

Turma e Ano: Turma Regular – Master A

Matéria / Aula: Direito Constitucional – Aula 06

Professor: Marcelo Leonardo Tavares

Monitora: Beatriz Moreira Souza

⇒ **Continuação aula 05 (Hermenêutica Constitucional)**

O STF não tem julgados de grande relevância diferenciando os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e vedação do excesso. Entretanto, academicamente eles possuem variações importantes.

1. Proporcionalidade:

Possui origem na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Requer exigência de coerência entre o meio utilizado pela norma e o fim a ser alcançado. É uma relação entre meio e fim. Os alemães a dividem em três sub princípios: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade propriamente dita. Parte-se de uma análise mais grosseira para uma mais delicada.

1.1. Adequação:

Verifica-se se o meio utilizado pela norma atende ao fim pretendido. Exemplo utilizado: vagões femininos.

A reserva de vagões femininos atende ao fim pretendido pela norma que é diminuir o incômodo das mulheres nos momentos de maior fluxo nos transportes de massa? SIM. Então, e a norma ultrapassa a verificação desse sub princípio.

1.2. Necessidade:

É analisado se haveria outro meio melhor do que aquele escolhido pela norma para atingir o fim. Esse é um ponto da matéria o qual devemos ter consciência da autocontenção (principalmente do judiciário) e do ativismo. Essa afirmação pode levar o judiciário a um ativismo que tenha por pretensão a substituição das escolhas do legislador na elaboração de políticas públicas.

O professor sustenta que para invalidar uma norma, pois esta não passou pelo crivo da necessidade, o outro meio escolhido deve ser flagrantemente melhor. Pois quando a diferença relativa não é grande, é um ato de política pública e muitas vezes o judiciário não tem uma visão global do fenômeno.

1.3. Proporcionalidade propriamente dita:

Verifica-se se a **construção de direito individual de terceiro é extremamente oneroso para proteger o direito daquele que se quer resguardar.**

Ex.: questão dos vagões femininos.

A restrição dos homens aos vagões femininos dos metros e trens é tão onerosa ao ponto de onerar o direito de liberdade de ir e vir?

Será que a reserva de dois vagões do metrô restringe tanto a liberdade dos homens a ponto de tornar a norma inválida?

2. Vedação de excesso:

Trabalha com o conceito de núcleo dos direitos fundamentais. Admite que a proteção do direito individual possa ser menor desde que não atinja o núcleo. É um papel da lei restringir o direito fundamental (“*não precisa ter medo de dizer isso*”), pois ela tem objetivo de **regulamentação em conformação** (expressão cunhada por Canotillo). O ato de regulamentar trás um nível de constrangimento ao direito.

A vedação de excesso também está ligado ao princípio da **vedação do retrocesso**. Foi objeto de uma construção inicial bem mais rígida do que é admitido hoje. Na visão de Canotillo, na década de 1970, um direito social regulamentado gerando direitos subjetivos as pessoas não poderia, por uma legislação posterior, sofrer uma restrição. Uma garantia social, em sua visão, jamais poderia retroceder. Porém, atualmente é também de proteção do núcleo. **O entendimento hoje não é assim**. O princípio da vedação ao retrocesso é lido de acordo com seu núcleo. A garantia de um direito social pode ser diminuída desde que não atinja o núcleo. Não existe mais aquela percepção de que o direito social não pode retroceder jamais.

3. Princípio de proteção de vedação insuficiente (ligado ao princípio vedação de excesso).

É uma leitura feita ao contrário do princípio de vedação de excesso. Uma lei pode ser declarada inconstitucional por proteger alguém do devido a um determinado direito.

ADIN 4301 (Verificar) – Em qualquer caso o crime de estupro será ação pública incondicionada. Qualquer interpretação feita no sentido ação privada, haveria violação do princípio **proteção de vedação insuficiente**.

Obs.: A lei Maria da Penha previa a possibilidade, na audiência preliminar, da mulher desistir da ação penal (retratação da representação). O STF concluiu que a ação penal é pública incondicionada. Então não há possibilidade da mulher desistir. O MP pode deixar de denunciar sob argumento que o fato não ocorreu daquela forma.

Aqui também foi trabalhado o princípio de vedação de proteção de vedação ao insuficiente.

Foi declarada inconstitucional a previsão da desistência.

2 Ponderação de interesses: Técnica de solução de conflito real entre normas jurídicas. Aplicado ao que se denominam casos difíceis (*hard cases*)¹.

Dois dispositivos de mesma hierarquia, igualmente genéricos e que tenham sido publicados no mesmo dia. Os métodos da hierarquia, da especialidade e da novidade não solucionam o caso, portanto estamos diante de um *hard case*.

O método da ponderação de interesses não oferece uma solução em tese. Ele é aplicado a casos concretos e sua solução somente serve para estes. Ou seja, se aquelas duas normas vieram a entrar em conflito em um caso, faticamente diferente, a solução também poderá ser diferente.

No método da hierarquia, uma norma sempre será inferior a outra. Essa solução pode ser generalizada. Mesmo no controle difuso, há decisão em tese.

Duas normas estão no mesmo patamar. Uma geral e outra especial. O método da especialidade não gera uma solução em tese, mas toda vez que os fatos forem gerais ou especiais a solução será a mesma.

No método da novidade, as normas estão no mesmo patamar, igualmente especiais ou gerais, uma mais nova que a outra. Então, haverá revogação tácita em tese. É uma solução em abstrato. A norma sempre será mais nova que a outra.

Já no método da **ponderação de interesses** a solução não é abstrata. **A solução é concreta**. Não há produção de solução em tese. Mesmo que as normas entrem novamente em conflito, uma mínima alteração fática, pode levar a uma nuance na relação de forças e, portanto, na solução.

Barroso propõe que a ponderação de interesses seja aplicada em fases.

Obs.: Essa visão também começou a ser replicada por outros autores.

1- **Verificação das normas em conflito:** O julgador deve pontuar quais são os conflitos que estão princípios/ conflitos que estão em conflito.

Barroso e Ana Paula de Barcelos afirmam que os princípios são os tipos de norma com aptidão à ponderação, pois são dotados com dimensão de peso ou volume. Eles se aplicam mais ou menos. Diferentemente das regras que possuem aplicabilidade tudo ou nada (natureza binária). Para eles, as regras não são aptas à ponderação de interesses. Quando existir um eventual conflito entre regras, eles propõem que se busquem princípios sobrejacentes e a ponderação seja feita entre os princípios. Para outros autores, como por ex. Humberto Ávila, é perfeitamente possível fazer ponderação entre regras e princípios, uma vez que um dispositivo não é puramente uma regra ou um princípio. (*conceito mencionado em aula anterior*).

Exemplo: Direito à intimidade e liberdade de imprensa

¹ Casos não resolvidos pelos métodos clássicos do positivismo jurídico.

Os dois princípios são constitucionais e, portanto, não há hierarquia entre eles. Assim como não existe uma relação de generalidade e especialidade e ambos são normas originárias. Não há como solucionar o conflito por meio dos métodos positivistas. Logo, está caracterizado um caso difícil.

Apesar dos dois dispositivos serem formalmente iguais no que se refere ao nível, ou seja, não haver hierarquia formal entre eles, não significa que eles não carreguem valores morais de conteúdo diferentes. Fato o qual pode fazer com que o constituinte tenha dado preferência *prima facie* a um deles. Entre esses dois dispositivos, a princípio, um é mais forte do que o outro. O constituinte pode fazer isso ao redigir a constituição. Nessa primeira fase, ainda, antes do caso concreto, deve-se verificar se o constituinte deu mais força a um princípio do que a outro (**P1** x p2). Porque isso é importante? Pois se chegarmos a essa conclusão (**P1** x p2), no momento de aplicarmos os pontos 2 e 3, se os fatos se confirmarem, isso vai fazer com que haja **menos necessidade argumentativa**, pois só haverá a confirmação de diferença moral entre dois princípios.

2- Verificações dos fatos do caso concreto

3- Ponderação propriamente dita