



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alison Amin Cosmoski

Rio de Janeiro
2025

ALISON AMIN COSMOSKI

A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Rafael Mario Iorio Filho

Coorientadora:

Profª. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2025

ALISON AMIN COSMOSKI

A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovado em ____ de _____ de 2025. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Convidada: Prof. Ana Paula Teixeira Delgado - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Orientador: Prof. Rafael Mario Iorio Filho - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO AUTOR.

A Deus, pela inspiração diária de prosseguir.

AGRADECIMENTOS

Ao professor e orientador Rafael Mario Iorio Filho, pelos relevantes direcionamentos e confiança acadêmica na construção de uma proposta jurídica significativa ao Estado Democrático de Direito.

À professora e coorientadora Mônica Cavalieri Fetzner Areal, por toda a dedicação e cuidado na consolidação desta jornada.

À equipe do SEMON, por toda a gentileza e profissionalismo empregados na condução de cada etapa deste trabalho acadêmico.

À EMERJ, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pela excelência na metodologia do ensino jurídico, a qual terei como referência.

À minha alma gêmea, Anelise, por sonhar junto, e estar sempre ao meu lado na construção de cada etapa de nossas vidas.

À minha família, pelos valores que levo comigo.

“Ai daqueles que promulgam leis iníquas, e de todos que elaboram decretos opressores, a fim de privar os pobres dos seus direitos e evitar que os oprimidos do meu povo tenham pleno acesso à justiça, transformando as viúvas em presas de suas ambições e despojando os órfãos!”

Isaías 10:1-2

SÍNTESE

Trata-se de monografia de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em que serão abordadas questões metodológicas atinentes à técnica da ponderação, com amparo no princípio da proporcionalidade, analisados em paralelo a casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. A imposição de limites ao arbítrio dos Monarcas favoreceu a criação, pela ciência do Direito, de instrumentos jurídicos de integração das lacunas do ordenamento jurídico, como meio de regulação social, a partir da superação do positivismo jurídico. As lutas de classes em busca pela igualdade substancial propiciaram as bases de um sistema complexo de direitos e garantias fundamentais. Busca-se, com esse substrato, além de apresentar as bases evolutivas da proporcionalidade como meio de ponderação, contribuir com a elaboração de uma proposta pautada nas teorias da argumentação jurídica para o reconhecimento comunitário do discurso científico-jurídico, voltado à pacificação dos conflitos de interesses, a fim de permitir modificar a realidade social por meio da redução dos elementos de coerção pela autoridade legitimada. Trata-se, portanto, de uma proposição de mudança epistemológica a envolver o realinhamento ideológico do sistema de Justiça para que a comunidade amplie a possibilidade de reconhecer os seus limites ético-jurídicos no convívio em sociedade, além disso, para que possa, a comunidade, atuar como um instrumento criativo do Direito, pautada na segurança jurídica e no reconhecimento das instituições responsáveis pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Supremo Tribunal Federal; Direitos Fundamentais; Princípio da Proporcionalidade; Técnica da Ponderação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. POSICIONAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES.....	11
1.1. AS MATRIZES ANGLO-SAXÃ E ANGLO-AMERICANA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: APLICAÇÃO DO BALANCEAMENTO NO SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i>	15
1.2. A PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO ALEMÃO: OS ELEMENTOS DE AFERIÇÃO DA LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
1.3 DIREITOS DE IGUALDADE E DE CIDADANIA COMO PRESSUPOSTOS DA PROPORCIONALIDADE: A MUTAÇÃO JURÍDICA PÓS REVOLUÇÕES LIBERAIS BURGUESAS.....	24
2. A PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA FORMA DE APLICAÇÃO COMO TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	33
2.1. PRECEDENTES HISTÓRICOS DA PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	35
2.2. A CONSOLIDAÇÃO METODOLÓGICA JURISPRUDENCIAL DA PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	41
3. AS ESTRUTURAS DA PONDERAÇÃO SOB UMA PROPOSIÇÃO LEGITIMADORA DO DISCURSO JURÍDICO-ARGUMENTATIVO.....	53
3.1. A PONDERAÇÃO MONOCRÁTICA SOB A LÓGICA DO CONTRADITÓRIO.....	54
3.2. UM SISTEMA DE BRICOLAGEM JURISPRUDENCIAL: AS ESTRUTURAS ARGUMENTATIVAS DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO.....	57
3.3. A CONSOLIDAÇÃO ARGUMENTATIVA DE INTEGRIDADE NO DIREITO SOB AS DIRETRIZES DO ROMANCE EM CADEIA.....	60
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	66

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo compreender o método de aplicação da técnica da ponderação ou da harmonização de princípios no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como também envida esforços a propor uma estrutura lógico-argumentativa que permita ampliar o reconhecimento comunitário do Direito vigente.

O método para justificar a colisão entre pretensões que envolvam direitos fundamentais contrapostos relaciona-se diretamente com o princípio da proporcionalidade, ou da razoabilidade, princípios emergentes na esfera de racionalidade argumentativa dos aplicadores da norma jurídica para a busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais em conflito.

Premente a importância de uma consideração sistêmica do Direito, faz-se necessário realizar um levantamento histórico quanto à gênese dos princípios objeto desta pesquisa, para, ao final, perquirir os elementos utilizados como padrões decisórios no âmbito da Suprema Corte brasileira, como forma de ampliar a compreensão do fenômeno da técnica de sopesamento de valores fundamentais no sistema jurídico brasileiro.

A inafastável necessidade de impor limites ao exercício de direitos fundamentais, sobretudo quanto aos métodos aptos para reconhecimento de um núcleo essencial dos valores colidentes, exige do intérprete acurada técnica hermenêutica, a fim de não reduzir em demasia a plenitude de um direito em detrimento de outro valor de equivalente envergadura.

Nesse ínterim, primordial atenção deve recair sobre a construção lógico-argumentativa das decisões judiciais, em especial, as proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a eficácia de seus entendimentos é capaz de interferir na compreensão da realidade democrática de todo o território nacional, sendo, pois, impositivo o dever de que as decisões sejam fundamentadas com lógica, transparência e racionalidade.

À vista de tal compreensão, o ato de ponderação de interesses atua como o instrumento historicamente constituído para a consecução das finalidades constitucionalmente desejadas, a fim de manter o próprio sistema constitucional vigente em unidade e supremacia.

A limitação judicial de valores fundamentais intenta, dessa maneira, respeitar os ideais de igualdade jurídica universal em sua metodologia hermenêutica de integração normativa por meio do ato de decisão colegiada dos valores em conflito.

No primeiro capítulo estão dispostas, sob um aspecto cronológico, as origens remotas, filosóficas e jurídicas, do princípio da proporcionalidade, como um instrumento a serviço da ponderação.

Com o amparo das matrizes históricas, o segundo capítulo sedimenta, com base nos primeiros relatos de utilização da técnica da ponderação pelo Supremo Tribunal Federal, a sistemática adotada para resolução dos casos difíceis, em busca de padrões decisórios relacionados às origens do princípio da proporcionalidade.

A partir das conclusões obtidas, o terceiro capítulo, com amparo em teóricos da argumentação, delimita os fundamentos de aplicação da técnica da ponderação na realidade jurídica brasileira, e expõe, sob uma perspectiva *ex post*, a sistematização dos critérios concretizados para a formação das decisões judiciais.

Ao buscar compreender o fenômeno matricial da técnica da ponderação, a pesquisa ampara-se no método bibliográfico, com aspectos edificantes na doutrina de relevo ao tema proposto.

Também se evidencia o método qualitativo, pois, além da compreensão fenomenológica dos modos pelos quais aflora a técnica da ponderação, o pesquisador aborda a temática da limitação dos direitos fundamentais sob o enfoque de casos concretos analisados pelo Supremo Tribunal Federal, a permitir o enfrentamento das peculiaridades da técnica de sopesamento de valores como utilizada pelos Ministros da Corte Suprema.

Para tanto, ao questionar as bases fundantes de um sistema em constante formação, vale-se da busca exploratória para propiciar ênfase às informações jurisprudenciais e doutrinárias pertinentes, a fim de aprimorar a técnica da ponderação de interesses no cenário jurídico e acadêmico nacionais.

1. POSICIONAMENTO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES

A clássica distinção entre princípios e regras se faz relevante para compreender a aplicação da proporcionalidade como um instrumento a favor da técnica da ponderação de interesses, a fim de promover a máxima efetividade dos direitos postos em conflito.

Fixa-se, inicialmente, que um enunciado normativo pode servir a dois fins, a depender da relação conduzida pelo intérprete em seu exercício hermenêutico para a aplicação da norma ao caso concreto.

Admite-se que o enunciado, ora seja uma regra, caso aplicado como consequência da mera subsunção ao caso concreto, ora seja um vetorial de interpretação dotado de abstração, ou seja, afastando-se do enunciado posto, cuja hipótese de consequência o torna um princípio jurídico responsável por guiar a formação argumentativa do julgador na resolução do conflito de interesses¹.

Denota-se que a categorização de um princípio jurídico², sobretudo nos países de tradição romano-germânica, em que a lei é a fonte primária do Direito, necessita de suporte em enunciados normativos para alcançar o substrato jurídico e a legitimidade para amparar a decisão judicial.

Nessa perspectiva, não é admissível, na ciência do Direito, que a importação de doutrina estrangeira seja realizada sem a devida justificativa normativa pautada no próprio ordenamento jurídico vigente. Circunstância que ocorre no sistema jurídico brasileiro, ao considerar o princípio da proporcionalidade conexo à técnica da ponderação.

Portanto, fixando-se como ponto de partida que o sistema jurídico brasileiro não desconsidera nenhuma das origens, anglo-americana e alemã, sob a nomenclatura do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, respectivamente, é necessário buscar, no ordenamento jurídico nacional, qual, ou quais, os fundamentos jurídicos com aptidão, histórica e dogmática, a servirem de amparo ao Poder Judiciário para realizar o exercício de ponderação para a

¹ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36-42.

²Relevante a denominação proposta por Robert Alexy a respeito dos princípios, que os denomina por mandamentos de otimização, cuja distinção entre as regras repousa no âmbito qualitativo, possível de aplicação em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Denomina, assim, as regras, como normas que se resolvem pela análise de um comando descritivo. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

limitação do exercício dos direitos fundamentais nas vezes em que demandado no caso concreto.

Em busca de justificar tais ideais teóricos que amparam as razões pelas quais poderia o Poder Judiciário invalidar atos legislativos, San Tiago Dantas³ aponta no princípio da igualdade a sua cláusula maior, cuja influência decorreria do Direito Constitucional europeu.

A possibilidade de o Poder Judiciário negar aplicação aos atos legislativos e administrativos, como forma de manter a racionalidade do sistema jurídico hierarquicamente escalonado, tornou-se um fenômeno constatado nos Estados que adotam o ordenamento jurídico pautado em normas escritas, e que detêm uma norma de *status* superior que ampara a validade de todo o sistema normativo.

Com o advento do constitucionalismo, ao Poder Judiciário passou a ser admitido que invalidasse as normas de hierarquia inferior que estivessem em contrariedade ao comando contido na norma hierarquicamente superior. A proposta positivista do austríaco Hans Kelsen representa o estágio pelo qual se buscava um sistema normativo neutro, quanto aos valores, e escalonado hierarquicamente, o qual denominou Teoria Pura do Direito⁴.

Introdutoriamente, a matriz anglo-saxônica é referenciada como o sistema jurídico sobre o qual se desenvolveu o denominado princípio da razoabilidade⁵, que teve em sua gênese a cláusula *law of the land*, oriunda da *Magna Charta Libertatum* inglesa, de 1215⁶, que, além de ter o mérito de positivizar privilégios feudais aos nobres ingleses⁷, também pode ser considerada como o berço do constitucionalismo moderno⁸.

³DANTAS, San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of law**. Contribuição ao Estudo da Limitação Constitucional do Poder Legislativo. Rio de Janeiro: Forense, 1953. Disponível em:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/892/878/1786>. Acesso em: 03 jan. 2024.

⁴A Teoria Pura do Direito é de caráter descritivo, não prescritivo. Almeja tornar o Direito uma ciência jurídica, não política. Com essas premissas, Hans Kelsen procura delimitar os aspectos valorativos relacionados ao Direito, sem, contudo, eliminar seu aspecto ético. Conforme aduz Mario G. Losano, ao referir-se a Hans Kelsen, “ele apenas sustenta que a valoração ética do direito não é função da ciência jurídica”. LOSANO, Mario G., Introdução. In. KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 5. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 14.

⁵A razoabilidade será o termo utilizado ao tratar do ideal de balanceamento de princípios no sistema anglo-saxão. Todavia, em momentos outros será adotado o termo proporcionalidade, ora destinado ao sistema germânico, ora tratado como sinônimo do primeiro, razoabilidade, ao conformar esta com o ideal de sopesamento de valores jurídicos.

⁶INGLATERRA. **Magna Carta, 1215**. Disponível em:

<https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁷CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta. Conceituação e Antecedentes. **Revista de informação legislativa**. Brasília. DF: Senado Federal, 1986. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496823>. Acesso em: 6 out. 2023.

⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 294.

Sob outra perspectiva, no âmbito da *civil law*, a matriz romano-germânica recebeu o mérito de cunhar a denominação ao princípio da proporcionalidade, concebido como um vetor de limitação da discricionariedade dos atos administrativos⁹.

As duas grandes matrizes, anglo-saxã e romano-germânica, são assemelhadas em suas propostas valorativas, pois pautadas nos ideais de racionalidade, de justiça, de medida adequada, de senso comum e de rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos¹⁰.

Sob esse ideal, as bases cunhadas para institucionalizar a limitação do arbítrio, desde épocas mais remotas, já figuravam como objeto de investigação de antigos filósofos, que buscavam compreender as relações dos súditos com o poder soberano.

Da filosofia clássica de Aristóteles surge a idealização de que o aspecto de cidadão apenas estaria evidente quando este pudesse atuar na consecução dos assuntos de interesse político na esfera dos três Poderes, ou seja, um ideal de redistribuição do poder que surge como uma medida de balanceamento de valores, com a finalidade de estruturação do Estado no contexto das Monarquias¹¹.

Com o advento do Cristianismo, no mundo ocidental, é de relevo a revolução operada em matéria da incorporação dos valores morais, a fazer nascer a problemática da moral e do Direito, que passava de um espectro de ação próprio do homem, e alçava este, de fato, à categoria de cidadão¹². O homem passa a integrar uma esfera de dignidade própria de sua existência, portanto.

Ao referenciar Santo Tomás de Aquino (1225-1274), considerado um teólogo que fundou as bases do pensamento medieval, cuja teoria foi desenvolvida especialmente na *Summa Theologica*, Miguel Reale¹³ assevera o fato de que o pensador italiano, além de se inspirar nos ensinamentos dos juristas romanos, também se fundamentou nas premissas estatuídas por Aristóteles.

Sob uma compreensão valorativa de limitação de poderes e de razões de proporcionalidade, vislumbrou que a metódica de sopesamento se concretizava como um processo de escolha da utilidade entre as tantas possibilidades, ao critério do legislador¹⁴.

Como forma de elucidar o afirmado:

⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018., p. 294-295.

¹⁰*Ibid.*, p. 296.

¹¹ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 1292a-1301a.

¹²REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 607.

¹³*Ibid.*, p. 608.

¹⁴*Ibid.*

Santo Tomás demonstra senso muito agudo e compreensivo da vida humana e de suas contingências (*ratio practica est circa operabilia, quae sunt singularia et contingentia*), ensinando que mais de uma solução particular pode ser compatível, em certo tempo e lugar, com os imperativos da lei natural. Dentre os vários caminhos conciliáveis com as exigências racionais, cabe ao legislador fazer a escolha segundo critérios de utilidade¹⁵.

Sob tais razões, denota-se a existência de um dever moral imposto ao legislador, para alcançar o bem comum entre os caminhos empiricamente conciliáveis. Há, nessa proposta, um aparente critério de procedimentalização da ponderação, cuja razão será guiada conforme a lei natural, pela via da utilidade, ao encargo, portanto, do legislador.

Embasado nessas pré-concepções de um direito natural, cuja mensagem denotava-se, conforme ensina Miguel Reale¹⁶, naquilo “que o homem deve fazer ou deixar de fazer, segundo o princípio de ordem prática fundamental de toda a concepção tomista, de que o bem deve ser feito e o mal evitado”, reveste-se do verdadeiro sentido a máxima de moderação, sob um ideal de racionalidade e, até mesmo, da justa proporção de limitação das relações entre os homens.

Diante a exposição, ressalta-se, para tanto, um conceito de proporcionalidade ainda distante de sua consideração como um verdadeiro princípio jurídico, uma vez que tal ideal sequer poderia se realizar de forma autônoma, embora se constate que os influxos filosóficos da aproximação entre o Direito e a moral, sob uma justificação valorativa do próprio homem, destacaram-se como primordiais para a fundação das bases do ideal de justa proporção, o qual, a partir de então, passou a ser materializado em diplomas dotados das características de imperatividade e de abstração, próprias dos ordenamentos jurídicos.

Ultrapassado o ideal de utilidade, a máxima da ponderação de valores, sob um aspecto de necessidade social de regulação, também vem a ser desenvolvido por Norberto Bobbio¹⁷, ao expressar as teorias pelas quais se permite explicar a gênese do Direito, entende, o autor, que a limitação do arbítrio surge como o embrião da proporcionalidade, como a razão de institucionalização das regras de bem viver em coletividade.

A própria conformação do sistema jurídico, conforme elucida o citado filósofo¹⁸, fundado na teoria do direito como instituição, de Santi Romano, inaugura conceitos essenciais ao próprio delineamento do Direito, de forma que a vida em sociedade pressupõe uma regulação que seja pautada na exclusão do arbítrio puro. São dispostos, portanto, que as bases do que se

¹⁵REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 611.

¹⁶*Ibid.*, p. 610.

¹⁷BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 36.

¹⁸*Ibid.*, p. 30.

entende, contemporaneamente, como os três elementos intrínsecos ao princípio da proporcionalidade, e que passaram a ser desenvolvidos em maiores minúcias pela jurisprudência alemã, devem abranger, além dos fins a serem perseguidos, também o uso dos meios adequados para o alcance dos fins, compreendendo que a divisão das funções dos indivíduos do grupo é essencial, a fim de que possam colaborar para a obtenção da finalidade desejada¹⁹.

Trata-se de conceitos iniciais que permitiram o alcance de novas metodologias de aplicação e formação do Direito, conforme concebido em seu atual estágio. Sob um aspecto sintetizado, poderia ser conceituada a ponderação por intermédio da justa proporção, como o meio empírico de limitação dos poderes da autoridade e de regulação das relações intersubjetivas, sob o enfoque das necessidades sociais para alcance da justiça, que passarão a ser mais bem significados nos tópicos seguintes.

1.1 AS MATRIZES ANGLO-SAXÃ E ANGLO-AMERICANA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: APLICAÇÃO DO BALANCEAMENTO NO SISTEMA DA *COMMON LAW*

No sistema anglo-saxão, a busca pela limitação de poderes frente aos abusos do absolutismo é reconhecida como o fundamento do princípio da razoabilidade, que decorre das restrições impostas pelos barões ao Rei João Sem Terra, por meio da imposição de 67 cláusulas que lhe foram outorgadas na *Magna Charta Libertarum* de 1215²⁰.

Ainda na Idade Média, no ano de 1189, o movimento das Cruzadas obrigou o soberano inglês, Ricardo Coração de Leão, a investir com suas tropas rumo à Síria, momento em que o trono da Inglaterra foi temporariamente assumido pelo seu irmão, o Rei João Sem Terra. Todavia, para que pudesse reinar com estabilidade, precisaria estar em harmonia com o clero e a sua nobreza, apoio que não obteve²¹.

¹⁹BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 36.

²⁰INGLATERRA. **Magna Carta, 1215**. Disponível em: <https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

²¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 294.

²²CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta. Conceituação e Antecedentes. **Revista de informação legislativa**. Brasília. DF: Senado Federal, 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496823>. Acesso em: 6 out. 2023, p. 136-138.

Após retornar da Síria, o Rei Ricardo veio a falecer em decorrência de uma inflamação ocasionada por ferimento de uma flecha. Fora, então, definitivamente coroado o Rei João Sem Terra, que, logo ao início de seu reinado, operou desastrosa expedição militar que tornou a desagradar a classe dos nobres²³.

Com o apoio do clero, a nobreza se organizou na forma de um exército para marchar até a cidade de Londres, no desiderato de submeter o Rei João Sem Terra a uma série de limitações contra seus atos arbitrários. Passados quatro dias de enfrentamento, sagraram-se vitoriosos e, no dia 15 de junho de 1215, foi outorgada a *Magna Charta Libertarum*²⁴.

A par desse momento histórico, é dever esclarecer que não se tratou de um movimento de revolta popular, uma vez que não havia, à época, um ideal de estabelecer limitações ao Monarca sob a perspectiva de respeito a direitos fundamentais, de abrangência universal, que sequer eram considerados.

No caso da Inglaterra, a Declaração dos Direitos, *Bill of Rights*, datada de 13 de fevereiro de 1689, outorgada sob o reinado de Guilherme III, pode ser considerada o documento que fez nascer o modelo parlamentar, além de instituir liberdades civis e políticas, como uma conquista de caráter geral²⁵. Ou seja, somente com a revolução gloriosa, no ano de 1689, que se demarcaram, em texto escrito, a supremacia do Parlamento, como também, os poderes do Monarca, além de um sistema de liberdades civis e políticas²⁶.

Por razões econômicas e outros fatores externos, no ano de 1998, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, *Human Rights Act*, ingressou no direito interno da Inglaterra. Sua contribuição se denota pela possibilidade de servir de parâmetro de controle de compatibilidade das leis internas aos direitos positivados, de forma que se tornou possível o controle dos atos legislativos pelo Poder Judiciário²⁷.

Após a reforma constitucional de 2005, com o *Constitutional Reform Act*, houve, na Inglaterra, a separação de atribuições entre o Parlamento e o Poder Judiciário, de modo que foram transferidas funções antes delegadas à Câmara dos Lordes para a competência judicial da Suprema Corte²⁸.

²³CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta. Conceituação e Antecedentes. **Revista de informação legislativa**. Brasília. DF: Senado Federal, 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496823>. Acesso em: 6 out. 2023, p. 136-138.

²⁴*Ibid.*

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 54.

²⁶*Ibid.*, p. 52-54.

²⁷*Ibid.*, p. 55.

²⁸*Ibid.*

Há, portanto, uma evolução no sentido de prover maiores garantias cidadãos e de intensificar a possibilidade de segurança dos parâmetros utilizados para prolação das decisões judiciais.

Cardoso²⁹ pontifica que, das sessenta e sete cláusulas que compunham o documento outorgado por João Sem Terra, somente doze continham disposições que estariam a beneficiar diretamente o povo.

Dentre todas as cláusulas, a histórica *law of the land* é a que recebeu a maior consideração da doutrina jurídica, por ser compreendida como o embrião do princípio da razoabilidade, como decorrência lógica da garantia do devido processo legal³⁰.

Nesse período, as instituições de poder não eram organizadas sob a conformação atual da separação de suas atribuições, ou de poderes. Tampouco existiam direitos e garantias de natureza igualitária entre os integrantes do Estado, quiçá, direitos de cidadania.

O caso da Inglaterra denota peculiar contemplação, a considerar que a ausência de uma Constituição escrita não permitia o exercício de qualquer controle de constitucionalidade dos atos emanados do Parlamento. Vigorava, portanto, o direito com base nos costumes.

Dos escritos de San Tiago Dantas³¹, constata-se que nem todo ato legislativo pode ser considerado uma *law of the land*. A norma, para que esteja de acordo com o *due process of law*, deve conter o caráter de aplicação universal, e não poderá privar nenhum indivíduo, ou grupo de indivíduos, do tratamento que deve ser concedido a todos.

Fixou-se, a partir dessa consideração, um critério de aferição de justiça das leis, o qual, além de possibilitar um caráter geral de aplicação, passou a atuar como pressuposto de que seja reconhecido o direito a todos que estiverem em igualdade de condições, e que eventual diferenciação na entrega do interesse juridicamente protegido não seja realizada em apartado de um ideal de razoabilidade³².

No caso dos Estados Unidos da América, numa acepção moderna da técnica da ponderação, por meio do princípio da razoabilidade, cuja origem remonta da matriz da *common law* inglesa, a 5ª e a 14ª Emendas à Constituição norte-americana são consideradas as bases

²⁹CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta. Conceituação e Antecedentes. **Revista de informação legislativa**. Brasília. DF: Senado Federal, 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496823>. Acesso em: 6 out. 2023, p. 139.

³⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 294.

³¹DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 28.

³²*Ibid.*, p. 30.

jurídicas do princípio da razoabilidade, após o que se intensificou o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do princípio no continente americano³³.

Somente após o ano de 1868, com o advento da 14ª Emenda, introduziu-se o princípio da *equal protection of the law*³⁴ ao direito norte-americano, o qual complementou o princípio do *due process of law*. Trilhou-se, a partir de então, um caminho à limitação constitucional dos poderes do Estado, sobretudo dos atos legislativos contrários ao texto escrito constitucional, sob um ideal de busca pela igualdade civil³⁵.

Num primeiro momento, prevaleceram as garantias voltadas ao devido processo legal, com aplicação ao Direito Processual Penal, em especial quanto aos direitos de citação, ampla defesa, contraditório e, também, na esfera recursal. No segundo período, contemplou-se a limitação dos atos legislativos, com a possibilidade de controle de constitucionalidade, com foco na proteção aos direitos fundamentais, em especial, os direitos de liberdade e de propriedade. Utilizou-se, para a resolução da técnica da ponderação, dos critérios de análise entre os fins e os meios necessários para a obtenção do resultado³⁶.

Sustenta Barroso³⁷ que o princípio da razoabilidade, em sua acepção moderna, é fungível, ou, como prefere, intercambiável ao seu relativo germânico, ao princípio da proporcionalidade.

Por vezes, a razoabilidade do sistema norte-americano se confunde, e pode até mesmo ser comparada com a aplicação do terceiro elemento de análise do sistema alemão, a proporcionalidade em sentido estrito³⁸.

Não há procedimento trifásico na aplicação do princípio da razoabilidade no sistema norte-americano. Por tal razão, concorda-se com a doutrina que não aceita a equiparação de ambos os princípios³⁹, a proporcionalidade, derivada da tradição romano-germânica, e a razoabilidade, proveniente do sistema anglo-americano, eis que se tratam, os princípios, de origens e formas metodológicas de aplicação diversas, cuja conformação ao caso concreto não

³³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 294.

³⁴Trata-se a *equal protection of the law* de uma garantia constitucional de igualdade perante a lei, criada pela 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.

³⁵DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 26-27.

³⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 294-295.

³⁷*Ibid.*, p. 296.

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 405.

³⁹*Ibid.*, p. 407.

possibilita sejam intercalados seus elementos intrínsecos no desenvolvimento de uma metodologia de aplicação da técnica da ponderação.

A realizar a transposição dos institutos analisados, sob os preceitos da Constituição da República de 1946, San Tiago Dantas⁴⁰ afirma que o Poder Judiciário, para invalidar leis que estivessem contrárias aos ditames constitucionais, necessitaria de amparo normativo, e que, para o doutrinador, tal fundamento estaria albergado no princípio da igualdade. Para o autor:

Temos, de um lado, oriundo do direito constitucional europeu, o princípio de igualdade, que o art. 141, § 1.º, enuncia: "Todos são iguais perante a lei"; temos, de outro lado, oriunda do direito constitucional americano, a norma do controle judiciário das leis, que aperfeiçoamos tènicamente com a suspensão da execução das leis havidas por inconstitucionais (art. 64 da Constituição). Da concorrência desses dispositivos resulta, a meu ver, a técnica constitucional de limitação da função legislativa entre nós⁴¹.

A técnica enunciada para limitação da função legislativa, orientada pelo *judicial review* norte americano, teve como fundamento o *due process of law*, que se pode conceituar como um “processo técnico de sujeição material da lei aos princípios superiores do direito”⁴².

Haveria uma limitação constitucional da função legislativa, pela qual estaria o Poder Judiciário autorizado a invalidar a lei que não estivesse de acordo com a essência constitucional.

Diante de tal constatação, a gênese de um constitucionalismo, com a necessidade de limitação do arbítrio dos Reis, que detinham poderes absolutos, instrumentalizou-se pelas Cartas⁴³, que foram os instrumentos normativos utilizados pelos nobres e barões do medievo para impor a limitação dos excessos praticados pelos Monarcas, num movimento marcado pelo desenvolvimento de um embrionário sistema jurídico que, não apenas foi capaz de, lentamente, impor um rol de deveres de abstenções estatais em favor dos súditos, como também, impor deveres de prestações positivas, direitos, portanto, a serem observados pelos Estados em benefício de seu povo⁴⁴.

⁴⁰DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

⁴¹DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

⁴²*Ibid.*, p. 34.

⁴³A “Pequena Carta” foi o primeiro registro escrito de um estatuto inglês, outorgado por Henrique I, cuja finalidade foi impor o respeito das leis de Eduardo o Confessor, como os costumes anglo-saxões, direitos feudais e a veneração à Igreja. CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta. Conceituação e Antecedentes. **Revista de informação legislativa**. Brasília. DF: Senado Federal, 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496823>. Acesso em: 6 out. 2023, p. 136.

⁴⁴O conceito de povo para Paulo Bonavides vem justaposto ao vínculo que Estado detém com as pessoas por intermédio da cidadania e da nacionalidade. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 72.

1.2 A PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO ALEMÃO: OS ELEMENTOS DE AFERIÇÃO DA LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Justifica-se a pesquisa da origem e dos critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade no sistema jurídico alemão, uma vez que a técnica da ponderação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é referenciada como a principal alternativa para a resolução dos casos difíceis, em que a interpretação restritiva do alcance de bens jurídicos fundamentais é utilizada para a convivência entre as liberdades jurídicas e a manutenção da supremacia e unidade da Constituição⁴⁵.

A noção da proporcionalidade no sistema jurídico alemão é fruto de uma trajetória histórica iniciada com o objetivo de proteger direitos dos cidadãos, em especial, os direitos políticos e econômicos, que, antes de sua positivação, eram considerados direitos naturais⁴⁶.

De tradição romano-germânica, o Direito alemão foi desenvolvido sob o império da lei, cuja primeira manifestação de uma noção de proporcionalidade positivada decorreu no âmbito do Direito Administrativo prussiano, especificamente no art. 10, do *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, publicado no ano de 1794⁴⁷.

Nasce a primeira subdivisão do princípio da proporcionalidade como um dever ao executor do ato administrativo de apenas realizá-lo se comprovada a necessidade de sua intervenção. O ato administrativo, como um meio para a manutenção e a garantia da ordem pública, passou a receber limitação legal, de forma a consubstanciar-se em verdadeira restrição formal ao exercício do poder de polícia⁴⁸.

Na Europa Continental, até a segunda metade do século XX, o Parlamento prussiano detinha poderes jurídicos ilimitados, os quais se sobrelevavam ao próprio conceito de soberania. Sobre tais poderes, repousava o manto da supremacia do Parlamento, intocável por qualquer espécie de controle judicial⁴⁹.

⁴⁵COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **American balancing and german proportionality: The Historical Origins**. I-Con: International Journal of Constitutional Law. 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/263/699991>. Acesso em: 10 nov. 2023.

⁴⁶*Ibid.*

⁴⁷*Ibid.*

⁴⁸*Ibid.*

⁴⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 295.

A supremacia do Parlamento surge como fruto da manifestação dos movimentos liberais⁵⁰, como insurgência aos arbítrios do vasto espectro de discricionariedade que era conferida ao Poder Público sobre a esfera privada dos cidadãos. Emerge, a partir de então, a noção de Estado de Direito, *Rechtsstaat*⁵¹.

O móvel influenciador desse novo sistema de submissão do Estado às leis decorreu, portanto, de ideais libertários, que tinham amparo na doutrina do direito natural. Complementa-se que liberais alemães, como Max Weber e Hans Kelsen, no início do século XX, admitiram que tais limitações ao arbítrio do Poder Público garantiria um sistema governamental mais eficaz, de forma a maximizar o âmbito das liberdades individuais⁵².

A Supremacia do Parlamento foi superada pela possibilidade de controle judicial dos atos legislativos somente após a imposição da Constituição alemã de 1949, a Lei Fundamental de *Bonn*⁵³, que marcou um período em que o desenvolvimento jurisprudencial em torno do princípio da proporcionalidade permitiu o alcance deste em sua atual conformação⁵⁴.

Certo da origem dessa noção de proporcionalidade no Direito Administrativo prussiano, vinculada aos atos de polícia, notadamente sobre o controle dos atos do Poder Público e sobre a necessidade de proteção dos direitos básicos dos cidadãos, somente neste segundo período passou a ter ampliado o seu alcance para, além de permitir o controle dos atos administrativos, admitir também a limitação do legislador em sua atividade-fim de criação legislativa. Sob a premissa de uma reserva de lei proporcional, fixaram-se os parâmetros a possibilitar o controle sobre a forma de decisão dos atos judiciais⁵⁵.

Com a abertura ao controle judicial dos atos legislativos, o Estado de polícia passa a ceder espaço para a noção do próprio Estado de Direito, *Rechtsstaat*, com foco na limitação dos atos do governo e na garantia de exercício da liberdade pelos cidadãos⁵⁶.

⁵⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

⁵¹COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **American balancing and german proportionality: The Historical Origins**. I-Con: International Journal of Constitutional Law. 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/263/699991>. Acesso em: 10 nov. 2023.

⁵²*Ibid.*

⁵³ALEMANHA, **Verfassung für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: [https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz#:~:text=Das%20Grundgesetz%20\(GG\)%20ist%20die,und%20von%20den%20Alliierten%20genehmigt](https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz#:~:text=Das%20Grundgesetz%20(GG)%20ist%20die,und%20von%20den%20Alliierten%20genehmigt). Acesso em: 24 mar. 2024.

⁵⁴SCHOLLER, Heinrich. **O Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Interesse Público, 1999.

⁵⁵SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 227.

⁵⁶COHEN-ELIYA; PORAT, *op. cit.*

Apontado pela doutrina alemã⁵⁷, o princípio da proporcionalidade deriva do princípio do Estado de Direito, considerado um princípio constitucional fundamental que vincula até o próprio Parlamento, por meio do dever da reserva de lei proporcional.

A subdivisão do conteúdo do princípio da proporcionalidade em três níveis de intelecção foi concebida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em que se aponta como a primeira decisão a expor seus fundamentos a Reclamação Constitucional *BVerFGE* 7, 377, de 1958, que declarou a inconstitucionalidade do art. 3 I ApothekenG, o qual impunha requisitos de limitação à liberdade de profissão⁵⁸. A decisão acabou por declarar a desproporcionalidade pela caracterização da desnecessidade da restrição legal, por malferir o direito fundamental à liberdade de profissão (*BVerFGE* 7, 377, de 1958)⁵⁹.

A forma de aplicação da proporcionalidade, a serviço da técnica da ponderação, concretiza-se com o exercício de sopesamento pelo julgador acerca do exercício intelectual de análise dos meios necessários e dos fins visados no caso concreto.

Scholler ensina que o critério da adequação deve ser considerado em primeiro lugar, “ainda que o critério da necessidade tenha a maior relevância jurídica”⁶⁰. Classifica, o autor, que o requisito da adequação como a relação com a realidade empírica significa que “o estado gerado pelo poder público por meio do ato administrativo ou da lei e o estado no qual o fim almejado pode ser tido como realizado situam-se num contexto mediado pela realidade à luz de hipóteses comprovadas”⁶¹.

O segundo elemento da técnica da ponderação com fundamento no exame da proporcionalidade é o requisito da necessidade, que deve ser ponderada entre todas as variáveis disponíveis ao legislador, concretamente consideradas, ou seja, devem ser buscados meios menos onerosos para que seja alcançada a finalidade pretendida pelo ato legislativo em concreto. Novamente, Scholler pontifica a pertinência de se observarem “hipóteses plausíveis e/ou já comprovadas, que devem estar presentes para que, no âmbito de sua maior ou menor liberdade de arbítrio, estejam autorizados a tomar as medidas que julgarem necessárias”⁶².

⁵⁷SCHOLLER, *op. cit.*

⁵⁸MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**. A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 101.

⁵⁹SCHABE, Jürgen. **50 anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038. Acesso em: 07 nov. 2023.

⁶⁰SCHOLLER, Heinrich. **O Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Interesse Público, 1999.

⁶¹*Ibid.*

⁶²*Ibid.*

A partir do momento em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão passou a adotar os elementos da proporcionalidade, foram desenvolvidas e tratadas como conceitos sinônimos a teoria dos degraus e a teoria das esferas⁶³, como hipóteses de admissibilidade do sopesamento entre direitos fundamentais que devem observar sempre a menor onerosidade ao indivíduo, ou seja, são teorias que se equiparam ao âmbito da necessidade, ora em análise, para a efetivação da restrição do direito fundamental, na medida em que, ao reconhecer diferentes níveis de proteção a um direito, requer-se que excepcional limitação apenas resulte na menor limitação possível à esfera de liberdade do indivíduo⁶⁴.

Como último elemento da proporcionalidade, a doutrina e a jurisprudência alemãs acrescentam um terceiro critério, denominado proporcionalidade em sentido estrito, ou, tão somente, razoabilidade, exigibilidade ou justa medida⁶⁵.

Admitida a idoneidade dos critérios clássicos da necessidade e da adequação, o terceiro momento de análise de sopesamento se desenvolve a partir da verificação do ônus imposto sobre a capacidade de aferir uma posição de vantagem, a fim de verificar a legitimidade da medida selecionada⁶⁶. Trata-se da proporcionalidade em sentido estrito.

Em comparação realizada com o sistema do balanceamento norte-americano, conclui-se que a forma de divisão da análise da proporcionalidade em seus subprincípios, ou, somente, em seus critérios de aferição, torna a decisão passível de ser comensurada a partir dos elementos utilizados para o alcance da solução do caso concreto⁶⁷.

Como registro da primeira decisão em que o Tribunal Constitucional Federal alemão mencionou o princípio da proporcionalidade, proferiu-se decisão no contexto das eleições, em que utilizou o Tribunal como fundamento que os Estados poderiam limitar direitos em caso de emergência, desde que estivessem adstritos ao limite do necessário⁶⁸.

⁶³*Ibid.*

⁶⁴Robert Alexy classifica os princípios como mandamentos de otimização, os quais, num exame de ponderação, devem ter aplicação no maior grau possível, fática e juridicamente considerados. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁶⁵SCHOLLER, Heinrich. **O Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Interesse Público, 1999.

⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 298.

⁶⁷COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **American balancing and german proportionality: The Historical Origins**. I-Con: International Journal of Constitutional Law. 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/263/699991>. Acesso em: 10 nov. 2023.

⁶⁸MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**. A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 100.

A decisão do Caso Lüth, *BVerFGE* 7, 198⁶⁹, em momento posterior, teve o mérito de ser considerada a primeira a desenvolver a teoria dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais e da ponderação⁷⁰. Nessa decisão paradigma, decidiu o Tribunal Constitucional Federal, em sede de reclamação constitucional, que o direito fundamental de liberdade de expressão, previsto no art. 5 I 1 GG, deveria prevalecer em detrimento ao boicote geral proclamado por Erich Lüth, um crítico de cinema, que instigava os distribuidores de filmes e o público em geral a não consumirem o filme nazista que incitava a violência contra o povo judeu⁷¹.

Por conseguinte, a par dos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais até aqui dispostos, nota-se que o ideal de proporcionalidade, ora disposto nas razões filosóficas deste trabalho, diferencia-se daquela considerada em seu sentido técnico-jurídico, utilizada, portanto, para delimitar o âmbito de liberdades fundamentais quando dispostos dois direitos fundamentais em conflito.

Como visto, as primeiras decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão datam do século XX, especificamente a partir do ano de 1954, cujo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial somaram-se em prol da garantia de direitos dos cidadãos.

Não obstante seja possível compreender um ideal de proporcionalidade na limitação da arbitrariedade pautada no estado de polícia, ainda não se tratava, essa forma inicial, daquela constatada em seu sentido técnico-jurídico, que passou a ser desenvolvido pela jurisprudência da Corte Constitucional Alemã.

Trata-se, pois, da adequação jurídica de direitos fundamentais como forma de promover a melhor equalização dos direitos em rota de colisão, a fim de proporcionar a justa medida, ou seja, a igualdade em sentido jurídico entre as partes litigantes, uma vez que o direito de receber igual tratamento perante a lei também é oponível ao legislador.

1.3 DIREITOS DE IGUALDADE E DE CIDADANIA COMO PRESSUPOSTOS DA PROPORCIONALIDADE: A MUTAÇÃO JURÍDICA PÓS REVOLUÇÕES LIBERAIS BURGUESAS

⁶⁹SCHABE, Jürgen. **50 anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038. Acesso em: 07 nov. 2023, p. 381.

⁷⁰MORAIS, *op. cit.*, p. 100.

⁷¹SCHABE, Jürgen. **50 anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038. Acesso em: 07 nov. 2023, p. 381-394.

Com amparo nas duas matrizes historicamente consideradas, passa-se a desenvolver o fenômeno da proporcionalidade em sua acepção principiológica, pautada nos ideais de igualdade jurídica universal.

A metodologia, a seguir defendida, busca uma proposta de integração da técnica da ponderação ao princípio da igualdade jurídica, considerada a sua acepção material, em paralelo com o avanço histórico dos direitos de cidadania.

Ao referenciar o princípio da proporcionalidade como um de seus instrumentos para a construção do discurso jurídico-argumentativo, na acepção jurídica do postulado, por vezes, a doutrina deixa de considerar o conteúdo histórico do princípio e passa a admitir intervenções jurídicas de formas violadoras aos postulados da segurança jurídica, do devido processo legal, e, sobretudo, à sua gênese elementar, do postulado da igualdade jurídica.

Fruto de um processo histórico de limitação de poderes da autoridade legitimada, e de criação de garantias de novos direitos considerados essenciais para a dignidade humana, ou ainda, no entendimento de T. H. Marshall⁷², uma positivação de direitos civis que visavam à manutenção de um sistema escalonado de classes sociais em benefício do próprio sistema, foi apenas num passado mais recente, a partir da segunda metade do século XX, que o ideal de proporcionalidade pôde ser integrado à técnica da ponderação.

Torna-se, a proporcionalidade, um princípio de amparo à justificação de todas as dimensões de direitos fundamentais, sejam eles direitos civis, políticos ou sociais, a partir do momento em que, com ela, admite-se a ponderação de interesses juridicamente contrapostos.

As matrizes anteriormente desenvolvidas, de origem anglo-saxã e romano-germânica, fundaram-se na limitação do arbítrio e no repúdio aos atos que interferissem além do necessário na esfera de direitos mínimos dos indivíduos. Tiveram o mérito de proporcionar amplo desenvolvimento dogmático e jurisprudencial, com elementos e formas de aplicação que passaram a ser adotados no controle de compatibilidade das leis e dos atos administrativos que restringissem direitos e garantias fundamentais, em busca de sua conformação e harmonização aos casos concretos submetidos ao crivo do Poder Judiciário.

A proposta, a ser expandida, não se opõe aos parâmetros doutrinários amplamente reconhecidos, todavia, amplia a análise da técnica da ponderação e da utilização do princípio da proporcionalidade sob um prisma complementar, de modo a devolver-lhes a coesão aos seus aspectos históricos, uma vez que a lei, além de regular a vida em sociedade, deve ter por finalidade a promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais, certo de que o

⁷²MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Tom. **Cidadania e classe social**. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Unesp, 2021, p. 46-47.

ordenamento jurídico não mais admite posturas arbitrárias, apartadas dos comandos normativos constitucionais.

A partir do momento em que se passa a sustentar que o princípio jurídico da proporcionalidade decorre dos ideais de limitação de poderes da autoridade soberana e da garantia de direitos fundamentais, deve-se compreender que essa condição apenas se tornou possível com base na mutação jurídica do direito de igualdade jurídica.

As revoluções liberais burguesas impuseram aos soberanos as primeiras declarações de direitos, em sentido formal, partindo de um ideal libertário de que todos são considerados iguais perante a lei. Sob essa premissa, ampliou-se o espectro de virtudes, do princípio, para admitir fosse aplicado em sua reconhecida acepção material, de modo a conferir aplicação de igualdade também na lei.

Com essa compreensão, releva aprimorar o tema realizando a diferenciação da igualdade no direito, consoante entendimento de Norberto Bobbio, em relação à igualdade perante a lei, ou igualdade formal, a considerar que:

a igualdade perante a lei é apenas uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos (por exemplo, do direito de todos de terem acesso à jurisdição comum, ou aos principais cargos civis e militares, independentemente do nascimento); já a igualdade nos direitos compreende, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição, tais como os direitos civis e políticos, geralmente proclamados (o que não significa que sejam reconhecidos de fato) em todas as Constituições modernas⁷³.

T. H. Marshall⁷⁴ é categórico em afirmar que, entre os séculos XVIII e XIX, embora houvesse positivação de direitos civis, “a igualdade perante a lei não existia”. Houve, por necessário, o reconhecimento de que uma igualdade perante a lei não era suficiente para assegurar os direitos dos cidadãos⁷⁵.

O direito de igualdade perante a lei, em sentido formal, portanto, remonta das Constituições que advieram dos movimentos de revoltas liberais, com destaque para a Declaração dos direitos da Virgínia⁷⁶, nos Estados Unidos da América, de 1776, como também

⁷³BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 29.

⁷⁴MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Tom. **Cidadania e classe social**. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Unesp, 2021, p. 49.

⁷⁵*Ibid.*

⁷⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Declaração dos direitos da Virgínia de 1776**. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration>. Acesso em: 24 mar. 2024.

para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁷⁷, oriunda da Revolução Francesa.

Deve ser observado que a Constituição dos Estados Unidos⁷⁸, até a 14ª Emenda, datada de 1868, não havia ainda consagrado entre seu conteúdo o princípio da igualdade civil⁷⁹.

No Brasil, a primeira manifestação constitucional do direito da igualdade decorreu com o art. 179, XIII, da Constituição do Império de 1824⁸⁰, o qual prescrevia que “a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

A corroborar esse contexto, da gênese do postulado da igualdade oriundo das revoluções liberais burguesas, o dispositivo acima citado possui aparente espelhamento com a redação do art. 6º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, pela qual:

a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de contribuir pessoalmente, ou através dos seus representantes, para a sua formação. Deve ser igual para todos, quer proteja, quer castigue. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente elegíveis para todas as dignidades, lugares e empregos públicos, de acordo com a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos⁸¹.

Diante da promulgação da Constituição da República, de 1891⁸², o postulado da igualdade extinguiu os privilégios estatuídos pela Monarquia, conforme dispôs o art. 72, §2º, todavia, sequer se poderia cogitar da existência de igualdade material, em vista do contexto social em que figurava a República.

Inicia-se, nesse momento, a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e dos atos legislativos, com amparo no art. 59, §1º, alíneas “a” e “b”, da Constituição da República, de 1891⁸³. Havia a permissão constitucional para que as sentenças prolatadas em última instância a nível Estadual, e que fossem contrárias à validade de Leis Estaduais ou

⁷⁷FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 23 jan. 2024.

⁷⁸ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>. Acesso em 24 mar. 2024.

⁷⁹DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26.

⁸⁰BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 09 nov. 2023.

⁸¹FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 23 jan. 2024.

⁸²BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.

⁸³*Ibid.*

Federais em face da Constituição, assim como dos atos dos Governos dos Estados, fossem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora houvesse permissão constitucional para que juízes efetuassem o controle difuso de constitucionalidade, os juízes, em vista do regime da Constituição anterior, não aplicavam o dispositivo⁸⁴.

A igualdade perante a lei foi mantida na redação do art. 113, item I, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934⁸⁵, da forma como prescrita em 1891. Todavia, com a outorga da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937⁸⁶, os §§1º e 3º do art. 122 passavam a enunciar que, além da igualdade perante a lei, “a Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade”, assim como que “os cargos públicos são igualmente acessíveis a todos os brasileiros”, em aparente ampliação do conceito de igualdade, para a época.

Nas Constituições seguintes, não houve distinções textuais de relevo a respeito do direito de igualdade.

O movimento pela igualdade de todos perante a lei, nomenclatura habitualmente referida para designar a igualdade em sentido formal, não se mostrou suficiente aos anseios legítimos daqueles que almejavam ao direito de igualdade num sentido mais amplo, conforme se nota deste excerto abaixo transcrito:

Com efeito, a circunstância de que a lei deveria ser a mesma para todos não era, na primeira fase do princípio da igualdade, tida como incompatível com a desigualdade em matéria de direitos e obrigações decorrente de desigualdades sociais e econômicas, como bem ilustra o exemplo das limitações impostas na esfera dos direitos políticos, visto que durante considerável período de tempo era difundida a prática de se exigir, tanto para votar quanto para concorrer a cargos eletivos, a demonstração de determinado patrimônio e/ou rendimento⁸⁷.

Como decorrência do princípio da igualdade, surgiram os direitos de cidadania, que podem ser entendidos como um *status* daquelas pessoas que são consideradas membros

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 990.

⁸⁵BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

⁸⁶BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de Novembro de 1937)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

⁸⁷DÍEZ-PICAZO, Luís Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2005, p. 192 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 603.

integrais de uma comunidade. Iorio Filho⁸⁸ afirma que a cidadania “pode ser conceituada como o mínimo jurídico, composto de direitos e deveres, comum a todos os que estão vinculados politicamente a determinado Estado”.

Os movimentos em busca de um liberalismo igualitário pregavam que o Estado, numa perspectiva política e institucional, tem o dever de atuar em prol da manutenção de direitos básicos da população⁸⁹. O Estado deve considerar, portanto, que todas as pessoas possuem o mesmo valor, cujo tratamento deve ser razoável e justo, sem qualquer espécie de distinção entre os indivíduos que com ele mantiverem vínculos⁹⁰.

Denota-se, nesse contexto, um entrelaçamento da noção evolutiva da igualdade em sentido material aos ideais de cidadania, como o complemento necessário para que a evolução do princípio da proporcionalidade fosse admitida como um princípio orientador de políticas positivas voltadas à garantia da justiça.

T. H. Marshall⁹¹ divide o conceito de cidadania em três critérios distintos. Como primeiro, trabalha o conceito no dever estatal de garantia das liberdades. O segundo, chamado de elemento político, encarta os direitos de participar da vida política do Estado, ao qual o cidadão se vincula. Por fim, no terceiro, o elemento social concretiza-se na possibilidade de participação de todas as pessoas no patrimônio social, como forma de garantir um mínimo condizente aos padrões de determinada comunidade.

É certo que o Direito, como um sistema de normas que objetiva regular as relações dos indivíduos em sociedade, deve estar configurado aos padrões de sua época. O desenvolvimento jurídico do princípio da proporcionalidade apenas se mostrou dotado de aptidão para ser aplicado como elemento jurídico da técnica da ponderação a partir do momento em que os ordenamentos jurídicos passaram a admitir que o rol de direitos fundamentais, ou seja, aqueles positivados ao ordenamento jurídico interno e dotados de exigibilidade, estivessem disponíveis a todos os estratos sociais daquele Estado, em aplicação universal, e que estivessem desvinculados da posição social que o indivíduo, unicamente considerado, estivesse situado.

Reafirma-se, portanto, que a orientação ao postulado da proporcionalidade, em seu sentido técnico-jurídico, deve ser considerada em contexto distinto daquele propugnado pela

⁸⁸IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Curitiba: CRV, 2014, p. 71.

⁸⁹O conceito de população, segundo Paulo Bonavides, contempla “todas as pessoas presentes no território do Estado, num determinado momento, inclusive estrangeiros e apátridas”. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 72.

⁹⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 122.

⁹¹MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Tom. **Cidadania e classe social**. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Unesp, 2021, p. 23-24.

doutrina, pois, no período em que foram impostas as primeiras Cartas aos Reis, em que as limitações das arbitrariedades e a concepção de garantias mínimas aos indivíduos eram a sua única razão de existência, desses textos normativos, ainda não se cogitava um *status* de cidadania com notas de direito universal, tampouco existiam instituições de Estado capazes de garantir a aplicação desses direitos, na forma jurídica de um dever Estatal passível de ser exigido do particular contra o Estado, por intermédio de um Poder autônomo e independente, como reconhecida hodiernamente tal função ao Poder Judiciário.

Está-se diante de um conceito de proporcionalidade que, derivado da cláusula *law of the land*, oriunda da Carta Magna⁹², sofreu intensa evolução jurídica e social e demanda um controle de aplicação diretamente considerado no caso concreto, adstrito aos parâmetros da concepção de igualdade jurídica daquela sociedade em que é realizada a conformação da pretensão aos direitos fundamentais em colisão.

As revoluções liberais do século XVIII inauguraram, portanto, a busca pelo direito de cidadania, corolário do direito de igualdade, que pregava o direito daqueles que ao Estado estivessem vinculados pudessem influenciar nas decisões políticas de sua comunidade.

Aproxima-se ao ideal da filosofia clássica de Aristóteles, que propugnava que o aspecto de cidadão apenas seria evidente quando o indivíduo passasse a ter a capacidade de atuar na formulação das decisões comuns, de interesse político, na esfera dos três Poderes⁹³.

Apenas a título de reforço, debates ainda recentes no contexto histórico foram travados pela busca de igualdade em sentido político, para que o conceito de cidadania se desvinculasse de seu conteúdo civilista, como a sua pretensão de separação do conceito de cidadão ao conceito de capacidade civil⁹⁴.

Situado nesse contexto, o princípio da proporcionalidade não tolera leis arbitrárias, como aquelas que destinem tratamento desigual para membros da comunidade que figurem em situações idênticas, de modo que Dantas⁹⁵ afirmara que a lei arbitrária “não será *due process of law* e também infringirá a cláusula de igualdade”.

⁹²INGLATERRA. **Magna Carta, 1215**. Disponível em: <https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

⁹³ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 1292a-1301a.

⁹⁴Atente-se que, no Brasil, as mulheres somente passaram a ter o direito ao voto facultativo a partir do ano de 1932, por meio do Decreto nº 21.076/1932. O direito constitucional ao voto foi positivado no art. 109, da Constituição da República de 1934, e apenas era admitido às mulheres que exercessem função pública remunerada. O voto obrigatório para todas as mulheres tornou-se possível somente a partir de 1965.

⁹⁵DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 33.

Assente esse significado, o ordenamento jurídico, em prol da garantia da igualdade de todos perante a lei, e na lei, ciente da unidade e da supremacia inerentes à Constituição, elabora mecanismos de regulação jurídica para a manutenção de sua própria perpetuação hierárquica dotada de unidade e superioridade. Trata-se de situações jurídicas aptas a capacitar o Poder Judiciário para invalidar atos legislativos ou administrativos que destoarem dos princípios fundamentais daquela comunidade⁹⁶.

A igualdade social também deve estar desvinculada do conceito de classe social, pois se admite que todos possam exercer suas pretensões no Poder Judiciário em busca de direitos positivados, não somente os direitos de abstenção Estatal, os direitos de liberdade, mas também aqueles direitos que demandam um planejamento de políticas públicas, muitas vezes dispostos nas cartas constitucionais como normas desprovidas de eficácia.

A partir do momento em que a pretensão ao usufruto de direitos positivados é ampliada, em termos de igualdade, a todos aqueles que deles possam exercê-los, pode-se considerar consolidada a acepção técnico-jurídica do princípio da proporcionalidade como instrumento à disposição da técnica da ponderação, apesar de o princípio da proporcionalidade receber, no Brasil, a consideração de se tratar de um princípio implícito ao ordenamento jurídico⁹⁷.

A mudança de paradigma ocorre com a pacificação do entendimento pelas camadas sociais superiores, ao compreenderem que, independentemente da classe social do ofendido, o acesso àquele direito tem um dever constitucional de seguir o devido processo legal⁹⁸.

Mostra-se que nem sempre esse acesso igualitário às garantias do ordenamento foi admitido pelo Estado, embora o conceito de cidadania já figurasse presente⁹⁹. Mas, conforme sustentado, a proporcionalidade, como um elemento da ponderação, apenas se fez presente com a compreensão da igualdade jurídica a partir do desenvolvimento do conceito de cidadania, pois se trata de um pressuposto lógico da igualdade.

Na acepção empregada, permite-se conceituar a cidadania, de acordo com Iorio Filho¹⁰⁰, como o “mínimo jurídico comum a todos que estão ligados juridicamente a um Estado,

⁹⁶*Ibid.*, p. 35.

⁹⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 345.

⁹⁸O devido processo legal deve ultrapassar a acepção processualista de mera submissão ao rito procedimental adequado, a ser analisado com vistas à sua origem, na cláusula *law of the land*, instrumentadora do princípio da igualdade material, de modo a materializar todo o rol de direitos e garantias do ordenamento jurídico àqueles que buscam, por meio do processo, a tutela judicial.

⁹⁹MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Tom. **Cidadania e classe social**. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Unesp, 2021, p. 49.

¹⁰⁰IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Curitiba: CRV, 2014, p. 70.

consubstancia um conjunto de direitos e deveres que disciplinam a relação do Estado com seu povo”.

Em se tratando, portanto, de um *status* conferido aos membros de uma comunidade, admite-se compreender que apenas os cidadãos estão equiparados, ou seja, são iguais, em direitos e obrigações perante o Estado¹⁰¹.

Nos ensinamentos de T. H. Marshall¹⁰², denota-se que, entre os ideais de igualdade e de cidadania, a desigualdade social compõe o elemento de manutenção e sustentação do sistema capitalista, a ensejar um planejado sistema de estratificação de classes sociais, cuja desigualdade, aliada aos direitos civis positivados, atuavam conjuntamente na prospecção dos anseios estatais.

A concepção da integração de direitos civis e políticos, pelo *status* da cidadania, pressupõe um sentimento coletivo de participação no patrimônio comum, cujo reconhecimento dos direitos políticos às classes sociais que não os detinham poderia ser ameaçador para a manutenção do sistema, uma vez que a igualdade levada aos extremos causaria uma ruptura institucional na conformação do Estado capitalista¹⁰³.

Sem ignorar o passado de regimes ditatoriais e totalitários, a ordem social superou o Estado de Direito, com a implosão do positivismo jurídico¹⁰⁴, e passou a adotar nova conformação, a conciliar o império da Lei com as formas de participação popular nas decisões políticas fundamentais do Estado. Na primeira metade do século XXI, conciliaram-se os interesses do Estado, de um lado, e as garantias positivadas dos direitos fundamentais, com aplicabilidade plena e imediata, de outro, cuja nova denominação sagrou-se por Estado Democrático de Direito, de importância reconhecida pelo Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰⁵, a prescrever que a nova conformação desse novo modelo enseja “um bom projeto para o milênio”.

¹⁰¹MARSHALL; BOTTOMORE. *op. cit.*, p. 42.

¹⁰²MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Tom. **Cidadania e classe social**. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Unesp, 2021, p. 46-48.

¹⁰³*Ibid.*, p. 31-33.

¹⁰⁴CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 33-38.

¹⁰⁵BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 67.

2. A PROPORCIONALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA FORMA DE APLICAÇÃO COMO TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ponderação de interesses e a proporcionalidade são postulados¹⁰⁶ de interesse ao constitucionalismo moderno que possibilitam um papel criativo ao julgador para intervir e modificar a esfera das liberdades constitucionais.

Há, entre a proporcionalidade e a ponderação, uma interconexão metodológica, no sentido de admitir-lhes aplicação conjunta, sem que se opere uma relação de dependência, conforme elucidada Ávila:

O postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável. O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da ponderação de bens: esse último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação¹⁰⁷.

Ponderação, portanto, pode ser compreendida como a técnica utilizada pelo aplicador da norma jurídica, destinada a equacionar os princípios em conflito, sobre a qual é admitido utilizar-se da proporcionalidade, por meio de seus elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, além de sua vertente evolutiva, que será tratada mais adiante.

Conforme analisado no capítulo anterior, a ponderação não necessariamente se caracteriza como um instrumento próprio da ciência do Direito, pois ela se refere a um método de justificação de uma escolha entre duas possíveis determinantes, do qual a ciência do Direito apropriou-se, a fim de criar um mecanismo de coesão para o sistema jurídico. Trata-se, em sua origem, portanto, de um conceito desprovido de metodologia jurídica.

O espectro da ponderação e da proporcionalidade que se passa a verificar é aquele em que a ciência do Direito se apropria e passa a instituir com uma proposta metodológica peculiar, em atenção à proteção dos interesses jurídicos de maior envergadura propostos na Constituição da República.

¹⁰⁶O termo postulado foi utilizado como referência a “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”, conforme lapidado por ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 130.

¹⁰⁷*Ibid.*, p. 116.

Enfrentar as questões que circundam cada instituto permite ultrapassar o âmbito de realidade do mundo dos fatos. Adentra-se no complexo normativo que se imbrica aos fatores histórico-jurídicos, cuja compreensão aplicada permitirá ampliar o conhecimento da essência estruturante do Estado Democrático de Direito.

No sistema jurídico alemão, a evolução da proporcionalidade decorreu da confluência dos estudos teóricos doutrinários, em especial, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que teve o mérito de tê-la aperfeiçoado em seus elementos distintivos, os reconhecidos subprincípios da proporcionalidade, a determinar parâmetros hermenêuticos de verificação da compatibilidade constitucional das normas impugnadas ao texto constitucional.

Assim como ocorreu na Alemanha, adotar-se-á como parâmetro de análise inicial o desenvolvimento dos institutos a partir da doutrina nacional, em paralelo ao tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal naquelas decisões em que se operaram restrições e limitações a direitos e garantias fundamentais, quando princípios jurídicos de igual envergadura hierárquica estiveram em rota de conflito no caso concreto.

Na doutrina brasileira, uma teoria da ponderação se confunde com o momento em que o Supremo Tribunal Federal realiza as primeiras declarações de inconstitucionalidade de atos legislativos. San Tiago Dantas¹⁰⁸ afirma, no ano de 1953, que o fundamento pelo qual se admitiria ao julgador invalidar atos legislativos estaria pautado no princípio da igualdade substancial, conforme já abordado. Também nesse sentido leciona o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰⁹, em momento mais recente, ao enunciar que a cláusula *law of the land*, a qual propugna uma aplicação isonômica do Direito, oriunda da *Magna Carta Libertatum*¹¹⁰, admitiria que o julgador realizasse um controle das leis com base no *common law*.

A superação da forma de Estado absolutista para o Estado de Direito, e, posteriormente, a conformação atual, sob o denominado Estado Democrático de Direito, consolidou a introdução de valores éticos sob a forma de princípios positivados no texto constitucional, os quais ora se permitem aplicar como regras, ora se permitem aplicar apartados de uma consequência prática¹¹¹, de modo que a abstração de um princípio jurídico passa a exigir do

¹⁰⁸DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40.

¹⁰⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 294.

¹¹⁰INGLATERRA. **Magna Carta, 1215**. Disponível em:

<https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

¹¹¹ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36-42.

intérprete da norma constitucional um esforço argumentativo para justificar a conformação juridicamente adequada do conflito de interesses, a impor os seus limites de exercício dos direitos fundamentais.

Essa nova forma de aplicação do ordenamento jurídico ressignificou as atribuições das instituições de Estado e, ao Poder Judiciário, incumbiu-lhe a integração do ordenamento jurídico, por meio da atividade criativa, à luz das normas jurídicas positivadas no texto constitucional, com amparo em seus dispositivos dotados de superioridade hierárquica.

Houve uma retomada dos ideais do jusnaturalismo, todavia, sem desconsiderar a praxe, fruto do positivismo, cujo novo marco filosófico Barroso¹¹² classifica como pós-positivismo.

O novo constitucionalismo ou, tão só, neoconstitucionalismo, surge como a introdução de valores éticos dispostos sob a forma de princípios jurídicos, num movimento que teve início após a Segunda Guerra Mundial e que tem na dignidade humana a sua cláusula maior.

A par dessas premissas, passa-se a posicionar o entendimento doutrinário e jurisprudencial da metodologia aplicada à técnica da ponderação, especificamente tratada no conflito, ou colisão, de direitos fundamentais, momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir e obstar a perpetuação de leis, ou atos administrativos, de natureza arbitrária, ou seja, que destoem dos limites éticos e jurídicos positivados pelo texto, e contexto, constitucional.

2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS DA PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A necessidade de ponderar surge como um fenômeno de expressão da racionalidade, a fim de entregar uma solução justa diante de um conflito de interesses, e desenvolve-se, historicamente, como decorrência da cláusula do devido processo legal substantivo, em que, no Brasil, a proporcionalidade passa a receber a categoria de princípio jurídico implícito ao ordenamento pátrio¹¹³, e opera-se a reintrodução de valores éticos e morais, sob a forma de normas jurídicas dotadas de abstração, e também, aplicabilidade imediata, conforme dispõem os §§ 1º e 2º do art. 5º da CRFB/88¹¹⁴.

¹¹²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 285-288.

¹¹³*Ibid.*, p. 345.

¹¹⁴BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

O fenômeno tornou-se mais relevante a partir do momento em que distintos valores éticos e morais, frutos do pós-positivismo¹¹⁵, passaram a ser normatizados no ordenamento jurídico, como meio de garantir um rol comum de direitos e garantias à população vinculada a determinado Estado, em verdadeira revolução jurídico-social.

Uma vez defronte o conflito de interesses, seja pelo ato de promulgação de uma norma infraconstitucional restritiva de direitos fundamentais, seja no âmbito próprio da autonomia privada, entre particulares, o que a doutrina e a jurisprudência denominam como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹¹⁶, e sendo demandado o Estado, cumpre ao magistrado, representante do Ente Público, especificamente do Poder Judiciário, definir quais os limites ao exercício de cada direito fundamental contraposto.

A ponderação, também chamada de balanceamento de interesses, ou ainda, de sopesamento, deve ser considerada uma técnica hermenêutica de resolução de conflitos para as hipóteses em que o julgador se encontra diante de uma colisão de direitos fundamentais, sejam eles princípios ou regras, em que a solução deverá se concretizar com a limitação de um deles, ou de ambos os princípios colidentes, como forma de melhor alcançar a respectiva concordância prática¹¹⁷.

A lógica desse sistema de conformação do direito parte da premissa de que o método subsuntivo de aplicação da norma foi insuficiente à proteção de todos os interesses constitucionalmente protegidos, colocando em superação, assim, o método jurídico positivista de reconhecimento das normas.

Como uma metodologia de sopesamento de bens distintos, para que sejam atendidos os deveres de fundamentação, deve a técnica ser conjugada com outros instrumentos jurídicos para a resolução do caso concreto. Sem essa conexão, a ponderação seria tão somente um método arbitrário de escolha de um peso entre duas medidas, distintamente consideradas, e seria

¹¹⁵BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 351.

¹¹⁶A eficácia horizontal dos direitos fundamentais consiste em considerar os particulares, em suas relações privadas, como destinatários das normas que prescrevem direitos fundamentais dispostas na Constituição da República. Ainda que a doutrina e jurisprudência tenham se posicionado pela aplicabilidade imediata desse rol de direitos nas relações privadas, fato é que, entre os particulares, há relações jurídicas em que partes hipossuficientes, em sentido *lato*, podem restar em demasia desfavorecidas, de modo que ao Poder Judiciário incumbirá o dever de realizar o exercício de ponderação dos interesses conflitantes no caso concreto, como forma de permitir a melhor concordância prática e efetividade dos direitos fundamentais contrapostos, assim como também entendem SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 386-389.

¹¹⁷Note-se que mesmo uma regra é passível de receber adequação por meio da ponderação, a considerá-la em todas as circunstâncias do fato, é permitido ao aplicador do direito, com amparo de princípios jurídicos superiores, deixar de aplicar a regra a pretexto de realizar um fim maior, de modo que realiza também o exercício da ponderação.

remetida a sua perspectiva filosófica, eis que deixaria de observar os critérios jurídicos de aplicação do ordenamento.

Mostra-se possível realizar a conexão entre a técnica da ponderação a outros postulados hermenêuticos, que se ligam a ela finalisticamente para justificar a fundamentação jurídica. A fim de concretizar tal razão, pode-se utilizar como exemplo os postulados da concordância prática, da proibição de excesso, da proporcionalidade, e também, da razoabilidade¹¹⁸ e da igualdade¹¹⁹.

É sob esse fundamento que, compreendido o instituto da ponderação, passa-se a esclarecer os fundamentos jurídicos que são utilizados no âmbito do Supremo Tribunal Federal ao instrumentalizar em suas decisões a técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade.

Considerado como um dos primeiros precedentes da Suprema Corte brasileira a declarar a inconstitucionalidade de um ato legislativo, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes¹²⁰, e também por Fausto Santos de Moraes¹²¹, o Recurso Extraordinário 18.331/SP, julgado em 21 de setembro de 1951¹²², sob a relatoria do Ministro Orosimbo Nonato, teve por objeto a possibilidade de limitação, pelo Poder Judiciário, da competência tributária para a majoração de tributos como forma de proteção aos direitos de liberdade de exercício profissional e de propriedade.

Ainda de forma incipiente, não foram definidos os delineamentos jurídicos para aferição da proporcionalidade das normas.

A Corte pôde realizar o teste de constitucionalidade da norma que criou o imposto incidente sobre cabines de banho no Município de Santos, e passou a compreender que a

¹¹⁸Neste trabalho o postulado da razoabilidade não é tratado de modo equivalente ao da proporcionalidade. Trata-se de princípios desenvolvidos em sistemas jurídicos diversos, embora, na prática, sejam utilizados para semelhantes finalidades de ponderar bens jurídicos em conflito.

¹¹⁹ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 94-127.

¹²⁰MENDES, Gilmar Ferreira. **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: https://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/A-PROPORCIONALIDADE-NA-JURISPRUD%C3%80NCIA-DO-SUPREMO-TRIBUNAL-FEDERAL.pdf#new_tab.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

¹²¹MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**. A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 115.

¹²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 18331/SP**. Majoração excessiva de imposto. *Nullus census sine lege*. O Exercício do poder de taxar e seus limites [...]. Relator: Ministro Orosimbo Nonato. 21 de setembro de 1951. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119904>. Acesso em: 16 out. 2023.

inconstitucionalidade de uma norma apenas pode ser proclamada quando esta figurar evidente, ou seja, quando se tratar de uma inconstitucionalidade fora de qualquer dúvida razoável¹²³.

Dos elementos declinados em sua fundamentação restou constatado que:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *'détournement de pouvoir'*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado¹²⁴.

Na fundamentação do acórdão, cita-se que a ilegalidade deve estar flagrante, uma vez que o executor do comando normativo possui uma faculdade de escolha dos meios e dos modos para bem desempenhar o seu dever legal. Portanto, concluíram os Ministros que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, além de necessitar ter violado o texto, também deve ter infringido o espírito da Constituição¹²⁵.

No ano de 1968, especificamente no julgamento do *Habeas Corpus* 45.232/GB¹²⁶, em 21 de fevereiro de 1968, sob a relatoria do Ministro Temístocles Cavalcanti, a questão de mérito da ação constitucional envolveu a declaração de inconstitucionalidade do art. 48 da revogada Lei de Segurança Nacional, o então Decreto-Lei nº 314, de 1967¹²⁷, que estabelecia como efeito da prisão em flagrante delito, ou do recebimento da denúncia, a suspensão do exercício da profissão ou emprego, em atividade pública ou privada, até decisão em sentença absolutória.

O citado dispositivo legal foi declarado inconstitucional na parte em que se referia aos profissionais liberais e aos empregos em atividades privadas. Também foram fixados parâmetros interpretativos, embora também não fosse mencionada a proporcionalidade como

¹²³*Ibid.*

¹²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 18331/SP**. Majoração excessiva de imposto. *Nullus census sine lege*. O Exercício do poder de taxar e seus limites [...]. Relator: Ministro Orosimbo Nonato. 21 de setembro de 1951. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119904>. Acesso em: 16 out. 2023.

¹²⁵*Ibid.*

¹²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 45232/GB**. Inconstitucionalidade do art. 48, do Decreto-Lei nº 314, de 1967 (Lei de segurança) [...]. Relator: Ministro Temístocles Cavalcanti. 21 de fevereiro de 1968. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=60205>. Acesso em: 16 out. 2023.

¹²⁷BRASIL. **Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0314.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

um princípio jurídico, de modo que manifestou o relator que a interpretação da Constituição deve ser considerada como um todo harmônico¹²⁸.

Haveria nela, na Constituição¹²⁹, cita o relator, um sentido político, programático e técnico, que, ao realizar o exame de ponderação sobre a norma impugnada, deveria repelir qualquer interpretação que contrariasse “os pressupostos constitucionais de federação, de república, da democracia, da autonomia municipal, dos princípios essenciais relativos à economia, à família, à educação, etc”¹³⁰.

Fixou-se, pois, que a função do intérprete objetiva prevenir contradições sistêmicas, e assim, como também mencionado no recurso anteriormente analisado, referenciou o acórdão em análise que a inconstitucionalidade da norma deve ser manifesta, ou seja, fora de qualquer dúvida, e finaliza a fundamentação do acórdão no sentido de que, se o problema da inconstitucionalidade fosse resolvido por meio da técnica rígida e puramente legal, Marshall não haveria prolatado a célebre decisão no caso *Marbury v. Madison Board of Education of Tupeka*¹³¹.

Colhe-se, ainda, que na Representação 930/DF¹³², do ano de 1976, citada por Moraes¹³³ como um precedente histórico sobre as origens do princípio da proporcionalidade na jurisprudência brasileira, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 4.116/1962¹³⁴, que regulamentava a profissão de corretor de imóveis.

Da fundamentação do acórdão compreende-se que, por mais uma vez, o espírito da Constituição foi utilizado como argumento jurídico para verificar que a norma regulamentadora

¹²⁸BRASIL, ref. 126.

¹²⁹O julgamento utilizou como parâmetro ao controle de constitucionalidade a Constituição da República do ano de 1967.

¹³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 45232/GB*. Inconstitucionalidade do art. 48, do Decreto-Lei nº 314, de 1967 (Lei de segurança) [...]. Relator: Ministro Temístocles Cavalcanti. 21 de fevereiro de 1968. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=60205>. Acesso em: 16 out. 2023.

¹³¹O caso *Marbury v. Madison*, em decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos prolatada no ano de 1803, sob a presidência do Juiz John Marshall, embora não se trate do primeiro julgamento a demonstrar a necessidade de controle judicial da legitimidade das leis, foi aquele que consolidou o entendimento sobre a supremacia da Constituição, a demonstrar a sua rigidez, conforme ensina SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 974-978.

¹³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação 930/DF*. Lei nº 4.116, de 27.8.1962. Inconstitucionalidade. Exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão [...]. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 2 de setembro de 1977. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur35230/false>. Acesso em: 18 fev. 2024.

¹³³MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade*. A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 116.

¹³⁴BRASIL. *Lei nº 4.116, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a regulamentação do exercício da Profissão de Corretor de Imóveis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4116.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20do,A rt.. Acesso em: 18 fev. 2024.

da profissão de corretor de imóveis não ofenderia o direito fundamental à liberdade de profissão, pois não excluiria daqueles que cumprirem os seus requisitos a possibilidade de integrar a referida classe, de modo que há interesse público na manutenção da regulamentação da profissão de corretor¹³⁵.

Sob a égide da Constituição de 1988, a medida cautelar na ADI 855/PR¹³⁶, de 1993, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, trabalhou, no âmbito da proporcionalidade, a suspensão dos efeitos da legislação estadual que determinava a pesagem obrigatória de botijões de gás GLP no momento da efetiva entrega ao consumidor. Em sua ponderação, expôs o Ministro que a onerosidade imposta às empresas distribuidoras violaria a razoabilidade, em detrimento da proteção do consumidor na aquisição da pesagem verificada do botijão. Não houve mais elementos ponderados no acórdão, de modo que apenas se realizou alusão à manifestação do INMETRO, como argumento de autoridade, a fim de que fosse deferida a medida cautelar¹³⁷.

Conforme se nota da evolução jurisprudencial, nessa primeira fase, os argumentos metajurídicos passam a ceder espaço a fundamentos justificados, voltados ao caso concreto, ainda que não se trate de exaurir os argumentos pelos quais se considerava a norma impugnada inconstitucional.

As referências das produções doutrinárias nos casos analisados foram inexistentes. Não havia parâmetro de controlabilidade das decisões na aferição dos argumentos utilizados para declarar a nulidade da norma impugnada. Conforme se observa, a compreensão dos comandos constitucionais era elevada a uma entidade dotada de uma vontade superior que repugnava determinados atos legislativos que desbordassem dos limites toleráveis de um ideal constitucional.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação 930/DF**. Lei nº 4.116, de 27.8.1962. Inconstitucionalidade. Exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão [...]. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 2 de setembro de 1977. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur35230/false>. Acesso em: 18 fev. 2024.

¹³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 855/PR**. [...] Lei nº 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, [...]. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. 6 de março de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 16 fev. 2024.

¹³⁷*Ibid.*

2.2 A CONSOLIDAÇÃO METODOLÓGICA JURISPRUDENCIAL DA PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante dos referenciais expostos, é salutar o entendimento contemporâneo da sistemática de aplicação do princípio da proporcionalidade, um segundo momento metodológico adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

As decisões, a respeito de matéria constitucional, pela Corte prolatadas, podem transcender os limites subjetivos da ação, a envolver também os órgãos da administração direta e indireta, em todos os níveis federativos, bem como sobre toda a população que estiver sob o manto da soberania estatal.

Como forma de limitar o objeto de estudo deste tópico, o pesquisador utilizou-se de verificação qualitativa e quantitativa, por meio da ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal¹³⁸.

A fim de justificar o critério de escolha dos acórdãos selecionados, a pesquisa delimitou as palavras-chave específicas ao tema, utilizando-se conjuntamente dos termos proporcionalidade e ponderação no mecanismo de busca, com limitação temporal a contar de 1 de janeiro de 2021 até 1 de janeiro de 2024.

Afastou-se da seleção os termos ponderação e proporcionalidade isoladamente considerados, uma vez que os julgados disponibilizados nessa sistemática de busca resultaram em amplitude incompatível com a proposta desta pesquisa, em vista da indexação haver entregue termos dissociados da necessária acepção técnico-jurídica, vinculados estritamente à técnica de ponderação, na perspectiva de ser um instrumento para a regulação da colisão entre princípios constitucionais fundamentais.

Também foi afastado o termo princípio, de forma isolada, uma vez que a sua utilização nos acórdãos não é restrita ao tema objeto da pesquisa, de modo que não se apresentou eficiente o critério de seleção no mecanismo de busca de jurisprudência.

Portanto, o método de análise selecionado disponibilizou 19 acórdãos prolatados pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, com vinculação dos termos proporcionalidade e ponderação, ambos indexados aos acórdãos, cuja análise individual das decisões de inteiro teor permitiu a constatação da metodologia e das matrizes doutrinárias e jurisprudenciais em

¹³⁸O mecanismo buscador de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se no endereço eletrônico <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/glossario.asp>.

utilização pela Suprema Corte quando conclamada a realizar o exame de sopesamento de valores constitucionais fundamentais em rota de colisão.

Deve ser pontuado que não se afasta a probabilidade de existência de outras decisões cujo conteúdo integrante dos acórdãos tenha utilizado o método da ponderação, todavia, sob os critérios visados ao objeto desta pesquisa, a sistemática adotada foi aquela que melhor ofereceu os resultados pretendidos.

Ao início da análise, ao posicionar a técnica da ponderação diante dos direitos de liberdade de expressão e de imprensa, contraposto ao direito de resposta, na ADI 5418/DF¹³⁹, o voto do relator, Ministro Dias Toffoli, posicionou o entendimento da Corte no sentido de que a liberdade de expressão e de imprensa, dada a sua relevância no cenário histórico brasileiro, deve receber o exame de ponderação pelo Poder Judiciário somente em momento posterior à manifestação. Deve ser vedada, portanto, qualquer forma de censura prévia¹⁴⁰.

No corpo do voto elaborado pelo Ministro relator, há citações doutrinárias relativas ao jurista português António Manuel Hespanha, em que descreve peculiaridades da construção do discurso argumentativo relacionadas à técnica da ponderação, de modo a deixar evidente que ambas as modalidades devem realizar escalas de medida da força de cada argumento utilizado no momento de realizar a ponderação de princípios¹⁴¹.

Em outro momento, faz alusão a Robert Alexy e seu posicionamento doutrinário a respeito dos planos de ponderação, conforme disposto em literatura doutrinária do Ministro Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁴².

Da análise, verifica-se na fundamentação do acórdão que, não obstante haja um posicionamento doutrinário para direcionar a metodologia argumentativa a ser declinada pelo relator, não houve menção, em nenhum outro momento de seu voto, a respeito de qual argumento fosse preponderante, ou ainda, sobre qual a prevalência entre os princípios em sopesamento, de modo a realizar as citações doutrinárias desvinculadas do caso concreto como argumentos de autoridade, sem correlação com a fundamentação proposta¹⁴³.

¹³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5418/DF**. [...] Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. Direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 11 de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346515959&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁴⁰*Ibid.*

¹⁴¹HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 274-276.

¹⁴²MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 238-241.

¹⁴³BRASIL, ref. 139.

No que toca ao voto dos demais Ministros, não houve nenhuma discordância ou debate de relevo para acrescentar às teses colacionadas pelo relator.

No RE 627432/RS¹⁴⁴, em que se discutiu a constitucionalidade da cota de tela, a questão de mérito foi pautada na ponderação entre os princípios da promoção e difusão da cultura nacional, de um lado, e os princípios da livre iniciativa e da liberdade de imprensa, do outro lado. No voto do Ministro relator não houve citação doutrinária a respeito de uma metodologia, a fim de justificar a ponderação que se realizaria¹⁴⁵.

Desenvolveram-se os argumentos encadeados com intervenções doutrinárias, jurisprudenciais e também com demonstrações econômicas da intervenção estatal em detrimento da livre iniciativa, sem haver também menção expressa ao princípio da proporcionalidade¹⁴⁶.

Após toda a explanação argumentativa, como forma de aparente conclusão sobre a constitucionalidade da cota de tela, dispôs o Ministro relator que:

[...] à luz dessas considerações, que a Medida Provisória nº 2.228-1/01 promoveu intervenção voltada a viabilizar a efetivação do direito à cultura, sem, por outro lado, atingir o núcleo dos direitos à livre iniciativa, à livre concorrência e à propriedade privada, tendo ela apenas adequado as liberdades econômicas a sua função social¹⁴⁷.

Proferido o voto vogal, da lavra do Ministro Nunes Marques, assentou-se que o direito à cultura possui natureza fundamental. Após, o Ministro realizou breve explanação do que se compreende pelo princípio da proporcionalidade e de suas derivações, quanto à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito, da forma como compreendido pela doutrina e jurisprudência alemãs¹⁴⁸, conforme abordado no primeiro capítulo.

Ao verificar eventual violação aos princípios da livre iniciativa e da ordem econômica, ante a limitação destes quanto ao ato normativo que impôs a cota de tela, o Ministro não realizou testes de proporcionalidade, conforme tendeu realizar em seu voto, de modo a somente expor, a respeito de cada princípio, argumentos em sentido persuasivo de não haver violação aos princípios no caso em análise¹⁴⁹.

¹⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 627432/RS**. [...] Obrigatoriedade de exibição de filmes brasileiros em salas de cinema. Cota de tela. Constitucionalidade [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 18 de março de 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346526493&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁴⁵*Ibid.*

¹⁴⁶*Ibid.*

¹⁴⁷*Ibid.*

¹⁴⁸*Ibid.*

¹⁴⁹*Ibid.*

No que toca aos votos dos demais Ministros da Corte, não houve intervenção no sentido de complementar os debates, de modo que todos acompanharam o voto do Ministro relator, sem realizar acréscimos qualitativos ao debate em Plenário¹⁵⁰.

Em sentido diverso dos julgamentos analisados anteriormente, na ADPF 811/SP¹⁵¹, que teve como objeto a definição dos limites de intervenção Estatal na liberdade religiosa e de culto, no contexto da pandemia de covid-19, em vista de Decreto Estadual que restringia a prática religiosa enquanto perdurassem os efeitos contagiosos, de início, assentou o relator, o Ministro Gilmar Mendes, que a decisão a ser proferida se pautaria em “uma verdadeira jurisprudência de crise, em que os parâmetros de aferição da proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais têm sido moldados e redesenhados diante das circunstâncias emergenciais”¹⁵².

Delimitou-se como objeto da ação a dimensão externa do direito à liberdade religiosa, e fundamentou o Ministro relator, com argumento de autoridade, no sentido de que a dimensão interna da liberdade religiosa é um direito absoluto, todavia, a dimensão externa, em se tratando da forma como o direito é exercido, é passível de restrições¹⁵³.

Ao verificar a compatibilidade material dos dispositivos normativos conflitantes com a Constituição, realizou profunda explanação a respeito das teses doutrinárias utilizadas para a restrição de direitos fundamentais, sendo todas oriundas de doutrinas estrangeiras, em específico, da Alemanha e dos Estados Unidos da América¹⁵⁴.

Citou, o relator, a necessidade de considerar a Constituição em sua unidade, e que os princípios em colisão devem receber a devida concordância prática. Atribuiu um valor específico a cada princípio colidente, como o direito à vida, à saúde e à liberdade religiosa¹⁵⁵.

Veiculou, também, o entendimento de que deve o intérprete “partir do pressuposto de que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote); veiculam também um postulado de proteção (Schutzgebote)”.

¹⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 627432/RS**. [...] Obrigatoriedade de exibição de filmes brasileiros em salas de cinema. Cota de tela. Constitucionalidade [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 18 de março de 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346526493&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811/SP**. [...] Vedação temporária de realização presencial de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo no Estado de São Paulo [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 8 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346816672&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁵²*Ibid.*

¹⁵³MAZURKIEWICZ, Piotr. **Religious Freedom in the Time of the Pandemic**. Religions, Disponível em: https://www.academia.edu/45043221/Religious_Freedom_in_the_Time_of_the_Pandemic. Acesso em: 15 fev. 2024.

¹⁵⁴BRASIL. ref. 151.

¹⁵⁵*Ibid.*

Finalizou a explanação doutrinária referendando os postulados da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente, que devem ser vinculados ao princípio da proporcionalidade, de forma a instrumentalizar a análise do princípio conforme seus três elementos, ou subprincípios, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito¹⁵⁶.

A retomar a análise do mérito, finalizou seu voto com estudos da ciência médica e de entidades independentes, como a Organização Mundial da Saúde, a tratar dos níveis de contaminação, e complementou com entendimentos jurisprudenciais da Corte no contexto emergencial para concluir pela improcedência da ação em favor da manutenção das medidas restritivas temporárias à liberdade de culto¹⁵⁷.

O voto vogal do Ministro Nunes Marques contemplou questão não suscitada no voto do relator e asseverou a impossibilidade de restrição ao exercício total de um direito fundamental, em respeito ao seu núcleo essencial, o que, nem no contexto da pandemia, deveria ser admitido¹⁵⁸.

Empreendeu fundamentação no sentido de que “qualquer estratégia administrativa e normativa que vise à minimização do contato social deve distribuir de forma proporcional e ponderada o ônus da pandemia, levando em conta os pesos que a própria Constituição Federal atribui aos direitos e liberdades nela contidos”¹⁵⁹.

De modo mais específico, ao proferir seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso explicitou as razões pelas quais considerou constitucionais as restrições do Decreto Estadual, por meio da fundamentação conforme os três subprincípios inerentes ao exame da proporcionalidade¹⁶⁰.

Ao proferir seu voto, o Ministro Dias Toffoli acompanhou a divergência trazida pelo voto vogal, do Ministro Nunes Marques, e fundamentou seu voto no sentido da impossibilidade da supressão total de um direito fundamental, ainda que de modo temporário, sob pena de violar o seu núcleo essencial¹⁶¹.

¹⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811/SP**. [...] Vedação temporária de realização presencial de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo no Estado de São Paulo [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 8 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346816672&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁵⁷*Ibid.*

¹⁵⁸*Ibid.*

¹⁵⁹*Ibid.*

¹⁶⁰*Ibid.*

¹⁶¹*Ibid.*

Os votos dos demais Ministros apenas acompanharam o voto do relator, que se sagrou vencedor, expondo cada um deles as suas razões, sem realizar exames minuciosos de proporcionalidade de forma justificada¹⁶².

Também no contexto da pandemia de covid-19, a ADPF 706/DF¹⁶³ teve como objeto pacificar a jurisprudência nacional a respeito da possibilidade de imposição de descontos nas mensalidades das instituições de ensino superior privadas, assim como delimitar o entendimento sobre a possibilidade de continuidade do ensino de forma remota. Pautou-se, portanto, a discussão de mérito, a respeito da colisão entre os princípios fundamentais da livre iniciativa, da isonomia e da autonomia universitária em contraponto ao direito fundamental à educação¹⁶⁴.

Como forma de fundamentar seu voto, a relatora, Ministra Rosa Weber, inicialmente utilizou argumentos contextuais com outros precedentes já prolatados pela Corte a respeito de casos semelhantes, no contexto da pandemia de covid-19¹⁶⁵.

Sem definir uma metodologia de ponderação, expôs seus fundamentos, os quais embasaram o entendimento pela violação do princípio da livre iniciativa a instituição de descontos lineares nas mensalidades escolares sem que fossem consideradas as peculiaridades inerentes a cada contrato individualmente considerado¹⁶⁶.

Quanto à violação do princípio da isonomia, embora sem realizar um exame profundo de ponderação, as razões expostas se mostraram suficientes para demonstrar a lesão ao princípio a legitimar a intervenção judicial, pois as decisões judiciais que determinavam reajustes nas mensalidades com porcentagens diferentes conferiam tratamento desigual às instituições de ensino, sem que para tanto houvesse uma justificativa no ordenamento jurídico para fundamentar o tratamento desigual¹⁶⁷.

¹⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811/SP**. [...] Vedação temporária de realização presencial de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo no Estado de São Paulo [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 8 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346816672&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 706/DF**. [...] Instituições de ensino superior privadas. Pandemia da Covid-19. Revisão contratual. Mensalidades. [...]. Relatora: Ministra Rosa Weber. 18 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350408616&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁶⁴*Ibid.*

¹⁶⁵*Ibid.*

¹⁶⁶*Ibid.*

¹⁶⁷*Ibid.*

Ao finalizar a verificação da violação dos princípios fundamentais em colisão, fez breve citação de Robert Alexy, sem que tenha relacionado a sua doutrina anteriormente no exame de ponderação¹⁶⁸.

No RE 842844/SC¹⁶⁹, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, os parâmetros de ponderação restaram mais evidentes no que toca aos julgados mencionados anteriormente. Citou, o Ministro relator, que “a discricionariedade decisória de promover exoneração *ad nutum*, com todas as suas implicações deve ceder, em raras exceções, aos princípios da proteção à maternidade e da igualdade”. Houve, portanto, clara preponderância argumentativa no corpo do voto no sentido de que a supremacia do interesse público não deve prevalecer quando colocado em conflito com os princípios da proteção da maternidade e da vida¹⁷⁰. Em suas palavras:

A proporcionalidade da medida pressupõe a aplicabilidade da justificativa, que, no caso, compreende-se como a finalidade de proteção à maternidade. Utilizando, mais uma vez, da ponderação como ferramenta de conflito principiológico, é possível se concluir que a não existência de normas absolutas faz com que a preferência de um princípio por outro em casos concretos leve em conta a proporcionalidade em sentido estrito. A problemática da ausência de proteção à maternidade à servidora contratada em comissão ou mediante contrato temporário é urgente, não havendo o que se falar em violação à Constituição, presente a justaposição ou convivência razoável entre os princípios em conflito. No caso sub examine, portanto, a proporcionalidade da medida demonstra-se evidente¹⁷¹.

Em relação aos votos vogais, não houve questões de relevo ao objeto desta pesquisa, de modo que todos os Ministros acompanharam o voto do relator¹⁷².

¹⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 706/DF**. [...] Instituições de ensino superior privadas. Pandemia da Covid-19. Revisão contratual. Mensalidades. [...]. Relatora: Ministra Rosa Weber. 18 de novembro de 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350408616&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁶⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 842844/SC**. [...] Servidora gestante. Gravidez durante o período da prestação dos serviços. Vínculo com a Administração Pública por cargo comissionado, não efetivo, ou por contrato temporário. Direito à licença maternidade e à estabilidade provisória. [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. 5 de outubro de 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363448268&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁷⁰*Ibid.*

¹⁷¹*Ibid.*

¹⁷²*Ibid.*

Na ADI 4273/DF¹⁷³, sob a relatoria do Ministro Nunes Marques, assentou-se que a proporcionalidade é um princípio que possui base constitucional na cláusula do devido processo legal, em sua acepção substantiva, como disposto no art. 5º, LIV, da CRFB/88¹⁷⁴.

Acrescenta em sua fundamentação que o princípio da proporcionalidade, além dos conhecidos elementos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, conta também com as vertentes da proibição de excesso e da vedação de proteção deficiente. Há uma imposição ao Estado para que, em determinados casos, ele se abstenha de intervir e, em outros, exige-se uma ação Estatal para a promoção daquele bem jurídico tutelado pelo legislador¹⁷⁵.

Referenciou, no corpo de sua fundamentação, extensa explicação doutrinária do magistério dos Ministros Gilmar Mendes e Paulo Gonet, todavia, toda a construção doutrinária não obteve a correlação com os fatos específicos do caso concreto, pelo que compreendeu, somente, que a norma impugnada é constitucional por não se manifestar em situação desarrazoada, ou sob demonstração de proteção insuficiente do bem jurídico tutelado¹⁷⁶.

Sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, na ADI 5545/RJ¹⁷⁷, o princípio da proporcionalidade e o teste dos subprincípios foi realizado de forma didática e compatível quanto aos fundamentos utilizados. Além de realizar a explanação do tema proposto, com a inclusão de análises de Direito Comparado, realizou o teste de proporcionalidade, primeiramente com a análise do subprincípio da adequação, e entendeu que “o problema o qual a lei almeja solução pode acabar se deslocando da troca de bebês para o erro ou troca do próprio material genético coletado”¹⁷⁸.

Ao verificar a necessidade, dentre todos os argumentos utilizados, aquele a prevalecer o entendimento adotado se resume à seguinte proposição:

¹⁷³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4273/DF**. [...] Crédito tributário. REFS. Lei nº 11.941/2009, arts. 67, 68 e 69. Lei nº 10.684/2003, art. 9º, §§1º e 2º. [...] Lei posterior que disciplinou a suspensão da pretensão punitiva em razão do parcelamento [...]. Relator: Ministro Nunes Marques. 15 de agosto de 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360646954&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁷⁴BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

¹⁷⁵BRASIL. ref. 173.

¹⁷⁶*Ibid.*

¹⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5545/RJ**. [...] Lei Estadual que obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos nas dependências de hospitais públicos ou privados, casas de saúde e maternidades e que possibilitem a posterior identificação através de exame de DNA. Coleta do material genético de todas as mães e filhos na sala de parto. [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. 13 de abril de 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358932466&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁷⁸*Ibid.*

As medidas já trazidas pelos incisos I e II do art. 2º da Lei ora questionada, quais sejam, respectivamente, (i) a utilização de pulseiras de identificação numeradas para mãe e filho na sala de parto e (ii) utilização de grampo umbilical enumerado com o número correspondente ao da pulseira, apresentam-se mais efetivas, menos custosas e menos interventivas na esfera privada dos indivíduos¹⁷⁹.

Para colmatar o teste de proporcionalidade, ao realizar a análise da proporcionalidade em sentido estrito, o relator enunciou que:

[...] a lei do Estado do Rio de Janeiro, ao não determinar prazo para a manutenção dos dados coletados nos bancos de dados genéticos, acaba por gerar uma perpetuação da violação à privacidade genética. A norma tampouco estabelece expediente para os envolvidos requererem a exclusão de seus dados e/ou destruição do material coletado, o que, como visto, configura afetação desarrazoada do núcleo essencial do direito fundamental¹⁸⁰.

Sob os fundamentos dispostos, mostra-se que a fundamentação adotada neste voto foi compatível com os elementos doutrinários trabalhados no tópico desta pesquisa, que especificou os ensinamentos da matriz romano-germânica do princípio da proporcionalidade.

Sob um aspecto de maior aproximação com a doutrina, o relator, Ministro Dias Toffoli, na ADPF 475/DF¹⁸¹, ao tratar sobre os limites ao exercício da liberdade de expressão, frente o tipo penal da legislação castrense que criminaliza a conduta de criticar ato de superior hierárquico, entendeu que “não há direitos constitucionais absolutos. Devem todos eles ser compreendidos dentro do sistema normativo-constitucional vigente, de modo que a eles seja dada máxima efetividade, sem se olvidar da coerência que o sistema impõe”¹⁸².

Ao tratar sobre o aspecto da necessidade, como subprincípio da proporcionalidade, acresce ao debate a seguinte passagem:

As restrições devem limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Durante muito tempo, a ideia do 'necessário' reconduzia-se ao princípio da proporcionalidade, com as características e subprincípios analisados em sede do princípio da juridicidade estatal (princípio do Estado de direito). “Diferentemente, a literatura mais contemporânea” - quer a teoria

¹⁷⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5545/RJ**. [...] Lei Estadual que obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos nas dependências de hospitais públicos ou privados, casas de saúde e maternidades e que possibilitem a posterior identificação através de exame de DNA. Coleta do material genético de todas as mães e filhos na sala de parto. [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. 13 de abril de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358932466&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁸⁰*Ibid.*

¹⁸¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 475/DF**. [...] Artigo 166 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Crítica a ato de superior ou a assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do governo. Conduta tipificada como crime militar. Direitos fundamentais. Restrição à liberdade de expressão. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 13 de abril de 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357700331&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁸²*Ibid.*

do direito em geral, quer a literatura juspublicística - oferece duas novas perspectivas: (i) a primeira, bem no coração da jusfundamentalidade, eleva o princípio da proporcionalidade a elemento constitutivo da justificação material das restrições a direitos fundamentais; (ii) a segunda procura compreender a proporcionalidade como *topos* de argumentação em sede de ponderação ou balanceamento de direitos ou bens em colisão¹⁸³.

Com amparo nesses entendimentos doutrinários, a ponderação foi realizada sem que fossem realizados os testes atinentes aos subprincípios da proporcionalidade, todavia, prevaleceu que as instituições militares dispõem de princípios constitucionais específicos, como a hierarquia e a disciplina, de modo que a norma impugnada foi considerada recepcionada e eventual tipificação criminal deverá ser analisada no caso concreto¹⁸⁴.

No âmbito da ADI 6033/DF¹⁸⁵, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, ao compreender pela constitucionalidade da vedação ao exercício de outra atividade profissional, a incluir a gestão operacional de empresa, ou de direção político-partidária aos servidores efetivos de agências reguladoras, o julgado acresceu elemento doutrinário do relator, no sentido de que a vedação do excesso pode ser vista como uma evolução da tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade¹⁸⁶.

Conforme se nota, há uma coesão jurisprudencial e doutrinária no sentido do reconhecimento de que a proibição de proteção deficiente, assim como a vedação do excesso, são desdobramentos do princípio da proporcionalidade, que amparam a técnica da ponderação para a limitação de direitos fundamentais no exercício hermenêutico do julgador, como também reconheceu o Ministro Nunes Marques, relator no julgamento da ADI 4273/DF¹⁸⁷, anteriormente referenciada.

¹⁸³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre restringibilidade e restrição de direitos fundamentais: nota sobre questionamentos recentes. *In*. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Direito Civil Constitucional e outros Estudos em Homenagem ao Prof. Zeno Veloso: Uma Visão Luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2014, p. 914.

¹⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 475/DF**. [...] Artigo 166 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Crítica a ato de superior ou a assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do governo. Conduta tipificada como crime militar. Direitos fundamentais. Restrição à liberdade de expressão. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 13 de abril de 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357700331&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6033/DF**. [...] Vedações legais ao exercício de atividades empresariais e de direção político-partidárias por servidores públicos das agências reguladoras. [...]. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 6 de março de 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766260681>. Acesso em: 12 jun. 2023.

¹⁸⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 253.

¹⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4273/DF**. [...] Crédito tributário. REFIS. Lei nº 11.941/2009, arts. 67, 68 e 69. Lei nº 10.684/2003, art. 9º, §§1º e 2º. [...] Lei posterior que disciplinou a suspensão da pretensão punitiva em razão do parcelamento [...]. Relator: Ministro Nunes Marques. 15 de agosto de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360646954&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

A título de acréscimo quanto aos elementos já descritos a respeito da técnica da ponderação e da utilização do princípio da proporcionalidade, o voto do Ministro relator, Ministro Edson Fachin, no Agravo Regimental no ARE 1307028/SP¹⁸⁸, não ofereceu parâmetros a fim de complementar a exposição, todavia, no voto-vista do Ministro André Mendonça, houve relevante acrescido doutrinário a respeito das teorias interna e externa de restrição aos direitos fundamentais¹⁸⁹.

De acordo com o que referencia a teoria interna, oriunda da doutrina constitucional alemã, não podem ser admitidas restrições aos direitos fundamentais, desde que não haja autorização constitucional para tanto. Por outro lado, na teoria externa, não existem direitos de caráter absoluto, a se inferir que se torna possível realizar a ponderação, desde que observado o postulado da proporcionalidade, a fim de harmonizar o conflito dos direitos¹⁹⁰.

Em outro momento, referenciado Robert Alexy, no RE 732686/¹⁹¹, envida esforços o relator, Ministro Luiz Fux, a denotar que, no âmbito de análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve o julgador verificar o “campo das possibilidades jurídicas”, de modo a efetivar uma quantificação das possibilidades de afetação aos bens jurídicos em conflito¹⁹².

No âmbito da ADI 2572/PR¹⁹³, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, em sua fundamentação é utilizada uma relação de custo-benefício para aferição do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Ao referenciar a própria doutrina, compreendeu que, apesar de o ato impugnado se revestir dos requisitos da adequação e da necessidade, poderá não existir uma relação de “custo-benefício aceitável”¹⁹⁴.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1307028/SP**. [...] Lei Municipal que assegura o ingresso gratuito de idosos em salas de cinema. Contrariedade à norma geral editada pela União. [...]. Relator: Ministro Edson Fachin. Redator do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. 22 de novembro de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765539402>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁸⁹*Ibid.*

¹⁹⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 570.

¹⁹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 732686/SP**. [...] Recurso interposto em face de acórdão em ADI Estadual. Lei nº 7.281/2011 do Município de Marília/SP. Validade de Leis Municipais sobre a proteção do meio ambiente. [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. 19 de outubro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357440668&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁹²ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593-611.

¹⁹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2572/PR**. [...] Direito Administrativo e Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Estadual. Reserva de lugares para pessoas obesas. Constitucionalidade. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 24 de outubro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354646632&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁹⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 292.

A encerrar a verificação dos elementos da ponderação e da proporcionalidade, conforme utilizados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como novo elemento caracterizador da proporcionalidade, conforme referenciado no Agravo Regimental no RE 1360140/CE¹⁹⁵, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, acresce-se a existência de uma dimensão concreta do juízo de proporcionalidade. Da fundamentação do voto do relator, é possível concluir que se trata a dimensão concreta de um juízo devotado a realizar a devida justificação de todos os argumentos postos em debate, a fim de se extrair a melhor solução¹⁹⁶.

Em suma, valoriza-se o juízo de ponderação como elemento necessário para o alcance do resultado normativo pretendido.

A findar a exposição, denota-se que, diferentemente dos precedentes citados no tópico anterior, que faziam alusão a argumentos metajurídicos para declarar a inconstitucionalidade de uma norma impugnada, assim como que a inconstitucionalidade da norma impugnada deveria estar evidente, fora de qualquer dúvida, demonstra-se, com esses julgados, uma consolidação do entendimento jurisprudencial a respeito das funções institucionais da Suprema Corte, que debatem a validade dos atos legislativos impugnados sob um olhar sistêmico, conglobante ao ordenamento jurídico.

A contribuição doutrinária referenciada pelos Ministros relatores em suas respectivas decisões comprova que não há uma metodologia rígida de ponderação a fim de regular o conflito de interesses, com intermédio da proporcionalidade, de forma que a fundamentação se projeta do modo que melhor atenderá à justificação dos argumentos necessários para o alcance do resultado pretendido.

¹⁹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1360140/CE**. [...] Promoções ocorridas ao logo de 10 anos. Não incidência do tema 476 da repercussão geral. Distinguish. 4. Necessária observância aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 27 de março de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766775345>. Acesso em: 17 jun. 2024.

¹⁹⁶*Ibid.*

3. AS ESTRUTURAS DA PONDERAÇÃO SOB UMA PROPOSIÇÃO LEGITIMADORA DO DISCURSO JURÍDICO-ARGUMENTATIVO

A sistematizar uma teoria crítica da interpretação e formação do Direito, no sentido do que seja o Direito e de quais as suas repercussões na vida prática da comunidade, é dever o estabelecimento de padrões empiricamente constatáveis, a fim de permitir um ângulo de compreensão do fenômeno jurídico pautado na hermenêutica da ponderação de interesses.

O Direito é um fenômeno complexo que envolve não somente a Lei em sentido estrito, mas também todas as demais fontes, como a doutrina e a jurisprudência; essa última, em aproximação ao sistema jurídico da *common law*, possui, em determinadas ações judiciais, no Brasil, o caráter de precedentes de aplicação obrigatória, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015¹⁹⁷.

Busca-se com a decisão judicial, na prática, a pacificação dos conflitos de interesses através da aproximação do Poder Judiciário à população a ele vinculada, através do reconhecimento de que aquela decisão proferida é justa e conforme o Direito.

O Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, em sua posição de guardião da Constituição¹⁹⁸, faz parte do Poder da República que detém a atribuição de dizer a última palavra em relação à controvérsia jurídica posta em debate.

Sob esse enfoque, o modo como decidem os Ministros e como as suas decisões são percebidas e praticadas pela sociedade passa a ter relevo na construção e na manutenção do Estado Democrático de Direito.

A partir deste momento, com amparo em elementos da Literatura, da Antropologia e da Filosofia do Direito, passa-se a analisar a sistemática de construção da ponderação no discurso jurídico e a forma com que o Direito passa a se exteriorizar, a considerar o complexo normativo que rege a vida em sociedade.

¹⁹⁷BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

¹⁹⁸BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

3.1 A PONDERAÇÃO MONOCRÁTICA SOB A LÓGICA DO CONTRADITÓRIO

Os tribunais brasileiros são compostos por órgãos colegiados, ou seja, por câmaras, por turmas, por órgãos especiais e por órgãos plenários.

Uma das finalidades da lógica recursal é permitir que aquela decisão prolatada por um magistrado singular possa ser revista por magistrados com maior experiência, que, uma vez reunidos, buscarão pacificar a matéria controvertida por meio do consenso.

Dispõe o relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2024¹⁹⁹, que, até 31 de dezembro de 2023, o Poder Judiciário contava com 83.805.438 processos pendentes de julgamento, cuja taxa de litigiosidade, naquele ano, elevou-se 9,4% em relação ao ano anterior, de 2022, atingindo a marca de 35.282.179 de novos processos em 2023.

São dados que refletem a importância de que a clareza dos fundamentos jurídicos utilizados na fundamentação das decisões alcance, de fato, a compreensão comunitária sobre os seus direitos, cujo reconhecimento coletivo permitirá a redução dos índices de litigiosidade, de modo a pacificar, verdadeiramente, os conflitos de interesses por meio da ampliação da segurança jurídica; todavia, a prática judiciária aparenta caminhar em sentido oposto.

A praxe dos julgamentos colegiados está consolidada na lógica do contraditório, imbricada, portanto, na estrutura dos tribunais brasileiros, sendo uma categoria teórica presente na “gramática discursiva do campo jurídico brasileiro”²⁰⁰.

Não somente na praxe dos tribunais, mas também já foi internalizada no ordenamento jurídico, a partir do momento em que se referenda na processualística civil o uso de expressões como vencido e vencedor, para se referir às teses adotadas pelos votos dos julgadores colegiados, conforme declara o art. 941, *caput*, do CPC²⁰¹, entre outras oito passagens nesse mesmo sentido no Código, a manter, na prática, a lógica de um Processo Civil adversarial.

Deve-se advertir que não se trata, a lógica do contraditório, de seu homônimo direito constitucional fundamental do contraditório²⁰². A categoria principiológica do contraditório

¹⁹⁹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2024**, Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em 5 jun. 2024.

²⁰⁰IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. **A lógica do contraditório: Ainda Somos Medievais**. Disponível em: https://www.academia.edu/14300522/A_l%C3%B3gica_do_contradit%C3%B3rio_ainda_somos_medievais. Acesso em: 5 jun. 2024.

²⁰¹BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

²⁰²IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. **A lógica do contraditório: Ainda Somos Medievais**. Disponível em:

externa referenciais como a possibilidade de informação das partes e a capacidade de reação, havendo um direito fundamental, por meio desse postulado, a influenciar o resultado de um julgamento por meio da capacidade argumentativa regrada das partes.

A lógica do contraditório é inerente à ótica adversarial. Ela repulsa qualquer forma de construção de conhecimento compartilhado e parte do princípio de que apenas uma das interpretações controvertidas sagrar-se-á vencedora.

Inexiste, assim, a possibilidade de busca pelo consenso no âmbito dos julgamentos colegiados, de modo que a ponderação ou sopesamento de princípios conflitantes, na prática, decorre não de uma construção colegiada do melhor direito, mas de uma decisão monocrática que finda por ser acompanhada pelos demais julgadores, pela soma do número de votos proferidos no colegiado dos Tribunais.

Ao perdedor, visto como adversário, resta-lhe acatar a decisão monocraticamente colegiada.

Conforme elucidam Rafael Mario Iorio Filho e Fernanda Duarte:

Esta lógica não permite a construção de sentidos compartilhados, isto é, não opera consensos ou verdades consensualizadas que possibilitariam a administração do conflito social trazido aos tribunais, com a internalização das regras jurídicas pelos cidadãos, que passariam a compreender e entender as normas vigentes a partir do sentido a elas atribuído, possibilitando uma melhor orientação de suas condutas²⁰³.

Compreendem, no sentido já destacado, que:

Essa desconsideração do conflito leva a um distanciamento entre o juiz e a sociedade/cidadão e concorre também para manter um sistema que reproduz vertiginosamente ações judiciais, materializado em um número inadmissível de processos. Interessante observar que, para o Direito, de forma coerente com que estamos descrevendo, e confirmado pela doutrina processualista brasileira quando sustenta a autonomia do processo, não importa o tipo de solução encontrada, mas sim que se opere o encerramento da relação processual, que tecnicamente se denomina “extinção do processo”²⁰⁴.

Diante de tais constatações, releva compreender a lógica de construção do raciocínio jurídico nos Tribunais, para fomentar as modificações estruturais necessárias no sistema jurídico brasileiro.

https://www.academia.edu/14300522/A_l%C3%B3gica_do_contradit%C3%B3rio_ainda_somos_medievais. Acesso em: 5 jun. 2024.

²⁰³IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. **A lógica do contraditório: Ainda Somos Medievais**. Disponível em:

https://www.academia.edu/14300522/A_l%C3%B3gica_do_contradit%C3%B3rio_ainda_somos_medievais. Acesso em: 5 jun. 2024.

²⁰⁴*Ibid.*

Na ótica da ponderação de princípios jurídicos, essa metodologia de modelo judiciário que busca o consenso é capaz de atingir a construção jurídica pela transformação do conflito reconhecida em nome da Corte, construída conjuntamente pelo órgão colegiado, que, uma vez destinado às partes, também passa a ser reconhecido pela sociedade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, ultrapassada a fase instrutória do processo, é dado início a uma atuação isolada de cada um dos onze Ministros para a formulação de seus votos, a fim de prepará-los para a sessão plenária, sem haver outras considerações prévias coletivizadas que delimitem o âmbito das matérias a serem analisadas²⁰⁵.

A própria estrutura interna dos gabinetes dos Ministros e suas formas de gestão dos processos caminham no sentido de impedir o diálogo no âmbito da Corte. Conforme aduz André Rufino do Vale²⁰⁶, “os gabinetes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal são como ‘feudos’ jurídicos, organismos administrativamente independentes que atuam de modo autossuficiente e que, desse modo, pouco estimulam as práticas de deliberação colegiada fora do Salão Plenário”.

Como exemplo de aplicação prática da lógica do contraditório, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, visualize-se que, além da soma de votos favoráveis ou contrários, pela soma das decisões monocráticas, as sustentações orais, que deveriam exercer o poder de influência no julgamento e de modificar o rumo das decisões pela força de seus argumentos, corolário do postulado do contraditório, são limitadas pela prática positivada, uma vez que o próprio Regimento Interno da Suprema Corte²⁰⁷ estatui que, após a leitura do relatório, o Presidente dará a palavra às partes, inclusive ao Ministério Público, para exarar seu parecer, cada um, pelo prazo máximo de quinze minutos.

Sob a premissa de permitir o diálogo, ainda que haja possibilidade jurídica de modificação dos votos após realizadas as sustentações orais, na prática, tal direito pouco, ou nada, se evidencia.

Conforme aduzido por Roberto Kant de Lima:

²⁰⁵ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. *E-book*.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. [...] Art. 132. Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo Presidente. § 1º O Procurador-Geral terá o prazo igual ao das partes, falando em primeiro lugar se a União for autora ou recorrente [...]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de altos estudos, pesquisas e gestão da informação, [2023]. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

A lógica do contraditório, que se explicita pela promoção de um dissenso infinito, o qual só se interrompe através de uma autoridade externa às partes, que lhe dá fim e declara uma tese vencedora e a outra, vencida. Distingue-se, assim, das formas de expressão das lógicas adversárias de produção da verdade, dominantes nas áreas acadêmicas e científicas, fundadas na busca de consensos provisórios sobre fatos que se constroem pela reflexão e a explicitação das diferentes perspectivas dos envolvidos, em um processo de argumentação demonstrativa, que visa ao convencimento de todas as partes legítimas envolvidas no processo: aqui, atingir o consenso entre os pares é fundamental para validar o conhecimento²⁰⁸.

Sob tais premissas, sustenta-se uma modificação no sistema de formação das decisões judiciais, a afastar, no âmbito dos Tribunais, as decisões colegiadas monocraticamente colhidas pelo método matemático, uma vez que a construção acadêmica isoladamente considerada não reflete entendimentos sólidos, mas vencidos, a desenvolver um ambiente de contrassenso, afastando-se das finalidades da pacificação do conflito de interesse e do reconhecimento comunitário do melhor direito regulatório dos atos jurídicos da vida civil.

3.2 UM SISTEMA DE BRICOLAGEM JURISPRUDENCIAL: AS ESTRUTURAS ARGUMENTATIVAS DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO

A capacidade de sobrevivência humana liga-se ao potencial de armazenamento de conhecimento e à capacidade de empregá-lo naquilo que for útil para a comunidade. Agrupa-se um instrumental de saberes que estarão à disposição daquele que o detiver para quando necessitar.

Com amparo nessa lógica de construção do saber, Claude Lévi-Strauss, em sua obra *O Pensamento Selvagem*²⁰⁹, que se ocupou da etnologia tradicional, passou a verificar a lógica das classificações da flora e da fauna utilizadas pelos povos primitivos das tribos da África e das Américas. Demonstrou, o autor, que o conhecimento científico não é obra exclusiva dos povos europeus, pois cada povo desenvolve suas fontes próprias do saber por meio de suas relações com o ambiente em que está situado.

Pautado numa sistemática de construção dos saberes, Iorio Filho propõe uma estruturação dos saberes baseada na construção epistemológica de Lévi-Strauss para a ciência

²⁰⁸LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico/2009-2*, Brasília, p. 25-51, 2009. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/5335/02-anuarioantropologico-robertokant.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 jun. 2024.

²⁰⁹LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. 12. ed. Tradução Tânia Pelegrini. Campinas: Papyrus, 2012.

do Direito²¹⁰, e desenvolve uma metodologia própria de análise da construção da argumentação jurídica por meio de um modelo característico denominado bricolagem.

Como um modo de argumentação que escamoteia e neutraliza interesses políticos no transcurso das decisões judiciais²¹¹, o aplicador da norma se vale, nessa metodologia, de recortes pré-constituídos de excertos doutrinários e jurisprudenciais, ou mesmo de elementos alheios ao Direito, como argumentos de autoridade, a fim de conseguir endereçar sua razão argumentativa pelo caminho desejado.

O *modus operandi* da bricolagem no ambiente jurídico não deve ser de pronto rechaçado, todavia, seu uso desmesurado pelo julgador *bricoleur*, sem que sejam realizadas as devidas correlações e justificações, pode impedir a compreensão comunitária da decisão.

Consoante os ensinamentos do autor:

Em sua acepção antiga, o verbo *bricoleur* aplica-se ao jogo de pela e de bilhar, à caça e à equitação, mas sempre para evocar um movimento incidental: o da pela que salta muitas vezes, do cão que corre ao acaso, do cavalo que se desvia da linha reta para evitar o obstáculo. E, em nossos dias, o *bricoleur* é aquele que trabalha com suas mãos, utilizando meios indiretos se comparados com os do artista²¹².

Esse modo de fundamentação por meio da descontextualização dos fragmentos jurídicos e criação de novos significantes, com inovação de contextos jurídicos na fundamentação, caracteriza-se, portanto, como um “*modus operandi* da *bricolage*”, conforme elucida Iorio Filho:

Esta atividade caracteriza-se pela articulação de um repertório de elementos simbólicos e de representações limitadas, presentes no sistema ou linguagem (gramática) do Supremo Tribunal Federal, para a tarefa que o *bricoleur* tem a realizar, esvaziando o significado original do signo (descontextualização), substituindo-o por um inteiramente novo, próprio e individual aos interesses da obra que pretende criar²¹³.

A clareza da decisão judicial está diretamente relacionada a sua capacidade de contextualização valorativa do ordenamento jurídico, com suas regras e princípios, ao caso concreto.

Um pensamento selvagem²¹⁴ no âmbito jurídico-argumentativo retrata, portanto, com o *modus operandi* da bricolagem, o afastamento da ordem jurídica com a utilização de modelos

²¹⁰ IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Curitiba: CRV, 2014, p. 103.

²¹¹ IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Curitiba: CRV, 2014, p. 103.

²¹² LÉVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. 12. ed. Tradução Tânia Pelegrini. Campinas: Papyrus, 2012, p. 33.

²¹³ IORIO FILHO, *op. cit.*, p. 103.

²¹⁴ LÉVI-STRAUSS, *op. cit.*, p. 39-40.

reduzidos pré-constituídos para a formação de uma nova realidade, sob a forma de decisão judicial.

Formaliza-se uma sistemática de adaptação à justaposição que, ao mesmo tempo em que se contextualiza, também se desconsidera, uma vez que, a cada nova sentença prolatada, deixa-se de amparar o real contexto, social, econômico, por exemplo, para inaugurar com o fragmento adaptado uma nova conexão, até mesmo antagonica.

Esse fenômeno de desconsideração do signo linguístico foi percebido por Iorio Filho²¹⁵, a descrever três estratégias de descontextualização praticadas pelo *bricoleur*²¹⁶.

Primeiramente, a descontextualização histórica do fragmento a ser utilizado²¹⁷. Ao não contextualizar o momento de criação do fragmento a ser utilizado, o julgador desenvolve uma artificiosa figura, sob a forma de argumento de autoridade, que é inexistente sob o ponto de vista autoral, uma vez que os ideais pelos quais aquele argumento foi originariamente utilizado não permite ao destinatário fático da decisão realizar, de plano, o exame de reconhecimento contextual da proposição.

Como segunda estratégia, há a descontextualização geográfica²¹⁸, que ocorre quando o aplicador da norma correlaciona elementos, por vezes semelhantes, mas que não se aplicam em seu âmbito territorial por ter, o fragmento, utilizado outros fundamentos para a sua própria conclusão. Como exemplo, restou demonstrado no capítulo anterior que a importação de doutrinas e jurisprudências estrangeiras é uma prática comum na estruturação dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que, todavia, deixa de observar as peculiaridades inerentes à sociedade em que aquela decisão passará a vincular.

A bricolagem, nesse segundo elemento estratégico, deve recorrer ao dever de contextualização, uma vez que não se pode conceber a aplicação injustificada de um Direito universal, aplicável em qualquer contexto.

Como terceira estratégia, que surge por intermédio da descontextualização dos sentidos²¹⁹, esta se opera quando o aplicador da norma faz utilização de fragmentos dispersos, doutrinários, ou mesmo legais, também sob a estrutura de argumentos de autoridade, mas aplicados com razões distintas daquelas para as quais fora originalmente elaborado.

²¹⁵ IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Curitiba: CRV, 2014, p. 116.

²¹⁶ O *bricoleur* é aquele que armazena “resíduos de obras humanas” limitadores de sua capacidade de criar novidades, operando através de signos. LÉVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. 12. ed. Tradução Tânia Pelegrini. Campinas: Papirus, 2012, p. 36-39.

²¹⁷ IORIO FILHO, *op. cit.*, p. 116.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

Mostra-se, nesse modo temerário de construção do discurso jurídico-argumentativo, que a bricolagem, sem os requeridos cuidados de contextualização, que exsurtem como um dever pautado na ordem de fundamentação das decisões, não pode ser realizada ao alvedrio do julgador, no intento de dificultar a compreensão de seu auditório na interpretação das razões fundamentais do alcance da conclusão jurídica levada ao caso concreto.

3.3 A CONSOLIDAÇÃO ARGUMENTATIVA DE INTEGRIDADE NO DIREITO SOB AS DIRETRIZES DO ROMANCE EM CADEIA

A estabilidade das relações jurídicas em sociedade parte da compreensão de que o Poder Judiciário é uma instituição que participa da criação do Direito.

Sob uma ótica estruturante, cabe ao Legislador propor as regras e, ao Poder Judiciário, aplicá-las, delineando este a integração normativa por intermédio do suprimento das lacunas legais, com vistas à unidade e supremacia da Constituição.

A integração normativa judicial poderá impor deveres a terceiros sem expressa disposição de Lei. Em primeiro plano, haveria violação ao princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito, um direito fundamental expresso no art. 5º, II, da CRFB/88²²⁰. Todavia, há que se considerar que a conformação e a completude do sistema jurídico são inerentes da função da jurisprudência como fonte criadora do Direito, um elemento estruturante à consolidação normativa.

O papel dos juízes nesse ambiente nomogénico deve, necessariamente, submeter-se ao dever de justificação de suas decisões, conforme determina o comando constitucional inserto no art. 93, IX, da CRFB/88²²¹. Não obstante, impõem-se limites aos juízes à plena liberdade para fundamentar suas decisões.

Há três espécies de limitações, as quais classificam-se em formais, materiais e implícitas, para a formação lógica de suas decisões.

A primeira deve estar predisposta à cláusula da separação de Poderes²²², uma barreira constitucional contra o autoritarismo, a garantir a regência estatal com estabilidade institucional, repugnando o conflito democrático.

²²⁰BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

²²¹*Ibid.*

²²²Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. *Ibid.*

Como segunda espécie, a limitação material, ou expandida, caracteriza-se pelo devido respeito à produção jurídica preexistente, com toda sua carga histórica, sobretudo quanto às lutas de classes em busca de melhores condições juridicamente adequadas à dignidade de suas comunidades.

Assim como idealiza Ronald Dworkin²²³, na criação de seu gênero literário artificial denominado romance em cadeia, a formação desse Direito ideal deve respeitar e se amparar na produção jurídica pretérita.

Há um encadeamento lógico na integração do Direito que não pode deixar de ser considerado na criação jurídica judiciária. Assim, reduz-se o âmbito de atuação interpretativa do julgador às condições limitantes preexistentes, a fim de que considere os valores comuns, também, e certamente, os valores constitucionais, a fim de não apenas solucionar o conflito de interesses levado ao Poder Judiciário, mas atuar em prol da estabilidade das instituições, prolatando decisões previsíveis à lógica de valores comuns, ou seja, um atuar ao encontro da segurança jurídica, ainda que se definam novos direitos e deveres.

Pode-se afirmar que haveria uma tendência antecipatória na construção dos capítulos sequenciais da história normativa. Para tanto, os valores coletivos e a compreensão social do que seja o Direito também deve ser considerada uma limitação material à criação do intérprete sequencial.

Nesse sentido, ainda que a resolução concreta venha a destoar do sentido majoritariamente compreendido daquela norma controvertida, a fundamentação da decisão deve primar pela correlação dos fatos ao Direito, numa construção dialógica com a sociedade, que também tem deveres cidadãos na construção e consolidação do sistema jurídico ao qual está criando. Trata-se do que Peter Haberle denomina por sociedade aberta de intérpretes, em suas palavras:

Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-constitucional das funções estatais. Isso não significa que não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade das normas constitucionais pertinentes a essa realidade²²⁴.

²²³DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 275.

²²⁴HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 24.

A condução argumentativa de um processo judicial democrático, portanto, será guiada pela compreensão de que o julgador está habilitado para cumprir a vontade normativa, imbuído de sua legitimidade e guiado pela criação jurídica preexistente, compreendendo-a com os valores da sociedade do presente, com vistas à realização dos valores constitucionais, em prol da manutenção e estabilidade institucional, da unidade e supremacia constitucionais.

A postura de discricionariedade regrada, não arbitrária, portanto, na justificação argumentativa pautada em princípios jurídicos para a conclusão dos casos difíceis, oportuniza à comunidade a assimilação dos seus direitos para que possa implementá-los em seu cotidiano e fortalecer a comunidade de princípios²²⁵.

Interpretar o ordenamento com fundamento no romance em cadeia é reconhecer a tendência construtiva do Direito em busca da melhor interpretação, assim como defende Dworkin²²⁶, “a sábia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo”.

A interpretação não é uma reprodução daquilo que já existe, nem a criação de algo totalmente novo, portanto. Trata-se de uma relação de criação contínua, em busca da melhor interpretação possível para efetividade dos direitos fundamentais.

Sob essa comunicação interpretativa de construir o futuro sem o desprezo ao passado, guiando-se por princípios juridicamente determinantes das razões estruturantes do sistema normativo, deve se buscar a consolidação de uma comunidade de princípios²²⁷, um estágio ideal de uma população que interage com as instituições de Estado democráticas e fundamenta a sua própria coerência interna no nível dos princípios que conduzirão a atuação de suas vidas em sociedade, o que deverá ser legitimado e reconhecido por todos os demais intérpretes²²⁸ do ordenamento.

Uma comunidade de princípios, segundo elucida Dworkin:

[...] torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades,

²²⁵CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 41.

²²⁶DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 285.

²²⁷A comunidade de princípios é uma formulação de Ronald Dworkin para expressar um modelo ideal de sociedade plural, em que todos os membros se reconhecem como partes integrantes da formação política, com senso de equidade, e exercem com responsabilidade seus direitos iguais de cidadania, sem que ninguém seja excluído das políticas comuns. *Ibid.*, p. 257.

²²⁸O termo intérpretes foi utilizado no sentido de que toda a comunidade submetida ao ordenamento jurídico é responsável pela criação de suas regras, com sustentação nos princípios regentes coletivamente reconhecidos.

considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios²²⁹.

Nesse compasso, remete-se à discussão inicial, a respeito das lutas de classes que buscavam por direitos de igualdade e de cidadania, cuja transformação jurídica numa sociedade de princípios conformou o atual estágio democrático vigente, no reconhecimento coletivo de que as forças sociais detêm poderes diretivos para modificar a sua ordem jurídica vigente, com o intermédio das instituições de Estado, como o Poder Judiciário, que possui a atribuição de manter a integridade normativa e adequar os princípios coletivos aos casos concretos que lhe vierem a ser submetidos.

Dentro dessa ótica, incumbe ao julgador uma atuação que Dworkin atribuiu à figura mitológica de Hércules. Um juiz dotado de poderes, que empreenderá todos os seus esforços em busca de consolidar os valores coletivos na manutenção da integridade no Direito. Buscará, assim, a melhor, ou a única, resposta correta.

A busca judicial pela única resposta correta pressupõe uma interpretação com argumentos de princípio, que se distingue daquela que é realizada pelo legislador, em seus argumentos de política. Argumentos de princípio requerem fundamentação e podem ser utilizados na resolução dos casos difíceis para concretizar o direito ao caso concreto, ainda que a questão não seja amparada por uma regra propriamente dita²³⁰.

Toda essa construção somente passará a ter consolidação coletiva a partir do momento em que as instituições que atuam no sistema criativo do Direito estiverem orientadas a rechaçar os estigmas de erudição e passem a tratar o processo judicial sob o ideal de pacificação dos conflitos de interesses, ou seja, afastando-se da lógica do contraditório, a permitir uma construção democratizada do Direito, com clareza argumentativa e comprovação de que está em busca da melhor, ou da única, decisão correta.

²²⁹DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 257.

²³⁰CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 38-41.

CONCLUSÃO

Ao enlace da exposição, a monografia apresentada teve como objetivo posicionar os elementos pelos quais se estrutura a metodologia de ponderação para a limitação de direitos fundamentais, com o amparo do princípio da proporcionalidade, em suas diferentes matrizes históricas.

Buscou-se desenvolver uma proposta de reestruturação das bases fundamentais das decisões judiciais, em especial, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que deve atuar na promoção da igualdade substancial como valor intrínseco de uma sociedade livre, justa e solidária.

Verificou-se que o princípio da proporcionalidade, como uma das formas de realizar a técnica da ponderação, decorre de um contexto histórico de luta de classes pela busca de igualdade formal, material e por direitos de cidadania.

As revoluções liberais burguesas tiveram o condão de romper com o Estado absolutista e instituir um Estado baseado no primado das leis, o Estado de Direito. Após a Segunda Guerra Mundial, a partir da retomada de valores éticos sob a forma de princípios jurídicos, forjou-se um novo modelo de Estado, pautado na promoção da dignidade humana, o Estado Democrático de Direito, com fundamento em correntes filosóficas do pós-positivismo.

Aplicar a ponderação para justificar o exercício relativo de direitos fundamentais pressupõe um olhar prévio às estruturas sociais, às suas condições de igualdade e de cidadania para, somente num segundo momento, na fase da construção argumentativa, equilibrar as limitações ao exercício dos valores fundamentais em conflito, com vistas à integridade do sistema jurídico e à pacificação dos conflitos de interesses.

O julgador não deve construir suas razões com base em uma sociedade hipotética, pautada na superada igualdade formal, mas deve compreender as estruturas sociais as quais vincularão a sua decisão para alcançar a legitimidade constitucional na construção do Direito como um elemento de justiça.

É nesse contexto que a proporcionalidade se liga ao princípio da igualdade, seja como um postulado hermenêutico, seja como um princípio constitucional implícito, desde que não despreze as estruturas sociais preexistentes para conformar o Direito à decisão mais compatível ao caso concreto.

A relevância da pesquisa é evidenciada pela formulação de uma proposta metodológica jurídica argumentativa de amparo às decisões judiciais, cuja propagação de novos olhares sobre as estruturas de um sistema jurídico democrático permitirá ampliar o debate para mudanças

estruturantes no sistema de Justiça brasileiro, assim como tornar mais eficaz o acesso à justiça, em vertentes que permitam o reconhecimento comunitário do Direito vigente, e que desbordem da mera proclamação de um resultado julgado pela soma de votos dentro dos órgãos colegiados, que devem estar direcionados em alcançar soluções eficazes à pacificação dos conflitos de interesses, em busca de uma comunidade mais homogênea de princípios.

A partir das considerações sobre as formas pelas quais é realizado o exame de ponderação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, demonstrou-se que a construção argumentativa das decisões atua na perpetuação de uma lógica adversarial combativa, de interesses, por vezes, contrapostos e alheios à dogmática jurídica, em que a resolução coercitiva do conflito finda por ser o norte, distante de atingir qualquer tentativa de pacificação.

Conclui-se que a proporcionalidade foi idealizada para Estados em que a igualdade atua como pressuposto, e que a compreensão comunitária do Direito vigente enaltece a consolidação de princípios como a igualdade jurídica e a cidadania, conceitos formativos daqueles Estados.

Difere-se do caso brasileiro, em que a aplicação das leis, com o passar dos anos, permanece desigual, a denotar os, cada vez mais intensos, conflitos democráticos, intensificados como reflexo da desigualdade formal e substancial do atual contexto social.

A aplicação concreta do postulado da proporcionalidade, portanto, atuará como a chave da igualdade, a compelir o Estado no cumprimento de seu mandamento constitucional de antissubordinação, a propagar a igualdade formal e material no âmbito de todas as camadas sociais, indistintamente.

Embora o tema seja passível de ampliação e maior detalhamento, é de se reconhecer a sua contribuição para a comunidade jurídica, a qual não se sustenta em conceitos absolutos, mas se aprimora a cada constatação capaz de influenciar e aperfeiçoar a transformação social com amparo no sistema de Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA, **Verfassung für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: [https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz#:~:text=Das%20Grundgesetz%20\(GG\)%20ist%20die,und%20von%20den%20Alliierten%20genehmigt.](https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz#:~:text=Das%20Grundgesetz%20(GG)%20ist%20die,und%20von%20den%20Alliierten%20genehmigt.) Acesso em: 24 mar. 2024.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 09 nov. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 03 jan. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de Novembro de 1937)**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0314.htm. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 4.116, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a regulamentação do exercício da Profissão de Corretor de Imóveis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19501969/14116.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20do,Art. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 475/DF**. [...] Artigo 166 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Crítica a ato de superior ou a assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do governo. Conduta tipificada como crime militar. Direitos fundamentais. Restrição à liberdade de expressão. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 13 de abril de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357700331&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 706/DF**. [...] Instituições de ensino superior privadas. Pandemia da Covid-19. Revisão contratual. Mensalidades. [...]. Relatora: Ministra Rosa Weber. 18 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350408616&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 713/DF**. [...] Instituições de ensino superior privadas. Pandemia da Covid-19. Revisão contratual. Mensalidades. [...]. Relatora: Ministra Rosa Weber. 18 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350409576&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 734/DF**. [...] Artigo 31, incisos IV e V, da Lei nº 6.425/72 do Estado de Pernambuco, a qual institui o estatuto policial no âmbito daquele estado. Manifestações de apreço ou desapeço a quaisquer autoridades públicas e contrárias a atos da administração pública em geral.

Transgressão disciplinar. Policiais civis. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 13 de abril de 2023. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357700336&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 811/SP**. [...] Vedação temporária de realização presencial de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo no Estado de São Paulo [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 8 de abril de 2021. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346816672&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2572/PR**. [...] Direito Administrativo e Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Estadual. Reserva de lugares para pessoas obesas. Constitucionalidade. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 24 de outubro de 2022. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354646632&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3311/DF**. [...] Produtos fumígenos. Derivados ou não do tabaco. Restrições à propaganda comercial. Advertências sanitárias nas embalagens. [...]. Relatora: Ministra Rosa Weber. 14 de setembro de 2022. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353831520&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3753/SP**. [...] Lei nº 10.858, de 31 agosto de 2001, do Estado de São Paulo. Instituição de meia-entrada para professores das redes públicas estadual e municipais de ensino em casas de diversões, praças desportivas e similares. Alegação de vícios formal e material. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 11 de abril de 2022. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350926844&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4273/DF**. [...] Crédito tributário. REFIS. Lei nº 11.941/2009, arts. 67, 68 e 69. Lei nº 10.684/2003, art. 9º, §§1º e 2º. [...] Lei posterior que disciplinou a suspensão da pretensão punitiva em razão do parcelamento [...]. Relator: Ministro Nunes Marques. 15 de agosto de 2023. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360646954&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4857/DF**. [...] Decreto nº 7.777/2012. Servidores Públicos Federais. Medidas para continuidade de atividades e serviços públicos dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal durante greves, paralisações ou operações de retardamento de procedimentos administrativos. [...]. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 14 de março de 2022. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350592656&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5418/DF**. [...] Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. Direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 11 de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346515959&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5545/RJ**. [...] Lei Estadual que obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos nas dependências de hospitais públicos ou privados, casas de saúde e maternidades e que possibilitem a posterior identificação através de exame de DNA. Coleta do material genético de todas as mães e filhos na sala de parto. [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. 13 de abril de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15358932466&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5737/DF**. [...] Análise de adequação constitucional de dispositivos do Código de Processo Civil à luz do Federalismo e dos princípios fundamentais do processo. [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. 25 de abril de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359209063&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6033/DF**. [...] Vedações legais ao exercício de atividades empresariais e de direção político-partidárias por servidores públicos das agências reguladoras. [...]. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 6 de março de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766260681>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 855/PR**. [...] Lei nº 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, [...]. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. 6 de março de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1307028/SP**. [...] Lei Municipal que assegura o ingresso gratuito de idosos em salas de cinema. Contrariedade à norma geral editada pela União. [...]. Relator: Ministro Edson Fachin. Redator do acórdão: Ministro Gilmar Mendes. 22 de novembro de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765539402>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1360140/CE**. [...] Promoções ocorridas ao logo de 10 anos. Não incidência do tema 476 da repercussão geral. Distinguish. 4. Necessária observância aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. [...]. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 27 de março de 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766775345>.
Acesso em: 17 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. [...] Omissão estrutural do Poder Público na adoção de medidas de redução da letalidade policial. Grave violação de direitos humanos. Necessidade de elaboração de plano para a redução da letalidade [...]. Relator: Ministro Edson Fachin. 3 de fevereiro de 2022. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761112340>.
Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 45232/GB**. Inconstitucionalidade do art. 48, do Decreto-Lei nº 314, de 1967 (Lei de segurança) [...]. Relator: Ministro Temístocles Cavalcanti. 21 de fevereiro de 1968. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=60205>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 18331/SP**. Majoração excessiva de imposto. *Nullus census sine lege*. O Exercício do poder de taxar e seus limites [...]. Relator: Ministro Orosimbo Nonato. 21 de setembro de 1951. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119904>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 627432/RS**. [...] Obrigatoriedade de exibição de filmes brasileiros em salas de cinema. Cota de tela. Constitucionalidade [...]. Relator: Ministro Dias Toffoli. 18 de março de 2021. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346526493&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 732686/SP**. [...] Recurso interposto em face de acórdão em ADI Estadual. Lei nº 7.281/2011 do Município de Marília/SP. Validade de Leis Municipais sobre a proteção do meio ambiente. [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. 19 de outubro de 2022. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357440668&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 842844/SC**. [...] Servidora gestante. Gravidez durante o período da prestação dos serviços. Vínculo com a Administração Pública por cargo comissionado, não efetivo, ou por contrato temporário. Direito à licença maternidade e à estabilidade provisória. [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. 5 de outubro de 2023. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363448268&ext=.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, [2023]. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representação 930/DF**. Lei nº 4.116, de 27.8.1962. Inconstitucionalidade. Exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão [...]. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. 2 de setembro de 1977. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur35230/false>. Acesso em: 18 fev. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre restringibilidade e restrição de direitos fundamentais: nota sobre questionamentos recentes. *In*. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Direito Civil Constitucional e outros Estudos em Homenagem ao Prof. Zeno Veloso: Uma Visão Luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2014.

CARDOSO, Antonio Manoel Bandeira. A Magna Carta. Conceituação e Antecedentes. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. DF: Senado Federal, 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496823>. Acesso em: 6 out. 2023.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **American balancing and german proportionality: The Historical Origins**. I-Con: International Journal of Constitutional Law. 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/263/699991>. Acesso em: 10 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2024**, Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2024.

DANTAS, San Tiago. **Igualdade perante a lei e due process of law**. Contribuição ao Estudo da Limitação Constitucional do Poder Legislativo. Rio de Janeiro: Forense, 1953. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/892/878/1786>. Acesso em: 03 jan. 2024.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/senate-and-constitution/constitution.htm>. Acesso em 24 mar. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Declaração dos direitos da Virgínia de 1776**. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration>. Acesso em: 24 mar. 2024.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 23 jan. 2024.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESPAÑA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

INGLATERRA. **Magna Carta, 1215**. Disponível em: <https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/>. Acesso em: 24 mar. 2024.

IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. **A lógica do contraditório: Ainda Somos Medievais**. Disponível em: https://www.academia.edu/14300522/A_l%C3%B3gica_do_contradit%C3%B3rio_ainda_somos_medievais. Acesso em: 5 jun. 2024.

IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão de cidadania: O Papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. Curitiba: CRV, 2014.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 5. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Pensamento Selvagem**. 12. ed. Tradução Tânia Pelegrini. Campinas: Papyrus, 2012.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico/2009-2**, Brasília, p. 25-51, 2009. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/5335/02-anuarioantropologico-robortokant.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 7 jun. 2024.

MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Tom. **Cidadania e classe social**. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Unesp, 2021.

MAZURKIEWICZ, Piotr. **Religious Freedom in the Time of the Pandemic**. Religions, Disponível em: https://www.academia.edu/45043221/Religious_Freedom_in_the_Time_of_the_Pandemic. Acesso em: 15 fev. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: https://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/A-PROPORCIONALIDADE-NA-JURISPRUD%C3%80NCIA-DO-SUPREMO-TRIBUNAL-FEDERAL.pdf#new_tab.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**. A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHABE, Jürgen. **50 anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038. Acesso em: 07 nov. 2023.

SCHOLLER, Heinrich. **O Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. Belo Horizonte: Interesse Público, 1999.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais constitucionais. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. *E-book*.