

PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DAS TEORIAS DO ATIVISMO E DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

*PROPORTIONALITY AND THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: AN
ANALYSIS FROM THE VIEW OF THE THEORIES OF ACTIVISM AND JUDICIAL
SELF-RESTENTION*

Carlos Eduardo Montes Netto^I

Danilo Henrique Nunes^{II}

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira^{III}

^I Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em
Direito. E-mail: carlosmontes3@hotmail.
com

^{II} Centro Universitário Estácio Ribeirão
Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor
em Direitos Coletivos e Cidadania.
E-mail: dhnunes@hotmail.com

^{III} Universidade de Ribeirão Preto,
Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em
Direito. E-mail: olavoferreira@hotmail.
com

Resumo: A proporcionalidade é inerente à própria noção de direito, sendo considerado justo o que é proporcional e injusto o que não observa a devida proporção. O controle de constitucionalidade, por sua vez, visa autorizar ou desautorizar a aplicação de uma norma jurídica, afirmando ou negando a existência de direitos subjetivos, inclusive direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade da realização do controle de constitucionalidade com fundamento na proporcionalidade, sob a ótica das teorias do ativismo judicial, que se caracteriza por uma atuação proativa do Judiciário, e da autocontenção judicial, marcada por uma menor intervenção judicial e deferência aos demais poderes. Optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória com a utilização de revisão bibliográfica e da análise qualitativa dos dados a fim de se cumprir esse objetivo, o que possibilitou inferir, ao final, a ampla possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade com base na proporcionalidade, devendo o Judiciário se basear na adoção de parâmetros claros e racionais que encontrem sustentação na norma constitucional evitando um ativismo radical e também uma deferência irrestrita, visando a concreção de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Proporcionalidade; Ativismo judicial; Autocontenção judicial; Concreção de direitos fundamentais.

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v17i41.696>

Recebido em: 14.03.2022

Aceito em: 18.04.2022

Abstract: Proportionality is inherent to the very notion of law, considering only what is proportional and unfair what does not observe a proportion. The control of constitutionality, in turn, aims to authorize or disallow the application of a legal rule, affirming or denying the existence of subjective



rights, including fundamental rights. In this perspective, the objective of the present work is to analyze the possibility of carrying out the control of constitutionality based on proportionality, from the perspective of theories of judicial activism, which is characterized by a proactive action of the Judiciary, and judicial self-restraint, marked by a less judicial intervention and deference to other powers. It was decided to carry out an exploratory research using a bibliographic review and qualitative analysis of the data in order to fulfill this objective, which made it possible to infer, in the end, the broad possibility of exercising constitutionality control based on proportionality, and the Judiciary should be based on the adoption of clear and rational parameters that find support in the constitutional norm, avoiding radical activism and also an unrestricted deference, aiming at the realization of fundamental rights.

Keywords: control of constitutionality; proportionality; judicial activism; judicial self-restraint; concretion of fundamental rights.

1 Introdução

O controle de constitucionalidade assume grande importância em matéria de direitos fundamentais, tendo em vista que a história da humanidade registra diversas violações graves a direitos.

No passado, foram constatados o cometimento de várias arbitrariedades, a exemplo da escravidão, da morte do devedor inadimplente, da ablação do nariz dos funcionários que se excediam na cobrança de impostos, do denominado “direito de pernada”, dentre outras crueldades¹. Nesse contexto, verificou-se a necessidade da imposição de limites aos governantes, com a modificação da organização estatal visando a contenção do poder e a defesa dos direitos fundamentais, materializando-se o Estado Constitucional ou Estado de Direito, regido por normas jurídicas estipuladas num documento denominado Constituição²⁻³.

Diante da supremacia de conteúdo que as constituições possuem em relação às leis, decorre a necessidade de compatibilidade das demais normas que compõem o ordenamento jurídico com aquelas, sendo esse controle atribuído a determinados órgãos.

Além de encontrar fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a proporcionalidade é inata às relações entre os indivíduos, devendo a reação

1 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 17.

2 TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45.

3 Segundo Peter Häberle “A Constituição é a ordem jurídica fundamental do Estado” e da “sociedade”, constituindo-se em “sugestão e barreira” e num “processo público” (HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das Constituições*. Tradução de: Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55).

ser proporcional à ação, distribuindo-se as coisas com justiça, sendo a proporcionalidade assim, inerente ao direito e à justiça⁴.

Por constituir o direito um complexo que apresenta infinita potencialidade, não se concebe que se encerre nas “letras que o compõem”, não sendo possível a sua análise em abstrato, de forma indiferente à realidade⁵, o que tem ensejado discussões na doutrina e na jurisprudência sobre o papel do Judiciário sob a ótica das teorias do ativismo judicial, caracterizado por uma forma proativa de se interpretar a Constituição, e da autocontenção judicial, que recomenda uma postura mais deferente do Poder Judiciário, com menor interferência com relação aos atos praticados pelos demais Poderes.

Nessa perspectiva, a pesquisa se justifica pela necessidade de analisar a possibilidade do controle de constitucionalidade com fundamento na proporcionalidade e os seus eventuais contornos, sob o enfoque das teorias do ativismo e da autocontenção judicial.

Buscando alcançar o objetivo pretendido de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com ênfase nas dimensões doutrinária, normativa e jurisprudencial que envolvem a interpretação da CRFB/88, valendo-se da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de trabalhos acadêmicos, livros e artigos científicos.

2 Da proporcionalidade

A passagem do Estado de polícia para o Estado de Direito alavancou o surgimento da proporcionalidade, considerando que, antes disso, o monarca exercia o poder de modo absoluto, sem qualquer limitação no que se refere aos fins e aos meios empregados⁶.

No entanto, os termos “Estado absoluto” ou “Estado de polícia” são imprecisos, considerando que, a rigor, nenhum Estado existe à margem do direito e nenhum governo é desvinculado das normas jurídicas que assim o intitulam e, ainda que se declare, numa concepção patrimonial, o poder absoluto do rei, isso não pode ser traduzido como uma ilimitação, tendo em vista que a propriedade é determinada sempre com base na lei⁷.

Já o denominado Estado constitucional, representativo ou de Direito, apresenta como ápice a Revolução francesa, verificada entre 1789 e 1799, mas com destaque para a Inglaterra, onde esse movimento foi desencadeado um século antes, possuindo como marco a Revolução industrial, e os Estados Unidos, incluindo as suas colônias, com as primeiras Constituições escritas “em sentido moderno”⁸.

4 MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 323.

5 ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 284.

6 BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. 1997. 210 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas - CCJ, Universidade Federal de Santa Catarina, 1997, p. 143. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106454/321102.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 fev. 2021.

7 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 37.

8 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 40.

Em reforço, Luís Roberto Barroso⁹, em análise sobre a razoabilidade e a proporcionalidade, assenta que a primeira é oriunda do devido processo legal, que constitui um instituto ancestral do direito anglo-saxão, cuja matriz remonta à cláusula *law of the land*, inserida na Magna Carta de 1215, reconhecida como um dos documentos mais importantes dentre aqueles que precederam o movimento denominado de constitucionalismo¹⁰.

O autor acrescenta que, o princípio do devido processo legal nos Estados Unidos foi caracterizado por uma fase com caráter estritamente processual (*procedural due process*) e outra de cunho substancial (*substantive due process*) e que, ao lado do princípio da igualdade, a versão substantiva do devido processo legal se constituiu num importante instrumento de defesa dos direitos individuais, possibilitando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade do Executivo por meio da análise da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas e atos do Estado, em geral¹¹.

Conforme observa Carlos Roberto Siqueira Castro¹², a proporcionalidade constitui cláusula inerente à própria noção de direito, ostentando característica expansiva para a “compreensão do fenômeno jurídico na pós-modernidade”, expressando a noção de equitatividade, adequabilidade, suficiência, ausência de abuso ou excesso, equilíbrio, equanimidade, idoneidade, correspondendo à “justa e aceitável proporção na correlação entre os direitos e os deveres impostos, reprimidos, admitidos ou de qualquer forma promovidos pela ordem jurídica plural e democrática”.

Segundo Aristóteles¹³, o justo constitui espécie do termo proporcional, correspondendo a proporção à igualdade de razões, sendo o que é justo, proporcional e injusto aquilo que venha a atentar contra a proporção. Quem age injustamente atua com excesso e, aquele que é tratado de forma injusta, recebe muito pouco daquilo que é “bom”, ocorrendo o inverso no caso do mal, tendo em vista que o menor mal é considerado algo bom em comparação com um mal maior¹⁴.

No que se refere às decisões judiciais, Robert Alexy¹⁵ (2019) afirma que elas carregam não apenas a pretensão de correção no contexto do ordenamento jurídico vigente, bem como de serem corretas como decisões judiciais, destacando que uma decisão judicial que aplique de forma correta uma lei injusta ou desarrazoada não cumprirá a pretensão de correção que se espera, considerando todos os aspectos envolvidos.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 209.

10 Em sentido contrário, Virgílio Afonso da Silva afirma que a identificação da origem do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na Magna Carta de 1215 é equivocada, considerando que os conceitos razoabilidade e proporcionalidade não se confundem e que é questionável a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha se originado desse documento, considerando-se que na Inglaterra é mencionado o princípio da irrazoabilidade e não da razoabilidade (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, São Paulo, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021).

11 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, *op. cit.*, p. 210.

12 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 188.

13 ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

14 ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*, *op. cit.*

15 ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Tradução de: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 93.

Desta forma, pela proporcionalidade deve ser buscado o meio mais idôneo, mais equitativo e menos custoso, seja pela via legislativa, seja na administração pública dos interesses sociais ou mesmo na aplicação dos comandos normativos pelo sistema de justiça, inclusive no campo das relações privadas, garantido que o sacrifício de um bem da vida não vá além do mínimo necessário diante de outro bem da vida ou interesses conflitantes¹⁶. O autor acrescenta que a ideia de proporcionalidade tem como escopo a justa e equitativa distribuição dos ônus e encargos e, da mesma forma, dos bônus e vantagens, nos mais diversos cenários de disputas¹⁷.

No âmbito da jurisprudência do STF, na ADI nº 855¹⁸, que visava a declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Paraná que obrigava os estabelecimentos que comercializassem Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) a pesarem, em local visível ao consumidor, os botijões ou cilindros comercializados, impondo o abatimento proporcional no respectivo preço, no caso de constatação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que talvez o primeiro caso que apreciou a proporcionalidade no Tribunal Guardiã da Constituição tenha sido a Representação nº 930¹⁹, na qual figurou como relator o Ministro Rodrigues de Alckmin, versando o caso concreto sobre a liberdade do exercício profissional do corretor de imóveis, tendo a Corte afirmado que, naquela situação específica, não deveria ser exigida a regulamentação da profissão.

Registra-se, ainda, que na Representação nº 1.077²⁰, o Tribunal Guardiã da Constituição também assentou a inconstitucionalidade de Lei do Estado do Rio de Janeiro que elevou o valor da taxa judiciária, tendo o Ministro Moreira Alves, relator, afirmado que as taxas que são cobradas em razão da prestação jurisdicional não podem ser excessivas ou criar obstáculos que impossibilitem o acesso à justiça, destacando que a taxa não pode ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a ser pago pelo contribuinte.

Assim, apesar de ter ganhado maior destaque a partir da consolidação do modelo de Estado de direito, a proporcionalidade, conforme apontado, é inata às relações humanas e fundamental na distribuição da justiça.

3 Natureza jurídica

A questão envolvendo a análise da natureza jurídica da proporcionalidade no direito brasileiro é palco de infindáveis controvérsias na doutrina e na jurisprudência brasileiras, conforme se observará a seguir.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes²¹ destaca que a doutrina constitucional brasileira não se preocupou em conferir um tratamento mais sistematizado à questão da razoabilidade das

16CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, *op. cit.*, p. 189.

17CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, *op. cit.*, p. 189.

18BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 855/PR*. Relator: Ministro Octavio Gallotti, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 06 mar. 2008.

19BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rp 930/DF*. Relator: Min. Cordeiro Guerra, j. 05 mai. 1976.

20BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rp 1.077/RJ*. Relator: Min. Moreira Alves, j. 28 mar. 1984.

21MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 38.

leis que restringem direitos, tema que tem ganhado destaque na análise da constitucionalidade de algumas normas.

Humberto Bergmann Ávila²² assevera que a discussão sobre a proporcionalidade no Brasil é recente, resultando da influência do direito alemão, onde foi estudado e aplicado. O autor acrescenta que boa parte da doutrina não é capaz de explicar adequadamente o dever de proporcionalidade, especialmente o seu fundamento de validade.

Apesar disso, a proporcionalidade deve ser concebida como um elemento disciplinador que limita a competência constitucional dos órgãos estatais e restringe a proteção de direitos fundamentais²³.

A doutrina e jurisprudência dominantes, consideram a proporcionalidade um princípio²⁴. Segundo Robert Alexy²⁵ a proporcionalidade é uma máxima, constituindo a ponderação o núcleo do exame da proporcionalidade, podendo ser enquadrada como uma regra. Virgílio Afonso da Silva²⁶ utiliza a expressão “regra da proporcionalidade”. Humberto Bergmann Ávila²⁷, por sua vez, assenta que o denominado princípio da proporcionalidade não é um princípio, mas um “postulado normativo aplicativo”. Georges Abboud²⁸ defende que a proporcionalidade não pode ser aplicada como um simples juízo de ponderação que permite ao Judiciário tomar decisões discricionárias, mas sim a partir de uma bipartição de proibição de proteção deficiente (Üntermassverbot) e proibição de excesso (Übermassverbot).

De acordo com Carlos Roberto Siqueira Castro²⁹, a ausência de previsão expressa da proporcionalidade na CRFB/88 não obsta aplicação da proporcionalidade pelo Judiciário com a finalidade de controle da legalidade dos atos do Estado, considerando a existência de “cláusulas supralégais”, como os princípios da igualdade, do devido processo legal e o postulado “jurídico-diretivo da proporcionalidade”, que constituem conceitos jurídicos indeterminados, mas determináveis pelos sistemas de concreção judicial, com ampla capacidade expansiva para a assimilação de novas realidades de valores civilizatórios em constante movimento de mudança.

O autor destaca a história constitucional dos Estados Unidos, que enfrenta o desafio de aplicar uma Constituição bicentenária a situações marcadas por profundas mudanças sociais, diante dos grandes avanços da sociedade em todos os campos, especialmente na ciência³⁰.

22ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999, p. 53.

23DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 191.

24Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 38; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, *op. cit.*, p. 185; MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 323; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 855/PR*. Relator: Ministro Octavio Gallotti, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 06 mar. 2008.

25ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, *op. cit.*, p. 132.

26SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *op. cit.*

27ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *op. cit.*, p. 153.

28ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, *op. cit.*, p. 849.

29CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, *op. cit.*, p. 185-187.

30CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, *op. cit.*, p. 187.

Segundo Lenio Luiz Streck³¹, isolado, o enunciado “proporcionalidade” ou “princípio da proporcionalidade” é carecedor de importância, tornando-se irrelevante a denominação da proporcionalidade como princípio ou não. De acordo com o autor, a proporcionalidade deve estar presente em toda *applicatio*, devendo qualquer decisão ser equânime e observar uma justa proporção, proibindo-se o excesso (Übermassverbot) e a proteção insuficiente (Üntermassverbot).

Tal como Lenio Luiz Streck, Carlos Roberto Siqueira Castro³², com relação à disputa doutrinária sobre a natureza jurídica da proporcionalidade, assevera que se trata de uma discussão com alcance meramente semântico e sem maior consequência no amplo reconhecimento judicial adquirido por esse postulado.

O assunto também é objeto de polêmica entre os ministros do STF. Durante os debates realizados no julgamento da ADI nº 855, o Ministro Eros Grau pediu que a Corte se manifestasse expressamente sobre qual preceito constitucional estaria sendo ofendido, sem a explicitação de eventual ofensa ao que chamou de “tal princípio da proporcionalidade”, que na sua visão nem é um princípio, constituindo-se meramente numa pauta ou método de avaliação da ofensa ou não à Constituição, não por conta da proporcionalidade, mas sim da ofensa ou não de um dos direitos fundamentais.

Eros Grau fez questão de destacar que não estava julgando o caso segundo a proporcionalidade, exemplificando que a norma poderia não ser proporcional com relação à liberdade ou à igualdade, mas que a inconstitucionalidade não diz respeito à infringência da proporcionalidade ou da razoabilidade em si, mas a direito fundamental eventualmente violado pelo seu texto.

O Ministro explicou que estava registrando tais ponderações, para que no futuro não se ensinasse de forma equivocada, consignando que “o volume de livros escritos sobre o princípio da proporcionalidade é uma barbaridade”, passando a ideia de que o STF pode fazer o que bem entender a pretexto da proporcionalidade.

Em contraposição ao que foi dito pelo Ministro Eros Grau, Gilmar Mendes afirmou que a análise da proporcionalidade sempre envolve um direito fundamental ou uma prerrogativa de caráter fundamental submetida à reserva legal, não existindo reserva legal constitucional por parte do legislador se ele não atender ao princípio da proporcionalidade.

Nesse mesmo julgamento, Cezar Peluso afirmou que “quando se invoca a proporcionalidade, se invoca num conflito de valores constitucionais”. Ninguém invoca a proporcionalidade aleatoriamente, só para discutir teorema, mas para resolver conflito entre valores constitucionais” e Carlos Britto consignou que a proporcionalidade é “juízo de ponderação”.

Conforme se observa, a questão é objeto de grande polêmica tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, excedendo maiores divagações os limites do presente estudo.

31STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 490-491.

32CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, *op. cit.*, p. 190-191.

4 Fundamento constitucional

Conforme se destacou anteriormente, a proporcionalidade surgiu com a finalidade de ensejar uma forma de controle em face de eventuais excessos cometidos pelo Estado, possibilitando, num primeiro momento, o exame da norma ou do ato administrativo de acordo com a finalidade constitucional.

Diante das inúmeras possibilidades jurídicas, surge a necessidade de se usar a lei da ponderação, que embasa o princípio da proporcionalidade³³. Em que pese a ausência de previsão expressa da proporcionalidade na CRFB/88, no plano infraconstitucional, a Lei federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece no seu art. 2º que a Administração Pública deverá obedecer, dentre outros princípios, a razoabilidade e a proporcionalidade³⁴.

Entretanto, diante do caráter analítico da CRFB/88, qualquer restrição a direitos fundamentais deve ser baseada em fundamento constitucional, sendo insuficiente a alegação da existência de norma infraconstitucional, sob pena de nulidade³⁵.

Com relação ao fundamento constitucional da proporcionalidade, Humberto Bergmann Ávila³⁶ observa que boa parte da doutrina apresenta dificuldade em explicá-lo adequadamente. No entanto, é possível identificar, de uma forma geral, a existência de quatro correntes, quais sejam: (i) no Estado de Direito³⁷; (ii) no princípio do devido processo legal material, entendimento adotado pelo STF em vários julgados, conforme se verá a seguir. Nesse contexto, André L. Borges Netto³⁸ observa que a Constituição indica caber ao Judiciário, especialmente ao STF, afastar leis arbitrárias e desarrazoadas, limitando a conduta do legislador, permitindo o *due process of law* em seu aspecto substantivo o controle de atos que cuidam de liberdades individuais; (iii) no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição³⁹; e (iv) na estrutura dos direitos fundamentais, a exemplo do art. 5º, II (legalidade), XXXV (inafastabilidade da jurisdição), LXVIII (*habeas corpus*), LXIX (mandado de segurança), LXXII (*habeas data*), XXXIV, alínea *a* (direito de petição) e art. 1º, caput, II (cidadania) e III (dignidade da pessoa humana), além de uma tendência de sustentar

33ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios y razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza. DOXA 5. 1988, p. 147.

34BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

35ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro, op. cit.*, p. 849.

36ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *op. cit.*, p. 153.

37BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 95; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 248; e BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, p. 65-78, 1998, p. 75.

38BORGES NETTO, André L. A razoabilidade constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 12, mai. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1030/1014#>. Acesso em: 04 ago. 2020.

39GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 278; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 396.

que constituem regra de proporcionalidade todos os dispositivos da CRFB/88 que utilizam a expressão “proporcional”⁴⁰.

Willis Santiago Guerra Filho⁴¹, no entanto, defende que não é correto ou necessário buscar qualquer derivação da proporcionalidade de um outro princípio como o Estado de Direito ou a legalidade. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁴² a proporcionalidade constitui uma expressão do princípio da razoabilidade, apresentando um destaque próprio diante da possibilidade de colocar em evidência a desproporcionalidade do ato.

Em sentido contrário, Virgílio Afonso da Silva⁴³ sustenta que não se deve confundir proporcionalidade com razoabilidade, o que frequentemente se verifica na jurisprudência do STF, em trabalhos acadêmicos, relatórios de comissões do Poder Legislativo e da doutrina, considerando que a regra da proporcionalidade se diferenciaria da razoabilidade não só quanto à sua origem, bem como à sua estrutura.

O autor observa que o ato desproporcional não é, necessariamente, irrazoável, de acordo com a jurisprudência inglesa fixada na decisão *Wednesbury*, tendo em vista que para que seja considerado desproporcional, o ato deve ser “extremamente irrazoável ou absurdo”, correspondendo o conceito de razoabilidade apenas à exigência de adequação, sendo a regra da proporcionalidade mais ampla do que a razoabilidade, não se exaurindo na análise da compatibilidade entre meios e fins⁴⁴.

No que concerne ao STF, na ADI nº 855, o Ministro Gilmar Mendes assentou que em alguns sistemas jurídicos a proporcionalidade encontra fundamento na própria ideia dos direitos fundamentais e, em outros, na ideia do Estado de Direito, sendo defendido no Brasil que representa uma expressão do devido processo legal no seu aspecto substantivo. Nesse julgamento, o Ministro Moreira Alves ressaltou que desde a entrada em vigor da CRFB/88, a proporcionalidade encontra seu fundamento no devido processo legal material.

No mesmo sentido, na ADI nº 1.158 MC/AM⁴⁵, ajuizada em face de Lei do Estado do Amazonas que estendeu adicional de férias aos servidores inativos, o Ministro Celso de Mello, relator do caso, asseverou que a cláusula do devido processo legal deve ser entendida não apenas sob o seu aspecto meramente formal, mas também na sua dimensão material, atuando como um obstáculo à edição de normas com conteúdo arbitrário ou irrazoável, residindo a essência do *due process of law* na proteção dos direitos e liberdades das pessoas contra qualquer espécie legislativa destituída de razoabilidade.

Em reforço, na ADI nº 173/DF⁴⁶, que cuidou da análise da constitucionalidade de normas que condicionavam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários, o Guardião da Constituição consignou que eventuais restrições ao direito ao

40SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *op. cit.*

41GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 83-84.

42MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 93-94.

43SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *op. cit.*

44SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *op. cit.*

45BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.158 MC/AM*. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 19 dez. 1994.

46BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 173/DF*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, j. 25 set. 2008.

exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas, devem observar a proporcionalidade e a razoabilidade, que decorrem do devido processo legal substantivo.

Conforme se observa, em que pese a grande divergência doutrinária com relação ao fundamento da proporcionalidade, a doutrina e a jurisprudência indicam a existência de assento constitucional, independentemente da corrente que se adote.

5 Proporcionalidade e seus subprincípios

Uma vez reconhecido o fundamento constitucional da proporcionalidade, cumpre discorrer sobre os critérios que devem ser levados em conta para a sua aplicação, destacando a doutrina a existência de “sub-regras” ou “subprincípios” do instituto.

Segundo Virgílio Afonso da Silva⁴⁷, existem três tendências distintas com relação ao número do que ele denomina “sub-regras” da proporcionalidade, quais sejam: i) a primeira que considera as sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito; ii) a segunda que admite somente a análise da adequação e da necessidade, com a exclusão da proporcionalidade em sentido estrito; e iii) uma terceira que além de adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, inclui a análise da legitimidade dos fins almejados com a adoção da medida, representando essa corrente uma tendência de aplicação da proporcionalidade pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Diferentemente de Virgílio Afonso da Silva, Jorge Miranda⁴⁸ denomina como “subprincípios” da proporcionalidade a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Independentemente da denominação que se queira atribuir, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁴⁹, assentam que esses subprincípios (ou sub-regras) devem ser aplicados de forma gradual, descartando-se, em primeiro lugar, medidas inaptas e inadequadas. Na sequência medidas desnecessárias e, por fim, deverá ser avaliado o atendimento da proporcionalidade em sentido estrito.

Com relação ao subprincípio da adequação, Jorge Miranda⁵⁰ assevera que pode ser traduzido na utilização do meio adequado à sua continuação, devendo a intervenção adotada pelo órgão encontrar correspondência com o bem juridicamente tutelado. De acordo com J.J. Gomes Canotilho⁵¹, a medida adotada para satisfação do interesse público deve ser apropriada ao fim ao qual se destina, exigindo a investigação e a prova de que o ato é apto e se conforma com as justificativas que ensejaram a sua adoção, tratando-se de um controle da relação entre meio e fim.

Virgílio Afonso da Silva⁵², assenta que o conceito de razoabilidade como compatibilidade entre meio e fim (razoabilidade interna) e legitimidade dos fins (razoabilidade externa) não possui identidade com a regra da proporcionalidade, correspondendo à adequação. No que se refere ao

47SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *op. cit.*

48MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 325.

49DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 183.

50MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 325.

51CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269-270.

52SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *op. cit.*

subprincípio da necessidade, que J.J. Gomes Canotilho denomina de “menor ingerência possível”, coloca-se em evidência o direito que o cidadão possui à “menor desvantagem possível”⁵³.

O autor acrescenta que costuma-se incluir outros elementos visando aumentar a operacionalidade prática desse subprincípio, quais sejam: i) a exigibilidade material: que impõe que o meio deve ser o mais resguardado possível com relação à limitação de direitos fundamentais; ii) exigibilidade espacial: decorre da necessidade de limitação do âmbito da intervenção; iii) exigibilidade temporal: que impõe a rigorosa delimitação da duração da medida coativa adotada pela Administração Pública; iv) exigibilidade pessoal: restringe a medida adotada à pessoa ou às pessoas que devem ter os interesses restringidos⁵⁴.

No âmbito de eventuais sanções impostas pela Administração Pública, por exemplo, deverá ser adotada a medida menos gravosa e suficiente para a restauração da ordem jurídica violada, evitando-se a todo custo que se incorra em excesso⁵⁵.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, também denominada de “racionalidade” por Miranda, equivale à justa medida, implicando na correta avaliação da medida a ser tomada do ponto de vista quantitativo e não apenas qualitativo, de modo que não fique aquém ou além do que irá influir na busca do resultado que se espera, “nem mais, nem menos”⁵⁶.

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito constitui um mandamento de ponderação ou sopesamento, dependendo a otimização de um direito fundamental das “possibilidades jurídicas” presentes, que decorrem do sopesamento dos princípios em colisão⁵⁷. Esse subprincípio é apontado como o mais controverso dos três, por apresentar alto grau de subjetividade, tendo em vista que a ponderação em sentido estrito pode proporcionar decisões de cunho político em prejuízo do aspecto jurídico⁵⁸. O autor assevera que a proporcionalidade em sentido estrito deveria ser utilizada somente pelo Legislativo, considerando a legitimidade democrática e constitucional da sua atribuição⁵⁹.

No âmbito do Pretório Excelso, no julgamento da IF nº 2.257/SP⁶⁰, na qual o autor requereu o deferimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, com fundamento na ausência de pagamento de valor requisitado em precatório com verba de caráter alimentar expedido no ano de 1993, para que fosse incluído no orçamento de 1994, referente a processo iniciado em 1989, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes consignou que a proporcionalidade em sentido estrito “estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto”.

Da mesma forma que a doutrina majoritária, o STF⁶¹ já assentou que a proporcionalidade é composta pela: i) adequação: devendo as medidas adotadas serem aptas a atingir os objetivos

53CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 270.

54CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 270.

55CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, op. cit., p. 205-206.

56MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 325-326.

57SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, op. cit.

58MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 148.

59MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 148.

60BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *IF 2.257/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 26 mar. 2003.

61BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *IF 2.257/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 26 mar. 2003.

pretendidos; ii) necessidade: consistente na ausência de outro meio menos gravoso capaz de atingir os mesmos resultados; e iii) proporcionalidade em sentido estrito: correspondendo à ponderação entre a intervenção adotada e os objetivos almejados pelo legislador.

6 Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade visa estabelecer uma comparação entre dois elementos, apresentando como parâmetro a Constituição, utilizada como referência para a aferição de eventual inconstitucionalidade, e como objeto a norma questionada⁶². Esse controle é realizado com o escopo de preservar a integridade da norma constitucional contra eventuais questionamentos, apresentando como fundamento a supremacia constitucional, evitando que normas ou atos em desacordo com a Constituição produzam os efeitos que normalmente seriam os esperados⁶³.

Nessa perspectiva, cumpre analisar a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade com fundamento na proporcionalidade, diante do consenso que existe na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu assento constitucional, independentemente do fundamento invocado, conforme já destacado neste trabalho.

Há tempos se encontra superada a concepção de que texto e norma coincidem, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, destacando-se o entendimento de que a norma representa o resultado da interpretação⁶⁴ do texto, com a observação das peculiaridades que envolvem o caso concreto⁶⁵.

Entretanto, a ausência da adoção de parâmetros objetivos na interpretação das normas pode implicar no risco de soluções arbitrárias, colocando em risco a racionalidade do suporte hermenêutico⁶⁶. Nessa trilha, Lenio Luiz Streck⁶⁷ assenta que o direito precisa de teorias que apontem condições para o adequado oferecimento de respostas (decisões), que sejam compatíveis com a norma constitucional, decorrendo a necessidade dessa teorização do “caráter alográfico do direito”.

62DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 203-204.

63MONTES NETTO, Carlos Eduardo. *Impossibilidade da abstrativização dos efeitos do controle incidental de constitucionalidade como forma de proteção dos direitos coletivos*. 2019. 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Ribeirão Preto, 2019, p. 15.

64De acordo com Peter Häberle, a interpretação constitui, originariamente, a “atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e explicação de sentido de uma norma (de um texto)”, subsistindo sempre “a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 14).

65ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das teorias do ativismo e da autocontenção judicial. *Revista Paradigma*, v. 29, n. 2, p. 146-165, mai./ago. 2020, p. 150.

66TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: A razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 289.

67STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

Destarte, as palavras de um determinado texto somente irão alcançar o seu real significado diante da promoção de um exercício de teorização, que deve abranger a realidade do mundo, os fatos da vida⁶⁸. Como afirma Müller⁶⁹ “normas’ não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

Assim, o texto representa uma possibilidade de construção de conteúdos normativos para o intérprete, de forma que não se verifica a existência de normas sem a realização do trabalho de interpretação, lastreado no ordenamento jurídico e na realidade da sociedade⁷⁰. Nessa ótica, observa-se que a evolução da jurisprudência diante da denominada “nova hermenêutica” tem ensejado o protagonismo do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de normas que restringem direitos fundamentais, provocando a reordenação dos valores socioculturais, com a substituição da atividade do legislador pelos juízes⁷¹.

Desse modo, o Judiciário passou a se encarregar de questões com grande repercussão social e política que antes eram objeto de deliberação pelo Legislativo e Executivo, com a transferência de poder aos juízes e tribunais, configurando o fenômeno da judicialização⁷².

A propósito desse protagonismo judicial, Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini e Carlos Eduardo Montes Netto⁷³ observam que é decorrência de múltiplas causas e de uma tendência atual, especialmente em razão do modelo institucional adotado pela CRFB/88.

Entretanto, Georges Abboud⁷⁴ alerta que a Constituição é o fundamento de validade das decisões judiciais, representando o princípio da legalidade previsto no art. 2º, da CRFB/88 um dos seus princípios estruturantes, não se revelando admissível que o juiz estatal venha a ignorar a legislação e a seguir sua “convicção pessoal” ou “senso de justiça”.

Com efeito, não deve o intérprete violar a integridade do direito, sendo vedada a adoção de critérios pessoais, morais, religiosos, políticos ou de qualquer outra natureza, demandando a integridade do direito o respeito ao passado, devendo ser evitada a pluralidade de decisões divergentes para casos assemelhados⁷⁵.

68ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação Constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 100.

69MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247.

70CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. *Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 41.

71ROCHA, Gerson Luiz. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da Lei: a problemática do decisionismo judicial. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 9, Recife, p. 99-134, 2016, p. 126. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/149>. Acesso em: 18 fev. 2021.

72BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis, Rio de Janeiro*, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 24. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 abr. 2020.

73ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. Direitos fundamentais: análise da jurisprudência em tempos de pandemia. *Anais do I Congresso “Políticas Públicas, democracia e direitos fundamentais”*. Ribeirão Preto, 2020.

74ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro, op. cit.*, p. 1.130.

75ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das teorias do ativismo e da autocontenção judicial, *op. cit.*, p. 151.

Desse modo, torna-se necessária uma atenção redobrada para que sejam rechaçadas hermenêuticas “relativistas” ou “equivocistas” que não apresentem nenhuma validade ou objetividade para a realização da atividade interpretativa⁷⁶, tendo Lenio Luiz Streck⁷⁷ asseverado que, em pleno século XXI, ainda não se conseguiu estabelecer parâmetros para a solução do problema de “como decidir”, navegando a interpretação ao sabor de “objetivismos” e “subjetivismos”, sendo necessário encontrar um meio termo, emergindo a demanda da construção de uma “teoria da decisão”.

No que se refere especificamente ao controle de constitucionalidade com fundamento na proporcionalidade, a questão também se revela complexa, tendo Gerson Luiz Rocha⁷⁸ alertado para os perigos da prática do ativismo judicial, sob o falso fundamento da proporcionalidade, destacando que na maior parte das vezes as decisões judiciais nem sequer mencionam expressamente a utilização da proporcionalidade.

De qualquer forma, essa possibilidade é admitida, tendo Belize Câmara Correia⁷⁹ afirmado que diante da atribuição do Judiciário de garantir a autoridade e o respeito aos princípios superiores consagrados na CRFB/88, é inafastável o exercício do controle de constitucionalidade à luz da proporcionalidade.

O próprio Tribunal Guardiã da Constituição, em diversas ocasiões além da declaração de inconstitucionalidade da Lei que estabelecia a necessidade de pesagem dos botijões de gás diante dos consumidores (ADI nº 855/PR) e da Lei do Estado do Amazonas que concedia gratificação de férias aos servidores inativos (ADI nº 1.158 MC/AM), assentou a possibilidade da utilização da proporcionalidade no exercício do controle da atividade legislativa, a exemplo da ADI nº 2.579/ES⁸⁰ ajuizada em face da Resolução nº 06, de 24 de abril de 1989, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES), que estendia a vantagem do adicional de férias aos magistrados inativos, declarando a inconstitucionalidade do ato normativo e da ADC nº 9/DF⁸¹ que afirmou a constitucionalidade de MP que estabeleceu a possibilidade de cobrança de tarifa especial sobre o consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas durante o período de crise energética que o país atravessou, que ficou conhecido como “apagão”.

Em seu voto proferido no RE 635.659⁸², ainda pendente de julgamento, no qual se alega a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica como crime a aquisição, a guarda, a manutenção em depósito ou o porte de drogas para consumo pessoal, o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, asseverou que o espaço de atuação do legislador é sempre limitado pela proporcionalidade, configurando a sua inobservância “inadmissível excesso de poder legislativo”, abrindo-se a possibilidade do controle de constitucionalidade material da atividade legislativa,

76BEUCHOT, Mauricio. *Perfiles esenciales de la hermenéutica*. México: FCE: UNAM, 2008, p. 8-9.

77STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*, *op. cit.*, p. 39.

78ROCHA, Gerson Luiz. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da Lei: a problemática do decisionismo judicial, *op. cit.*, p. 126.

79CORREIA, Belize Câmara. *O princípio da proporcionalidade no direito penal: a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras à luz da proporcionalidade no direito brasileiro*. 2004. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2004, p. 82.

80BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.579 ES*. Relator: Ministro Carlos Velloso, j. 21 ago. 2003.

81BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 9/DF*. Relatora: Ministra Ellen Gracie, j. 13 dez. 2001.

82BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 635.659/SP*. Voto proferido. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 ago. 2015.

cabendo à Corte Suprema analisar se o legislador “utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar”.

Retornando à problemática do ativismo judicial no controle de constitucionalidade, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto⁸³ advertem que existe uma distinção entre o ativismo da Corte Suprema e o do restante do Judiciário, no sentido de que aquela, por ser a guardiã de princípios substantivos, deve se valer de uma postura menos deferente, diante da necessidade de proteção dos direitos e princípios fundamentais, não raras vezes, mediante a utilização de técnicas complexas de decisão.

Um exemplo disso foi o reconhecimento da possibilidade de uniões estáveis homoafetivas, na ADPF nº 132⁸⁴, na qual o Pretório Excelso assumiu claramente uma atuação ativista, valendo-se de uma técnica de interpretação conforme a CRFB/88, visando promover a proteção dessa minoria.

Em contraposição ao ativismo judicial, destaca-se a teoria da autocontenção, que segundo Luís Roberto Barroso⁸⁵ consiste numa postura adotada pelo Judiciário de reduzir a sua interferência com relação aos atos praticados pelos demais poderes, deixando de aplicar a Constituição em hipóteses que não haja previsão expressa da sua incidência, mediante a utilização de critérios rígidos e conservadores no exercício do controle de constitucionalidade, sem interferência em questões que envolvam a definição e o alcance de políticas públicas.

Portanto, de acordo com essa corrente, mesmo que o legislador não tenha atuado, não compete ao Judiciário colmatar eventuais lacunas e nem reparar políticas públicas, devendo se encarregar apenas da análise de demandas estritamente jurídicas, sem se imiscuir em questões típicas que envolvem a gestão pública⁸⁶, com atuação predominantemente negativista baseada numa metodologia de contenção (*self-restraint*) que presta deferência aos demais poderes⁸⁷.

Segundo Luís Roberto Barroso⁸⁸, até a CRFB/88 o Poder Judiciário nacional adotou uma inegável postura de autocontenção, restringindo o âmbito de incidência da Constituição em deferência às instâncias tipicamente políticas, tudo isso na prática, sem maiores discussões sobre a aplicação das teorias do ativismo e da autocontenção judicial.

Deve ser destacado que se o assunto é recente no Brasil, nos Estados Unidos o debate é antigo, tendo a deferência administrativa, também denominada *Chevron deference*, sido delimitada pela Suprema Corte por ocasião do julgamento do notório caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, no ano de 1984, tendo esse tribunal decidido que não cabe o controle judicial quando uma agência estatal, baseada no seu estatuto, adota uma solução

83CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 7, p. 155-204, 2015. Ago/2015.

84BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ*. Rel. Min. Carlos Britto, j. 05 mai. 2011.

85BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *op. cit.*, p. 26.

86MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. [S.I.], v. 103, 2017, p. 121-137.

87WANDERLEY NETO, João Bosco de Barros. *Ativismo judicial: entre a efetividade e a autocontenção*. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

88BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *op. cit.*, p. 26.

devidamente fundamentada e lastreada em interpretação razoável e de acordo com a norma constitucional⁸⁹.

Nessa senda, o controle de constitucionalidade representaria uma atividade política que deve ser exercida de maneira comedida, reconhecendo-se que “a Corte tem um objeto político que deve estar restrito a política”, coadunando-se com as teorias da “modéstia judicial”, que se aproxima da “Judicial Politics”⁹⁰. Ao atuar com autocontenção, o Judiciário diminui a sua interferência em assuntos que são de atribuição dos demais Poderes, intervindo o mínimo possível e de forma excepcional em decisões que envolvam a adoção de políticas públicas, reservando a sua atuação apenas para os casos em que se fizer necessária a proteção do mínimo existencial⁹¹.

A Corte Suprema, em diversas ocasiões, elegeu a autocontenção ao invés do ativismo, mesmo diante de casos complexos e de difícil resolução, a exemplo do que se decidiu no PET nº 3.388/RR⁹², conhecido como caso “Raposa Serra do Sol”, que cuidou da demarcação de terras indígenas, tendo o Guardião da Constituição prestado deferência ao Executivo, ao consignar que apenas à União compete instaurar, sequenciar e concluir a demarcação de terras indígenas. Da mesma forma, ao analisar a denominada Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/2005, depois da realização de várias audiências públicas sobre a matéria, o STF agiu de forma deferente com relação ao Legislativo, ao reconhecer a constitucionalidade dessa norma⁹³. Verificam-se ainda diversas outras decisões proferidas pelo Pretório Excelso e pelo STJ⁹⁴ acolhendo a teoria da deferência administrativa⁹⁵.

No plano internacional, João Carlos Souto⁹⁶ chama a atenção para o que ele denomina de “*novos desafios do checks and balances*”, representado pela Ordem Executiva nº 13.769, de 27 de Janeiro de 2017, sob o título “Protegendo a Nação da Entrada de Terroristas Estrangeiros nos Estados Unidos”, emanada do então Presidente dos Estados Unidos, Donald John Trump que, em cumprimento de promessa de campanha, proibiu a entrada nesse país, por 90 dias, de pessoas com passaportes de sete países, todos de maioria muçulmana (Líbia, Iêmen, Iraque, Irã, Síria, Somália e Sudão), tendo a medida ainda vedado, por 120 dias, o ingresso de refugiados de qualquer nacionalidade, além de facultar a ampliação da lista dos sete países, de acordo com a vontade do Presidente, bem como a suspensão, por tempo indefinido, da entrada de refugiados sírios, em benefício dos interesses dos Estados Unidos.

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.874/DF*. Relator: Min. Rosa Weber, 01 fev. 2018.

90LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 136-137.

91ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das teorias do ativismo e da autocontenção judicial, *op. cit.*, p. 160.

92BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 3.388/RR*. Rel. Carlos Britto, j. 19 mar. 2009.

93BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.510/DF*. Rel. Min. Carlos Britto, j. 29 mai. 2008.

94BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.518.525/SE*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 19 mai. 2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.414.672/MG*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 26 nov. 2013; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.171.688/DF*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 01 jun. 2010.

95BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.874/DF*. Relator: Min. Rosa Weber, 01 fev 2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 42/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, 28 fev. 2018; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.083.955 AgR/DF*. Relator: Luiz Fux, 28 mai. 2019.

96SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2019, p. 343-346.

Segundo o autor, o ato normativo colocou em evidência três “pontos extremamente perturbadores”, quais sejam: i) a inconstitucionalidade manifesta, diante da desproporcionalidade da medida; ii) outra inconstitucionalidade consistiu na inclusão dos nacionais dos sete países que possuíam residência permanente nos Estados Unidos e que estivessem circunstancialmente fora do país a trabalho ou a lazer, mesmo que possuidores do *green card*; iii) ainda, a medida teria promovido discriminação religiosa, considerando que abrangeu apenas nações com a maioria da população muçumana⁹⁷.

Em razão disso, diversas ações judiciais foram ajuizadas com o objetivo de, por meio do controle difuso de constitucionalidade, combater os efeitos da mencionada Ordem Executiva, tendo a Justiça Federal de Nova Iorque, Boston e de Seattle deferido liminares reconhecendo a inconstitucionalidade do ato normativo, tendo a mencionada decisão de Seattle, proferida pelo juiz federal James Louis Robart determinado a suspensão da aplicação do ato normativo em todo o território nacional⁹⁸.

Na sequência, o Governo Trump editou a Ordem Executiva de nº 13.780, de 06 de março de 2017, com uma *vacatio legis* de 10 dias, retirando o Iraque da lista da Ordem Executiva anterior, alterando a situação dos refugiados sírios que saíram da lista de barrados por tempo indefinido e passaram a ser impedidos por apenas 120 dias, tal como os refugiados dos demais países, suprimindo a suspensão da entrada dos estrangeiros oriundos dos seis países da lista detentores do *green card* e estabelecendo o fim da preferência dos refugiados cristãos para a concessão de asilo, o que também foi objeto de decisões judiciais que reconheceram a sua inconstitucionalidade, proferidas pela Justiça Federal de Honolulu e das Cortes de Apelação do 4º e 9º Circuitos, o que levou o Governo a interpor o *certiorari*, perante a Suprema Corte, sustentando, além de outros argumentos, que o poder de expelir ou excluir estrangeiros constitui uma prerrogativa do Executivo que não se sujeita ao controle judicial, tendo o tribunal, em parte, prestado deferência ao Executivo estadunidense, ao acolher o recurso e manter alguns dispositivos da Ordem Executiva impugnada, com exceção da proibição de ingresso no país dos nacionais de nações de maioria muçumana que possuíssem parentes nos Estados Unidos ou relação de amizade ou de proximidade, “digna de confiança”, com residente ou entidade situada no território norte-americano⁹⁹.

Por fim, o Governo americano editou uma *Proclamation* com a finalidade de prorrogar os efeitos da Ordem nº 13.780 e inovar em alguns pontos, como a ampliação do número de países afetados pela restrição de entrada dos seus nacionais em território estadunidense que também foi objeto de decisão desfavorável pela mesma Justiça Federal de Honolulu, tendo a Suprema Corte¹⁰⁰, por maioria mínima de votos (5 a 4) mesmo numa questão envolvendo o alcance de direitos fundamentais elementares, como a liberdade religiosa, adotado uma postura totalmente conservadora e deferente ao Executivo, ao consignar que a questão referente à fixação de diretrizes de imigração e segurança nacional se referem aos poderes conferidos pela Constituição ao Presidente da República, que não podem ser objeto de controle judicial¹⁰¹.

97 SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões*, *op. cit.* p. 346-347.

98 SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões*, *op. cit.*, p. 349-351.

99 SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões*, *op. cit.*, p. 361-367.

100 ESTADOS UNIDOS. *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 2018.

101 SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões*, *op. cit.*, p. 367-371.

Diante de todo o exposto, observa-se que o ativismo pode representar um importante instrumento de promoção de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, se for adotado com radicalismo, pode contribuir para o enfraquecimento do próprio papel do Judiciário¹⁰². Já a deferência cega, com o afastamento por completo da possibilidade de controle judicial de questões envolvendo direitos fundamentais, conforme decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos no mencionado caso *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 2018, por sua vez, coloca em risco a efetivação de direitos fundamentais elementares como o exercício da liberdade religiosa.

Dessa forma, o Judiciário deve se ater às promessas constitucionais, afastar-se quando necessário e não ser ativista e nem deferente, baseando a sua atuação na razão e com fundamento na CRFB/88, exercendo, por vezes, um controle judicial mais forte e, em outras situações, um controle mais débil, a depender da situação em análise¹⁰³. Prosseguindo nesse raciocínio, constitui dever do Poder Judiciário a proteção dos fundamentos da democracia, por meio de controle forte (ativismo), apenas quando for necessária a promoção da defesa de minorias contra qualquer tipo de discriminação, a fim de preservar o mínimo existencial¹⁰⁴, a exemplo do que o STF fez com relação ao reconhecimento da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, na ADPF nº 132, conforme já mencionado.

Outra teoria que possui relação com a proporcionalidade é a derrotabilidade, que reconhece o caráter derrotável dos conceitos e normas jurídicas, ou seja, a capacidade de acomodação de exceções implícitas, sem a perda da força normativa¹⁰⁵. Os autores assentam que o instituto sustenta a existência de exceções no Direito que devem ser deixadas para o reconhecimento dos tribunais, o que implica, no entanto, em risco à segurança jurídica e ao protagonismo exagerado do Judiciário, especialmente diante do contexto atual em que há uma grande valorização dos princípios constitucionais em detrimento das regras jurídicas¹⁰⁶.

Um exemplo claro de aplicação dessa teoria é a decisão proferida na ADPF nº 54¹⁰⁷, na qual a Suprema Corte consignou que é inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo configura os crimes previstos nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP, pressupondo a derrotabilidade uma colisão entre regra e princípios, representando a proporcionalidade um dos principais métodos de resolução desse tipo de conflito¹⁰⁸.

Por fim, destaca-se a denominada “teoria do impacto desproporcional” que preconiza que qualquer conduta legislativa ou administrativa, mesmo sem intenção de promover discriminação por ocasião da sua concepção, deve ser considerada violadora do princípio da

102 CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional, *op. cit.*

103 CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional, *op. cit.*

104 ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das teorias do ativismo e da autocontenção judicial, *op. cit.*, p. 160.

105 GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios. *Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-14, jan./mar. 2019, p. 2.

106 GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios, *op. cit.*, p. 2.

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril 2012.

108 GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios, *op. cit.*, p. 1.

igualdade material se da sua aplicação surgirem efeitos nocivos que se revelem desproporcionais para certos indivíduos ou grupos¹⁰⁹.

O seu surgimento ocorreu no *leading case* *Griggs v. Duke Power Co. 1971*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual uma empresa aplicava testes de conhecimentos gerais para fins de promoção dos seus colaboradores. Segundo o tribunal a medida aparentemente neutra e baseada no mérito individual dos funcionários, resultava em benefício aos que haviam estudado nas melhores escolas, tendo sido vedada a aplicação do teste¹¹⁰.

No âmbito brasileiro, na ADI nº 1.946/DF¹¹¹ a Corte Suprema decidiu que a aplicação pura e simples do art. 14 da EC nº 20/98, que estipulava que a Previdência Social somente responderia por R\$ 1.200,00 por mês durante a licença gestante e que o empregador seria responsável pelo restante facilitaria e estimularia a opção pela contratação do trabalhador masculino em detrimento da mulher, ensejando a discriminação que a CRFB/88 buscou eliminar, incentivando ainda o patrão a nunca oferecer à mulher, independentemente da sua qualificação, remuneração superior a R\$ 1.200,00, para não correr o risco de ter que bancar eventual diferença.

Na ADPF nº 291¹¹², o STF reconheceu que o crime de pederastia ou outro ato de libidinagem, previsto no art. 235 do Código Penal Militar, não foi recepcionado pela CRFB/88, consignando que a lei não deve lançar expressões pejorativas e discriminatórias, diante do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual, assim considerada como uma liberdade existencial do indivíduo.

De todo o exposto, verifica-se a ampla possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade com base na proporcionalidade, devendo, no entanto, observar parâmetros claros e racionais que encontrem sustentação na norma constitucional.

7 Considerações finais

O presente artigo buscou discorrer sobre o controle de constitucionalidade realizado com fundamento na proporcionalidade, sob a ótica das teorias do ativismo e da autocontenção judicial, considerando que a proporcionalidade é inerente à própria noção de direito e expressa a noção de equilíbrio, equanimidade e de ausência de abuso ou excesso e que as decisões proferidas no exercício do controle de constitucionalidade podem autorizar ou desautorizar a aplicação de uma norma jurídica, impactando diretamente no reconhecimento ou não de direitos subjetivos.

Verificou-se que apesar da divergência com relação ao fundamento da proporcionalidade, a doutrina e a jurisprudência apontam a existência de assento constitucional, independentemente da corrente que se adote. Essa situação reforça a importância do presente estudo, considerando a possibilidade da realização do controle abstrato e concreto de constitucionalidade com

109GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

110LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 83.

111BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.946/DF*. Relator: Min. Sydney Sanches, 03 de abril 2003.

112BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 291/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, 28 de outubro 2015.

fundamento na proporcionalidade visando especialmente a concreção de direitos fundamentais e da própria dignidade da pessoa humana.

No entanto, apesar da ampla possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade com base na proporcionalidade, o Judiciário deverá observar parâmetros claros e racionais que encontrem sustentação na norma constitucional. Nessa perspectiva, o ativismo representa um importante instrumento de promoção de direitos fundamentais, mas a sua radicalização pode contribuir para o enfraquecimento do controle de constitucionalidade. Já a deferência irrestrita, com o afastamento por completo da possibilidade de controle judicial, coloca em risco a efetivação dos direitos fundamentais consagrados pela CRFB/88.

Referências

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação Constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.
- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios y razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza. DOXA 5. 1988.
- ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Tradução de: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *R. Dir. Adm*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 24. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, p. 65-78, 1998.
- BEUCHOT, Mauricio. *Perfiles esenciales de la hermenéutica*. México: FCE: UNAM, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES NETTO, André L. A razoabilidade constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 12, mai. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1030/1014#>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.171.688/DF*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 01 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.414.672/MG*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 26 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.518.525/SE*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 19 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 9/DF*. Relatora: Ministra Ellen Gracie, j. 13 dez. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 42/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, 28 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 173/DF*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, j. 25 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 855/PR*. Relator: Ministro Octavio Gallotti, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 06 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.158 MC/AM*. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 19 dez. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.946/DF*. Relator: Min. Sydney Sanches, 03 abr. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.579 ES*. Relator: Ministro Carlos Velloso, j. 21 ago. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.510/DF*. Rel. Min. Carlos Britto, j. 29 mai. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.874/DF*. Relator: Min. Rosa Weber, 01 de fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ*. Rel. Min. Carlos Britto, j. 05 mai. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 291/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, 28 de outubro 2015.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 3.388/RR*. Rel. Carlos Britto, j. 19 mar. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 635.659/SP*. Voto proferido. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 ago. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.083.955 AgR/DF*. Relator: Luiz Fux, 28 de mai. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rp 930/DF*. Relator: Min. Cordeiro Guerra, j. 05 mai. 1976.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rp 1.077/RJ*. Relator: Min. Moreira Alves, j. 28 mar. 1984.
- BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. 1997. 210 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas - CCJ, Universidade Federal de Santa Catarina, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106454/321102.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 fev. 2021.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. *Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Constituição, Governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 7, p. 155-204, 2015. Ago/2015.
- CORREIA, Belize Câmara. *O princípio da proporcionalidade no direito penal: a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras à luz da proporcionalidade no direito brasileiro*. 2004. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2004.
- DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ESTADOS UNIDOS. *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 2018.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. *A derrotabilidade na teoria dos princípios*. Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-14, jan./mar. 2019.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das Constituições*. Tradução de: Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo. *Impossibilidade da abstrativização dos efeitos do controle incidental de constitucionalidade como forma de proteção dos direitos coletivos*. 2019. 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Ribeirão Preto, 2019.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. [S.I], v. 103, 2017, p. 121-137.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, São Paulo, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: A razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. Direitos fundamentais: análise da jurisprudência em tempos de pandemia. *Anais do I Congresso "Políticas Públicas, democracia e direitos fundamentais"*. Ribeirão Preto, 2020.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das teorias do ativismo e da autocontenção judicial. *Revista Paradigma*, v. 29, n. 2, p. 146-165, mai./ago. 2020.