

PROPORCIONALIDADE E INCERTEZA

PROPORTIONALITY AND UNCERTAINTY

José Adércio Leite Sampaio¹

RESUMO

O princípio da proporcionalidade tornou-se um cânone universal de constitucionalidade. Para seus críticos, ele legitima a intervenção judicial nos domínios dos órgãos políticos e das agências reguladoras. As discricionariedades políticas, técnicas e administrativas seriam substituídas pela discricionariedade judicial. No entanto, tanto a lei substantiva, quanto a lei epistêmica da proporcionalidade permitem que os tribunais sejam deferentes em situações de incerteza ou complexidade dos assuntos regulados. Em geral, essa é a orientação adotada pelos tribunais, embora a jurisprudência comparada não seja muito coerente a esse respeito. O princípio da proporcionalidade deve ser conjugado com argumentos substantivos que permitam aos juízes o exato enquadramento dos conflitos constitucionais e a modulação de sua intervenção. Não pode haver uma regra geral de deferência sempre que houver incerteza científica ou complexidade das questões envolvidas. Os tribunais devem procurar esgotar as possibilidades processuais de solução das incertezas e complexidades, por meio da exigência de fundamentação e do recurso a especialista. Em não havendo êxito em reduzir incertezas e complexidades, é que deve haver a deferência judicial. Esse comportamento exige que os órgãos deliberativos se preocupem em aperfeiçoar seus processos de decisão, tanto no sentido de análise factual, quanto de sua abertura à participação da comunidade científica e da sociedade em geral.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípio da proporcionalidade; Controle de constitucionalidade; Deferência judicial; Separação de poderes; Incerteza científica.

ABSTRACT

The principle of proportionality has become a universal canon of constitutionality. For its critics, it legitimizes judicial intervention in the domains of political bodies and regulatory agencies. Political, technical and administrative discretion would be replaced by judicial discretion. However, both the substantive and the epistemic proportionality law allow the courts to be respectful in situations of uncertainty or complexity of regulated matters. In general, this is the guideline adopted by the courts, although the comparative jurisprudence is not very consistent in this regard. The principle of proportionality must be combined with substantive

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001) e pós-doutorado pela Universidad de Castilla la Mancha (2018). Atualmente é professor adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, na área de concentração "Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável", professor titular da Escola Superior Dom Helder Câmara e Procurador da República do Ministério Público Federal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, direito ambiental, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito constitucional e desastre ecológico. Autor de diversos livros e artigos sobre Direitos Humanos, Democracia, Constituição e Meio Ambiente. Membro de conselhos editoriais de diversas revistas acadêmicas.

arguments that allow judges to accurately frame constitutional conflicts and to modulate their intervention. There cannot be a general rule of deference whenever there is scientific uncertainty or complexity of the issues involved. Courts should seek to exhaust the procedural possibilities for resolving uncertainties and complexities, through the requirement of reasoning and the use of specialists. If there is no success in reducing uncertainties and complexities, there must be judicial deference. This behavior requires that the deliberative bodies are concerned with improving their decision-making processes, both in the sense of factual analysis, as well as their openness to the participation of the scientific community and society in general.

KEYWORDS:

Proportionality principle; Constitutionality control; Judicial deference; Separation of powers; Scientific uncertainty.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade tem sido empregado nos tribunais de quase todos os países como instrumento de resolução de conflitos constitucionais, especialmente quando o legislador, em nome de um interesse legítimo, restringe um direito fundamental.

Seus críticos a veem como mais uma “metodologia” objetivante para esconder o decisionismo judicial e permitir a invasão pelos tribunais dos espaços de competência do legislador. O tema é um dos mais debatidos atualmente na teoria constitucional.

O presente artigo se dedica, no entanto, a um estudo breve sobre questões que envolvam incerteza científica, de modo a identificar se, nessa particular aplicação, tem servido realmente como instrumento de “ativismo judicial”.

Se a incerteza científica exige uma valoração de riscos pelo legislador, eventual controle dessa valoração pelos tribunais, por meio do princípio da proporcionalidade, pode significar um “sobrejuízo” do mérito legislativo, dando razão aos seus críticos. Caso contrário, pelo menos, essa crítica seria infundada.

O trabalho discute primeiramente o fenômeno da “proporciomania”, apresentando a definição da proporcionalidade e sua expressão global. Em seguida, estuda-se a deferência estrutural do princípio, a mostrar que, em sua formulação, já contempla relativa deferência às escolhas legislativas e regulatórias.

A deferência epistêmica é tratada como um respeito do princípio às decisões tomadas pelo legislador e agências reguladoras em ambiente de incerteza. Essas duas deferências teóricas são testadas pelo tratamento dispensado pela jurisprudência constitucional, notadamente pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

O cotejo do aspecto teórico e prático da deferência judicial, mediada pela proporcionalidade, é objeto de uma abordagem crítica, que revela possibilidades e desafios do princípio. Adota-se o método analítico-descritivo, acompanhado de uma revisão bibliográfica e abordagem comparada.

2 A “PROPORCIOMANIA”

Após a II Guerra Mundial, o Tribunal Constitucional Federal alemão passou a fazer uso do princípio da proporcionalidade como instrumento interpretativo para resolução de conflitos constitucionais que envolvam direitos fundamentais. Há diversas explicações para o emprego, muitas referidas ao seu uso, pelos tribunais administrativos no início do século XX, para controle do poder de polícia (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 100; BARAK, 2012a, p. 179). Da Alemanha, o princípio se espalhou pela Europa, Ásia, Américas, África e Oceania (BARAK, 2012a, p. 182). Os tribunais e teóricos dos cinco continentes passaram a fazer uso do princípio, ainda que com pequenos nuances à matriz alemã. É possível até se falar de uma “proporciomania” (DROOGHENBROECK, 2001, p. 14), que o adota como uma “abordagem metodológica universal” (ČERVÍNEK, 2018, p. 87) ou “ius commune global” (CANAS, 2016, p. 69).

É muito mais comum e será ela o objeto deste trabalho a referência ao princípio da proporcionalidade como vedação de excesso, mas passou-se a empregar, embora ainda com reservas, a proporcionalidade como vedação de tutela “defeituosa” ou insuficiente (“Untermaßverbot”). Essa versão é ora entendida como um aspecto da proporcionalidade geral (ALEMANHA 1993; ALEXY, 2009, p. 11; KLATT; MEISTER, 2012, p. 97), ora como uma proibição do excesso com sinal trocado (SCHWABE, 1977, p. 211-212). Ela se destinaria a aferir o descumprimento do dever estatal de “proteção” dos direitos contra terceiros, ainda que

envolto em controvérsia, de organização e procedimento; e de promoção dos direitos prestacionais sociais (BOROWSKI, 2007, p. 144; CLÉRICO, 2011, p. 171).

A jurisprudência e literatura comparadas divide-os em dois, três e até quatro subprincípios ou testes (KLATT; MEISTER, 2012, p. 8-9). A divisão mais empregada, adota o teste trifásico: o da **idoneidade** (ou adequação, aptidão), a exigir que a medida restritiva seja, pelo menos em tese, capaz de realizar a finalidade legítima definida pelo legislador; o da **necessidade** (ou exigibilidade, alternativa menos prejudicial), a requer que o meio escolhido seja o menos restritivo dentre as alternativas disponíveis e igualmente eficazes; e o da **proporcionalidade em sentido estrito** (ou ponderação), a exigir que a satisfação da finalidade seja, pelo menos, equivalente ao sacrifício do direito envolvido (ALEMANHA, 1968, p. 133; KLUTH, 1998, p. 219-220; DROOGHENBROECK, 2001, p. 274).

Dentre as diversas críticas que recebe, além de seu subjetivismo e relativa irracionalidade, costuma-se dizer que a proporcionalidade dá poderes em demasia ao juiz constitucional e administrativo (ALEINIKOFF, 1987, p. 973; HABERMAS, 1998, p. 381; WEBBER, 2009, p. 202). Em resposta, seus defensores advogam que a regra é exatamente ao contrário: a deferência, especialmente em caso de dúvida ou incerteza sobre as premissas usadas pelo legislador ou formulador de políticas públicas.

O princípio da proporcionalidade é deferente ao legislador e formulador de políticas públicas do ponto de vista tanto estrutural, quanto epistêmica.

3 A DEFERÊNCIA ESTRUTURAL DA PROPORCIONALIDADE

A deferência estrutural se refere aos juízos que são realizados em cada teste dos subprincípios da proporcionalidade. O juízo de adequação não vai além da identificação da “possibilidade” de um meio, de regra, uma restrição a um direito fundamental realizar uma determinada finalidade legítima escolhida pelo legislador. Dificilmente, a escolha legislativa ou administrativa deixa de relacionar instrumentalmente a restrição com a promoção de um objetivo público. Tanto que, para tese prevalecente, nem precisa realizá-lo completamente. Se existir mais de uma finalidade, o teste se contenta com a idoneidade para realizar apenas um, ainda que não seja dentre eles o mais importante (BRADY, 2009, p. 49).

O juízo de necessidade requer a escolha da menor restrição possível para que se promova com igual eficácia aquele objetivo. Há uma discussão a respeito do grau de definição dos meios alternativos. Em geral, afirma-se que a comparação judicial deve restringir-se àqueles analisados pelo legislador ou formulador de política pública (CANAS, 2016, p. 946-947). Dentre essas alternativas, deve-se promover uma “otimização factual”, de modo a identificar a menos restritiva (ALEXY, 1993, p. 114).

Esse juízo tende a ser um pouco mais exigente do que a adequação, mas ainda assim, o modelo mais adotado tende a dar razão ao legislador na grande maioria dos casos. Ainda mais porque nem sempre é possível saber com exatidão o nível de restrição que seja comparável com outro. A dúvida é resolvida a favor da legislação ou política pública (ALEXY, 2003a, p. 447-448; 2003b, p.139-140).

A lei estrutural da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação giza que quanto maior o grau de insatisfação ou prejuízo de um direito ou princípio, maior deve ser a importância na satisfação de outro (ALEXY, 1993, p. 161). Um corolário dessa lei, conectado à deferência, pode ser redefinido como “quanto mais grave for a restrição, menos espaço deve existir para a deferência estrutural” (ALEXY, 2003b, p 138-139).

É para essa etapa que as críticas são mais dirigidas, pois aqui os juízes tendem a sobrepor suas valorações às dos legisladores. O nível de restrição de um direito fundamental e o grau de promoção de outro direito ou interesse público são muitas vezes incomensuráveis, resultando juízos discricionários que seriam insindicáveis (ENDICOTT, 2014, p. 319 ss, 322).

Esse tema merece um desenvolvimento mais aprofundado, que não se pode fazer aqui. O que se tem dito é que os juízes, especialmente nesse momento da proporcionalidade, devem levar em conta a “lei epistêmica” da ponderação.

4 A DEFERÊNCIA EPISTÊMICA DA PROPORCIONALIDADE

A deferência epistêmica depende do grau de certeza envolvido no caso. A lei epistêmica gizaria assim: “quanto maior for o grau de intervenção estatal, maior deve ser a certeza de suas premissas subjacentes”. Diferentemente da lei estrutural, a lei epistêmica não se preocupa com

a importância substantiva das razões que fundamentam a intervenção, mas com a “sua qualidade epistêmica” (ALEXY, 2003a, p. 446).

Em ambiente de incerteza epistêmica, a alternativa a ser adotada, em regra, deve ser a deferência, a menos que seja grosseiro ou evidente o equívoco (KAVANAGH, 2008, p. 184 ss; ŠUŠNJAR, 2010; CANAS, 2016, p. 975).

A deferência epistêmica é dividida em duas espécies, a empírica e a normativa (KLATT; MEISTER, 2012, p. 123) A deferência epistêmica empírica, referida à descoberta e valoração dos fatos, ocupa-se do acerto das prognoses feitas e do nível de afetação de um direito fundamental. No instante em que o legislador ou formulador de política pública está deliberando, faltam elementos consistentes para saber se as suas escolhas são efetivamente corretas e se seus objetivos serão bem sucedidos (RIVERS, 2006, p. 180-183).

Essa incerteza pode ser total, quando faltam elementos para jogar a correção, sequer probabilística, do exame legislativo ou administrativo da realização do fim pelo meio escolhido, dos fatos que o embasaram e dos riscos ou ameaças futuras considerados.

É um quadro típico de “non liquet”, pois não se consegue demonstrar, por exemplo, que a norma é inadequada nem desnecessária, tampouco o contrário: de que é adequada, necessária ou ambas. Tampouco se realizará uma ponderação com maior objetividade ou comparação entre benefícios do fim público e os custos do direito restringido (BARAK, 2012a, p. 328; CAVAS, 2016, p. 938).

Se houver alguma probabilidade ou plausibilidade, ainda que apenas marginal, no sentido de confirmar os juízos factuais e os prognósticos do legislador ou formulador da política pública, a incerteza será “epistêmica empírica parcial positiva”. Se o indicativo for em sentido contrário, haverá “incerteza epistêmica empírica parcial negativa” (RÉAUME, 2009, p.17 ss; CANAS, 2016, p. 634).

Na incerteza epistêmica empírica total e na parcial negativa não há conexão racional ou justificável entre o meio escolhido e o fim visado. Em toda opção legislativa ou de política pública, deve haver um substrato factual mínimo que seja (CHOUDHRY, 2006, p. 525; CANAS, 2016, p. 637). Ainda assim, a literatura pende a defender a livre conformação do legislador ou do formulador de política pública, sobrepondo a sua “situação de vantagem

cognitiva” (HICKMAN, 2008, p. 697; BRADY, 2012, p. 76 ss), excluindo, quando muito, a incerteza total (CANAS, 2016, p. 938).

A incerteza total é uma opção “no escuro” e seria muita imprudência tomar uma decisão nessas condições. Raramente, o legislador ou autor da decisão administrativa a fará, mas a fizer, correm o risco da invalidação. A incerteza parcial positiva e, principalmente, a negativa precisam de um exame mais apurado para decidir sobre a deferência. Em geral, apela-se para um “senso de racionalidade” ou “de razoabilidade”, de modo a aferir se, alguém prudente e sensato, diante daquele grau de incerteza, tomaria a decisão (). Note-se que, tirante a imprudência absoluta da incerteza total, tenta-se salvar a opção legislativa.

A deferência epistêmica normativa não se opera sobre fatos, mas sobre “valores” ou, mais exatamente, sobre “sopesamento” entre dois princípios concorrentes, estabelecendo-se um juízo de preferência de um sobre o outro. Como a Constituição não oferece uma resposta unívoca, o legislador ou formulador da política pública devem realizar um “cálculo” de custo e benefício, de modo a que o resultado seja equilibrado. Costuma se estabelecer uma limitação a esse cálculo e resultado: a restrição de um direito fundamental não pode desconsiderar seu conteúdo essencial ou um mínimo de proteção devida (CLÉRICO, 2011, p. 181). Na prática, esse limite é de difícil aferição e só aparece em casos excepcionais nos chamados “controles de evidência”, em que é notório o equívoco ou excesso do legislador.

Em certa medida, a deferência epistêmica normativa se aproxima da deferência estrutural, embora esteja mais relacionada a questões substantivas e morais num ambiente de “escolhas trágicas”. O argumento é que os dilemas morais devem ser resolvidos pelo legislador (WALDRON, 2006). Aqui até mesmo o formulador de políticas públicas tem restrições (BRADY, 2009, p. 80).

Essa deferência representa em verdade uma “ponderação da ponderação” ou uma “meta” ou “sobreponderação” no sentido de serem levados em conta, além dos princípios substantivos, os princípios formais como a legitimidade e a maior capacidade institucional do legislador ou do técnico para tomada de decisão (ŠUŠNJAR, 2010, p. 262 ss).

5 A DEFERÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL – NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os tribunais, na aplicação da proporcionalidade, costumam ser deferentes, quando o legislador adota prudência em suas avaliações (GRIMM, 2007; SCHLINK, 2011; BARAK, 2012b). Por limitação de espaço, serão examinadas as principais decisões de dois deles: o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por exemplo, já chegou mesmo a afirmar que o legislador não se acha obrigado a fundamentar as leis. (ALEMANHA, p. 227, 240; MEßERSCHMIDT, 2016. p. 216-217). Mesmo em ambiente de dúvida de que venha a resultar previsões erradas, o Tribunal deve ser respeitar o amplo espaço de conformação do legislador. Ele estaria “autorizado a correr esse risco sem medo de uma avaliação constitucional negativa”² (ALEMANHA, 2002, p. 151-152).

Essa autorização, no entanto, não é absoluta. O Tribunal pode escrutinar se, para realizar suas prognoses, o legislador analisou todas as informações que se encontravam disponíveis (ALEMANHA, 1978; 1994; 2002; 2004a). Em virtude da matéria ou bens constitucionais em disputa e da possibilidade de a decisão se basear em fatos confiáveis, o Tribunal aplica diversos tipos de escrutínio das decisões legislativas (GRIMM, 2007, p. 391).

O mais comum é o chamado controle de evidência (“Evidenzkontrolle”). A adequação e a necessidade são, normalmente, apuradas com alta deferência. Só pode haver declaração de desproporcionalidade, se o legislador tiver cometido um erro evidente ou grosseiro em seu juízo fático-normativo ou no cálculo de custo e benefício da proporcionalidade estrita (ALEMANHA, 1979, p. 333).

Algumas vezes, porém, ele analisa a “razoabilidade” ou “plausibilidade” dos juízos sobre elementos factuais disponíveis no âmbito do controle de “justificabilidade” ou “Vertretbarkeitskontrolle” (ALEMANHA, 2004b, p. 28).

² Also muss auch dem Gesetzgeber innerhalb gewisser Grenzen zugestanden werden, dass er dieses Risiko eingeht, ohne eine negative verfassungsrechtliche Beurteilung befürchten zu müssen.

Exige-se que o legislador demonstre que a medida restritiva a um direito é não apenas adequada como necessária. Recorre-se à ideia de um “legislador diligente” que, nas circunstâncias em que se encontrava o legislador real, teria verificado todos os meios disponíveis e feito a escolha daquele efetivamente menos restritivo. Um legislador pouco diligente, que não se tenha atentado para alternativas ao seu alcance, é um legislador desproporcional.

Um terceiro nível de escrutínio analisa o conteúdo normativo. É o chamado “intensiverte inhaltliche Kontrolle” ou “controle intensivo de conteúdo” (ALEMANHA, 1958; 1979). Nessa hipótese, o Tribunal adota uma avaliação muito mais rigorosa, analisando os elementos fáticos e normativos de valoração legislativa, usando de um amplo poder instrutório. Há quem veja a realização de uma fiscalização dos juízos legislativos de oportunidade e de conveniência (CLÉRICO, 2011, p. 182 ss., 190).

Se as decisões legislativas forem tomadas em ambiente de incertezas, é aplicado o “controle de evidência” que resulta, quase sempre, em deferência epistêmica (ALEMANHA, 1992, p. 182-183). O grau de incerteza pode ser aferido pelo parâmetro de um “legislador diligente”. Se puderem ser eliminadas ou reduzidas no momento da opção legislativa, de modo a ser aprovada uma legislação menos restritiva aos direitos e com maior probabilidade de acerto nos prognósticos, esse deve ser considerado o comportamento proporcional (ALEMANHA, 2002, p. 151)³. Como o Tribunal oscila na aplicação desses tipos de controle, não é fácil prever a sua atuação em casos futuros (MEßERSCHMIDT, 2016, p. 218).

O Supremo Tribunal Federal, embora não tenha desenvolvido uma metódica tão bem estruturada, tem-se valido do princípio da proporcionalidade para aferir a legitimidade de decisões legislativas e agências regulamentadoras, tomadas em ambiente de incerteza. A lei epistêmica de Alexy, por exemplo, foi empregada pela Corte para revisar uma Súmula do Tribunal Superior do Trabalho que proibia a terceirização de atividades fim e a responsabilização do contratante pelas obrigações trabalhistas referentes aos empregados da empresa terceirizada.

³ Soweit hingegen Unsicherheiten der Prognose durch gesicherte empirische Daten und verlässliche Erfahrungssätze ausgeräumt werden können, scheidet ein Prognosespielraum aus.

Fundado em estudos empíricos “criteriosos”, o Tribunal chegou à conclusão de que a terceirização produzia os efeitos opostos aos previstos pelo TST. Em vez de “precarizar”, “reificar” ou prejudicar os empregados, a terceirização gerava “inegáveis benefícios aos trabalhadores em geral, como a redução do desemprego, diminuição do *turnover*, crescimento econômico e aumento de salários” (2018a, p. 8).

A “lei epistêmica” exigia o “minimalismo judicial”, quando nem a Constituição nem a lei não vedarem de modo expreso uma determinada conduta como a terceirização. Além do mais, a elevada intensidade da restrição da liberdade contratual exigiria que “o grau de certeza das premissas empíricas que embasa[ra]m a medida já deveria ser igualmente elevado, ainda que se tratasse de norma editada pelo Congresso Nacional” (2018a, p. 40-41).

Essa orientação deveria ser ainda mais aplicada no Judiciário, “cujo processo de decisão é desprovido de um debate democrático antecedente na caixa de ressonância adequada para a reverberação de todos os interesses envolvidos” (2018a, p. 41). No mesmo julgado, afirmou-se que:

O ônus de demonstrar empiricamente a necessidade e adequação da medida restritiva a liberdades fundamentais para o atingimento de um objetivo constitucionalmente legítimo compete ao proponente da limitação, exigindo-se maior rigor na apuração da certeza sobre essas premissas empíricas quanto mais intensa for a restrição proposta (2018a, p. 4).

Se efetivamente essa orientação fosse levada a efeito, o escrutínio com o princípio da proporcionalidade se deveria dar de modo rigoroso ainda nas etapas iniciais, em que é mais comum a deferência ao legislador (CLÉRICO, 2009, p. 62). Todavia, as decisões que se seguiram não mostraram tão propensas a extrair da observação um comportamento jurisprudencial coerente.

Em verdade, o Tribunal costuma ser deferente à opção do legislador ou das agências reguladoras em ambientes de incertezas. Segundo o Tribunal, não lhe cabe “dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas [de um produto] e dos riscos de sua utilização para a saúde da população” (BRASIL, 2003, p. 7214). O déficit de legitimidade democrática é um fator a ser considerado, mas também “[a] capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe autocontenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos dos Estado por suas próprias escolhas” (BRASIL, 2018b, p. 5-6).

Na discussão sobre os efeitos nocivos à saúde por exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, o Tribunal afirmou que, enquanto não houvesse certeza científica sobre os limites seguros à exposição, dever-se-ia privilegiar a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública (BRASIL, 2016). O Ministro Edson Fachin, em caso similar, reconheceu que “o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, supondo o atual estágio de certeza científica, prestigia a ponderação levada à efeito pelo legislador federal” (BRASIL, 2020a, p. 21).

A incerteza é, realmente, a chave da deferência judicial. Para o Ministro Luiz Fux, baseado no trabalho de Vermeule (2016), o Tribunal se deve bastar com uma “decisão racionalmente arbitrária” do legislador e agências reguladoras, quando tomada em ambiente de incerteza. A “racionalidade arbitrária” se faz presente, quando o cálculo do custo e benefício em tratar a incerteza se mostrar deficitário.

Algumas hipóteses foram apresentadas: quando o custo para reduzir a incerteza for maior que as consequências negativas da regulação; quando não for possível comparar a margem de erro dos efeitos de uma medida potencialmente menos danosa com os de medidas mais previsíveis; quando se optar por medida com efeitos ainda incertos na hipótese de alternativas conhecidamente mais gravosas ou, enfim, quando houver pouco tempo para tomar a decisão (BRASIL, 2018b p. 58).

Nem precisa necessariamente que exista incerteza. Muitas vezes, a complexidade da matéria regulada exigira a autocontenção judicial “em respeito tanto à investidura popular que caracteriza o Poder Legislativo quanto à complexidade técnica inerente aos temas a que o Poder Judiciário é chamado a analisar pela ótica estrita da validade jurídica” (BRASIL, 2017a, p. 3)⁴.

A intervenção da Corte parece ocorrer, quando se verifica um erro evidente de avaliação ou a falta de qualquer base empírica para a decisão regulatória. Há, portanto, “a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica” sobre eficácia e segurança da opção legislativa. “Se ausentes os estudos prévios que atestariam a segurança ambiental e sanitária”, a opção pode mostrar-se inconstitucional, desproporcional (BRASIL, 2019, p. 2).

⁴ Em mesmo sentido, escreveu a Suprema Corte estadunidense: “the nature of the judicial process makes it an inappropriate forum for the determination of complex factual question of the kind so often involved in constitutional adjudication.” (ESTADOS UNIDOS, 1970, p. 247-248).

A base científica para a decisão legislativa ou de agência reguladora, portanto, não pode inexistir ou ser precária, nem a opção se pode revelar sem fundamento, precipitada ou meramente paliativa. Disse o relator do caso da liberação legal para o uso da fosfoetanolamina para tratamento de neoplasia maligna, Ministro Marco Aurélio: “É no mínimo temerária e potencialmente danosa a liberação genérica do tratamento sem realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar” (BRASIL, 2020b, p. 14)

Noutro caso, afirmou-se a desvalia constitucional de “medidas paliativas, que se mostrem incapazes de aliviar satisfatoriamente – a partir de um juízo de proporcionalidade – o risco gerado para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente, em decorrência da manipulação de determinados produtos, materiais ou tecnologias” (BRASIL, 2017b, p. 6-7). A incerteza epistêmica total abalou o crédito de legitimidade e capacidade institucional do Congresso.

Embora nesses casos nem sempre se tenha usado a lei epistêmica da ponderação ou mesmo expressamente a proporcionalidade, a ideia delas estava presente. A análise da jurisprudência apresentada não é, como se viu, muito coerente ou previsível. Há, todavia, uma tendência de o Tribunal ser deferente às decisões legislativas tomadas em ambiente de incerteza, desde que exista algum fundamento científico para tanto e não incorra em sério erro de avaliação, aproximado ao juízo de evidência alemão.

6 A DEFERÊNCIA ESTRUTURAL E EPISTÊMICA EM DEBATE

Como se viu, o princípio da proporcionalidade viabilizaria duas condições de deferência judicial ao legislador e às agências de regulação: a estrutural e a epistêmica, tanto em juízo sobre fatos, quanto normativamente sobre valores.

O juízo sobre fatos, na definição da lei substantiva ou estrutural da proporcionalidade, torna-se muito mais complicado diante da incerteza epistêmica. Quando se pensa em objetivos de uma lei ou de uma política pública, há uma série de efeitos positivos e negativos que devem ser levados em conta a partir dos elementos de informação disponíveis à época da decisão.

Há, portanto, sempre um prognóstico a ser feito com variável nível de probabilidade. Se esse prognóstico estiver baseado em incertezas, mais difícil é a previsão de acerto e, portanto, mais complicado é certificar-se de que o legislador ou o formulador de política pública atuou de modo correto ou, pelo menos, “proporcional”.

Saber se os interesses contrapostos foram bem sopesados pode converter-se numa tarefa hercúlea para os tribunais. Há três formas de realizar esse julgamento. A primeira é seguirem ao pé da letra a lei epistêmica e serem deferentes sempre. Os juízos sobre fatos e escolhas legislativas não podem ser analisados pelos tribunais, a não ser para interpretá-los, quando houver grave violação a um direito fundamental ou erro manifesto. Equivale ao controle de evidência dos alemães.

A segunda forma é limitada ao juízo daquilo que o legislador (ou formulador de políticas públicas) previu. A terceira vai além desses argumentos, de modo a identificar eventuais insuficiência de bases empíricas ou erros de avaliação e prognoses. Não bastam os elementos de informação que o legislador ou regulador conhecia, mas aqueles que, existentes, deveria razoavelmente ter conhecido.

Requer-se, primeiramente, saber se o legislador (ou formulador de política pública) agiu com a diligência devida, buscando todas as informações disponíveis e fazendo uso de regras científicas e técnicas, para firmar sua convicção; ou se foi negligente no exercício de seu dever de previsão responsável.

Costuma-se afirmar que, em caso de negligência ou de desvio do dever padrão médio de diligência esperada, se houver inconsistência dos resultados em face do que era esperado, a falta de proporcionalidade deve ser declarada (GRABITZ, 1976, p. 572; DROOGHENBROECK, 2001, p. 186; CLÉRICO, 2011, p. 181). Mesmo nessa hipótese, a ocorrência de fatos supervenientes que afetem a lesividade e a eficiência da medida pode e deve ser considerada pelo juiz constitucional (BARAK, 2012a, p. 300, 312, 331).

Esse exame costuma ser realizado no teste da proporcionalidade estrita, embora se advogue que possa também ser feito ao tempo do exame da necessidade, no chamado teste da necessidade ponderada, pelo menos como um inventário que venha a desonerar a carga argumentativa daquele teste (BILCHITZ, 2014; CANAS, 2016, p. 725 ss).

Já um juízo de correção da avaliação dos fatos e das prognoses de um legislador prudente e sem a presença de fato superveniente, que ainda assim se mostrem equivocadas, é mais problemático. Há três orientações possíveis: declaração de desproporcionalidade, desproporcionalidade na hipótese de erro grosseiro (juízo de evidência) e reconhecimento da proporcionalidade ainda assim. As duas últimas alternativas são as mais defendidas na literatura e na jurisprudência (BARNÉS, 1998, p. 16; ŠUŠNJAR, 2010, p. 238-239; PULIDO, 2014, p. 960-961).

A primeira orientação é muito rigorosa e importa, de regra, a substituição do juízo de mérito do legislador (ou formulador da política pública) pelas convicções dos juízes. Há, todavia, algumas observações que se devem fazer: quão prudente se deve esperar que seja um legislador? Sabe-se que a definição de um “padrão médio de diligência” é relativamente fácil em tese, mas difícil, na prática.

O legislador pode ser razoável e diligente, e ainda assim não ter considerado todas as informações à época existentes ou tê-las interpretado equivocadamente, não apenas para fazer previsão, mas também por promover uma intervenção muito séria a um direito fundamental que lhe afete o conteúdo essencial (CLÉRICO, 2011, p. 181). Ele também pode ter atuado num ambiente de incerteza epistêmica empírica radical ou parcial negativa. Em casos assim, parece mais acertado declarar a desproporcionalidade (CANAS, 2016, p. 963).

Pode-se contra-argumentar com a afirmação de que um legislador que assim agisse não seria razoável ou prudente. É uma tese circular. Claro que se pode analisar o processo legislativo ou de tomada de decisão, para se esclarecer a dúvida e vencer o círculo. Quanto mais participativo, inclusivo e transparente tiver sido o processo, assim como quanto maior tiver sido o consenso parlamentar ou técnico a seu respeito, mais legitimidade deve ser reconhecida à decisão e mais deferente deve ser o Tribunal (PIRKER, 2013, p. 79-80; HARBO, 2015, p. 182).

A autocontenção ou a intervenção limitada a casos de evidente de erro de avaliação podem significar uma renúncia ao dever de jurisdição, além de por em risco os direitos fundamentais (ALLAN, 2005, p. 676; HICKMAN, 2010, p. 171; BRADY, 2012, p. 29).

A lei epistêmica, como apresentada por Alexy, parece insuficiente para definir quando deve o Tribunal intervir em ambiente de incerteza. O ônus de prova das premissas incertas recai sobre o legislador. Aparentemente, é isso que giza a lei, mas não é assim que tem sido entendida

na prática nem pelo próprio Alexy. O exemplo que ele utilizou para explicar a lei epistêmica mostra essa ambiguidade (2003a). O Tribunal Constitucional Federal alemão teve de decidir sobre a legitimidade da criminalização do uso da cannabis. A questão central era saber se a intervenção sobre a liberdade seria adequada e necessária para combater os perigos associados à droga.

Era preciso, primeiro, identificar se havia riscos à saúde humana tanto do indivíduo quanto da população em geral. As premissas empíricas utilizadas pelo legislador eram incertas ou imprecisas, pois não havia conhecimento cientificamente sólido que desse uma resposta definitiva. A incerteza favorecia à liberdade ou à intervenção? A rigor, deveria favorecer à liberdade, pois a lei epistêmica exige certeza nas premissas de intervenção. Todavia, Alexy deu razão ao Tribunal (ALEXY, 2003a, p. 447).

Em verdade, a incerteza sobre os efeitos reforçava a presunção de constitucionalidade do legislador. A avaliação de idoneidade e necessidade dos meios escolhidos para atingir os objetivos pretendidos, bem como a avaliação e prognóstico dos perigos que ameaçavam o indivíduo ou o público em geral, nesse contexto, deviam conferir ao legislador uma relativa margem de apreciação. Além disso, em um balanço geral entre a gravidade da interferência e o peso, bem como a urgência dos motivos que a justificavam, os limites de razoabilidade da proibição para os destinatários deveriam ser mantidos.

O Tribunal não podia examinar a decisão legislativa para determinar se encontrara a solução mais expedita, sensata ou justa. Apenas tinha de garantir que a disposição penal era materialmente consistente com as disposições da Constituição e corresponde aos princípios constitucionais não escritos e às decisões básicas da Lei Fundamental (ALEMANHA, 1994, p. 172, 182-183). É, como vista, a orientação predominante no Supremo Tribunal Federal. Se houver incerteza científica sobre a premissa empírica utilizada pelo legislador, a solução arbitrada por ele deve ser mantida. Seria uma deferência especialmente democrática e capacitária. Mas há séria dúvida se é uma afirmação generalizável.

As agências reguladoras costumam ter um corpo técnico muito especializado, de modo que o argumento capacitário lhes é mais bem aplicável, mas carecem de maior legitimidade democrática (GARDBAUM, 2010, p. 14). Os legisladores, embora dotados dessa legitimidade, não contam com igual expertise. Ainda assim, possuem-no, em regra, mais do que os juízes

(URBINA, 2012). Todavia, as escolhas científicas não são neutras nem as agências de regulação escapam a vieses cognitivos, orientações políticas e capturas regulatórias (JAFFE, 1965, p. 580-581; SOLOVE, 1998, p. 1013-1014)

O déficit de capacidade institucional pode, pelo menos, em parte ser reduzido. O ônus da prova das premissas empíricas deve ser atribuído ao legislador ou agência de regulação, como bem assinalou o STF (2018a, p. 4). Depois, os tribunais estão acostumados a lidar com provas periciais e, no âmbito do controle objetivo de constitucionalidade, cada vez mais recorrem a especialistas e audiências públicas. Esse apoio técnico pode superar grandemente o hiato de capacidade que exista entre eles e os legisladores ou mesmo as agências reguladoras.

A deferência judicial, portanto, só deveria ocorrer em caso de fundada dúvida remanescente, após o empenho legislativo em demonstrar suas razões e a escuta dos especialistas (GARDBAUM, 2010, p. 14). Não se pode mesmo afastar a hipótese de o caso concreto envolver uma situação em que os tribunais se encontrem em melhores condições para conhecer e enfrentar a questão (KAVANAGH, 2008, p. 185).

O devido processo legislativo ou regulatório substantivo é um poderoso reforço à deferência. Se a opção legislativa se tiver dado num ambiente de amplo consenso parlamentar e com efetiva participação social com a consideração dos elementos empíricos e técnicos disponíveis, os tribunais devem ser mais propensos a aceitá-la. Não bastam audiências públicas protocolares, mas o envolvimento amplo dos atores sociais relevantes e a abertura efetiva do processo à sociedade.

Indiscutivelmente, o legislador possui uma investidura que lhe dá a legitimidade para tomar decisões em ambiente de incerteza. Não se pode, no entanto, desconsiderar a perda do capital popular com as concessões que pode fazer a interesses concretos que se distanciam do bem comum. Não raramente o Legislativo é acusado se ser internamente pouco democrático e externamente pouco representativo (HOROWITZ, 1977, p. 18).

Essa disfuncionalidade pode, em parte, ser reduzida por um controle judicial do devido processo deliberativo como visto no parágrafo anterior. Todavia, esse controle não pode significar a renúncia do papel dos tribunais como guardiões dos direitos fundamentais e proteção das minorias (BRIGHOUSE; FLEURBAEY, 2010). Ainda mais porque o Judiciário

não é assim tão carente de legitimação, submetendo-se a controles formais e informais no sistema político (HOROWITZ, 1977, p. 18).

Para, pelo menos, em parte, a lei epistêmica atender a essa necessidade, ela pode ser reformulada nos seguintes termos: “quanto maior a incerteza menor deve ser a intervenção do legislador ou técnico no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2003b, p. 138-139). E quanto maior a intervenção, mais intensa deve ser a fiscalização judicial da decisão.

A lei epistêmica é formal e, como vista no apurado jurisprudencial, pode resultar em maior ou menor intervenção judicial, conforme os elementos substantivos que estejam em causa (ALEXY, 2003a, p. 448). A ela deve ser associada a ideia da “due deference”, que equilibre as funções judiciais e legislativas ou regulatórias (ALLAN, 2005, p. 676. HICKMAN, 2010, p. 171; BRADY, 2012, p. 29). Certamente o Tribunal não se deve substituir o legislador, mas deve entabular um diálogo que aperfeiçoe os instrumentos de gestão dos riscos e incertezas, ainda mais quando estiverem presentes direitos fundamentais.

A modulação desse papel, feita pelo próprio Tribunal, deve-se dar em função do nível de incerteza, de sua real incapacidade de decidir, do nível de profundidade técnica e de abertura do processo decisório à sociedade, do nível de consenso parlamentar e, em menor escala, técnico-administrativo de que resultou a norma, do direito envolvido e do grau de intervenção realizada. A incerteza das premissas deve orientar o decisor legislativo, regulatório e judicial para a medida que mais promova os direitos fundamentais ou que menos os afete (“in dubio pro humanae iura”) (SCHLINK, 1976, p. 458; ENDICOTT, 2014, p. 341).

Esse “pro humanae jura” não é imune à discussão. Em geral se pensa em direitos de defesa contrapostos a um interesse público, tanto que se costuma empregar o apotegma “in dubio pro libertate” (na dúvida a favor da liberdade) (ALEXY, 1993, p. 549; CHIZZINI, 2014). A deferência não pode ser empregada em situações que ponham em risco os direitos fundamentais diante da interesses tipicamente coletivos, em virtude da sua importância deontológica (JOWELL, 2003, p. 597) ou das razões morais que os tornam trunfos contra a maioria (DWORKIN, 1977, p. ix, 90 ss; 190 ss;) ou como “escudos” (SCHAUER, 1993, p. 429 ss; GARDBAUM, 2010, p. 15; JACKSON, 2015, p. 3154), pois aqui os tribunais estão epistêmica e democraticamente bem posicionados para protegê-los (ADLER, 1998, p. 173).

Um dos problemas da aplicação do princípio “in dubio pro libertate” ou mesmo “pro humanae iura”, decorre do fato de que muitos dos “interesses coletivos” ou “públicos” que concorrem com os direitos fundamentais podem ser políticas públicas de promoção dos direitos, liberais, políticos ou sociais, o que exige um olhar atendo ao eventual conflito e à sua resolução (PILDES, 1998; MESA, 2004, p. 228 ss). É certo que a definição dos interesses coletivos e dos direitos, como aliás, do juízo de prevalência depende da pré-compreensão do intérprete. Liberais tendem a priorizar os direitos, enquanto os conservadores como os comunitaristas estão mais atentos ao interesse público (ACKERMAN, 1992, p. 317-218).

Ainda assim, deve-se considerar a diferença entre interesse público vocacionado ao poder de polícia e à vida estatal e aquele que se encontra na promoção imediata dos direitos fundamentais, tanto em sua organização e procedimento, quanto de ampliação e igualação dos direitos políticos e na prestação de políticas públicas sociais (FALLON JR, 2007, p. 1322). Nesta derradeira hipótese, os tribunais devem manter relativa deferência estrutural às escolhas racionais de meios e fins, mas continuam investidos do dever epistêmico normativo de análise da questão.

Há quem advogue a tese de uma prevalência *prima facie* do “in dubio pro libertate” que poderia ser excepcionada a favor do “in dubio pro legislatore” nos domínios em que reconhecidamente a Constituição ofereceria maior espaço de conformação ao Congresso como no caso da política econômica e, em certa medida, política criminal. Mesmo nesses domínios, deveria ser levada a sério a proteção das liberdades, quando houver grande interferência na igualdade ou na liberdade jurídica (PULIDO, 2003, p. 237).

Nem sempre essas alternativas resolvem a questão em cenários de incerteza. É exemplo o conflito direto entre os próprios direitos, a requerer a promoção de um e o sacrifício de outro. Um conflito que se pode dar entre dois direitos de defesa, a colocar um curso a proporcionalidade como proibição de excesso; ou um conflito entre um direito de defesa e um direito prestacional, pondo frente a frente a proporcionalidade como excesso e a proporcionalidade como insuficiência.⁵

⁵ O conflito entre as situações de confronto entre as duas modalidades é ainda mais complexo do que apresentado no texto. Veja-se CANAS, 2016, p. 1087 ss

No caso da cannabis, por exemplo, como resolver: “in dubio pro libertate” ou “pro salute”? A resposta depende da consideração constitucional das razões da importância de cada um, o que leva à lei substantiva da ponderação que pode provisoriamente reformulada:

Em ambiente de profunda incerteza empírica ou científica, deve-se dar prioridade à decisão do legislador, a menos que o grau de intervenção no direito ou princípio não se mostre, com base em razões substantivas, compensado pela importância ou benefício na satisfação do direito ou princípio concorrentes.

A aplicação da lei substantiva redefinida indica que houve deferência excessiva ao legislador no caso da cannabis. O próprio Tribunal reconheceu que os perigos gerados pelos produtos de cannabis pareciam ser menores do que o legislador presumira quando a lei foi aprovada (ALEMANHA, 1994a, p. 180). Assim também a tese da “decisão racionalmente arbitrária”, adotada pelo STF, importou também um excesso de deferência judicial no caso do Código Florestal (BRASIL, 2018b).

O Tribunal desconsiderou, por exemplo, as razões ecológicas para definir uma área de proteção permanente e de reserva legal, entendendo que a redução da largura mínima de APP no entorno de reservatórios d’água artificiais implantados para abastecimento público e geração de energia, assim como possibilitar o cômputo de tais áreas para cálculo do percentual da reserva legal ou até a redução da reserva legal eram livre opção do legislador (BRASIL, 2018b, p. 11, 15-16).

A demonstração do legislador de suas premissas empíricas, especialmente em ambiente de incerteza, deveria ter sido exigida. Embora a lei e a política gozem de presunção de legitimidade, os agentes políticos têm o dever de transparência e de prestação de contas de seus trabalhos (BRESSMAN, 2003, p. 476; CHAN, 2013, p. 7-8; RIVERS, 2014).

Esse entendimento tende a encorajar, além de maior transparência no processo legislativo ou de agências técnicas e administrativas, a deliberação participativa, o que é saudável à democracia (JACKSON, 2004, p. 809). Por outro lado, cabe ao Judiciário buscar um diálogo com as instituições políticas e técnicas, bem como com a sociedade, reforçando a ideia da “democracia pluralista” e “de contestação” (PETTIT, 1999), fundada na “cultura de justificação” (MUREINIK, 1994, p. 32; KUMM, 2010, p. 144; MÖLLER, 2013, p. 13). Essas considerações poderiam levar a lei substantiva da ponderação a se somar à epistêmica para ser reformulada como:

Em ambiente de profunda incerteza empírica ou científica e após esgotados os esforços para elucidá-los, inclusive com a imputação do dever estatal de demonstrar as razões da lei ou decisão, deve-se dar prioridade tanto que possível ao diálogo institucional e à opção feita pelos agentes políticos, a menos que o grau de intervenção no direito ou princípio não se mostre, com base em razões substantivas, compensado pela importância ou benefício na satisfação do direito ou princípio concorrente.

Enfim, a consistência argumentativa nos processos de decisão constitucional exige que as fórmulas e esquemas pré-estabelecidos não sejam usados de modo automático como forma para esconder o puro decisionismo nem do legislador e muito menos do juiz. Pela própria integridade do direito (DWORKIN, 1986, p. 132, 239-240) e, quando estiverem em jogo, pelo devido respeito aos direitos fundamentais (CIANCIARDO, 2010, p. 182).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por influência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o princípio da proporcionalidade passou a ser usado como parâmetro de constitucionalidade e, em alguns lugares, de legalidade pelos juízes de diversos cantos do mundo. Em vista dessa tendência jurisprudencial, associada a um número crescente de estudos acadêmicos, tem-se falado de uma “proporcionomania” e um “cânone universal” de constitucionalidade.

Essa expansão do princípio tem recebido diversas críticas. Uma das principais indica sua propensão a legitimar maior intervenção do Judiciário no âmbito dos órgãos políticos e técnicos. Seus defensores, no entanto, procuram mostrar que há uma tendência estrutural e epistêmica do princípio para o Judiciário deixar ao legislador e agências reguladoras as decisões que envolvam dilemas morais ou incertezas científicas.

As máximas da adequação e da necessidade, na versão mais presente na jurisprudência comparada, tendem a criar poucos constrangimentos ao legislador ou agência de regulação. Basta que se demonstre um nexos racional entre o meio escolhido e o fim legítimo perseguido, optando-se por um meio menos restritivo dentro das circunstâncias de decisão. A lei estrutural da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação giza que quanto maior o grau de insatisfação ou prejuízo de um direito ou princípio, maior deve ser a importância na satisfação de outro.

À diferença da lei estrutural, a lei epistêmica não se preocupa com a importância substantiva das razões que fundamentam a intervenção. Segundo ela, quanto maior for o grau de intervenção estatal, maior deve ser a certeza de suas premissas subjacentes.

Tanto o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, quanto o Supremo Tribunal Federal fazem uso da proporcionalidade, valendo-se da lei substantiva e epistêmica. A jurisprudência das duas Cortes, no entanto, não revela uma doutrina sistemática e coerente. Pode-se, quando muito, indicar que há uma tendência a ser respeitada a opção legislativa ou regulatória em ambiente de incerteza e complexidade.

A defesa de deferência judicial se fundamenta num relativo déficit de legitimidade democrática e capacidade institucional das Cortes em face do Legislativo e, no segundo caso, também das agências de regulação. No entanto, tanto as Cortes quanto a literatura têm sobrevalorizado esse déficit.

As disfuncionalidades dos Legislativos e das agências reguladoras, associadas a existência de vieses cognitivos e políticos imersos na neutralidade técnica, exigem um controle, pelo menos, do devido processo decisório, a exigir que ele se dê com a maior participação e de modo mais transparente possível.

A desvalia dos direitos fundamentais deve igualmente balizar a atuação judicial, de modo a corrigir eventuais abusos e arbítrios. A modulação de maior ou menor intervenção judicial ou mesmo da deferência deve ser realizada pelas próprias Cortes, levando em conta as peculiaridades de cada caso, notadamente o grau de incerteza e complexidade, bem como o nível de interferência em um direito fundamental. O controle se pode dar de modo apenas procedimental, a garantir o devido processo deliberativo, ou também substantivo, a garantir que eventual sacrifício de um direito fundamental seja devidamente justificado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Liberating Abstraction. **University of Chicago Law Review**, v. 59, n. 1, p. 317-348 1992.

ADLER, Matthew D. Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law. **Michigan Law Review**, v. 97, p. 1-173, 1998.

ALEINIKOFF, Thomas A. Constitutional Law in the Age of Balancing. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 5, p. 943-1005, 1987.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federala **BVerfGE 86, 148**, de 27/5/1992. Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv086148.html>>. Acesso em: 11 fev. 2021

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE, 49, 89** (Kalkar I), de 8/8/1978. Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>>. Acesso em 12 fev. 2021

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 50, 290**, de 01/03/1979. Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050290.html> >. Acesso em: 11 mar. 2021.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 111, 333** (Brandenburgisches Hochschulgesetz), de 26/10/2004. Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv111333.html>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 23, 127**, de 05/03/1968. Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv023127.html>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 39, 210**, de 19/3/1975 (Mühlenstrukturgesetz). Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039210.html>>. Acesso em: 11 fev. 2021

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 7, 377**, julgamento 11/6/1958. Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv007377.html>>. Acesso em: 12 fev. 2021

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE, 106, 62**, de 24/10/2002 (Altenpflegegesetz). Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv106062.html>>. Acesso em 11 fev. 2021.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE, 88, 203**, de 28/15/1993 (Schwangerschaftsabbruch II). Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>>. Acesso em 11 fev. 2021.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE, 90, 145** (Cannabis), de 9/3/1994a. Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE, 91, 1**, de 16/03/1994b. Disponível em: < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv091001.html>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003b.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003a.

ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. **Legisprudence**, v. 3, n. 1, p. 1-17, 2009.

ALLAN, Trevor R.S. Democracy, Legality, and Proportionality. In HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Gregoire (eds.). **Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning**. New York: Cambridge University Press, p. 205-233, 2014.

ASSELT, Marjolein B.A. van. Uncertainty in Decision Support: From Problem to Challenge. Maastricht, Netherlands: University of Maastricht/International Centre for Integrative Studies (ICIS), 1999.

BARAK, Aharon. Proportionality (2). In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (eds): **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. Oxford: Oxford University Press, p. 657-673, 2012b

BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012a.

BARBER, Nicolas W. Prelude to the Separation of Powers. **The Cambridge Law Journal**, v. 60, n. 1, p. 59-88, 2001.

BARNÉS, Javier. El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. **Cuadernos de Derecho Público**, v. 5, p. 15-50, 1998.

BILCHITZ, David. Necessity and Proportionality: Towards a Balanced Approach?. In LAZARUS, Liora; McCRUDDEN, Christopher; BOWLES, Nigel (eds). **Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement**. Oxford: Hart Publishing, p. 41-62, 2014.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2007.

BRADY, Alan David P. **A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998**. Thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London: The London School of Economics and Political Science, 2009. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/4187695.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRADY, Alan David P. **Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act. An Institutionally Sensitive Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADC 42/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/02/2018b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 2396/MS**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 08/05/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=375387>>. Acesso em 11 fev. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 3110/SP**. Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 04/05/2020a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752917641>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 4066/DF**. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 24/08/2017b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 4923/DF**, julgado em 08/11/2017a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 5501/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26/10/2020b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754525738>>. Acesso em: 12 abr. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 5592/DF**. Rel. p/ac. Min. Edson Fachin, julgado em 11/09/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=752184165>>. Acesso em 11 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RE-RG 627.189/SP, j. 08/06/2016**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RE-RG 958252/MG**. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/08/2018a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRESSMAN, Lisa S. Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State. **New York University Law Review**, v. 78, n. 2, p. 461-556, 2003.

BRIGHOUSE, Harry; FLEURBAEY, Marc. Democracy and proportionality. **The Journal of Political Philosophy**, v. 18, n. 2, p. 137-155, 2010.

CANAS, Vitalino José F. **O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controle de atos legislativos**. Tese. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016.

ČERVÍNEK, Zdeněk. Proportionality or Rationality in Socio-Economic Rights Adjudication? Case Study of the Czech Constitutional Court's Judgment in Compulsory Vaccination Case. **ULC Journal of Law and Jurisprudence**, v. 2018, p. 86-102, 2018.

CHAN, Cora Judicial Deference at Work: Some Reflections on Chan Kin Sum and Kong Yun Ming. **Hong Kong Law Journal**, v. 4, n. 1, 2010. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1765502>. Acesso em: 20 fev. 2021.

CHAN, Cora, Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review. **Legal Studies**, v. 33, n. 1, p. 1-26, 2013.

CHIZZINI, Augusto. In dubio pro libertate: note sul pensiero giuridico di Edoardo Garbagnati. **Jus: Rivista di Scienze Giuridiche**, v. 61, n. 1, p. 23-72, 2014.

CHOUDHRY, Sujit. So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis Under the Canadian Charter's Section 1. **Supreme Court Law Review**, v. 35, n. 2d, p. 501-535, 2006.

CIANCIARDO, Juan. The principle of proportionality: the challenges of human rights. **Journal of Civil Law Studies**, v. 3, n. 1, p. 177-186, 2010.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidade. In SIECKMANN, Jan-R. (ed.). **La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, p. 169-206, 2011.

DROOGHENBROECK, Sébastien Van. **La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme: Prendre l'idée simple au sérieux**. Bruxelles: Bruylant, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Belknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Eighth impression. London: Duckworth, 1977 [1996].

EASTERBROOK, Frank H. Judges as Honest Agents. **Harvard Journal of Law & Public Pol'y**, v. 33, n. 3, p. 915-923, 2010.

ENDICOTT, Timothy. Proportionality and Incommensurability. In HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire (eds). **Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 311-342, 2014.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Oregon v. Mitchell, 400 U.S. 112 (1970). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/112/>>. Acesso em 22 abr. 2021.

FALLON JR, Richard H. Strict Judicial Scrutiny. **University of California Law Review**, v. 54, p. 1267-1337, 2007.

FINKEL, Adam M. **Confronting Uncertainty in Risk Management: A Guide for Decision Makers**. Washington, DC: Resources for the Future/Center for Risk Management, 1990.

GARDBAUM, Stephen. A Democratic Defense of Constitutional Balancing. **Law & Ethics Human Rights**, v. 4, n. 1, 2010. UCLA School of Law Research Paper n. 09-09. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1345348>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GHISELLI, Edwin E.; CAMPBELL, John P.; ZEDECK, Sheldon Zedeck. **Measurement theory for the behavioral sciences**. San Francisco: W.H. Freeman, 1981

GRABITZ, Eberhard. **Freiheit und Verfassungsrecht: krit. Unters. zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte**. Tübingen: Mohr, 1976.

GRIBNAU, Hans. Legitimacy of the Judiciary. In HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla. (red.). **Netherlands Reports to the Sixteenth International Congress of Comparative Law**. Antwerpen; Oxford; New York: Intersentia, p. 25-45, 2002.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **The University of Toronto Law Journal**, v. 57, n. 2, p. 383-397, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Reply to Symposium Participants. ROSENFELD, M. ARATO, A. (eds.). **Habermas on Law and Democracy**. Berkeley: University of California Press, 1998.

HANDMER, John. Emergency management thrives on uncertainty. In BAMMER, Gabriele; SMITHSON, Michael (eds). **Uncertainty and risk: Multidisciplinary perspectives**. London; Sterling: Earthscan, p. 231-243, 2008.

HARBO, Tor-Inge. **The Function of Proportionality Analysis in European Law**. Leiden: Brill Nijhoff, 2015

HICKMAN, Tom. **Public Law after the Human Rights Act**. Oxford; Portland: Hart 2010.

HICKMAN, Tom. The Substance and the Structure of Proportionality. **Public Law**, p. 694-716, 2008.

HOROWITZ, Donald L. **The courts and social policy**. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 1977

HUNT, Murray. Sovereignty's Blight: Why Public Law Needs "Due Deference". In BAMFORTH, Nicolas; LEYLAND, Peter (eds). **Public Law in a Multi-Layered Constitution**. Oxford: Hart Publishing, p. 337-370, 2003.

JACKSON, Vicki C. Being proportional about proportionality. **Constitutional Commentary**, v. 21, p. 803-859, 2004.

JACKSON, Vicki C. Constitutional Law in an Age of Proportionality. **The Yale Law Journal**, v. 124, p. 3094-3196, 2015.

JAFFE, Louis L. **Judicial control of administrative action**. Boston: Little, Brown, 1965.

JOWELL, Jeffrey. Judicial deference: servility, civility or institutional capacity?. **Public Law**, v. 4, p. 592-601, 2003.

KAPLAN, Stanley; GARRICK, B. John. On the quantitative definition of risk. **Risk Analysis**, v. 1, n. 1, p. 11-27, 1981.

KAVANAGH, Aileen. **Constitutional Review under the UK Human Rights Act**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KAVANAGH, Aileen. Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication. In HUSCROFT, Grant (ed.). **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 184-216, 2008.

- KAVANAGH, Aileen. Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 34, n. 3, p. 443-479, 2014.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. The Constitutional Structure of Proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KLUTH, Winfried. Prohibición de Exceso y Principio de Proporcionalidad en Derecho Alemán. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 5, p. 219-237, 1998.
- KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-based Proportionality Review. **Law and Ethics of Human Rights**, v. 4, n. 2, p. 141-175, 2010.
- MENAUT, Antonio Carlos P. **Teoría constitucional**. Santiago: Lexis-Nexis, 2006.
- MEßERSCHMIDT, Klaus. Evidence-based review of legislation in Germany. **The Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 2, p. 209-235, 2016.
- MESA, Gloria Patricia L. Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. **Doxa**, v. 27, p. 211- 243, 2004.
- MÖLLER, Kai. Proportionality and the Rights Inflation. **LSE Legal Studies Working Paper n. 17/2013**. Disponível em:
< <https://ssrn.com/abstract=2272979> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2272979>>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- MORGAN, M. Granger; HENRION, Max; SMALL, Mitchell J. Uncertainty: a guide to dealing with uncertainty in quantitative risk and policy analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- MUREINIK, Etienne. A Bridge to Where: Introducing the Interim Bill of Rights. **South African Journal on Human Rights**, v. 10, n.1, p. 31-48, 1994.
- PETTIT, Philip. Republican Freedom and Contestatory Democratization. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDON, Casiano (ed). **Democracy's Value**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 163-190, 1999.
- PILDES, Richard H. Why Rights are not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism. **The Journal of Legal Studies**, v. 27, n. S2, p. 725-776, 1998.
- PIRKER, Benedikt. **Proportionality Analysis and Models of Judicial Review**. Groningen: Europa Law Publishing, 2013.
- POOLE, Thomas. Courts and Conditions of Uncertainty in “Times of Crisis”. **Publica Law**, n. 2, p. 234-259, 2008.
- POPPER, Karl R. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. London; New York: Basic Books, 1962. Disponível: < <http://www.paulrosenfels.org/Popper.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- PULIDO, Carlo B. Estructura y límites de la ponderación. **Doxa**, v. 26, p. 225-238, 2003.

PULIDO, Carlos B. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 4ª. Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014

PULIDO, Carlos B. Estructura y límites de la ponderación. **Doxa**, n. 26, p. 225-238, 2003.

RÉAUME, Denise. **Limitations on Constitutional Direitos: The Logic of Proportionality**. Oxford Legal Studies Research Paper No. 26/2009. Disponível em : <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1463853> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1463853>>. Acesso em: 20 out. 2020.

RIVERS, Julian. Proportionality and Variable Intensity of Review. **Cambridge Law Journal**, v. 65, n. 1, p. 174-207, 2006.

RIVERS, Julian. The Presumption of Proportionality. **The Modern Law Review**, v. 77, n. 3, p. 409-433, 2014.

GUERRERO, Manuel M. **La vinculación negativa a los derechos fundamentales**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

RUSSELL, Peter H. The Paradox of Judicial Power. **Queen's Law Journal**, v. 12, p. 421-437, 1987.

SAMPAIO, Jose Adércio L. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey. 2013.

SCHAUER, Frederick. A Comment on the Structure of Rights. **Georgia Law Review**, v. 27, n. 2, p. 415-434, 1993.

SCHLINK, Bernhard. **Abwägung im Verfassungsrecht**. Berlin: Duncker und Humblot, 1976.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality in constitutional law: why everywhere but here. **Duke Journal of Comparative & Int'l Law**, v. 22, p. 291-302, 2011.

SCHULTZ, Martin T.; MITCHELL, Kenneth N.; HARPER, Brian K.; BRIDGE, Todd S. **Decision Making Under Uncertainty**. Washington, DC: U.S. Army Corps of Engineers, 2010.

SCHWABE, Jürgen. **Probleme der Grundrechtsdogmatik**. Darmstad: J. Schwabe [Selbstverl.], 1977

SMITH, George D. Increasing the accessibility of data. *British Medical Journal*, V. 308, p. 1519-1520, 1994.

SOLOVE, Daniel J. The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights. **Iowa Law Review**, v. 84, p. 941-1023, 1998.

ŠUŠNJAR, Davor. **Proportionality, fundamental rights, and balance of powers**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

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

- URBINA, Francisco J. A critique of proportionality. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 57, p. 49-80, 2012.
- VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- WAGNER, Wendy E. The Science Charade in Toxic Risk Regulation. *Columbia Law Review*, v. 95, n. 7, 1613-1723, 1995.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006.
- WALTER, Vern R. The Myth of Science as a “Neutral Arbiter” for Triggering Precautions. **Boston College International & Comparative Law Review**, v. 26, n. 2, p. 197-228, 2003.
- WEBBER, Grégoire C. N. **The negotiable constitution: On the limitation of rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Wendy E. Wagner, Congress, Science, and Environmental Policy, 1999 U. ILL. L. REV. 181,
- WYNNE, Brian. Uncertainty and Environmental Learning: Reconceiving Science and Policy in the Preventive Paradigm. **Global Environmental Change**, v. 2, p. 111-127, 1992.
- YOUNG, Ernest A. “The Ordinary Diet of the Law”: The Presumption Against Preemption in the Roberts Court. **The Supreme Court Review**, v. 2011, n. 1, p. 253-344, 2012
- ZIMAN, John. **Real science: What it is, and what it means**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2000.

Data de Submissão: 17/05/2021

Data de Aceite: 25/11/2021