

GABRIEL CALIL PINHEIRO

**Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de
poderes**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2019

GABRIEL CALIL PINHEIRO

Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2019

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

PINHEIRO, Gabriel Calil

Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes / Gabriel Calil Pinheiro – São Paulo: Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, 2019.

121 p.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientadora: Profa. Anna Candida da Cunha Ferraz

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia.

1. Proporcionalidade. 2. Separação de poderes. 3. Discricionariedade. 4. Judiciário. 5. Legislativo.

Nome: Gabriel Calil Pinheiro

Título: Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Agradecimentos

Fazer pesquisa é uma atividade muitas vezes solitária e que, apesar de exigir uma dedicação intensa, é extremamente desvalorizada em nosso país. Percorrer esta jornada não foi fácil e, se cheguei até aqui, foi somente porque tive o privilégio de contar com uma boa dose de ajuda ao longo do caminho.

A começar pela minha orientadora, Professora Anna Candida da Cunha Ferraz, que com extrema generosidade abriu as portas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para mim. Meu trabalho muito se beneficiou de suas observações precisas e da constante disponibilidade para discutir minhas ideias, nos diversos estágios da pesquisa.

Agradeço aos professores Roberto Dias e Dimitri Dimoulis, que acompanham minha trajetória acadêmica desde o começo e sempre me instigaram com suas provocações. Sua solicitude e abertura para o diálogo são fontes de inspiração.

Devo meus agradecimentos também a Eduardo, Valéria e Thiago, colegas de trabalho de Pannunzio, Trezza, Donnini Advogados. Seu reconhecimento sobre o valor da pesquisa e o incentivo para pesquisar foram imprescindíveis para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço ao Núcleo de Justiça e Constituição da Fundação Getúlio Vargas e a todos os seus integrantes. As reuniões, sempre com debates intensos e, ao mesmo tempo, respeitosos, mudaram minha forma de perceber a academia e me motivam a seguir trilhando este percurso. Não poderia deixar de agradecer meus amigos que – direta ou indiretamente – estiveram comigo nesta jornada: Nicola Tommasini, Nikolay Bispo, Caio Leão, Felipe Ramalho, Rebecca Groterhorst, Gabriel Del Manto, Rafael Machado, Alice Alonso, Fernanda Grillo, Luca Grecco, Fernando Fambrini e Vitor Santos.

Agradeço a meus pais, Ana e Marcos, que nunca mediram esforços para me permitir sonhar. Sem o cuidado e dedicação de vocês, não só este trabalho, como também boa parte de minha vida seriam inimagináveis.

Agradeço, por fim, à Gabriela, pela alegria de poder compartilhar os dias contigo e pela certeza reconfortante de que o caminho, qualquer que seja ele, é ao seu lado.

Resumo

PINHEIRO, Gabriel Calil. **Proporcionalidade**: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Desde o final da segunda guerra mundial, o Poder Judiciário vem aumentando sua participação na vida constitucional dos países. Expressões como “juristocracia” e “governo de juízes” se tornaram relativamente comuns, denotando um incômodo na mudança de paradigma que atingiu a separação de poderes. Se antes da segunda guerra predominava uma soberania do parlamento, o pós-guerra revelou um novo cenário, com o protagonismo do Judiciário. A proporcionalidade se tornou, a partir de então, a ferramenta dominante de proteção de direitos fundamentais pelas cortes constitucionais no mundo, trazendo consigo um outro modo de compreender os direitos fundamentais e suas limitações. Enquanto alguns falam na instauração de uma “cultura da justificação”, que submete todos os atos do governo a uma avaliação detida, outros apontam uma interferência indevida do Judiciário nos demais poderes. Meu objetivo com este trabalho é investigar como a proporcionalidade, ao verificar a justificação da intervenção em um direito fundamental, delimita as competências dos poderes envolvidos. Tomo como objeto de análise o controle judicial de constitucionalidade das interferências legislativas em direitos fundamentais. Ao final, apresento uma avaliação crítica da forma pela qual a proporcionalidade delimita as zonas de atuação do Judiciário e do Legislativo.

Palavras-chave: 1. Proporcionalidade. 2. Separação de poderes. 3. Discricionariedade. 4. Judiciário. 5. Legislativo.

Abstract

PINHEIRO, Gabriel Calil. **Proportionality**: impacts and possibilities on the dynamics of the separation of powers. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, 2019.

Since the end of the second world war, the judicial branch has increased its participation on the constitutional life of the countries. “Juristocracy” and “government of judges” have become common expressions, illustrating a paradigm shift on the notion of separation of powers. If before the second world war prevailed the idea that the parliament was sovereign, the post war scenario put the judicial branch on the spotlight. Since then, proportionality has become the dominant technique of rights adjudication in the world, giving rise to a new way of understanding fundamental rights and its limitations. While some pointed the beginning of a “justification culture”, others complained about an undue and excessive intervention of the judicial branch on the other branches of the government. My aim with this research is to investigate how proportionality, as a technique used on the judicial review of legislative intervention of fundamental rights, demarcates the boundaries of the judicial and legislative branches.

Keywords: 1. Proportionality. 2. Separation of powers. 3. Discretion. 4. Judiciary. 5. Legislative.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO E METODOLOGIA	13
3. PRESSUPOSTOS DE ANÁLISE	15
3.1. O modelo “global” de direitos constitucionais.....	15
3.2. Duas concepções de proporcionalidade	20
3.2.1. Proporcionalidade enquanto maximização.....	24
3.2.2. Proporcionalidade como canal para argumentação moral.....	26
3.2.3. A incompatibilidade das duas concepções	27
4. A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO NA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO MAXIMIZAÇÃO.....	30
4.1. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy	30
4.1.1. Premissas de Alexy.....	31
4.1.1.1. A distinção entre regras e princípios.....	31
4.1.1.2. A teoria dos princípios	33
4.1.1.3. Restrições a direitos fundamentais: suporte fático amplo e teoria externa....	34
4.1.1.4. Constituição como ordem moldura.....	37
4.1.2. A demarcação dos espaços de atuação do Legislativo e do Judiciário segundo Alexy	38
4.1.2.1. Discricionariedade estrutural.....	41
4.1.2.1.1. Discricionariedade estrutural para definir fins	41
4.1.2.1.2. Discricionariedade estrutural para definir meios	41
4.1.2.1.3. Discricionariedade estrutural para sopesar.....	42
4.1.2.2. Discricionariedade epistêmica	44
4.1.2.2.1. Discricionariedade epistêmica empírica	45
4.1.2.2.2. Discricionariedade epistêmica normativa	46
4.1.2.2.3. Segunda lei do sopesamento	47
4.1.2.2.4. Princípios formais	49
4.2. A proporcionalidade de Aharon Barak	57
4.2.1. Premissas de Barak.....	58
4.2.2. Proporcionalidade e separação de poderes	60

4.2.3. Zona de proporcionalidade: o legislador e o juiz nos subtestes da proporcionalidade	65
4.3. Beatty e a essência do estado de direito	69
5. A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO NA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO CANAL PARA A ARGUMENTAÇÃO MORAL	72
5.1. Möller e o modelo global de direitos constitucionais	72
5.1.1. Proporcionalidade, autonomia pessoal e direitos fundamentais	73
5.1.2. Modelo global, controle de constitucionalidade e democracia	77
5.2. Kumm: proporcionalidade e a contestação socrática	83
6. PROPORCIONALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES: REFLEXOS E POSSIBILIDADES	88
6.1. Proporcionalidade enquanto maximização	88
6.1.1. Incomensurabilidade	88
6.1.2. A quantificação de direitos fundamentais	93
6.1.3. As incongruências analíticas de Alexy	94
6.1.3.1. Discricionariedade e incomensurabilidade	94
6.1.3.2. A relação entre a discricionariedade epistêmica e a discricionariedade estrutural	98
6.2. Proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral	106
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
BIBLIOGRAFIA	115

1. INTRODUÇÃO

Desde o final da segunda guerra mundial, o Poder Judiciário vem aumentando sua participação na vida constitucional dos países. Expressões como “juristocracia”¹ e “governo de juízes”² se tornaram relativamente comuns, denotando um incômodo na mudança de paradigma que atingiu a separação de poderes. Se antes da segunda guerra predominava uma soberania do parlamento³, o pós-guerra revelou um novo cenário, com o protagonismo do Judiciário. Decisões tomadas pelos representantes democraticamente eleitos vão perdendo a sacralidade e passam, cada vez mais, a ser questionadas por juízes não eleitos.

Os constitucionalistas muito se debruçaram e, ainda hoje, se debruçam intensamente sobre o controle de constitucionalidade e a discussão sobre seus limites, buscando estabelecer parâmetros para o exercício desse poder⁴. Paralelamente, o controle de constitucionalidade se torna presença quase obrigatória nas constituições dos mais diversos países ao redor do mundo. Se em 1900 cerca de 25% dos sistemas constitucionais adotavam esse mecanismo, em 2011 o número salta para surpreendentes 83%⁵.

Expandem-se também as previsões de direitos fundamentais nas constituições⁶ e, conseqüentemente, o terreno de atuação do Judiciário⁷. Tendo agora um maior número de direitos dentro de seu escopo, o controle de constitucionalidade passa a ser acionado para protegê-los com maior frequência.

Neste cenário, a proporcionalidade se tornou a ferramenta dominante de proteção de direitos fundamentais pelas cortes constitucionais no mundo⁸, trazendo consigo

¹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

² SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

³ Ibidem.

⁴ Para uma avaliação deste debate, conferir MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2007 e MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries Adopt Constitutional Review?. **Journal of Law, Economics and Organization**, v. 30, 587, 2014.

⁶ Dados do Comparative Constitutions Project evidenciam uma expansão da previsão dos mais variados direitos em diversas constituições. Disponível em: https://www.comparativeconstitutionsproject.org/files/motion_chart.html?iframe=true&width=810&height=570&6c8912. Acesso em 12 jul. 2019.

⁷ Tão importante quanto a extensão do catálogo de direitos é a amplitude pela qual o escopo dos direitos fundamentais é definido.

⁸ Mencionando o protagonismo da proporcionalidade, ver, dentre outros, JACKSON, Vicki. Being Proportional about Proportionality. **Constitutional Commentary**, v. 21, p. 803-859, 2004; URBINA, Francisco. A Critique

um outro modo de compreender os direitos fundamentais e suas limitações. Partindo de um modelo de dois níveis, primeiro se verifica se houve, de fato, uma interferência no direito fundamental, para depois aferir se essa interferência é justificável do ponto de vista constitucional.

Este modo de compreender os direitos fundamentais impacta também a forma como o controle de constitucionalidade passa a ser exercido neste âmbito. O modelo de dois níveis mencionado acima enfatiza o segundo nível, ou seja, a justificação da intervenção, tendendo a aceitar as mais variadas situações como intervenções em direitos fundamentais, ainda que sejam aparentemente distantes⁹. Enquanto alguns falam na instauração de uma “cultura da justificação”¹⁰, que submete todos os atos do governo a uma avaliação detida, outros apontam uma interferência indevida do Judiciário nos demais poderes¹¹. A questão é bem colocada por Kumm¹²:

O princípio da proporcionalidade se tornou um elemento estrutural central da proteção de direitos nas democracias liberais mundo afora. Uma das principais questões que essa prática suscita é institucional: considerando a

of Proportionality. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 57, p. 49-80, 2012, SWEET, Alec Stone, MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 72-164, 2008, KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 e ALENIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, v. 96, p. 943-1005, 1987. No Brasil, em particular, diversos trabalhos também discutem o assunto. Ver, por exemplo, DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo. Editora Malheiros, 2017, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, GORZONI, Paula. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, LIMA, Rafael Scabonve Bellem de. **Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica: o conflito entre princípio e regra**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, GROTERHORST, Rebecca. **Direitos Sociais e Proporcionalidade: Análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000 e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁹ São características do modelo global de direitos constitucionais, do qual tratarei mais adiante.

¹⁰ KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010 e COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

¹¹ Conferir, dentre outros, DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014 e LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo. Editora Malheiros, 2017.

¹² KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, p. 142;

estrutura aberta da proporcionalidade, que razões temos para acreditar que as cortes estão melhor posicionadas institucionalmente do que os atores políticos, se elas são guiadas apenas pelos critérios abstratos da proporcionalidade? E independentemente de assegurar melhores resultados, o empoderamento das cortes em uma tarefa dessas, que inevitavelmente envolve o engajamento com questões morais e empíricas controvertidas e não raro requer um julgamento sobre *trade-offs* difíceis, é compatível com a democracia? O debate sobre o controle de constitucionalidade pode ser um clichê, mas a onipresença da proporcionalidade eleva as apostas e aparenta aprofundar o problema. Qual é a função do controle de constitucionalidade nesse tipo de estrutura?

O que aparenta convergir nos discursos dos defensores e detratores da proporcionalidade é que ela realmente traz um outro modo de enxergar os direitos fundamentais e uma nova proposta para avaliar violações a esses direitos. Partindo deste ponto em comum, meu objetivo com este trabalho é investigar como a proporcionalidade, ao verificar a justificação da intervenção em um direito fundamental, delimita as competências dos poderes envolvidos.

No capítulo 2, delimito meu objeto de estudo e esclareço a abordagem metodológica pela qual levarei adiante a investigação proposta. Tratarei, a partir de um enfoque analítico e conceitual, somente do controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos que intervenham em direitos fundamentais.

No capítulo 3, estabeleço algumas premissas centrais do trabalho, como o modelo global de direitos constitucionais e a noção bifurcada de proporcionalidade. O modelo global entende que os direitos fundamentais (i) têm seu escopo ampliado e não fornecem proteções definitivas de antemão, (ii) abrangem também obrigações positivas do estado, (iii) são aplicáveis não apenas na relação estado e indivíduo, mas também entre particulares e (iv) têm a proporcionalidade e o sopesamento como seu método central de proteção¹³. A bifurcação da proporcionalidade compreende a ideia de que a proporcionalidade pode ser subdividida em uma concepção que valoriza a maximização de alguma propriedade ou que valoriza a argumentação moral¹⁴.

¹³ Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹⁴ Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 9.

No capítulo 4, abordo a forma pela qual as teorias que concebem a proporcionalidade enquanto maximização distribuem poder entre o Judiciário e o Legislativo no âmbito do controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos que intervenham em direitos fundamentais. No capítulo 5, adoto a mesma estratégia para verificar como a divisão de trabalho entre juízes e legisladores é feita pelas teorias que concebem a proporcionalidade como um canal para a argumentação moral. No capítulo 6, por fim, avalio as propostas desses dois modos de conceber a proporcionalidade, no intuito de verificar como a delimitação das zonas de atuação do Judiciário e do Legislativo é feita, apontando também eventuais problemas nesses métodos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função jurisdicional envolve, invariavelmente, uma margem de subjetividade ao julgador. É uma realidade inerente a qualquer modelo que a reconheça e, até mesmo por isso, não pretendo questionar este ponto. Não obstante, isso não significa dizer que é desnecessária toda a discussão sobre a discricionariedade judicial. Reconhecê-la é apenas um ponto de partida essencial.

Os diversos modelos de proporcionalidade que abordei neste trabalho reconhecem a existência de uma discricionariedade judicial, seja de modo mais direto ou implícito. Tanto é assim que todos eles, sem exceção, trazem considerações sobre como deve ser a delimitação da zona de atuação do Judiciário e do Legislativo. Contudo, parecem não avaliar essa discricionariedade em toda a sua extensão.

Ainda que possuam algum critério para distribuir tarefas entre os poderes, estes modelos negligenciam um ponto comum do qual todos partem: o modelo global de direitos constitucionais. Mais especificamente, o escopo inflado ou suporte fático amplo dos direitos fundamentais. A questão da autodeterminação das fronteiras judiciais pelo próprio Judiciário possui íntima conexão com este pressuposto.

A admissão *prima facie* de infundáveis condutas sob o manto da proteção dos direitos fundamentais coloca nas mãos do Judiciário o poder de autodeterminar sua competência no âmbito do controle judicial de constitucionalidade das intervenções legislativas em direitos fundamentais. O problema persiste ainda que o rol de direitos não seja extenso, já que a interpretação ampla – basta ver o direito geral à autonomia defendido por Möller – também viabilizaria essa inflação. Desse modo, ainda que os diversos modelos sustentem a deferência ao legislador, a própria definição do que é deferência deve passar pelo crivo do Judiciário.

Essas considerações podem ser transpostas ao nível epistêmico, em que se discuta a limitação de conhecimento sobre aquilo que é constitucionalmente devido. São os juízes que decidirão sobre a limitação ou não de seu conhecimento sobre o que é constitucionalmente devido.

A tensão entre o ôntico e o epistêmico é constante no direito. Por isso, é difícil avaliar se uma decisão judicial está caminhando no nível daquilo que sabemos ser

constitucionalmente devido ou no nível daquilo que não sabemos ser constitucionalmente devido³²⁸.

Ainda que seja de difícil resolução, não podemos perdê-la de vista. Em se tratando da proporcionalidade, acredito que isso não tenha sido suficientemente discutido, sobretudo no que diz respeito ao escopo dos direitos fundamentais. O escopo amplo dos direitos fundamentais é o responsável por transferir ao Judiciário todo o poder de autodeterminação das zonas de atuação legislativa e judicial em casos envolvendo interferências do legislador nesses direitos. Afinal, se praticamente tudo pode entrar no escopo de proteção dos direitos fundamentais, será o juiz o responsável por aplicar todo o subsequente arsenal da proporcionalidade – seja na óptica da maximização, seja na óptica moral. E isso será feito, em ambos os casos, a partir da autovinculação e autodeterminação de competências.

Talvez por isso Kelsen visse com receio a inserção de direitos fundamentais no objeto do controle de constitucionalidade³²⁹:

No entanto, justamente no domínio da justiça constitucional, essas fórmulas podem desempenhar um papel sobremaneira perigoso. Poder-se-ia interpretar as disposições da Constituição que convidam o legislador a pautar-se pela justiça, a equidade, a igualdade, a liberdade, a moralidade etc. como orientações relativas ao conteúdo das leis. Essa interpretação seria evidentemente errada, pois assim seria, apenas, se a própria Constituição estabelecesse uma orientação precisa, se ela mesma indicasse algum critério objetivo. Entretanto, desvanecer-se-á facilmente o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis que se encontram nas Declarações de direitos individuais e, com isso, não é impossível que um tribunal constitucional, chamado a deliberar sobre a constitucionalidade de uma lei, a anule por ser injusta, uma vez que a justiça é um princípio constitucional, que esse tribunal deve aplicar. Mas aí a potência do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção de justiça da maioria dos juízes desse tribunal poderia estar completamente oposta à da maioria da população e, evidentemente, estaria oposta à da maioria do Parlamento que votou a lei. É óbvio que, ao empregar vocábulo tão impreciso e ambíguo como o de justiça ou qualquer outro parecido, não pretendeu a Constituição fazer depender a sorte de toda lei votada pelo Parlamento do arbítrio de um colegiado composto, como o tribunal constitucional,

³²⁸ Ver discussão no item 6.1.3.2 deste trabalho.

³²⁹ KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional) (tradução de Jean François Cleaver). **Direito Público**, n. 1, jul-ago-set, p. 90-130, 2003, p. 119-120.

de maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político. Para evitar semelhante deslocamento de poder – que ela certamente não deseja e é totalmente contra-indicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância que lhe é estranha e pode vir a ser o representante de forças políticas completamente diferentes daquelas que se expressam nesse Parlamento, a Constituição deve – sobretudo quando ela cria um tribunal constitucional – abster-se desse tipo de fraseologia e, se desejar estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, deverá formulá-los de forma tão precisa quanto possível.

Não estou defendendo a retirada dos direitos fundamentais como objeto passível do controle de constitucionalidade. Meu objetivo é apenas destacar a sensibilidade do tema. De fato, ao atribuir essa competência ao Judiciário, nos termos do modelo global, há uma transferência considerável de poder aos juízes. Ainda que escape ao objeto deste trabalho responder se essa transferência é, por si só, adequada, é certo que os modelos de proporcionalidade abordados não estão preparados para lidar com ela. Seja por incongruências analíticas ou por fornecerem parâmetros insuficientes, a forma com que delimitam as zonas de atuação do Judiciário e do Legislativo é deficiente.

BIBLIOGRAFIA

ALENIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, v. 96, p. 943-1005, 1987.

ALEXY, Robert. Derecho constitucional y derecho ordinário. In: ALEXY, Robert, **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014.

_____. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 3, p. 871-879, 2018.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011.

AUGSBERG, Ino. A Desunidade da Razão na Multiplicidade de suas Vozes – A Teoria da Ponderação e a sua Crítica como um Programa Jurídico-Teórico, in CAMPOS, Ricardo (Org.), **Crítica da Ponderação**. São Paulo: Saraiva, p. 19-36, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

BARAK, Aharon. A Critical Review of Alexy Regarding the Relationship between Constitutional Rights as Principles and the Theory of Proportionality. In: BOROWSKI, Martin, PAULSON, Stanley L. e SIECKMANN, Jan-R (Orgs.). **Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

_____. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 738-755, 2012.

_____. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BOMHOFF, J. **Balancing Constitutional Rights**: the origins and meanings of postwar legal discourse. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. Principios formales y fórmula del peso. In: QUISPE, Jorge Portocarrero (Ed.). **Ponderación y discrecionalidad**. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 59-158, 2016.

BRADY, Alan David. **A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998**. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, London School of Economics, Londres, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra Sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENDICOTT, Timothy. Proportionality and Incommensurability. In: HUSCROFT, G., MILLER, B. and WEBBER, Gregoire C. N (Orgs.). **Proportionality and the Rule of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries Adopt Constitutional Review?. **Journal of Law, Economics and Organization**, v. 30, 587, 2014.

GORZONI, Paula. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GROTERHORST, Rebecca. **Direitos Sociais e Proporcionalidade**: Análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters**: The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. **Towards Juristocracy**: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

JACKSON, Vicki. Being Proportional about Proportionality. **Constitutional Commentary**, v. 21, p. 803-859, 2004.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional) (tradução de Jean François Cleaver). **Direito Público**, n. 1, jul-ago-set, p. 90-130, 2003.

KLATT, Matthias. Balancing competences: how institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts. **Global Constitutionalism**, v. 4:2, p. 195-226, 2015.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 69-105, 2012

KUMM, Mattias, WALEN, Alec. D. Human Dignity and proportionality: Deontic pluralism in balancing. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper no. 13-03, 2013.

KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of The Proportionality Requirement. . In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007.

_____. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo. Editora Malheiros, 2017.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 14, v. 58, out/dez, p. 177-209, 2014.

LIMA, Rafael Scabonve Bellem de. **Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica**: o conflito entre princípio e regra. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LOUGHLIN, Marin. The Silence of Constitutions. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 3, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2007.

_____. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÖLLER, Kai. “Balancing as reasoning” and the problems of legally unaided adjudication: A rejoinder to Francisco Urbina. **International Journal of Constitutional Law**, v.12, n.1, p. 222-225, 2014.

_____. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUOPPONEN, Anita. Methods of concept analysis – a comparative study, **LSP Journal**, Vol.1, No.1, 2010.

RIVERS, Julian. Proportionality and variable intensity of review. **The Cambridge Law Journal**, v. 65 (1), p. 174-207, 2006.

_____. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

SCHLINK, Bernhard. Proportionality (1). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 718-737, 2012.

_____. Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here?. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 22, p. 291-302, 2012.

SIECHMANN, Jan-R. **La Teoría del Derecho de Robert Alexy: análisis y crítica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273-301, 2011.

_____. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Dour Joré Joaquim Gomes Canotilho, v. III**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 915-937, 2012.

_____. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

_____. How Global is Global Constitutionalism?: Comments on Kai Moller's The Global Model of Constitutional Rights. **Jerusalem Review of Legal Studies**, v. 10, p. 175-186, 2014.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002.

SWEET, Alec Stone, MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 72-164, 2008.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges**: Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. São Paulo: EDUSP, 1977.

TOMMASINI, Nicola. **A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade das Leis**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

TREMBLAY, Luc. B. An egalitarian defense of proportionality-based balancing. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n.4, p. 864-890, 2014.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights?. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, 2009.

URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

_____. A Critique of Proportionality. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 57, p. 49-80, 2012.

WALDRON, Jeremy. Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. **Hastings Law Journal**, v. 45, 813, 1994.

WANG, Peng-Hsiang. Formal Principles as Second-Order Reasons. In: BOROWSKI, Martin, PAULSON, Stanley L. e SIECKMANN, Jan-R (Orgs.). **Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

WEBBER, Gregoire C. N. Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. XXIII, n. 1, 2010.

ZUCCA, Lorenzo. **Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA**. Oxford: Oxford University Press, 2007.