

TAINÁ DOS SANTOS MADELA

**A COMPONENTE
PONDERATIVA
DO PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DO EXCESSO
COMO LIMITE À
DISCRICIONARIDADE NO
DIREITO BRASILEIRO
E COMPARADO**

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Godoy Dotta – Doutor e mestre em Educação. Especialista em Administração, Metodologia do Ensino Superior e em Metodologia do Conhecimento e do Trabalho Científico. Licenciado em Sociologia e Pedagogia. Bacharel em Tecnologia.

Ana Claudia Santano – Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Emerson Gabardo – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de

Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da UFC-CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e coordenadora Regional do IBDU.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

Madela, Tainá dos Santos
M181 A componente ponderativa do princípio da proibição do excesso
como limite à discricionariedade no direito brasileiro e comparado /
Tainá dos Santos Madela - Curitiba: Íthala, 2022.
84p.: il.; 21 cm
ISBN: 978-65-5765-155-1

1. Direito constitucional. 2. Proporcionalidade. 3. Decisões (Direito).
I. Título.

CDD 342 (22.ed)
CDU 342

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasco Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
http://www.ithala.com.br
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Antônio Dias
Revisão: Aurora Alves
Diagramação: Sônia Maria Borba



Informamos que é de inteira responsabilidade do autor a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

TAINÁ DOS SANTOS MADELA

**A COMPONENTE
PONDERATIVA
DO PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DO EXCESSO
COMO LIMITE À
DISCRICIONARIDADE NO
DIREITO BRASILEIRO
E COMPARADO**



**EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2022**

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 NOTAS INTRODUTÓRIAS DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO	11
3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO - P.E.S.E..	29
3.1 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E PONDERAÇÃO.....	33
4 NECESSIDADE E A PONDERAÇÃO	47
4.1 OS PROBLEMAS ENFRENTADOS NA APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO	50
4.2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO NO BRASIL	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	77
ÍNDICE ALFABÉTICO	81



1

INTRODUÇÃO

A palavra proporção significa “que está em proporção; na mesma relação que (outra coisa) em intensidade, grandeza, grau etc.¹”. A proporção é utilizada, portanto, para constituir comparativos que vão além do contexto matemático², pois se encaminha para outros espaços visto a ideia de harmonia entre as partes intrínseca ao seu conceito.

No âmbito do Direito, o princípio da proibição do excesso ou, em outra denominação princípio da proporcionalidade, se expressa como um importante parâmetro e associa-se ao plano da promoção da justiça e da própria harmonia, sendo considerado por diversos doutrinadores como o um destacado princípio do direito constitucional. A proporcionalidade é configurada como uma proposta de equilíbrio, seja na aplicação de uma pena ou sanção, como também

¹ No dicionário Aurélio (2017, p. 907).

² Cfr. Canas: “A ideia de proporcionalidade assume em vários domínios um sentido matemático-contabilístico ou calculativo” CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almedina, 2017. p. 117.

na mediação de conflitos, por exemplo, e, no ressaltado constitucional quando no julgamento da constitucionalidade das normas.

O presente livro justifica-se uma vez que a proporcionalidade constitui um relevante mecanismo disponibilizado no direito constitucional que prima pelo óbice da prática de excesso, sendo, portanto, um instrumento balizador das atividades no panorama do poder judiciário, configurando-se como o próprio símbolo da justiça constituído de uma balança que emana o equilíbrio do processo decisório jurídico.

É mister salientar que o princípio da proibição do excesso em alguns casos interage com a objetividade, entretanto, em outros ele se aproxima da subjetividade visto o arcabouço do ordenamento jurídico e social ser repleto de possibilidades analíticas nem sempre fáceis de interpretar, como nas colisões normativas, exigindo dos operadores maior racionalização, por exemplo. A complexidade constituir-se um das suas principais caracterizas, que nasce desde a sua conceituação até sua aplicabilidade. A avaliação do excesso pode habitar o eixo do incerto direcionando a proporcionalidade, a depender do objeto, para um campo de análises inúmeras.

Longe de compor uma unanimidade na esfera constitucional, portanto, o princípio da proibição do excesso é extremamente questionado, visto as diversas reflexões analíticas que se agregam ao campo decisório do direito.

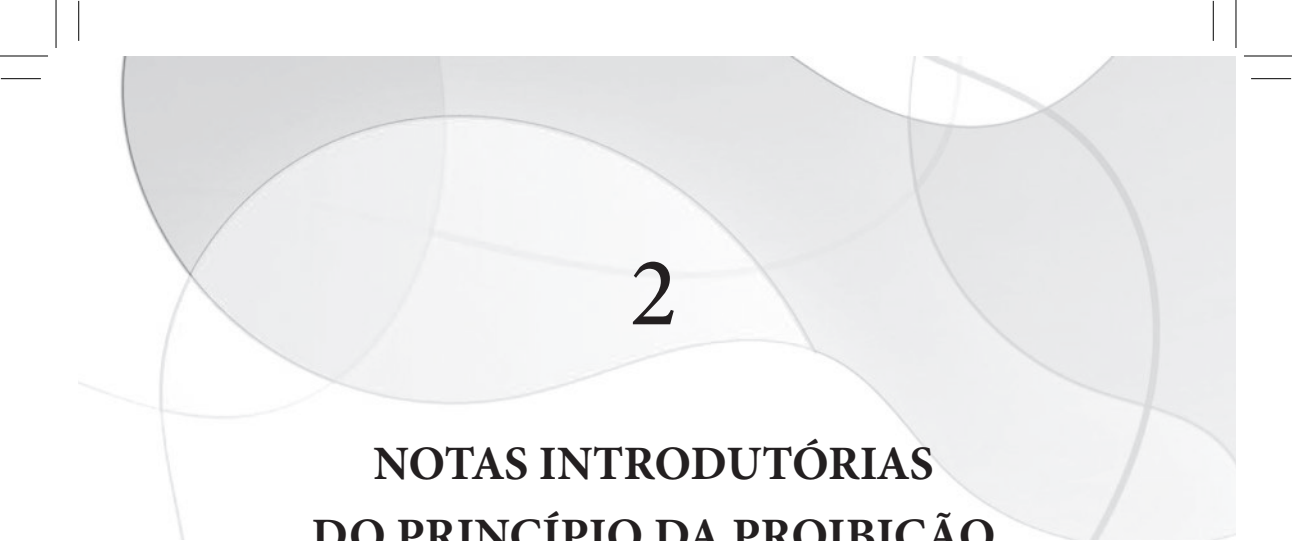
A partir desse contexto, procura-se com esse livro apresentar a componente ponderativa do princípio da proibição do excesso na interface do direito constitucional português e comparado, principalmente, expressando-se como o objetivo geral desse estudo.

Para o norteamento dessa composição apresentam-se algumas questões que são demarcadas e serão discutidas no desenvolvimento do livro, constituindo-se como balizadoras na promoção desse estudo, são elas: O que é a componente ponderativa do princípio da proibição do excesso? O que se pondera? O que está em causa nessa ponderação?

O campo empírico para a efetivação desse livro é o ordenamento jurídico português e comparado utilizando o caso alemão e outros países europeus, estadunidense e brasileiro.

Busca-se esclarecer como o importante princípio em tela se manifesta em relação a proibição do excesso no âmbito das relações jurídicas no contexto de Portugal e comparado. Essa compreensão é relevante visto as possibilidades de interação desse princípio com todo o arcabouço infraconstitucional responsável, portanto, pela regulação de toda a sociedade. Entendido como um “amortecedor” do direito o princípio da proibição do excesso é compreendido como um importante instrumento pacificador de conflitos, limitador do poder público, visto seu objetivo de equilibrar, promover a harmonia, a igualdade e impedir os excessos. Entretanto,

a própria teoria da proporcionalidade, como já asseverado, não apresenta uma unanimidade, necessitando ser debatida e discutida com vias ao seu aperfeiçoamento e adequações no âmbito do ordenamento jurídico.



2

NOTAS INTRODUTÓRIAS DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

A imagem da justiça, que chega atualmente, tão forte como há mais de dois mil anos, ressalta um aspecto paradoxalmente impossível e necessário da atividade de resolver conflito por meio do direito³. O princípio da proibição do excesso trouxe características que permitem às entidades do legislativo, judiciário ou executivo harmonizar e ponderar os preceitos constitucionais, e desenvolver outros princípios ou argumentos quando diante de conflitos.

Bastante difundido também com a nomenclatura de princípio da proporcionalidade, este possui raízes bem antigas identificadas antes de Cristo, como visto no código de

³ “A deusa da justiça, para ser imparcial, está de olhos vendados, mas, para julgar, não pode dispensar o recurso dos sentidos e às impressões subjetivas. A balança da justiça haverá de pender para o prato em que se somam as considerações de maior peso, mas é o legislado ou julgador quem seleciona, ao distinguir o que lhe parece relevante para configuração do caso.”

Hamurabi, no qual contém sinais evidentes de que os direitos devem ser equilibrados, variando suas características de acordo com a época.

No final do século XVIII, verifica-se sua parição mais concreta no direito administrativo da Prússia a partir da aplicação do direito de polícia. Notadamente, uma versão inicial do constitucionalismo de matriz liberal, em que a atuação da polícia administrativa foi impelida a realizar somente atos necessários para coibir determinada ação ou omissão, protegendo a esfera administrativa dos cidadãos. Confundindo-se inicialmente com a ideia genérica de necessidade⁴.

Na versão mais clássica, ver-se o princípio da proibição do excesso também a partir da atuação da administração pública na prossecução do interesse público, no qual o administrador público passou a observar preceitos de méritos e necessidade ao realizar seus atos, escolhendo os meios mais adequados para atingir seus fins específicos, compelido a otimizar esses meios. E essa perspectiva lato do princípio, que exige uma medida “estritamente necessária e adequada para atingir um fim constitucionalmente legítimo”⁵ restou superada a confusão com ideia genérica de necessidade.

⁴ PESSOA, Leonardo Ribeiro. **Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Tributária Norte-Americana e Brasileira** (s.d.). Disponível em: <http://sis-net.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/norte.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 110.

A noção de adequação e proporcionalidade na aplicação dos meios, são verificadas atualmente também na versão moderna do princípio da proibição do excesso, ou seja noção de garantia e segurança aos bens públicos, proteção dos direitos dos cidadãos, intimamente ligadas à ideia de Estado de Direito.

A aplicação mais concreta do princípio da proibição do excesso em conflitos de Direito Constitucional no continente Europeu, somente se deu a partir do final da segunda guerra mundial. Na década de 1950, o Tribunal Constitucional Alemão se deparou com demandas de colisão de direitos, sobretudo, direitos fundamentais fundado na constituição, o que gerou a necessidade de uma resposta, sendo o princípio da proibição do excesso um dos instrumentos para esta solução⁶.

Os dois casos mais emblemáticos são as ações de Lüth e Apotheken⁷, ambos envolvendo colisões de direitos fundamentais. No primeiro caso, contrapunham-se a liberdade de expressão do Sr. Lüth, distribuir panfletos visando censurar e boicotar um filme em cartaz no cinema, e a proteção constitucional à indústria do realizador do filme, e sem trazer referências expressas do princípio da proibição do excesso, o Tribunal ponderou e prevaleceu a liberdade de

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 110.

⁷ Citado por Canas (2016). Colocar referencia do processo *BVerfGE*, vol. 7, pp. 198 ss

expressão. No caso do Apotheken, contrapunham-se a liberdade de profissão e a proteção da saúde pública, no qual uma lei do Estado Alemão criava restrições para abertura de novas farmácias, e para uma melhor solução o Tribunal recorreu ao princípio da proibição do excesso, verificando os elementos de necessidade, adequação e sopesamento dos interesses lá discutidos. Configurando a versão moderna do princípio da proibição do excesso inaugurada no Tribunal Alemão⁸.

Desse modo, baseado em construção jurisprudencial e a partir de ideais garantista e liberais pós-guerra, na década de 1960, “não sem enlace com as conexões anglo-saxônicas da *reasonableness* e do *due of law*”⁹, o princípio da proibição do excesso universalizou-se, difundido primeiramente na Europa e depois expandido para os outros continentes. Passou a ser aplicado ao direito constitucional, outrora visto somente no direito administrativo e posteriormente ao direito penal, apesar de nem sempre expressos nas constituições pátrias¹⁰.

Portugal¹¹ e Brasil são aderentes da aplicação do princípio como norma de controle, apesar da não positivação do

⁸ Citado por Canas (2016). Colocar referencia do processo *BVerfGE*, vol. 7, pp. 198 ss

⁹ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Almedina, 2017. p. 328.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Cfr. artigo 18.º, Constituição da República Portuguesa.

princípio na Constituição Federal brasileira. Assim como a Alemanha, embora berço do desenvolvimento do princípio da proibição do excesso, não o consagra taxativamente em sua Constituição.

O Reino Unido e a França são exemplos de países do continente europeu reticentes a sua aplicação em decorrência lógica do nascimento das suas normas, somente sendo impelidos a sua verificação a partir da adesão da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens. Contudo, atualmente se observa que continua tímida a sua utilização. Os Estados Unidos da América não reconhecem a aplicabilidade do princípio da proibição do excesso em matéria constitucional.

Com grande variação semântica, o princípio da proibição do excesso é atualmente referência fundamental no controle da atuação do poder público e restrições a direitos fundamentais. “Se diria que ele decorre *naturalmente* da própria ideia de Estado de Direito.”¹²

As configurações do princípio da proibição do excesso variaram de acordo com a época, na versão mais clássica pôde verificar a partir da atuação da administração pública, na qual a atividade do administrador público na busca do interesse público passou a observar os preceitos de méritos, escolhendo os meios mais adequados para atingir seus fins específicos. Essa ideia de adequação e proporcionalidade na

¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. pp. 95, 96.

aplicação dos meios, são bailadores que hoje constata-se na versão moderna do princípio da proibição do excesso.

Para o jurista Jorge Miranda, o princípio da proporcionalidade, por este denominado,

surge quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática¹³.

Jorge Novais, considera que o princípio da proibição do excesso “constitui na maioria dos Estados de Direito o principal recurso dogmático para a resolução dos problemas difíceis de direito fundamentais¹⁴.”

O doutrinador Paulo Bonavides, considera o princípio da proporcionalidade um eficaz instrumento de interpretação na ocorrência de “antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.”¹⁵

Na visão mais atual do seu conceito trazida pelo jurista Vitalino Canas, em sua obra “O princípio da proibição

¹³ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Almedina, 2017. p. 329.

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 96.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 425.

do excesso, em especial, na conformação e no controle de atos legislativos”, o princípio da proibição do excesso pode ser descrito como responsável pela ponderação de bens, interesses e valores, subjetivados, ou seja, aqueles titulados por indivíduos ou organizações.¹⁶ Notadamente, pode-se afirmar que através do princípio da proibição do excesso procede-se a “harmonização de bens, interesses e valores protegidos constitucionalmente”, buscando a justa decisão em situações de tensão entre direitos.

O notório reconhecimento e caráter supralegal introduzido ao princípio da proibição do excesso, confundindo-o até mesmo com a ideia de **Estado de Democrático de Direito**, são fatores que justificam sua aplicação sistemática pelos julgadores na resolução de conflitos entre bens, interesses ou valores constitucionalmente protegidos, sem que haja regulamentação normativa na Constituição do Estado.

Tem o
de?

O princípio proibição do excesso pode ser visto atualmente sob duas perspectivas, como norma de ação e norma de controle. A proibição do excesso como norma de controle é um comando dirigido ao juiz constitucional no exercício da

¹⁶ O princípio constitucionalmente consagrado, conformador dos atos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjetivamente radicáveis se deve revelar idônea e necessária para atingir os fins legítimos concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins (1994, p. 3).

competência de julgar colisão normativas constitucionais de bens, interesses ou valores. Sua aplicabilidade como norma de ação é um paramento dirigido ao legislador na sua atividade de produção normativa, quando se depara com colisão de bens, interesse ou valores constitucionais.

Na União Europeia, o legislador está sujeito a observância do princípio segundo os tratados constitutivos da União Europeia. Contudo, a nível global sua aplicabilidade como norma de ação é um fato relativamente atípico. Portugal, apesar de aderente a aplicação do princípio como norma de controle, não possui em seu texto constitucional disposto expresse para sua utilização como norma de ação, o que inibe a sua aplicabilidade. No Brasil, verifica-se a aplicabilidade como norma de controle, no qual o julgador brasileiro utiliza-se do princípio como um dos métodos de resolução de conflitos de direitos constitucionalmente protegidos, contudo, sua utilização é realizada considerando o caráter supralegal do princípio, pois não dispõe de regulamentação expressa em sua Carta Magna¹⁷.

Assim, quando se fala do legislador como o destinatário do princípio da proporcionalidade como norma de ação condicionante da sua atividade legislativa, fala-se de um le-

¹⁷ Cfr. artigo 5º, §2º da Constituição Federal brasileira: “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”

gislador ideal/modelo¹⁸. Pois, em realidade os legisladores não estão tão conscientes da importância deste princípio e toda sua profundidade analítica de exigências, condições e parâmetros da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Devido à tímida utilização do princípio da ponderação como norma de ação, passa a ater-se a aplicação do princípio como conformação do controle inerente ao julgador constitucional e sua componente proporcionalidade em sentido estrito.

Seguindo a linha dogmática alemã, a doutrina majoritária recepciona a forma moderna de composição do princípio da proibição do excesso, contendo três elementos: a adequação; a necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito¹⁹. Corrente adotada nas obras dos juristas Vitalino

¹⁸ Cfr. Gustavo Santos: “o controle da constitucionalidade de atos do legislador deve ser visto como uma função excepcional do Poder Judiciário. O Judiciário precisa exercer sua função de forma controlada, para evitar que a posição à qual ele foi alçado com a revisão judicial da legislação transforme-se em empecilho para a vida política de um país, ou até mesmo que ele seja submetido a pressões incompatíveis com suas funções.”

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e democracia: tensões e compromissos. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 179-187, jan./mar. 2006. p. 76.

¹⁹ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos**. Almedina, 2017.

Canas, Jorge Miranda e Robert Alexy. Uma parcela minoritária de estudiosos da doutrina global, divergem desta corrente e sustentam que o princípio é composto também por outros elementos, como a conformação do fim.

Contudo, verifica-se que a margem de conformação do fim não é um seguimento do princípio da proibição do excesso, e sim, um pressuposto de aplicabilidade do princípio. Pois para poder se aplicar o princípio da proibição do excesso tem que estar determinado qual o fim que quer perseguir, caso contrário, se o fim não estiver claro, não é possível aplicar o princípio da proibição do excesso nem como norma de ação nem como norma de controle.

O doutrinador Jorge Novais considera integrante do princípio da proibição do excesso quatro elementos/sub-princípios, por ele denominados: “o princípio da aptidão ou da idoneidade, o princípio da necessidade, o princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, e o princípio da proporcionalidade”²⁰. Para o autor, seguindo a “proposta, originária por Lerch”, entende ser mais feliz a noção do “princípio da proibição do excesso como o princípio mais abrangente, no qual se integram diferentes elementos constitutivos, entre os quais a proporcionalidade”²¹.

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 107

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 103.

Adotar-se-á neste livro a composição do princípio da proibição do excesso com três elementos.

O elemento da idoneidade ou adequação, terminologia adotada pelo doutor Jorge Miranda, interligado com a legitimidade do fim consignado na norma, “traduz-se na propositura de um meio adequado à sua prossecução. Perante um bem juridicamente protegido, a intervenção ou a providência a adotar tem que se achar em concorrência com ele²².” Para Robert Alexy, este subprincípio é uma “máxima de conteúdo negativo”, “no qual não se resolve tudo, mas elimina o meio não adequado²³.” Trata, pois, da relação de causalidade entre a medida adotada e o fim a que ele se propõe.

Pela componente da adequação entende-se que visa evitar que se produzam efeitos negativos sem que se produzam concomitantemente efeitos positivos, ou seja, que o saldo entre os efeitos negativos e positivos de uma solução considerada seja pelo legislador ou julgador, seja negativa por ausência de benefícios positivos²⁴.

Jorge Novais estabelece em sua obra um criticismo a nomenclatura adotada na doutrina majoritária, repulsando

²² MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Almedina, 2017. p. 329.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5^a edição alemã. Malheiros Editores, 2017. p. 590.

²⁴ Ibidem.

o designação de adequação, pelo fato da semântica da palavra “conferir-lhe um cunho axiológico, valorativo, que o referido subprincípio, na sua pretendida objectividade, não tem.”²⁵ O nomeado como princípio da aptidão ou idoneidade, para o autor essa componente

exige que as medidas restritivas da autonomia individual sejam aptas a realizar o fim prosseguido com a restrição ou, mais rigorosamente, que aquelas medidas devem atribuir para o alcançar numa forma sensível.²⁶

Completa o autor que não se faz necessário para o cumprimento de uma exigência que o meio realize de forma plena o fim visado. Corroborando com a doutrina germânica e jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, a mera realização parcial do fim é suficiente para a medida ser considerada adequada, levando em consideração “o fim prosseguido como o meio em causa”²⁷.

O Tribunal Constitucional formula o subprincípio da seguinte maneira: “um meio é adequado quando com sua ajuda pode ser alcançado o resultado

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 97.

²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 108.

²⁷ Ibidem.

perseguido²⁸.” Dessa maneira, um meio só será considerado inadequado se não contribuir, de alguma forma, à conquista do fim almejado.

Superada a análise de idoneidade da medida, e partindo da interligação dos seus componentes, surge a ideia de necessidade, pois não considera-se possível que determinada norma seja necessária, se a mesma não for adequada para atingir a um fim específico.

Em apertada síntese, entende-se por necessidade a ideia de que o meio escolhido para atingir determinado fim deve ser aquele que, dentro os meios adequados disponíveis, deve-se aplicar o menos lesivo, menos restritivo, menos gravoso²⁹. Esta componente visa impedir que os efeitos

²⁸ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. **O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos**. Almedina, 2017. p.

²⁹ Sobre esse tema Jorge Reis Novais na obra “Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa”. A sinopse de sua obra é assim constituída “Como tem sido exuberantemente evidenciado na jurisprudência do Tribunal Constitucional no período de emergência financeira dos anos 2011 e seguintes, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais estruturantes constituem o âmbito nuclear do Direito Constitucional do nosso tempo. Não é possível, hoje, um conhecimento da arquitectura constitucional de um Estado de Direito nem mesmo um desempenho actualizado de uma actividade jurídica em qualquer ramo do Direito sem um domínio razoável de princípios constitucionais como os da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proibição do excesso ou da protecção da confiança”. Sobre o mesmo tem tratam também CANOTILHO, José Joaquim Gomes na obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo

negativos sejam mais extensos do que se tem que ser, tendo em vista os efeitos positivo que se busca alcançar³⁰.

Para Jorge Miranda, a necessidade ou exigibilidade do meio

significa que é ele, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, aquele que melhor satisfaz *in concreto*, com menos custos em alguns casos e, com mais benefícios em outros, a realização do fim; e, por isso, tal a providência, a decisão que deve ser tomada³¹.

José Gomes Canotilho denomina este elemento como o princípio da exigibilidade, e exalta a ideia de que o cidadão tem direito “à menor desvantagem possível”. Sendo necessário a fundamentação para a escolha do fim prosseguido em detrimento de outros menos oneroso ao indivíduo³².

para a compreensão das normas constitucionais programáticas”; MIRANDA, Jorge na obra “Manual de Direito Constitucional” e o modelo de ponderação de Robert Alexy nas obras: “Teoría de los Derechos Fundamentales” e “Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios”.

³⁰ Ibidem.

³¹ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Almedina, 2017. p. 329.

³² O autor desenvolve quatro subdivisões do subprincípio da necessidade: “a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa

O jurista Vitalino Canas apresenta o seguimento da necessidade como uma operação metódica de comparação entre as várias funções, para conseguir garantir que a solução escolhida não é pior do que outra, ou seja, mais agressiva aos bens, interesses ou valores afetados do que outras alternativas que poderiam atingir os mesmos objetivos, mas com um agressividade menor aos bens, interesses ou valores atingidos.

O princípio da necessidade, da indispensabilidade ou meio menos restritivo, assim denominado por Jorge Novais, realizará a atividade de medição do prejuízo, sendo necessário para tanto estar diante de duas medidas aptas a comparação objetiva, no qual e será comparado os prejuízos causados por cada medida restritiva não apenas no direito fundamental atingido, mas na afetação de liberdade dos envolvidos.³³ Explicando, o autor cita a forma “anacrónica de Fleiner, não se deve utilizar um canhão para atirar em pardais, exprime-se, precisamente, essa ideia de evitar danos desnecessários, não exigíveis pela realização do fim.”³⁴

delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.”

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 270.

³³ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. pp. 110 e ss.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 111.

Unindo-se a noção de necessidade ponderada apresentada pelo jurista Vitalino Canas, Jorge Novais, expõe sobre a aplicação do elemento da necessidade,

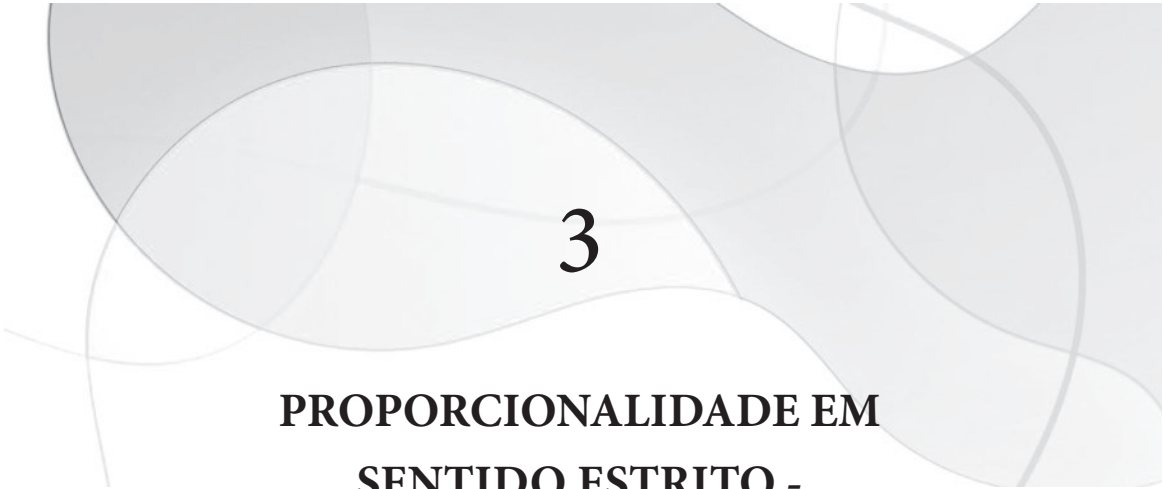
aquilo que, à partida, era um controlo objectivo e de fundamentação intersubjectivamente demonstrável, na prática acaba por remeter inevitavelmente para juízos decisivos de valoração e de ponderação.

Pode-se considerar a necessidade o mais completo dos elementos, pois é justamente nele que se invoca o imperativo de comparar alternativas com solução. O que traz consigo também a grande dificuldade na realização, haja vista encontrar-se diante de institutos diferentes. E esta é a questão que esta realmente subjacente na aplicação do seguimento da necessidade.

Contudo, diante do complexo exercício a se realizar, a comparabilidade de normas jurídicas diferentes, a doutrina majoritária entende que a aplicabilidade deste elemento deve ser realizada através da comparação objetiva de meios igualmente idôneos, afastando a ponderação.

Curiosamente, foi verificado que o elemento da necessidade é tido como fundamento para a maior parte das decisões em Portugal que aplicam o princípio da proporcionalidade e que invalidam normas jurídicas.

O terceiro e último elemento que compõe o princípio da proibição do excesso, na perspectiva aqui adotada, chama-se proporcionalidade em sentido estrito, assim adotada pelo doutrinador Vitalino Canas. Diferente da sua nomenclatura, é uníssona a noção da complexa aplicabilidade e os limites deste elemento, motivo de inúmeras críticas pelos estudiosos e aplicadores do direito, o que faz com que o princípio da proibição do excesso seja posto a prova. Considerado pela doutrina majoritária como o seguimento ponderativo do princípio da proibição do excesso.



3

PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO - P.E.S.E.

Na contemporaneidade, a proibição do excesso, composto por três elementos, vem se apresentando como uma das principais fontes de resolução de conflito envolvendo direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, no qual o elemento da proporcionalidade em sentido estrito destaca-se com o método da ponderação, apesar das severas críticas, como uma saída razoável aos conflitos não resolvidos com os elementos da adequação e necessidade. Não sendo o único método, entretanto.

A nomenclatura do elemento encaminha a uma pré-concepção das suas características e o fim a ser almejado quando diante de conflito de bens constitucionalmente tutelados, seja no momento de criação das normas ou diante de resolução de um litígio por julgadores constitucionais, nos parece não ser possível dissociá-lo da noção de equilíbrio, proporção, razoabilidade e justiça.

A proporcionalidade em sentido estrito não pode ser confundida com ideia autonomizada do princípio da proporcionalidade já aqui exposta, no qual esta se perfaz da junção do elemento adequação, em que o meio deve corresponder ao fim visado, da necessidade, que busca a utilização de meios menos restritivos para atingir seus fins, e a proporcionalidade em sentido estrito, uma subdivisão do princípio da proporcionalidade em sentido lato, “que equivale à ponderação entre bens ou interesses em colisão.”³⁵

Jorge Miranda escolhe para este elemento a semântica da racionalidade ante a sua ligação lógica com a justa medida. Para o autor, se faz necessário que

o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos, e não só qualitativos, de tal sorte que ela não fique aquém ou além do que importa para se alcançar o resultado devido, nem mais, nem menos.³⁶

Enquanto os subprincípios da adequação e necessidade se circunscrevem à esfera da análise do “faticamente possível”, para Robert Alexy a proporcionalidade em senti-

³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 96.

³⁶ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Almedina, 2017. p. 329.

do estrito envolve a questão da otimização das possibilidades jurídicas.³⁷

José Gomes Canotilho ao explanar sobre assunto, aduz que

quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da “justa medida”³⁸.

A autora Suzana de Barros corrobora as lições de Canotilho e apresenta esta componente interligada a noção de justa media, na qual considera necessário para além do juízo de adequação e necessidade, a análise de justiça na medida restritiva utilizada. Em suas palavras,

o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. pp. 122 e ss.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 270.

meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido.³⁹

Em apertada síntese, o douto jurista Vitalino Canas apresenta a proporcionalidade em sentido estrito como um instrumento de harmonização e ponderação de normas jurídicas, a qual difere dos outros dois elementos, em que se vislumbra um meio idôneo e menos restritivo, nesta competente se realizará um juízo de ponderação no qual se terá como medida a liberdade que se ganha e a que se perde.

Dessa maneira, entende-se que este instrumento de harmonização de colisões tem aplicabilidade diante de situações em que uma deliberação pretende superar a colisão de variáveis normativamente relevantes comparáveis, apoiando-se em um método que visa encontrar uma solução através da definição de relações de prevalência ou de igualdade, seja, em abstrato ou em concreto, entre normas hierarquicamente compatíveis.

Cumpra ainda apresentar o posicionamento divergente do doutrinador Jorge Novais, ao contrapor a ideia ou conceituação apresentada pela doutrina majoritária, no qual entende que para aplicabilidade da componente da propor-

³⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. pp. 84-85).

cionalidade em sentido estrito se faz necessário transpor as outras duas componentes (adequação e necessidade). Para o autor, “no específico controle de proporcionalidade se deve recorrer às dimensões de aptidão e de necessidade, mas nunca em termos de controlo autónomo, sucessivo ou linear.”⁴⁰ O que em primeiro momento, mostra-se arrazoada esta perspectiva, pois em se tratando de componentes do mesmo princípio, compreende-se mais coerente a realização do juízo conjunto sob as três perspectivas, para assim estar apto a apresentar uma solução completa à colisão, sem margem para questionamentos.

Considerando o elemento da proporcionalidade em sentido estrito como um instrumento de harmonização de colisões que realiza a ponderação e evidencia a ideia de justa medida e proporção, traz consigo grandes divergências doutrinárias, o que nos move percorrer as várias nuances do tema.

3.1 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E PONDERAÇÃO

Jorge Miranda ao explicar sobre o princípio da proibição do excesso destaca o texto legal constante no n.º 2 do artigo 18º da Constituição portuguesa, no qual aduz que as restrições devem limitar-se ao necessário e para salvaguardar

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 99.

outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. E este é ponto central, sobretudo deste elemento. Pois, em decorrência de experiência histórica em que o Estado passou sua atenção aos direitos, liberdades e garantias, um direito precisa ser mitigado para salvaguardar de outro interesse à luz do ordenamento como um todo⁴¹.

Na perspectiva de norma de controle, a proporcionalidade em sentido estrito condiciona ao julgador uma inevitável avaliação subjetiva, no qual irá comparar através da imposição de valores dois ou mais direitos fundamentais em conflito. Surgindo a correlação da ponderação com o terceiro elemento do princípio da proibição do excesso.

O jurista Vitalino Canas, em decorrência das diversas posições apresentadas, externaliza, notadamente, a opção pela abordagem da ponderação como um método a ser utilizado na p.e.s.e., em sentido bilateral ou plurilateral, no qual em uma “zona de sobreposição, a proporcionalidade e.s.e. materializa-se através de uma específica operação de ponderação.”⁴²

O método da ponderação ou *balancing*, conforme Canas,

é fruto da criatividade jurídica dos EUA e da Alemanha. As bases teóricas, as práticas jurisprudências e as

⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Almedina, 2017. p. 332.

⁴² CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almedina, 2017. p. 749.

envolventes políticas, culturais e sociais são, todavia, diferentes. Por isso, apesar de eventuais cruzamentos, partilhas e zonas de confluência, pode-se falar de dois paradigmas que, com uma ou outra adaptação, influenciam a maior parte dos demais sistemas.⁴³

Nesse aspecto, discorre que na Teoria do Direito, a ponderação é antes de tudo um método, de raciocínio e deliberação, em que havendo colisão de normas, sem que haja a respectiva solução jurídica, objetiva apresentar uma solução “através da definição de relações de prevalência ou de igualdade em abstrato ou em concreto, entre magnitudes com significado normativo.”⁴⁴ Considerada em sua pesquisa como uma técnica axiologicamente neutral, de difícil conceituação, Canas verificou ainda ser necessário para os fins propostos no princípio da proibição do excesso, a conexão do método da ponderação à “teoria substantiva da justiça,

⁴³ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almeida, 2017. p. 750.

⁴⁴ No entanto, adverte que podem existir algumas teses que admitem outro conceito de ponderação, o qual o Vitalino Canas designa de *Ponderação* ou *valoração unilateral*, que visa à aferição de peso, grau ou importância a uma determinada variável (propriedade, atributo, fator ou grandeza juridicamente relevante), isoladamente considerada.

CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almeida, 2017. p. 735.

dos direitos e do interesse público, que permita, designadamente, a justificação externa das valorações e do contrapeso efetuados.⁴⁵”

Destarte, importa mencionar que as teses sobre a relação entre proibição de excesso e ponderação é ponto pacificado na doutrina⁴⁶. Contudo, vale citar que o jurista Alemão Bernado Slink procura fazer uma construção do princípio da proporcionalidade sem ponderação, justamente para fugir as críticas que suscitam ao princípio causadas pelo fator ponderativo. Posicionamento que se interliga a linha adotado por Jorge Novais, em que apresenta críticas a este entendimento pacificado.

Para o autor, trata-se de uma “construção muito discutível e mesmo insustentável no plano da separação dos poderes própria do Estado de Direito.”⁴⁷ No qual não considera admissível o juiz constitucional como alternativa à política do legislador democrático. Sob a óptica destacada pelo jurista será abordado o tema mais detalhadamente abaixo, pois a separação dos poderes aliada a abusos cometidos por julga-

⁴⁵ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almedina, 2017. p. 862.

⁴⁶ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almedina, 2017.

⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 121.

dores é ponto capaz de levar a fragilização da técnica utilizada nessa componente.

Ao fazer o enfrentamento acerca do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, é possível conjecturar que a aplicação desse instrumento de harmonização deve-se haver uma proporção adequada, na qual se busca evitar qualquer tipo de excesso. E a ponderação, consoante apontamentos firmados pelo jurista Vitalino Canas, visa, encontrar uma solução através de definição de relações de prevalência ou de igualdade, seja em abstrato ou em concreto, entre dimensões com significado normativo.

Não obstante, é possível mencionar que, dentro e fora da Alemanha, a proposição dominante, porém, não unânime pende a favor da equivalência das ponderações de bens, interesses ou valores. Nesse esteio, observa-se que o que se pondera é o bem jurídico tutelado. No entanto, como bem, aponta o autor, o nó da questão circunda exatamente na subjetividade que paira sobre qual o bem jurídico merece maior proteção em detrimento de outros bens, igualmente, relevantes.

Desse modo, a ponderação como método da proporcionalidade e.s.e. objetiva senão a determinação do conteúdo com fim de concretizar limites dos direitos fundamentais. Assim sendo, a ponderação poderá recair sobre muitos fatores, como ponderar peso de normas jurídicas, interesses contrapostos, consequências de duas decisões

diferentes, apresenta-se aqui as correntes com maior propagação no meio jurídico, a ponderação de razões, de normas, de meios e fins, e a ponderação dos efeitos positivos e negativos.

A corrente que expõe que a ponderação deverá recair sob as razões, também designada como proporcionalidade em sentido estrito condensada, parte da ideia de que o juiz constitucional deverá considerar todas as razões relevantes, hipótese utilizada no quadro da jurisprudência do TEDH, onde se fará um exercício de comparação através da verificação da razão que ensejou a adoção de uma medida e as razões que a ela se opõe, incluindo a adequação e necessidade da norma.⁴⁸

Apresenta-se de grande relevância, quando se parte do entendimento de que as componentes do princípio da proibição do excesso deverão ser analisadas conjuntamente para chegar a uma justa medida entre as colisões, pois diante de confronto de direitos fundamentais em que um sempre será mais mitigado, a cautela e análise completa das componentes me parece acertada e segura.

A ponderação poderá ter como objeto os meios e fins da norma projetada pelo legislador, posição bastante difundida entre os estudiosos da matéria, no qual se busca estabelecer

⁴⁸ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almeida, 2017. p. 765.

uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado que seja juridicamente o melhor possível, para isso confrontaria os efeitos jurídicos positivos e negativos da norma como meio e os efeitos perquiridos pelo legislador na confecção da norma, como fim. Para o jurista Vitalino Canas, esse entendimento não é bem interesse, pois ponderará os efeitos positivos e negativos entrelaçados, o que será um contrassenso.⁴⁹

Outra parcela dos juristas defendem que a ponderação poderá recair sobre as normas, no qual levará ao aplicador analisar a importância e peso das próprias normas constitucionais colidentes. Contudo, sopesar normas constitucionais

⁴⁹ Cfr. Canas: “A ponderação que incorpora a proibição do excesso visa chegar a decisões racionais e não a-rationais ou irracionais. A proibição do excesso (e, dentro do seu perímetro, a proporcionalidade e.s.e.) tem de ser fundamentalmente sensível à tensão entre várias linhas de força contraditórias: entre maleabilidade e estabilidade, entre subjetividade e objetividade. Desde logo, a linha de força da *maleabilidade*. A estrutura metódica da proporcionalidade e.s.e. deve ter capacidade de: reagir e adaptar-se ao caso concreto; criar condições para a descoberta de todos os argumentos relevantes (de natureza moral, tradicional, prudencial), mesmo os que fogem à arumação em quadros pré-definidos; acompanhar a evolução dos valores sociais, da ciência e dos costumes; facilitar a ação de válvulas de detecção do erro, de revisibilidade e de reponderação (a razão não dá nada como adquirido para sempre). Em suma, a proporcionalidade e.s.e. tem de ser um dos catalisadores que fazem com que os acordos incompletamente teorizados que cimentam o viver coletivo possam formalizar-se circunstancialmente”. CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almedina, 2017. pp. 889-890.

de categoria mais ou menos difusa das normas-princípio, representaria na visão de Canas,

uma *inversão* do objeto da proibição do excesso: começaria por se ponderar as referidas normas para tirar conclusões sobre a validade das normas legislativas, quando, na verdade, o objeto da proibição do excesso é a norma legislativa e não a norma constitucional.⁵⁰

Robert Alexy apresenta a ponderação como um método de contrapeso de princípios. E ainda, a ponderação poderá ser realizada sobre os efeitos positivos e negativos da norma. Essa corrente propõe que a ponderação seja realizada através de um confronto direto entre os efeitos positivos que referem-se a satisfação e os efeitos negativos de interferência da norma, e assim estabelecer um grau de importância de maior ou menor desses efeitos. Nessa perspectiva, será tomado em consideração os efeitos jurídicos e materiais provenientes do cumprimento da norma, inclusive nos efeitos colaterais não previstos pelo legislador.

Corrente esta sustentava pelo jurista Vitalino Canas, difere da posição majoritária de ponderação entre meios e fins, pois nessa é realizado a individualização e sopesará efeitos semelhantes, efeito positivo com efeito positivo, na mes-

⁵⁰ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almeida, 2017. p. 769.

ma senda os efeitos negativos, para assim, agregar valor e chegar a um denominar comum. Nessa corrente o que se busca apresentar é “se uma norma A produz mais efeitos positivos do que negativos, ou que A produz efeitos positivos mais ponderosos do que os negativos.”⁵¹ E caso não consiga se chegar a uma solução, far-se-á o exercício novamente, como uma “ponderação agregativa, considerando o “saldo” de todos os efeitos negativos de interferência nos vários bens, interesses ou valores sacrificados.”^{52/53} Essa análise conjunta das normas busca evitar possíveis restrições aos vários efeitos.

⁵¹ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*. Almeida, 2017.

⁵² CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*. Almeida, 2017.

⁵³ No Acórdão nº 465-3 de 2018, em que questionava a inconstitucionalidade dos art. 1865 e 1869 do código civil que possibilita ao judiciário, desde de que o pai recuse a paternidade e existindo provas seguras da paternidade, que o judiciário de ofício envie o processo para o Ministério ingressar com a Ação de Investigação de Paternidade para o seu reconhecimento, frente a liberdade de escolha e ao princípio de igualdade dos sexos, alegando que tal norma restringia a liberdade do homem acerca do momento adequado a ser pai, baseando-se na igualdade de direito com as mulheres, que a partir desse direito de liberdade de escolha, poderá realizar a interrupção da gravidez. Uma vez que, no presente caso o pai requereu que a Mãe interrompesse gravidez e por ato de vontade a mãe resolveu continuar. Argumentando ainda que o tratamento diferenciado entre homens e mulheres fere o princípio de igualdade de sexos. Contudo, o Tribunal Constitucional utilizando-se do princípio da proibição do excesso entendeu que o aspecto decisivo do juízo ponderativo para

Seguindo nesta corrente, pode-se dizer que, diferente dos outros 02 elementos, a adequação e a necessidade que verificam os meios e a intensidade dos efeitos de interferência e satisfação, a proporcionalidade em sentido estrito valoriza a importância dos efeitos das normas. Apesar de não ser majoritária, apresenta-se mais coerente ao analisar os valores de satisfação e interferência de cada efeito separadamente, resolvendo a incongruência apresentada na tese de meios fins decorrência da análise conjunta de efeitos diferentes.

Outro ponto de questionamento que o elemento da proporcionalidade e.s.e. nos remonta é qual o critério deve ser utilizado para medição da importância dos efeitos. Diante de uma colisão, o julgador se utiliza de juízos essencialmente valorativos para atribuir a importância dos efeitos de interferência e satisfação produzidos pela norma legislativa. Contudo, utilizar essa dimensão de importância para comparar os efeitos de satisfação e interferência, por si só não permite a identificação de um atributo comum entre dos bens, interesses ou valores comparáveis que permita realizar uma comparação. O que torna essencial achar um atributo comum para torna-las comparáveis.

O jurista alemão Robert Alexy busca apresentar a atividade ponderativa como racional e objetiva através de uma

a solução impugnada reside na condição de maior fragilidade que caracteriza, de forma indelével, a situação em que se encontram os filhos cuja paternidade – ou maternidade – não se ache estabelecida, o que justifica e impõe ao Estado maior proteção, tanto fática quanto normativa, dos seus direitos fundamentais.

fórmula matemática, designada fórmula de peso. Sucintamente, o julgador diante da colisão entre direitos fundamentais ou de direito fundamentais e interesse público, apontará qual dos princípios terá maior peso. Por intermédio de uma fórmula de peso, o julgador atribuirá a intensidade de interferência e a importância de satisfação do princípio, utilizando uma escala de três níveis, leve, média ou séria. Bem como atribuirá o grau de certeza que recai sob as premissas empíricas normativas que fundamentam a interferência no princípio afetado, também em uma escala de três níveis, certo/ confiável, defensável/ plausível ou não evidentemente falso. E ao final será atribuído um valor numérico a cada escala para realizar uma operação matemática que resultará em um quociente. Esse quociente será a resposta da colisão, pois representa o princípio prevalecente na ponderação.⁵⁴

Diversas críticas são dirigidas a esse modelo do Alexy, porquanto, o jurista na tentativa de comensurar a ponderação, reduziria o método a uma fórmula matemática, inerente a uma ciência exata, com atribuição de uma escala numérica cardinal aos bens colidentes, sem apresentar qualquer fundamento constitucional. Apesar do grande esforço do jurista em apresentar um método racional da ponderação, sua tese é pouco aplicada pela jurisdição constitucional alemã e demais tribunais.

⁵⁴ Cfr. Vitalino Canas: Tudo o que Alexy procura conseguir ou demonstrar através da fórmula do peso pode ser demonstrado pelas simples linguagem e técnicas do direito, condimentadas e complementadas por contributos da filosofia prática.

O jurista Vitalino Canas em sua tese de doutoramento apresenta o critério de comparabilidade como a identificação de um “*tertium comparationis* ou de um *covering value*, isto é, um atributo comum às duas ou mais magnitudes que permita a comparação entre elas⁵⁵”, dessa maneira, não pode ser extraído exclusivamente por uma delas. Para o autor, a imagem gráfica dos efeitos da ponderação é uma balança, no qual o julgador colocará em cada um dos pratos, de um lado os efeitos positivos visados pelo legislador, do outro lado os efeitos negativos que a norma jurídica vai desencadear na realidade constitucional. E através de um critério concretamente relevante comum às duas, estabelecerá uma relação ordinal de maior, menor ou igual entre a importância daqueles efeitos, “limitando o decisor a constatar, sem nenhuma intervenção das suas apreciações ou escolhas subjetivas, o resultado.⁵⁶” O que leva-se a uma visão mais racional e comensurável do que a aplicação puramente da técnica de ponderação.

Nesse sentido,

o critério de comparação permitirá dizer que a importância do efeito positivo x é maior do que a importância do efeito negativo y tendo em conta o critério z . O critério z será necessariamente um atri-

⁵⁵ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Almeida**, 2017. p. 875.

⁵⁶ p. 876.

A componente ponderativa do princípio da proibição do excesso como limite à discricionariedade no direito brasileiro e comparado

buto, fator ou grandeza que cresce, por um lado, e diminui, por outro lado, em função dos efeitos positivos e negativos.^{57/58}

Apesar de alguns estudiosos definir um critério a ser utilizado na ponderação. Por razões óbvias, verifica-se não ser possível definir previamente um único critério objetivo comparativo para todas colisões de bens, interesses ou valores protegidos constitucionalmente. Resultado empírico das colisões de normas constitucionais, é uníssono o entendimento de que o critério selecionado deverá sempre ser extraído do texto Constitucional.

Partindo da premissa de Constituição de liberdade adotada por Portugal e Brasil, pode-se estabelecer como critério comparativo incontornável o impacto da medida sob o ambiente geral de liberdade dos indivíduos.⁵⁹ Segundo Canas,

Uma norma legislativa que interfere em direitos diminui inevitavelmente a liberdade num grau que

⁵⁷ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Alme-dina**, 2017. p. 876.

⁵⁸ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Alme-dina**, 2017. p. 764.

⁵⁹ Cfr. CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Al-medina**, 2017.

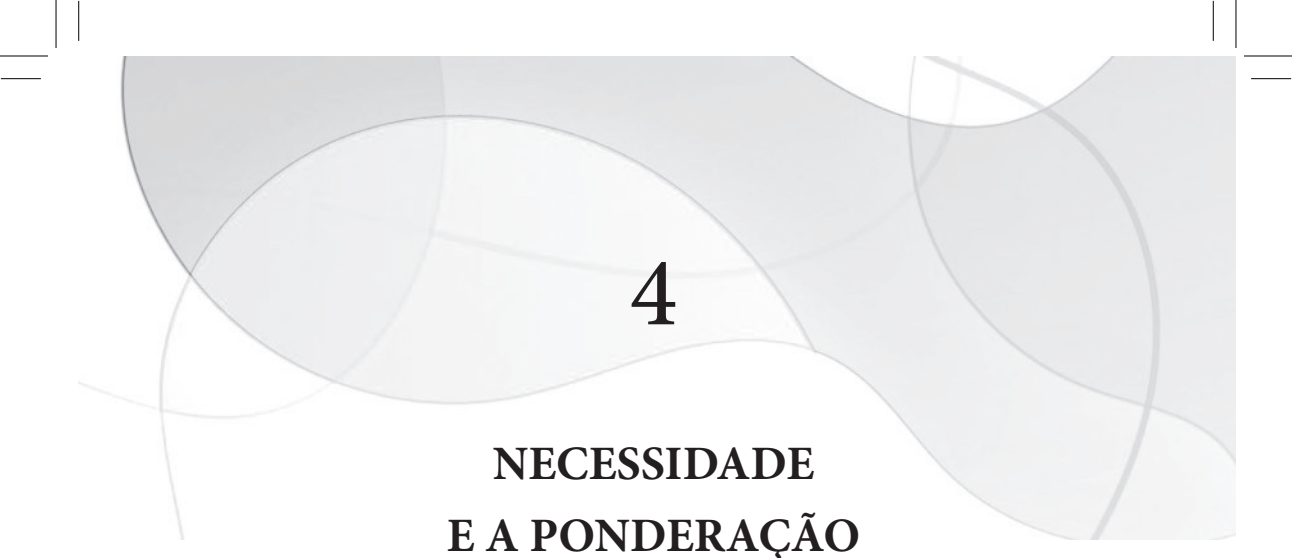
deve ser valorado. Servindo um interesse público, a norma contribuirá, por outro lado, para o reforço das condições globais de vida em liberdade numa sociedade democrática, devendo isso ser também valorado.⁶⁰

Dessa forma, a medida comum extraída da constituição para ponderação seria a medida de liberdade que se ganha e que se perde da norma prevalecente.

Logo, este terceiro elemento permitirá ao julgador verificar o grau de importância, satisfação ou interferência em bens, interesses ou valores, colocando os efeitos positivos e negativos em uma balança, um de cada lado, até mesmo os efeitos colaterais não previsto pelos legislador, e por intermédio de um critério constitucional comum, que poderá ser a liberdade, chegar a melhor resolução de conflitos de direitos constitucionalmente consagrados.

⁶⁰ Segundo Canas: Nesse caso, *a medida* ou *moeda comum* extraída da Constituição é a *medida da liberdade* que se perde e que se ganha com a norma legislativa. Para que se efetue a ponderação bilateral própria da proporcionalidade e.s.e., a qual requer comparabilidade através de uma medida comum, converte-se a intensidade dos efeitos de satisfação do bem, interesse ou valor visado e a intensidade dos efeitos de interferência no bem, interesse ou valor contraposto em importância dos *efeitos*, medidos em termos de *acréscimo* e de *diminuição* da liberdade (ou de outros *covering values* aplicáveis).

CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Almeida**, 2017. p. 875.



4

NECESSIDADE E A PONDERAÇÃO

O seguimento da necessidade é por muitos considerado o mais completo dos elementos do princípio da proibição do excesso, pois é justamente nesse seguimento que se realiza a medição do prejuízo. A técnica da ponderação, embora não seja o método principal como na componente da proporcionalidade e.s.e., poderá também ser aplicada no seguimento da necessidade como recurso secundário. Tese estabelecida nas pesquisas apresentada pelo jurista Vitalino Canas, embora com pouca concordância pela doutrina constitucionalista.

A operação metódica principal que se faz nesse elemento é da comparação entre as varias funções, sopesando alternativas com solução que apresentem um igual grau de eficácia, capaz de apresentar uma solução sensivelmente menos agressiva aos bens interesses ou valores atingidos. Logo, permite que o julgador aponte uma solução que não seja pior do que outras alternativas que poderiam atingir os mesmos objetivos, pior no sentido de mais gravosa aos bens, interesses ou valores afetados.

No contexto dessa operação sistemática, a comparação entre soluções alternativas é possível, e em alguns casos, a medida a ser utilizada recai sobre a ponderação, na qual irá medir o peso de bens, interesses ou valores que sejam alternativamente atingidos por hipóteses ou opções a dispor do julgador. Conforme o jurista Jorge Novais, a utilidade da valoração no elemento da necessidade decorre da variabilidade dos efeitos restritivos e suas diferentes percepções, introduzindo nesse contexto um grau de subjetividade a componente vista pela maioria dos estudiosos de controle objetivo⁶¹.

Vitalino Canas apresenta a necessidade ponderada subdivida em duas modalidades, a necessidade ponderativa em sentido lato e a estrita, no qual “a primeira privilegia maior satisfação, enquanto a segunda privilegia menores interferências.”⁶² Para o autor, a “modalidade estrita do segmento da necessidade decerto acautela melhor os bens, interesses ou valores que tiverem de ser concretamente sacrificados⁶³”. Jorge Novais assume posição semelhante a do jurista Vitalino Canas ao entender que a medida que se deve observar com maior prevalência é a de menor restrição ou interferência na liberdade do indivíduo.

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. pp. 112 e ss.

⁶² CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Almedina**, 2017. p. 730.

⁶³ Ibidem.

Seguindo o entendimento do critério utilizado na atividade ponderativa do seguimento da proporcionalidade e.s.e., o critério comparativo estabelecido para ponderação no elemento da necessidade também será restrito a normas constitucionais, em que a liberdade destaca-se entre os doutrinadores como elemento determinante a ser privilegiado medido numa relação linear. Jorge Novais define:

Trata-se, fundamentalmente, de ponderar alternativas de restrição em que variam quer o grau de eficiência na realização do fim quer a dimensão do prejuízo infligido à liberdade individual.⁶⁴

O método da ponderação ou contrapeso no elemento da necessidade na prática poderá ser realizado, por exemplo, para saber se uma determinada solução é mais agressiva do que outra, ou se a norma prevalecente trará menor interferência da liberdade das partes, do que a mitigada. Logo, poderá haver um contrapeso de diferentes bens, interesses ou valores envolvidos, uma media em relação a outra. O que caracteriza um problema subjacente na aplicação da ponderação no seguimento da necessidade, comparar alternativas diferentes. Gerando entre os juristas uma tentativa de estabelecer o que se pode comprar e o que se é impossível.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. Almedina, 2019. p. 114.

De fato, não é permitido se afastar da instabilidade intrínseca do método ponderativo, no qual se perfaz um grau de subjetividade que pode colocar em prova a sua utilização. Para Canas necessário se faz a limitação da utilização do meio pelo juiz constitucional quando aplicada como norma de controle da atividade do legislador, pois “doutro modo, além de crescer significativamente o grau de imprevisibilidade da decisão judicial, haveria uma deslocação sensível do poder de decisão e de valorações para a esfera judicial⁶⁵.”

Jorge Novais acrescenta que diante das críticas dirigidas ao método ponderativo e a sua complexa utilização é por muitos preferível ignorar essa perspectivava de necessidade ponderada, para exaltar a característica de método sistêmico e objetivo do elemento da necessidade.

4.1 OS PROBLEMAS ENFRENTADOS NA APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO

O método da ponderação é tido por vários doutrinadores como o fator crítico do princípio da proibição do excesso, o que leva a muitos considerarem o elemento da proporcionalidade em sentido estrito um seguimento inócua ou sem relevância jurídica, diferente dos outros dois elementos,

⁶⁵ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos. **Almeida**, 2017. p. 730.

adequação e necessidade. Conforme Vitalino Canas, “desde que o *balancing* se tornou prática regular da jurisprudência constitucional norte-americana que a sua viabilidade ou racionalidade é repudiada.”⁶⁶

As principais críticas direcionadas a ponderação como método utilizado no princípio da proibição do excesso como norma de controle está relacionada ao subjetivismo inserido pela característica de incomensurabilidade da medida, permitindo maior ativismo judicial, insegurança jurídica e enfraquecendo a constituição⁶⁷. Alegam que falta ao caso uma regra comum, que possa dar uma medida, um peso a se aplicar na solução de conflito normativo. Porquanto, toda a modalidade de ponderação esbarra no subjetivismo inerente a matéria, trata-se de um critério incomensurável⁶⁸.

⁶⁶ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos. **Almedina**, 2017. p. 763.

⁶⁷ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos. **Almedina**, 2017. p. 775 e ss.

⁶⁸ Cfr. Canas: “Na verdade, em qualquer das modalidades de ponderação - de princípios, direitos, bens, interesses ou valores, meios e fins, argumentos, razões, efeitos, opções, alternativas ou custos e benefícios - faz-se invariavelmente apelo às ideias de grau, importância, peso ou medida de duas ou mais grandezas, atributos ou propriedades. A ponderação bilateral ou multilateral envolve o *peso* e o *contrapeso* de dois ou mais *fatores* ou *itens*. CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos. Almedina, 2017. p. 764.

E, em Direito quando se tem que fazer o peso de bens, interesses ou valores, se esta fazendo um contrapeso de algo não comensurável, em que não é possível medir, quantitativamente o valor da liberdade de imprensa em contraposição ao valor do direito a vida privada, por exemplo.

Canas cita em sua obra uma frase bastante propagada, na qual demonstra metaforicamente o criticismo do Juiz SCALIA a técnica da ponderação, “o *balancing* é como “ajustar se uma linha é mais longa do que uma pedra é pesada.”⁶⁹ A instabilidade de reconhecimento jurídico gerada pelo fator ponderativo no princípio da proibição do excesso dado a incomensurabilidade de direitos fundamentais, impossibilita atribuir um peso ou medir cada bem, interesse ou valor constitucionalmente protegido⁷⁰.

⁶⁹ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almeida, 2017. p. 763.

⁷⁰ Exemplifica Canas: “Isso equivale, por exemplo, a quantificar com plausibilidade a relação entre o interesse da preparação de uma tese de doutoramento e o valor da atenção aos filhos (20 unidades de x para o primeiro, 25 para o segundo ou 10 para o primeiro, metade para o segundo ou qualquer outra relação); ou a relação entre o interesse público da segurança nacional e a liberdade de informação (10 unidades de x para o primeiro, 5 para a segunda, que vale, portanto, metade da segurança nacional, ou vice-versa.” CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Almeida**, 2017. p. 764.

Portanto, sendo a ponderação o contrapeso de direitos tutelados pela constituição, esses direitos que se contrapesa não é medível objetivamente e quantitativamente, estando muito dependente daquilo que o ser humano pensa sobre o que irá medir, contrapesar, a subjetividade. O filósofo Habermas se inclui como um dos críticos, releva ele que não há racionalidade em um processo de ponderação, pois para estabelecer a predominância o juízo estabelece critérios próprios, não havendo uma norma com preceitos estabelecidos, ficando ato discricionário do julgador⁷¹.

Considera-se que o subjetivismo pode levar a forma mais grave de violação do princípio, segundo Jorge Miranda, o arbítrio na aplicação pelos operadores do princípio se perfaz na inadequação do meio para alcançar o fim⁷². Na maioria das decisões judiciais que aplicam o princípio da proibição do excesso, o juiz constitucional utilizou-se do fator ponderativo para introduzir os seus valores ou subjetivismo na decisão de conflitos de bens, interesses ou valores protegidos constitucionalmente. E esse fato gera um conflito constitucional maior de interferência dos poderes, pois o juiz constitucional faz valer ser os seus juízos valorativos em detrimento dos valores utilizados pelo legislador.

⁷¹ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Almedina**, 2017. p. 764.

⁷² MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Almedina, 2017. p. 335.

Logo, verifica-se que consentir e autorizar que o juízo do legislador eleito democraticamente pelo povo seja superado pelo juízo do juiz constitucional por meio do subjetivismo do método da ponderação, torna-se uma ameaça ao princípio democrático, porquanto a função do legislador é decidir qual o equilíbrio, bens, interesse ou valores que devem ser introduzidos no ordenamento jurídico de uma determinada sociedade. Não sendo atributo do juiz constitucional impor seus valores sobre os bens, interesses ou valores em contraposição a perspectiva do legislador. Assim, se o legislador entendeu que determinada norma deveria resolver a colisão de certo bem, interesse ou valor de uma determinada maneira, não admiti-se o juiz constitucional aludir que a norma escolhida pelo legislador não deve ser aplicada, escolher e aplicar outra diferente da escolhida pelo legislador.

O jurista alemão Bernhard Schlink⁷³ visando afastar os juízos que suscitam do princípio provocadas pelo fator ponderativo, indica e demanda elaborar uma construção do princípio da proibição do excesso sem ponderação. Outros juristas buscam estabelecer uma medida correta, um tributo comum aplicável a todos os casos. Conforme o jurista Virgílio Afonso da Silva, para que essas grandezas sejam mensurável deve ter uma medida comum, que se aplique a elas.

⁷³ SCHLINK, Bernhard. **The Dynamics of Constitutional Adjudication**, Cardozo Law Review, v. 17, p. 1231-, 1995-1996.

Contudo, apesar do grande esforço dos estudiosos em mensurar a ponderação ainda não conseguiu-se chegar a delimitação de critério comparativo plausível capaz de ser utilizado em as todas colisões de bens, interesses ou valores protegidos constitucionalmente. Estabelecendo apenas que o critério selecionado deverá sempre ser extraído do texto Constitucional.

A Teoria de Robert Alexy objetivando esquivar-se das críticas, também busca conferir a ponderação objetividade, através de uma fórmula matemática do peso, através da atribuição de uma escala cardinal aos direitos colidentes, restou em uma proposta insustentável. Pois o direito não é uma ciência exata capaz de internalizar uma operação matemática para resolver todos os seus conflitos. De forma tal que até mesmo a valoração atribuída a cada direito na escala seria produto do subjetivismo do criador. O subjetivismo é inerente a ciência direito e a sua utilização não necessariamente pode levar a decisões irracionais e arbitrárias, se observado seus pressupostos.

Esclarece Canas que alegar a irracionalidade na ponderação não é viável, pois se a solução é criar leis racionais, objetivas, as quais estabeleçam medidas quantificadas para a ponderação, ainda assim não se chegaria a mensurabilidade. Tendo em vista que a possibilidade de arbitramento do julgador ao aplicar a ponderação, é a mesma do legislador no momento da criação da norma⁷⁴.

⁷⁴ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos. **Alme-dina**, 2017. p. 764.

Ressalta-se que a incomensurabilidade vai recair sobre preceitos subjetivos, no entanto não irá ser empecilho para aplicação do quadro analítico, pois a generalidade dos argumentos pode ser transportado para outras situações⁷⁵. Desse modo, apesar da presença de alguma subjetividade na aplicação do princípio, este também teria o mérito de ser uma técnica habilitada para incorporar também um alto grau da racionalidade na decisão sobre a colisão normativa, porque pode ser formalizada em etapas que exigem do aplicador argumentar o máximo de fatores empíricos e normativos estabelecidos e desse modo conduzir a uma escolha racional, lógica e consistente.

A ponderação também recepciona críticas sobre o incentivo ao ativismo judicial, o enfraquecimento da constituição e a insegurança causada por esses fatores.

O ativismo judicial considera que a ponderação conduz o julgador a uma posição legislativa, encontra-se divergências e aceitações distintas sobre o tema. Parcela da doutrina que contrapõe a crítica aduz que a existência de ativismo judicial não é capaz de provocar males ao direito, o problema consiste no abuso do arbítrio. Canas apresenta como melhor entendimento que o ativismo judicial seja realizado de forma equilibrada, porquanto não se é capaz de excluir o ativismo

⁷⁵ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos. **Almeida**, 2017. p. 767.

judicial da atividade intrínseca de julgador, por mais que se aplique a norma ao fato, quando foge de uma interpretação literal, alcança de maneira inevitável a atividade legislativa⁷⁶.

O argumento de enfraquecimento da força normativa da constituição é extraído do fato de o julgador ao estabelecer a preponderância de uma norma sob outra, levaria a perda de efetividade da Constituição. Pois um direito constitucionalmente protegido será mitigado em detrimento de outro, perdendo assim, o seu papel normativo. Notadamente, Canas suplanta a presente crítica, ao definir a ponderação como uma criação da própria Constituição que visa assegurar o seu cumprimento, a sua efetividade. Logo, a ponderação não trata-se de uma norma e sim de um mecanismo capaz de auxiliar a efetividade constitucional. Compreende-se que de modo inverso, se a constituição não utiliza-se da ponderação

⁷⁶ Cfr. Canas: “Ora, o juiz constitucional não pode ser simultaneamente mestre e profeta. A ponderação/proporcionalidade e.s.e. são vistas como veículos de transferência do poder de definição do âmbito e do conteúdo dos direitos para os juízes, extraindo-os da esfera do poder legislativo democrático. A ponderação como método ou técnica de aplicação de normas constitucionais replica a tarefa que uma sociedade democrática exige ao legislador. Muitas decisões judiciais que assentam em operações de ponderação ostentam uma pronunciada natureza quase legislativa.(...)Ora, na maioria dos casos, saindo-se do literalismo é quase inevitável a criatividade (e atrás da criatividade vem o ativismo) do juiz constitucional”. CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Almedina**, 2017. pp. 787, 788.

para resolver as colisões normativas eventualmente existente, é que surgiria uma real perda da força normativa⁷⁷.

Críticos apontam que a ponderação pode ensejar também insegurança e imprevisibilidade a resolução do caso concreto, mesmo quando fiscalizada pelas normas constitucionais, por considerar que a fiscalização só apresentará efeito naquele caso específico.

Em sentido contrário, alega-se, porém, que embora a ponderação não seja imune a situações de incerteza, esta pode ser reduzida através da introdução de mecanismos de formalização que facilitam a seleção e apreciação dos argumentos pertinentes e previnem a arbitrariedade (particularmente a judicial).⁷⁸

Por essas razões, o que a princípio é visto como crítica, ausência de um critério material considerado universal para os juízos valorativos, poderá se tornar uma qualidade do princípio da proibição do excesso, tendo em vista que é um mecanismo axiologicamente neutral, apto a absolver as inúmeras teorias substantivas da justiça, dos direitos, o que seria um aspecto relevante numa sociedade complexa no qual não se permite imposição de valores. A admissão de algum subjetivismo não é capaz de reduzir o princípio a irracionalidade.

⁷⁷ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. **Almeida**, 2017. p. 789.

⁷⁸ Ibidem.

4.2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO NO BRASIL

Em meados da década de 70, o regime repressivo da ditadura no Brasil já não contava mais com tanta força, pois o Presidente Ernesto Geisel já tinha anunciado a gradual e lenta transição democrática. Coincidia com seu governo a ruína dos alicerces econômicos da política ditatorial e começavam a se reestruturar os movimentos políticos civis, especialmente o estudantil, o eclesial e, com destaque, o trabalhista⁷⁹. A união em torno da campanha de aprovação da emenda Dante de Oliveira santificou a participação da sociedade civil no cenário político, em 1984. Seguiu-se à eleição de Tancredo Neves, por colégio eleitoral, e a morte do primeiro presidente civil eleito no Brasil após longo período ditatorial.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CF/88 é promulgada pelos fluxos sociais e a sede de consolidação dos instrumentos democráticos. A formação de um sistema de proteção social no Brasil teve rumores a partir da necessidade de intervenção do Estado para suprir deficiências da liberdade absoluta, sob forma de proteção do povo pelo Estado, contra eventos aptos a causar a sua miséria e inquietude social, dever este, estabelecido somente ao Estado Social de Direito. A CF/88 traz consigo também um

⁷⁹ (MURADAS, 2012, p. 19).

viés garantidor, programático e principiológico, no qual já era tendência mundial se concretizando com princípios como da dignidade da pessoa humana, princípio este basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio, direito a vida, saúde, liberdade, e outros princípios mais instrumentais como acesso a justiça, direito a ser reparado de lesão, direito a ter a devida resposta judicial quando o Judiciário o for provocado, etc.

Assim, a liberdade do indivíduo trata inicialmente da sua aptidão para tomar uma decisão através de um processo de pesquisa e confrontação entre possíveis soluções, uma vez que as decisões políticas são impostas a todos e por essa razão devem possuir a condição necessária para a legitimação e deliberação de todos, ou mais especificamente do direito de todos de deliberar. Por essa razão, é fundamental estabelecer uma entidade coletiva que não transgrida a liberdade dos indivíduos.

Dentro do bojo de princípios que garantem, e ao mesmo tempo balizam o ordenamento jurídico pátrio, tem-se o princípio da proibição do excesso como norte da ação do legislador e julgador, sendo empregado na produção de soluções harmonizadoras de direitos fundamentais e interesses públicos. A noção de proporcionalidade relaciona-se do mesmo modo, a um dever de proteção por parte do Estado, que compreende ainda as agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de forma que se está diante de dimensões que clamam maior densificação.

O Brasil ainda está em meio a seu processo redemocrático e há muito que progredir, e tais atitudes podem ser criticadas sob o escopo de que o será arriscado a democracia brasileira uma judicialização excessiva da vida social, podendo estar à beira do perigo de uma jurisprudência mitologicamente muita aberta, sobretudo, dentro de contexto social de uma civilização marcada “jeitinho” próprio, e com possível excesso da constitucionalização do direito incidindo na autonomia pública do cidadão e na sua vida privada⁸⁰.

Com o neoconstitucionalismo, nota-se um desligamento ao silogismo e a subsunção, extremamente ligados ao positivismo jurídico tradicional, ficando já que impróprio à utilização de métodos tais para a evolução jurídica que surgia. Passa-se então a uma era argumentativa, de dedicando-se agora “à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os ‘casos difíceis’ do Direito”⁸¹.

A nova fase da doutrina brasileira enfatiza o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, estudando as peculiaridades da sua aplicação. Neste ponto

⁸⁰ SARMENTO, D. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Editora Juspodivm. Salvador, 2011. p. 74.

⁸¹ SARMENTO, D. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Editora Juspodivm. Salvador, 2011. p. 80.

há grande procura por estudos e teorias que tratam acerca de princípios, ponderação de interesses, teoria da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade, etc. Há um apelo maior na doutrina sobre os direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Antes eram vistos como normas programáticas e não muito mais que isso, mas hoje se discute a sua eficácia jurídica a partir de novas bases, incorporando no debate a argumentação moral. Nesta nova fase, a doutrina que antes se prendia a enunciados normativos se substitui por se marcar por uma preocupação com valores e democracia, tais como “mínimo existencial”, “reserva do possível” e a “proibição do retrocesso”⁸².

A jurisdição constitucional designa interpretar e decidir segundo a norma constitucional. No Brasil, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, tendo o Supremo Tribunal Federal o topo do sistema. A jurisdição constitucional compreenderá a aplicação direta da constituição nos casos concretos e a aplicação indireta da mesma, quando o intérprete se utiliza como parâmetro de validade a uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido possível (interpretação conforme a constituição). A jurisdição constitucional compreenderá o poder exercido por juízes e tribunais aplicando diretamente a constituição, no desempenho

⁸² SARMENTO, D. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Editora Juspodivm. Salvador, 2011. p. 89.

do controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público e na interpretação das leis infraconstitucionais segundo a Lei Maior.

É primordial que o juiz atual, saiba do ideal maior que é a concretização dos valores postos na Constituição, pois é perigoso que essa ampliação de poderes ao juiz após o advento constitucional de 1988, possa conduzir a situações de desrespeito ao cumprimento das balizes democráticas, já que há certa desconfiança tentando inibir o abuso do controle jurisdicional sob a ótica de que o Judiciário possa ser o menos democrático dos Poderes, visto a forma de ingresso de seus membros. Mas é de se ter a clareza de que a jurisdição constitucional é uma realidade e que, compatibilizada com o princípio democrático, não podem os juízes se omitir dessa responsabilidade⁸³.

O cenário nacional depara-se com a situação de que a sociedade é sedenta por ideais de justiça, e o Poder Legislativo nas últimas duas décadas criou 4,2 milhões de leis⁸⁴, na qual denota o excesso, com leis de linguagem rebuscada demais, deixando dúvida quanto à interpretação. Leis que se

⁸³ SAMPAIO JÚNIOR, J. H. **Ativismo Judicial: Autoritarismo ou Cumprimento dos Deveres Constitucionais? As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Editora Juspodivm. Salvador, 2011. p. 411.

⁸⁴ CARELLI, G. Salvador, Alexandre. **Revista Veja. É de Enlouquecer**. Editora Abril, Edição 2236. Ano 44. Nº 39. 28 de setembro de 2011. p. 91

confundem com artigos da Constituição, e com um grande volume de resoluções e portarias. O resultado de tantas leis torna-se um exagero que, em vez de promover o funcionamento das instituições, tem efeito contrário, de provocar o caos de uma sociedade sem lei. No Poder Executivo, falta a fiscalização para que essa quantidade de leis seja cumprida, falta o verdadeiro interesse público, culminando muitas vezes na valorização do Judiciário que é visto como o “salvador de direitos” no Brasil.

Contudo, a recepção do princípio da proibição do excesso no Brasil, especialmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda se encontra em fase embrionária, no qual compreende-se que o conteúdo clama por aprofundamento para sua melhor utilização pelos operadores do direito.

Depreende-se que as decisões fundamentadas no princípio da proporcionalidade, assim denominado, ainda são aplicadas de forma incipiente, não apresentando o aprofundamento inerente ao instrumento de harmonização de normas. Dessa forma, os julgados vem apresentando uma fundamentação bastante vaga, passando por uma ideia conceitual ampla, no qual na maioria das vezes é confundido sua conceituação e conteúdo com o princípio da racionalidade e o princípio da liberdade⁸⁵.

⁸⁵ Cfr. Ações Direta de Inconstitucionalidade: MC 855, MC 2290, MC 2317, MC 2435, MC 2623, ADC MC 9, RE 418237, Tribunal Superior de Justiça da República Federativa do Brasil.

Data máxima vênia, verifica-se falha ao dever de fundamentação das decisões dos julgadores, no qual é necessário para aplicação do princípio da proibição do excesso suplantar seus elementos mínimos e todo seu pragmatismo⁸⁶, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, capaz de balizar uma melhor decisão de confronto de direitos constitucionalmente consagrados, no qual um sempre será mitigado em detrimento de outro. Pois o se verifica no judiciário brasileiro é a utilização superficial do princípio para fundamentar decisões no qual se aponta a inconstitucionalidade de uma norma, sem contudo, apresentar a norma constitucional violada, por exemplo.

Denota-se outro grande entrave enfrentado no Brasil e a correta aplicação do princípio da proibição do excesso encontra-se no abuso do ativismo judicial, no qual decisões interferem no orçamento e planejamento de gasto com po-

⁸⁶ Texto extraído do voto do Min. Gilmar Mendes, no qual utiliza-se do princípio da proporcionalidade: “A mim afigura-se bastante e suficiente a consideração de que o Estado, como demonstrou o Ministro Marco Aurélio, dispõe de meios outros para efetuar a cobrança e de que a fórmula adotada pelo Estado, a meu ver, não passa no teste da proporcionalidade. Já no sentido da adequação, até poderia haver uma adequação entre meios e fins, mas certamente não passaria no teste da necessidade, porque há outros meios menos invasivos, menos drásticos e adequados para solver a questão. Por outro lado, é claro que a manutenção deste modelo pode inviabilizar, conforme Vossa Excelência também destacou, o próprio exercício de uma lícita atividade profissional da recorrente”. RE 413782, STF. Min. Gilmar Mendes, 17.03.05. p. 19.

líticas públicas do executivo de forma impositiva, sem considerar a plenitude do sistema e toda população beneficiada.

Uma recente pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça no Estado de Minas Gerais - Brasil, aponta que 2.412 (dois mil quatrocentos e doze) ações judiciais teve como objeto um medicamento específico para doença de reumatismo de alto custo, diferente do medicamento incluído pelo sistema de saúde apto a concessão a população. Verificou-se também grande 62,1% das ações foram interpostas por advogados particulares, sendo 40% do mesmo escritório de advocacia, e ainda 84,9% das ações fundamentavam seus pedidos em prescrição médica do setor privado, o pode levar ao favorecimento do lobby de venda com a indústria farmacêutica, e descaracteriza a interferência do judiciário em políticas públicas. Pois não se indagou ao sistema de saúde do poder executivo o porque da não inclusão do medicamento na lista elencada como aptos a concessão, e/ou se tratamento com o medicamento requerido é mais eficaz do que o selecionado pelo poder público⁸⁷.

O que denota uma falta de integração dos poderes, em que se favorece determinada pessoa, quase na totalidade dos casos acompanhada por médico e advogado particular, em detrimento de uma população carentiada assisti-

⁸⁷ QUINTAS, Fábio Lima. **Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais.** Revista de Informação Legislativa, v. 53, n.º 209, jan/mar, 2016. p. 37.

da por medicamentos doados pelo governo, que ficarão desamparadas, haja vista decisões judiciais desproporcionais que comprometem o orçamento público. Posição contrária a adotada pelo tribunal constitucional de Portugal, muito embora as Constituições dos dois países se assemelhem, os tribunais constitucionais tem adotado posturas diversas nas ações de inconstitucionalidade por omissão cujo objeto é direito social.

Em Portugal, a Corte tem considerado os direitos sociais como: “pretensões legalmente reguladas”, atribuindo a legislação a tarefa de precípua de “precisar o âmbito e conteúdo dos direitos implicados, a delimitação dos respectivos destinatários e os limites do direito constitucionalmente protegido legislador.”⁸⁸

⁸⁸ QUINTAS, Fábio Lima. **Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais.** Revista de Informação Legislativa, v. 53, n.º 209, jan/mar, 2016. p. 48.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações sociais, ao longo da história e na contemporaneidade, imprimem ao direito o desafio de moderar os conflitos de natureza múltipla que emergem cotidianamente desse contexto. A promoção da justiça nem sempre é uma ação constituída de facilidades e, em uma parcela expressiva dos casos a complexidade é a principal característica que é impressa ao seu enredo.

O princípio da proibição do excesso se expressa nas sociedades modernas como uma das principais fontes que os operadores do direito utilizam para harmonizar e dispor igual tratamento a todos, sobretudo, quando na ocorrência de colisões de direitos. Coadunado-se, portanto, com o próprio conceito de justiça. Entretanto, é concreto também que as intercorrências oriundas do sistema, das mais simples as mais sofisticadas apresentam atributos subjetivos e que necessitam ser avaliados e reavaliados, sob a pena de não se construir uma justiça. Na história da humanidade, é possível observar inúmeros exemplos de situações consideradas desproporcionais,

em contextos absolutos, totalitários, por exemplo, essa ação era muito comum, ressaltada por visões unilaterais.

Bastante difundido também com a nomenclatura de princípio da proporcionalidade, esse trouxe características que permitem as entidades do legislativo, judiciário ou executivo harmonizar e ponderar os preceitos constitucionais, e desenvolver outros princípios ou argumentos quando diante de conflitos.

Devido a sua ligação conceitual com equilíbrio e justa medida, pode-se verificar sua aparição em períodos tão longínquo, antes de Cristo, consolidando sua aplicabilidade no Direito Administrativo da Prússia. Também é capaz verificar seu grande desenvolvimento em matérias de Direito Penal. Atualmente no Brasil, considera-se de maior relevância e aplicabilidade a utilização do princípio da proibição do excesso para resolução de colisão de direitos no processo penal. No Direito Constitucional, sua aparição mais concreta no continente Europeu somente se deu a partir do final da segunda guerra mundial, quando o Tribunal Constitucional Alemão utilizou-se do princípio como um dos instrumentos para resolução de direitos fundamentais fundado na constituição. A partir de então, difundiu-se globalmente a sua importância, inserindo-o nos textos constitucionais de diversos Estados e balizando as atividades dos legisladores e julgadores na aplicabilidade das normas.

As configurações do princípio da proibição do excesso variaram de acordo com a época, na visão mais atual do seu conceito, considera-se a apresentada pelo jurista Vitalino Canas, em sua obra *O princípio da proibição do excesso*: em especial, na conformação e no controle de atos legislativos, no qual descreve que o princípio como responsável pela harmonização de bens, interesses e valores protegidos constitucionalmente, subjetivados, ou seja, aqueles titulados por indivíduos ou organizações.

Portugal⁸⁹ e Brasil são aderentes da aplicação do princípio como norma de controle, apesar da não positivação do princípio na Constituição Federal brasileira. Assim como a Alemanha, embora berço do desenvolvimento do princípio da proibição do excesso não o consagra taxativamente em sua Constituição. Considera-se baixa aplicabilidade do princípio como norma de ação tendente a balizar as atividades dos legisladores em ambos os países.

Na contemporaneidade, considera-se melhor delimitada a proibição do excesso composta por três elementos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, no qual a adequação e a necessidade verificam os meios e a intensidade dos efeitos de interferência e satisfação. E a proporcionalidade em sentido estrito valora a importância dos efeitos das normas por meio da técnica da ponderação,

⁸⁹ Cfr. artigo 18.º, Constituição da República Portuguesa.

assim, considerado pela maioria dos juristas como a componente ponderava da proibição do excesso.

Considera-se um contributo imenso relevante aos estudos do princípio a tese apresentada pelo jurista Vitalino Canas em que apresenta a componente ponderativa da proibição do excesso presente também no elemento da necessidade. Logo, a necessidade poderá utilizar-se da ponderação como método secundário para realizar operação de comparação entre soluções alternativas, sopesando os bens, interesses e valores para uma solução com menor interferência no direito constitucionalmente tutelado, introduzindo nesse contexto um grau de subjetividade a componente.

Embora não seja recepcionada pela maioria dos juristas, inegável é sua plausibilidades jurídica, todavia a subjetividade inserida no elemento não é bem vista por descaracterizar a racionalidade e objetividade do elemento, além de trazer consigo toda a problemática inerente a atividade ponderativa.

A proporcionalidade em sentido estrito ou terceiro elemento do princípio da proibição do excesso permitirá ao julgador verificar o grau de importância, satisfação ou interferência em bens, interesses ou valores, colocando os efeitos positivos e negativos em uma balança, um de cada lado, até mesmo os efeitos colaterais não previsto pelos legislador, e por intermédio de um critério constitucional comum, que

poderá ser a liberdade, chegar a melhor resolução de conflitos de direitos constitucionalmente consagrados.

O método da ponderação ou *balancing* utilizado para valorar os efeitos de satisfação ou interferência em bens, interesses ou valores, fruto da criatividade jurídica dos EUA e da Alemanha, recepciona as maiores críticas dirigidas ao princípio da proibição do excesso, pois integra subjetividade a atividade do juiz constitucional, dado a incomensurabilidade das normas constitucionais.

Pode-se considerar como os fatores de maiores questionamentos, inclusive da validade jurídica do elemento da proporcionalidade em sentido estrito, o ativismo judicial, o enfraquecimento da força normativa da Constituição e a insegurança jurídica, consequência do subjetivismo que sua principal técnica. Logo, o ativismo judicial realizado de forma equilibrada é parte intrínseca da atividade do julgador, por mais que se aplique a norma ao fato, quando foge de uma interpretação literal, alcança de maneira inevitável a atividade legislativa⁹⁰, o que se busca coibir são os abusos no uso dessa ferramenta.

⁹⁰ Cfr. Canas: “Ora, o juiz constitucional não pode ser simultaneamente mestre e profeta. A ponderação/proporcionalidade e.s.e. são vistas como veículos de transferência do poder de definição do âmbito e do conteúdo dos direitos para os juízes, extraindo-os da esfera do poder legislativo democrático. A ponderação como método ou técnica de aplicação de normas constitucionais replica a tarefa que uma sociedade democrática exige ao legislador. Muitas decisões judiciais que assentam em operações de ponderação ostentam uma pro-

A ponderação é uma criação da própria Constituição que visa assegurar o seu cumprimento, a sua efetividade, de tal modo que a posição que sustenta o enfraquecimento da força normativa da constituição é extraída do fato de o julgador ao estabelecer a preponderância de uma norma sob outra, levaria a perda de efetividade da Constituição. De tal modo que considera-se juridicamente insustentável essa perspectiva, pois a ponderação não trata-se de uma norma e sim de um mecanismo capaz de auxiliar a efetividade constitucional. E por fim, tem-se que a ponderação enseja insegurança jurídica e imprevisibilidade a resolução do caso concreto, mesmo quando fiscalizada pelas normas constitucionais, por considerar que a fiscalização só apresentará efeito naquele caso específico. Todavia, considera-se que a introdução de mecanismos de formalização que facilitam a seleção e apreciação dos argumentos pertinentes e coíbem os abusos, são capaz de suplantar a incerteza gerada pelo método da ponderação.

De tal sorte, sustenta-se que aquilo considerado como crítica, ausência de um critério material considerado universal para os juízos valorativos, é capaz de tornar-se uma

nunciada natureza quase legislativa.(...)Ora, na maioria dos casos, saindo-se do literalismo é quase inevitável a criatividade (e atrás da criatividade vem o ativismo) do juiz constitucional”. CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos. Almedina, 2017. pp. 787, 788.

qualidade do princípio da proibição do excesso. Pois, a ponderação subjacente do elemento da proporcionalidade em sentido estrito é um método axiologicamente neutral, apto a absolver as inúmeras teorias substantivas da justiça, dos direitos, o que seria um aspecto relevante numa sociedade complexa no qual não se permite imposição de valores. A admissão de algum subjetivismo não é capaz de reduzir o princípio a irracionalidade.

Considera-se por fim, que a precisa aplicação do princípio da proibição do excesso como norma de controle e todas as operações sistêmicas inerentes aos seus três elementos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ainda incipiente, e mais ainda como norma de ação. Sobretudo, no Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, V. P. de. Ativismo judicial. **Jus**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19512/ativismo-judicial/2>. Acesso em: 22 jan. 2021.

AURÉLIO, Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Política: Uma Relação Difícil**. Luanova. n. 61. 2004.

BARROSO, L. R. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Editora Juspodivm. Salvador, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 2009. Disponível em: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL, **Ação penal 470**. Ministro Relator Joaquim Barbosa. Ministro Revisor Ricardo Levandowsky. A ação movida pelo

Ministério Público retrata um esquema de compra de votos de parlamentares. Entre 22 e 27 de agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento de mais de quarenta nomes denunciados em 11 de abril de 2006 em crimes como formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta e evasão de divisas. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/ap470>. Acesso em: 18 jan. 2021.

BUSTAMANTE, T. **Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: Uma Nota sobre a Superabilidade das Regras Jurídicas. As Novas Faces Do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

CABRAL, O.; DINIZ, L. **Revista Veja. A Vingança contra os Corruptos**. Editora Abril. Edição 2240. ano 44. n° 43. 26 de outubro de 2011.

CANAS, V. J. F. P. **O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos**. Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, especialidade de Ciências Jurídico-Políticas. Universidade de Lisboa. 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: São Paulo. 7ª ed. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARELLI, G. Salvador, Alexandre. **Revista Veja. É de Enlouquecer**. Editora Abril, Edição 2236. ano 44. n° 39. 28 de setembro de 2011.

COELHO, I. M. **Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito? As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Editora JusPodivm, Salvador. 2011.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIA, J. Eo. **As Transformações do Judiciário em Face de suas Responsabilidades Sociais. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. Malheiros Editores. São Paulo, 1994.

LIMA, Iara Menezes.; LANÇA, João André Alves. A Força Normativa da Constituição e os Limites à Mutação Constitucional em Konrad Hesse. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 275 - 303, jan./jun. 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 218.

NOVAES, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra editora, 2014.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. **Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Tributária Norte-Americana e Brasileira** (s.d.). Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/norte.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PEREZ, C. A. N. **Relação entre o Ativismo Judicial e a Atuação Deficiente do Poder Legislativo**. *Revista de Di-*

reito Constitucional e Internacional. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012.

SAMPAIO JÚNIOR, J. H. **Ativismo Judicial: Autoritarismo ou Cumprimento dos Deveres Constitucionais? As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Editora Juspodivm. Salvador, 2011. Pág. 411.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e democracia: tensões e compromissos. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 179-187, jan./mar. 2006. p. 76.

SARMENTO, D. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Editora Juspodivm. Salvador, 2011.

SARLET, I. W. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 dez. 2018

SCHLINK, Bernhard. **The Dynamics of Constitutional Adjudication**, Cardozo Law Review, v. 17, p. 1231-, 1995-1996.

SOUZA, J. G. de. **A jurisprudência como Fonte do Direito. A Criação Judicial do Direito.** Sete Mares Editora. Porto Alegre, 1991, Pág. 30.

VIGLIAR, J. M. M. **Existe uma Função Criadora que se Possa Atribuir à Jurisprudência? Uniformização de Jurisprudência. Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar.** Editora Atlas. São Paulo, 2003, Pág. 169.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Adequação	13, 14, 15, 19, 21, 22, 29, 30, 31, 33, 38, 42, 51, 65, 71, 75
Administração pública	12, 15
Aplicação da ponderação. Problemas enfrentados	50

C

Colisões de direitos.....	13, 69
Colisões normativas	8, 58
Componente ponderativa	9, 72
Conformação do fim.....	20
Considerações finais.....	69

D

Direitos fundamentais	13, 15, 16, 29, 34, 37, 38, 43, 52, 60, 62, 70
-----------------------------	--

E

Estado de Direito	13, 15, 36,
Estado democrático de direito	17

H

Harmonização de bens	17, 71,
----------------------------	---------

I

Interesse público.....	12, 15, 36, 43, 46, 64
Introdução.....	7

N

Necessidade.....	12, 13, 14, 19, 20, 23, 24, 25, 24, 26, 29, 30, 31, 33, 38, 42, 47, 48, 49, 50, 51, 59, 65, 71, 72, 75
Necessidade e a ponderação	47
Norma de ação.....	17, 18, 19, 20, 71, 75
Norma de controle	14, 17, 18, 20, 34, 50, 51, 71, 75
Notas introdutórias. Princípio da proibição do excesso	11

P

Poder Público	9, 15, 31, 63, 66
Ponderação. Proporcionalidade em sentido estrito.....	33
Ponderação.....	9, 16, 17, 19, 26, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 62, 71, 72, 73, 74, 75,
Princípio da aptidão.....	20, 22,
Princípio da aptidão ou da idoneidade	20
Princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo	20
Princípio da necessidade	20, 25
Princípio da ponderação	19
Princípio da proibição do excesso. Notas introdutórias	11
Princípio da proibição do excesso	7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 27, 33, 34, 35, 38, 47, 50, 51, 52, 53, 54, 58, 59, 60, 64, 65, 69, 70, 71, 72, 73, 75
Princípio da proibição do excesso no Brasil.....	59
Princípio da proporcionalidade.....	7, 11, 16, 18, 20, 30, 31, 36, 37, 64, 70
Problemas enfrentados. Aplicação da ponderação	50

Promoção da justiça	7, 69
Proporcionalidade em sentido estrito - P.E.S.E.....	29
Proporcionalidade em sentido estrito. Ponderação.....	33
Proporcionalidade em sentido estrito.....	19, 27, 29, 30, 32, 33, 34, 37, 38, 42, 50, 65, 71, 72, 73, 75,
Proporção.....	7, 29, 30, 33, 37
R	
Referências.....	77

Este livro foi composto nas tipologias, Baskerville MT Std e Minion Pro, impresso em cartão 250 g e papel pólen 90 g certificados, provenientes de florestas que foram plantadas para este fim, e produzido com respeito às pessoas e ao meio ambiente.

Publique seu livro. Viabilizamos seu projeto cultural!

Visite nossa home page:

www.ithala.com.br