra de Günter Dürig, nega a possibilidade de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais [1312], e o faz com base no argumento de que uma eficácia imediata comprometeria a autonomia individual, ante a impossibilidade de renúncia de direitos fundamentais (o que seria essencial para que a autonomia individual restasse observada), bem como poria em causa a independência do Direito Privado; contudo, apesar de os enunciados normativos de direitos fundamentais não originarem, diretamente da Constituição, direitos subjetivos de um particular em face do outro, a teoria da eficácia mediata não se revela como uma tese de negativa de eficácia, pois admite uma vinculação indireta dos particulares aos direitos fundamentais, o que ocorreria por intermédio da lei, ou seja, pela produção e posterior aplicação e desenvolvimento da legislação privada em observância aos direitos fundamentais; ainda, o recurso do legislador privado a normas de tessitura aberta para a regulamentação das relações particulares, bem como a previsão de cláusulas gerais e conceitos indeterminados pela lei, permitiriam, em larga escala, o ingresso do sistema jusfundamental para dentro do Direito Privado [1313].

A tese da eficácia indireta ou mediata parte da ideia de que os direitos fundamentais, além de originarem posições subjetivas, possuem uma dimensão objetiva, da qual se extrai que são dotados de uma eficácia irradiante, a qual espalha os efeitos do sistema jusfundamental para todo o sistema jurídico, inclusive, para o Direito Privado; com efeito, o

[1310] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 71-79.
[1311] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 53-54.
[1312] Frisa-se, todavia, que, pela tese em análise, a eficácia imediata dos direitos fundamentais, apesar de não alcançar os particulares, é imposta ao legislador de Direito Privado, bem como ao juiz, quando da aplicação e desenvolvimento do Direito; estes são os contornos da teoria em questão que prevalecem na doutrina germânica, não obstante a posição de Günter Dürig que estendia a eficácia mediata, também, ao legislador e à jurisdição e não apenas aos particulares. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 28-37 e 39-43.
[1313] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, págs. 197-198.

legislador, quando da formulação de leis direcionadas para a regulamentação de relações particulares, deve observar as normas de direitos fundamentais, mandamentos que se dirigem, também, à Administração e ao juiz, quando da interpretação e aplicação das leis aos casos concretos [1314].

Ultrapassada a análise, ainda que feita de forma superficial, das teses da negativa de eficácia, *State Action* e eficácia mediata, algumas conclusões já podem ser lançadas. A primeira questão a ser mencionada, desde logo, refere-se ao fato de a concepção denegatória de qualquer eficácia, bem como a doutrina da *State Action* mostrarem-se insuficientes e inadequadas [1315], sendo que a discussão atual acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais centra-se em três teses principais, quais sejam as teses da eficácia mediata, da eficácia imediata e dos deveres de proteção (estas duas últimas, ainda, não abordadas) [1316].

Isso porque, é fato incontrastável que as violações aos direitos fundamentais podem ser oriundas do Estado, mas, também, provenientes de comportamentos de particulares, razão pela qual as pessoas privadas, igualmente, se configuram como potenciais agressoras dos valores, bens e interesses jusfundamentalmente tutelados de outros indivíduos; logo, até por imposição do princípio da dignidade da pessoa humana, é indispensável que esses valores, bens e interesses (essenciais à dignidade humana) encontrem, também, proteção pelos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, ainda que possam ser discutidos os termos em que essa tutela ocorre.

Como as teorias que negam qualquer eficácia e a doutrina da *State Action* não apresentam solução satisfatória para essa questão – que surge quando um particular agride o espaço de liberdade de outro – não podem ser adotadas e devem ser afastadas, portanto. De outro lado, as teorias da eficácia mediata e imediata, bem como a tese dos deveres de proteção, compactuam da premissa de a principal forma de vinculação dos particulares aos direitos

---

[1314] Veja-se, todavia, que Canaris, em crítica à fundamentação utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal no caso Lüth, refuta o recurso à dimensão objetiva dos direitos fundamentais – e dos efeitos decorrentes (ordem de valores e eficácia irradiante, notadamente) dessa percepção dual (subjetiva e objetiva) acerca dos planos em que os direitos fundamentais produzem efeitos – como substrato teórico a possibilitar a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais; segundo o autor, a vinculação dos juízes aos preceitos jusfundamentais é direta e imediata e decorre das próprias "funções tradicionais dos direitos fundamentais como proibições de intervenção"; de resto, como já destacado, a vinculação do legislador também se dá de forma direta. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 47-50.

[1315] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 72.

[1316] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 71-72

fundamentais se dar a partir da mediação do legislador, a quem compete, precipuamente, a harmonização dos interesses particulares colidentes e a regulamentação das relações privadas de acordo com o sistema jusfundamental. Contudo, resta saber o que fazer quando nenhuma das hipóteses, às quais a teoria da eficácia mediata confere efeitos horizontais aos direitos fundamentais, é suficiente para a solução do caso [1317].

Assim, ao final das contas, a teoria da eficácia mediata mostra-se, também, insuficiente, pois, independentemente da situação concreta, confere prevalência à autonomia privada nos casos em que esta colida com valores, bens e interesses de outros particulares se, na hipótese, não estiver presente nenhuma das situações para as quais reconhece eficácia horizontal aos direitos fundamentais – produção do Direito Privado pelo legislador, interpretação e aplicação desse Direito pelo juiz e densificação, conforme os direitos fundamentais, das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados – não oferecendo, portanto, resposta adequada para as hipóteses em que não houve a intermedição legislativa e um particular se vê afetado em sua esfera jusfundamentalmente protegida por ação de outro particular[1318]-[1319].

Nessas situações, a teoria da eficácia mediata ou indireta deixa inúmeros bens e interesses relevantíssimos para a ordem constitucional de valores com o flanco aberto e suscetíveis de potenciais ataques oriundos de outros particulares, porquanto nega que os direitos fundamentais possam, enquanto garantias jurídicas, servir de escudo e proteger os particulares agredidos nesse tipo de caso.

Não se pode negar que os direitos fundamentais possuam eficácia quando valores, bens e interesses pertinentes à dignidade da pessoa humana forem agredidos, seja essa intervenção nociva oriunda do Estado ou proveniente de ações particulares, mesmo se, no caso, não houver legislação privada a regular a questão; em Estado de Direito, a proteção primeira à dignidade da pessoa humana se dá pelas garantias jurídicas outorgadas pelos direitos fundamentais, com efeito, havendo lesão a bens e interesses relacionados a essa dignidade, ainda que o prejuízo decorra de comportamentos particulares, os direitos fundamentais devem

[1317] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 74-75.
[1318] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 74-77.
[1319] A interpretação das cláusulas gerais de acordo com o sistema de direitos fundamentais e o consequente ingresso, por essa via, desse sistema para o interior do Direito Privado é insuficiente e não proporciona uma proteção adequada aos bens e interesses jusfundamentais, uma vez que inúmeras situações, em relação às quais os efeitos decorrentes dos direitos fundamentais seriam relevantes, ficariam a descoberto. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, pág. 85.

ser chamados para, enquanto garantias jurídicas, oferecerem resposta à questão, ainda que seja possível discutir quais efeitos que os direitos fundamentais operam no âmbito das relações particulares.

Para arrematar, é pertinente ficar claro que os direitos fundamentais, também, terão eficácia perante as relações particulares, mesmo quando os bens e interesses de titularidade da pessoa privada atingida não possuírem relação íntima com a dignidade da pessoa humana; isso porque, além do argumento de proteção da dignidade da pessoa humana pelos direitos fundamentais, em qualquer esfera em que seja atingida, existem outros fundamentos a justificar a eficácia horizontal, notadamente, por imperativos do Estado social e da consequente busca por equilíbrio substancial entre os participantes das relações sociais, bem como pelo reconhecimento de uma ordem constitucional de valores objetivos, os quais devem ser observados tanto na esfera pública quanto no âmbito das relações particulares.

Entrementes, é possível avançar e lançar afirmação no sentido de que o verdadeiro embate envolve as teses da eficácia imediata e a doutrina dos deveres de proteção, devendo ser respondido, notadamente, se os particulares são, igualmente, *destinatários* das normas de direitos fundamentais e, consequente, existe um direitos subjetivo jusfundamental de uma pessoa privada em face de outra ou se, em caso de lesão da esfera de liberdade de um particular decorrente da ação de outro ator privado, origina-se um dever objetivo de proteção jusfundamental imposto ao Estado.

Bom, o fato é que a depender da teoria de base a conceber e explicar a eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares haverá inexorável reflexo na aplicação do princípio da proporcionalidade nesse contexto; como já mencionado, todas as três teorias convergem no referente à primazia que deve ser reconhecida ao legislador na mediação entre o texto constitucional e as relações particulares, competindo-lhe, primariamente, a regulamentação dessas situações. Ainda, em geral, há aceitação no que se refere à existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a partir da qual são extraídos efeitos que são extensíveis ao legislador e ao juiz, a partir do que: a legislação regulatória das relações particulares deve ser produzida em conformidade com o sistema jusfundamental; o juiz deve interpretar essa legislação observando, igualmente, esses mandamentos; as cláusulas gerais e

conceitos jurídicos indeterminados presentes na legislação privada permitem um *ingresso mais intenso* das normas de direitos fundamentais no sistema privado [1320].

Agora, e aí está o problema, como precisamente apontado por Jorge Reis Novais, as divergências entre as teorias da eficácia mediata (já descartada), da eficácia imediata e dos deveres de proteção acerca dos efeitos que os direitos fundamentais produzem perante os particulares começam "quando não há lei ordinária que regule especificamente a situação controvertida ou quando o problema não é adequadamente resolúvel através da interpretação jusfundamentalmente conforme das cláusulas gerais" [1321].

Assim, o que faz o juiz com jurisdição constitucional quando uma *lide* entre particulares é levada à sua apreciação, demanda na qual cada uma das partes substancia sua pretensão recorrendo diretamente a um enunciado constitucional de direito fundamental, sendo que, na hipótese, o sistema legislativo privado não resolve a controvérsia?

Como resposta, pode-se, grosso modo, ventilar três saídas jurídicas, a depender da teoria adotada: (1) o juiz pode negar aplicação das normas constitucionais à hipótese, extinguindo a demanda, assim, por impossibilidade jurídica do pedido ou julgar o mérito, mas assumir por vetor a primazia do princípio da autonomia da vontade; (2) julgar o mérito da demanda, podendo reconhecer, ou não, haver ocorrido *ausência* ou *insuficiência* de proteção do Estado em relação ao particular que busca tutela jurisdicional; (3) julgar o mérito da demanda mediante uma ponderação entre os interesses em colisão, uma vez que adota posicionamento no sentido de vislumbrar uma possível *posição subjetiva de direito fundamental* diretamente fundamentada na norma constitucional.

Essas hipóteses possuem aqui um sentido propedêutico e estão a demonstrar que diversas são as possibilidades jurídicas de solução da questão, a depender da teoria de base que se adote. Mas, de tudo, o mais importante se exterioriza no fato de que, em cada um dos exemplos narrados, o princípio da proporcionalidade figurará diferentemente ou sequer será chamado à colação. Com efeito, antes de se demonstrar como *atua* o princípio da proporcionalidade nas relações entre os particulares e os direitos fundamentais, é indispensável que se alcance resposta para o questionamento inicial: o que fazer diante de uma lide entre atores privados "quando não há lei que especificamente regule a situação e a

[1320] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 74-75.
[1321] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 74.

interpretação conforme é improdutiva ou insuficiente? Pode, nessa altura, o juiz recorrer à norma constitucional e em que sentido?" [1322].

E aqui, partindo-se da rejeição das teses negatórias de eficácia e da doutrina da *State Action*, bem como da insuficiência da teoria da eficácia mediata para resolução desse problema [1323], considera-se que o juiz deverá enfrentar o mérito da demanda e compreender a questão como um *caso de direitos fundamentais*, razão pela qual são duas as propostas teóricas que devem ser abordadas, quais sejam a teoria dos deveres de proteção e a da eficácia direta.

3. A tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais relativamente aos particulares

A tese da eficácia imediata ou direta advoga a existência de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sem nenhum permeio, ou seja, independentemente de intermediações pelo legislador ou da interpretação judicial da legislação privada, os particulares estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais, a partir do que as normas jusfundamentais, além da sua dimensão objetiva e da possibilidade de outorgarem posições subjetivas aos indivíduos em face do Estado, também, confeririam direitos subjetivos aos particulares em face de outros particulares.

Isso se dá pela concepção – assumida como premissa pela teoria da eficácia imediata – de que os direitos fundamentais, além de se configurarem como amplos limites jurídicos ao poder estatal, também se qualificam pelo fato de normatizarem toda a ordem social, ou seja, os comandos jusfundamentais caracterizam-se pela definição de um conjunto de princípios básicos, uma ordem de valores, que devem ser observados por toda a sociedade; para realizarem esse ideal, os direitos fundamentais possuem incidência direta no âmbito das relações privadas, independentemente, de quaisquer intermediações por parte do Estado.

[1322] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 75.
[1323] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 76.

Contudo, mesmo para os defensores da doutrina da eficácia direta, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não acontece nos mesmos termos do verificado nas relações entre Estado e indivíduo, ou seja, mesmo que se considere, também, as pessoas privadas destinatárias das normativas jusfundamentais, não há uma transposição automática dos mesmos efeitos verificados nas interações estatais em face dos indivíduos às relações entre particulares; deve-se, outrossim, levar em conta que nesta última relação jurídica citada ambas as partes são titulares de direitos fundamentais e, consequentemente, os efeitos jusfundamentais no âmbito dessas relações deve ser modulado a partir de ponderações [1324].

Para se exemplificar como essa teoria opera na prática, veja-se, como exemplo, caso ocorrido no mês de setembro de 2017, na Cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil: em suma, tratava-se de uma exposição de arte – denominada de *Queermuseu* – patrocinada pelo Banco Santander Cultural, cujo acervo estava nas dependências da instituição privada, sendo livre o acesso do público, sem limitação de idade; em termos bem gerais, pode-se dizer que as obras expostas diziam respeito e retratavam temas afetos à diversidade sexual e, inclusive, zoofilia.

Indignados com a exposição, notadamente, com o livre acesso de crianças e adolescentes, pois não havia restrição etária a limitar o ingresso do público infanto-juvenil, bem como com a destinação de verbas públicas, a título de incentivo do evento artístico, outros particulares se insurgiram contra o evento e conclamaram um boicote à exposição e ao Banco Santander, o qual, ao final, resolveu pelo término do evento.

Tendo por base a situação concreta descrita, imagine-se a hipótese de o caso ser levado por uma das partes à apreciação do Poder Judiciário – por exemplo, os patrocinadores do evento, com base no direito fundamental à liberdade artística, a buscar a suspensão do boicote –, considerando-se, ainda, que a legislação infraconstitucional privada brasileira não possui solução para a hipótese; inarredavelmente, a questão será tida como um *caso de direitos fundamentais*, sendo colocado, de um lado, o direito à liberdade artística e, de outro, o direito à liberdade de expressão e manifestação.

No que tange ao defendido pela doutrina decorrente da teoria da eficácia direta, estariam ambas as partes vinculadas às normas jusfundamentais, de forma a existir, nessa situação, um

[1324] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 532.

direito subjetivo fundamental de um particular sendo oposto em face de outro direito fundamental de particular diverso, devendo o juiz decidir qual tem prevalência diante das circunstâncias concretas do caso.

Há, assim, no plano do direito material, uma relação linear entre os particulares, pois todos são titulares de direitos subjetivos fundamentais em face dos outros; a relação será angular, apenas, no plano processual, uma vez que há pedido das partes para que o Estado-jurisdição solucione a lide.

Logo, para a teoria da eficácia imediata, a ideia de efeitos horizontais dos direitos fundamentais diz, principalmente, com a vinculação dos particulares às normas constitucionais, contudo, essa dinâmica, relacionada aos efeitos diretos no âmbito das relações particulares, não exclui a relevância da vinculação do próprio Estado e dos efeitos que sejam extraídos dessa vinculação.

Destarte, não é negada, pela teoria da eficácia imediata, primazia ao legislador na concretização da Constituição e na regulamentação – conforme os direitos fundamentais e sujeita a controle de constitucionalidade – das relações particulares; contudo, e aí está a inovação da teoria da eficácia direta em comparação com a doutrina da eficácia mediata, em não existindo lei a normatizar a hipótese, bem como sendo incabível a solução do caso com base na interpretação conforme o sistema jusfundamental dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais presentes na legislação privada, as normas constitucionais positivadoras de direitos fundamentais incidem diretamente em face do caso concreto e outorgam direitos subjetivos a um particular em face do outro; diferentemente da teoria da eficácia mediata, em caso de omissão do legislador privado em regulamentar a questão, não há prevalência automática do princípio da autonomia da vontade ou de uma liberdade geral de ação, devendo a solução para o caso ser encontrada a partir de uma ponderação a envolver os interesses em colisão.

A teoria da eficácia direta ou imediata surgiu na Alemanha, na década de 50, inicialmente, pela obra de Hans Carl Nipperdey, o qual sustentou que alguns direitos fundamentais, em razão da sua natureza, estabeleciam uma vinculação direta dos particulares aos seus preceitos; isso se daria, a partir da constatação empírica de que as agressões aos direitos fundamentais decorreriam de ações e omissões do Estado, mas, também, de comportamentos particulares, razão pela qual, por imposição do modelo de Estado de Direito

social, as pessoas privadas seriam destinatárias de algumas normas de direitos fundamentais [1325]; a teoria da eficácia mediata vale-se de *artimanhas* ao sustentar a indispensabilidade de o ingresso do sistema jusfundamental no âmbito do Direito Privado ocorrer por determinadas vias de acesso específicas, criadas a partir da mediação do Estado; ao contrário disso, em razão da unidade do sistema jurídico e da centralidade da Constituição, o ingresso dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares ocorre de forma direta e não depende de qualquer intermediação do legislador ou da criação de outras *artimanhas*, a partir do que, apoiadas diretamente nas normas de direitos fundamentais, as pessoas privadas podem deduzir pretensões subjetivas em face das outras. Ainda, pertinente esclarecer que a doutrina da eficácia direta não defende a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais em face das relações privadas, devendo-se definir, em análise casuística e a depender das características de cada direito fundamental, a incidência da norma à relação privada em questão [1326].

Apesar de sustentar a existência de uma vinculação direta dos particulares aos enunciados de direitos fundamentais e, consequentemente, da incidência das normas constitucionais e produção de efeitos imediatos no âmbito das relações privadas, a teoria da eficácia direta estabelece distinções entre os entes públicos e os atores privados, notadamente, no que diz com as diferenças existentes entre os termos em que essa vinculação ocorre, bem como não afasta a ideia de que a eficácia privada dos direitos fundamentais pode ocorrer de forma direta, mas, também, por vias indiretas; o que há, de fato, é uma "complementaridade e influência recíproca entre a eficácia dos direitos fundamentais em relação a atos emanados de agentes estatais e atos de atores privados" [1327].

Além disso, a tese a eficácia direta ou imediata, ao menos a versão aqui defendida, não advoga por uma prevalência absoluta, à revelia das circunstâncias do caso concreto, dos direitos fundamentais em face da autonomia privada – a qual, também, possui proteção constitucional –, devendo haver, em caso de colisão, uma ponderação, orientada pelo princípio da proporcionalidade, entre os interesses envolvidos no embate [1328]-[1329]-[1330].

[1325] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, págs. 204-205.
[1326] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*, págs. 89-91.
[1327] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, pág. 127.
[1328] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, pág. 205.

A ideia, assim, é outorgar força normativa à Constituição, especialmente, no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais, os quais, diante do fato de as agressões dos valores, bens e interesses que tutelam poderem ser atingidos negativamente por comportamentos particulares, devem incidir diretamente em face das relações privadas, servindo de base para intervenções restritivas na autonomia individual.

4. A tese dos deveres de proteção

A doutrina dos deveres de proteção nega a existência de uma vinculação direta dos particulares aos enunciados normativos de direitos fundamentais; esta teoria mantém-se fiel à ideia de que os direitos fundamentais são garantias jurídicas dirigidas para a tutela dos indivíduos em face do Estado, sendo, apenas, o ente público o destinatário dessas normas constitucionais, exceto nos casos em que a própria Constituição defina expressamente as pessoas privadas como sujeitos passivos, o que ocorre, por exemplo, na previsão constitucional de direitos fundamentais de titularidade dos trabalhadores, sendo os empregadores destinatários diretos das normativas jusfundamentais [1331]; contudo, os direitos fundamentais impõem ao Estado, para além dos imperativos de respeito e promoção, um

[1329] Não se nega fundamentalidade à autonomia privada, bem como à liberdade contratual, sendo, ambos, direitos fundamentais implícitos na Constituição Federal brasileira de 1988. Nesse sentido: SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais, pág. 135. Diga-se, ainda, que mesmo não sendo reconhecida fundamentalidade à autonomia privada, sua caracterização enquanto bem constitucionalmente tutelado de forma implícita na Constituição brasileira é inegável. A sustentar esta última conclusão: STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade, págs. 26-29.

[1330] Segundo Wilson Steinmetz, existem três variações da teoria da eficácia imediata: a primeira, defendida por Nipperdey e denominada por Steinmetz de "versão forte", sustenta que os direitos fundamentais possuem uma "eficácia absoluta" no plano das relações privadas, a partir do que sempre devem prevalecer em face da autonomia da vontade; a segunda, chamada pelo autor de "versão fraca" e sustentada, dentre outros, por Juan María Bilbao Ubillos, admite que os direitos fundamentais possam ter uma eficácia direta no âmbito das interações privadas, contudo, essa eficácia imediata é condicionada à existência, no caso, de uma relação assimétrica entre os particulares; por fim, a "versão intermediária", defendida, além de outros autores, pelo próprio Steinmetz, apregoa que a eficácia privada dos direitos fundamentais é uma questão de colisão de bens constitucionalmente protegidos e, portanto, deve ser resolvida por uma ponderação de bens e observados os preceitos do princípio da proporcionalidade. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, págs. 169-171.

[1331] Em sentido diverso, Jorge Reis Novais entende que mesmo nesses tipos de direitos fundamentais – que, aparentemente, estabelecem os particulares como destinatários – o que há são efeitos de proteção e obrigações de regulamentação das relações privadas oponíveis ao Estado. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 70-71.

dever de proteção em face das agressões externas, âmbito no qual estão inseridas as ações ofensivas que decorrem de comportamentos praticados por pessoas privadas [1332].

Assim, a tese em análise reconhece que os direitos fundamentais, além de outorgarem posições subjetivas aos indivíduos contra o Estado, também, são dotados de uma dimensão objetiva, a partir da qual, dentre outros efeitos, extrai-se a existência de uma eficácia privada dos direitos fundamentais, bem como a formação de deveres de proteção dirigidos contra o Estado que se vê obrigado a tutelar os valores, bens e interesses subjacentes às normas de direitos fundamentais, uma vez que podem ser postos em causa em razão de comportamentos agressivos oriundos de outros particulares.

Destarte, no plano do direito material, há uma relação angular a envolver o particular atingido em sua esfera jurídica, o particular responsável pela ação que afetou desvantajosamente o âmbito de proteção jusfundamental *prima facie* do primeiro ator privado e o Estado, o qual é chamado a exercer seu dever objetivo de tutela; no plano processual, obviamente, essa angularização permanece, sendo o Estado-jurisdição requerido a exercer, no caso concreto, proteção jusfundamental suficiente [1333].

Há, assim, para os adeptos desta teoria, uma *sobreposição parcial* entre os deveres estatais de proteção e a eficácia dos direitos fundamentais em face dos particulares; se por um lado, os imperativos de tutela oponíveis ao Estado vão bem mais além do que a proteção realizada na esfera das relações privadas e, por outra banda, há situações nas quais resta verificada uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais à revelia da existência de algum dever de proteção, há zonas de sobreposição em que os deveres de proteção acabam por definir a vinculação dos particulares às normativas jusfundamentais; entrementes, os deveres de proteção caracterizam-se como uma imagem mais abrangente e geram efeitos nos mais diversos âmbitos jurídicos, sendo a questão a envolver os efeitos dos direitos fundamentais na esfera das relações particulares, apenas, uma das diversas hipóteses possíveis em que impende sobre o Estado um imperativo de tutela jusfundamental; entrementes,

[1332] ANDRADE, José Carlos Vieria. *Os Direitos Fundamentais*, pág. 241.

[1333] Paulo Mota Pinto, em constatação similar, assevera que a adoção da tese dos deveres de proteção impostos ao Estado implica a visualização de uma "relação triangular" a envolver "lesante-Estado-vítima", a partir da qual o Estado deve observar um imperativo de tutela em face do direito fundamental de particular agredido por uma contuda de outra pessoa privada. PINTO, Paulo Mota. A Influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado Português. *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma perspectiva de Direito Comparado, págs. 145-163*. Organizadores: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007, pág. 157.

verificada essa *sobreposição parcial*, conclui-se que, apenas, o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, mas, ao ente público, também, compete à efetivação dos imperativos de tutela decorrentes dos direitos fundamentais, inclusive, no que se refere às agressões oriundas de um particular em face de outra pessoa privada; essa tarefa de proteção é realizada, precipuamente, pelo legislador, mas, também, pela Administração e pelo juiz, a partir do que os particulares serão atingidos pelos efeitos jusfundamentais; com efeito, sobrepondo-se os deveres estatais de tutela à eficácia privada dos direitos fundamentais, ter-se-á um aprimoramento da teoria da eficácia mediata, uma vez que existirão, além da atução do legislador, outros *mecanismos* de mediação entre as normativas constitucionais e os particulares, notadamente, a partir da realização judicial dos imperativos jusfundamentais de tutela [1334].

Ainda que possa parecer similar à doutrina da eficácia mediata, a tese dos deveres de proteção considera outros efeitos dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, eficácia que vai além do reconhecido pela primeira teoria citada; logo, ainda que não exista lei – produzida de acordo com o sistema de direitos fundamentais – a regulamentar a hipótese, bem como sejam insuficientes, para a solução do caso, a interpretação conforme à Constituição desta lei e a densificação de acordo com os direitos fundamentais das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a teoria dos deveres de proteção reconhece outros efeitos aos direitos fundamentais, notadamente, entende que, nas hipóteses descritas de ausência de intermediação legislativa, "o juiz está igualmente obrigado pelos deveres de protecção dos direitos fundamentais, pelo que, nas situações de claro déficit de protecção e de premente necessidade de o suprir, pode e deve intervir no sentido da protecção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares" [1335].

Assim, em outras palavras, pode-se dizer que a doutrina dos deveres de proteção, ainda que possa decorrer de concepções formuladas com base na ideia da eficácia mediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares, amplia a eficácia privada dos direitos fundamentais "para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo deveres aos poderes públicos (ao legislador, à Administração e ao juiz) a obrigação

[1334] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, págs. 87-96.
[1335] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 74.

de velarem efectivamente por que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas" [1336].

Nesses termos, segundo seus adeptos, a teoria dos deveres de proteção outorgaria tutela adequada aos particulares, mesmo nas situações em que não houvesse lei a regulamentar a hipótese, uma vez que, os direitos fundamentais, a partir de sua dimensão objetiva e dos correlatos deveres de proteção, produziriam efeitos no caso concreto, notadamente, pela vinculação objetiva do Estado, o qual deve outorgar tutela jusfundamental suficiente aos valores, bens e interesses atingidos.

De outro lado, a constatação de que as agressões aos direitos fundamentais podem advir, também, de comportamentos privados, não é estranha à tese dos deveres de proteção, ao contrário, essa questão é uma preocupação que acompanha o desenvolvimento desta doutrina; além disso, seus adeptos sustentam que as outras bandeiras a embasar a tese da eficácia imediata – garantia da força normativa da Constituição, tutela à liberdade individual e efetividade dos direitos fundamentais – são alcançadas de forma mais consistente pela tese dos deveres de proteção [1337].

Após definir os efeitos dos direitos fundamentais na elaboração e aplicação da legislação de Direito Privado, a doutrina dos deveres de proteção passa a analisar se há vinculação das próprias pessoas privadas às normas de direitos fundamentais, para o que a teoria em questão parte de três premissas teóricas para responder a questão da existência e, em caso positivo, do modo como ocorre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, notadamente, é buscada a definição dos destinatários dos direitos fundamentais, do objeto de controle pelos direitos fundamentais e, por fim, das funções dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas [1338].

Quanto ao primeiro ponto, a teoria dos deveres de proteção sustenta que os direitos fundamentais (exceto em situações específicas, na qual a própria Constituição estabelece uma vinculação direta dos particulares) são garantias jurídicas do indivíduo que se opõem, apenas, em face do Estado, sendo os entes públicos os únicos destinatários dessas normativas; se

[1336] ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 241-261*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 248.
[1337] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 77 e 80-81.
[1338] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, pág. 52.

levada a sério a teoria da eficácia imediata e, consequentemente, definidos os particulares como destinatários das normativas jusfundamentais na generalidade dos casos, ter-se-iam, dogmaticamente, consequências insustentáveis, dentre as quais se destaca o término da autonomia do Direito Privado, em razão da constitucionalização da regulamentação de grande parte das interações privadas [1339].

Por outro lado, como consequência da premissa de se considerar, apenas, o Estado, como destinatário dos direitos fundamentais, a doutrina dos deveres de proteção define, unicamente, os atos estatais como controláveis a partir dos direitos fundamentais, não sendo, portanto, os comportamentos privados sindicáveis, em regra, com base em um parâmetro de controle formado pelos direitos fundamentais [1340].

De resto, uma possível vinculação dos particulares aos preceitos jusfundamentais dá-se a partir da definição das funções dos direitos fundamentais na esfera das relações interprivadas e, nesse contexto, as funções clássicas dos direitos fundamentais enquanto proibições de intervenções excessivas não se mostram dogmaticamente adequadas para explicar a eficácia jusfundamental perante terceiros, pois, dentre outras razões, considerando-se que as ações particulares não são sindicáveis a partir dos direitos fundamentais, consequentemente, os comportamentos privados que atinjam bens e interesses de outros particulares não se encontram, regra geral, vedados pelos direitos fundamentais; assim, uma eficácia privada dos direitos fundamentais, para ser sustentável, deve encontrar outro acesso dogmático, sendo as funções de defesa e, correlativamente, o princípio da proibição do excesso, mecanismos inadequados para possibilitar o ingresso dos direitos fundamentais nesta seara [1341].

Excluída a função de defesa dos direitos fundamentais para explicar satisfatoriamente a eficácia jusfundamental perante terceiros, a doutrina dos deveres de proteção sustenta que, nas relações entre particulares, *funcionam* os direitos fundamentais de forma indireta, dirigindo-se, apenas, ao Estado, como exigências de tutela *mínima* dos valores, bens e interesses dos atores privados atingidos por comportamentos agressivos de outros particulares; assim, os direitos fundamentais mantém sua formatação inaugural de vincularem,

[1339] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 53-54.
[1340] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 55-56.
[1341] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 56-59.

apenas, o Estado, sendo que, neste caso, a vinculação se dá a partir da imposição pelos direitos fundamentais de deveres de proteção ao Estado, o que vai conjugado com o princípio da proibição da insuficiência [1342]; entrementes, o dever estatal de proteção surge "associado a um imperativo de protecção suficiente, formulado negativamente como *princípio de proibição do défice* (*Untermassverbot*)" [1343].

Ainda, uma vez comparada à teoria da eficácia imediata, a doutrina dos deveres de proteção não incidiria os mesmos equívocos daquela, bem como não daria causa a idênticos inconvenientes, pois manteria continuidade à ideia de serem os direitos fundamentais normativas dirigidas ao Estado, reservando-se aos particulares, em contrapartida, um campo livre para o exercício da autonomia privada, âmbito que pode ser diretamente comprimido, apenas, pela ação do legislador infraconstitucional.

Para ficar claro em que consistem e quais são os alegados equívocos e inconvenientes decorrentes da adoção da teoria da eficácia direta, necessário que sejam expostas as críticas que lhe são dirigidas, notadamente, os apontamentos que fazem os adeptos da teoria dos deveres de proteção, pois, ao fim e ao cabo, são essas duas teorias que permanecem como possíveis candidatas a explicar os efeitos perante particulares dos direitos fundamentais.

4.1. Críticas à teoria da eficácia imediata

Completa e poderosa crítica à teoria da eficácia imediata ou direta, em contrapartida à defesa da doutrina dos deveres de proteção, é articulada por Jorge Reis Novais [1344]; referidos apontamentos e objeções merecem uma análise mais detida, para, após, ser possível a tomada de posição acerca do tema.

Novais inicia pela contestação à tese – defendida pelos partidários da teoria da eficácia direta – de que, apenas, no Estado de Direito contemporâneo foi levada a sério a ideia de os bens e interesses protegidos pelos direitos fundamentais poderem ser atingidos, também, por

[1342] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 58-60.
[1343] ANDRADE, José Carlos Vieria. *Os Direitos Fundamentais*, pág. 242.
[1344] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 79-116; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018, págs. 95-211.

comportamentos particulares, constatação que deu ensejo à defesa de uma vinculação direta dos particulares às normas de direitos fundamentais.

Contudo, as coisas não se passam assim, pois, desde o advento do Estado de Direito liberal, já se tinha ciência de que as agressões aos direitos fundamentais poderiam decorrer de ações de pessoas privadas, mas, mesmo assim, os direitos fundamentais nunca foram desenhados de forma a imputar aos particulares a condição de destinatários dessas normas constitucionais; a filosofia subjacente ao Estado de Direito liberal tinha por meta impor freios – os quais acabaram por ser jurídicos – ao Estado, de forma a que não interviesse na liberdade individual e na propriedade privada, sendo que, para a defesa desses bens, os direitos fundamentais foram formatados, inauguralmente, como direitos de defesa dos indivíduos oponíveis ao Estado; de resto, em face de possíveis agressões à liberdade advindas de comportamentos particulares, o Estado possuía um dever de proteção, notadamente, pela imposição jusfundamental dirigida ao ente público de garantir a segurança dos indivíduos no que tange às suas liberdades e propriedades.

Atualmente, esses pilares, os quais sustentam o Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado, permanecem os mesmos, em sua essência, a partir do que, ainda hoje, os direitos fundamentais são direitos dos indivíduos em face do Estado e a tutela da liberdade individual, em razão de possíveis agressões de particulares, configura-se como um dever estatal de proteção; não houve, propriamente, uma mudança e consequente tomada de consciência de que as agressões aos direitos fundamentais podem, também, ocorrer em razão de condutas particulares, mas, ao contrário disso, pode-se dizer que essa preocupação sempre esteve presente desde o advento do Estado de Direito liberal; com efeito, esse argumento não justifica uma mudança na forma de se compreender os direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas, razão pela qual devem ser mantidos conforme sua formatação inicial de direitos dirigidos contra o Estado, sendo este o seu único destinatário.

Não existe nenhum dado a indicar que essas específicas garantias jurídicas da liberdade individual, construídas como direitos em face do Estado, venham a funcionar com efetividade, na forma de direitos subjetivos, enquanto garantias da mesma liberdade individual no âmbito das relações particulares; ao contrário disso, da adoção da teoria da eficácia imediata decorre um enfraquecimento dos direitos fundamentais, pois, nas situações em que dirigidos contra o Estado, caracterizam-se como garantias jurídicas fortes, como *trunfos contra a maioria*, os

quais somente cedem quando o Estado esgrimir a favor da medida restritiva razões mais fortes e observar os *limites aos limites dos direitos fundamentais*, entretanto, caso aplicados de forma direta às relações entre particulares, na qualidade de normas originadoras de direitos subjetivos jusfundamentais, a força das garantias jurídicas corroí-se, uma vez que, na enorme maioria dos casos, o particular, autor do comportamento que afetou a esfera de liberdade do outro, igualmente, defenderá sua conduta com base nos direitos fundamentais, ocorrendo, assim, uma neutralização da sua força normativa; logo, se transportados para o âmbito das relações particulares, nos termos pretendidos pela teoria da eficácia direta, os direitos fundamentais, nesse novo contexto, perderão a qualidade de *trunfos*, acabando por ser o direito subjetivo jusfundamental relativizado a depender da hipótese, notadamente, pela não incidência das mesmas barreiras jurídicas que limitam as ações estatais restritivas; o Estado não é titular de direitos fundamentais e dificilmente se vale de razões jusfundamentais para justificar a restrição, contudo, no plano das relações interprivadas, ambos os lados invocam os direitos fundamentais para fundamentar suas pretensões o que, ao final, acaba por esvaziar as garantias jurídicas e, consequentemente, faz com que percam a qualidade de *trunfos*.

Novais prossegue e sinaliza a debilidade da teoria da eficácia imediata no que se refere à vinculação dos particulares ao princípio da igualdade, pois, ao passo em que confrontados com a possibilidade de aplicação direta da exigência de igualdade às relações privadas, os adeptos da teoria da eficácia direta adotam estratégias de fuga, notadamente, defendem a redução ou, até mesmo, a exclusão da vinculação direta dos particulares ao princípio da igualdade, em razão do princípio da autonomia privada; não obstante, as razões de fundo que justificam a vinculação direta dos particulares aos demais direitos fundamentais são as mesmas que imporiam, também, o reconhecimento de existir um direito subjetivo ao tratamento igualitário na esfera de relações privadas, de forma a não ser verificado qualquer fundamento para a diferenciação.

A teoria dos deveres de proteção, ao contrário, propõe um tratamento uniforme para a matéria, de maneira que a vinculação dos particulares ao princípio da igualdade e aos direitos fundamentais ocorre, sempre, a partir da mediação do Estado, razão pela qual, em não havendo determinação estatal em sentido contrário, os particulares são livres e encontram sua esfera de autonomia privada excluída de uma vinculação direta às exigências constitucionais de tratamento igualitário.

De outro lado, se a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, efetivamente, fosse levada a sério, essa aplicabilidade imediata implicaria, também, a exigência de observância do princípio da proporcionalidade pelos particulares; isso ocorria porque, a considerar a existência de um direito subjetivo jusfundamental de um particular em face de outro, a vinculação ao princípio da proporcionalidade é conexa e inafastável; assim, todo o comportamento particular, que de alguma forma atingisse desvantajosamente a esfera de liberdade de outro indivíduo, estaria condicionado a observar os ditames da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que acabaria por comprimir demasiadamente a autonomia privada, bem como prejudicar a força normativa dos direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas.

Ainda, da adoção da teoria da eficácia imediata decorre comprometimento ao princípio constitucional da separação dos poderes do Estado; a concretização dos direitos fundamentais compete, precipuamente, ao legislador democraticamente eleito, o que abrange a normatização das relações privadas e a efetivação dos deveres estatais de proteção dirigidos à defesa dos particulares em face de possíveis agressões perpetradas por outros indivíduos. Contudo, para a teoria da eficácia imediata, em não havendo lei a regulamentar a hipótese, o juiz assumiria o protagonismo no papel de concretização dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, pois, a considerar a existência de direitos subjetivos jusfundamentais de um particular contra o outro, as margens de intervenção do juiz na esfera privada seriam alargadas o que, em contrapartida, comprimiriam o espaço de deliberação do legislador. A tese dos deveres de proteção não incidiria nesse erro, uma vez que apregoa uma intervenção mais *moderada* do juiz, ante a ausência de legislação privada a regulamentar o caso, de forma a que somente possa intervir restritivamente na autonomia privada, nos termos da *Untermaβverbot,* quando for claro o déficit de proteção dos bens e interesses individuais atingidos.

De resto, o autor faz, ainda, alguns últimos apontamentos, os quais, em linhas gerais, destacam que a adoção *séria* da teoria da eficácia direta implicaria a corrosão da força normativa da Constituição, a degradação dos direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas e a aplicação dessas normas constitucionais em detrimento da liberdade e autonomia individuais; por fim, contesta a ausência de tratamento, pelos adeptos da teoria da eficácia imediata, de questões estreitamente relacionadas à ideia de vinculação direta dos particulares,

quais sejam a problemática da renúncia de direitos fundamentais e a questão de serem as pessoas privadas destinatárias, também, das normas de direitos fundamentais sociais.

Assim, expostas as críticas que pesam em face da teoria da eficácia direta, bem como definidos os argumentos em prol da doutrina dos deveres de proteção, é necessário que, como passo seguinte, seja tomada posição acerca do tema.

5. Posição adotada

5.1. Considerações às críticas à teoria da eficácia imediata

Como passo seguinte, a possibilitar, após, uma justificação adequada para uma concepção própria acerca da eficácia dos diretos fundamentais perante terceiros, nos termos da Constituição Federal brasileira, é necessário que sejam enfrentadas as fortes e consistentes críticas, já expostas, articuladas por Jorge Reis Novais, apontamentos que pesam em face da teoria da eficácia direta ou imediata.

Nesse sentido, o autor possui razão ao dizer que, já no próprio Estado de Direito liberal, havia *consciência* acerca da possibilidade de os perigos aos direitos fundamentais advirem, também, de comportamentos particulares, não sendo o Estado, portanto, o único inimigo dos valores, bens e interesses subjacentes às garantias jusfundamentais; não obstante, pode-se ir mais além e sustentar que esta *consciência* se fazia tão presente que a utilização da proteção conferida pelos direitos fundamentais, enquanto garantias jurídicas a funcionar no âmbito das relações privadas, já era sinalizada como algo desejável desde aquela época, em relação à tutela de alguns valores, bens e interesses.

Como exemplo do que se está a dizer, veja-se que as declarações de direitos que decorreram da revolução francesa e da independência das colônias norte-americanas já concebiam os direitos fundamentais como garantias que iam além de proporcionar a defesa individual em face das investidas do Estado, sendo, também, destinadas para a tutela dos particulares contra agressões oriundas de outras pessoas privadas, notadamente, pela

consagração de um direito fundamental à segurança [1345]; nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, "uma breve leitura da Declaração de Direitos de Virginia, de 1776, especialmente em seu art. 3° [1346], e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sobretudo em seu art. 2° [1347], pode dar uma ideia do quanto a segurança dos cidadãos em suas relações entre si eram fortes elementos da teoria e da prática dos direitos fundamentais" [1348].

Assim, a constatação de serem os particulares, também, potenciais agressores dos direitos fundamentais, é uma realidade presente já no Estado de Direito liberal e, além disso, a fundamentalização do direito à segurança, à época, demonstra que havia clara intenção de que os direitos fundamentais produzissem efeitos no âmbito das relações particulares, ainda que o Estado tenha sido definido como *mediador* dessa vinculação; com efeito, a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a busca pela proteção jusfundamental à liberdade individual dos particulares, no âmbito das relações que empreendem entre si, não constituem nenhuma inovação.

Apesar de se poder sustentar que a *consciência* deste fato – agressão aos direitos fundamentais pode advir de ações particulares – estar presente no Estado de Direito liberal, e que, não obstante referida premissa, nunca se cogitou que os mesmos direitos fundamentais originassem direitos subjetivos de um particular em face de outro, também é verdade que a ideia de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a existência de deveres de proteção ainda não havia sido formatada.

Logo, o que se quer deixar a mostra, é a existência de uma preocupação, presente desde o advento do Estado de Direito liberal, de que a tutela da liberdade individual em face de agressões advindas de comportamentos particulares era algo necessário, contudo, as maneiras pelas quais essa tutela poderia ser realizada pelos direitos fundamentais não eram claras, pois, apesar de não se cogitar de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, também, não estava definida a existência de deveres objetivos de proteção; em outras palavras, a necessidade de os direitos fundamentais ou, ao menos, alguns deles, produzirem

[1345] A expor a positivação, já na Constituição Francesa de 1793, de outros direitos fundamentais que impunham deveres prestacionais ao Estado: CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pág. 15.
[1346] "O governo deve ser instituído para o benefício comum, para a proteção e para a segurança da população, da Nação ou da comunidade".
[1347] "O objetivo de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".
[1348] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*, págs. 137-138.

efeitos nas relações interpessoais era algo claro, apesar de não haver definição acerca da forma pela qual essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deveria ocorrer, ou seja, se de maneira direta, indireta ou pelos deveres de proteção.

Ainda, deve ser acrescentado que o *liberalismo*, enquanto ideológica filosófica e política, buscava a maior separação possível entre o Estado e a sociedade, não havendo preocupação com uma isonomia material, razão pela qual é bem claro que a formatação inaugural dos direitos fundamentais buscou a proteção dos interesses que eram relevantes à classe dominante – burguesia – sendo o resto das relações privadas empreendidas com base em um verdadeiro *darwinismo social*, em relação ao qual o Estado não deveria interferir.

Contudo, ao passo em que as interações sociais foram ficando mais complexas e diversas, bem como alteradas as bases em face das quais se sustentavam as relações entre o próprio Estado e sociedade, a necessidade de haver uma eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das interações privadas foi se tornando uma exigência cada vez mais forte, pois vários bens e interesses que recebiam proteção jusfundamental em face de ações e omissões do Estado ficaram descobertos no que se refere às possibilidades de afetação negativa oriunda de ações particulares ou, dito de outro modo, a garantia à liberdade individual passou a exigir novos instrumentos jurídicos, notadamente, a incidência mais consistente dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo, apenas, o direito à segurança tornado-se um mecanismo insuficiente.

Enquanto que no Estado de Direito liberal o direito à segurança *dava conta do recado* e supria as necessidades da burguesia de que a liberdade individual e propriedade privada fossem tuteladas em face de potencias agressões oriundas de particulares, no Estado de Direito social e democrático houve a necessidade de os limites aos comportamentos particulares serem demarcados por uma mais ampla aplicação dos direitos fundamentais às relações interprivadas, uma vez que são outras e maiores as exigências inerentes ao respeito, proteção e promoção à dignidade da pessoa humana e, de outro lado, maiores as possibilidades de agressões por parte dos atores privados.

Entrementes, é justificável uma alteração na concepção mais conservadora acerca dos direitos fundamentais – direitos contra o Estado – para uma visão que responda melhor às exigências da sociedade moderna; assim, como o Estado de Direito liberal evoluiu para o Estado de Direito social e democrático, os direitos fundamentais, igualmente, alteraram sua

conotação inaugural de direitos oponíveis, apenas, ao Estado, para direitos que vinculam diretamente as pessoas privadas.

Ainda que, a princípio, todos os direitos fundamentais sejam aplicáveis de forma imediata às relações privadas, eles não se colocam neste espaço, assim como não se estabeleciam quando esgrimidos em face do Estado, na forma de direitos absolutos, sendo que, igualmente, podem ser afetados desvantajosamente, o que variará a depender das circunstâncias de cada caso concreto, bem como do direito fundamental aplicável à hipótese; o traslado dos direitos fundamentais para o âmbito das relações particulares, nos termos propostos pela teoria da eficácia imediata, não desqualifica a força jurídica dos direitos fundamentais, uma vez que, apenas, irão ceder, quando, no caso concreto, o outro particular sustentar razões mais fortes.

Não que essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ocorra nos mesmos termos da que acontece em face do Estado, mas, sim, que seja elaborada de forma a levar em conta as diferenças entre os direitos fundamentais e o necessário respeito ao espaço reservado à autonomia privada; no sentido dos dizeres de Jorge Miranda, ao se referir ao princípio da autonomia privada, considera-se que tal preceito não se configura como uma grandeza absoluta, sendo que "pode e deve ser limitado, em contrapartida – sob pena de ser vulnerado no seu conteúdo essencial – vai condicionar em larga medida a aplicação dos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas" [1349].

Nessa linha de raciocínio, Wilson Steinmetz sustenta que a autonomia privada pode ser definida "como o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulamentem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões)", sendo que, apesar de se constituir como um elemento central para o Direito Privado, não é concebida como uma garantia absoluta, pois é corriqueira a imposição de restrições pelo legislador em face de referido princípio; além disso, nem mesmo no Estado de Direito liberal – onde a autonomia privada possuía ainda maior relevância para a estruturação das relações particulares – o princípio era tido como uma ideia absoluta, havendo limites impostos pelo próprio Direito Privado, os quais alcançavam, inclusive, a liberdade contratual; assim, arremata o autor, "é alarmista e infundada a objeção, desde a teoria da eficácia mediata,

[1349] MIRANDA, Jorge. *Manual, Tomo IV*, pág. 302.

segundo a qual os direitos fundamentais como limites diretos ou imediatos à autonomia privada poderiam conduzi-la à eliminação" [1350].

Destarte, a autonomia privada, desde sempre, foi tida como um princípio que poderia ser limitado por razões contrapostas e, mesmo assim, nunca houve maiores preocupações com um possível esvaziamento do princípio; não se vê, assim, como a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, o que, ao final de tudo, iria implicar a imposição pontual e concreta de intervenções restritivas pelo juiz em face da autonomia privada de particulares determinados, poderia comprometer de forma minimamente significativa o princípio, o qual, como destacado, já é rotineiramente restringido em sua previsão abstrata pelo legislador.

De outro lado, no que se refere à crítica de uma possível *neutralização* da força normativa dos direitos fundamentais, o que ocorreria na hipótese de serem aplicados diretamente às relações interprivadas, uma vez que, em ambos os lados, haveria um titular de direito fundamental a sustentar a sua posição em face do outro, o que não se verifica nas interações entre Estado e indivíduo, tem-se a dizer que, efetivamente, o Estado não é titular de direitos fundamentais, mas o argumento de que, dificilmente, pode se valer de razões jusfundamentais para justificar uma restrição já é discutível; na grande maioria dos casos, a promoção dos valores, bens e interesses constitucionais, buscada pela maioria, é sustentada a partir da necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

Para ilustrar o que se está a dizer, veja-se que, no *Apothekenurteil* [1351], precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão já trabalhado neste estudo, a restrição legislativa que afetava o direito fundamental à liberdade profissional era motivada pela necessidade de proteção à vida e saúde dos indivíduos, bens jusfundamentais que poderiam ser comprometidos por um comércio desmedido de medicamentos.

Para que o Estado possa restringir um direito fundamental, é indispensável que esteja a buscar a garantia de respeito, a promoção ou proteção de outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente garantidos, não sendo bens infraconstitucionais causas suficientes para fundamentar uma restrição; logo, do outro lado do conflito, está a motivar a ação restritiva do Estado, outro direito fundamental ou, no mínimo, um interesse, bem ou valor constitucionalmente tutelado a expressar um interesse público de persecução necessária,

[1350] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, págs. 189-197.
[1351] Parte I, Capítulo II, 1.

sendo que, nesse âmbito, não se fala em *relativização* ou, até, *neutralização* da força normativa dos direitos fundamentais.

O que deve ser pontuado é a diferença existente entre os efeitos decorrentes da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações entre Estado e indivíduo e das verificadas quando da incidência direta em face das interações estritamente privadas.

No primeiro caso, a construção dos direitos fundamentais como *trunfos contra as maiorias* é plenamente satisfatória e explica com clareza a força jurídica que um direito fundamental, na condição de posição subjetiva individual, possui em face das pretensões da maioria, devendo-se, contudo, ter em mente que, em geral, existem razões jusfundamentais – ainda que não na forma de direitos subjetivos – a embasar a vontade majoritária e a consequente restrição que, após, vai ser oposta em face da pretensão individual trunfada e que possui vontade de resistência a partir de uma posição subjetiva jusfundamental (a qual, apenas, pode ser afetada desvantajosamente de forma proporcional).

De outro lado, nas relações entre pessoas privadas, apesar de ambas as partes serem titulares e destinatárias de direitos fundamentais, aquele particular que sofre uma ação agressiva de outro particular em sua esfera jusfundamentalmente protegida – ainda que o comportamento agressivo seja *prima facie* protegido por outro direito fundamental – tem a possibilidade de resistir contra essa conduta a partir da aplicação direta de normativas jusfundamentais ao caso, ainda que, nessa situação, os direitos fundamentais percam o caráter de *trunfos contra a maioria*; isso ocorre por dois motivos: a primeira razão está no fato de ambas as partes serem titulares de direitos fundamentais; o segundo fundamento encontra-se no fato de o princípio da proporcionalidade, a ser aplicado em face dessa específica relação jurídica e destinado a resolver esse preciso caso de direito fundamental, ser instrumentalizado como um instrumento orientador da ponderação judicial a resolver a colisão jusfundamental verificada e não como uma proibição do excesso (face do princípio relacionada aos direitos fundamentais quando operam como *trunfos contra as maiorias*).

Assim, apesar de os direitos fundamentais, quando aplicados diretamente às relações interprivadas, perderem o caráter de *trunfos contra as maiorias*, referidas garantias constitucionais mantém essa característica na relação entre Estado e indivíduo; entrementes, não há uma *neutralização* ou *perda da força normativa* dos direitos fundamentais, uma vez que, apenas, ocorre uma adaptação e refuncionalização dessas figuras jurídicas para

resolverem outras questões pertinentes à dignidade da pessoa humana, o que não corroí ou compromete, em absoluto, sua função clássica de garantias individuais fortes em face do Estado.

Por outra banda, no que se refere às interações particulares, partindo-se da premissa de a autonomia privada configurar, por si, um direito fundamental ou, no mínimo, poder ser reconduzida e se apoiar em outros direitos fundamentais, o fato de existir, em ambos os lados, um direito fundamental, a relação não difere, neste aspecto específico, da conformação das colisões jusfundamentais no âmbito das relações entre Estado e indivíduo; veja-se que mesmo nas relações entre Estado e indivíduo, os direitos fundamentais (à exceção dos positivados em regras constitucionais) estabelecem, em regra, garantais *prima facie* e não prevalecem automaticamente e de forma definitiva contra as razões esgrimidas pelo Estado, sendo necessária uma ponderação constitucionalmente correta entre os valores, bens ou interesses em conflito para que se possa alcançar a solução do caso.

A comprovação de que os direitos fundamentais podem servir, eficientemente, como garantias jurídicas da liberdade individual, se aplicados diretamente no âmbito das interações privadas, ainda, não foi feita neste estudo, contudo, não é sustentável o argumento de que, caso adotada a teoria da eficácia imediata, haveria uma *neutralização* da força normativa das garantias jusfundamentais, pois, como visto, fenômeno análogo ocorre quando os direitos fundamentais são manejados em face de investidas estatais; portanto, apesar de existirem diferenças entre as formas pelas quais os direitos fundamentais operam em face do Estado e nas relações privadas, no que se refere a este aspecto específico, a situação é similar, pois, apenas, razões jusfundamentais ou, no mínimo, motivos constitucionais podem justificar uma restrição, enquanto que, de outro lado, no âmbito das interações privadas, somente uma idêntica justificação jusfundamental é causa suficiente para que a autonomia privada possa prevalecer em face de outro direito fundamental colidente.

Além de se basear em interesses constitucionais ou jusfundamentais, para que possa encontrar justificação constitucional, uma restrição deve observar os *limites aos limites* dos direitos fundamentais; por sua vez, não basta que um particular se valha de sua autonomia privada para justificar qualquer comportamento não vedado pela lei, sendo que, caso atinja desfavoravelmente a liberdade individual alheia, essa conduta somente prevalecerá se observar alguns requisitos, notadamente, o princípio da proporcionalidade, na conformação

específica que possui ao acompanhar a incidência direta dos direitos fundamentais às relações particulares.

Na sequência dos apontamentos críticos destacados, encontra-se a objeção de que os adeptos da teoria da eficácia imediata não estenderiam a aplicação direta do princípio da igualdade às relações particulares ou, na melhor das hipóteses, atenuariam essa aplicação; na verdade, a objeção não procede, pois a aplicação imediata abrange, também, o princípio da igualdade, o que ocorre, contudo, é que, muitas vezes, a imposição a determinado particular de um tratamento igualitário ou de um tratamento diferenciado e, ainda, a vedação de discriminação [1352] de outra pessoa privada, pode causar uma ingerência muito intensa na esfera de liberdade e autonomia pessoais o que implica a não prevalência do princípio da igualdade no caso concreto.

Veja-se, por exemplo, a hipótese aventada por Jorge Reis Novais, na qual indica haver inconstitucionalidade, por violação à igualdade, na ação do Estado que, motivado por questões ideológicas, nega a admissão de determinada pessoa aos quadros do serviço público, mas, de outro lado, sustenta não haver qualquer comprometimento à igualdade se um particular, motivado pelas mesmas questões ideológicas, recusa-se a convidar um indivíduo para uma comemoração particular [1353].

Apesar de a solução estar correta para ambas as hipóteses, isso não significa, nos termos sustentados pelo autor, que os particulares não sejam, também, destinatários do princípio da igualdade; o que há, são diferentes pressupostos fáticos em cada situação, pois, caso fosse imposto ao particular, por exigência de tratamento igualitário, a obrigação de convidar determinado indivíduo para uma festa privada, não obstante a repulsa que sente pelo posicionamento ideológico da pessoa, haveria uma afetação muito intensa em face da liberdade, intimidade e autonomia pessoais, o que implica a prevalência desses direitos fundamentais em detrimento do princípio da igualdade; de outro lado, essas circunstâncias não se fazem presentes quando o autor da discriminação é o Estado, estando vedado, assim,

[1352] Segundo Wilson Steinmetz, do princípio constitucional da igualdade extraem-se três comandos normativos, a saber: em uma dimensão normativa positiva, o princípio da igualdade ordena um tratamento igual entre pessoas, coisas ou situações iguais, bem como impõe um tratamento diferente entre pessoas, coisas ou situações diferentes; de outro lado, a dimensão normativa negativa do princípio da igualdade estabelece uma proibição de tratamento discriminatório. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, págs. 235-247.
[1353] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, pág. 97.

ao ente público rejeitar, por motivos ideológicos, a admissão de pessoa aprovada no concurso público.

Não se pode esquecer que, quando da aplicação direta do princípio constitucional da igualdade às relações particulares, estão em causa, além dos comandos decorrentes do mandamento de isonomia, a autonomia privada e a liberdade individual dos particulares, fatores que, na relação entre Estado, indivíduo e igualdade, não se fazem presentes; destarte, a depender do caso concreto e dos vetores a nortear a ponderação destinada à resolução da colisão de bens e interesses verificada, o princípio da igualdade possui a potencialidade de embasar uma intervenção restritiva à autonomia privada.

Nesse sentido, Luis Prieto Sanchís sustenta, por exemplo, que aos particulares, com base no direito fundamental à liberdade religiosa, é permitido um ato de liberalidade destinado para qualquer confissão religiosa de sua escolha, mas, ao Estado, tal comportamento diferenciador é vedado; contudo, isso não ocorre porque os particulares não estão diretamente vinculados ao princípio da igualdade, mas, sim, em razão de que, em relação ao Estado, não há de se falar em liberdade religiosa e, consequentemente, tal razão jusfundamental não está a apoiar a conduta diferenciadora [1354].

Posicionando-se pela existência de uma vinculação direta dos particulares ao princípio constitucional da isonomia, Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do RE 161.243, entendeu que aos funcionários de nacionalidade brasileira da empresa *Air France* deveriam ser estendidos os mesmos benefícios e igual plano de carreira aos assegurados pela companhia aos empregados franceses, uma vez que o parâmetro de *descrimen* utilizado pela empresa – nacionalidade dos seus servidores – se mostrava incompatível com o princípio da igualdade e, como tal, inconstitucional; assim, o STF entendeu "que o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação" [1355].

O que não se pode é negar a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais e, inclusive, ao princípio da igualdade e a possibilidade deste último funcionar como *limite* à vontade individual; imagine-se, por exemplo, a hipótese de determinado clube social privado negar-se a aceitar o ingresso de determinadas pessoas em seus quadros, por motivos referentes à cor, gênero ou orientação sexual; parece evidente que, no caso, mesmo à revelia de

[1354] SANCHÍS, Luis Pietro. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madri: Debate, 1994, págs. 214-215.
[1355] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*, pág. 94.

legislação infraconstitucional específica que vede referido comportamento discriminatório, a conduta seria proibida, em razão de uma vinculação direta dos atores privados ao princípio da igualdade, notadamente, ao mandamento de vedação à discriminação.

Isso porque, como expresso na feliz descrição elaborada por Wilson Steinmetz, "o princípio da igualdade não é uma norma que ordena, *sempre*, o tratamento igual ou proíbe, *sempre*, o tratamento desigual", seus comandos concretos estão a depender da situação fática, das pessoas envolvidas, dentre outras variáveis; por outro lado, a aplicação concreta do princípio da igualdade, além de ser baseada em uma relação de "comparação entre pessoas, coisas ou situações com base na eleição de determinado termo", requer seja verificada, para fins de justificação de um tratamento igual ou desigual por determinado sujeito, a "*finalidade* ou *objetivo* que se deseja alcançar ou promover com esses tratamentos" [1356].

Com efeito, a comparação entre o Estado e as pessoas privadas, no que se refere aos mandamentos oriundos do princípio constitucional da igualdade, é de todo problemática, pois há diferença significativa entre os pressupostos fáticos a envolver as hipóteses, entre os sujeitos destinatários das normas, bem como não se confundem as finalidades que devem ser buscadas pelo Estado com os objetivos de alcance permitidos aos particulares, podendo, assim, um comportamento diferenciador ser vedado a um e permitido a outro.

De resto, o que o princípio da igualdade proíbe é que o tratamento igual ou desigual seja injustificado ou que o parâmetro para diferenciação ou nivelação em que se baseou o comportamento não seja razoável, motivo pelo qual, em razão das características pessoais de cada indivíduo, das circunstâncias fáticas a envolver o caso, bem como da finalidade buscada pelo sujeito com a conduta que originou um tratamento desigual ou isonômico, o mesmo comportamento que pode ser vedado para o Estado pode, de outro lado, ser permitido aos particulares.

Em prosseguimento, de se avaliar a crítica referente a um possível desequilíbrio, causado pela adoção da teoria da eficácia imediata, no princípio constitucional da separação dos poderes, a partir da redução dos espaços de conformação da Constituição e regulamentação das relações privadas atribuídos, em Estado de Direito, ao legislador democraticamente eleito, em contrapartida com o acréscimo outorgado ao juiz para resolver os conflitos particulares

[1356] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, págs. 233-234.

mesmo à revelia de lei; esse desequilíbrio ocorreria porque a teoria da eficácia direta, ao estabelecer que os particulares são destinatários das normas de direitos fundamentais, autoriza que o juiz, diante de um caso concreto, no qual, ambos os atores privados esgrimem, um em face do outro, posições subjetivas *prima facie* protegidas por direitos fundamentais, resolva a questão valendo-se da aplicação direta das normas constitucionais ao caso, não obstante a ausência de decisão legislativa a conformar a relação privada em questão; há, assim, comprometimento dos *poderes* do legislador e um aumento significativo das margens de decisão entregues à jurisdição.

Não obstante o apontamento crítico, não parece que seja assim; na verdade, a função precípua de regulamentar as relações privadas e concretizar os direitos fundamentais nesta esfera continua a ser do legislador democraticamente eleito, sendo que a teoria da eficácia imediata não nega este fato, bem como não restringe sua abrangência; isso porque, pela teoria da eficácia imediata, o juiz, apenas, atua nos espaços deixados pelo legislador, ou seja, só busca nas normas constitucionais a solução para o caso nas hipóteses em que o legislador privado se absteve de regulamentar a questão.

O legislador continua a ter a função precípua de decidir e realizar ponderações a envolver os interesses privados conflitantes, contudo, caso se omita, o juiz está autorizado a agir; mas, veja-se que, em sobrevindo decisão do legislador, esta prevalecerá (a não ser que não tenha observado o princípio da proibição do excesso), mesmo que a jurisprudência tenha orientado que a solução de determinado caso a envolver uma colisão jusfundamental na esfera privada ocorra desta ou daquela forma; em outras palavras, em não havendo lei, o juiz decidirá a hipótese a partir da aplicação direta das normas de direitos fundamentais, mas se, posteriormente, o legislador agir e regulamentar a questão, nos próximos casos, o juiz deverá aplicar a lei, a qual, obviamente, será submetida a controle de constitucionalidade devendo observar os *limites aos limites* dos direitos fundamentais.

Sob outro aspecto, considera-se que, no fundo, a doutrina dos deveres de proteção, também, não escapa deste problema, pois, chegando determinado caso ao Poder Judiciário, no qual alguém sustenta possuir um *direito* em face de outrem, o juiz terá de decidir, em razão do disposto pelo princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional; assim, em se tratando de uma relação particular não regulamentada pelo legislador privado, a solução para o caso será do juiz e, independentemente da adoção da teoria dos deveres de proteção ou da doutrina da

eficácia imediata, a base normativa aplicável à hipótese será a Constituição; mesmo que, com a adoção da doutrina dos deveres de proteção, o juiz atue de forma mais contida, o fato é que, no caso, a *ultima palavra* será dele, mesmo não havendo lei a regulamentar a relação particular em questão; logo, por uma teoria ou pela outra, em o legislador se omitindo, a jurisdição assumirá, ainda que de forma circunstancial, o papel de protagonismo e concretizará a Constituição de maneira a regulamentar a relação privada em causa.

Outra preocupação levantada por Jorge Reis Novais se refere a uma possível *vulgarização* da figura jurídica dos direitos fundamentais, em razão da expansão demasiada de seus destinatários e do seu campo de aplicação, o que somente não ocorreria se, efetivamente, não fossem adotados todos os termos e consequências da teoria da eficácia imediata, assim, se levadas a sério todas as premissas sustentadas por referida doutrina, a partir da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, haveria sério risco de esvaziamento da liberdade individual e da autonomia privada.

A grande questão a envolver esses apontamentos é que o autor não aceita que os direitos fundamentais possam vincular os particulares de forma diversa da qual se impõem em face do Estado; logo, em sendo a força normativa dos direitos fundamentais, bem como os termos pelos quais o princípio da proporcionalidade opera, similares em quaisquer das hipóteses, haveria uma compressão extrema da autonomia privada, passando os particulares a verem sua liberdade individual, ao invés de protegida, reduzida pelos direitos fundamentais.

Não obstante, sustenta-se, neste estudo, posição diversa, sendo que, inclusive, todo o desenvolvimento do trabalho foi realizado no sentido de expor essa ideia, qual seja o princípio da proporcionalidade e, consequentemente, a aplicação dos direitos fundamentais, ocorrem de forma diferente, a depender do problema jusfundamental de base; com efeito, será demonstrado, na sequencia, que o *modus operandi* do princípio da proporcionalidade, quando dirigido, juntamente com os direitos fundamentais, a regulamentar as interações privadas, ocorre de forma a não esvaziar a autonomia privada e a liberdade individual; assim, com a conotação específica que recebem quando de sua incidência em face das relações privadas, os direitos fundamentais, bem como a Constituição, mantém sua força normativa preservada e, de outro lado, não atuam de forma a comprometer a autonomia e liberdade individuais.

Diga-se, ainda, não há nada a proibir que os direitos fundamentais possam operar de forma diversa quando aplicados às relações privadas, ao contrário disso, a história evolutiva

dessas específicas figuras jurídicas demonstra que sempre observaram um desenvolvimento de forma a ingressar em outros campos e apresentar tutela jurídica a novos valores, bens, interesses ou, inclusive, situações que passaram a carecer de proteção, no caso, jusfundamental; de direitos naturais do homem, passaram a direitos constitucionalizados dirigidos para a defesa da liberdade, propriedade e segurança individuais, plataforma da qual saltaram, posteriormente, para agregar outra dimensão, ou seja, foram configurados como direitos sociais, decorrentes da exigência de igualdade material, a partir do que passaram a ter funções diferentes e formas de aplicação diversas; depois, especialmente com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, foi reconhecido que possuem uma dimensão objetiva, em razão da qual, dentre outros, geram efeitos no âmbito das relações privadas, bem como passaram a ser aplicados conjugadamente com o princípio da proporcionalidade.

Logo, pretender que tenham eficácia direta às relações privadas é algo condizente com a história dos direitos fundamentais, pois, em nenhum momento de seu processo evolutivo, foram definidos de forma fechada e avessa ao recebimento de novas aplicações; além disso, toda multifuncionalidade e força expansiva que possuem depõem a favor da possibilidade de adaptação dos direitos fundamentais para que possam servir como garantias jurídicas a incidir diretamente no plano das relações privadas.

Por fim, no seguimento das críticas expostas, ainda, pende seja considera a questão referente à vinculação dos particulares aos direitos sociais, bem como seja abordado o tema a envolver a renúncia de direitos fundamentais.

Quanto ao primeiro ponto, tem-se a dizer que os particulares também são destinatários dos direitos fundamentais sociais, podendo haver, assim, a aplicação direta de direitos fundamentais dessa natureza às relações privadas; essa vinculação, como a que, em geral, decorre dos direitos fundamentais, opera de forma *prima facie* e depende das circunstâncias do caso concreto e da (in) existência de colisão com outro direito fundamental para se transmudar em vínculo jusfundamental definitivo e exigível.

Veja-se, por exemplo, a seguinte hipótese: um particular, em um estado de saúde delicado e a necessitar de atendimento médico urgente, com risco, inclusive, de vir a óbito se não for tratado imediatamente, diante da inexistência de instituição hospitalar pública na localidade, é levado ao serviço de emergência de determinado hospital privado, sendo que, no local, lhe é negado atendimento, motivando a instituição privada sua decisão, por razões de incapacidade

financeira do paciente; no caso, e diante das circunstâncias concretas, notadamente, pelo comprometimento do direito fundamental à saúde e, talvez, perecimento à vida, o que ocorreria se não fosse prestado urgente socorro especializado ao paciente, parece claro que haveria uma obrigação jusfundamental do hospital privado a prestar o atendimento médico, independentemente de pagamento imediato de valores financeiros e mesmo à revelia de legislação que lhe determinasse tal conduta, uma vez que o nosocômio particular se encontra vinculado à proteção do direito fundamental à saúde do paciente; a existência de um direito fundamental definitivo à saúde do particular que necessita atendimento em face do hospital privado decorre de uma ponderação concreta entre os interesses jusfundamentais em conflito, devendo haver prevalência do direito à saúde em relação à pretensão de satisfação de crédito do hospital, a qual, diga-se, pode ser obtida por outras vias jurídicas, não sendo facultada à instituição a possibilidade de negar atendimento urgente ao paciente por razões de incapacidade financeira e utilizar esse tipo de conduta para obter o pagamento.

Contudo, como já sinalizado na hipótese descrita, a existência de uma obrigação definitiva dos particulares a cumprir prestações sociais em benefício de outras pessoas privadas depende do resultado de uma ponderação a envolver os interesses jusfundamentais conflitantes, sendo o sopesamento entre os valores, interesses e bens em colisão realizado com base nas circunstâncias do caso concreto; pode-se acrescentar, ainda, que as condições empíricas, a indicar a existência de um direito fundamental social definitivo de um particular em face de outro, devem ser muito consistentes de forma a justificar, com força, a prevalência do direito fundamental social em face da autonomia privada, a qual é dotada de uma precedência *prima facie* quando está em causa a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, nos termos que serão expostos na sequência.

De outro lado, no que se refere ao tema *renúncia a direitos fundamentais*, notadamente, no âmbito das relações jurídicas privadas, alguns apontamentos devem ser feitos; em um primeiro momento, de ser destacado que a questão, efetivamente, cobra tratamento conjunto com a adoção da teoria da eficácia direta, contudo, dados os limites deste trabalho, tal abordagem não poderá ser feita com a extensão e densidade necessárias, razão pela qual, apenas, serão lançadas algumas premissas relacionadas à admissibilidade de renúncia de posições subjetivas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (tendo-se por pressuposta a aplicação direta) e, também, serão descritos alguns pressupostos e requisitos

que devem ser observados para que a renúncia possa alcançar o *status* de constitucionalmente admissível; de outro lado, tendo em conta que se está, no momento, a afastar às críticas à teoria da eficácia imediata, a questão da *renúncia a direitos fundamentais* no contexto da vinculação direta dos particulares a essas normas constitucionais não se coloca, propriamente, como uma objeção à adoção da doutrina da eficácia imediata, mas, apenas, como um apontamento a indicar certa omissão nas propostas teóricas que defendem a possibilidade de aplicação direta, uma vez que o tema é relevante quando se define os particulares como pessoas vinculadas aos comandos jusfundamentais, razão pela qual, não se estando diante de um obstáculo a ser ultrapassado para que a adoção da teoria da eficácia direta possa ser justificada, o tratamento da matéria aqui dispensado será de pequena monta.

A *renúncia a direitos fundamentais* pode ser entendida como uma "decisão voluntária que produz um enfraquecimento da protecção de direito fundamental a que corresponde uma ampliação da margem de actuação da entidade pública", ou, em outras palavras, "na renúncia o particular vincula-se juridicamente a não invocar um seu direito fundamental perante as entidades públicas, nomeadamente, compromete-se, em geral, a não exercer, temporária ou pontualmente, algumas pretensões, faculdades ou poderes que integram esse direito" [1357]; referido conceito deve ser adaptado para atender às especificidades da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a partir do que se tem, na renúncia a direitos fundamentais na esfera das relações privadas, uma decisão livre e espontânea de um particular, o qual se vincula juridicamente a não se valer de um direito fundamental, que implica a diminuição de sua posição subjetiva jusfundamental e, em contrapartida, acarreta o acréscimo das possibilidades de comportamentos jusfundamentalmente permitidos de outros particulares.

Salienta-se, todavia, que a possibilidade de renúncia não se estende aos direitos fundamentais considerados *como um todo*, bem como pode não alcançar determinadas posições, modalidades ou faculdades de exercício de um direito fundamental que era, em princípio, renunciável, notadamente, sendo vedada qualquer renúncia que comprometa a dignidade da pessoa humana.

[1357] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 219-221.

No que se refere aos titulares dos direitos fundamentais, quanto mais no que tange à aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, há, *prima facie*, uma regra geral a ordenar a possibilidade concreta de renúncia de posições jusfundamenais, desde que observados determinados pressupostos e requisitos, contudo, no caso concreto, razões contrapostas mais fortes podem ser determinantes para que a ponderação indique a impossibilidade de renúncia na hipótese [1358].

Em suma, para ser admissível, uma vez que se caracteriza como uma "auto-restrição" de um direito fundamental [1359], a renúncia deve necessariamente advir de uma livre, consciente e voluntária manifestação de vontade do próprio indivíduo titular do direito fundamental [1360], ainda que, na prática, essa liberdade não se verifique em sua plenitude e despida de fatores de pressão, pois o importante para a validade da renúncia é que o particular tenha, espontaneamente, decidido por abdicar de uma posição jusfundamental – ainda que, com isso, tenha prejuízo –, mas, em contrapartida, obtenha outras vantagens que, em sua avaliação, superam as desvantagens decorrentes da renúncia e permitam que busque com mais efetividade as finalidades desejadas [1361]; além disso, tendo em vista que a renúncia implica prejuízo de uma posição jusfundamental, a sua admissibilidade depende, ainda que com algumas adaptações [1362], da observância dos parâmetros constitucionais – notadamente, limites aos limites – colocados em face às restrições aos direitos fundamentais e, especialmente, de uma ponderação entre os interesses conflitantes, favoráveis e contrários à renúncia [1363].

Dito isso, ficam ultrapassadas as objeções que se opunham à teoria da eficácia imediata, razão pela qual, em prosseguimento, devem ser articulados os fundamentos que justificam concepção a ser adotada acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, bem como impende que sejam expostos os motivos pelos quais se entende que a teoria a ser

---

[1358] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 239.
[1359] MIRANDA, JORGE. *Manual, Tomo IV*, pág. 384.
[1360] Isso porque a renúncia configura-se como uma forma de "relativização" dos direitos fundamentais, logo, para se admissível, deve advir de uma decisão individual na qual o "o titular do direito dispunha sobre a sua posição jurídica de *forma livre* e *autodeterminado*". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, págs. 463-467.
[1361] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 249-257.
[1362] Ver, por exemplo, a aplicação dada por Jorge Reis Novais ao princípio da reserva de lei no caso de renúncia a direitos fundamentais. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 257-267.
[1363] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 267-282.

adotada confere uma garantia mais consistente aos direitos fundamentais nas relações empreendidas entre particulares.

5.2. Justificação preliminar para o reconhecimento de uma terceira face do princípio da proporcionalidade

Tomando-se como ponto de partida, ainda, a base contestatória oposta por Novais em face da teoria da eficácia imediata, impende que sejam feitas algumas breves colocações acerca da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas e o princípio da proporcionalidade; isso se mostra relevante, pois, segundo Novais, caso adotada a tese da eficácia direta ou imediata, todo o comportamento particular que de alguma forma atingisse desvantajosamente a esfera de liberdade de outro indivíduo estaria condicionado a observar os ditames do princípio da proporcionalidade, o que acabaria por comprimir demasiadamente a autonomia privada, bem como prejudicar a força normativa dos direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas [1364].

Como é sustentando desde o início deste trabalho, o princípio da proporcionalidade observou, ao longo do tempo, série de modificações e adaptações, sendo concebido, primeiro, como um valor a expressar justiça, após, como um limite às ações estatais de polícia, exaurindo-se nas exigências de idoneidade e necessidade e, por fim, trazido para o Direito Constitucional, campo no qual, conjugado com os direitos fundamentais, foi remanejado de sua conotação original e, ainda, agregado de mais um elemento constitutivo, qual seja o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Destarte, ter sua função e estrutura alteradas não constitui novidade para o princípio da proporcionalidade; nesses termos, mesmo no âmbito do Direito Constitucional, o princípio vem sendo modificado de forma a poder cumprir o seu papel de mecanismo *chave* para a aplicação dos direitos fundamentais; tem-se, assim, a proporcionalidade a funcionar: como uma proibição do excesso quando do controle de constitucionalidade das restrições

[1364] Também no âmbito da doutrina portuguesa, a entender que, apenas, o Estado deve observar o princípio da proporcionalidade: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. *Boletim da Faculdade de Direito LXXIV*, págs. 746-747.

legislativas, na forma de uma proibição de insuficiência quando do controle de constitucionalidade das omissões do Estado (restrições) em concretizar direitos fundamentais a prestações positivas e como um critério estrutural a orientar a decisão judicial de resolução de uma colisão entre direitos fundamentais na esfera de pessoas privadas.

O *modus operandi* do princípio da proporcionalidade quando em causa este específico problema dogmático – vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais – será detidamente analisado mais adiante; o que se quer, agora, é expor a ideia de que o princípio da proporcionalidade, a partir das modificações que o envolveram, ter passado a possuir *três faces* em Direito Constitucional, especialmente, no que se refere à concretização dos direitos fundamentais, faces estas que atuam diferentemente, sendo cada um delas construída de forma a que o princípio possa servir, adequadamente, para a resolução de problemas jusfundamentais diversos; assim, tendo-se em conta que a proporcionalidade é um princípio *relacional*, sua aplicação, conjugada com a incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, possui uma conformação específica e deve ser adaptado para que sirva a finalidade que, em cada caso, se destina.

Nesses termos, de forma a que se observem os reclames inerentes ao respeito à autonomia privada, das exigências de *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* podem ser extraídos mandamentos diferentes para a aplicação do princípio da proporcionalidade às relações particulares do que quando do controle de constitucionalidade das restrições legislativas ou das omissões do Estado em concretizar direitos fundamentais a prestações positivas.

E por quais motivos isso é assim? É desta forma porque os casos de direitos fundamentais são diferentes e, cada qual, possui particularidades, as quais demandam a adaptação do princípio da proporcionalidade, sob o risco de, em não se adaptando, se transformar em um instrumento inservível para a consecução de suas funções.

Logo, a título de exemplo, quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no controle das restrições legislativas, o juiz constitucional terá determinados limites na realização da ponderação, inerente a este teste, notadamente, apenas poderá declarar a inconstitucionalidade da afetação desvantajosa oposta pelo legislador em face do direito fundamental quando a intervenção for *desproporcional*.

De outro lado, quando do controle das omissões relacionadas à concretização de prestações jusfundamentais *prima facie* determinadas pela Constituição, a ponderação a ser realizada no âmbito da aplicação da proibição do defeito terá limites mais estreitos ainda, pois deve ser manejada no sentido de verificar se houve cumprimento mínimo e razoável da prestação jusfundamental.

De resto, quando da resolução de colisões a envolver direitos fundamentais de pessoas privadas, o juiz terá uma maior margem para a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, devendo encontrar a solução mais *proporcional* para o caso; isso ocorre porque, no controle jurisdicional de constitucionalidade das restrições legislativas, a pauta de análise judicial é uma decisão prévia – lei restritiva – do legislador democraticamente eleito e, de outro lado, quando do controle das omissões, estão em causa as *reservas do politicamente adequado e oportuno*, contudo, na aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares, essas questões não se colocam, uma vez que não há de se sindicar uma decisão prévia do legislador acerca do tema, ao contrário, o espaço de atuação do juiz e a correlata aplicação do princípio da proporcionalidade ocorrem, notadamente, em casos em que não há lei a regulamentar a relação privada em questão.

Com efeito, essa distinção entre o *modus operanti* do princípio da proporcionalidade, a depender do caso de direito fundamental a ser resolvido, começa a encontrar base de apoio, a partir da dissecação do problema jusfundamental subjacente; no momento, está-se a avaliar, sumariamente, a conotação que o princípio recebe quando utilizado como critério estrutural para a resolução de uma colisão a envolver direitos fundamentais de pessoas privadas em contraponto com a aplicação do princípio no controle de constitucionalidade das restrições legislativas, bem como em comparação com a utilização da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das omissões estatais relacionadas a prestações jusfundamentalmente ordenadas.

Na primeira delas, a questão envolve pretensões contrárias, oriundas de pessoas privadas, as quais substanciam seus interesses diretamente em normas constitucionais de direitos fundamentais; ou seja, o particular "A" deduz uma pretensão, amparado em uma posição de direito fundamental *prima facie* conferida pela Constituição, em face do particular "B", o qual, por sua vez, igualmente baseado em uma norma de direito fundamental, opõe resistência

à pretensão de "A", alegando possuir, também, uma posição jusfundamental *prima facie* a realizar aquele comportamento ou a não suportar a conduta do particular "A".

Na segunda hipótese, os direitos fundamentais estão a fundamentar pretensões de resistência dos particulares em face de uma restrição legislativa; há, assim, a sustentar a restrição oposta pelo Estado, uma pretensão de promover determinada finalidade constitucional e, de outro lado, existe um direito fundamental a embasar a resistência dos particulares em face daquela intervenção estatal.

Já na terceira situação, a questão jusfundamental é outra e envolve a exigência de um fazer estatal com fundamento no descumprimento de um dever prestacional jusfundamentalmente ordenado, pretensão deduzida com base no direito fundamental não protegido ou promovido em conjugação com o princípio da proporcionalidade em sua face da proibição da insuficiência.

Entrementes, resta claro que situação inicialmente narrada é distinta do problema jusfundamental a envolver o controle de constitucionalidade das restrições legislativas, especialmente, pelo fato de não estar em causa, nesta situação, a tensão entre Estado de Direito e Democracia; não há lei a ser controlada, bem como não há atividade legislativa a ser sindicada pela jurisdição constitucional; o que existe, na verdade, é uma lide entre partes que fundamentam duas contrárias pretensões diretamente em normas de direitos fundamentais. Também fica evidente que a primeira hipótese não se confunde com o controle de proporcionalidade das omissões, seara na qual há forte tensão a envolver a jurisdição constitucional e o legislador democraticamente eleito.

Com efeito, não estando o juiz a controlar uma decisão ou omissão do legislador, mas, sim, resolvendo uma lide com base na aplicação direta de normas constitucionais, o âmbito de deliberação da jurisdição neste caso é mais amplo, uma vez que não é destinada ao controle do excesso, mas, sim, dirigida à solução mais proporcional possível da lide.

Na proibição do excesso, o juiz verifica se o legislador, ao restringir um direito fundamental, observou à vinculação ao princípio da proporcionalidade; na proibição da insuficiência, o juiz sindica a constitucionalidade de uma omissão estatal relacionada à ausência de concretização de deveres prestacionais jusfundamentais. Já nas situações tratadas neste capítulo, de maneira diversa, o juiz está a decidir uma demanda entre pessoas privadas, contudo, tendo em vista que as partes privadas em litígio, também, estão atreladas aos direitos

fundamentais e, consequentemente, ao princípio da proporcionalidade, deve observar os mandamentos de *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* quando da decisão da causa, ainda que existam diferenças na relação desses testes quando manejados a partir da aplicação do princípio da proibição do excesso.

Em ambas as situações, ainda, há outra diferença notável, pois, enquanto o controle de constitucionalidade das restrições legislativas – à exceção da intervenção restritiva oposta a particulares específicos a partir da lei restritiva – ocorre de forma concentrada e abstrata, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, na perspectiva que aqui nos interessa – ausência de lei a regulamentar a colisão de interesses verificada – dá-se em um caso concreto, havendo uma lide a ser resolvida pelo juiz, o qual, com base em normas constitucionais diretamente aplicáveis ao caso, deverá julgar a demanda e alcançar para uma das partes o interesse ou bem buscado.

Acresce-se a isso tudo, o fato de que a vinculação dos *Poderes* de Estado ao princípio da proporcionalidade, também, ocorre de forma diversa; nas lições de Aharon Barak, sempre que uma restrição legislativa atinge desfavoravelmente um direito fundamental, todos os órgãos do Estado devem observar os mandamentos inerentes ao princípio da proporcionalidade; não obstante, essa vinculação ocorre de forma diferente para cada *Poder* estatal, ou seja, "os componentes da proporcionalidade – propósito adequado, conexão racional, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) – nem sempre levam à mesma solução"; por exemplo, todas as autoridades públicas devem observar o princípio da proporcionalidade, tanto na elaboração de uma lei restritiva a direitos fundamentais quanto na aplicação dessa legislação, âmbito no qual possuem certa discricionariedade para a escolha dos meios disponíveis com os quais pretendem promover a finalidade constitucional selecionada, contudo, essa margem de escolha é variada a depender do *Poder* de Estado; assim, o legislador, estando diante de dois meios disponíveis – sendo que o primeiro promove a finalidade buscada em pequena intensidade e, em contrapartida, atinge o direito fundamental de forma ínfima, por sua vez, o segundo, impulsiona o objetivo desejado em maior intensidade, mas, ao mesmo tempo, restringe de forma mais séria o direito fundamental – é livre para escolher quaisquer das medidas proporcionais; já o juiz, ao apreciar a constitucionalidade da lei restritiva, terá uma discricionariedade reduzida e diversa, podendo avaliar se a importância de satisfação dos fins justifica a restrição oposta ao direito

fundamental, logo, "como o exemplo demonstra, o tipo e a amplitude da discricionariedade exercida por cada um dos dois ramos do Estado no caso são diferentes" [1365].

De outro lado, se considerado, apenas, o juiz constitucional, a vinculação estabelecida pelo princípio da proporcionalidade e a margem de discricionariedade jurisdicional variará a depender do caso de direito fundamental submetido à apreciação judicial; na utilização da proibição do excesso, o juiz verifica se o legislador, ao restringir um direito fundamental, observou as exigências inerentes ao princípio da proporcionalidade, ou seja, se respeitou a vinculação que possui com o princípio, possuindo, nesta esfera, um campo mais reduzido de discricionariedade, podendo rotular de inconstitucional, apenas, a restrição legislativa desproporcional; essa margem também se mostra reduzida quando da aplicação da proibição da insuficiência; não obstante, nas situações tratadas neste capítulo, de maneira diversa, o juiz está a decidir uma demanda entre atores privados e, tendo em vista que também se encontra atrelado à proporcionalidade, não pode a decidir de maneira arbitrária, contudo, essa vinculação é diferente, sendo maiores a margens de deliberação judicial nesses casos, devendo ser buscada a solução mais proporcional para a demanda.

Assim, se comparada com o liame do juiz à proporcionalidade, difere a vinculação do legislador ao princípio, uma vez que este possui liberdade de escolha entre todos os meios que não sejam desproporcionais, enquanto o juiz deve buscar a solução que seja mais proporcional; ainda, caso considerado apenas a atividade jurisdicional, o princípio da proporcionalidade se apresentará diversamente, a depender do caso jusfundamental a ser solucionado.

Logo, se no âmbito do próprio Estado, o princípio da proporcionalidade vincula cada *Poder* de maneira diferente, não há razão para não se aceitar que os atores privados, também, possam ter uma vinculação específica ao princípio da proporcionalidade, diversa da *proibição do excesso* que opera em face do Estado.

Ainda, como será exposto no próximo capítulo, essas diferenças atingem, também, os subprincípios da idoneidade e da indispensabilidade dos meios, de forma a que os particulares possam estar diretamente vinculados aos direitos fundamentais e, consequentemente, ao

[1365] BARAK, Aharon. *Proportionality*, pág. 384. (Tradução livre).

princípio da proporcionalidade sem que, em contrapartida, a autonomia privada reste esvaziada e a força normativa da Constituição comprometida.

5.3. Dos fundamentos para a adoção da teoria da eficácia direta ou imediata no sistema constitucional brasileiro

Desde logo, há de se advertir que ambas as candidatas restantes – teoria da eficácia imediata e doutrina dos deveres de proteção – não se configuram como doutrinas despidas de problemas nem conseguem ser enxergadas como propostas que estão isentas de críticas relevantes, razão pela qual, em não havendo um modelo ideal, o primeiro passo, antes de se tomar posição definitiva acerca da matéria, exige a verificação das escolhas de cada ordem constitucional acerca do tema, ou seja, "há que partir do teor literal da Constituição", como premissa inicial a indicar os efeitos que os direitos fundamentais produzem em face das relações privadas em determinada ordem jurídica [1366]-[1367].

Com efeito, este trajeto de definição de qual teoria responde melhor a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e, especialmente, qual das propostas doutrinárias confere maior proteção concreta à liberdade individual, deve ser realizado sob o prisma do sistema jurídico brasileiro, iniciando-se, assim, pela análise das opções da Constituição Federal sobre a matéria.

A maior parte da doutrina brasileira [1368] que se dedicou ao tratamento desta questão sustenta que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o Estado, mas, também, os particulares como destinatários das normas de direitos fundamentais; essa conclusão é

[1366] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, pág. 22.

[1367] Segundo Vieira de Andrade, ao analisar a questão da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, o disposto no texto constitucional não é suficente para a definição da matéria; assim, o autor, a considerar o "preceituado no n.° 1 do artigo 18.°", indica que "se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se estabelece *em que termos* se processa essa vinculação", assim, referido dispositivo não pode "ser considerado suficiente para a resolução do problema. ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos* Fundamentais, pág. 244. Entrementes, se é certo que o expresso no texto constitucional brasileiro ou a interpretação de determinado dispositivo não possam ser tomadas como bases únicas para a apresentação da solução definitiva para esta questão, determinados enunciados não podem ser ignorados, sendo fortes indicativos para a fundamentação da adoção da teoria da eficácia imediata no sistema constitucional brasileiro.

[1368] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, pág. 128.

alcançada a partir de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição e, notadamente, pelo disposto no artigo 5°, §1°, da CF, dispositivo o qual preceitua que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"; isso ocorre porque não há como os direitos fundamentais terem eficácia imediata sem que os particulares sejam, também, destinatários dessas normas, ou seja, "a vinculatividade dos direitos fundamentais constitui precisamente uma das principais dimensões da eficácia" [1369].

Nas precisas palavras de Ingo Sarlet, ao destacar o entendimento de parte da doutrina brasileira acerca do tema, "a norma contida no art. 5°, §1°, da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los" [1370]; em outra oportunidade, o autor, ainda, assevera que o art. 5°, §1°, da CF, vem sendo interpretado pela doutrina brasileira e, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "a obrigação de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais (compreendida como uma independência de prévia regulamentação legal e, portanto, como afirmação da plenitude de eficácia dessas normas) também abrange uma eficácia e aplicabilidade direta na esfera das relações particulares" [1371]; referida normativa, ao estabelecer a aplicabilidade imediata de *todos* [1372] os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição brasileira, não faz qualquer distinção – entre Estado e particulares – acerca dos destinatários dos direitos fundamentais.

[1369] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia*, págs. 365.
[1370] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia*, págs. 268-269.
[1371] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, pág. 128.
[1372] Apesar de a localização do dispositivo em questão – o qual se encontra logo após da positivação dos direitos individuais e coletivos, mas antes dos direitos sociais – poder dar a entender que, apenas, os direitos de liberdade ou de defesa seriam dotados de aplicabilidade imediata, a melhor exegese constitucional não aponta nesse sentido; isso porque, a Constituição brasileira não traça um regime jurídico diferenciado para os direitos de liberdade e para os direitos sociais, ao contrário, adjetiva todos com a nota da fundamentalidade e, além disso, entre os direitos sociais, encontram-se, também, direitos tipicamente de defesa, como o direito de greve e a liberdade de associação sindical, cuja aplicabilidade imediata não é controversa; assim, a aplicabilidade imediata faz parte da proteção reforçada e do regime jurídico qualificado que envolvem todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira. De outro lado, questão um pouco mais tormentosa diz com a definição do sentido e abrangência do artigo 5°, §1°, CF; ainda que o dispositivo seja aplicável a todos os direitos fundamentais da Lei Maior brasileira, há que se levar em conta a existência de diferenças relacionadas à aplicabilidade e eficácia dos diversos direitos fundamentais, o que decorre, especialmente, da densidade normativa e função específica a ser concretizada; assim, alguns direitos fundamentais possuem plena eficácia e outros dependem, para alcance de total eficácia, de concretização legislativa; destarte, o artigo 5°, §1°, CF possui a natureza de uma norma-princípio, a determinar que os direitos fundamentais tenham aplicabilidade imediata na maior medida do possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, da densidade normativa do direito fundamental e da função que se está a concretizar. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia*, págs. 261-273.

Além disso, a Constituição brasileira adotou um modelo de Estado de Direito social e democrático, bem como estabeleceu, na forma de garantias jusfundamentais, inúmeros direitos sociais, econômicos e dos trabalhadores, em uma clara preocupação de alcançar a maior igualdade material possível, levando, com efeito, em conta as diferenças fáticas entre os indivíduos e normatizando diretamente relações privadas que se estabeleçam nas esferas sociais, econômicas e trabalhistas [1373]; como diz Bökenförde, "as relações e conformações socioeconômicas de poder podem impedir, portanto, *o surgimento* da liberdade como liberdade real, fazendo com que não se possa verificar a realização da liberdade juridicamente garantida", assim, em razão disso, complementa o autor, que "o Estado mesmo deve também canalizar, delimitar, mais além da garantia jurídica formal de liberdade, o poder social existente ou em formação, ou impedir que ponha em jogo por inteiro sua superioridade frente aos não poderosos, e engula a liberdade jurídica destes" [1374].

Em complemento a essa última ideia, deve ser ressaltado que o princípio da solidariedade restou insculpido no texto constitucional – artigo. 3°, inciso I, da Constituição Federal brasileira –, o qual estabelece o Estado como destinatário principal, contudo, apesar de fazê-lo de forma mais moderada, o dever de solidariedade, também, dirige-se aos particulares [1375], sendo a vinculação direta e imediata das entidades privadas aos direitos fundamentais um dos principais mecanismos jurídicos voltados a possibilitar o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; pode-se, ainda, dizer que, atualmente, a solidariedade é um elemento complementar do próprio conceito de cidadania, ou seja, essa "terceira fase" da cidadania é marcada pela inclusão de uma dimensão de solidariedade, a partir da qual os cidadãos assumem "encargos, responsabilidades e deveres", os quais "não podem ser encarados como tarefa exclusivamente estadual" [1376]; assim, ante o dever de solidariedade, a autonomia privada não pode ser exercida de forma a afetar desproporcionalmente as esferas jusfundamentais alheias, pois os particulares também estão vinculados aos direitos fundamentais.

[1373] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*, págs. 138-139.
[1374] BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Aseguramiento de la liberdad frente al poder social. Esbozo de un problema. *Escritos sobre derechos fundamentales*, págs. 84-94. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, págs. 85-86.
[1375] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, págs. 117-121.
[1376] NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudos Sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, págs. 149-159.

De outro lado, mostra-se indiscutível que alguns direitos fundamentais da Constituição brasileira estabelecem os particulares como seus destinatários; veja-se, para ilustrar, o disposto pelo artigo 5°, XI, CF: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"; assim, ainda que se possa afirmar que da referida norma decorre um dever objetivo oponível ao Estado, o qual deve proteger a intimidade e vida privada dos indivíduos, parece bem claro que, na dimensão subjetiva, o direito fundamental em questão estabelece, além do Estado, os particulares como destinatários, não sendo permitido a *ninguém* penetrar no domicilio de outrem sem consentimento do morador, mandamento que decorre *diretamente* da incidência da norma constitucional.

Logo, a concepção de também serem os particulares sujeitos passivos das normas de direitos fundamentais não é algo estranho à Constituição brasileira, ao contrário, caracteriza-se como uma ideia condizente com o modelo de Estado de Direito social e democrático adotado e com a amplitude e relevância que os direitos fundamentais assumiram no sistema jurídico; acresce-se a isso tudo a importância destacada, dada pelo constituinte, ao princípio da socialidade e aos direitos fundamentais sociais, econômicos e dos trabalhadores, o que foi complementado pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, de forma a se possibilitar o cumprimento dos "objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil", notadamente, "construir uma sociedade livre, justa e solidária", bem como "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3°, I e III, CF).

A preocupação com a diminuição das desigualdades sociais e a consideração das diferenças fáticas existentes entre os particulares é uma pauta constante na Constituição brasileira, sendo a maior observância possível dos direitos fundamentais o instrumento jurídico mais forte para o alcance de uma mais ampla igualdade material; assim, a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais é indispensável para a consecução desses objetivos, de forma a existir maior equilíbrio no âmbito das relações privadas, quanto mais em uma realidade como a brasileira, na qual as diferenças sociais são enormes.

De resto, como fundamento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a qual não se impõe,

apenas, em face do Estado, mas, também, deve ser respeitada por pessoas privadas [1377]. Nas palavras de Jorge Miranda, "não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si" [1378].

Ultrapassadas essas considerações iniciais, as quais indicam que, na Constituição brasileira, o sistema de direitos fundamentais e a proteção reforçada que os envolve foram desenhados para gerar efeitos diretos no âmbito das relações particulares, antes de ser firmada posição acerca do tema, faz-se necessário que sejam abordadas algumas outras questões, as quais são, também, essenciais para que possa ser definida com propriedade a forma e a amplitude dos efeitos que os direitos fundamentais produzem nas relações privadas.

Como adverte Canaris, o ponto central da discussão a envolver os efeitos que os direitos fundamentais produzem perante terceiros refere-se, essencialmente, à eficácia das normativas jusfundamentais em face das pessoas privadas e aos termos pelos quais elas se vinculam a esses preceitos constitucionais, sendo que, para ser possível o alcance de solução para esse problema, como já citado anteriormente quando da abordagem acerca da doutrina dos deveres de proteção, mostra-se pertinente que sejam analisadas três indagações, a saber: a primeira impõe seja respondido quem são os destinatários dos direitos fundamentais, notadamente, se apenas o Estado ou, também, os particulares; a segunda busca saber qual "o *objecto do controlo* segundo os direitos fundamentais", ou seja, se está a controlar "o comportamento de um órgão de Estado, ou de um sujeito de direito privado?"; por fim, impende ser respondido "em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela" [1379].

[1377] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pág. 73.
[1378] MIRANDA, Jorge. *Manual, IV*, pág. 304.
[1379] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, pág. 52.

5.3.1. Os destinatários dos direitos fundamentais

A questão a envolver a definição dos destinatários dos direitos fundamentais requer seja resolvida uma controvérsia básica, qual seja: apenas o Estado é sujeito passivo das normativas jusfundamentais ou, também, os particulares ocupam referida posição de sujeição a esses comandos constitucionais?

A resposta à indagação formulada começa a ser desenhada, a partir da compreensão da existência de modificação de significado e sentido que os direitos fundamentais sofreram ao longo do tempo, notadamente, o entendimento da ideia que os acompanhava no advento do Estado de Direito liberal até a formação da concepção que os envolveu a partir surgimento do atual Estado de Direito social e democrático.

No Estado de Direito liberal, os direitos fundamentais foram formatados constitucionalmente com um sentido bem definido e mais restrito do que o atual; serviam, assim, como garantias jurídicas da liberdade individual, as quais conferiam direitos de defesa aos particulares em face do Estado; nesse contexto, apenas, o Estado figurava como sujeito passivo das normativas jusfundamentais, estando os particulares amplamente livres em suas relações privadas para agirem da forma que melhor lhes conviesse, característica essa essencial aos modelos de liberalismo.

Ainda, mesmo no âmbito do Estado, considerado enquanto pessoa jurídica, a verdadeira vinculação operava, unicamente, em face da Administração e do Judiciário, pois o legislador não se sujeitava aos comandos constitucionais e, ao final de tudo, era o real responsável por definir o conteúdo dos direitos fundamentais [1380]; além disso, as funções dos direitos fundamentais eram muito mais estreitas do que as que lhes acompanham no Estado de Direito contemporâneo, pois se destinavam a proteger específicos bens e interesses relacionados à liberdade e autonomia individuais de determinada *classe* social – burguesia –, a qual não possuía qualquer intenção de que os particulares fossem, também, destinatários das normativas constitucionais, ao contrário disso, o ideal subjacente ao Estado de Direito liberal apregoava a maior autonomia privada possível, devendo as relações particulares ser ordenadas pela plena liberdade individual de cada pessoa.

[1380] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, págs. 78-83.

Contudo, com o advento do Estado de Direito social e democrático, a Constituição passa ser a baliza máxima de todo o ordenamento jurídico [1381], sendo que os direitos fundamentais, sem perderem o caráter de garantias à liberdade individual, começam a ter outro significado e sentido; aqui, agregados de uma dimensão objetiva, estabelecem as finalidades que devem ser alcançadas pelo Estado enquanto que, no plano subjetivo, "determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, tanto nas suas relações com o Estado quanto nas relações entre si" [1382]; ou seja, além de estabelecerem direitos subjetivos aos particulares, os direitos fundamentais formam uma ordem constitucional de valores que pretende se impor e conformar toda a ordem social e não, apenas, normatizar as relações entre Estado e indivíduo; nas felizes palavras de Böckenförde, "hoje, os direitos fundamentais regem, na prática, como princípios supremos da ordem jurídica como um todo, não só a relação do indivíduo com o poder público", mas, atingem, também, "a relação recíproca entre os atores jurídicos particulares, limitando sua autonomia privada" [1383].

Veja-se que, no Estado de Direito liberal, uma vez que os direitos fundamentais eram desenhados *nos termos da lei*, pois o legislador não se encontrava submetido aos comandos constitucionais, seria lógico deixar ao legislador infraconstitucional a tarefa de regular a própria ordem privada, além de dizer o conteúdo e significado dos comandos constitucionais no pertinente às relações entre o Estado e indivíduo; contudo, no Estado de Direito social e democrático, essa lógica não se faz mais presente, pois o legislador está subordinado à Constituição e os direitos fundamentais são insculpidos a partir de decisões constituintes, razão pela qual, ao invés de se deixar, apenas, ao legislador a tarefa de normatização das relações privadas, os direitos fundamentais estabelecem premissas expressas em uma ordem objetiva de valores que devem, também, ser observados no âmbito das relações sociais, bem como, no plano subjetivo, para fazerem valer os seus comandos, incidem diretamente em face da esfera particular, sendo as pessoas privadas, portanto, destinatárias dos mandamentos jusfundamentais; assim, os direitos fundamentais conferem tutela jurídica aos particulares em face do Estado, mas, também, contra investidas de outros particulares.

[1381] Como é notório, essa ideia de supremacia da Constituição já se fazia presente no constitucionalismo norte-americano, desde o famoso julgado do juiz Marshall – *Marbury vs. Madison* – em 1803.
[1382] LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos*, págs. 21-22. (Tradução livre).
[1383] BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Sobre la situación dogmática de los derechos fundamentales trás 40 anõs de Ley Fundamental. *Escritos sobre derechos fundamentales*, págs. 95-138. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, pág. 95. (Tradução livre).

Além disso, a concepção inicial, típica do Estado de Direito liberal, de serem os direitos fundamentais garantias jurídicas oponíveis, apenas, contra o Estado, não possuindo sentido nas relações interprivadas, decorria de uma concepção puramente formal do princípio da igualdade, ideia esta que restou alterada com o surgimento do Estado de Direito social e democrático mediante a agregação de um sentido material à isonomia; uma vez que muitos indivíduos, por suas características ou condições pessoais, vêm-se despidos da possibilidade de acesso aos valores, bens e interesses jusfundamentais – o que ocorre, muitas vezes, por ação de outros particulares detentores de maior poder social – a passagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito social e democrático foi marcada pela ampliação do campo de incidência dos direitos fundamentais, bem como pela extensão dos seus destinatários; com efeito, os direitos fundamentais, além de se configurarem como garantias dos particulares em face do Estado, passaram, também, a se expressar como instrumentos jurídicos oponíveis contra outros particulares [1384].

Com efeito, de tudo, tem-se que, na sistemática constitucional brasileira, as pessoas privadas figuram, assim como o Estado, na condição de destinatários dos direitos fundamentais, a partir do que se mostra juridicamente possível que um particular seja titular de uma posição subjetiva de direito fundamental em face de outro indivíduo.

4.2.2. O objeto de controle segundo os direitos fundamentais

Como desdobramento lógico do exposto no item anterior, deve-se, agora, definir o objeto de controle segundo os direitos fundamentais, especialmente, para o que aqui se faz pertinente, revelar se, além dos atos e omissões estatais, os comportamentos das pessoas privadas podem, também, vir a ser dogmaticamente qualificados como afetações desvantajosas aos direitos fundamentais e, consequentemente, sindicados por parâmetros de controle jusfundamentais.

O termo afetações desvantajosas aos direitos fundamentais, bem como a sua definição conceitual, foram adotados neste estudo a partir das lições de José de Melo Alexandrino; tem-

[1384] LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos*, págs. 22-23.

se, assim, que se consideram afetações desvantajosas aos direitos fundamentais todas "*as acções que atingem desfavoravelmente a norma, o objecto, o conteúdo ou outros efeitos de protecção de um direito, liberdade e garantia*", sendo que esses comportamentos podem ser praticados pelo Estado, por particulares e, inclusive, pelos próprios titulares do direito fundamental afetado [1385]-[1386]; em prosseguimento, o autor especifica as afetações desvantajosas que podem incidir em face dos direitos fundamentais, contexto no qual se encontra a figura da *intervenção restritiva*, a qual é conceituada por Alexandrino como a "actuação agressiva sobre um bem protegido de um direito fundamental feita através de um acto jurídico imediatamente incidente sobre uma posição jurídica concreta" [1387].

Por sua vez, Jorge Reis Novais define intervenção restritiva como a afetação desvantajosa que incide em face do "conteúdo da posição individual que resulta da titularidade de um direito fundamental, permanecendo, todavia, em princípio, inalterada a norma de direito fundamental e o correspondente conteúdo objectivo do direito" [1388].

Assim, dos conceitos descritos, podem ser extraídas algumas premissas básicas acerca da intervenção restritiva, quais sejam: diferentemente da restrição legislativa, a intervenção restritiva não atinge o âmbito de proteção normativo geral de um direito fundamental; a intervenção restritiva opera efeitos concretos e incide em face de uma posição de direito fundamental de titular determinado ou determinável; apenas o Estado pode opor intervenções restritivas aos direitos fundamentais.

Não obstante a conceituação ampla – *afetações desvantajosas* – aceitar a inclusão dos comportamentos particulares na gama de ações capazes de atingir desfavoravelmente os direitos fundamentais, as definições articuladas pelos autores acerca da figura dogmática em questão – *intervenção restritiva* – excluem a possibilidade de condutas praticadas por pessoas privadas poderem ser incluídas nesta específica afetação desvantajosa, pois, como já destacado, intervenções restritivas ocorrem, apenas, por ações do Estado e, ainda, fundamentadas em base legal.

[1385] ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais*, pág. 113.

[1386] Temos por proveitoso o conceito de José Melo Alexandrino para o que se pretende demonstrar – ações particulares podem, também, ocasionar afetações desvantajosas aos direitos fundamentais e, mais estritamente, são capazes de se caracterizarem como verdadeiras intervenções restritivas –, apesar de o autor excluir os comportamentos particulares do conceito de intervenção restritiva.

[1387] ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais*, pág. 123.

[1388] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, págs. 193-194.

Em acréscimo, feita uma leitura mais ampla dos trabalhos dos autores, percebe-se que ambos não adotam a teoria da eficácia imediata, a partir do que não aceitam que os direitos fundamentais possuam uma eficácia direta em face das relações particulares, acabando por explicar o fenômeno da eficácia privada dos direitos fundamentais com base nos ditames na doutrina da teoria mediada aliada a teoria dos deveres de proteção [1389]; como consequência, os particulares não são destinatários das normas de direitos fundamentais e, ainda como decorrência dessa concepção acerca da eficácia horizontal, os comportamentos privados são impassíveis de sindicância a partir dos parâmetros de constitucionalidade estabelecidos pelos direitos fundamentais.

Embora as relevantes posições doutrinárias citadas, como exposto no item anterior, entende-se que os particulares, assim como o Estado, são sujeitos passivos dos mandamentos jusfundamentais, razão pela qual os comportamentos privados que atingirem desfavoravelmente direitos fundamentais de terceiros ou, inclusive, dos próprios titulares, podem ser objeto de controle com base nesses parâmetros de constitucionalidade; não se quer dizer com isso que qualquer conduta praticada por uma pessoa privada que atinja negativamente a esfera jusfundamentalmente *prima facie* protegida de terceiro seja, desde logo, ilícita (o que somente ocorre nos casos em que a conduta violar o direito fundamental), mas, apenas, que por acarretar uma afetação desvantajosa ao campo juridicamente tutelado de outrem, esse comportamento particular pode ser objeto de controle com base nos direitos fundamentais e, consequentemente, o particular pode vir a ter de demonstrar a devida justificação constitucional para a sua conduta.

De acordo com essas premissas, pode-se ampliar o conceito de intervenção restritiva e, tendo-se por fato inconteste que um comportamento de um particular pode atingir, faticamente, de forma desvantajosa, uma posição de direito fundamental de outro indivíduo, defender que se estenda às ações de pessoas privadas, pois os dois fenômenos – à exceção de quem (Estado ou particular) pratica o comportamento interventivo – são de todo similares; veja-se que, em ambos os casos, há um comportamento de um sujeito determinado ou determinável, o qual, apesar de não atingir o âmbito de proteção geral fixado por uma norma de direito fundamental, alcança os efeitos concretos de tutela, bem como um bem ou interesse

[1389] ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais*, págs. 100-106; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais*, págs. 69-116.

jusfundamentalmente protegido e, como consequência, desfavorece uma posição de direito fundamental de um indivíduo; ainda, ao passo em que a intervenção restritiva oposta pelo Estado deve possuir base legal, é indispensável que o comportamento privado que atingiu desvantajosamente o direito fundamental alheio encontre proteção definitiva, jusfundamental ou por outra norma constitucional, sendo este o amparo normativo a autorizar a conduta agressiva à esfera jurídica de terceiro, protegida de forma *prima facie*.

Frisa-se, ainda, que as ações particulares, regra geral, possuem o condão de afetar desfavoravelmente direitos fundamentais de terceiros, apenas, no que se refere ao exercício fático do direito, ou seja, no que tange, unicamente, à dimensão concreta dos valores, bens e interesses tutelados jusfundamentalmente e não no referente à sua dimensão jurídica, âmbito no qual, salvo raras exceções (como, por exemplo, "casos de direitos de denúncia contratual"), apenas o Estado tem possibilidade de atingir [1390].

A posição aqui defendida é sufragada por Canotilho, encontrando, portanto, relevante amparo doutrinário; o autor designa as intervenções restritivas como sendo "as cargas coativas impostas concreta e individualmente ao titular de um direito fundamental através de um acto dos poderes públicos"; não obstante essa conceituação inicial, o autor, após, reconhece a possibilidade de a intervenção restritiva poder, também, decorrer de comportamentos privados, ou seja, "à semelhança do que acontece com as intervenções restritivas jurídico-públicas, pode, também, recortar-se um conceito de *intervenção restritiva privada* (*Privateingriff, Eingriff Privater*)"; em complemento, ainda nas palavras do autor, conclui-se que o "conceito de intervenção restritiva teria, assim, operacionalidade prática, para abranger os actos, actividades e comportamentos (públicos ou privados), que produzem uma redução ou encurtamento do âmbito de protecção de um direito"; por fim, deve restar pontuado que o simples fato de se reconhecer a potencialidade de os comportamentos privados se caracterizarem como intervenções restritivas não implica, de forma direta e automática, que sejam vedados, conclusão que somente será alcançada após uma "ponderação a envolver os interesses em colisão" [1391].

[1390] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 106-107.

[1391] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 295-309*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, págs. 298-299.

Como fenômeno pretérito à intervenção restritiva decorrente de comportamentos particulares, tem-se uma colisão concreta entre direitos fundamentais ou entre estes e outros bens, interesses e valores constitucionalmente protegidos, a qual, para solução, notadamente quando é o Judiciário chamado a por termo ao embate, demanda uma ponderação a envolver os valores, interesses e bens envolvidos, pois, na enorme maioria dos casos, não é possível aos contendores encontrar harmonização para as suas pretensões.

Recorrendo-se, uma vez mais, aos precisos conceitos formulados por Alexandrino, tem-se que uma colisão concreta entre direitos fundamentais é verificada "*quando, num caso concreto, a protecção jurídica emergente do direito fundamental de alguém colida com a de um direito fundamental de terceiro ou com a necessidade de proteger outros bens ou interesses constitucionais*" [1392].

Para os defensores da doutrina dos deveres de proteção, essa colisão a envolver direitos fundamentais pode ser resolvida pelo juiz, o qual oporá, após ponderação entre os interesses em embate, uma intervenção restritiva em face da posição de direito fundamental de um dos particulares (condenação à indenização ou proibição de determinado comportamento, por exemplo) ou, ainda, é possível que o resultado da demanda seja a negativa de proteção ao particular atingido pelo comportamento da outra pessoa privada e, consequentemente, autorizada a conduta interventiva; em ambos os caos, a intervenção ou a negativa de proteção são passíveis de controle pela jurisdição constitucional com base em parâmetros jusfundamentais, a qual terá por critério a embasar sua decisão a (in) existência de proteção jusfundamental (in) suficiente do valor, interesse ou bem atingido pelo comportamento do outro particular.

Contudo, uma vez adotada a teoria da eficácia direta ou imediata, a colisão concreta entre direitos fundamentais a ser resolvida pela ponderação manejada jurisdicionalmente toma como objeto de controle o próprio comportamento particular que atingiu desfavoravelmente direito fundamental de terceiro, pois, assim como o Estado, as pessoas privadas também são destinatárias das normativas jusfundamentais e seus comportamentos, igualmente, podem atingir de forma desvantajosa um direito fundamental alheio.

[1392] ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais*, pág. 126.

De outro lado, ainda que alguns venham a discordar da possibilidade de ampliação do conceito de intervenção restritiva, de forma a que abranja, também, comportamentos particulares, é necessário deixar claro que a caracterização das ações privadas que atinjam desvantajosamente direitos fundamentais de terceiros ou do próprio titular como controláveis a partir dos direitos fundamentais, é uma decorrência lógica e indeclinável da definição dos particulares como destinatários dessas normativas constitucionais; assim, ainda que se rejeite o aproveitamento do conceito de intervenção restritiva para a caracterização do fenômeno em questão – ações privadas que atinjam desfavoravelmente direitos fundamentais – e seja buscada a formulação de uma figura dogmática autônoma para expressar essa modalidade de afetação desvantajosa, não se pode negar que, independentemente da terminologia, a assunção da premissa de serem os direitos fundamentais diretamente aplicáveis em face das relações privadas requer que os comportamento particulares agressivos às esferas jurídicas de outros indivíduos sejam controláveis com base nos parâmetros estabelecidos pelos direitos fundamentais.

Na verdade, o apego demasiado a ideia tradicional de serem os direitos fundamentais garantias jurídicas oponíveis, apenas, em face do Estado, acaba por camuflar a realidade das coisas, pois, de fato, no âmbito das relações particulares, são os comportamentos privados, e não as ações estatais, que atingem desfavoravelmente a esfera juridicamente tutelada de terceiros, consequentemente, são essas condutas privadas e prejudiciais a posições jusfundamentais de outros indivíduos os reais objetos de controle com base nos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.

Ainda, se apenas as ações estatais – no caso em tela, intervenções restritivas ou negativas de proteção – podem ser objeto de controle a partir dos direitos fundamentais, a bem da verdade, esse controle deveria ser diferenciado a depender do sentido da decisão da instância jurisdicional inferior e, consequentemente, alterada a decisão do Tribunal Constitucional a depender da decisão recorrida, o que se mostra de todo inadmissível.

Explica-se. Imagine-se a situação na qual determinado veículo de imprensa, no âmbito de sua liberdade fundamental, está na iminência de divulgar matéria jornalística que expõe a intimidade e vida privada de outro particular, o qual, alertado, busca prestação jurisdicional que proíba o primeiro particular de tonar pública a matéria; não havendo legislação que dirima a questão, o caso será apreciado a partir da aplicação das normativas jusfundamentais,

sendo que, se julgar procedente a demanda, o juiz civil proibirá a divulgação da matéria, o que acarreta uma intervenção restritiva na liberdade de imprensa do primeiro particular; contudo, caso julgue improcedente a demanda, haverá, apenas, uma negativa de proteção à pessoa privada autora da ação judicial.

Se os objetos de controle com base nos direitos fundamentais podem ser, apenas, os comportamentos ou omissões estatais, na primeira situação narrada, o objeto a ser controlado pelo Tribunal Constitucional seria a intervenção restritiva que proibiu a divulgação na matéria, o que, como consequência, indicaria a necessidade de a referiada intervenção restritiva, que atingiu negativamente o direito fundamental, ser sindicada com base na proibição do excesso; contudo, na segunda hipótese, sendo julgada improcedente a demanda e havendo, como consequência, uma negativa de proteção, o controle a ser realizado pelo Tribunal Constitucional seria feito com base na ideia de proibição de proteção deficiente, pois foi a omissão da jurisdição civil que violou o direito fundamental do particular; assim, na primeira situação, a resposta a ser dada pelo Tribunal Constitucional depende da verificação de uma possível violação do juiz civil ao direito fundamental de defesa do particular em face do Estado, o que apenas ocorrerá se houver sido constatado que o órgão jurisdicional recorrido interviu restritivamente de forma excessiva na esfera jusfundamentalmente protegida do particular, contudo, na segunda hipótese, o Tribunal Constitucional se encontra diante da situação de uma possível violação de um dever de proteção, a qual somente restará caracterizada se houver ocorrido descumprimento pelo juiz civil do princípio da proibição da insuficiência.

Ocorre que, como já salientado neste estudo, referidas faces do princípio da proporcionalidade – proibição do excesso e proibição da insuficiência – acarretam diferentes intensidades de controle, o que, ao final de tudo, poderia levar o Tribunal Constitucional, a depender da decisão judicial recorrida, a decidir diferentemente o mesmo caso, o que se mostra inadmissível.

De outro lado, se a conduta particular que afeta desvantajosamente a esfera jusfundamentalmente protegida de outra pessoa privada for entendida como uma intervenção restritiva e, consequentemente, como objeto de controle com base nos direitos fundamentais, tal problema restará elidido, pois, tendo em vista que o objeto de controle será sempre o

mesmo, não haverá alteração do resultado do julgamento pelo Tribunal Constitucional, independentemente da decisão da jurisdição civil.

Ultrapassado esse ponto, tem-se a dizer que é inegável o fato de um comportamento particular possuir o condão de afetar desvantajosamente um direito fundamental de terceira pessoa. Veja-se, por exemplo, a construção teórica desenvolvida por Canaris, o qual, apesar de reconhecer que, de fato, as ações particulares podem atingir desfavoravelmente direitos fundamentais de terceiros, nega, em razão da adesão à tese da eficácia indireta, conciliada com a doutrina dos deveres de proteção, que essas condutas possam ser sindicáveis a partir dos direitos fundamentais; segundo o autor, tomando-se por base um contrato de fiança e sendo, posteriormente, o fiador condenado judicialmente a pagamento, verifica-se que "não são uma norma ou uma decisão judicial que *intervêm* no direito fundamental do fiador – nomeadamente, na sua autonomia privada", mas, sim, foi a própria conduta dos particulares que celebraram o contrato "que restringiram o direito fundamental, mas *esta* restrição, como já dissemos, não é, à partida, considerada como objecto de controlo com base nos direitos fundamentais, já que ela não se verificou por acto estatal, mas antes por acto de autonomia privada"; prossegue Canaris, – agora em análise do caso *Böll/Walden* (BVerfGE 54, 208), no qual *Walden*, jornalista, utilizou-se de uma frase de *Böll*, contudo, alterou as expressões do enunciado e afirmou que se tratava de uma citação literal – a indicar que, não obstante ser "certo que se tratava de uma intervenção de Walden no direito geral de personalidade de Böll", por não ser destinatário dos direitos fundamentais, *Walden* não pode ter seu comportamento tomado como objeto de controle com base nos direitos fundamentais; assim, a recusa do Supremo Tribunal Federal, "do pedido de indemnização de Böll contra Walden também não constituía uma intervenção no direito geral de personalidade de Böll (a qual já se tinha verificado pelo acto de Walden), antes se esgotava na recusa de proteger"; destarte, "a função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela*" constitui-se na *chave* para uma "explicação dogmática convincente" para a eficácia privada dos direitos fundamentais [1393].

Vê-se, assim, que o autor constrói sua proposta dogmática, condicionado por uma trava teórica muito forte – os direitos fundamentais vinculam, apenas, o Estado – razão pela qual se vê na obrigação de criar toda uma lógica – *explicação dogmática convincente* – para esconder

[1393] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 57-58.

o que é inegável, ou seja, os direitos fundamentais operam efeitos diretos no âmbito das relações particulares; além disso, não obstante reconhecer que as verdadeiras intervenções desvantajosas foram perpetradas por comportamentos particulares, se vê, também, impelido a negar a possibilidade de o Judiciário realizar um controle jusfundamental dessas condutas, o que lhe faz pedir auxílio à doutrina dos deveres de proteção e encontrar na função dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* a saída dogmática apta a manter a *pureza* teórica que exige serem os direitos fundamentais garantias oponíveis, unicamente, em face de atos e omissões do Estado.

De outro lado, necessário ser apontado que, na prática judicial, mesmo em decisões que partem de premissas definidas conforme a teoria da eficácia mediata, a adoção da doutrina da eficácia indireta termina por ocorrer de modo meramente formal, pois, de fato, o que acaba por ser controlado, é o comportamento de um particular que afetou de forma desvantajosa a esfera jusfundamentalmente protegida de outra pessoa privada.

Veja-se, para ilustrar, o caso Lüth, exemplo paradigmático de adoção da tese da eficácia indireta, no qual o Tribunal Constitucional Federal, no intuito de densificar as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados utilizados pelo legislador civil, a partir das quais os direitos fundamentais ingressariam e produziriam efeitos no âmbito das relações particulares, notadamente, no caso, para a definição do conceito de *ação imoral*, realizou uma ponderação entre o direito fundamental esgrimido por Harlan (liberdade profissional) e o direito fundamental sustentado por Lüth (liberdade de expressão); no julgamento do caso, o Tribunal, apesar de não fazer menção ao princípio da proporcionalidade, realizou um sopesamento estruturado pelos testes de adequação e indispensabilidade dos meios, a partir do que verificou a idoneidade e a necessidade do comportamento de Lüth para exercer sua liberdade de expressão, não sendo, portanto, a verificação de proporcionalidade dirigida para o controle da intervenção restritiva manejada pela instância jurisdicional inferior.

Com efeito, apesar de o Tribunal partir da premissa de que estava a controlar a constitucionalidade da intervenção restritiva decorrente da decisão judicial recorrida, sendo esta ação estatal considerada como o *limite* oposto ao direito fundamental de Lüth à livre expressão do pensamento, uma análise atenta da decisão permite concluir que, de fato, o objeto de controle submetido às provas de idoneidade e necessidade não foi a ação estatal, mas, sim, o comportamento praticado pelo particular Erich Lüth, conduta que

verdadeiramente atingiu a esfera de liberdade alheia; ou seja, a verificação de idoneidade e necessidade da medida restritiva não foi feita em face da decisão judicial recorrida, mas dirigida contra o comportamento do particular Lüth.

Não é outra a conclusão que se extrai da leitura do acórdão; em um primeiro momento, após tecer considerações dogmáticas acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, da teoria dos efeitos recíprocos entre direitos fundamentais e leis gerais, bem como delinear os limites constitucionais do direito fundamental à liberdade de expressão, o Tribunal Constitucional Federal registra a possibilidade de um comportamento de uma pessoa privada, no exercício da liberdade de opinião, vir a afetar desvantajosamente a esfera juridicamente protegida de outro particular; assim, se pelo uso da liberdade de opinião "um bem jurídico de outra pessoa, protegido por lei, cuja proteção merece a prevalência em face da liberdade de expressão, for violado", o direito fundamental à livre expressão de pensamento não alcançará proteção definitiva se a conduta atingir desfavoravelmente bem jurídico de terceiro que seja mais relevante na hipótese, ou seja, "o direito da liberdade de expressão não pode se impor, se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por intermédio do exercício da liberdade de expressão", o que será aquilatado com base em uma ponderação concreta tendo em vista as circunstâncias do caso [1394].

De outro lado, após expor a conclusão de que um comportamento particular tem a potencialidade de atingir a esfera jurídica de terceiro, mesmo que esse comportamento seja *prima facie* protegido por um direito fundamental, o Tribunal Constitucional Federal submete a conduta do particular a controle de idoneidade e necessidade, contexto no qual indica que "para a solução da questão de se saber se a convocação ao boicote segundo esses critérios é imoral [*´sittenwidrig`* - por violar os ´bons costumes´], faz-se necessário verificar os motivos, o objetivo e a finalidade das expressões"; ainda, segundo o Tribunal, além da análise dos motivos, objetivo e finalidade das expressões, "deve-se examinar se o reclamante, na busca de seus objetivos, não ultrapassou a medida necessária e adequada do comprometimento dos interesses de Harlan e das sociedades cinematográficas", sendo evidente, assim, que o objeto de controle na decisão foi o comportamento de Lüth [1395].

[1394] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 386-392.
[1395] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 393.

Considere-se, agora, a última passagem transcrita e, em sentido contrário à decisão, entenda-se que o comportamento de Lüth, na busca de seus objetivos, ultrapassou a medida necessária e adequada do comprometimento dos interesses de Harlan e dos terceiros atingidos e imagine-se qual seria a conclusão do Tribunal Constitucional Federal como base nessa premissa; parece evidente que a Reclamação Constitucional de Lüth seria julgada improcedente, uma vez que seu comportamento, apesar de *prima facie* protegido pelo direito fundamental à liberdade de expressão, foi desproporcional, pois inidôneo e/ou desnecessário, não importando em nada para essa decisão avaliar em qual sentido julgou o Tribunal recorrido, se a favor de Harlan (como ocorreu, de fato) ou em benefício de Lüth; com efeito, em avaliação da decisão, mesmo que se insista em manter uma *pureza* teórica e se sustente que os direitos fundamentais indicam, unicamente, o Estado como destinatário de suas normativas e que o objeto de controle segundo os direitos fundamentais são, apenas, as ações estatais, no caso, a intervenção restritiva manejada pelo Tribunal recorrido, não se pode negar que, de fato e na verdade, o Tribunal Constitucional Federal tomou o próprio comportamento do particular (e não a intervenção restritiva manejada pela instância jurisdicional inferior), exercido nos limites do âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental à liberdade de expressão, como o objeto a ser controlado segundo os direitos fundamentais e em face dele realizou o exame de proporcionalidade, não obstante não tenha expressamente feita referência ao princípio.

Destarte, é muito claro que a decisão do caso é tomada pelo Tribunal, notadamente a análise de possível violação ao direito fundamental, a partir dos testes de adequação e necessidade da ação privada interventiva, provas dirigidas contra o comportamento do particular (Lüth), não sendo as exigências, no caso, opostas à intervenção restritiva patrocinada pela instância jurisdicional inferior que julgou procedente a ação de Harlan e entendeu que o caso subsumia-se à tipificação de conduta imoral desenhada pela lei civil; pelo raciocínio seguido pelo Tribunal Constitucional Federal no caso – não obstante assumir como pressuposto que estava a controlar a intervenção restritiva manejada pela instância jurisdicional inferior, sendo esta ação estatal, portanto, a medida que violou o direito fundamental à liberdade de expressão do reclamante – a verdadeira intervenção restritiva considerada, a qual atingiu desvantajosamente o direito fundamental de Harlan, em face do qual foram opostas as provas de idoneidade e indispensabilidade dos meios, foi o

comportamento de uma pessoa privada, Erich Lüth, conduta perpetrada no âmbito de uma relação estritamente particular, mas que acabou por afetar desvantajosamente a esfera jusfundamentalmente protegida prima facie de outro particular (Harlan).

Pertinente destacar, ainda, que o Tribunal Constitucional Federal agiu analogamente em outros casos submetidos à sua apreciação, julgados nos quais opôs os testes que integram o princípio da proporcionalidade em face de ações particulares que afetavam desvantajosamente esferas juridicamente protegidas de terceiros, controlando, portanto, se essas condutas praticadas por pessoas privadas violavam direitos fundamentais; em comum com o caso Lüth, esses julgados, também, apresentavam como relação jurídica base uma colisão entre direitos fundamentais verificada no âmbito de relações particulares e não propriamente o controle de constitucionalidade de uma lei restritiva.

Veja-se, como exemplo, o caso *Blinkfüer* (*BVerfGE* 25, 256) [1396]: no precedente, o BVerfG julgou procedente reclamação constitucional manejada pelo chefe e editor do semanário *Blinkfüer* e entendeu que uma convocação ao boicote, aliada à pressão de cunho financeiro, patrocinado por empresas com alto poderio econômico, não encontrava proteção jusfundamental no direito à liberdade de expressão, bem como no direito à liberdade de imprensa e violava, de outro lado, o direito fundamental à liberdade de imprensa do reclamante *Blinkfüer*; em suma, as editoras *Alex Springer & Sohn*, *Hammerich & Lesser KG* e *Die Welt Verlags-GmbH*, utilizando-se de correspondência enviada aos distribuidores e varejistas de jornais e revistas, convocaram um boicote contra alguns veículos de comunicação, dentre os quais se encontrava o pequeno jornal *Blinkfüer*, sendo que, inclusive, indicavam a possibilidade de haver rompimento das relações comerciais e a consequente suspensão de fornecimento dos seus produtos aos comerciantes dos periódicos, caso os destinatários não atendessem à conclamação ao boicote; a manifestação das empresas que patrocinavam o boicote era motiva por razões de índole política, pois buscavam que os distribuidores e varejistas não comercializassem periódicos ou outros produtos que trouxessem a programação da TV e Rádio da Alemanha oriental (dentre os quais se encontrava o *Blinkfüer*), uma vez que os veículos de imprensa responsáveis por esses programas estariam a serviço da propaganda do governo da República Democrática Alemã; o

[1396] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 400-409.

chefe e editor de redação do periódico *Blinkfüer* ingressou com uma ação civil contra as empresas jornalísticas que patrocinavam o boicote, na qual buscava a condenação dos requeridos à indenização por perdas e danos causados por razão da convocação ao boicote, sendo a ação julgada improcedente pelo Tribunal Federal (BGH), decisão em face da qual o sucumbente apresentou reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal.

Embora não conferir, neste caso, prevalência ao direito fundamental à liberdade de expressão e à livre imprensa, materializados na convocação ao boicote, o Tribunal de *Karlsruhe* resolve a questão, no aspecto que aqui é pertinente, de forma similar ao julgado no caso Lüth, uma vez que, apesar de partir da premissa processual de que a reclamação constitucional manejada na hipótese era admissível por possuir o condão de levar à Corte Constitucional a apreciação de uma alegada violação a direito fundamental decorrente da decisão do Tribunal Federal, o BVerfG acabou por tomar como objeto de controle e, consequentemente, a considerar de fato como intervenção restritiva ao direito fundamental à liberdade de imprensa do reclamante (apesar de não admitir expressamente tal situação), as próprias condutas dos particulares que convocaram o boicote e não a decisão do Tribunal recorrido; esses comportamentos privados, com base em parâmetros de constitucionalidade, foram os verdadeiros objetos sindicados pelo Tribunal Constitucional Federal para a decisão do caso e em face dos quais os testes de proporcionalidade foram opostos, notadamente, avaliou o Tribunal a adequação do meio escolhido pelos reclamados para o alcance da finalidade buscada.

O Tribunal Constitucional Federal indica que, pelo fato de a lide decorrer de uma questão entre pessoas privadas, o processo deve ser solucionado com base na legislação civil, a qual, contudo, deve ser interpretada e aplicada ao caso de acordo com o sistema constitucional de direitos fundamentais e a ordem objetiva de valores jusfundamentais estabelecidos pela Lei Fundamental, a partir do que "há de se analisar, de um lado, até que ponto o boicote é abrangido pelo direito à liberdade de expressão, mas também, por outro lado, até que ponto o reclamante pode valer-se do direito fundamental à liberdade de imprensa" [1397].

Assim, é realizada uma ponderação entre os interesses em colisão, contexto no qual o Tribunal Constitucional Federal entendeu que "os meios dos quais se serve aquele que

[1397] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 404.

expressou a convocação ao boicote para a imposição do mesmo têm que ser admitidos constitucionalmente" [1398]; entrementes, se, por um lado, a divulgação da programação de veículos de imprensa da Alemanha oriental está permitida ao semanário *Blinkfüer* e protegida pelo direito fundamental à liberdade de imprensa, de outro, as medidas adotadas pelos reclamados para fazer prevalecer sua intenção de boicote não encontram suporte na Constituição.

Isso ocorre em razão de a conclamação ao boicote não haver se baseado, apenas, em argumentos de cunho intelectual voltados ao convencimento dos interlocutores, mas sim em pressão de cunho econômica efetivada pela ameaça de suspensão do fornecimento de seus produtos aos comerciantes, não havendo, portanto, liberdade real para que os destinatários das circulares que conclamavam a adesão ao boicote pudessem decidir voluntariamente se aderiam às razões dos reclamados ou não; assim, "os meios que os réus utilizaram para a imposição do boicote não são compatíveis com o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG"; com efeito, com base nessa fatos, conclui-se que "os comerciantes destinatários da circular estavam graças à pressão massiva da possível interrupção de entrega, necessariamente limitados a proceder à ponderação entre vantagens e desvantagens do não atendimento do apelo dos réus e agir com base nos argumentos puramente econômicos", razão pela qual "não se pode mais considerar as atitudes dos réus como meio adequado para a realização de seu apelo"; como conclusão, arremata o Tribunal Constitucional Federal: "o boicote ao semanário "*Blinkfüer*" violou essa liberdade garantida constitucionalmente" [1399].

De todo o exposto, parece claro que o Tribunal Constitucional Federal – apesar de não admitir expressamente, repisa-se – considera a própria ação das empresas privadas que conclamaram o boicote como intervenção restritiva ao direito fundamental à liberdade de imprensa de outro particular, no caso, o semanário *Blinkfüer*, sendo os testes de proporcionalidade lançados em face desse comportamento privado que afetou negativamente a esfera jusfundamentalmente protegida de outro particular; em conclusão, o precedente revela que o apelo ao boicote realizado pelos réus da ação indenizatória não encontrava proteção constitucional, pois os meios utilizados para fazer prevalecer sua vontade e alcançar o objetivo almejado eram inadequados, uma vez que vedados sob o prisma constitucional; foi

[1398] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 405.
[1399] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 407-409.

o próprio comportamento dos reclamados – em razão de se valerem de meio inidôneo (procrito pela ordem jurídica) –, e não a intervenção restritiva manejada pelo Tribunal recorrido, que deu causa à violação ao direito fundamental à liberdade de imprensa do reclamante *Blinkfüer*.

Outro precedente do Tribunal Constitucional Federal digno de nota e que também se mostra relacionado ao direito fundamental à liberdade de imprensa – a reforçar, portanto, a ideia que se está aqui a sustentar – é o caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202) [1400]; esse precedente, assim como os outros já citados, demonstra que comportamentos particulares que atinjam desfavoravelmente interesses de terceiros podem figurar como objeto de controle segundo os direitos fundamentais; no conhecido caso *Lebach*, a Corte Constitucional alemã apreciou Reclamação Constitucional, na qual o peticionário se insurgia contra decisão de Tribunal Civil que negou seu pedido de suspensão da transmissão de um documentário, produzido pela *Zweites Deutsches Fernsehen* – ZDF, o qual atingia negativamente e de forma significativa seu direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Em suma, o reclamante foi condenado pela prática de crime de roubo seguido de morte, tendo atuado na condição de partícipe da organização e planejamento do evento criminoso, no ano de 1969; na ocasião, outros dois indivíduos ingressaram em um depósito de munições na Cidade de *Lebach* e, para perpetrar a subtração dos armamentos, mataram quatro soldados que guardavam o local e feriram gravemente um quinto; os dois autores foram condenados à pena de prisão perpétua enquanto ao reclamante restou imposta pena privativa de liberdade de seis anos de reclusão devido à sua participação no evento.

O caso obteve grande repercussão e, atenta a isso, a ZDF produziu um documentário, no qual indicava detalhadamente o envolvimento dos três condenados, suas relações íntimas, os fatos ocorridos na noite do crime, bem como a posterior prisão dos envolvidos, os quais, ainda, tiveram seus nomes e fotografias divulgadas; ocorre que, quando do lançamento do documentário, o reclamante estava por acabar de cumprir sua pena privativa de liberdade e, por entender que a transmissão do documentário prejudicaria em muito suas possibilidades de ressocialização, além de, consequentemente, atingir seu direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, ingressou com uma ação civil contra a ZDF, na qual

[1400] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 486-494.

requeria a suspensão da transmissão do programa; o Superior Tribunal Estadual de *Koblenz* indeferiu o pedido do autor da ação, decisão em face da qual foi apresentada Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional Federal, com base no argumento de que a decisão do Tribunal recorrido violava o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade do reclamante, pleito que foi julgado procedente pela Corte de *Karlsruhe*.

Em análise da decisão, verifica-se que, uma vez mais, o Tribunal Constitucional Federal, apesar de partir da premissa de estar a controlar a constitucionalidade da intervenção restritiva manejada pelo Superior Tribunal Estadual de *Koblenz* e entender que foi essa ação estatal que violou o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade do reclamante, estabeleceu, na verdade e de fato, o próprio comportamento da empresa ZDF como objeto de controle com base nos direitos fundamentais, sendo os testes inerentes ao princípio da proporcionalidade lançados em face da própria conduta da ZDF.

O Tribunal Constitucional Federal, em um primeiro momento, pontua que a pretensão de emissão do documentário realizada pela ZDF encontra-se protegida pelo direito fundamental à liberdade de imprensa, assim como a intenção de ressocialização do reclamante está jusfundamentalmente tutelada pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, havendo, com efeito, uma colisão a envolver os direitos fundamentais, a qual deve ser solucionada por uma ponderação que leve em conta a eficácia privada de cada uma das pretensões jusfundamentais em embate; prossegue a Corte Constitucional e indica que os motivos justificadores e finalidades buscadas com a divulgação de notícias são, em um primeiro momento, irrelevantes para a definição de proteção jusfundamental pelo direito à liberdade de imprensa, contudo, quando o comportamento inicialmente tutelado pelo direito fundamental atingir de forma desvantajosa outro interesse juridicamente protegido, os objetivos e fundamentos buscados por aquele que se vale da liberdade imprensa já passam a ser relevantes; destarte, o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de imprensa "abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa", contudo, no momento em que essa liberdade colide com outro interesse juridicamente protegido, essas questões passam a ter pertinência para fins da identificação de efetiva proteção jusfundamental, ou seja, "só quando a liberdade de radiofusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse

perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto" [1401].

Destarte, tendo em vista que, no caso, a empresa de comunicação ZDF, em comportamento (emissão do documentário) incluído no âmbito de proteção constitucional *prima facie* do direito fundamental à liberdade de imprensa, atingiu de forma desfavorável interesse do reclamante, também jusfundamentalmente protegido, deve haver uma justificação para essa conduta, notadamente, ela deve ser adequada, necessária e proporcional; tem-se assim, pois, que "o dano causado à `personalidade´ por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre"; com efeito, quando da realização da ponderação entre os interesses em conflito, o juiz "deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade"[1402].

Entrementes, vê-se com clareza que, no precedente em tela, o Tribunal Constitucional Federal, além de pontuar expressamente que o prejuízo ao livre desenvolvimento da personalidade não pode ser desproporcional à importância do exercício concreto da liberdade de imprensa, bem como assinalar que na divulgação de informação sobre delitos graves "deve ser obervado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade", analisa se a conduta da ZDF foi idônea e o meio utilizado indispensável, bem como efetiva uma ponderação entre o grau de importância da satisfação do objetivo buscado pela emissão do documentário em face do dano causado ao direito fundamental do reclamante; "resumindo, tem-se que um noticiário sobre um crime com os nomes [verdadeiros], fotos ou representação dos acusados, principalmente na forma de documentário, significará em regra uma intervenção grave na sua esfera [privada] da personalidade" [1403].

De outro lado, não se pode ignorar o reflexo processual que a questão de direito material possui na Alemanha, pois a reclamação constitucional – mecanismo processual hábil a levar

[1401] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 488.
[1402] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 492.
[1403] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 492.

ao Tribunal Constitucional Federal a análise de uma possível violação a direito fundamental – é admissível, apenas, se o direito fundamental afetado restou atingido desfavoravelmente por um ato do Estado, não passando em juízo de admissibilidade a relação constitucional nos casos em que a alegada violação a direito fundamental for decorrente de comportamentos de pessoas privadas; destarte, para que o Tribunal Constitucional Federal possa conhecer das reclamações constitucionais oriundas de incidentes no âmbito das lides privadas, identifica-se a ação do poder público, no caso, a intervenção restritiva oposta, como meio de resolução da demanda, pelas instâncias jurisdicionais recorridas em face de posições jusfundamentais de um dos demandantes, como o objeto de controle segundo os direitos fundamentais, ou seja, entende-se, sob o prisma do direito material, que a ação violadora do direito fundamental do particular foi manejada pelo Estado-jurisdição.

Essa construção teórica que insere o Estado na relação jurídica de Direito material, a qual, na verdade, diz unicamente a respeito às interações particulares, é formulada de maneira a permitir que o Tribunal Constitucional Federal responda acerca da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, contudo, para isso ser possível – pois, sob o prisma processual, a reclamação constitucional somente será admitida se estiver a impugnar um ato do poder público que violou direito fundamental no plano do direito material – insiste-se na ideia de que, mesmo nessa seara, a violação a direito fundamental pode decorrer, apenas, de comportamentos estatais (destinatário dos direitos fundamentais) e não de condutas praticadas por pessoas privadas.

Ainda, pertinente destacar que, no sistema constitucional alemão, o Tribunal Constitucional Federal possui competência, unicamente, para apreciar um incidente processual, qual seja a exceção de inconstitucionalidade, não lhe sendo atribuída a possibilidade de julgar o mérito das demandas entre pessoas privadas, o que remanesce nas instâncias jurisdicionais inferiores, havendo, assim, uma cisão vertical de competência.

A reclamação constitucional é tratada pelo art. 93°, I, n.° 4ª, GG, sendo o único mecanismo processual a possibilitar que um particular acesse a jurisdição do Tribunal Constitucional Federal e tem por finalidade levar à apreciação do BVerfG uma possível violação a direito fundamental do particular reclamante; contudo, o objeto de impugnação recursal diz, apenas, com os atos ou omissões estatais oriundos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; o âmbito de competência do Tribunal Constitucional Federal nas

reclamações constitucionais exaure-se na análise acerca da correta consideração dos efeitos que os direitos fundamentais causam na aplicação e interpretação da legislação infraconstitucional [1404].

Na sistemática constitucional brasileira são outros os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, bem como mais amplo o limite da cognição que o Supremo Tribunal Federal possui no âmbito deste remédio jurídico-constitucional, notadamente, não é atribuída ao STF, apenas, competência para desvendar a questão constitucional, mas, além disso, possui competência para julgar o próprio mérito da demanda objeto de impugnação recursal pela via extraordinária.

O artigo 102, III, da Constituição Federal brasileira, estabelece ser de competência do Supremo Tribunal Federal "julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição"; trata-se, assim, de um meio destinado, exclusivamente, à impugnação de decisões judiciais e, de outro lado, entre outras possibilidades arroladas no artigo 102, III, da Constituição Federal [1405]-[1406], o fundamento do recurso é a ausência de correção, sob o prisma constitucional, da sentença jurisdicional recorrida; assim, a decisão judicial impugnada, para o recurso extraordinário ser admissível, deve ter contrariado dispositivos constitucionais, contudo, não é incompatível com a admissibilidade do recurso extraordinário, o STF apreciar este recurso nos casos em que a violação da Constituição ocorrer por ato de uma pessoa privada, na hipótese que aqui interessa, a partir da conduta de um particular que atingiu a esfera jusfundamental de titularidade de terceiro; importa, apenas, como a causa foi apreciada, sob o prisma constitucional, em última ou única instância pelos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior à Suprema Corte.

[1404] PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, págs. 375-379 e 393-394.

[1405] "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (…) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal".

[1406] O recurso extraordinário destina-se à "reapreciação de matéria constitucional", sendo, portando, suas hipóteses de cabimento limitadas a este fundamento; até mesmo a previsão do artigo 102, III, "d", não obstante não trazer expressa a hipótese de violação da Constituição, também se refere à violação da Lei Maior brasileira, pois "é a Constituição Federal que disciplina a competência legislativa dos entes federativos", assim, também neste caso, "o cabimento do extraordinário se justifica pela não observância das regras constitucionais". MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, pág. 1146.

O recurso extraordinário leva ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de um caso concreto, envolvendo partes determinadas, sendo a questão constitucional – até então analisada pelas instâncias jurisdicionais inferiores com base em sua competência difusa para o controle de constitucionalidade – apreciada pelo Tribunal Supremo brasileiro, na via incidental; de outro lado, como destacado, o acesso à Corte Suprema, com base no recurso extraordinário, pode ocorrer a partir de uma violação a direitos fundamentais decorrente de comportamentos de pessoas privadas.

A leitura do recurso extraordinário n.° 201. 819 [1407] permite que se visualize com clareza o entendimento do STF acerca do tema da eficácia privada dos direitos fundamentais; no caso, a União Brasileira de Compositores, sociedade civil sem fins lucrativos, excluiu de seus quadros um associado, contudo, não conferiu possibilidade ao particular expulso de exercer a ampla defesa e o contraditório, garantias fundamentais que, segundo julgamento do caso pelo STF, deveriam ser observadas, em razão da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais à hipótese e, consequentemente, da vinculação dos particulares a esses mandamentos constitucionais; ainda, entendeu o STF que a autonomia privada não deve ser considerada como um princípio absoluto, sendo, no caso, limitada pelos direitos fundamentais do associado excluído dos quadros da associação privada; ainda, vê-se que, para resolução do caso, a Suprema Corte brasileira realiza uma ponderação entre os interesses em embate, indicando que a não observância, pela associação privada, dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo implicou grave intervenção nos direitos fundamentais do associado excluído, notadamente, sua liberdade profissional, pois o particular ficara, inclusive, alijado da possibilidade de receber seus direitos autorais.

Já no item I, da ementa do acórdão, no que se refere à possibilidade de os comportamentos particulares terem a potencialidade de violar direitos fundamentais de terceiros e, com efeito, terem a capacidade de ser objeto de controle pelos direitos fundamentais, já consta a seguinte passagem: “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado”.

[1407] RE n.° 201.819. Disponível em: http://redir.stf.jus.br.

Entrementes, resta claro que a admissibilidade do recurso extraordinário, diferentemente do que ocorre com a reclamação constitucional na Alemanha, não depende de uma violação ao direito fundamental praticada pelo Estado, sendo, também, cabível a insurgência recursal extraordinária ao STF nos casos em que a violação decorrer de um comportamento de pessoa privada; a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é expressamente referida, também, no item I da ementa do julgado, sendo destacado pelo STF que "os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados".

Assim, o Supremo Tribunal Federal não se vê compelido a achar uma saída dogmática para a admissibilidade do recurso extraordinário, a partir do que se mantém fiel à relação de direito material que está na base do processo e na qual, desde o princípio, foi verificada uma possível violação da direito fundamental de um particular em decorrência de comportamento agressivo de outra pessoa privada.

De outro lado, é importante reforçar, o recurso extraordinário devolve ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento pleno da matéria e não, apenas, como no sistema alemão, a análise do incidente de inconstitucionalidade; entrementes, como possui competência para apreciar a questão constitucional e, também, julgar o mérito do recurso, deve o Supremo Tribunal Federal procurar dar ao caso submetido à sua apreciação pela via recursal extraordinária a solução mais proporcional possível e não se limitar a analisar se houve excesso de intervenção ou déficit de proteção na decisão jurisdicional recorrida.

É pertinente este confronto dos meios e requisitos de acesso à Suprema Corte brasileira em comparação com o que ocorre em outros sistemas constitucionais, pois, a partir disso, as especificidades do sistema brasileiro são reveladas e é visualizado que nem todos os empecilhos colocados em face da adoção da teoria da eficácia imediata são relevantes em *terrae brasilis*; assim, enquanto na Alemanha, o acesso pelos particulares ao Tribunal Constitucional Federal é juridicamente possível, apenas, quando a alegada violação a direito fundamental decorrer de um comportamento ou omissão estatal, no Brasil, diferentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela via recursal extraordinária, admite analisar a lesão ao direito fundamental quando a conduta interventiva decorrer de uma pessoa privada (objeto de controle segundo os direitos fundamentais); além disso, outra distinção digna de nota diz com

os limites de cognição que possui cada Corte Constitucional, pois, enquanto na Alemanha o Tribunal Constitucional Federal julga, na reclamação constitucional, exclusivamente, o incidente de inconstitucionalidade, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, na apreciação dos recursos extraordinários, possui competência mais ampla, a qual abrange o julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade, mas, também, o mérito das demandas.

Por outro lado, tomando-se por base o sistema jurídico português, vê-se que as especificidades deste ordenamento constitucional, notadamente, no caso, a competência do Tribunal Constitucional para a realização do controle de constitucionalidade, acabam por refletir na formação da jurisprudência constitucional acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais; quer-se dizer que, em razão de os particulares possuírem um acesso restrito à Corte Constitucional em Portugal [1408], bem como pelo fato de o controle de constitucionalidade português ser essencialmente abstrato ou, no máximo, ser permitido o controle concreto da interpretação da lei dada pelas instâncias jurisdicionais inferiores, há um obstáculo, não presente na realidade brasileira – STF possui competência ampla, para controle abstrato e concreto, sendo que, neste último, além de julgar os incidentes de inconstitucionalidade, decide, também, o mérito das lides – que dificulta a adoção da teoria da eficácia imediata pelo Tribunal Constitucional.

Paulo Mota Pinto refere que das particularidades do controle concentrado de constitucionalidade em Portugal, o qual abrange o controle abstrato de normas e da interpretação concreta da legislação, decorre que não sejam muitos os casos referentes aos efeitos dos direitos fundamentais perante os particulares submetidos ao Tribunal Constitucional; assim, por ser o controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional português um controle essencialmente abstrato de normas, e não de intervenções restritivas decorrentes de atos jurisdicionais ou administrativos, a atividade legiferante, apenas, é sindicada pela Corte Constitucional, a partir do que "o problema do ´efeito horizontal` pode aparecer *perante o Tribunal Constitucional* português apenas de maneira indirecta, já que este tribunal não decide directamente sobre a relação entre duas partes" [1409].

[1408] Crítica ao atual sistema de controle de constitucionalidade português é encontrada em: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais*, págs. 155-187.
[1409] PINTO, Paulo Mota. Direitos Fundamentais, págs. 158-159.

Não se quer dizer com isso que o Tribunal Constitucional português, pela via do controle de normas, não possa chegar, indiretamente, a resultados similares aos alcançados pelo controle concreto dos comportamentos das pessoas privadas, mas [1410], apenas, que em Portugal existem empecilhos ao reconhecimento da eficácia imediata que não se fazem presentes na ordem jurídica brasileira, especificamente, no caso, a competência das Cortes Constitucionais de cada país para o controle de constitucionalidade.

De todo o exposto, conclui-se que há suporte doutrinário e jurisprudencial suficientes a embasar a conclusão de que, no âmbito das relações particulares e com base na teoria da eficácia imediata, os comportamentos particulares que atinjam desfavoravelmente interesses jusfundamentais alheios *prima facie* protegidos podem ser objeto de controle segundo os direitos fundamentais, notadamente, no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

4.3.3. As funções dos direitos fundamentais

A mais significativa linha divisória a separar a teoria da eficácia imediata da teoria dos deveres de proteção está na concepção de cada doutrina acerca das funções que os direitos fundamentais exercem quando aplicados no âmbito das relações particulares; a depender do seguimento teórico adotado, serão marcantes as consequências práticas, notadamente, mostrar-se-ão diversas a forma e a intensidade com que a eficácia privada dos direitos fundamentais será reconhecida.

Para ilustrar, com base, novamente, o caso Lüth, interessante que sejam demonstradas as soluções que seriam alcançadas por cada uma das teorias – eficácia imediata ou deveres de proteção – para a resolução do caso pela jurisdição constitucional.

Segundo a teoria da eficácia direta ou imediata, Lüth, ao convocar o boicote, afeta desvantajosamente a esfera jusfundamentalmente protegida de Harlan e, em razão disso, seu comportamento caracteriza-se como uma intervenção restritiva, a partir do que deve ser justificado; ambos os particulares possuem, um em face do outro, um direito subjetivo jusfundamental *prima facie* reconhecido pela Constituição; ambos os particulares figuram

[1410] PINTO, Paulo Mota. Direitos Fundamentais, págs. 160-163.

como destinatários das normativas jusfundamentais, bem como são titulares de direitos fundamentais; uma vez que foi a conduta de Lüth o meio restritivo oposto ao direito fundamental de Harlan, esse comportamento deve ser objeto de controle segundo os direitos fundamentais; referido controle dar-se-á mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, em dinâmica similar, em muitos aspectos, à proibição do excesso, em face do comportamento de Lüth e, nesse processo, será avaliada a idoneidade do meio escolhido por Lüth, bem como a legitimidade das finalidades buscadas e a licitude da medida utilizado, além da indispensabilidade do meio escolhido e, por fim, será realizada um ponderação a envolver a importância dos efeitos, positivos e negativos, jurídicos e materiais, relacionados à satisfação das finalidades buscada por Lüth e ao prejuízo ao direito fundamental titularizado por Harlan; haveria, assim, ao final de tudo, uma ponderação entre os interesses jusfundamentais em colisão, devendo prevalecer o que possuir maior peso diante das circunstâncias do caso concreto.

Já para a doutrina dos deveres de proteção, os particulares não são destinatários das normativas jusfundamentais e, consequentemente, condutas privadas não podem ser objeto de controle com base nesses preceitos constitucionais; assim, a se considerar que, faticamente, foi o comportamento de Lüth que atingiu desvantajosamente a esfera de liberdade de Harlan, o Tribunal Constitucional deveria avaliar se há um imperativo de tutela jusfundamental a decorrer da posição jurídica atingida; o Estado continua a ser o destinatário dos direitos fundamentais e o objeto de controle seria a análise de uma possível *omissão* das instâncias jurisdicionais inferiores em outorgar proteção jusfundamental mínima à liberdade de Harlan; haveria, assim, uma proibição de proteção insuficiente aos direitos fundamentais, mandamento imposto ao Estado, o qual deveria proporcionar uma tutela minimamente eficiente aos direitos fundamentais que sejam atingidos negativamente por comportamentos particulares; sob outra perspectiva, o Tribunal poderia proibir a conduta de Lüth e impor-lhe uma intervenção restritiva em face do seu direito fundamental à liberdade de manifestação se essa afetação desvantajosa observasse o princípio da proibição do excesso; assim, em suma, se o Tribunal entender pela proteção da liberdade profissional de Harlan deverá observar o imperativo de tutela que decorre do direito fundamental em questão e, ainda, verificar se houve descumprimento aos ditames da proibição da insuficiência, sendo que, de outro lado, se pretender proibir o comportamento de Lüth deve avaliar se a intervenção restritiva a ser

oposta em face do direito fundamental à liberdade de expressão observa a proibição do excesso [1411].

Entrementes, a função dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas varia, a depender da teoria adotada, pois, de acordo com aqueles que entendem possuírem os direitos fundamentais eficácia direta e imediata na esfera das interações interprivadas, as normativas jusfundamentais outorgam aos particulares verdadeiros direitos de defesa em face de comportamentos agressivos de outros particulares, enquanto que para os adeptos da teoria dos deveres de proteção, o que deve ser analisado é se o Estado – destinatário dos direitos fundamentais, também, nessa hipótese – possui, no caso, um dever jusfundamental de tutela de algum direito fundamental afetado pelo comportamento de outro particular; ainda, para a teoria da eficácia imediata, o objeto de controle segundo os direitos fundamentais seria o comportamento privado que interviu restritivamente na esfera jusfundamental *prima facie* protegida de outro particular, sendo o princípio da proporcionalidade manejado em termos similares à proibição do excesso; já para a doutrina dos deveres de proteção, a considerar que o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais, a eficácia privada desses direitos seria dogmaticamente explicada a partir da ideia da existência de deveres de proteção impostos ao Estado, o qual deve proporcionar proteção suficiente aos direitos fundamentais de titularidade dos particulares, sendo, portanto, a omissão do Estado em tutelar suficientemente os direitos fundamentais o objeto a ser controlado com base em parâmetros de constitucionalidade, funcionando o princípio da proporcionalidade como uma proibição de insuficiência [1412].

A nota distintiva mais forte entre as duas propostas está, como adverte Canaris, "na circunstância de a eficácia da função de imperativo de tutela, em combinação com a proibição de insuficiência, ser substancialmente mais fraca do que a função dos direitos fundamentais como proibição de intervenção, conjugada com a proibição do excesso"; é que quando há uma omissão do Estado em cumprir imperativos de tutela impostos pelos direitos fundamentais, uma possível justificação constitucional para essa omissão é submetida a parâmetros de constitucionalidade menos rígidos do que quando os direitos fundamentais atuam como proibições de intervenção e o Estado os atinge desvantajosamente, ou seja, o ônus argumentativo imposto ao Estado é muito mais tênue quando se vê compelido a justificar uma

[1411] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, pág. 70.
[1412] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 59-64.

omissão do que quando deve motivar a realização de uma ação restritiva; isso é complementado pela diferença e autonomia dogmática que deve haver entre a proibição do excesso e a proibição de insuficiência, pois, se assim não fosse, os direitos fundamentais de defesa e a prestações positivas estariam nivelados ao mesmo patamar e sem a observância de suas diferenças estruturais [1413].

Ocorre que, na verdade, a concepção de os direitos fundamentais funcionarem, no âmbito das relações interprivadas, como direitos a prestações positivas, notadamente, como imperativos de tutela impostos ao Estado, nada mais é que uma saída dogmática para justificar um fato – os direitos fundamentais possuem eficácia privada – em contraponto com a premissa de que, apenas, o Estado pode figurar como destinatário das normativas jusfundamentais; além disso, a preocupação com o respeito à autonomia privada também motiva as conclusão da doutrina dos deveres de proteção.

Contudo, esses obstáculos colocados pela doutrina dos deveres de proteção não são definitivos e podem ser ultrapassados; como já destacado, a tese da eficácia imediata não compromete significativamente a autonomia privada, bem como, de outro lado, muitos argumentos contam a favor da tese de os particulares serem, também, destinatários dos direitos fundamentais; além disso, restou demonstrado que as ações particulares podem atingir desvantajosamente direitos fundamentais de terceiros e que, de fato, são esses comportamentos privados as reais intervenções restritivas opostas à liberdade e os verdadeiros objetos de controle segundo os direitos fundamentais.

Entrementes, se os particulares são destinatários dos direitos fundamentais e as suas condutas podem ser sindicadas de acordo com os padrões de constitucionalidade impostos por essas normativas constitucionais, é manifesto que os direitos fundamentais atuam, na esfera das interações privadas, como direitos de defesa, podendo, como consequência, ser opostos pelos particulares como limites a comportamentos de outras pessoas privadas que atinjam suas esferas juridicamente protegidas.

De outro lado, deve-se chamar a atenção para um possível tratamento desigual – injustificado – entre os particulares, caso não adotada a teoria da eficácia imediata; para demonstrar este ponto, pertinente expor os argumentos lançados por Canaris, ao rebater a

[1413] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, págs. 65-68.

crítica articulada por J. Hager, o qual sustenta que a funcionalização dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela, o que é dogmaticamente construído para possibilitar a explicação da eficácia privada dessas normas constitucionais, acaba por originar uma *assimetria* entre o particular que, com o seu comportamento, afeta negativamente a esfera juridicamente protegida de outrem e a pessoa privada atingida; para exemplificar, Canaris retorna ao caso Lüth e, a partir do julgado, demonstra que Harlan, com base na liberdade profissional, possui uma pretensão jusfundamental à proteção em face do Estado, a qual será definitivamente exigível se cumpridas as exigências da proibição da insuficiência, enquanto que Lüth, por sua vez, detém, com base no direito fundamental à liberdade de expressão, um direito de defesa em face do Estado, esfera jusfundamentalmente protegida que, apenas, poderá ser restringida casos satisfeitos os testes inerentes à proibição do excesso; assim, conclui Canaris que essa *assimetria*, de fato, existe, contudo, é justificada, uma vez que, no âmbito das relações particulares, vigora o "*o princípio do primado da sociedade em face do Estado*", o qual dispõe que as interações entre as pessoas privadas são, a partida, livres e não necessitam encontrar justificações ou delegações estatais para poderem ser realizadas na prática [1414].

Não obstante os pesados argumentos articulados por Canaris, temos que não há justificativa constitucional para que o Estado possa conferir esse tratamento desigual entre os particulares, o que somente seria compatível com uma concepção estritamente liberal dos direitos fundamentais e, ainda, nos casos que ocorressem em um sistema jurídico no qual houvesse estrita separação entre Estado e sociedade; quando os interesses jusfundamentais dos particulares se encontram em colisão, não há sentido em se distinguir o ônus de fundamentação que o Estado deve cumprir para poder intervir restritivamente na esfera pessoal de um ou proteger a liberdade do outro, uma vez que isso colocaria uma das partes em situação de grave desvantagem e, o que é ainda pior, o particular que teve sua esfera jurídica afetada pelo comportamento de outro é o que seria colocado em situação de inferioridade, pois, como sustenta Canaris, o ônus argumentativo para restringir é bem menor do que o para proteger.

[1414] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, pág. 70.

Além de tudo, há outro sério problema a ser ultrapassado por quem pretenda seguir proposta semelhante à defendida por Canaris; retornando-se, uma vez mais, ao caso Lüth e destrinchando-se bem a questão, pode ser criada a seguinte situação hipotética: para proteger Harlan, o Tribunal Constitucional Federal deveria reconhecer que houve uma deficiência na proteção estatal à sua liberdade profissional e, como consequência, há um definitivo imperativo jusfundamental de tutela; contudo, pergunta-se, o que fará o Judiciário para proteger a liberdade profissional de Harlan? Parece claro que restaria ao Estado proibir o comportamento de Lüth, ou seja, determinar o término do conclame ao boicote e isso seria concretizado pela oposição de uma intervenção restritiva em face da liberdade de expressão de Lüth.

Assim, da satisfação dos ônus argumentativos impostos pela proibição de proteção deficiente – aliada à concepção dos direitos fundamentais como imperativos de tutela – origina-se um dever estatal de proteção, o qual, ao final das contas, será executado a partir de uma restrição da liberdade de outro particular; contudo, para afetar desvantajosamente a esfera *prima facie* protegida pelos direitos fundamentais o Estado deveria, na verdade, cumprir as exigências da proibição do excesso, princípio que, no caso, ficou de fora do raciocínio argumentativo, pois os testes de fato realizados foram os decorrentes do princípio da vedação de insuficiência; em outras palavras, tem-se que de um dever estatal de proteção nasce um dever estatal de restringir.

A situação inversa também se mostra problemática. Imagine-se, agora, que o Tribunal Constitucional Federal entendeu que qualquer intervenção desvantajosa oposta pelo Estado na liberdade de expressão de Lüth seria contrária ao exigido pela proibição do excesso; neste caso, a partir da aplicação do princípio da proibição do excesso, ter-se-ia, como consequência, uma negativa de proteção do Estado à liberdade profissional de Harlan, conclusão que seria alcançada, no caso, sem qualquer alusão ao princípio da proibição da proteção deficiente e aos direitos fundamentais como imperativos de tutela.

Destarte, não parece que os direitos fundamentais, neste específico problema dogmático – eficácia privada dos direitos fundamentais – possam ser funcionalizados como imperativos de tutela e o princípio da proporcionalidade instrumentalizado como uma proibição do déficit, uma vez que isso, apenas, seria possível se o descumprimento dos ditames da proibição do excesso não ocasionasse uma negativa de proteção relacionável a algum particular específico

ou, de outro lado, se o não preenchimento das exigências argumentativas decorrentes da proibição da proteção deficiente não gerasse uma intervenção restritiva direta em face da esfera de liberdade de outra pessoa privada.

Ainda, adiciona-se a tudo o que foi dito, argumento de cunho pragmático, a saber: a questão de qual eficácia os direitos fundamentais possuem no campo das relações privadas, apenas, configurará um caso jusfundamental quando a questão chegar ao Poder Judiciário; aqui, antes de decidir o mérito da lide, o juiz deveria, previamente, avaliar qual teoria responde melhor a questão dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, sendo que, como já destacado, caso adotada a doutrina dos deveres de proteção, a aplicação do princípio da proporcionalidade seria feita na forma de uma proibição de proteção deficiente e, de outro lado, se selecionada a teoria da eficácia imediata, o princípio da proporcionalidade conduziria a solução do caso de forma a realizar na maior medida possível os direitos fundamentais colidentes.

Ocorre que, na prática, para resolução desses tipos de casos de direitos fundamentais, o raciocínio judicial a ser seguido, invariavelmente, uma vez que esta lógica alcança o melhor resultado, vai buscar a solução da demanda mediante um confronto de direito contra direito, o que, ao final das contas, é o sustentado pela teoria da aplicabilidade imediata; dificilmente, o juiz, nesta espécie de situação, aplicará o princípio da proibição da proteção deficiente, versão mais fraca da proporcionalidade, o qual estabelece a obrigação de o Estado intervir na relação privada em questão, unicamente, quando for manifesto o *déficit* de proteção estatal da liberdade individual de um dos particulares; isso ocorre porque a lógica de o juiz buscar a solução mais *justa*, mais *equilibrada*, para o caso, é observada de forma mais consistente quando assumidas as premissas da teoria da eficácia imediata, pois, de outro lado, um apego demasiado à ideia de serem os direitos fundamentais, apenas, direitos contra o Estado, acaba por impor que o juiz resolva a lide a partir de uma avaliação da (in) existência de um dever de proteção e não por uma ponderação concreta entre os direitos fundamentais colidentes, o que impede que a sentença reflita a decisão mais proporcional possível para a hipótese, uma vez que, com a adoção da teoria dos deveres de proteção, a exigência de proporcionalidade exaure-se no exame de *(in)suficiência* da tutela outorgada pelo Estado no caso.

Por fim, ainda, destaca-se que há, inclusive, contestação à assertiva que indica a teoria dos deveres de proteção como uma via alternativa entre as teorias da eficácia mediata e

imediata, pois há, na verdade, uma "contradição insanável" entre as premissas adotadas como bases da teoria dos deveres de proteção; uma vez que, se, apenas, o Estado está vinculado aos direitos fundamentais, não se pode pretender que, a partir deste pressuposto, ocorra uma "real vinculação dos particulares nas suas relações recíprocas, em conformidade com os padrões de tutela definidos pela própria Lei Fundamental"; ou seja, no momento em que se admite a possibilidade de o juiz, à revelia de lei, resolver uma questão a envolver pessoas privadas a partir da aplicação de normativas constitucionais ao caso, há, na verdade, a aceitação, ainda que implícita, de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais; assim, em suma, "se 'A' não está vinculado pelo direito de 'B', juridicamente, é óbvio que não o pode violar"; logo, "como justificar, então, uma intervenção protectora do Estado como o objectivo de evitar a *violação* de tal direito, sabendo-se para mais que isso implicará certamente a restrição de posições jusfundamentais de 'A'?" [1415].

Assim, afastadas as críticas que comprometiam a adoção da teoria da eficácia imediata, bem como destacados os motivos que apontam pela preferência dessa teoria em detrimento da doutrina dos deveres de proteção, especialmente, no que se refere ao sistema constitucional brasileiro, passa-se, agora, a traçar linhas gerais de como essa aplicabilidade direta dos direitos fundamentais aos particulares opera.

5.3.4. Da problemática aplicação da proibição do excesso e da proibição da insuficiência uma vez adotada a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares

Com já pode ser percebido da leitura dos tópicos anteriores, as duas primeiras faces aqui trabalhadas do princípio da proporcionalidade – proibição do excesso e proibição da insuficiência – não apresentam respostas satisfatórias quando relacionadas à aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares.

Isso ocorre, dentre outros fatores, pelas diferenças significativas entre os objetos de controle segundo os direitos fundamentais, pelas funções a serem exercidas pelos direitos

[1415] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado*, págs. 94-96 e 104-106.

fundamentais em cada caso, pela diversa titularidade dos direitos fundamentais e pelos diversos comandos deônticos presentes em cada situação, ou seja, a proibição do excesso, aplicável quando do controle das restrições legislativas e intervenções restritivas opostas pelo Estado, não encontra base aplicativa similar quando o objeto de controle diz com as intervenções restritivas opostas por particulares.

De outro lado, a proibição da insuficiência, aplicável ao controle das omissões estatais relacionadas ao descumprimento de deveres de proteção ou promoção *prima facie* oponíveis ao Estado pela Constituição, autoriza, apenas, a intervenção do Poder Judiciário nas situações que não resta verificada uma tutela mínima no caso, o que, em contraponto, deixa a descoberto várias pretensões jusfundamentais que mereceriam proteção concreta e, ainda – assim como a proibição do excesso – obstaculiza que o juiz possa encontrar uma solução para o caso que otimize os bens, interesses ou valores colidentes, fato que é desejável quando da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações privadas; além disso, a proibição da insuficiência mostra-se incompatível com a premissa a indicar que os direitos fundamentais exercem uma função de defesa da posição jusfundamental de um particular em face de uma conduta agressiva de outro particular que venha a afetar o âmbito de proteção jusfundamental *prima facie* reconhecido pelas normativas constitucionais.

Ainda, tanto a proibição do excesso quanto a proibição da insuficiência não foram formatadas para servirem ao controle de comportamentos privados, mas, apenas, para o controle de ações e omissões estatais que afetem desvantajosamente direitos fundamentais; também, ambas, nos termos já pontuados, não são dirigidas para a otimização dos bens, interesses e valores em colisão, o que deve ocorrer quando da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações privadas, notadamente, porque, nesta esfera, não está em causa a tensão entre a jurisdição constitucional e a liberdade de conformação da Constituição constitucionalmente outorgada ao legislador democraticamente eleito.

Assim, no controle das restrições legislativas, a proibição do excesso deve ser aplicada de forma a deixar preservado o espaço de livre deliberação legislativa, sendo que o mesmo ocorre quando do manejo da proibição da insuficiência, enquanto norma de controle das omissões relacionadas à promoção ou proteção de direitos fundamentais, âmbito no qual a liberdade de conformação do legislador – notadamente, pela reserva do politicamente adequado e oportuno – mostra-se, ainda, mais presente.

Não obstante, essa tensão a envolver os princípios do Estado de Direito e democrático não se faz relevante quando da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações privadas; nessa esfera, a jurisdição não está a controlar ações ou omissões estatais, mas, apenas, é instada a decidir um caso concreto colocado à sua apreciação, o que deve ser levado a efeito da melhor forma possível e à revelia de preocupação com possíveis tensões a envolver a liberdade de conformação do legislador; essa linha de pensamento é sufragada por Petersen, para quem, no momento em que há declaração jurisdicional de inconstitucionalidade da legislação devido à violação de direitos fundamentais, resta perfectibilizada a tensão entre a Corte Constitucional e o legislador, contudo, tal situação de tensão não se faz presente quando o Tribunal Constitucional aprecia casos que dizem com a eficácia horizontal dos direitos fundamenteis ou nas situações em que entende pela constitucionalidade das decisões legislativas restritivas [1416].

Logo, há diferenças estruturais significativas entre os casos de direitos fundamentais submetidos à apreciação da jurisdição constitucional, os quais envolvem diversos fatores e alcançam, inclusive, a relação entre o princípio da proporcionalidade e outros princípios estruturantes de um Estado de Direito; essas diferenças, como consequência, impedem que o princípio da proporcionalidade seja manejado da mesma forma em todos os casos jusfundamentais, a partir do que o reconhecimento de faces diferentes e compatíveis com cada situação dogmática mostra-se uma exigência insofismável; no que diz, especificamente, com a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações particulares, a proibição do excesso e a vedação da insuficiência não logram êxito em demonstrar resultados satisfatórios, bem como suas premissas e pressupostos aplicativos não se fazem presentes quando a jurisdição é instada a enfrentar essa questão da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas interações privadas.

Como exposto nos capítulos precedentes, os direitos fundamentais vinculam, além do Estado, os particulares, a partir do que os comportamentos privados que atinjam desfavoravelmente a esfera jusfundamentalmente protegida de outro particular são considerados como verdadeiras intervenções restritivas passíveis de controle a partir de parâmetros estabelecidos pelos direitos fundamentais, em conjunto com o princípio da

[1416] PETERSEN, Niels. Alexy, pág. 173.

proporcionalidade; além disso, os direitos fundamentais figuram, nesta esfera, como direitos de defesa dos particulares afetados por comportamentos agressivos de outras pessoas privadas; o mesmo raciocínio é válido para os casos de a afetação desvantajosa advir de manifestação de vontade do próprio titular, âmbito no qual poderá ser questionada a efetiva liberdade de decisão do particular quando exauriu o ato de autonomia, bem como, em casos de renúncia a direitos fundamentais, se foram observados os pressupostos constitucionais para que a abdicação possa ser reconhecida como legítima.

É pertinente frisar, novamente, que, uma vez adotada a teoria da eficácia imediata, a questão real a ser resolvida pelo aplicador do Direito diz com uma colisão entre direitos fundamentais ou a envolver direitos fundamentais e outros bens, interesses ou valores constitucionalmente protegidos, notadamente, a autonomia privada [1417]; em outras palavras, se um caso referente a um embate de interesses ou bens jusfundamentalmente tutelados e de titularidade de pessoas privadas é levado à apreciação judicial, não havendo, em contrapartida, legislação de Direito Privado aplicável à hipótese, o juiz deverá resolver a lide com base na incidência direta das normas constitucionais em face do caso, estando, assim, no mais das vezes, diante de um problema de colisão a envolver direitos fundamentais.

De forma mais específica, essa colisão, no âmbito das relações particulares, pode ser visualizada em duas perspectivas, quais sejam, no âmbito contratual e extracontratual; na primeira hipótese, está em causa um embate a envolver a autonomia privada ou a liberdade contratual [1418] (interesses constitucionalmente protegidos) e os direitos fundamentais, sendo que, no segundo caso, ocorre propriamente uma colisão entre direitos fundamentais; não obstante, a forma de resolução de ambos os tipos de conflitos – observadas, por óbvio, as particularidades de cada direito fundamental e da autonomia privada – ocorre de maneira similar, sendo que o *modus operandi* do princípio da proporcionalidade permanece o mesmo nos dois casos [1419].

Nos termos que restam destacados, os direitos fundamentais, ao serem aplicados diretamente no âmbito das relações interprivadas, funcionam como direitos de defesa do

[1417] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 528.
[1418] A liberdade contratual desmembra-se na liberdade de contratar, bem como na liberdade de não contratar, contudo, tendo em vista que esta última hipótese diz respeito à vinculação dos particulares ao princípio da igualdade, não será abordada neste estudo. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, págs. 188-189.
[1419] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, págs. 186-189.

particular que é atingido, em sua esfera jusfundamentalmente protegida, por uma conduta de outra pessoa privada; aliado a isso, tem-se que deve haver uma justificação constitucional – a partir da aplicação conjugada do direito fundamental de defesa e do princípio da proporcionalidade – para que a ação agressiva perpetrada pelo particular possa ser considerada legítima.

Contudo, o princípio da proporcionalidade, apesar de estar a ser manejado como um limite jurídico às intervenções restritivas, não funciona, aqui, nos mesmos termos da proibição do excesso; já restou devidamente exposto que o objeto de controle segundo os direitos fundamentais são as ações das pessoas privadas que atinjam desfavoravelmente uma posição jusfundamentalmente protegida de outro particular, sendo os direitos fundamentais, nas relações interprivadas, funcionalizados como direitos de defesa dos particulares em face de comportamentos agressivos de outros particulares; não obstante, apesar de essas ações possuírem a natureza jurídica de intervenções restritivas, elas não são controladas pela jurisdição constitucional a partir do manejo do princípio da proporcionalidade na forma de uma proibição do excesso.

Isso ocorre porque há peculiaridades na relação jurídica de base que destoam das interações entre Estado e indivíduo o que, de outra banda, vai implicar diferenciações quando do controle de referida afetação desvantajosa pela jurisdição constitucional.

No caso das relações entre particulares, não se pode perder de vista que o comportamento agressivo à esfera jusfundamental alheia, praticado por um particular, também encontra proteção normativa jusfundamental ou, no mínimo, em outra norma constitucional, o que impede a aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição do excesso, pois a ação interventiva não adveio do Estado, mas, sim, de outro titular de direito fundamental.

Nesses termos, o princípio da proporcionalidade não pode indicar que houve violação de direito fundamental, apenas, se a intervenção restritiva for excessiva; ele deve, uma vez que em ambos os lados do embate figuram titulares de direitos fundamentais, possibilitar que seja encontrada a solução mais harmônica possível para a colisão e não se pautar, unicamente, para a verificação de um possível excesso de intervenção; em outras palavras, enquanto no controle das restrições legislativas, o órgão de controle se encontra, regra geral, diante de uma análise abstrata da conformação da lei restritiva com os direitos fundamentais, na questão a envolver a incidência direta dos direitos fundamentais às relações particulares, o juiz deve

julgar uma lide a partir da aplicação direta de normativas constitucionais ao caso, ante a ausência de legislação a regulamentar a hipótese, de forma a resolver um conflito a envolver interesses de pessoas privadas e determinadas no processo.

Entrementes, no primeiro caso, uma vez que se está a sindicar, a partir de parâmetros de controle definidos pela Constituição, a decisão do legislador democraticamente eleito, o princípio da proporcionalidade se especifica em uma vedação do excesso imposta às restrições legislativas, contudo, na segunda situação, não há lei a ser sabatinada, mas, outrossim, uma lide a envolver pessoas privadas e que deve ser resolvida pelo juiz com base na aplicação direta de enunciados jusfundamentais ao caso e, frisa-se, da forma mais proporcional possível, a partir do que o princípio da proporcionalidade se mostra como um instrumento a guiar a decisão judicial de forma a que a solução para a colisão jusfundamental verificada possa ser alcançada pela jurisdição de forma a otimizar os direitos fundamentais em embate.

Outra diferença significativa está no fato de que, diferentemente do controle de constitucionalidade das restrições legislativas, não há, aqui, decisão do legislador democraticamente eleito a ser sindicada; este fato amplia os limites da competência jurisdicional e a dirige para a resolução do caso com base na decisão mais proporcional possível e não, apenas, para a aquilatação do excesso.

De outro lado, mais evidente, ainda, mostra-se a inaplicabilidade da proibição da insuficiência aos casos que dizem com a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações privadas; isso porque, quando do julgamento dessas demandas, o juiz não está a controlar uma omissão estatal relacionada à ausência de concretização de prestações jusfundamentais *prima facie* ordenadas pela Constituição, bem como não estão em causas as reservas do politicamente adequado e oportuno, as quais, conjuntamente com a estrutura dos direitos fundamentais prestacionais, fazem a proibição da insuficiência ser a face do princípio da proporcionalidade, a expor, portanto, uma norma de controle mais *fraca*, em comparação com a proibição do excesso; entrementes, a considerar que a dinâmica a ser assumida pelo princípio da proporcionalidade, quando da aplicação direta dos direitos fundamentais em face das relações privadas, impõe ao juiz um dever de otimizar os bens, interesses ou valores em colisão, vê-se com nitidez que a face da proibição da insuficiência é inservível para preencher as premissas traçadas.

6. A aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas e o princípio da proporcionalidade

É chegado o momento de se expor como o princípio da proporcionalidade atua quando da aplicação direta de enunciados normativos jusfundamentais no âmbito de relações estritamente particulares, portanto, impende demonstrar o conteúdo de cada elemento constitutivo do princípio da proporcionalidade, quando manejado conjuntamente com a aplicação direta dos direitos fundamentais no seio das relações interprivadas, ou seja, é hora de se demonstrar como os subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito atuam quando aplicados no âmbito deste específico problema jusfundamental.

A aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares depende do preenchimento de alguns requisitos; em um primeiro momento, devem ser definidos, precisamente, os pressupostos fáticos a envolver a relação privada em questão e, em contraponto, avaliar se existe norma infraconstitucional de Direito Privado incidente em face da hipótese, ou seja, se o legislador infraconstitucional, após ponderação legislativa, já definiu a resposta para o conflito, a lei deve ser aplicada por subsunção ao caso; em não havendo lei específica e precisamente aplicável à hipótese, o segundo momento requer seja avaliada a possibilidade de resolução do caso a partir de uma norma do sistema de Direito Privado de tessitura mais aberta, que possa ser estendida ao caso, ou pela interpretação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados passiveis de incidência à hipótese; somente após, em não havendo possibilidade de se julgar a lide com base na legislação privada, estará o Estado-jurisdição autorizado a recorre diretamente à Constituição e, partir da aplicação imediata dos preceitos constitucionais com incidência em face do caso, por termo ao conflito e julgar o mérito da demanda; antes disso, os direitos fundamentais produzem efeitos indiretos, seja pela produção da legislação privada em conformidade com o sistema jusfundamental, seja pela interpretação dessa legislação orientada pelos direitos fundamentais [1420].

A teoria da eficácia imediata não pretende retirar a primazia do legislador democraticamente eleito para a regulamentação das relações interprivadas, contudo, tendo o

[1420] Em sentido muito próximo: STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade, págs. 24-47.

legislador se omitido em decidir acerca da questão, é a aplicação direta das normas constitucionais ao caso que porá termo à colisão entre os interesses particulares; em outras palavras, em havendo decisão legislativa acerca do tema, ou seja, já existindo lei a expressar o resultado da ponderação efetivada pelo legislador e a solucionar a colisão, a norma deve ser aplicada ao caso, sendo, apenas, legítimo à jurisdição afastá-la quando se afigurar inconstitucional.

Não obstante, imagine-se a hipótese em que o legislador ainda não anteviu referida colisão e, consequentemente, não haver lei a definir o resultado da ponderação legislativa acerca do tema; pelo o que aqui se sustenta, em chegando a situação à apreciação do juiz com competência para julgar casos afetos ao Direito Privado, este deverá solucionar a demanda, a partir da aplicação direta das normativas jusfundamentais pertinentes à hipótese.

Isso ocorrerá mediante a observância de determinada metótica-estruturante, a qual pode ser aqui esboçada nos seguintes termos: 1) tendo o caso, a envolver um conflito de bens ou interesses de titularidade de particulares, chegado à apreciação da jurisdição civil (ou outro ramo do Direito Privado), deverá o juiz definir precisamente o suporte fático concreto da relação privada em questão e verificar se há lei regulamentando a hipótese, a qual deverá ser interpretada e aplicada com base nos direitos fundamentais; 2) não existindo a possibilidade de subsunção direta de nenhuma normativa infraconstitucional ao caso, ingressa a jurisdição na tarefa de verificação de viabilidade de resolução do caso a partir de uma interpretação – jusfundamentalmente conduzida – das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados existentes na legislação privada; 3) não se logrando êxito na resolução da lide com base em nenhuma norma de Direito Privado, o juiz deverá avaliar se o suporte fático concreto encontra perfectibilização no suporte fático abstrato definido pelas normas constitucionais, ou seja, impende seja verificado se os valores, bens ou interesses em embate, esgrimidos pelos particulares, encontram-se envolvidos pelo âmbito de proteção *prima facie* de algum direito fundamental ou de outra norma constitucional; 4) em caso positivo, verifica-se uma colisão a envolver direitos fundamentais ou outros interesses constitucionais, devendo o caso ser solucionado a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade figura, quando aplicado no âmbito de uma colisão jusfundamental verificada em uma relação interprivada, como um limite jurídico às ações particulares que afetam desvantajosamente direitos fundamentais de terceiros (intervenções

restritivas) e, consequentemente, como um critério estruturante dirigido a possibilitar uma decisão racional e intersubjetivamente demonstrável quando da incidência dos direitos fundamentais em face de relações particulares.

Sua estrutura analítica – ao menos, sob o prisma externo – segue as mesmas linhas do princípio da proibição do excesso, contudo, o conteúdo de cada subprincípio – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – contém diferenças, de forma a que o princípio da proporcionalidade possa cumprir a específica função dogmática que lhe é agora atribuída, fazendo valer, assim, os direitos fundamentais no seio das interações privadas, mas, também, assegurando o respeito à autonomia privada e à liberdade pessoal de cada particular em definir os termos em que se darão suas interações privadas.

Entrementes, impende, na sequência, que seja exposto o conteúdo de cada subprincípio integrante do conceito amplo de proporcionalidade, ou seja, calha demonstrar como funcionam os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito quando manejados para controle de intervenções restritivas praticadas por pessoas privadas e, consequentemente, como funciona o princípio da proporcionalidade na condição de critério estruturante da decisão que põe termo a uma colisão jusfundamental verificada no âmbito de uma relação estritamente privada.

6.1. O subprincípio da adequação ou idoneidade

Assim como ocorre quando da aplicação do princípio da proibição do excesso no controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, o primeiro momento da incidência do princípio da proporcionalidade, quando da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares, é expresso pelo subprincípio da adequação ou idoneidade; em linhas gerais, o conteúdo deste subprincípio, quando manejado nesta específica questão dogmática, é o mesmo de quando o teste de *adequação* é relacionado ao controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais, devendo, assim, ser avaliado se o meio (intervenção restritiva) empregado pelo particular possui *idoneidade* para, em alguma intensidade e de forma não desprezível, promover a finalidade por ele buscada.

Tal qual ocorre quando da aplicação da proibição do excesso, aqui, também, neste específico âmbito de atuação do princípio da proporcionalidade, o sentido nuclear da verificação de *idoneidade* da medida restritiva é apurar se a conduta particular que atingiu a esfera jusfundamentalmente protegida de outra pessoa privada é dotada, ao menos, de mínima capacidade para impulsionar o objetivo buscado com a afetação desvantajosa imposta ao direito fundamental de titularidade alheia.

Está em causa, assim, uma relação entre meio e fim, consubstanciada em uma análise que se concentra na relação empírica entre a medida restritiva utilizada (no caso, a conduta do particular identificada como intervenção restritiva) e sua *adequação* para a promoção de determinados objetivos.

Contudo, apesar de o subprincípio da idoneidade se apresentar, em linhas gerais e para fins de conceituação, da mesma forma quando integrante do princípio da proibição do excesso no controle das restrições legislativas e nas situações em que inserto no princípio da proporcionalidade em sua aplicação conjunta com a incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, existem diferenciações que devem ser observadas.

O controle de *idoneidade* das restrições legislativas inicia pela verificação da legitimidade constitucional da finalidade almejada, ou seja, pelo questionamento acerca de quais fins podem justificar uma restrição a direitos fundamentais em Estado de Direito e, de outro lado, nessa análise prefacial, também, deve ser perquirida a licitude dos meios restritivos utilizados.

O Estado, apenas, poderá opor uma restrição legislativa a um direito fundamental quando estiver a buscar a satisfação de uma finalidade que encontre amparo na Constituição, sendo vedado que os direitos fundamentais sejam restringidos por comportamentos estatais tomados com base na intenção de proteção de valores, bens e interesses tutelados, apenas, infraconstitucionalmente; não é, assim, qualquer objetivo que possui a potencialidade de justificar uma restrição aos direitos fundamentais, mas, apenas, as finalidades constitucionalmente tuteladas podem embasar essa justificação; exige-se, ainda, de forma mais precisa, que esses objetivos tenham um aspecto material determinado, ou seja, que a restrição legislativa seja imposta *com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem*

pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (artigo 29°, n.° 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem); ainda, no que se refere às restrições legislativas, essas possibilidades foram agrupadas em três grandes grupos, a partir do que se considerou ser a restrição a um direito fundamental viável quando observar os demais *limites aos limites* e for motivada: (1) pela necessidade de proteção ou realização de outro direito fundamental; (2) pela necessidade de proteção ou realização de alguns direitos, bens ou interesses não cobertos pela fundamentalidade, mas com assento na Constituição; (3) na busca do interesse público com cobertura constitucional.

Não obstante, no que se refere à incidência direta dos direitos fundamentais às relações particulares, para que o subprincípio da idoneidade possa servir de limite às intervenções restritivas praticadas por pessoas privadas, devem ser feitas algumas adaptações; em um primeiro momento, deve-se ter em conta que a intervenção restritiva objeto de controle advém de um comportamento particular e não de uma conduta estatal; de outro lado, não se deve perder de vista que, neste tipo de problema dogmático, encontram-se, em ambos os lados, potenciais titulares de direitos fundamentais; por fim, deve-se considerar que, diferentemente do Estado, os particulares possuem sua autonomia privada – interesse constitucionalmente tutelado –, bem como um direito fundamental geral à liberdade, a partir do que as mais amplas ações lhes são *prima facie* permitidas em Estado de Direito, não sendo impostos às pessoas privadas os mesmos limites que pairam sobre a atuação estatal, ou seja, as finalidades que podem ser legitimamente buscadas pelos particulares são muito mais amplas e livres do que os objetivos de persecução legítima pelo Estado.

Nesse contexto de análise do subprincípio da idoneidade, não se requer, então, que o particular esteja a buscar uma finalidade constitucionalmente tutelada, ao menos não diretamente; é que, na verdade, sua atuação, constitucionalmente protegida pelo princípio da autonomia privada e pelo direito fundamental à liberdade geral de ação, é ampla e livre, estando, apenas, limitado em suas ações *prima facie* permitidas, quando existirem vedações definitivas, constitucionalmente ou legalmente estabelecidas.

Assim, diferentemente das relações empreendidas entre o Estado e o individuo, não se exige dos particulares que, na prática de comportamentos capazes de atingir a esfera jusfundamentalmente *prima facie* protegida de outra pessoa privada, estejam a perseguir finalidades constitucionalmente legítimas; na verdade, o único limite – no que se refere aos

fins perseguidos – é a existência de definitiva vedação constitucional ou legal; aos particulares, o que não está definitivamente proibido, está *prima facie* permitido.

Virgílio Afonso da Silva, apesar de, diferentemente do que se está a sustentar neste estudo, não aceitar o manejo do princípio da proporcionalidade quando da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares, analisa como seriam os testes de adequação e necessidade nesse contexto e refuta que os particulares tenham de buscar finalidades constitucionalmente legítimas; o autor vale-se de uma situação hipotética, na qual um participante de *reality show*, no exercício da autonomia privada, aceita uma restrição em seu direito fundamental à privacidade, contudo, após, ingressa com ação judicial contra a emissora de televisão, na busca de anulação do contrato, alegando violação ao seu direito fundamental à privacidade; nesse caso, segundo Silva, se fosse aplicado o princípio da proporcionalidade como critério de resolução da lide, o primeiro questionamento a ser levado a efeito seria no sentido de perquirir acerca da idoneidade da medida utilizada, a partir do que seria efetivada a indagação sobre a finalidade perseguida com a restrição; no caso, a emissora de televisão busca "um aumento de sua audiência por meio da exposição da privacidade dos participantes", sendo que, de outro lado, os participantes almejam "a exposição na mídia e o possível prêmio oferecido aos vencedores", não havendo, portanto, nenhuma finalidade constitucionalmente tutelada a justificar a intervenção; nesse sentido, o subprincípio da idoneidade não seria aplicável, pois dos particulares não se exige que estejam a perseguir finalidades constitucionalmente legítimas, mesmo se seus comportamentos forem capazes de atingir a esfera jusfundamentalmente protegida de outro particular [1421].

Não obstante Virgílio Afonso de a Silva possuir razão ao afirmar que os particulares não necessitam buscar finalidades constitucionalmente legítimas quando seus comportamentos possuírem a potencialidade de atingir desvantajosamente esferas jusfundamentalmente protegidas de terceiras pessoas, bem como acertar no ponto ao afirmar não ser possível a transposição do teste de idoneidade, tal qual aplicado quando do controle das restrições estatais aos direitos fundamentais, para a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares, isso não implica a desvalia do subprincípio da idoneidade quando manejado no caso da incidência direta das normativas jusfundamentais na esfera privada; essa

[1421] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização*, págs. 162-163.

desvalia do exame de idoneidade apenas ocorreria se o princípio da proporcionalidade fosse idêntico em todas as situações, ou seja, mantive-se o mesmo *modus operandi*, estrutura e conteúdo quando aplicado como limite às ações restritivas estatais e nas situações de incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações privadas, o que, como se está a sustentar, não é o caso; além disso, essa modificação do conteúdo de cada subprincípio está plenamente justificada pelas especificidades dogmáticas de cada problema jusfundamental de base e, também, pelo fato de o princípio da proporcionalidade, durante todo o período de sua evolução histórica, haver observado adaptações e remanejamentos, inclusive, extensão para novos ramos do Direito, bem como inserção de novos elementos constitutivos e atribuição de outras funções dogmáticas.

Já foi lançada posição no sentido de os particulares, notadamente, pelo princípio da autonomia privada e pelo direito fundamental à liberdade geral de ação, possuírem um vasto espectro de livre atuação, sendo-lhes proibida, unicamente, a busca de objetivos vedados definitivamente pela Constituição ou pela lei; contudo, essa diferença, entre as finalidades que são legítimas para o Estado e os objetivos que podem ser perseguidos pelos particulares, não implica, de outro lado, a incapacidade de o subprincípio da idoneidade incidir nesses casos, devendo, apenas, esse mandamento, integrante do conceito amplo de proporcionalidade, ser adaptado a esta específica questão dogmática.

Assim, para esta face do princípio da proporcionalidade, no primeiro momento de avaliação da idoneidade da medida, cabe, unicamente, ser questionado se a finalidade buscada pelo particular, a qual acarretou uma intervenção restritiva em face de um direito fundamental ou outros interesses constitucionalmente protegidos, não está definitivamente vedada pela Constituição ou pela legislação.

Diferentemente do Estado, o qual, apenas, pode buscar a promoção de finalidades constitucionalmente estabelecidas e, de outro lado, não se afigura como titular de direitos fundamentais, os particulares possuem vasta possibilidade de atuação, o que é constitucionalmente fundamentado no direito fundamental à liberdade geral de ação e no princípio da autonomia privada; assim, se bem compreendias as coisas, ver-se-á que, em última análise, o fundamento, que autoriza um particular a praticar uma conduta que intervenha desvantajosamente em esferas jusfundamentais alheias, encontra-se na

Constituição, notadamente, como destacado, do direito fundamental à liberdade geral de ação e no princípio da autonomia privada.

Por não ser titular de um direito geral de liberdade, fica o Estado vinculado a atender a específicas finalidades constitucionais para restringir os direitos fundamentais; já os particulares, ao contrário, possuem uma liberdade geral de atuação, reconhecida *prima facie* na Constituição, âmbito no qual, ao menos em um primeiro momento, encontram-se incluídos comportamentos que possuem a potencialidade de afetar desvantajosamente direitos fundamentais ou outros bens constitucionalmente protegidos de terceiros.

Ultrapassada essa indagação, em um segundo momento, deve ser perquirido se a medida utilizada (comportamento da pessoa privada) não se afigura como ilícita; a adoção de comportamentos ilícitos pelos particulares, ainda que para a persecução de finalidades legítimas, é vedada, restando caracterizada a inidoneidade da medida restritiva quando a conduta praticada se mostra proscrita pela ordem jurídica, seja por mandamento constitucional, seja por mandamento legal; cabe destacar que, no que se refere aos particulares, para a incidência do subprincípio da idoneidade, em alguns casos, a licitude da conduta vai depender da própria finalidade buscada, ou seja, a Constituição e a lei vedam aos particulares a prática de determinados comportamentos, contudo, a depender da finalidade buscada, a conduta pode vir a ser permitida; por exemplo, a Constituição Federal brasileira (art. 5°, XI) proíbe, definitivamente, aos particulares, o ingresso em casa de terceira pessoa, sendo excetuados os casos em que a entrada ocorrer para atender a determinadas finalidades, como para prestar socorro; assim, a depender da finalidade buscada, o mesmo comportamento – ingresso em casa alheia – poderá estar proibido ou permitido.

Uma vez que se tenha verificado a licitude dos objetivos buscados e da conduta praticada para tanto, passa-se, em um segundo momento do teste de idoneidade, para a análise da relação causal entre a potencialidade da conduta particular promover, em alguma intensidade, a finalidade buscada; isso porque, mesmo no âmbito de sua autonomia privada e liberdade geral de ação, aos particulares não é conferido um *poder de atuação* ilimitado, notadamente, quando o comportamento praticado afetar desvantajosamente a esfera jusfundamentalmente protegida de outra pessoa privada; nesses casos em que a conduta de um particular atinge o espaço juridicamente tutelado de outro, como já destacado, deverá haver uma justificação para o comportamento agressivo.

Nesse sentido, O Tribunal Constitucional Federal, no já descrito caso *Lebach* (BVerfGE 35, 202) [1422], afirma que quando o exercício da liberdade de imprensa não atingir outros interesses tutelados de particulares, os motivos e as finalidades buscadas com o comportamento relacionado à imprensa são livres e irrelevantes sob o ponto de vista constitucional, contudo, no momento em que atingem desfavoravelmente outros interesses juridicamente protegidos, a conduta, mesmo *prima facie* tutelada por algum direito fundamental, deve ser justificada.

Logo, os particulares possuem uma livre esfera de interação no âmbito de suas relações particulares, espaço que deve ser isento de qualquer regulamentação estatal, contudo, no momento em que um comportamento privado afeta desvantajosamente a esfera juridicamente protegida de outro indivíduo, uma justificação para essa conduta *agressiva* passa a ser exigida; Canaris, apesar de não aderir à teoria da eficácia imediata e restringir demasiadamente o leque de comportamentos particulares agressivos dependentes de autorização estatal, lança palavras esclarecedoras para o que aqui se está a defender, a saber: "quando, portanto, o Estado deixa um cidadão actuar sem regulamentação e, face do outro, não pode ver-se aí, em regra, a *concessão de autorização* para uma ofensa na esfera de bens do outro" [1423].

Entrementes, no que se refere ao teste de idoneidade, sendo verificado que a conduta praticada por uma pessoa privada afeta desvantajosamente a esfera juridicamente protegida de outro particular, após a análise da licitude do comportamento, bem como da finalidade buscada, é indispensável que reste demonstrada a capacidade real de a ação realizada promover o objetivo perseguido.

Nesse passo, busca-se aquilatar, de forma objetiva, a capacidade de a medida restritiva impulsionar, em alguma medida, a realização do fim buscado, ou seja, a conduta praticada pelo particular não deixa de respeitar às exigências de *idoneidade* pelo fato de existirem outras medidas mais eficazes e capazes de promover com maior consistência a finalidade buscada; o controle de *aptidão* cinge-se à avaliação empírica de uma relação de causa-efeito, compreendendo, apenas, a verificação da capacidade real do meio restritivo em promover o objetivo que motivou a intervenção restritiva ao direito fundamental de outra pessoa privada;

[1422] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 486-494.
[1423] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais*, pág. 61.

assim, a análise é objetiva e centra-se, apenas, no comportamento praticado pelo particular, não sendo a existência de outros meios, ainda que alcancem em maior intensidade o objetivo buscado, causa suficiente para não satisfação das exigências inerentes ao subprincípio da idoneidade.

Deve haver uma relação de causalidade entre a conduta particular interventiva na esfera jurídica alheia e a finalidade que é buscada com o comportamento, de forma a que, a partir da afetação desvantajosa ao direito fundamental e em razão desta, ocorra, ainda que parcialmente, um incremento efetivo na realização do objetivo almejado.

De outro lado, deve-se perquirir, também, se o meio restritivo (comportamento particular) utilizado pela pessoa privada guarda relação de pertinência com o direito fundamental que embasa a conduta de forma *prima facie*; isso porque, na problemática a envolver a eficácia direta dos direitos fundamentais às relações interprivadas, no mais das vezes, ambos os particulares são titulares de direitos fundamentais e sustentam suas posições a partir de fundamentos normativos-contitucionais, a partir do que, como consequência, é pertinente que o teste de idoneidade sindique, no contexto de perquirição da idoneidade da medida, a existência de uma relação de compatibilidade entre o objetivo que motiva o comportamento da pessoa privada e o direito fundamental ou interesse constitucionalmente tutelado que a legitima, *prima facie*, a exercer o comportamento restritivo.

Em sentido bem similar, agiu o Tribunal Constitucional Federal no caso *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256) [1424], já abordado quando da análise acerca da possibilidade de os comportamentos particulares serem objeto de controle com base nos direitos fundamentais; neste precedente, o Tribunal de *Karlsruhe* profere julgamento à Reclamação Constitucional e decide o incidente de inconstitucionalidade formado no âmbito do processo cível, no qual litigavam as partes, com base na ideia de a demanda decorrer de uma questão entre pessoas privadas; assim, segundo o Tribunal Constitucional, apesar de o processo dever ser solucionado com base na legislação civil, estas normativas infraconstitucionais devem ser interpretadas e aplicadas ao caso de acordo com o sistema constitucional de direitos fundamentais.

[1424] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 400-409.

Nesse contexto, o BVerfG julga a questão a partir de algumas bases dogmáticas, notadamente, entende que a solução do caso requer uma ponderação entre os direitos fundamentais em colisão – esgrimidos pelos particulares –, bem como opõe os testes decorrentes do princípio da proporcionalidade em face do comportamento particular que atingiu desvantajosamente a esfera *prima facie* jusfundamentalmente protegida de terceiro; a partir disso, "há de se analisar, de um lado, até que ponto o boicote é abrangido pelo direito à liberdade de expressão, mas também, por outro lado, até que ponto o reclamante pode valer-se do direito fundamental à liberdade de imprensa" [1425].

Inicialmente, o Tribunal Constitucional alemão sindica a *idoneidade* das medidas restritivas utilizadas, contexto no qual manifesta que "os meios dos quais se serve aquele que expressou a convocação ao boicote para a imposição do mesmo têm que ser admitidos constitucionalmente" [1426], sendo que, no caso, as medidas adotadas pelos reclamados para fazer prevalecer sua intenção de boicote não encontram suporte na Constituição; isso ocorre, porque a conclamação ao boicote não foi motivada, apenas, por razões de índole intelectual, voltadas ao convencimento dos interlocutores, mas, em verdade, foi realizada devido a razões de cunho econômico e, ainda, efetivada com base na ameaça de suspensão do fornecimento de seus produtos aos comerciantes; assim, "os meios que os réus utilizaram para a imposição do boicote não são compatíveis com o direito fundamental do Art. 5 I 1 GG".

Entrementes, entende a Corte Constitucional alemã que "os comerciantes destinatários da circular estavam graças à pressão massiva da possível interrupção de entrega, necessariamente limitados a proceder à ponderação entre vantagens e desvantagens do não atendimento do apelo dos réus e agir com base nos argumentos puramente econômicos", razão pela qual "não se pode mais considerar as atitudes dos réus como meio adequado para a realização de seu apelo"; como conclusão, arremata o Tribunal Constitucional Federal: "o boicote ao semanário "*Blinkfüer*" violou essa liberdade garantida constitucionalmente" [1427].

Sob outro aspecto, tal qual ocorre no controle de idoneidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, deve ser enfrentada a problemática que surge nos casos em que há ausência de certeza em relação à situação fática, ou seja, como deve operar o exame de

[1425] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 404.
[1426] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 405.
[1427] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 407-409.

adequação nas situações em que não é claro se a conduta interventiva praticada pelo particular promove o fim em alguma intensidade; nessas situações, a quem incumbe – particular que pratica o comportamento ou particular que sofre a intervenção – demonstrar a aptidão da conduta? Ao lado desse problema, está a questão refrente à intensidade do controle de idoneidade que a jurisdição constitucional está autorizada a efetivar quando da incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares.

Uma vez mais, deve-se ter em conta o fato de que, diferentemente das relações entre Estado e indivíduo, no caso em análise existem, em ambos os pólos da relação, titulares de direitos fundamentais ou, no mínimo, de outros bens, valores ou interesses constitucionalmente tutelados, bem como, na maioria das situações, está em causa a autonomia privada ou a liberdade geral de ação.

Destarte, apesar de o ônus de demonstrar a justificação constitucional para o comportamento que afetou desvantajosamente a esfera juridicamente protegida de outra pessoa privada ser do particular que praticou a conduta, em caso de dúvidas acerca da situação fática e, consequentemente, sobre a idoneidade da conduta em promover o fim, deve-se privilegiar a autonomia privada e a liberdade geral de ação.

Isso porque, deve-se ter em conta que o comportamento praticado não estava *prima facie* proibido pela Constituição, bem como não havia vedação apontada pelo legislador infraconstitucional, assim, essa atuação, apenas, pode ser proibida no caso concreto quando houver *evidência* acerca de sua inidoneidade em promover a finalidade buscada pelo particular.

De resto, tem-se que a verificação de aptidão da medida restritiva ao direito fundamental para a promoção do fim buscado pelo legislador consubstancia-se em um *controle de evidência*; portanto, para que o comportamento seja definitivamente vedado deve haver plena segurança acerca das premissas empíricas, o que não exclui a possibilidade de o juiz realizar um controle mais intensivo quando o comportamento particular praticado afetar desvantajosamente em larga escala e com muita profundidade o direito fundamental da outra pessoa privada; assim, quanto mais intensa for a afetação desvantajosa ao direito fundamental, maior será a intensidade do controle de *idoneidade*, podendo, nesses casos, o comportamento ser considerado inidôneo mesmo quando não houver um juízo de evidência acerca de sua

inadequação, estando a jurisdição constitucional legitimada a realizar um controle de *intensidade intermediária* ou de *justificabilidade*.

A justificação para essa variação de intensidade no controle de idoneidade é encontrada no fato de que quanto maior for a intervenção do comportamento particular em face do direito fundamental de titularidade alheia, maior o ônus de justificação; isso acarreta, de outro lado, um controle judicial mais intenso em face da intervenção restritiva.

Com essa dinâmica, o subprincípio da idoneidade possui a capacidade de servir como um limite às intervenções restritivas aos direitos fundamentais decorrentes de comportamentos de pessoas privadas, podendo, assim, indicar a resolução da lide pelo juiz em favor do particular afetado desvantajosamente em sua esfera jusfundamentalmente protegida nos casos em que a conduta praticada ou a finalidade buscada forem vedadas e, notadamente, nas situações em que a intervenção restritiva, à evidência, não possuir mínima capacidade de promoção dos objetivos pretendidos.

Ultrapassado a exame de idoneidade da intervenção restritiva decorrente da ação particular, o raciocínio judicial dirigido para a resolução da lide a envolver pessoas privadas a partir da aplicação direta das normativas jusfundamentais ao caso deve prosseguir a ser estruturado pelo princípio da proporcionalidade, passando-se, em um segundo momento, para a análise do subprincípio da necessidade ou indispensabilidade dos meios.

6.2. O subprincípio da necessidade

Quando integrante do princípio da proporcionalidade em sua face de proibição do excesso, o subprincípio da necessidade exige que as restrições legislativas impostas aos direitos fundamentais sejam as mais brandas possíveis, a partir do que, caso seja viável o alcance do objetivo buscado, em igual intensidade, mediante a adoção de uma medida alternativa, deve o legislador selecionar o meio menos restritivo à disposição; a atividade hermenêutica inerente ao exame de necessidade se expressa em uma comparação entre a medida restritiva escolhida pelo legislador com outros meios igualmente disponíveis; ainda, nessa análise de confronto entre a medida eleita e outros meios possíveis, deve ser levada em

consideração a intensidade da restrição com a qual o direito fundamental é atingido e o grau de promoção dos objetivos buscados pelo legislador.

Quando da aplicação do exame de necessidade às restrições legislativas, a lógica subjacente a fundamentar o teste está no fato de o Estado poder alcançar em igual intensidade a finalidade buscada mesmo se for utilizado um meio alternativo menos restritivo; ainda, tal lógica é complementada pela ausência de qualquer prejuízo ao Estado, ou seja, o manejo de outra medida, com menor capacidade restritiva, não implica promoção em grau inferior ao objetivo que o ente público pretende alcançar, bem como não acarreta qualquer alteração na situação em que o Estado se encontrava.

Não obstante, existem posições doutrinárias a defender a impossibilidade de aplicação do subprincípio da indispensabilidade dos meios quando da incidência dos direitos fundamentais em face das relações particulares; Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, entende que a imposição, aos particulares, do mandamento de utilização de meios *estritamente* necessários, implica, em contraponto, retirar das pessoas privadas a "autonomia de livremente disporem sobre os termos de seus contratos"; a aplicação do subprincípio da necessidade em face das relações entre particulares comprimiria por demais a autonomia privada, pois "se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia" [1428].

Acerca do pertinente apontamento descrito pelo constitucionalista brasileiro, algumas questões devem ser objeto de reflexão, notadamente, deve-se indagar se em todas as situações de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares a autonomia privada está em causa e, em um segundo momento, importa esclarecer se o manejo do exame de necessidade, estando presente a autonomia privada na colisão entre interesses particulares constitucionalmente tutelados, implicaria o esvaziamento de referido princípio constitucional.

No que tange à primeira indagação, parece bem evidente que em muitas situações a colisão entre valores, bens ou interesses jusfundamentais de titularidade de pessoas privadas não envolve o princípio da autonomia da vontade, bem como não ocorre na esfera das relações contratuais [1429]; nesses casos, assim, como a autonomia da vontade não está

[1428] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização*, págs. 163-164.
[1429] Nesse sentido, o próprio Virgílio Afonso da Silva. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização*, pág. 166.

diretamente presente, o apontamento desenhado por Virgílio Afonso da Silva perde sentido e o subprincípio da necessidade, como consequência, poderia ser aplicado ou, ao menos, teria a capacidade de incidir sem as travas colocadas pelo princípio da autonomia privada.

Exemplo clássico do que aqui se está a dizer pode ser encontrado no caso Lüth (BVerfGE 7, 198), no qual, apesar de não se estar diante de uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares, o Tribunal Constitucional Federal, a considerar os efeitos indiretos dos direitos fundamentais, notadamente, quando da interpretação e aplicação do Direito Privado, estrutura seu raciocínio argumentativo, pensamento destinado a definir o conteúdo de conceitos indeterminados existentes na lei civil incidente em face do caso, a partir da resolução de uma colisão entre os direitos fundamentais de titularidade das pessoas privadas em demanda, utilizando-se, nesse contexto, do exame de indispensabilidade dos meios.

No referido precedente, para a definição do conceito de *ação imoral*, o Tribunal Constitucional Federal alemão realiza uma ponderação entre o direito fundamental esgrimido por Harlan (liberdade profissional) e o direito fundamental sustentado por Lüth (liberdade de expressão); no julgamento do caso, o Tribunal Constitucional Federal alemão, apesar de não fazer menção expressa ao princípio da proporcionalidade, realiza um sopesamento estruturado pelos testes de adequação e indispensabilidade dos meios, a partir do que verifica a idoneidade e a necessidade do comportamento de Lüth para exercer sua liberdade de expressão, sendo estes os fundamentos teóricos que justificaram a solução do caso.

No que tange ao exame de necessidade, entende a Corte Constitucional alemã que a liberdade de expressão de pensamento possui, também, grande relevância quando considerada no âmbito das relações particulares, contudo, nos casos em que a manifestação tiver a potencialidade de atingir esferas jurídicas de terceiros, pode haver uma limitação ao referido direito fundamental, sendo, nesse contexto, necessária a realização de uma ponderação destinada a revelar o interesse prevalente no caso concreto; "o direito fundamental terá que pesar na balança, sobretudo naqueles casos onde seu uso não se realizar em função de desentendimentos privados, mas naqueles casos onde aquele que se expressa quer, em primeira linha, contribuir para a formação da opinião pública", sendo a afetação desvantajosa oposta à liberdade alheia um mero reflexo, "uma consequência inevitável"; assim, prossegue o Tribunal, "é relevante a relação entre o propósito e o meio", podendo haver, nas relações

particulares, uma diminuição da proteção dos bens jurídico-privados "quanto mais a expressão não for diretamente voltada contra este bem jurídico privado", mas, sim, for realizada na forma de uma "contribuição para a luta intelectual das opiniões no contexto de uma questão essencial para a opinião publica, feita por pessoa legitimada para tanto"; ainda, o BVerfG refere, expressamente, ser imperiosa a verificação dos *motivos, objetivos e finalidade* de Lüth quando do exercício da liberdade de expressão, bem como se não foi ultrapassada "a medida necessária e adequada do comprometimento dos interesses de *Harlan* e das sociedades cinematográficas" [1430].

Entrementes, é bem claro que o a relação entre meio utilizado e finalidade buscada – inerente ao subprincípio da necessidade – foi objeto de análise pelo Tribunal Constitucional Federal, sendo que, caso a medida empregada por Lüth fosse considerada *desnecessária*, haveria, na situação concreta, prevalência dos interesses de Harlan e das sociedades cinematográficas.

Isso porque, como se está a defender, no momento em que um particular, no exercício de um comportamento protegido *prima facie* por um direito fundamental, atinge a esfera juridicamente tutelada de outra pessoa privada, essa conduta, para poder encontrar proteção jusfundamental definitiva, precisa encontrar justificação, o que ocorre, dentre outros, pela satisfação das exigências colocadas pelo subprincípio da necessidade; assim, se o particular que praticou a intervenção restritiva tivesse outro meio à sua disposição que afetasse desvantajosamente em menor escala a esfera jurídica da outra pessoa privada e que atingisse a finalidade buscada em igual intensidade, a medida escolhida não poderia ser tida como necessária e a resolução da lide – da ponderação entre os interesses em colisão – deveria ser levada a efeito pelo juiz de forma a dar prevalência aos interesses do particular atingido.

Em outro julgado do Tribunal Constitucional Federal, já trabalhado quando da análise acerca da possibilidade de o comportamento de pessoas privadas serem objeto de controle segundo os direitos fundamentais (caso *Lebach*, BVerfGE 35, 202 [1431]), é verificada, também, a realização do teste de necessidade em face de ações particulares que afetavam desvantajosamente esferas juridicamente protegidas de terceiros; em comum com o caso *Lüth*, nesse julgado, igualmente, a questão dogmática de base diz com relação jurídica entre pessoas

[1430] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, pág. 393.
[1431] SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência*, págs. 486-494.

privadas – fora de uma relação contratual e não estando diretamente em causa o princípio da autonomia privada – âmbito no qual ocorre uma colisão entre direitos fundamentais, notadamente, entre o direito fundamental à liberdade de imprensa e o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Em suma, a questão resolvida pelo Tribunal Constitucional alemão dizia com a emissão de um documentário, por veículo de imprensa, o qual narrava a prática de graves crimes, bem como apontava expressamente os autores do fato; contudo, um dos condenados estava em fase final de cumprimento de pena e entendeu que a emissão do documentário acarretava sério risco ao seu direito à ressocialização, protegido *prima facie* pelo direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

A Corte Constitucional alemã indica que, a princípio, a liberdade de imprensa e informação abrange a escolha do conteúdo das matérias a serem divulgadas, bem como os termos nos quais esse conteúdo será propalado, contudo, no momento em que a notícia implica restrição de liberdade alheia, o exercício do direito fundamental, no caso, passa a ter de ser justificado constitucionalmente; assim, verificada uma colisão da liberdade de imprensa com outro direito fundamental, "o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto" começam a ser relevantes.

Deve, com efeito, ser realizada uma ponderação entre os interesses colidentes, âmbito no qual "deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade"; o Tribunal informa, expressamente, que a medida restritiva deve ultrapassar o exame de indispensabilidade dos meios, a partir do que o sopesamento a ser realizado deve verificar a intensidade de restrição imposta pela emissão do documentário ao livre desenvolvimento da personalidade e, "por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade".

Vê-se, assim, que o exame de necessidade é compatível ou, até mesmo, complementar, à ideia de vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, havendo, inclusive, suporte doutrinário [1432] e jurisprudencial [1433] relevante a embasar a aplicação do referido

[1432] STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação*, págs. 188-192; STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade, págs. 40-41.

subprincípio em face de comportamentos particulares que, ainda que no exercício *prima facie* de condutas jusfundamentalmente tuteladas, atinjam desfavoravelmente o âmbito juridicamente protegido de terceiros.

Ultrapassada esta primeira indagação, em um segundo momento, importa esclarecer se o manejo do exame de necessidade, estando presente a autonomia privada na colisão entre interesses particulares constitucionalmente tutelados, implicaria, de fato, o esvaziamento de referido princípio constitucional e, consequentemente, impediria a utilização do teste da indispensabilidade dos meios nessa específica questão dogmática.

O problema está em definir se os direitos fundamentais podem figurar como limites à autonomia privada; especificamente, neste caso, releva perquirir se é exigível dos particulares, no momento da prática de comportamentos inseridos no âmbito de sua liberdade contratual dos quais decorram obrigações que impliquem intervenções restritivas a direitos fundamentais, pactuem, apenas, dentro dos limites necessários para o alcance das finalidades buscadas.

Nas palavras de Wilson Steinmetz, no confronto entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, existente no âmbito das relações contratuais, é possível que sejam verificadas dois tipos de situações, quais sejam: "no exercício da liberdade contratual positiva (direito de contratação), o particular consente em, provisória ou definitivamente, restringir o exercício de ou até mesmo renunciar ao núcleo essencial de um ou mais direitos fundamentais" e, sob outro aspecto, importa analisar a questão na qual "o particular no exercício da liberdade contratual negativa (direito de não-contratação) lesa direito fundamental de um ou mais particulares"; a autonomia privada consiste o poder que os particulares possuem de regular livremente seus interesses privados, tornando-se "legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres"; no mais das vezes, o exercício dessa autonomia ocorre no âmbito de relações contratuais, local em que se "concretiza como liberdade contratual (liberdade negocial)" [1434].

Como já restou assentado quando da justificação acerca da adoção da teoria da eficácia imediata, o princípio da autonomia privada não se mostra como um mandamento absoluto, estando apto a ser objeto de restrição a partir de várias causas; diga-se que, mesmo no Estado

[1433] Dentro outros, BVerfGE 7, 198; BVerfGE 35, 202.
[1434] STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação*, págs. 188-192.

de Direito liberal, a autonomia da vontade não se impunha de forma definitiva, podendo, já àquela época, ser limitada em algumas circunstâncias; atualmente, como fatores de limitação à autonomia privada, devem ser destacados "as normas imperativas, as cláusulas gerais e os contratatos de adesão", incluindo-se, ainda, os direitos fundamentais como causas a fundamentar restrições à referida autonomia [1435].

Nesse sentido, no âmbito do Direito brasileiro, Pontes de Miranda advertia desde há muito que "o direito privado permite aos homens e às pessoas jurídicas poder considerável para a constituição de negócios jurídicos", não obstante, esse poder não é absoluto; "o princípio de que se parte é o do auto-regramento da vontade (dito da autonomia da vontade)", contudo, prossegue o autor, "os sistemas jurídicos estabelecem regras jurídicas cogentes, dispositivas e interpretativas, para que a algo se tenha de atender, ou se atenda, se o manifestante da vontade não disse diferentemente do que a lei edictou, ou se há dúvida sobre o que êle disse" [1436].

Entrementes, partindo-se da premissa de a autonomia privada não se configurar como um princípio absoluto, de outro lado, mostra-se clara a constatação de que pode ser restringida, tendo os direitos fundamentais potencialidade de figurar como causas suficientes a embasar a limitação; assim, a autonomia privada garante aos particulares uma ampla liberdade em seus comportamentos e escolhas contratuais, contudo, essa liberdade deve ser exercida dentro do necessário, nos casos em que a conduta da pessoa privada tiver o condão de intervir restritivamente na esfera jusfundamentalmente protegida de terceiro.

Não obstante, quando aplicado nesta específica questão dogmática, o exame de necessidade deve sofrer algumas adaptações, pois a lógica que justifica sua incidência em face das afetações desvantajosas impostas pelo Estado não se faz presente na integralidade nas situações em que a autonomia da vontade está em causa; o fundamento do exame de necessidade no controle das restrições estatais está no fato de o Estado poder alcançar em igual intensidade a finalidade buscada mesmo se utilizar um meio menos restritivo como alternativa à medida de fato selecionada; ainda, a troca do meio não acarreta qualquer prejuízo

[1435] STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação*, págs. 192-193.
[1436] MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XXIII. Direito das obrigações: Auto-regramento da vontade e lei. Alterações das relações jurídicas obrigacionais. Transferência de créditos. Assunção de dívida alheia. Transferência de posição subjetiva nos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, pág. 05.

à posição em que o Estado se encontrava, ou seja, o manejo de outra medida, com menor capacidade restritiva, é indiferente para o autor da restrição, uma vez que não implica a promoção em grau inferior do objetivo que se pretende alcançar, bem como não impõe qualquer alteração na situação em que o Estado se encontrava; em suma, *só há ganhos sem perdas*.

Na questão da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, quando em causa a autonomia da vontade, as coisas não se passam de forma idêntica, pois, nesses específicos problemas jusfundamentais – vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais e autonomia privada –, o manejo do teste de necessidade, nos mesmos termos do que ocorre quando do controle das restrições legislativas ou de outras afetações desvantajosas impostas pelo Estado, implica prejuízo a posições constitucionalmente protegidas, ainda que de forma *prima facie*, dos particulares, notadamente, a troca do meio restritivo selecionado ou utilizado pelo(s) particular(s) tem a potencialidade de acarretar afetações desvantajosas ao princípio da autonomia privada.

Entrementes, a lógica subjacente ao subprincípio da necessidade não mantém o mesmo sentido do observado quando do controle das restrições estatais, uma vez que, aqui, a troca da medida selecionada por outra menos restritiva implica prejuízo à autonomia privada, assim, mesmo se o meio alternativo alcançar em igual intensidade a finalidade específica buscada no caso (por exemplo, satisfação de um crédito) e atingir desfavoravelmente em menor escala o direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido colidente, haverá, em contrapartida, uma afetação desvantajosa à autonomia privada.

Contudo, essa constatação não é causa suficiente para impedir a aplicação do subprincípio da necessidade nessas situações, apenas, exige que seja atribuída a devida relevância à autonomia privada, a partir do que a conduta do particular será tida como desnecessária nas situações em que, à toda *evidência*, for excessiva, sendo claramente possível o alcance do mesmo resultado a partir da escolha de um meio alternativo; assim, apesar de a situação do particular que age na esfera de sua autonomia privada restar alterada se for lhe exigido a seleção de outro meio, isso resta justificado pela menor restrição ao direito fundamental que dessa *troca* resultará e pela manutenção do grau de satisfação do objetivo buscado.

O que há, na verdade, no âmbito das relações particulares, é uma ideia inicial de se privilegiar o princípio da autonomia privada, contudo, ao final, é possível que seja oposta uma afetação desvantajosa em face de referida autonomia, a partir da prevalência, no caso, do direito fundamental colidente; esse destaque à autonomia privada, quando da aplicação do subprincípio da necessidade, significa que em não se logrando êxito na demonstração, com *evidência*, da existência de um meio alternativo que promova igualmente os objetivos buscados pelo particular e que, em contraponto, atinja de forma mais branda a esfera jurídica da outra pessoa privada, deve, no caso, ter primazia a autonomia da vontade, uma vez que o legislador infraconstitucional não proibiu o comportamento e, o mais importante, os direitos fundamentais não impuseram um limite constatável a esta autonomia.

No fundo, a questão não difere tanto aqui do que quando o exame de necessidade é justificado para ser aplicado ao controle de constitucionalidade das restrições legislativas, pois, nesta esfera, também, existe um livre espaço, garantido ao legislador, para a escolha dos meios a partir dos quais pretende alcançar determinadas finalidades; cabe ao legislador eleger, com certa discricionariedade, as medidas com os quais busca promover os objetivos definidos, contudo, havendo outro meio igualmente idôneo, mas de potencialidade restritiva menor, os direitos fundamentais – em conjugação com o princípio da proporcionalidade (aqui, o subprincípio da necessidade) – limitam esse poder de escolha e impõem a seleção da medida mais benigna, considerada como tal a que atingir em menor grau o direito fundamental afetado desvantajosamente e promover, em igual intensidade, o objetivo cuja consecução é buscada, ou seja, o subprincípio da necessidade limita a discricionariedade do legislador de escolher meios.

Na aplicação do subprincípio da necessidade no controle das intervenções restritivas decorrentes de condutas privadas praticadas na esfera protegida pela autonomia privada, também, há uma limitação da *liberdade* dos particulares quando da escolha de meios que possam afetar desvantajosamente o âmbito jusfundamentalmente *prima facie* protegido de terceiros, a partir do que o comportamento pode ser tido como desproporcional se, com outra conduta, o objetivo principal buscado pudesse ser alcançado em igual intensidade.

De resto, no que se refere aos critérios que devem pautar o aplicador quando da análise da possível existência de medidas alternativas à eleita pelo particular, não há diferença significativa em relação às bases seguidas quando do exame de necessidade das restrições

legislativas; assim, em um primeiro momento, deve ser identificada com precisão a finalidade buscada pelo particular, a qual motivou a conduta restritiva e, após, deve ser considerada a existência de medidas alternativas que, se adotadas, alcançariam em igual intensidade os objetivos almejados e, em contraponto, atingiram em menor escala o direito fundamental ou interesse constitucional da outra pessoa privada.

A intensidade de promoção do objetivo e o grau no qual a intervenção restritiva atinge a esfera jurídica do particular devem ser demarcados sob algumas perspectivas, a saber: "perspectiva da eficácia" na promoção do fim, "perspectiva temporal", perspectiva dos diferentes aspectos em que o fim é realizado e perspectiva "da probabilidade que o meio contribua" para a consecução do objetivo [1437]; por sua vez, a intensidade de restrição deve ser aquilatada com base nos parâmetros de "eficácia, rapidez, probabilidade e afetação material do seu objeto" [1438], ou seja, na verificação do meio menos restritivo deve-se levar em conta uma comparação entre os danos causados por cada uma das medidas, "avaliados em função dos seus efeitos materiais, espaciais, temporais ou pessoais" [1439].

De outro lado, aplicam-se aqui, também, as demais bases construídas quando da análise do exame de necessidade no controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais; entrementes, é aceitável que o aplicador realize valorações quando da comparação entre os meios disponíveis, notadamente, no que se refere à potencialidade dos meios de promoção dos objetivos em contraponto com a intensidade com que poderiam atingir o direito fundamental ou interesse particular; ainda, no intuito de se harmonizar o controle jurisdicional de proporcionalidade quando da aplicação dos direitos fundamentais em face das relações particulares e o princípio da autonomia privada, o controle de evidência é a regra, a partir do que somente em casos nos quais a *desnecessidade* do meio for evidente, a desproporcionalidade será reconhecida; contudo, admitir-se-á um controle mais intenso nos casos em que a intervenção restritiva atingir de forma severa o direito fundamental.

Por fim, deve restar consignado que o manejo do exame de necessidade, quando da aplicação direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, deve ser realizada tendo em conta o caso concreto e não a patir de uma análise abstrata dos direitos

[1437] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, pág. 739.
[1438] PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad*, págs. 744. (Tradução livre).
[1439] NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais*, pág. 171.

fundamentais ou interesses constitucionais em colisão; a intervenção restritiva oposta pelo particular atinge uma posição de direito fundamental *prima facie* protegida pela Constituição de terceiro, assim, o que releva é uma situação concreta e suas especificidades, a patir da qual será avaliada a exigência de medidas alternativas que sejam menos restritivas e, ao mesmo tempo, promovam em igual intensidade a finalidade buscada; ainda, o teste de necessidade deve considerar a situação fática existente quando de sua aplicação, podendo haver alteração dos pressupostos fáticos que justifiquem o reconhecimento da *desnecessidade* de uma medida inicialmente *necessária*, ainda que esse reconhecimento não opere efeitos retroativos.

Em continuidade, tendo sido ultrapassados os testes de idoneidade e necessidade, a aplicação do princípio da proporcionalidade prossegue e passa para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

6.3. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Tal qual ocorre na aplicação da proibição do excesso no controle de constitucionalidade das restrições legislativas, o terceiro teste inserto no princípio da proporcionalidade amplamente considerado, manejado, agora, quando da incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, consubstancia-se em uma ponderação entre os bens, interesses e valores em colisão, devendo ser alcançada uma *justa medida* entre os efeitos, positivos e negativos, jurídicos e materiais, relacionados à satisfação das finalidades buscadas e à intensidade de sacrifício que, para tanto, foi oposto em face de um direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido; aqui, este terceiro elemento do princípio da proporcionalidade, também, é designado de subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, bem como possui dinâmica similar ao observado quando de sua incidência no controle de constitucionalidade das restrições legislativas, contudo, é dotado de algumas particularidades dignas de nota, as quais acabam por lhe dar autonomia dogmática e atribuir-lhe um diferente *modus operandi*.

Para inicio de demarcação das especificidades a envolver o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito na seara aqui tratada, devem ser enfrentados os mesmos

tópicos problemáticos descritos quando da análise deste teste no controle de constitucionalidade das restrições legislativas; entrementes, como já descrito e seguindo, novamente, os apontamentos de Jorge Reis Novais, existem três questões centrais a envolver a aplicação deste subprincípio, quais sejam a "imprecisão e fungibilidade dos critérios de avaliação", a reivindicação que esses critérios "fazem a uma referência axiológica que funcione como terceiro termo da relação e onde está sempre presente um sentido de *justa medida*" e, por fim, a necessidade de delimitação das competências jurisdicionais e legislativas nesse contexto [1440].

Para o enfrentamento dessas questões, em um primeiro momento, deve ser esclarecido qual o objetivo da ponderação, inerente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando manejada na aplicação direta dos direitos fundamentais em face das interações privadas, bem como os termos nos quais deve ser realizado referido sopesamento, a partir do que serão demonstrados os limites da competência jurisdicional nesta específica situação dogmática; na sequência, faz-se necessário, no intuito de possibilitar a demonstração intersubjetiva dos resultados da ponderação, estabelecer quais os objetos a serem valorados, bem como os padrões argumentativos que devem ser observados.

A questão jusfundamental subjacente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando da incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, destoa da problemática a envolver o controle de constitucionalidade das restrições legislativas; nesse segundo ponto, o juiz sindica o possível excesso de uma decisão prévia do legislador democraticamente eleito, o qual, diante de uma colisão real ou potencial a envolver direitos fundamentais, solucionou o caso mediante a realização de uma ponderação global entre os interesses envolvidos, a partir do que impôs uma restrição legislativa em face do direito fundamental que não obteve precedência; ao contrário, na primeira hipótese – direitos fundamentais aplicados às relações particulares – não há decisão legislativa prévia acerca da matéria a ser sindicada e, consequentemente, não há lei a ter sua constitucionalidade apreciada pela jurisdição.

O problema central a envolver a eficácia privada dos direitos fundamentais diz com a possibilidade da incidência direta das normativas constitucionais em face das relações

[1440] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições*, pág. 753.

particulares nas situações em que não há legislação de Direito Privado a resolver o caso; admite-se, com maior tranquilidade, como já exposto, que o Direito Privado deve ser construído e, após, aplicado de acordo com os direitos fundamentais, contudo, bem mais tormentosa se mostra a questão que diz com os casos nos quais não há lei a regulamentar a hipótese, sendo que, neste trabalho, entende-se, a partir das bases teóricas formuladas pela doutrina da eficácia imediata, que os direitos fundamentais incidem diretamente ao caso.

Entrementes, neste específico nódulo problemático afeto à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, não há decisão prévia do legislador a ser sindicada, mas, ao contrário, existe uma omissão legislativa em regulamentar a hipótese, o que vem a autorizar que o juiz aplique diretamente as normativas constitucionais ao caso e resolva a lide; a ausência de legislação privada a definir a solução para a hipótese implica, ainda, um âmbito de competência mais amplo para a jurisdição na aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois, diferentemente do controle de constitucionalidade das restrições legislativas, aqui, não há a tensão a envolver o princípio democrático em contraponto com o princípio do Estado de Direito.

No controle de constitucionalidade das restrições legislativas, a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não possui o condão de resolver uma colisão jusfundamental e definir a prevalência concreta de um bem, interesse ou interesse em face do outro, pois, como expressão da resolução do conflito, já existe uma lei restritiva a demonstrar o resultado do sopesamento efetivado pelo legislador; o objeto de controle da jurisdição constitucional diz com a proporcionalidade em sentido estrito de uma medida restritiva, a partir da comparação da intensidade dos efeitos de afetação negativa gerados com a intervenção em relação aos efeitos de satisfação do objetivo que pretende alcançar, o que reflete diretamente nos limites das competências do juiz quando da aplicação do subprincípio em questão; isso porque, a jurisdição constitucional deve observar certa deferência com as decisões legislativas, de forma a que uma restrição oposta pelo legislador em face de direitos fundamentais, apenas, seja entendida como desproporcional em sentido estrito pelo juiz se, com toda evidência, restar verificado que foi excessiva.

Pela teoria aqui adotada, os particulares, além da condição de sujeitos ativos, também, são destinatários e estão vinculados aos direitos fundamentais, a partir do que os comportamentos privados que atinjam desfavoravelmente a esfera jusfundamentalmente

protegida de outro particular são considerados como verdadeiras intervenções restritivas, figurando os direitos fundamentais, quando afetados desvantajosamente, como verdadeiros direitos de defesa; contudo, a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, nesta esfera, não ocorre no sentido de verificar se houve excesso de intervenção; deve-se ter em conta que, subjacente a tudo, está uma interação entre pessoas privadas, na qual todos os particulares envolvidos na relação jurídica de Direito material são, ao mesmo tempo, titulares e destinatários de direitos fundamentais ou outros interesses constitucionalmente tutelados, ainda que de forma *prima facie*.

Assim, o comportamento privado que atingiu desfavoravelmente a esfera jurídica de terceiro foi praticado no âmbito jusfundamental de proteção *prima facie*, sendo que, de outro lado, há um *direito fundamental prima facie a não intervenção*; entrementes, no final de tudo, o que vai ser submetido ao juiz é a apreciação de uma lide que diz com uma colisão a envolver direitos fundamentais de titularidade de pessoas privadas e por não haver decisão legislativa a resolver o conflito, compete ao Estado-jurisdição sopesar, decidir a colisão e julgar a lide de forma a otimizar os interesses em tensão.

Destarte, ao passo em que a valoração inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no controle do excesso das restrições legislativas pode ser descrita como uma "ponderação negativa" [1441], a ponderação realizada quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito nas situações de incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares caracteriza-se como uma *ponderação positiva*.

Assim, apesar de os comportamentos particulares que atinjam desfavoravelmente a esfera jusfundamentalmente protegida de terceiros possuírem a natureza jurídica de intervenções restritivas, essas ações não são controladas pela jurisdição constitucional a partir do manejo do princípio da proporcionalidade na forma de uma proibição do excesso; isso porque, neste âmbito, não há uma tensão a envolver o princípio democrático, pois ausente qualquer decisão do legislador acerca da matéria a ser controlada; entrementes, a competência jurisdicional para realizar a ponderação não fica restrita à analise do excesso, possuindo, assim, um maior espectro de atuação; além disso, todos os envolvidos são titulares e destinatários de direitos

[1441] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, pág. 209.

fundamentais e existe uma colisão entre bens, interesses ou valores constitucionalmente tutelados que está a ser submetida diretamente à apreciação jurisdicional.

Como consequência, diferentemente do que ocorre quando do controle de constitucionalidade das restrições legislativas, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não é dirigido para a verificação de violação ao direito fundamental com base no excesso da restrição, ao contrário, o juiz deve, uma vez que em ambos os lados do embate figuram titulares e destinatários de direitos fundamentais, aplicar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito de forma a possibilitar que seja encontrada a solução mais harmônica possível para a colisão; ou seja, enquanto a valoração relacionada à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito no controle das restrições legislativas, apenas, indicará a inconstitucionalidade da medida quando esta for excessiva, nas situações referentes à incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares o sentido da ponderação é outro, sendo o sopesamento dirigido à resolução de um caso concreto, no qual figuram dois potenciais titulares de direitos fundamentais, razão pela qual deve ser levado a efeito de forma a realizar na maior medida possível os interesses colidentes.

Nessa linha de pensamento, ao invés de, apenas, aplicar o subprincípio em questão de forma a declarar a inconstitucionalidade de medidas desproporcionais, como ocorre no controle das restrições legislativas, o juiz, ao contrário, deve encontrar a solução mais proporcional possível para o caso; repisa-se que, aqui, não há tensão entre os princípios do Estado de Direito e democrático, o que acaba por expandir os limites da competência jurisdicional para a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito nesta específica situação.

Entrementes, no controle de proporcionalidade das restrições legislativas, o juiz não poderia entender pela desproporcionalidade da medida eleita pelo legislador, apenas pelo fato de haver, para a hipótese, outro meio mais proporcional, sendo que a violação do direito fundamental somente ocorreria se a medida fosse excessiva, ou seja, mesmo que houvesse outra medida mais proporcional, o meio empregado pelo legislador seria entendido como desproporcional, unicamente, se restringisse de forma excessiva o direito fundamental; contudo, na questão a envolver a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, o juiz não identifica lei a controlar, sendo ele mesmo o responsável pela ponderação,

devendo, assim, buscar a solução mais proporcional possível, de forma a que os bens, interesses ou valores colidentes sejam otimizados.

No controle de proporcionalidade em sentido estrito das restrições legislativas, o juiz possui um ponto fixo de referência – a lei restritiva –, sendo que, de sua valoração, entre o grau de satisfação dos objetivos buscados e a intensidade de afetação desvantajosa imposta ao direito fundamental, podem resultar, apenas, duas soluções, quais sejam: a desproporcionalidade, por excesso do objeto de controle, e, consequentemente, a inconstitucionalidade da lei ou, ao contrário, a proporcionalidade da medida legislativa e a confirmação de sua constitucionalidade; não há possibilidade de uma solução intermediária, ou declara-se a inconstitucionalidade da lei ou confirma-se a sua presunção de constitucionalidade.

De outro lado, as coisas não se passam assim quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito conjuntamente com a incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, pois, aqui, o juiz deve adotar, a partir da ponderação, a solução que realize na maior medida possível os bens, interesses ou valores colidentes e não dirigir sua análise, apenas, para o controle do excesso da intervenção restritiva decorrente do comportamento privado, a partir do que está autorizado a adotar outras soluções, para por termo à lide em apreciação, que não indiquem, apenas, a impossibilidade da conduta ou, de outro lado, a compatibilidade do comportamento com a ordem jusfundamental.

Não obstante a maior amplitude de competência e, consequentemente, da maior liberdade concedida à jurisdição para a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito quando da incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, a *pretensão de correção do Direito* continua sendo uma exigência inafastável, a partir do que a ponderação realizada nesta esfera deve demonstrar a solução do caso de forma intersubjetiva e ser levada a efeito racionalmente; persiste, assim, o dever de fundamentar o resultado da ponderação e justificar a solução encontrada para a colisão a envolver direitos fundamentais que foi verificada.

Entrementes, mantém-se hígida a necessidade de se demonstrar racionalmente o grau de importância da consecução dos objetivos buscados pelo particular e a intensidade com que a intervenção restritiva atinge o direito fundamental ou outro interesse constitucionalmente

protegido, a partir do que será fundamentado o resultado da ponderação, o qual deve embasar o juiz para que adote a solução mais proporcional possível para o caso.

Apesar de a lei do sopesamento – "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro" [1442] – manter-se adequada para servir de guia à ponderação realizada nesta esfera e definir o que deve ser levado em conta quando do sopesamento, o sentido do *balancing* e os limites competências do juiz são diferentes, neste âmbito, dos observados no controle de proporcionalidade em sentido estrito das restrições legislativas; deve-se, assim, definir o procedimento a ser seguido para a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito quando da incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares.

Nesse sentido, destaca-se a existência de simetria entre a proibição do excesso e a proporcionalidade como mecanismo estrutural da ponderação quando da aplicação direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, nos seguintes pontos: metódica formal não segue o procedimento descrito pela *fórmula do peso*; os objetos de valoração – efeitos positivos e negativos, jurídicos e materiais – são comuns; há identidade do valor de cobertura e escolha; o modelo triádico não é adotado; fatores epistêmicos devem ser levados em consideração, contudo, não se configuram como objetos da ponderação; a existência de diferentes pesos abstratos dos bens, interesses ou valores em colisão é relevante.

No que diz com o aspecto substancial da lei da ponderação, pontua-se que, em algumas situações – *consenso acerca da injustiça da afetação desvantajosa ou existência de jurisprudência consolidada acerca do tema* –, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito pode funcionar como um critério material e definir direta e imediatamente a solução para a ponderação, contudo, na maioria dos casos, isso não se fará presente, devendo-se, assim, definir o procedimento do sopesamento, o qual se configura mais como uma diretriz ou regra procedimental, orientada por outras regras, a ser seguida pela decisão e do que como uma regra com conteúdo substantivo a expor a solução do caso a partir de uma subsunção [1443]; destarte, deve ser especificado como se realiza a ponderação.

[1442] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 166-167.
[1443] CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad*, págs. 167-169.

Para tanto, como ponto de partida, nos termos destacados, valem algumas das considerações tecidas acerca da matéria quando da análise da aplicação do princípio da proibição do excesso no controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais; com efeito, pode-se dizer que, a ser objeto da ponderação, deve ser considerada, de um lado, a intensidade dos efeitos prejudiciais decorrentes da restrição e, de outro, a importância dos efeitos de satisfação dos objetivos buscados.

Também importante salientar que as lições de Alexy, no que dizem com o sentido da ponderação, ajustam-se melhor e, consequentemente, possuem maior compatibilidade, a esta específica face do princípio da proporcionalidade relacionada à questão dogmática a envolver a aplicação direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, pois sua construção teórica parte da ideia da existência de uma colisão a evolver direitos fundamentais, a qual deve ser resolvida pelo aplicador mediante o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios envolvidos no conflito, indicando-se, como consequência, qual o princípio possui, naquela situação específica de tensão, o maior peso e, consequentemente, deve ter precedência em face do outro [1444].

Não obstante, como já frisado, a *fórmula do peso* (e o *modelo triádico*) não serão adotados, também, como metódica formal para o alcance de racionalidade da ponderação inerente à aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no âmbito desta terceira face do princípio da proporcionalidade.

De outro lado, não se pode perder de vista que a ponderação, aqui, busca a otimização dos bens, interesses ou valores em colisão; entrementes, a utilização de *veículos de otimização* – os quais são incompatíveis com a proibição do excesso – podem ser úteis para esta terceira face do princípio da proporcionalidade; sobre esse aspecto, em breves linhas, pode-se dizer que o ótimo de Pareto não se apresenta como uma fórmula capaz de apresentar resultados satisfatórios nesta esfera, pois seus resultados podem levar a um desequilíbrio e, consequentemente, ausência de otimização, entre os bens, interesses e valores em colisão; entrementes, o ótimo de Pareto não apresenta capacidade para alcançar a otimização pretendida, a partir do que, nessa esfera da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito,

[1444] ALEXY, Robert. *Teoria*, pág. 93-94.

devem ser considerados outros veículos de otimização; são dignas de nota propostas como as apresentadas por Nash [1445], Chapman [1446] e Sieckmann[1447].

De resto, a racionalidade do sopesamento será encontrada a partir da observância de regras de apoio à ponderação, as quais, também, já foram definidas neste estudo, sendo esses padrões igualmente aplicáveis ao contexto ora em análise.

Assim, o objeto da ponderação e os limites da jurisdição constitucional quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito nas situações a envolver a incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares já foram descritas, importando, com efeito, à ponderação, a *justiça* da relação entre os efeitos relacionados à intensidade na qual um direito fundamental é afetado desvantajosamente e os efeitos da importância de satisfação do interesse, bem ou valor que justificou o comportamento restritivo do particular.

Relembra-se que a colisão não envolve os direitos fundamentais ou interesses constitucionais em sua integralidade, a partir do que o objeto da ponderação é a relação entre a importância marginal de promoção de um e da consequente restrição periférica oposta a outro direito fundamental; essa relação entre os prejuízos e as vantagens deve ser a mais proporcional possível, para que restem satisfeitas as exigências do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

De outro lado, o que deve ser observado durante o processo argumentativo de demonstração dos pesos concretos de cada dos bens, interesses e valores em embate não será aqui revisto, aplicando-se, com efeito, as pautas já traçadas quando do controle de proibição do excesso das restrições legislativas.

Em suma, aplicam-se, aqui, para o alcance do peso concreto dos efeitos de satisfação das finalidades buscadas, padrões argumentativos muito similares aos desenhados para a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no controle das restrições legislativas; além disso, também, é indispensável a construção de uma dogmática particular para cada direito fundamental – o que extrapola os limites deste estudo – de forma a restar fixado o que releva para a identificação, específica para cada direito fundamental, do grau de

[1445] NASH, John F. The Bargaining Problem. *Econometrica, vol. 18, Issue 2, april, 1950, págs. 155-162*. Disponível em: https://www.eecs.harvard.edu/cs286r/courses/spring02/papers/nash50a.pdf.
[1446] CHAPMAN, Bruce. Incommensurability, págs. 267-272.
[1447] SIECKMANN, Jan. Proportionality, págs. 16-22.

importância de satisfação e da intensidade de prejuízo [1448]; de resto, as ponderações pretéritas realizadas pela jurisdição constitucional, notadamente, pelo Tribunal Constitucional, formam uma rede de precedentes que estabelecem uma vinculação *prima facie* aos novos casos semelhantes, de forma a fazer incidir um forte ônus argumentativo em face da decisão que não observar a jurisprudência anterior.

Ultrapassados esses pontos, devem ser traçadas algumas linhas acerca das precedências *prima facie* ou pesos abstratos dos direitos fundamentais e de outros interesses constitucionais quando da aplicação direta dessas normativas às relações particulares, notadamente, a relação abstrata entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

Isso se mostra importante para que reste compatibilizada a premissa, aqui adotada, da eficácia direta dos direitos fundamentais em face das interações privadas em contraponto com o princípio da autonomia da vontade; contudo, importante destacar que, tal qual ocorre no controle de proporcionalidade em sentido estrito das restrições legislativas, os pesos abstratos dos direitos fundamentais ou interesses constitucionais em embate somente se mostram relevantes quando forem diferentes, bem como essa avaliação abstrata não tem o condão de formar uma hierarquia ou ordem definitiva de prioridade, mas, apenas, indicar diferenciações e, notadamente, precedências *prima facie* que podem, contudo, sucumbir diante do peso concreto do outro valor, bem ou interesse em colisão e demais circunstâncias empíricas a envolver o caso.

Entrementes, sem a pretensão de se abordar a matéria com a profundidade necessária e na extensão que o tema exige, algumas notas são pertinentes; deve-se ter em conta, inicialmente, que em todos os momentos – testes – inerentes à aplicação do princípio da proporcionalidade quando da incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, da existência, na Constituição, de uma ordem branda entre os direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente tutelados, sendo que esse sistema de precedências *prima facie*,

[1448] Por exemplo, como destaca Daniel Sarmento, no "clássico exemplo do conflito entre liberdade de imprensa e privacidade", a ponderação a ser realizada deve conferir "grande relevância ao fato da pessoa que é objeto da atenção da mídia constituir ou não uma personalidade pública, conferindo-se menor peso à privacidade e maior à liberdade de expressão, no caso positivo e vice-versa". SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, pág. 260, nota 55.

apesar de também ser relevante para os exames de idoneidade e necessidade, opera com maior força quando da análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito [1449].

Ainda, a precedência *prima facie* de um direito fundamental ou interesse constitucional importa, especialmente, nos casos de *empate* na ponderação, ou seja, nas situações em que não se logra êxito em definir qual dos interesses em colisão possui peso mais acentuado diante das circunstâncias do caso concreto, a solução deve privilegiar o interesse garantido pelo direito fundamental com primazia no sistema constitucional; por exemplo, caso considerada uma precedência *prima facie* da autonomia privada no caso, isso significa que, em situação de empate na ponderação, ou seja, não se logrando êxito em demonstrar qual dos particulares esgrime razões jusfundamentais mais fortes para fazer prevalecer o seu interesse, deve, na hipótese, ter primazia a autonomia da vontade, uma vez que o legislador infraconstitucional não proibiu o comportamento e, o mais importante, os direitos fundamentais não impuseram um limite a esta autonomia.

Wilson Steinmetz desenha uma rede de precedências *prima facie* a envolver os direitos fundamentais individuais e o princípio da autonomia privada; o autor parte de uma análise em três planos – normativo, analítico e empírico –, a partir do que ressalta a "posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira" e desacata a necessidade de se identificar os pesos do princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, sendo que, após, estabelece uma classificação analítica a dividir os "direitos fundamentais individuas" entre "direitos fundamentais de conteúdo pessoal e direitos fundamentais de conteúdo patrimonial", bem como entende de suma relevância, para a definição das precedências *prima facie* entre os referidos direitos fundamentais e a autonomia privada, a identificação, no plano empírico, dos termos nos quais se verifica "a relação de poder (entre os particulares)", ou seja, se ocorrem "em condições de igualdade fática" ou, ao contrário, se dão "condições de desigualdade fática", com base no que será formado "um juízo sobre a qualidade do consentimento do particular cujo direito fundamental foi ou é afetado".

Estabelecidas essas premissas é possível que ocorram quatro tipos de colisões a envolver os direitos fundamentais individuais e a autonomia privada, a saber: 1) relação contratual em condições de igualdade, estando em causa um direito fundamental de conteúdo pessoal; 2)

[1449] STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade, págs. 43-47.

relação contratual em condições de desigualdade, estando em causa um direito fundamental de conteúdo pessoal; 3) relação contratual em condições de igualdade, estando em causa um direito fundamental de conteúdo patrimonial; 4) relação contratual em condições de desigualdade, estando em causa um direito fundamental de conteúdo contratual; a considerar essas possibilidades, Steinmetz indica que, apenas, na terceira situação narrada – relação contratual em condições de igualdade, estando em causa um direito fundamental de conteúdo patrimonial – o princípio da autonomia privada possui precedência *prima facie*, sendo que, nas demais hipóteses, a prevalência *prima facie* é dos direitos fundamentais [1450].

Daniel Sarmento, por sua vez, também busca definir pautas argumentativas a serem observadas para a realização da ponderação quando da incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares; o autor confere significativa importância à igualdade material, ou seja, entende que no âmbito das relações entre as pessoas privadas são verificadas situações em que uma das partes possui maior poder, o que pode comprometer os direitos fundamentais daqueles que se encontram em um *status* de sujeição, casos em que deve ser conferido menor peso à autonomia privada, pois "a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis", e, de outro lado, impende que seja outorgada uma eficácia maior aos direitos fundamentais; essa relevância dada por Sarmento ao aspecto substancial do princípio da igualdade não quer dizer que o autor sustente a prevalência dos direitos fundamentais em todas as situações em que haja uma relação de assimetria entre as partes, mas, apenas, que, nesses casos, os direitos fundamentais possuem uma precedência *prima facie*; de resto, o autor consigna que os direitos fundamentais vinculam, também, os particulares que se encontram em relações simétricas, contudo, nessas hipóteses, deve ser conferido maior peso à autonomia privada; entrementes, em suma, pode-se encontrar uma síntese da proposta de Sarmento na seguinte frase escrita pelo autor: "quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa" [1451].

Além disso, Sarmento defende que a autonomia privada terá maior ou menor peso a depender do direito fundamental relevante ao caso, uma vez que "nem todas as manifestações

[1450] STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação*, págs. 220-225.
[1451] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, págs. 259-266.

da autonomia privada desfrutam de proteção constitucional dotada da mesma intensidade", sendo que, por exemplo, "a tutela da autonomia privada no que se refere ao que chamamos de questões existenciais é muito mais intensa do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial"; além disso, há uma maior proteção às "liberdades mais fundamentais" do que a tutela conferida "à liberdade contratual", bem como, no plano das relações econômicas, "a essencialidade do bem é um critério importante para aferição da intensidade de proteção conferida à autonomia privada"; assim, "o peso da autonomia privada numa ponderação de interesses varia não apenas com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão examinada" [1452].

No que se refere à desigualdade fática ou jurídica entre os particulares envolvidos na relação privada como critério a estabelecer precedências *prima facie* entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, há de se dizer que alguns autores vão ainda mais longe, uma vez que adotam esse critério como base para a própria admissibilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares.

Vieria de Andrade, por exemplo, para além dos casos em que a Constituição estabelece os particulares como destinatários dos direitos fundamentais, aceita, unicamente, que os direitos fundamentais possam incidir de forma imediata em face das interações privadas nas situações em que é verificada a presença de um *poder privado* na relação, ou seja, para o autor, apenas será admissível a incidência "directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações entre particulares quando se trate de situações em que pessoas colectivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) disponham de *poder especial* de caráter privado sobre (outros) indivíduos" [1453].

A considerar os aportes doutrinários ora trazidos, pode-se afirmar, com segurança suficiente, que a resposta à questão acerca das preferências *prima facie* estabelecidas pela Constituição Federal brasileira repousa em um critério central, qual seja a proximidade do direito fundamental ou interesse constitucionalmente tutelado com o princípio da dignidade da

[1452] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, págs. 266-268.
[1453] ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais*, pág. 247-252. Destaca-se, por pertinente, que às fls. 252-256, o autor anota que os direitos fundamentais também produzem efeitos nas "relações privadas típicas", ou seja, nas quais as partes se encontram em pé de igualdade, contudo, não na forma de uma eficácia direta e imediata.

pessoa humana [1454]; a partir disso, tem-se que quanto mais próximo for o direito ou interesse em questão com esse princípio nuclear do sistema constitucional – verdadeiro ponto do qual "o sistema de direitos fundamentais da nossa Constituição retira a sua unidade de sentido" [1455] –, maior será a sua carga abstrata e, consequentemente, mais acima estará na branda escala hierárquica definida pela Lei Maior; esse entendimento, também, é sufragado por Bilbao Ubillos, o qual, ao estabelecer alguns critérios como parâmetros a serem observados quando da ponderação a definir a incidência dos direitos fundamentais em face das relações jurídico-privadas, indica que essa incidência será tanto mais intensa quanto mais houver uma afetação desvantajosa à própria dignidade da pessoa humana, núcleo ao redor do qual gravita todo o ordenamento jurídico [1456].

Entrementes, é inegável a constatação de que os direitos fundamentais possuem lugar privilegiado na escala constitucional e ocupam posição de preferência *prima facie* em face de outros interesses constitucionalmente tutelados, inclusive, a autonomia privada, notadamente, direitos fundamentais de caráter pessoal que digam com o livre desenvolvimento da personalidade individual e se encontrem estritamente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana; contudo, deve ser observado que direitos fundamentais dotados, apenas, de fundamentalidade formal, sem relação próxima à dignidade da pessoa humana e com conteúdos outros que não o de caráter pessoal podem ser encontrados, *prima facie*, em nível inferior ao princípio da autonomia privada; a precisa e completa identificação dessa *ordem branda* a envolver os direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente tutelados demanda, todavia, um espaço próprio a ser reservado para um estudo específico sobre o tema, dada a sua magnitude e importância, o que, por óbvio, extrapola os limites deste trabalho.

[1454] Paulo Otero defende este entendimento de forma ainda mais forte, pois, para ele, a proximidade do bem, interesse ou valor com a dignidade da pessoa humana é o critério definitivo para a resolução da própria colisão e não, apenas, como aqui sustentado, para o estabelecimento de preferências *prima facie*, as quais, contudo, podem acabar por ceder diante das circunstâncias do caso concreto; assim, segundo o autor, "impossibilitada qualquer harmonia ou convivência em plena igualdade entre os valores em conflito, dever-se-á proceder uma hierarquização, conferindo prevalência àquele que – pela sua origem, configuração ou efeitos – se mostra mais próximo ou conforme à dignidade da pessoa humana". OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. *Estudos em honra do Professor Doutro José de Oliveira Ascensão. Volume I*, págs. 107-138. Coimbra: Almedina, 2008, págs. 127-128.

[1455] ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais*, pág. 257. Consigna-se que a assertiva, aplica-se, igualmente, ao sistema de direitos fundamentais da Constituição Federal brasileira.

[1456] BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿Em qué medida vinculan a lós particulares los derechos fundamentales? *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 263-293*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pág. 290.

De outro lado, vemos como muita resistência a ideia de que a (des) igualdade empírica entre os particulares envolvidos na relação jurídica ou fática em questão deva ser considerada como elemento concreto a servir de base para a definição de pesos abstratos de direitos fundamentais ou outros interesses constitucionalmente tutelados em colisão; isso porque, como o próprio nome diz, a avaliação é do *valor abstrato* daquele direito, bem ou interesse no sistema constitucional, análise que seve ser feita à revelia de qualquer dado empírico e, uma vez definida a escala, esta deve possuir validade definitiva para qualquer caso, independentemente das circunstâncias do caso concreto, as quais, apenas, servirão para a definição do peso real e definitivo de cada direito ou interesse em cada situação concreta específica.

Ainda, não se concorda com a ideia de Daniel Sarmento, o qual, como já destacado, parte de uma presunção de que a desigualdade fática entre as partes da relação privada em questão, por si só, implica um prejuízo ao exercício da autonomia privada do lado mais fraco, a partir do que os direitos fundamentais devem outorgar maior proteção aos *hipossuficientes* e, consequentemente, serem dotados de maior força [1457]; tem-se que essa presunção não pode ser estabelecida de forma geral e absoluta, antes deve ser verificada no caso concreto, ou seja, não basta a existência de uma desigualdade fática ou jurídica entre as partes envolvidas na relação jurídico-privada para que, automaticamente, confira-se maior força aos direitos fundamentais e menos relevância à autonomia privada; é indispensável, outrossim, que dessa desigualdade decorra um prejuízo real à autonomia privada, ou seja, que a ausência de isonomia acarrete a impossibilidade de exercício da autonomia ou, no mínimo, dificulte de forma real a liberdade e, inclusive, a possibilidade de pactuação da parte mais débil.

Entrementes, neste ponto, de serem seguidas de perto as lições de Virgílio Afonso da Silva; para o autor, "o fator decisivo para se saber se restrições a direitos fundamentais no seio de uma relação entre particulares devem ser aceitas por respeito à autonomia privada é o grau real de autonomia que se verifica em cada caso".

Assim, não basta, para a consideração de maior peso aos direitos fundamentais e, de outro lado, menor relevância à autonomia da vontade, a simples desigualdade material entre as partes, sendo indispensável que dessa ausência de isonomia decorra "uma desigualdade de

[1457] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*, págs. 262.

posições no interior da relação jurídica"; ao final de tudo, o que vai importar é "*o grau de autonomia real entre as partes envolvidas*", sendo que "esse grau de autonomia não guarda, necessariamente, uma relação com o grau de igualdade material entre as partes" [1458]-[1459].

Contudo, diferentemente do sustentado pelo constitucionalista brasileiro, não se vê o princípio da autonomia privada como um princípio formal [1460], razão pela qual, o *grau de autonomia real entre as partes envolvidas* vai ser, apenas, um elemento a mais a ser considerado em um juízo de ponderação em concreto, tendente a resolver uma colisão, verificada no âmbito de uma relação a envolver particulares, entre direitos fundamentais e autonomia privada.

Em suma, assim, a desigualdade material entre as partes envolvidas na relação privada em questão, por si só, não possui o condão de atribuir maior peso abstrato aos direitos fundamentais e, em contraponto, desvalorizar *prima facie* a autonomia privada; ainda, mostra-se necessária a consideração das circunstâncias do caso concreto e, notadamente, se a partir dessa desigualdade material decorreu um prejuízo à autonomia privada; em sendo positiva a constatação acerca desse prejuízo, será atribuído maior *peso em concreto* para o direito fundamental afetado desvantajosamente a partir de atos praticados com base na autonomia privada.

Entrementes, a importância conferida à (des) igualdade fática entre as partes privadas envolvidas na relação de jurídico-material não interfere na definição abstrata dos pesos dos interesses em tensão, contudo, é um fator relevante – se da desigualdade decorre prejuízo real à autonomia da vontade – a ser considerado para a definição dos pesos concretos dos interesses em colisão.

Com isso, restaram abordados os principias critérios trazidos pela doutrina para estruturar racionalmente a ponderação de bens e interesses a ser realizada para a resolução de uma colisão entre direitos fundamentais ou a envolver direitos fundamentais e a autonomia privada.

Contudo, adverte-se que as notas tecidas se constituem como bases mínimas a serem observadas na aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito quando da

[1458] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização*, págs. 156-159.
[1459] Ver, também. BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿Em qué medida, pág. 290.
[1460] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização*, págs. 158-159.

incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, não exaurindo, de forma alguma, todos os padrões necessários para que chegue a uma *ponderação racional que alcance um resultado intersubjetivamente demonstrável*.

Por fim, consigna-se que metodologia da ponderação, nesta esfera, aproveita-se das bases construídas quando da formatação da metódica da proporcionalidade em sentido estrito no âmbito da proibição do excesso.

Assim: alguns casos pontuais poderão ser resolvidos pelo aspecto material da lei da ponderação; o objeto de valoração é o mesmo, contudo, o sentido e as margens da ponderação destoam; a dignidade da pessoa humana funciona como valor de cobertura ou escolha; os fatores epistêmicos, apesar de relevantes, não são objetos de ponderação; os pesos abstratos dos valores, bens ou interesses em colisão devem ser aquilatados, notadamente, em casos de empate na ponderação.

Considerações finais

As conclusões desta dissertação de doutoramento acabaram por ser traçadas no corpo do trabalho e acompanharam a lógica de desmembramento problemático estabelecido em cada capítulo; como notas finais, restam, assim, apenas, algumas breves considerações e a repetição sumarizada dos entendimentos já expostos.

O início do estudo teve a preocupação de demonstrar, a partir da evolução histórica da proporcionalidade, que o princípio é adepto a inovações e a refuncionalizações, possuindo, com efeito, uma grande capacidade se ajustar a novos ambientes; essa constatação fica muito clara quando se verifica que o princípio da proporcionalidade não foi originado no Direito Constitucional, tendo observado uma longa trajetória até alcançar este ramo do Direito; antes de alcançar a sua formatação contemporânea e exercer as funções que modernamente lhe são atribuídas, o princípio da proporcionalidade percorreu um enorme percurso, no qual sofreu modificações e adaptações, inclusive, estruturais e de conteúdo, de forma a tornar possível o cumprimento satisfatório das novas funções jurídicas que lhe foram sendo conferidas com o passar dos anos.

Entrementes, dessa primeira ideia geral, são retiradas algumas conclusões preliminares, a saber: (I) o princípio da proporcionalidade é entusiasta por mudanças, podendo ser adjetivado como possuindo grande capacidade evolução, adaptação e reformulação, inclusive, interna; (II) não há nada a indicar que esse processo evolutivo terminou, bem como que as consequentes mudanças que envolvem o princípio alcançaram termo definitivo, ao contrário, nada depõe contra a percepção de que o princípio da proporcionalidade continua a se desenvolver e pode ser encarregado de novas funções; (III) para cumprir novas tarefas, o princípio da proporcionalidade aceita, também, reformulações em seu conteúdo e no seu *modus operandi*.

De outro lado, apesar de sua capacidade de adaptação a novas situações, o princípio da proporcionalidade mantém, desde a sua origem, um sentido básico muito forte, qual seja o de limite ao arbítrio, de barreira ao uso do poder; em um primeiro momento, configurava-se, apenas, como uma ideia filosófica, sendo que, após, foi incorporado como princípio jurídico, notadamente, no Direito Administrativo, a exigir que as ações de polícia que afetassem desvantajosamente a liberdade e autonomia individuais fossem necessárias; entrementes, em seu sentido mais tradicional, o princípio da proporcionalidade resta desenhado como uma

proibição ao excesso; após, notadamente com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, o princípio da proporcionalidade, na sua acepção clássica de proibição do excesso, foi integrado aos quadros do Direito Constitucional, âmbito no qual recebeu mais um elemento constitutivo – subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – e novas funções.

A trajetória percorrida pelo princípio da proporcionalidade é comum ao caminho trilhado por outros mecanismos jurídicos, de cunho garantístico, instituídos na busca de limitação do poder estatal; desde o início, a proporcionalidade funciona como uma barreira às ações estatais restritivas, exteriorizada como uma reprovação à demasia; essa função lhe é própria, contudo, como já foi concluído, acabou por ser desempenhada de forma diversa ao passo em que o princípio evoluiu.

Nesse sentido, atualmente, apesar dessa conceituação clássica – proibição do excesso – acompanhar, ainda, o princípio da proporcionalidade, as modificações das relações, entre o Estado e os particulares (e entre os próprios indivíduos), formatadas pelo constitucionalismo contemporâneo, fizeram com que o seu papel passasse a ser gradativamente desempenhado de maneira diversa, de forma muito mais complexa e ampla, a partir do que o princípio da proporcionalidade assumiu uma vasta função a abranger, também, um controle da omissão total ou insuficiência de ação estatal relacionadas à ausência de concretização ideal de prestações positivas jusfundamentais *prima facie* exigidas pela Constituição, bem como passou a ocupar lugar na solução de colisões jusfundamentais verificadas no âmbito de relações particulares e colocadas à apreciação judicial.

Entrementes, o traslado da ideia de proporcionalidade do campo filosófico para a esfera jurídica, e, posteriormente, neste contexto, do Direito Administrativo para o Direito Constitucional e, depois, as mudanças ocorridas no interior da própria formatação das Constituições, demandaram uma readaptação do princípio, sem a qual não seria capaz de cumprir as novas funções que lhe foram outorgadas.

O Estado de Direito social e democrático possui um sentido material de vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, aos direitos fundamentais; para ser observada, em sua integralidade, a dignidade da pessoa humana vem a exigir do Estado o cumprimento de uma tríade de deveres, quais sejam as exigências de respeito, proteção e promoção à dignidade do ser humano.

O princípio da proporcionalidade acompanha essas obrigações, notadamente, impõe padrões materiais que devem ser observados pelo Estado para que referidos deveres possam ser considerados como constitucionalmente adimplidos**;** nesse sentido, pode ser concluído que o princípio, em Direito Constitucional, funciona: (IV) como uma proibição do excesso imposta às afetações desvantajosas os direitos fundamentais negativos, a partir da qual o Estado cumpre seu dever de respeito aos direitos fundamentais; (V) como uma proibição da insuficiência destinada ao controle das omissões estatais, totais ou parciais, que não adimplam deveres prestacionais *prima facie* impostos pela Constituição, notadamente, relacionados aos deveres de promoção e proteção dos direitos fundamentais; (VI) como um critério estrutural manejado pela jurisdição quando da resolução de uma colisão a envolver direitos fundamentais de particulares.

Assim, o princípio da proporcionalidade possui três faces, em Direito Constitucional, relacionadas à concretização dos direitos fundamentais; essa conclusão preliminar, em um primeiro momento, encontra, também, base de apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, principal responsável pela contemporânea definição do conceito, conteúdo, funcionalização, âmbito de aplicação e estrutura do princípio da proporcionalidade.

Em análise dos julgados do Tribunal de *Karlsruhe*, trabalhados na primeira parte desta dissertação, podem ser extraídas algumas conclusões referentes à concepção que jurisprudência inicial do Tribunal Constitucional Federal adotou em relação ao princípio da proporcionalidade; nesse sentido: (VII) o princípio da proporcionalidade deixa de constituir em si mesmo um direito subjetivo e passa a exercer sua função de garantir o respeito, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, em conjugação com os direitos fundamentais; (VIII) no Estado de Direito social e democrático, a lei é reconhecida como uma possível agressora da liberdade e, assim, em face da atividade legislativa, passa a Constituição impor limites, especialmente, pela figura dos direitos fundamentais, os quais observam uma aplicação atrelada ao princípio da proporcionalidade; (IX) aos dois elementos integrantes do conceito amplo de proporcionalidade, idoneidade e necessidade, acresce-se outro, qual seja a proporcionalidade em sentido estrito; (X) o princípio da proporcionalidade recebe uma aplicação diferente a partir de três problemas dogmáticos, quais sejam: o controle das leis restritivas aos direitos fundamentais de defesa; a fiscalização de constitucionalidade das

omissões estatais relacionadas à ausência de cumprimento de deveres jusfundamentais de proteção; como critério estrutural voltado para a resolução, pelo Judiciário, de colisões a envolver direitos fundamentais, no âmbito das relações entre particulares.

Assim, pela jurisprudência colacionada do Tribunal Constitucional Federal, percebe-se a existência de três faces do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais, apesar de a Corte não reconhecer outra face para o princípio da proporcionalidade, além da proibição do excesso e da proibição da insuficiência. Por sua vez, a doutrina desenvolvida na Alemanha reconhece, apenas, duas faces para o princípio da proporcionalidade, quais sejam a de proibição do excesso e a da vedação da insuficiência.

De outro lado, a doutrina brasileira sobre o princípio da proporcionalidade restou muito influenciada pelas construções de Robert Alexy, a partir do que a teoria dos princípios serviu de base para diversos estudos, do que decorreu a identificação da ponderação como um elemento integrante do princípio da proporcionalidade – proporcionalidade em sentido estrito –, sendo a técnica dirigida para resolução de colisões jusfundamentais mediante o estabelecimento de uma relação de precedência, conforme as circunstâncias do caso concreto; assim, com base nessas ideias, há uma aplicação similar do princípio da proporcionalidade a todas as situações referentes à concretização dos direitos fundamentais.

De resto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar de absorver o princípio da proporcionalidade como um mecanismo jurídico limitador das restrições aos direitos fundamentais, faz um uso muito inconsistente do princípio e não mantém um padrão dogmático quando da sua aplicação.

Ultrapassadas essas questões, o estudo foi dirigido para a identificação da fundamentação constitucional e natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, bem como para a distinção da proporcionalidade de algumas figuras afins, notadamente, o princípio da razoabilidade e a ponderação; ainda, foi trabalhada função do princípio da proporcionalidade no âmbito do denominado *constitucionalismo global*, bem como sua possível utilização como mecanismo *universal* relacionado à aplicação de todos os direitos fundamentais em qualquer ordem jurídico-constitucional.

Quanto à fundamentação constitucional, restou concluído: (XI) o princípio da proporcionalidade apresenta-se como um elemento inseparável do sentido material do Estado de Direito moderno, o qual possui, como fundamento último e finalidade primeira, o respeito,

a promoção e a proteção da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, dos direitos fundamentais; é nesse eixo relacional que, primeiramente, a proporcionalidade encontra justificação constitucional; nesse modelo, além de outros princípios fundamentais, o princípio da proporcionalidade, também, aparece como ideia estruturante, exaurindo-se, em um momento inicial, como uma pauta geral que impõe um dever de realização dos direitos fundamentais na maior medida do possível, notadamente, em razão do fato dessas normativas jusfundamentais, constantemente, envolverem-se em colisões com outros direitos fundamentais, bens ou interesses constitucionalmente tutelados, a partir do que essas tensões devem ser resolvidas pelo legislador de forma a otimizar as grandezas em embate; assim, o princípio da proporcionalidade, no sistema constitucional brasileiro, encontra-se, inicialmente, em um plano mais abstrato, ainda não revelando suas formas, conteúdos, âmbitos e modalidades de aplicação, colocando-se no arquétipo constitucional como uma exigência jurídica a ser observada pelo Estado quando da resolução de colisões a envolver os direitos fundamentais, postando-se, com efeito, de maneira a estruturar os pilares organizacionais de um Estado de Direito fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, essas sim suas primeiras bases de justificação.

Em complemento a essa ideia, vislumbra-se que a proporcionalidade assume a natureza jurídica de um princípio estruturante ou fundamental de um Estado de Direito; assim: (XII) o princípio da proporcionalidade, em um primeiro plano, antes de se descer à casuística de sua aplicação, revela alto grau de abstração e sensível conteúdo axiológico, a estabelecer uma orientação geral proveniente do sistema constitucional de que é imperativa a busca do melhor equilíbrio entre interesses constitucionais conflitantes, vedando-se qualquer restrição inútil, desnecessária e desproporcional; (XIII) ainda, o princípio, somente em um segundo plano, adquirirá conteúdo determinado e potencialidades concretas de aplicação, a partir do que não se pode confundir sua natureza jurídica com alguma específica função a ser exercida concretamente, uma vez que, essa concepção, acaba por diminuir a amplitude e, até mesmo, a importância do princípio da proporcionalidade na ordem constitucional.

No que diz com utilização do princípio da proporcionalidade em uma linguagem universal de aplicação dos direitos fundamentais, entende-se que (XIV) o princípio, em si mesmo considerado, apresenta limitações quando sua aplicação é direcionada para a resolução de todos os casos jusfundamentais, a partir do que deve ser desmembrado em três faces

distintas e dogmaticamente autônomas; ainda, (XV) o princípio da proporcionalidade não se configura como o único parâmetro material que, em Estado de Direito, mostra-se capaz de expor o *arbítrio* ou *irrazoalbilidade* de uma intervenção desvantajosa a um direito fundamental; por exemplo, no modelo de Estado de Direito norte-americano, o qual não se vale do princípio da proporcionalidade quando da revisão judicial de decisões estatais que afetem desvantajosamente direitos constitucionalizados, é o princípio da razoabilidade o mecanismo utilizado como parâmetro de constitucionalidade das intervenções opostas aos direitos fundamentais, sendo que o princípio da razoabilidade, adotado pelos Tribunais e doutrina estadunidense, expressa um padrão substancial de justiça que não se confunde com o princípio da proporcionalidade.

De outro lado, no que tange à distinção de figuras afins, restou concluído que o princípio da proporcionalidade: (XVI) não se confunde com o princípio da razoabilidade, uma vez que possuem origem, estrutura e testes inerentes diversos; além disso, a razoabilidade deriva do *substantive due process of law*, o qual, para a realidade brasileira, é dispensável e não possui nenhuma função de incremento na proteção já conferida pela Constituição Federal aos interesses e bens indispensáveis à dignidade da pessoa humana; nem mesmo a importação do princípio da razoabilidade, a partir desse aspecto substancial, possui maior relevância, uma vez que o princípio da proporcionalidade estabelece um *limite* melhor organizado *às possibilidades restritivas*, bem como mais estruturado e completo; ainda, a razoabilidade não é dotada de uma composição bem definida, possuindo uma aplicação fluída e variável em cada caso, fragilidades que são menores no princípio da proporcionalidade; assim, não há uma identificação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo as duas grandezas serem consideradas como dogmaticamente autônomas.

Além disso, no que se refere às relações entre o princípio da proporcionalidade e a ponderação, deve-se ter em mente: (XVII) o ponto inaugural para a aceitação da ponderação e do princípio da proporcionalidade reside em uma pré-compreensão dos textos normativos de direitos fundamentais, destinada a entendê-los, ainda que não na sua totalidade, como estruturas normativas passíveis ou, melhor, irremediavelmente destinadas a originar um fenômeno, qual seja, a colisão normativa; contudo, restou salientado que a ponderação pressupõe a verificação de conjecturas conflituais específicas, bem como a inexistência de norma de colisão aplicável ao caso (XVIII) o sopesamento deve ser entendido como um

método destinado para resolver colisões normativas, a partir do qual é alcançado um equilíbrio entre os entes em embate ou uma relação de precedência concreta, finalidade que, muitas vezes, não é atribuída à proporcionalidade em sentido estrito; ainda, a incomensurabilidade a envolver os objetos da ponderação não se mostra como um obstáculo intransponível, sendo possível, portanto, que a ponderação alcance resultados racionais; (XIX) a ponderação apresenta-se diversamente e possui um sentido diferente para o legislador e para a jurisdição constitucional; (XX) o princípio da proporcionalidade possui momentos de valoração, contudo, as operações valorativas são diferentes, em cada uma das suas faces; nesse sentido, para a proibição do excesso, a ponderação, a ser realizada quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, tem por objetivo a identificação da proporcionalidade da relação entre a importância de satisfação dos fins buscados e a intensidade da afetação desvantajosa oposta; para a proibição da insuficiência, a ponderação possui o sentido de verificar se houve uma promoção ou proteção mínimas do direito fundamental ou, ainda, se há razoabilidade na ausência de prestação, tendo em vista o particular atingido pela omissão; de resto, quando da incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito visa a identificar qual interesse, bem ou valor dever prevalecer no caso concreto, aproximando-se, assim, da ideia de ponderação direcionada para a resolução de uma colisão a envolver direitos fundamentais.

A segunda parte do trabalho teve por objetivo demonstrar as três faces do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais, a partir do que foram abordados: o princípio da proporcionalidade e o controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais; o princípio da proporcionalidade e o controle das omissões estatais relacionadas à efetivação de direitos fundamentais a prestações positivas; o princípio da proporcionalidade e a resolução de colisões jusfundamentais no âmbito das relações privadas.

Na primeira situação – controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais – o princípio da proporcionalidade, em conclusão: (XXI) apresenta a face da proibição do excesso; (XXII) para resolver uma colisão normativa jusfundamental, o legislador pode opor afetações desvantajosas aos bens, interesses ou valores em conflito, a partir do que, configurada uma restrição legislativa, estará preenchido o pressuposto para o deflagramento dos mecanismos de controle típicos de um Estado de Direito e para a

consequente a aplicação do princípio da proibição do excesso; (XXIII) a proibição do excesso é integrada por três segmentos, aplicáveis de forma sucessiva e prejudicial, quais sejam os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No que se refere aos segmentos da proibição do excesso, restou concluído: (XXIV) o teste de adequação requer, em um primeiro momento, seja verificada a legitimidade da finalidade buscada com a restrição, bem como a potencialidade desse objetivo servir de fundamento para uma afetação desvantajosa a um direito fundamental, para o que, além de outros requisitos, deve possuir *status* constitucional; ainda, deve ser verificada a licitude da medida empregada; por fim, o segmento da adequação requer uma avaliação objetiva da relação de idoneidade empírica do meio utilizado pelo legislador para promover a finalidade buscada; como regra geral, o subprincípio da adequação autoriza à jurisdição constitucional a realização de um controle de evidência, contudo, a intensidade de controle com a qual o teste de idoneidade pode ser legitimamente aplicado variará, a depender de dois fatores: segurança epistêmica acerca das premissas empíricas e capacidade restritiva do meio selecionado pelo legislador.

De outro lado, (XXV) para o subprincípio da necessidade, a análise colocada é essencialmente comparativa, de contraposição entre o meio escolhido e outros, no mínimo igualmente idôneos, que estejam disponíveis; nessa fase do controle de proporcionalidade, o que se busca é a identificação de outro meio, com maior ou similar *idoneidade* ao escolhido pelo legislador e que intervenha desvantajosamente em menor escala no direito fundamental afetado; para a identificação da idoneidade dos meios em comparação, bem como para a aquilatação da capacidade restritiva das medidas, o órgão de controle pode, em algumas situações, valer-se de valorações quando da aplicação do subprincípio da necessidade; este segmento da proibição do excesso, assim como o teste de idoneidade, autoriza à jurisdição constitucional a realização de um controle de evidência, contudo, a intensidade de controle com a qual o teste de necessidade pode ser legitimamente aplicado variará, a depender de dois fatores: segurança epistêmica acerca das premissas empíricas e capacidade restritiva do meio selecionado pelo legislador.

Por sua vez, (XXVI) o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação entre efeitos, positivos e negativo, jurídicos e materiais, a envolver a importância de promover ou realizar os objetivos buscados pelo legislador em contraponto com a

gravidade da restrição legislativa oposta ao direito fundamental para tanto; este subprincípio, entrementes, exige que seja verificado pelo juiz constitucional se a realização do objetivo buscado pelo legislador justifica a afetação desvantajosa oposta em face do direito fundamental; a medida será desproporcional, apenas, se for excessiva, não sendo inconstitucional o meio escolhido pelo legislador nos casos em que, apesar da existência de medidas alternativas mais proporcionais, não houver excesso na restrição legislativa; a regra geral a ser observada dispõe que o controle exercido pelo Judiciário, com base na aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser um controle de evidência, a partir do qual, a jurisdição constitucional, somente, estará autorizada a reconhecer a inconstitucionalidade da lei restritiva ao direito fundamental quando alcançar patamares consistentes de certeza e segurança; exceção a essa premissa ocorre quando, apesar de haver incertezas quanto às premissas fáticas e normativas, a restrição atingir de forma muito intensa o direito fundamental; a valoração, inerente à aplicação deste segmento da proibição do excesso, não se confunde com a ponderação legislativa, a qual teve o sentido de estabelecer uma relação de precedência entre os interesses ou bens em colisão; a ponderação a ser realizada pelo juiz constitucional tem por base a relação, que deve ser justa, entre a importância dos efeitos de satisfação do fim e a intensidade dos efeitos restritivos decorrentes da medida oposta pelo Estado para tanto; ainda, essa ponderação deve considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor de cobertura ou escolha; quando de sua aplicação, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve observar uma metódica formal, a qual não se confunde com o modelo proposto pela *fórmula do peso* ou com a proposta Moreso-Mendonca, bem como a ponderação deve observar determinados padrões e regras argumentativas para alcançar racionalidade e a solução que exteriorizada ser intersubjetivamente demonstrável; o modelo triádico, também, não deve ser utilizado, bastando para a demonstração do resultado da ponderação a formatação de uma escala ordinal a indicar a equivalência, maior e menor peso ou importância, de um lado, dos efeitos decorrentes da medida legislativa relacionados à promoção da finalidade buscada com a restrição oposta ao direito fundamental e, de outro lado, dos efeitos relacionados ao prejuízo experimentado pelo direito fundamental em razão da intervenção manejada pelo legislador para a consecução do objetivo.

Ultrapassado o estudo da proibição do excesso, verificou-se que o princípio da proporcionalidade apresenta outra face quando manejado no controle de constitucionalidade das omissões, totais ou parciais, do Estado, relacionadas à ausência de prestação positiva *prima facie* imposta pelos deveres jusfundamentais de proteção e promoção; (XXVII) aqui, a face denominada proibição da insuficiência apresenta-se como a versão mais fraca do princípio da proporcionalidade; esta face se faz presente quando em causa a concretização dos deveres prestacionais decorrentes dos direitos fundamentais; (XXVIII) não há congruência entre a proibição da insuficiência, a proibição do excesso e os deveres de proteção; (XXIX) deve ser formulado um suporte fático, para demonstra o processo de aplicação dos direitos fundamentais positivos, o qual é coposto pela delimitação do âmbito de proteção *prima facie*, pela verificação da existência de omissão estatal em cumprir o que estava *prima facie* determinado e, por fim, ausência de justificação constitucional para a omissão; a proibição da insuficiência insere-se no último elemento do suporte fático descrito; (XXX) a proibição da insuficiência não mantém simetria estrutural e de conteúdo com a proibição do excesso, sendo os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito incapazes de funcionar consistentemente no controle de constitucionalidade das omissões; (XXXI) a proibição da insuficiência possui o conteúdo formado pela exigência de promoção e proteção mínimas e pelo teste de razoabilidade; (XXXII) a delimitação desse *mínimo* de promoção ou proteção – sem o qual não há justificação constitucional para a omissão e a jurisdição constitucional pode legitimamente, em um controle de evidência, reconhecer a inconstitucionalidade – não é feita de forma abstrata, mas, sim, a partir de uma valoração com base nas circunstâncias do caso concreto, diferentemente, assim, da demarcação do núcleo essencial – o *mínimo dos mínimos* – que é feita no plano geral e abstrato, de forma a já restar previamente estabelecido, de forma absoluta, o conteúdo do direito fundamental positivo que, sob nenhuma circunstância, pode ser afetado negativamente; (XXXIII) o subprincípio da razoabilidade impõe que seja avaliada afetação negativa sofrida pelos destinatários da restrição, ou seja, pelos titulares do direito fundamental positivo que se beneficiariam da prestação; esta *razoabilidade* pode vir a exigir que, no caso concreto, o juiz constitucional reconheça a inconstitucionalidade mesmo se o legislador já houver concretizado um mínimo de proteção ou promoção do direito fundamental, a partir do que, a depender da situação objetiva dos indivíduos afetados pela ausência de ação estatal, pode ser exigível do Estado

outras prestações que vão além do padrão mínimo já alcançado; (XXXIV) a proibição da insuficiência apresenta-se como outra face do princípio da proporcionalidade, amplamente considerado, possuindo autonomia dogmática em relação à proibição do excesso, bem como à dinâmica assumida pelo princípio da proporcionalidade quando da aplicação direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares.

Ultrapassada a análise da proibição do excesso no controle de constitucionalidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais, bem como da proibição da insuficiência no controle das omissões estatais relacionadas ao descumprimento de prestações positivas *prima facie* determinadas pelos direitos fundamentais, foi apresentada a terceira face do princípio da proporcionalidade, a qual resta verificada quando da aplicação do princípio para a resolução de colisões jusfundamentais no âmbito das relações privadas.

A eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares é um dos temas mais controversos do Direito Constitucional; (XXXV) uma vez analisadas as teorias referentes ao tema, contatou-se que, especialmente para o sistema jurídico-constitucional brasileiro, é de ser adotada a teoria da eficácia direta ou imediata; (XXXVI) foram afastadas as críticas que pesam em face desta doutrina, demonstrando-se sua aptidão dogmática para solucionar os problemas referentes à eficácia privada dos direitos fundamentais; (XXXVII) na doutrina brasileira, predomina o endossamento da tese da eficácia imediata, contudo, raras são as obras doutrinárias que chegam a demonstrar como essa eficácia, de fato, ocorreria na prática, notadamente, como funcionariam os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito quando conjugados com a incidência direta das normativas jusfundamentais às relações privadas.

Adotada a teoria da eficácia imediata, concluiu-se: (XXXVIII) se um caso referente a um embate de valores, interesses ou bens jusfundamentalmente tutelados e de titularidade de pessoas privadas é levado à apreciação judicial, não havendo, em contrapartida, legislação de Direito Privado aplicável à hipótese, o juiz deverá resolver a lide com base na incidência direta das normas constitucionais em face do caso, estando, assim, no mais das vezes, diante de um problema de colisão a envolver direitos fundamentais; (XXXIX) os particulares são destinatários dos direitos fundamentais; (XL) os comportamentos de pessoas privadas que afetem desfavoravelmente a esfera juridicamente tutelada de outro particular, configuram-se como intervenções restritivas e, como efeito, podem ser objeto de controle segundo os direitos

fundamentais; (XLI) no âmbito das relações particulares, os direitos fundamentais exercem uma função de defesa em face de comportamentos agressivos oriundos de outras pessoas privadas; (XLII) dada a incapacidade da proibição do excesso e da vedação da insuficiência de proporcionarem resultados satisfatórios nesta esfera, o princípio da proporcionalidade apresenta uma face específica quando da aplicação direta das normativas jusfundamentais em face das relações particulares, notadamente, caracteriza-se como um critério estruturante a conduzir a decisão judicial a ser levada e efeito no caso de aplicação direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares; (XLIII) neste âmbito, o princípio da proporcionalidade apresenta dinâmica similar, em muitos aspectos, à proibição do excesso, devendo ser avaliada a legitimidade das finalidades buscadas e a licitude da medida utilizada pelo particular, além da indispensabilidade do meio escolhido e, por fim, o equilíbrio entre os efeitos referentes à importância da satisfação das finalidades buscada pelo particular em contraponto com os efeitos deletérios acarretados ao direito fundamental titularizado pela outra pessoa privada; (XLIV) contudo, há autonomia dogmática entre esta face do princípio da proporcionalidade e a proibição do excesso; o princípio da proporcionalidade, no âmbito das relações particulares, apesar ser manejado como um limite jurídico às intervenções restritivas, não funciona nos mesmos termos da proibição do excesso; o princípio da proporcionalidade não pode indicar que houve violação ao direito fundamental, apenas, se a intervenção restritiva for excessiva; ele deve, uma vez que em ambos os lados do embate figuram titulares de direitos fundamentais, possibilitar que seja encontrada a solução mais harmônica possível para a colisão e não se pautar, unicamente, para a verificação de um possível excesso de intervenção.

De resto, em relação aos segmentos do princípio da proporcionalidade, quando manejado conjuntamente com a incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, concluiu-se: (XLV) o sentido nuclear da verificação de *idoneidade* da medida restritiva é apurar se a conduta particular que atingiu a esfera jusfundamentalmente protegida de outra pessoa privada é dotada, ao menos, de mínima capacidade para impulsionar o objetivo buscado com a afetação desvantajosa imposta ao direito fundamental de titularidade alheia; não obstante, pelo fato de os particulares, notadamente, pelo princípio da autonomia privada e pelo direito fundamental à liberdade geral de ação, possuírem um vasto espectro de livre atuação, estão proibidos, unicamente, de buscar objetivos vedados definitivamente pela

Constituição ou pela lei; assim, no primeiro momento de avaliação da idoneidade da medida, cabe, apenas, ser questionado se a finalidade buscada pelo particular, a qual acarretou uma intervenção restritiva em face de um direito fundamental ou outros interesses constitucionalmente protegidos, não está definitivamente vedada pela Constituição ou pela legislação; os particulares, ainda, apenas, podem se valer de meios lícitos; uma vez que se tenha verificado a licitude dos objetivos buscados e da conduta praticada para tanto, passa-se, em um segundo momento do teste de idoneidade, para a análise da relação causal entre a potencialidade de a conduta particular (intervenção restritiva) promover, em alguma intensidade, a finalidade buscada (exercício do direito fundamental); de outro lado, deve-se perquirir, também, se o meio restritivo (comportamento particular) utilizado pela pessoa privada guarda relação de pertinência com o direito fundamental que embasa a conduta de forma *prima facie*; de resto, o controle de idoneidade caracteriza-se como um controle de evidência, contudo, apesar de o ônus de demonstração da justificação constitucional para o comportamento que afetou desvantajosamente a esfera juridicamente protegida de outra pessoa privada ser do particular que praticou a conduta, em caso de dúvidas acerca da situação fática e, consequentemente, sobre a idoneidade da conduta em promover o fim, deve-se privilegiar a autonomia privada e a liberdade geral de ação; deve-se ter em conta que o comportamento praticado não estava *prima facie* proibido pela Constituição, bem como não havia vedação apontada pelo legislador infraconstitucional, assim, essa atuação, apenas, pode ser proibida no caso concreto quando houver *evidência* acerca de sua inidoneidade em promover a finalidade buscada pelo particular.

No que toca ao disposto pelo segmento da necessidade: (XLVI) se o particular que praticou a intervenção restritiva tivesse outro meio à sua disposição que afetasse desvantajosamente em menor escala a esfera jurídica da outra pessoa privada e que atingisse a finalidade buscada em igual intensidade, a medida escolhida não pode ser tida como necessária; a conduta do particular será tida como desnecessária nas situações em que, a toda *evidência*, for excessiva, sendo claramente possível o alcance do mesmo resultado a partir da escolha de um meio alternativo; em caso de incerteza epistêmica empírica deve prevalecer o princípio da autonomia da vontade e a liberdade geral de ação.

Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, quando da incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, preceitua: (XLVII) que seja

feita uma ponderação entre os interesses em colisão, devendo ser avaliada a existência de uma *justa medida* entre os efeitos, positivos e negativos, jurídicos e materiais, de satisfação das finalidades buscadas e dos efeitos deletérios que foram opostos em face do outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido; a ponderação realizada quando da aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, nas situações de incidência direta dos direitos fundamentais em face das relações particulares, caracteriza-se como uma *ponderação positiva*, a partir do que, o juiz deve buscar a solução mais proporcional possível de forma a otimizar ambos os bens, interesses ou valores em embate; o subprincípio da proporcionalidade deve observar uma metódica formal e determinados padrões e regras argumentativas para alcançar racionalidade e para que a solução exteriorizada seja intersubjetivamente demonstrável; ficam, aqui, também excluídos, o modelo triádico e a fórmula do peso.

Verifica-se, assim, (XLVIII) que se mostra dogmaticamente decisivo para a definição do processo aplicativo dos direitos fundamentais e, consequentemente, das margens estruturais e epistêmicas que possui a jurisdição constitucional quando maneja o princípio da proporcionalidade, a precisa identificação do problema jusfundamental de base, o que requer o delineamento prévio de uma teoria dos direitos fundamentais, para, após, definir-se a face do princípio da proporcionalidade aplicável à hipótese; (XLIX) com efeito, deve ser identificado qual o problema jusfundamental em causa, a partir do que: no controle de constitucionalidade das ações estatais que afetem desvantajosamente os direitos fundamentais de defesa – no presente estudo, foi dado enfoque ao controle de constitucionalidade das restrições legislativas – o princípio da proporcionalidade funcionará como uma proibição do excesso, a partir do que deve a atuação da jurisdição cingir-se ao controle de uma possível demasia na ingerência ocasionada pela restrição legislativa; quando em causa o controle de constitucionalidade das restrições decorrentes de omissões estatais ou ações insuficientes em cumprir deveres jusfundamentais à prestação positiva, o princípio da proporcionalidade apresenta sua face de proibição de insuficiência, a partir do que é possibilitada à jurisdição constitucional a realização de um controle de promoção ou proteção mínima do direito fundamental positivo, bem como tutelar especificamente, com base em uma exigência de *razoabilidade* da omissão, a posição jusfundamental do particular afetado negativamente pela ausência concreta de prestação; nas situações a envolver a aplicação direta e imediata dos

direitos fundamentais em face de relações estritamente particulares, o princípio da proporcionalidade não funcionará, apenas, como norma de controle, mas, notadamente, atuará como um critério estruturante e racionalizador da decisão judicial que irá solucionar o caso; além disso, esta face específica do princípio determina que o juiz resolva a colisão entre os interesses jusfundamentais ou constitucionais esgrimidos pelos particulares da melhor forma possível, de maneira a buscar a solução mais harmônica e otimizadora para o caso.

Entrementes, (L) em cada uma das referidas situações, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, a jurisdição constitucional possuirá uma determinada – maior ou menor – margem de avaliação e espaço de atuação, bem como a ponderação a ser levada a efeito em cada uma dessas faces possui objetos próprios de valoração e sentidos específicos, além de comportarem margens diversas de deliberação da jurisdição constitucional.

Ainda, mostra-se relevante para a definição de qual face do princípio da proporcionalidade estará presente e, como consequência, do regime jurídico a nortear à hipótese e das margens de controle jurisdicional, a identificação do dever estatal em causa – respeito, promoção ou proteção –, bem como da função jusfundamental que se apresenta no caso, ou seja, se se está diante da concretização de um direito fundamental de defesa ou de um direito fundamental à prestação positiva ou, ainda, da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em face das relações privadas.

Contudo, repisa-se, essas últimas distinções expostas, apesar de muito relevantes, não são, por si só, determinantes para a identificação do regime jurídico e das margens de controle reconhecidas à jurisdição constitucional no caso, sendo, outrossim, indispensável a precisa identificação do problema jusfundamental de base e, aí sim, será possível visualizar a consequente face que o princípio da proporcionalidade assumirá na hipótese.

Entrementes, de todo o exposto, entende-se que restou demonstrado que o princípio da proporcionalidade apresenta, enquanto *norma de controle* relacionada à concretização dos direitos fundamentais, três faces distintas, dogmaticamente autônomas, com conteúdo, estrutura e *modus operandi* específicos.

A proibição do excesso e a proibição da insuficiência, faces reconhecidas pela doutrina e jurisprudência constitucionais, possuem um âmbito aplicativo próprio, o qual não abrange todos os problemas jusfundamentais que demandam a aplicação do princípio da proporcionalidade, notadamente, são insuficientes nos casos em que a jurisdição é instada a

resolver uma lide entre pessoas privadas mediante a aplicação direta e imediata de normativas jusfundamentais; nesse contexto, restou evidenciado que a existência de uma terceira face do princípio da proporcionalidade é uma realidade e sua revelação e estruturação necessidades dogmáticas insofismáveis.

BIBLIOGRAFIA:

ABRAHÃO, Marcela Rosa. *As Restrições aos Direitos Fundamentais por ato normativo do Poder Executivo*. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, págs. 135-168*. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 241-261*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2008.

ANDRÉ, Adélio Pereira. *A Defesa dos Direitos e Acesso aos Tribunais*. Lisboa: Livros Horizonte, 1980.

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *The Yale Law Journal, Vol. 96, n.° 05, (Apr., 1987), pp. 943-1005*. New Haven: The Yale Law Journal Company, 1987.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, Vol. II, A construção dogmática*. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. Como Ler a Constituição – Algumas Coordenadas. *Estudos em Homenagem ao Professor Paulo de Pitta e Cunha, págs. 503-519*. Coordenação de Jorge Miranda, António Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Ferreira e José Duarte Nogueira - 3° V. Coimbra: Almedina.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais*: Introdução Geral. 2ª edição. Cascais: Principia, 2011.

ALEXANDRINO, José de Mello. *Os direitos da criança em três andamentos*. Disponível em: http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=7ttZU75X9QU%3d&tabid=340. Último acesso em: 24 de junho de 2013.

ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária. *Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Vol. I, jan. 2008, págs. 275-309.* Disponível:http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=71981&ida=72376. Último acesso em: 24 de junho de 2013.

ALEXY, Robert. A fórmula do peso. *Constitucionalismo Discursivo, págs. 131-153.* Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. *Constitucionalismo Discursivo, págs. 19-40.* Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. *Constitucionalismo Discursivo, págs. 55-69*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Constitucionalismo Discursivo, págs. 105-116*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *I●CON (2014), Vol. 3, págs. 511-524*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ALEXY, Robert. La construcción de los Derechos Fundamentales. *Colección Derecho, Estado y Sociedad, págs. 19-37.* Traduzido do original, "Die Konstruktion Von Grundrechte: Prinzipien und Argumentation", por Laura Clérico y Jan Sieckmann. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido. *El princípio de porporcionalidad em el Derecho contemporâneo, págs. 13-36*. Miguel Carbonell e Pedro P. Grández Castro (Coordinadores). Lima: Palestra Editores, 2010.

ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Serie de Teoria Juridica Y Filosofia del Derecho, n.° 18.Tradución e introducción de Paula Gaido. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2011.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris. Vol. 16, n°. 4. December 2003, págs. 433-449*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.

ALEXY, Robert. *Posfácio à Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. Proportionality and Rationality. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 13-29*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. *La teoria principiaista de los derechos fundamentales: estúdios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy, págs. 119-136*. Coordinación de Jean-R Sieckmman. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: da teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Siva. Revisão e introdução de Claudia Toledo. 2ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2005.

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

AMARAL, Lúcia. *A Forma da República. Uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Interesse Público, Proporcionalidade e Mérito: Relevância e Autonomia Processual do Princípio da Proporcionalidade. *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume II, pags. 539-575*. Coimbra: Almedina, 202.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômo*. 6ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ASSUNÇÃO E SILVA, Alexandre. *Ministério Público: doutrina e regime jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2013.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª edição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARAK, Aharon. Proportional effect: the israeli experience. *HeinOnline – 57 U. Toronto L. J. 369, 2007, págs. 370-382.*

BARAK, Aharon. *Proportionality – constitutional Rights and their limitations*. Traslated from Hebrew by DoronKalir.Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa. Devido procedimento na elaboração legislativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 15-49*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

BARRO, Alberto Jorge de Correia. *Direito penal constitucional***.** São Paulo: Edição eletrônica. Saraiva, 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* 3ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a contrução do novo modelo*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Jus, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, págs. 1-48*. Organizador Luís Roberto Barroso. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BERLIN, Isaiah. *The Hedgehog and the Fox: an essay on Tolstoi´s view of history*. Chigado: Elephant Paperbacks, 1993.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿Em qué medida vinculan a lós particulares los derechos fundamentales? *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 263-293*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Aseguramiento de la liberdad frente al poder social. Esbozo de un problema. *Escritos sobre derechos fundamentales*, págs. 84-94. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Sobre la situación dogmática de los derechos fundamentales trás 40 anõs de Ley Fundamental. *Escritos sobre derechos fundamentales*, págs. 95-138. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. *Escritos sobre derechos fundamentales*, págs. 44-94. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Serie Teoría Jurídica y Filosofía Del Derecho, n.° 25. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BOROWSKI, Matin. On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen. *Germal Law Journal, vol. 14, n.°, 2013, págs 1409-1418*. HEINOLINE.

BRITO, Miguel Nogueira de. Comentário ao Acordão n.° 353⁄2012 do Tribunal Constitucional. *D & P/L & P. Volume I, Outubro-Dezembro, 2012, págs. 108-123*. Loures: Editor Paulo Noguês, 2012.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of The United States*. Fourth Edition. St. Paul: West, Thompson, 2006. págs. 40-44. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/998964/mod_resource/content/1/aula%206%20%20Burnham.pdf.

BUSTANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional – temas de argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito – aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Traduzido do original inglês An Historical Introdution to Western Constitutional Law por Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CHANG, Ruth. Introduction. *Incommensurability, Incomparability, and Pratical Reason, págs. 01-34*. Edited by Ruth Chang. Cambridge, Masachusetts, London, England: Harvard University Press, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 205-220*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 4ª reimpressão da edição de julho⁄2003. Coimbra: Almedina, 2016.

CANAS, Vitalino. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. II, págs. 323-357*. Organização de Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

CANAS, Vitalino. Princípio da Proibição do Excesso e a Polícia. *Separata da Obra I COLÓQUIO DE SEGURANÇA INTERNA*. Almedina: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2004.

CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (Princípio da). *Separata do VI Volume – Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Dezembro, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, págs. 108-115*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Fº (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*. 1.ª edição portuguesa. 4.ª edição brasileira. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 295-309*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. <<Metodologia *Fuzzy*>> e <<camaleões noramativos>> na problemática actual dos direitos exonómicos, sociais e cultutais. *Estudos sobre direitos fundamentais, págs. 97-113*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para El constitucionalismo. *Neoconstitucionalismo(s), págs, 09-12*. Coordenador: Miguel Carbonell Sánchez. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. *Teoría Del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2009.

CASCAJO CASTRO, José Luis. Derechos Sociales. *CDP. Cuadernos de Derecho Público, n.° 37, mayo-agosto 2009, págs. 11-35*. Madri: INAP, 2009.

CASCAJO CASTRO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição, págs. 257-273*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CHAPMAN, Bruce. Incommensurability, proportionality, and defeasibility. *Law, Probability and Risk (2013) 12, 259–274*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CIANCIARDO, Juan. *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho: una aproximación desde las tesis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidade em el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo, págs. 115-156*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8. Coordinadores: Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010.

CLÉRICO, Laura. Proportionality in Social Rights Adjudication: Making It Workable. *Proportionality in Law - An Analytical Perspective, págs. 25-48*. Editores: David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer, 2018.

COELHO, André de Azevedo. Aspectos constitucionais da internação compulsória em caso de dependência de drogas. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.° 85, jan/2019 – jun/2019, págs. 55-69*. Porto Alegre: AMPRS, 2019.

COELHO, André de Azevedo. O processo de aplicação dos direitos fundamentais: considerações sobre a norma jusfundamental; âmbito de proteção e ações legislativas; ponderação de bens. *Revista da Faculdade de Direito da FMP, n.° 06, 2011, págs. 206-240*. Porto Alegre: Editora FMP, 2011.

COELHO, André de Azevedo. Perfil constitucional do Ministério Público e reflexos no tratamento jurídico dispensado à instituição pelo novo Código de Processo Civil. *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil, págs. 185-207*. Organização de Cláudio Barros Silva e Luciano de Faria Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

COELHO, André de Azevedo. As autonomias financeira e orçamentária do Ministério Público como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988. *O Ministério Público e os 30 anos da Constituição Federal, págs. 13-32*. Ministério Público (coord.). Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 2018.

CORTÊS, António. *Jurisprudência dos Princípios: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

CORREIA, Sérvulo. *O direito de manifestação: âmbito de protecção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA, Alexandre Araújo. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF*. Brasília: Thesaurus, 2008.

COSTA, Marcelo Cacinotti. LIMA, Vinícius de Mello. *Decisão Judicial e Democracia – por uma ética da responsabilidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2017.

DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e due processo of law. Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense, v. 116, abr. 1948, págs. 357-367*.

Deutschland, Bundesverfassungsgericht. *Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Federal Constitutional Court, Federal Republic of Germany. Volume 2/Part I: Freedom of Speech (Freedom of Opinion and Artistic Expression, Broadcasting Freedom anda Communication Freedom of the Press, Freedom of Assembly) 1958-1995*. Karlsruhe: Nomos.

DENNINGER, Erhard. GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para La sociedad multicultural*. Edición e traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Editorial Trotta, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal. Tomo I. Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

DUARTE, David. Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances. *Legal Reasoning: The Methods of Balancing, págs. 51-62*. Stuttgart: Nomos, 2010.

DUARTE, David. Gains and Losses in Balancing Social Rights. *Proportionality in Law - An Analytical Perspective, págs. 49-69.* Editores: David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer, 2018.

DUARTE, David. Rebutting Defeasibility as Operative Normative Defeasibility. *Liber Amicorum de José de Souza e Brito. Estudos de Direito e Filosofia, págs. 161-174.* Coimbra: Almedina, 2009.

D'URSO, Fávia. *Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. São Paulo: Matins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* Ninth impression.London: Duckworth, 2000.

DOWORKIN, Ronald. *The Sovereign Virtue. The Theory and Pratice of Equality*. Cambrideg: Harvard University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. Valores entram em conflito? Uma perspectiva de um "ouriço". *RIPE - Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, *v. 41, n. 47, p. 129-140, jan./jun. 2007.*

ECO, Humberto. *Nos ombros dos gigantes. Escritos para La Milanesiana, 2001-2015*. Tradução de Eliana de Aguiar. Rio de Janeiro • São Paulo: Editora Record, 2018.

FASSBENDER, Bardo. El principio de proporcionalidad em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 51-73.* Traducido por Diego Marín-Barnuevo Fabo. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *Revista da Faculdade de Direito da FMP, n. 5, págs. 09-25*. Tradução de André Karam Trindade e Luiz Fernando Calil de Freitas. Porto Alegre: Editora FMP, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomir, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. 2ª edição. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição brasileira: modelo de Estado, Estado democrático de Direito, objetivos e limites jurídicos. *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976 – Volume III, págs. 39-57*. Organização: Jorge Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Supremacia da Constituição e Controle de Consitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

FROTA, Hidemberg Alves da. O proporcional e o razoável: a contribuição pioneira de Rui Barbosa ao estudo do critério da necessidade e do princípio da razoabilidade. *Âmbito Jurídico, vol. XIV, n.° 92, 2011*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10350.

GÁRCIA, Isabel Sánchez. El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal. *La Ley, Vol. 04, 1994, págs. 114-124*. Madrid: La Ley, 1994.

GARCIA, Maria da Glória. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. "Sobre el principio de intervención mínima do Derecho penal como límite do *ius puniendi*". *Estudios penales y jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, págs. 249-259*. Coordenado por Juan José González Rus. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996.

GARDBAUM, Stephen. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridg Too Far? *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 221-247*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General*. 12ª edição. Madri: Editorial Tecnos, 1994.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. PREVEDELLO, Alexandre. A teoria dos princípios formais. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/wpcontent/uploads/2017/08/Alexandre-Prevedello-e-Anizio-Pires-avia%CC%83oFilho-Brasil.pdf. Último acesso em: 21 de julho de 2020.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional – Volume II*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2009.

GRABITZ, Eberhard. "Der Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". *Aör, vol. 98, n.° 04, 1973, págs. 568-616*.

GRECO, ROGÉRIO. *Curso de direito penal. vol.1*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalism. Past, Present and Future*. Oxford: University Press, 2016.

GRIMM, Dieter. Proportionality in canadian and german constitutional jurisprudence. *HeinOnline – 57 U. Toronto L. J. 303, 2007, págs. 383-397*.

GUASTINI, Riccardo. Ponderación: Un análisis de lós conflitos entre princípios constitucionales. *El principio de proporcionalidade n El Derecho contemporâneo, págs. 70-79*. Coordinadores: Miguel Carbonel, Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010.

GERRA FILHO, Willis Santiago. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária (UFC), 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2ª edição. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Ed., 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I.* Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madri: Editorial Trotta, 1998.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*.Second Edition. Oxford: University Press, 1994.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck da 20ª edição alemã *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HISCHBERG, L. *Der Grundsatz der Verhältnissmässigkeit*. Göttingem: Verlag Otto Schwartz & CO, 1981.

HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York – London: Norton & Company, 1999.

IDES, Alan. MAY, Christopher N. *Constitutional Law Individual Rights*. Fourth Edition. New York: Aspen Publishers, 2007.

JACKSON, Vicki. TUSHNET, Mark. Introduction. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 01-10*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamentel à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes.

KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: University Press, 2012.

KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*. *I●CON (2012), Vol. 10, N.° 1, pgs. 69-105*. Oxford University Press anda New York University of Law, 2012.

KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: University Press, 2012.

KLUTH, Winfried. Prohibición de excesso y principio de proporcionalidad em Derecho alemán. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 219-237*. Traducido por Enrique Ortiz Calle. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Second edition, revised and expanded. Durham and London: Duke University Press, 1997.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Traduzido do original alemão por José Lamego, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6ª edição, reformulada, 1991. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LEISNER, Walter. *Der Abwä*gungsstaat: Verhältnismäβigkeir als Gerechtigkeit? Berlin: Duncker und Humblot, 1997.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. *Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Argumentação – Escritos de e em Homenagem a Robert Alexy, 2015, págs. 95-115*. Organização, tradução e revisão de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LERCH, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers na die Grundzätze der Verhältnismäβigkeit und der Erforderlichkeit*. Köln, Berlin, München, Bonn: Keip Verlag, 1999.

LOPES, Dulce. Proporcionalidade, um instrumento fraco ou forte ao serviço do direito urbanístico? *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.*

Volume IV – administração e sustentabilidade: entre riscos(s) e garantia(s), págs. 307-333. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

LOPES, Pedro Moniz. The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles. *Ratio Juris, Vol. 30, n.° 04, December, 2017, págs. 471-490*.

LUNÕ, Antonio Enrique Pérez. *Dimensiones de la Igualdad*. 2ª Edición. Madrid: Dykinson, 2007.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 9ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

MacCORMIC, Neil. *Legal Reasonig and Legal Teory*. Oxford: University Press, 1978.

MacCORMIC, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: University Press, 2005.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. A Linha Decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Tomo I, Parte General*. 4ª edição. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da autonomia e da independência funcionais no Ministério Público brasileiro. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional, págs. 234-257.* São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madri: MacGraw-Hill, 1996.

MELLO, Claudio Ari. MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. *Revista Eletônica Novos Estudos Jurídicos, Vol. 22, n.° 2, maio-ago de 2017. Doi: 10.142/nej. v2n2, págs. 723-753.*

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONCA, Daniel. *Los Derechos em Juego. Conflicto y Balance de Derechos.* Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

MESA, Gloria-Patricia Lopera. El Principio de Proporcionalidad y los Dilemas del Constitucionalismo. *Revista Española De Derecho Constitucional (REDC), num. 73, enero-abril (2005), págs. 381-410*. Madrid: Centro de Estudios Plíticos y Constitucionales, 2005.

MESA, Gloria Patricia Lopera. Principio de proporcionalidad e control constitucional de las leyes penales. Uma comparación entre las experiências de Chile y Colombia. *Revista de Derecho, volume XXIV, n.° 2, diciembre, 2001, págs. 113-138*. Diponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v24n2/art05.pdf. Último acesso em 29 de abril de 2019.

MESA, Gloria Patricia Lopera. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. *Base para um modelo de controle de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2006.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. (Coleção Professor Gilmar Mendes; 9). São Paulo: Método, 2008.

MICHELMAN, Frank I. Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 30-50*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

MILHHOMEM, Flávio. O princípio da proporcionalidade como critério para a cominação de penas em abstrato. *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Volume XIV, 2000, Tomo 2, págs. 29-45*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2000.

MIRANDA, Jorge. SILVA, Jorge Pereira da. Anotação ao 18.°. *Constituição Portuguesa Anotada*. Jorge Miranda⁄Rui Medeiros. Tomo I. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo I, Preliminares – o Estado e os Sistemas Constitucionais*. 9ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos fundamentais*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, Tomo VI*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. O sistema português de direitos fundamentais. *O Direito em Portugal, págs. 65-78*. Coordenador: Alberto de Sá e Mello. Azcapotzalco: Editorial UBIJUS. Madrid: Editorial Reus, 2017.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. 2ª edição. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1990.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XXIII. Direito das obrigações: Auto-regramento da vontade e lei. Alterações das relações jurídicas obrigacionais. Transferência de créditos. Assunção de dívida alheia. Transferência de posição subjetiva nos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutionalism*. Oxford: University Press, 2012.

MÖLLER, Kai. US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 130-147*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional: funções do Estado e poder legislativo no ordenamento português*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição. Tomo II*. Coimbra: Almedina, 2018.

MORESO, José Juan. Alexy e la aritmética da ponderação. *El principio de proporcionalidade em el Derecho contemporáneo*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8. Coordinadores: Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro. Lima: Palestra Editores, 2010. Lima: Palestra Editores, 2010.

MÜLLER, Friedrich. “Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem”. *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, págs. 535-545*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.

NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudos Sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NASH, John F. The Bargaining Problem. *Econometrica, vol. 18, Issue 2, april, 1950, págs. 155-162*. Acesso: https://www.eecs.harvard.edu/cs286r/courses/spring02/papers/nash50a.pdf.

NETO, João Costa. A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido? *Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 07, n.°01, jan./jun., 2014, págs. 190-225*. Disponível em www.portal de periódicos.idp.edu.br/observatorio/article /viewFile/934/642. Último acesso em 07 de fevereiro de 2019.

NETTO, Fernando Gama de Miranda. *A Ponderação de Interesses na Tutela de Urgência Irreversível*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

NEUER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 221-240*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana. Volume I. Dignidade e Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Coimbra: Alemdina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana. Volume II. Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Alemdina, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica Dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. 2ª edição, revista e reformulada. Lisboa: AAFDL, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo Constitucional*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OSSENBÜHL, Fritz. "Abwägung in Verfassungsrecht". *DVBL. 1. September, 1995, págs. 904-912*.

OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. *Estudos em honra do Professor Doutro José de Oliveira Ascensão. Volume I*, págs. 107-138. Coimbra: Almedina, 2008.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais, volume I*. Coimbra: Almedina, 2009.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité dans lês Jurisprudences Constitutionelle Et Administrative Française*. Paris: Aix-en-Provence, Presses universitaires d`Aix-Maseille, 1990.

PIEROTH, Bodo. SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa, a partir do título original: Grundrechte: Staatsrecht II, 23, 2007. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008.

PINTO, Paulo Mota. A Influência dos Direitos Fundametnais sobre o Direito Privado Português. *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma perspectiva de Direito Comparado, págs. 145-163*. Organizadores: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal, págs. 167-206*. Organizadores: Daniel Sarmento e Ingo Sarlet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PETERSEN, Niels. Alexy and the "German" Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test. *German Law Journal (2020), **21**, págs. 163-173*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

PETERSEN, Niels. How to Compare the Lenght of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. *German L. J., vol. 14, n.° 08, 2013, págs. 1387-1408*. HEINONLINE.

PETERSEN, Niels. *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Afri*ca. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*. International Journal of Constitutional Law, *Volume 8, Issue 2, April 2010, Pages 263–286. Disponível em: https://academic.oup.com/icon/issue/8/2*.

PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. Proportionality and the Culture of Justification. *American Journal of Comparative Law, volume 59, Issue 2, 1 de abril de 2011, págs, 463-490.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

PORAT, Iddo. COHEN-ELIYA, Moshe. The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitucionalism. *Proportionality. New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 103-129*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

POSCHER, Ralf. The Principles Theory. How Many Theories and What is their Merit? *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy, págs.218-247*. Edited by Matthias Klatt. Oxford: University Press, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales.

RAIZER, Ludwig. O Futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado, n.° 25, vol. 09, 1979, págs. 11-30.* Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal, Vol. 81, n.° 05, Apr. 1972, págs. 823-854*. New Haven: The Yale Law Journal Company, Inc., 1972.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4ª edição. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2017.

REBELO DE SOUSA, Marcelo. SALGADO DE MATOS, André. *Direito Administrativo Geral. Introdução e princípios fundamentais, Tomo I.* 2ª edição. Lisboa: Dom Quixote, 2006.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil. *Boletim da Faculdade de direito LXXIV, págs. 746-747*.

RIVERS, Julian. Porportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. *Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy, págs. 167-188*. Ed. George Pavlakos. Oxford⁄Portland: Hart Publishing, 2007.

ROSA, Márico Fernando Elias. O Ministério Público e a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Anotações. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional, págs. 211-233.* São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Igualitarismo y libertarismo: politica, no antropologia. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales. nº 7, septiembre-diciembre 1990, págs. 193-202*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: University Press, 2013.

RUBIO, Ana. Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos? *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año nº 2, nº 4, 1995, págs. 259-286.*

SAMPAIO, Jorge Silva. Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights. *Proportionality in Law - An Analytical Perspective, págs. 71-110.* Editores: David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer, 2018.

SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. La proporcionalidad de la norma penal. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 159-189*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. *REDC, ano 24, vol. 71, mayo-agosto 2004, págs. 47-72*. Disponível em: https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/viewFile/48325/29792.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madri: Debate, 1994, págs. 214-215.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. 2ª edición. Madri: Editorial Trotta, 2009.

SANTIAGO, José María Rodrigues de. *La ponderación de bienes e intereses em el Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. *Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado, págs. 111-144*. Organizadores: António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet. Coimbra: Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXI, págs. 325-386*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, págs. 13-36*. 3ª edição, revista e ampliada. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here. *Duke Journal of Comparative & International Law 291-302 (2012)*. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol22/iss2/5.

SCHNEIDER, Hans. "Zur Verhältnismäβigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen". *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 11. Tübingen, 1976.

SCHWABE, Jürgen (Coletânea original). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Montivideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. El principio de proporcionalidad em el Derecho procesal español. *Cuadernos de Derecho Publico, n. 5, septiembre-diciembre, 1998, págs. 191-215*. Madri: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Processo Penal*. Madri: Editorial Colex, 1990.

SIECKMANN, Jan-Reinard. Balancing, Optimisation and Alexy's "Weight Formula". *Legal Reasoning: The Methods of Balancing, págs. 101-118*. Edited by Jan-Reinard Sieckmann. Stuttgart: Fraz Steiner Verlag, Nomos, 2010.

SIECKMANN, Jan. Proportionality as a Universal Human Rights Principle. *Proportionality in Law - An Analytical Perspective, págs. 03-24.* Editores: David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Cham: Springer, 2018.

SILVA, Jorge Pereira da. A interdição de proteção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, págs. 185-210*. Volume II. Comibra: Coimbra Editora, 2012.

SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, Jorge Pereira da. *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.

SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que Tenho Direito – Direitos Fundamentais e Cultura*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SILVA, Vasco Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *RDES, vol. XXIX, II, n.° 2, 1987, págs. 259-274.*

SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*. *Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo.* Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. "Todos diferentes, todos iguais" breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça, vol. 5, n.° 16, julho a setembro de 2011, págs. 23-51*.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA. Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies – OJLS, vol. 31, 2011, págs. 273-391*. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2011-OJLS-31-Comparing_the_Incommensurable.pdf.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais, n.° 798, abril de 2002, 91.° ano, págs. 23-50.*

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Petrony, 1955.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado democrático e seus modelos básicos – tese para concurso a Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Porto Alegre, 2002.

STASSE, François. Pour les discrimination positives. *Pouvoirs. Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques. Nº 111 – Discrimination Positive. Novembre, 2004, págs. 119-132*.

STERBA, James P. Defending Affirmative Action, Defending Preferences. *COHEN, Carl. STERBA, James P. Affirmative Action and Racial Preference – A debate, págs. 191-278*. New York: Oxford University Press, 2003.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. *Interpretação Constitucional, págs. 11-53*. Virgílio Afonso da Silva (organizador). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Traducción parcial del Tomo I por: Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Lillalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Vol. 1*. Tradução do original alemão intitulado Verwaltungsrecht, vol. 1,11ª edição, revista – 1999, por António Francisco de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição: Da proibição de excesso (übermaβverbot) à proibição da proteção deficiente (üntermaβverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXX, págs. 303-345*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.* 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do* direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

ŠUŠNJAR, Davor. *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*. Leiden•Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

SWEET, Alec Stone and MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law 47 (2008): 73-165*.

TEIXEIRA DOS REIS, Jair. *Ministério Público*. São Paulo: Lex Editora, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, págs. 1-46*. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRIBE, Laurence H. *Constitutional Choices*. Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

TRIBE, Laurence H. DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? *I•COM, July 2009, vol. 7, number 3, págs. 468-483*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal, april-2006, volume 115, number 6, págs. 1346-1406*. Connecticut: Yale Law School, 2008.

WALDRON, Jeremy. Fake Incommensurability. A response to Professor Schauer. *Hastings Law Journal. Volume 45-Issue 4, Article 5, 1-1994, págs. 813-824*. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3149&context=hastings_law_journal.

WEISSKOPF, Thomas E. *Affirmative Action in the United States and India - A comparative perspective*. London: Routledge, 2004.

WOLFF, Hans J. BACHOF, Otto. STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Vol. 1*. Tradução do original alemão intitulado Verwaltungsrecht, vol. 1,11ª edição, revista – 1999, por António Francisco de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

YOUNG, Katharine G. *Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights*. *Proportionality: New Frontiers, New Challenges. Edited by Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, págs. 248-272*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada do original alemão intitulado *Allgemeine Staatslehre*, 3ª edição, München, 1971. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1975.

ACÓRDÃOS UTILIZADOS [1461]:

SUPREMA CORTE DA SUÍÇA

Bundesgericht [BGer] Sept. 24, 1926, 52 Entscheidungen des Schweizerischen [BGE] I 222

SUPREMA CORTE DE ISRAEL

HCJ 14⁄86 *Laor v. Israel Film and Theatre Council* (1987) IsrSC 41 (1) 421, 434

HCJ 7052 *Adalah – The Legal Center for the Rights of the Arab Minority v. Minister of Interior* (May, 14, 2006)

HCJ 2056⁄04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel* (2004) IsrSC 58 (5) 807, 850

SUPREMA CORTE ARGENTINA

Q.C. VS. The City of Buenos Aires

SUPREMA CORTE DO CANADÁ

Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario (1990) 2 SCR 232

[1461] Os Tribunais arrolados estão organizados em ordem alfabética, contudo, os acórdãos seguem a ordem em que foram utilizados ou citados no texto.

SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

Murray´s Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co., 59 U.S. 276.

Lochner v. New York, U.S. 45 (1905)

Hudson v. Palmer, 468 U. S. 517 (1984)

Marbury vs. Madison (1803)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

RE n.° 18. 331

RMS n.° 16.912

HC n.° 45.232

HC n.° 82.424

RP n.° 930

RP n.° 1.077

ADIMC n.° 855

ADI n.° 958-3

ADI n.° 966-4

ADI n.° 223

ADI n.° 2.287/SP

RE n.° 161.243

RE n.° 201. 819

ADPF n.° 54/DF

HC n.° 70. 514/RS

RE n.° 341.717/SP

RE n.° 147.776/SP

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO SUPERIOR DA PRÚSSIA

13 [PrOVGE] 424, 425

13 [PrOVGE] 426, 427

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

BVerfGE 90, 145

BVerfGE 7, 377

BVerfGE 23, 127

BVerfGE 7, 198

BVerfGE 30, 292

BVerfGE 34, 338

BVerfGE 88, 203

BVerfGE 39, 1

BVerfGE 6, 32

BVerfGE 50, 290

BVerfGE 55, 159

BVerfGE 77, 84

BVerfGE 119, 59

BVerfGE 58, 137

BVerfGE 30, 173

BVerfGE 67, 213

BVerfGE 75, 369

BVerfGE, 95, 173

BVerfGE 77, 240

BVerfGE 43, 130

BVerfGE 21, 239

BVerfGE 21,71

BVerfGE 19, 226

BVerfGE 86, 1

BVerfGE 54, 208

BVerfGE 25, 256

BVerfGE 35, 202

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Acórdão n. ° 200/2001

Acórdão n.° 187/2001

Acórdão n.° 632/08

Acórdão n.° 288/98

Acórdão n.° 254/2002

Acórdão n.° 357/2009

Acórdão n.° 75/2010

Acórdão n.° 166/2010

Acórdão n.° 269/2010

Acórdão n.° 270/2010

Acórdão n.° 222/2011

Acórdão n.° 25/1984

Acórdão n.°85/1985

Acórdão n.° 288/1998

Acórdão n.° 617/2006

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SUL-AFRICANO

Soobramoney v. Minister of Health Kwa Zulu-Natal (1997)

Republic of South Africa v. Grootboom (2000)

Minister of Health v. Treatment Action Campaign

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Hatton and ors v UK (Grand Chamber) (2003). Application n.° 30602297