

Direito Constitucional na era da proporcionalidade (mas não na América?)¹

Constitutional Law in the age of proportionality (but not in America?)

Vitalino Canas²

Universidade de Lisboa (Portugal)

E-mail: vc@vitalinocanas.pt | Orcid-ID: 0000-0003-0349-5793.

Recebido em 18 de maio de 2023. Received: May 18th 2023

Aprovado em. Approved:

Resumo: nos EUA e na Europa, os direitos fundamentais têm raízes comuns. Todavia, os quadros dogmáticos e teóricos que presidiram ao seu desenvolvimento constitucional foi diverso nessas duas geografias. Uma das dimensões em que a diferença é mais patente é a que se reporta ao modo como é enfrentado o problema das colisões entre posições jurídicas subjetivas fundamentais e outros bens, interesses ou valores. Na Europa, foram desenvolvidos *standards* como o princípio da proporcionalidade, que a doutrina e a jurisprudência constitucionais americanas só muito residualmente reconhecem. Em contrapartida, nos EUA, competem entre si estratégias de *balancing* e/ou de aplicação de *tiers of scrutiny*. O presente ensaio pretende averiguar se o princípio da proporcionalidade pode ser adaptado aos quadros dogmáticos e teóricos dos EUA e, em caso afirmativo, se isso criaria um ambiente constitucional mais vantajoso para os direitos constitucionais.

Palavras-chave: colisões normativas, princípio da proporcionalidade, ponderação, *tiers of scrutiny*.

Abstract: in the US and Europe, fundamental rights have common roots. However, the dogmatic and theoretical frameworks that presided over its constitutional development were diverse in these two geographies. One of the dimensions in which the difference is most evident concerns the way in which the problem of collisions between fundamental subjective legal positions and other goods, interests or values is faced. In Europe, standards such as the principle of proportionality were developed, which American constitutional doctrine and case law only very residually recognize. In contrast, in the US, strategies of balancing and/or applying tiers of scrutiny compete

¹ O presente ensaio, com ligeiras diferenças, foi incluído nos Estudos em Homenagem ao Professor Fernando Alves Correia.

² Professor auxiliar na Universidade de Lisboa. Chefe de Gabinete do Governador de Macau (1989 - 1991); Secretário de Estado dos XIII e XIV Governos Constitucionais (1995-2002); Deputado à Assembleia da República (1999-2019); Membro da Assembleia Parlamentar da NATO (2005-2019), Vice-Presidente (2017-2019); Consultor do Banco Mundial e de outras entidades internacionais, incluindo a Rede Aga Khan para o Desenvolvimento e vários Governos. Advogado. E-mail: vc@vitalinocanas.pt | Orcid-ID: 0000-0003-0349-5793.

with each other. This essay aims to find out whether the principle of proportionality can be adapted to US dogmatic and theoretical frameworks and, if that is the case, whether this would create a more advantageous constitutional environment for constitutional rights.

Keywords: normative collisions, principle of proportionality, weighting, tiers of scrutiny.

Introdução

No capítulo 1, apresentamos os traços fundamentais dos modelos americano e europeu de direitos constitucionais, na sua formação original. No capítulo 2, analisamos alguns aspetos evolutivos do modelo americano e a reconstrução integral do modelo europeu no pós II Guerra, salientando a propensão deste para a geração de um número superior de colisões normativas não resolúveis através de interpretação ou de aplicação de normas sobre colisões normativas. No capítulo 3, versamos as principais sequelas dos dois modelos, na sua expressão atual, no que toca ao modo como é estruturada a fiscalização judicial da atividade legislativa que enfrenta tais colisões. No capítulo 4, expomos as similitudes e as diferenças principais entre os testes americanos e o princípio da proporcionalidade em sentido moderno, com especial incidência na proporcionalidade clássica ou proibição do excesso. No capítulo 5, percorremos algumas condições de natureza institucional, doutrinal ou analítica necessárias para que a proporcionalidade pudesse incorporar o sistema constitucional de direitos americano. No capítulo 6, refletimos sobre se algum dos modelos, americano ou europeu, pode reivindicar vantagens comparativas sobre o outro no que se refere à satisfatória garantia dos direitos.

1. Dois modelos

Embora a raiz filosófica dos direitos fundamentais seja idêntica nos EUA e na Europa, a vigência e titularidade de direitos naturais pelos indivíduos independentemente da sua positivação jurídica³, o objetivo central desta positivação, quando ocorreu, divergiu. Na Europa, os direitos são reivindicados, conquistados revolucionariamente

³ Não obstante o ceticismo positivista. Recorde-se a frase conhecida de Jeremy Bentham, notando que a tese dos direitos naturais é “*nonsense upon stilts*”.

e proclamados para fazer face ao poder real, sendo o órgão legislativo um aliado e instrumento para esse fim. Nos EUA, o conflito com o Parlamento britânico e o processo de independência tinham persuadido as antigas colónias e os *Framers*⁴ da Constituição de que os direitos teriam de ser oponíveis não apenas ao executivo (o monarca ou quem fizesse as vezes dele), mas também ao legislativo. Em suma, a todos os órgãos do Governo, na aceção americana.

O modo como isto se refletiu na Constituição americana resume-se na chamada matriz “*madisoniana*”⁵ da distribuição de poderes entre o Governo e os particulares, assente na tensão entre dois direitos: o direito republicano da maioria de decidir quais e como devem ser prosseguidos pelo Governo os interesses públicos; o direito dos indivíduos à preservação de um espaço individual de liberdade que a maioria e o Governo não podem invadir.

Um dos corolários desta visão, é que o governo escolhido pela maioria define e prossegue livremente fins em todos os domínios, sem necessidade de justificação⁶, mesmo quando afeta interesses subjetivos, desde que estes não sejam tutelados por direitos positivados na Constituição. Por outro lado, admitiu-se que o Governo dispunha de poderes de polícia necessários à proteção da segurança, da saúde, da moral e do bem-estar do público em geral, que poderiam implicar limitações ao exercício de direitos constitucionais. Em qualquer dos casos, uma leitura rigorista do princípio da separação de poderes e a crença genuína na democracia representativa e na soberania do povo, conduz a que se encare esta atividade do legislador como essencialmente livre. Isso explica a persistente desconfiança de vastos setores em relação aos *instrumentos de judicial review* que propiciem intrusão naquele domínio livre do legislador, incluindo a generalidade dos que estudamos adiante.

No outro polo da referida tensão fica a garantia do espaço individual de liberdade por um número limitado de direitos, parcimoniosamente positivados na Constituição, e só nesta, com âmbito de proteção interpretado de forma estrita e unicamente oponíveis

⁴ Em muitos casos mantemos as expressões em inglês, para evitar adulterações do sentido original. As obras citadas abreviadamente constam da bibliografia final.

⁵ *Federalist Papers*, sobretudo 10 e 51.

⁶ Fala-se, a propósito, de cultura de autoridade, em contraste com a cultura de justificação. Cfr. Mureinik, “A bridge to where?..”, p. 31; Kumm, “The Idea of Socratic Contestation...”, pp. 150 ss.; Möller, “Proportionality and the Rights Inflation”, p. 166; *idem*, “U.S. Constitutional Law...”; Cohen-Eliya/Porat, *Proportionality...*, pp. 103 ss.; Thorburn, “Proportionality”, p. 319.

a um Estado visto como potencial ameaça àquela liberdade. De uma versão maximalista desta visão decorrem vários corolários.

Primeiro, direitos constitucionais indiscutíveis são aqueles que a Constituição limitadamente enuncia, desenvolvendo o *Supreme Court* uma jurisprudência de significativa austeridade no reconhecimento de novos direitos.

Segundo, a delimitação do respetivo âmbito de proteção, através da interpretação dos conceitos abertos, vagos e indeterminados usados na estatuição, obedece tendencialmente a uma visão restritiva.

Terceiro, tudo o que está coberto pelo âmbito de proteção do direito está-o de forma absoluta, perentória, categorial (*rights as trumps*^{7/8}). Todas as limitações necessárias foram originalmente ponderadas e introduzidas pelos *Framers*, sendo desvendadas através da interpretação.

Quarto, do Estado requer-se abstenção e não ação positiva. Os direitos possuem estrutura essencialmente negativa, definindo um espaço de liberdade e autonomia individuais onde o Estado não possui competência para intervir. Salvo limitadas exceções⁹, o *Supreme Court* não reconhece direitos sociais como direitos constitucionalmente protegidos. Por outro lado, não reconhece a existência de deveres positivos de proteção dos direitos dos particulares por parte do Estado¹⁰. Os direitos positivos são considerados um "erro"¹¹.

⁷ A muito difundida metáfora dos direitos como trunfos de Dworkin (*Taking Rights Seriously...*, p. 184, "Rights as trumps") quadra bem com a Constituição americana e compreende-se no contexto do debate constitucional americano. Sobre o assunto, v. por todos Jamal Greene, "Rights...". Aquela metáfora inscreve-se num contexto de rejeição do *balancing* (ou da proporcionalidade, nos ordenamentos europeus). Para Dworkin, os direitos seriam *definite trumps* que podem jogar-se contra argumentos relativos a fins (Habermas, *Facticidad...*, p. 332), e não apenas *prima facie trumps* sujeitos a ponderação em situações concretas. Note-se, porém, que a conceção *dworkiniana* dos direitos como trunfos não cobre todos os direitos constitucionalmente protegidos, nem sequer o que se designa por direitos fundamentais, mas apenas os que se relacionam com a dignidade humana, a igualdade ou outros valores pessoais (cfr. Habermas, *Facticidad...*, p. 273; Novais, *Direitos Fundamentais...*, p. 37; Jamal Greene, "Rights...", p. 67). O contraponto doutrinal mais drástico é da autoria de Beatty, *The Ultimate Rule...*, p. 163, quando defende que quando os direitos são colocados em jogo numa aplicação do princípio da proporcionalidade "*they have no special force as trumps. They are really just rethorical flourish*". Não haveria direitos "trunfáveis", mas apenas interesses competidores com outros (p. 171). Outros pontos de vista suscitam outras metáforas: *constraints* (Fallon, *The Nature...*, p. 10, 50); *shields* (Schauer, "A Comment...", p. 429), *side constraints* (Nozick, *Anarchy...*, p. 29).

⁸ A noção de que os direitos como trunfos têm uma espécie de certidão de nascimento que se reporta às origens do constitucionalismo americano é refutada por Jamal Greene, "Rights...", p. 35, 96 ss.

⁹ V. referências em Jamal Greene, "Rights...", p. 48.

¹⁰ Referências jurisprudenciais em Greene, "Rights...", pp. 48 ss.

¹¹ Cross, "The Error of Positive Rights".

Quinto, os direitos aplicam-se exclusivamente na relação entre os particulares e o Estado (*state action theory*), rejeitando-se eficácia daqueles nas relações entre particulares.

Sexto, os direitos são imediatamente invocáveis perante os tribunais e diretamente aplicáveis por estes.

Estes corolários denotam que desde os prolegómenos da história constitucional americana os direitos constitucionais foram elevados a uma posição fortificada, escorada na coexistência de amarras suprapositivas e de amarras positivas numa constituição normativa, garantida pelo poder judicial.

Desde exatamente a mesma altura, o juiz constitucional confronta-se com linhas de força potencialmente antitéticas: por um lado, a muito disseminada desconfiança em relação a qualquer intervenção no âmbito do legislador; por outro lado, a pressão no sentido de fiscalizar judicialmente medidas legislativas que interferem em direitos (pressão intensificada por os direitos serem tendencialmente considerados absolutos e, portanto, teoricamente insuscetíveis de interferência legislativa).

Partindo de bases teóricas e filosóficas similares sobre o fundamento de direito natural dos direitos, os percursores liberais europeus conceberam sistemas que se afastaram significativamente do americano. Dependentes de circunstâncias sociais e políticas dispares, também apartados foram os caminhos seguidos.

Na Inglaterra, os direitos individuais resultaram de sucessão e sobreposição de paradigmas: *accient common law*, contratualização, supremacia parlamentar.

A primeira é o simultaneamente difuso e consistente resultado de adquiridos históricos, com raízes na *old law* do período anglo-saxónico, confirmada pelos reis normandos, parcialmente convertida em *fundamental law* aplicável a todos, sem distinção, pelos tribunais, indisponível pelo próprio rei¹². O mais conhecido e reiterado componente é do *writ of habeas corpus*, acolhido pela Magna Carta em 1215, sucessivamente confirmado e reafirmado em várias ocasiões (1225, 1297, 1679). O mais significativo – porém, controverso - pronunciamento jurisdicional é o do caso *Dr Bonham*, de 1610, que admite a prevalência da *common law* sobre atos do

¹² Conforme o estabelecido nos casos *Prohibitions Del Roy* (1607) *Proclamation* (1610), famosos casos julgados pelo *Court of Common Pleas* de que era *Chief Justice* Edward Coke.

parlamento¹³. Este quadro histórico de garantia de direitos não resistiria ao processo de formação da supremacia parlamentar. Algumas décadas depois vai ser superado e secundarizado pelo princípio da soberania e supremacia parlamentar, particularmente a partir do final do século XVII, com e depois da *Glorious Revolution*. O Parlamento impõe ao Rei o definitivo reconhecimento das liberdades naturais, é o seu garante, mas está legitimado para as limitar, não lhe sendo aquelas oponíveis¹⁴. A situação assim permaneceu até há algumas décadas, quando a vinculação do Reino Unido ao sistema internacional europeu de direitos humanos suscitou alterações profundas.

Em França e nos Estados europeus que, com maiores ou menores adaptações, adotariam as linhas do ideário revolucionário liberal francês, os direitos foram conquista revolucionária face a monarcas absolutos. Superado o absolutismo, visava-se introduzir profundas alterações na antiga ordem social e no enquadramento jurídico e institucional que a conformava. Nesse contexto, a função dos direitos - proclamados em constituição ou em declaração solene - não era primordialmente estabelecer espaços de liberdade perante o (novo) Poder, através de direitos subjetivos de defesa, mas clarear um conjunto de princípios estruturais da nova ordem social, mormente de liberdade e igualdade, que deveriam enformar a ordem jurídica. O parlamento, expressão da soberania do povo, mais do que ameaça potencial aos direitos ou de agente que deveria manter uma atitude de abstenção em relação a eles, era o veículo da irradiação desses direitos, através da lei, para os vários domínios da ordem jurídica¹⁵. No desempenho dessa função, prescindia-se em boa medida dos tribunais, aliás vistos como uma reminiscência anacrónica do antigo regime e do sistema de privilégios que se pretendia eliminar. A função de barreira negativa em relação ao poder executivo (subordinado ao rei, se mantida a instituição monárquica) não seria

¹³ O verdadeiro alcance desse pronunciamento e até a sua validade foi, sem embargo, muito debatido ao longo dos séculos, havendo quem desvalorize, conteste e até aponte erros fundamentais à luz dos próprios pressupostos. Lê-se a certo passo:

“And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such an Act to be void”.

V. também *Rowles v. Mason* (1612).

¹⁴ Essencial para a visão da época, William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* Blackstone, 1.^a ed. Clarendon Press, Oxford, 1765-1769.

¹⁵ Nesta mesma linha, Dieter Grimm, *Constitutionalism: Past, Present and Future*, Oxford University Press, 2016 (trad. em língua castelhana, *Constitucionalismo, Pasado, Presente y Futuro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, p. 301.

completamente irrelevante, mas era deficitariamente cumprida devido à feição principal, proclamatória, apelante, programática, das cartas de direitos. Nos EUA, vislumbramos, já então, direitos negativos absolutos, oponíveis ao governo - legislador incluído -, solidamente ancorados numa constituição normativa protegida por juízes; nesta parte da Europa, encontramos princípios, apelos e proclamações, endereçadas ao legislador ordinário, por ele interpretáveis e só garantidos pela vigilância de um órgão político, o parlamento.

Na Alemanha, salvo o fugaz interregno de 1848-1849 (Constituição de Frankfurt), os direitos mais relevantes para a burguesia liberal são consagrados nas Constituições dos Estados produzidas, em contexto de monarquias mais ou menos limitadas, depois do Congresso de Viena (1814-15) ou na lei. Na Constituição do Império alemão (dita Constituição de Bismark), de 16 de abril de 1871, não constava um catálogo de direitos. Bismark entendia que, figurando esses direitos do ordenamento constitucional e legislativo dos Estados, não era necessário um catálogo na Constituição do *Reich*. Nesse contexto, o debate sobre o valor dos direitos fundamentais, designadamente se constituíam mero limite à atuação do executivo (LABAND) ou verdadeiros direitos subjetivos garantidos pelos tribunais ordinários (JELLINEK), entre outras variantes, não era de sentido único. Mesmo nesta segunda perspectiva os direitos fundamentais não decorriam de qualquer reserva natural inacessível ao Estado, não eram oponíveis ao legislador, antes tinham o conteúdo que a lei parlamentar definisse quase livremente. Sendo menos avançada do que a da tradição revolucionária francesa, a solução cumpria a função desejada: ainda que dependentes da lei, os direitos consolidavam os adquiridos burgueses e orientavam novos progressos do direito ordinário e da Administração no sentido desejado pela burguesia. Só depois desta função objetiva estar satisfatoriamente garantida, passaria a predominar a sua vertente negativa, de direitos de defesa¹⁶. A situação poderia ter sofrido um abanão com a malograda Constituição de Weimar (1919). Mas, não obstante os seus traços de modernidade, que incluíram um extenso catálogo de direitos sociais e até a eficácia de alguns direitos nas relações de emprego¹⁷, no essencial continuariam a prevalecer, do ponto de vista da leitura doutrinal e, enquanto foi possível, da prática, os quadros da tradição liberal europeia. A doutrina maioritária

¹⁶ Idem, p. 302-3.

¹⁷ Artigo 118.º, §1, segunda parte.

fincou-se na natureza dos direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos, mas não perante o legislador.

Em nenhuma das situações se pode falar de modelos de direitos providos da *normatividade* que os americanos lhes garantiram.

Nos EUA, os traços originais veriam a sua radicalidade sofrer um processo gradual de erosão, mais acentuado a partir de meados do século passado, sem, todavia, beliscar a identidade arquitetónica¹⁸. Na Europa, após o final da II Guerra, começaria a emergir um modelo próprio, primeiramente ensaiado em alguns ordenamentos constitucionais, gradualmente propagado a outros e parcialmente clonado ao nível internacional. Embora não tenha substituído por completo e ao mesmo ritmo o modelo clássico de alguns Estados, designá-lo-emos de modelo europeu (em detrimento da designação, sugerida na literatura, de modelo *do constitucionalismo global*¹⁹), em contraposição ao modelo americano.

2. Linhas evolutivas do modelo americano

Nos EUA, o modelo alegadamente arquitetado logo em 1787, gradualmente atualizado e integrado pela jurisprudência e pela doutrina, sofreu apenas os ajustamentos que a dinâmica evolutiva da realidade constitucional exigiu. Um modelo assistido por uma normatividade e garantias superlativas e adaptado ao *exceccionalismo* americano²⁰ não requer mais do que isso. Em todo o caso, mesmo

¹⁸ Todavia, numa visão interna, pode considerar-se que o “*Supreme Court has altered the nature of constitutional rights within roughly the past three-quarters of a century. Constitutional rights today are different not only in their subject matters, but also in their natures, from the constitutional rights that existed before 1937 and even before the 1960s*”: Fallon, *The Nature...*, p. 1.

¹⁹ Kai Möller, “U.S. Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model”, p. 131. O modelo é adotado nas ordens constitucionais de muitos (não todos) os Países europeus, o Brasil e outros Países sul-americanos, a África do Sul e, discutivelmente, Canadá, Israel e alguns Países asiáticos. Muito longe de ser global, portanto.

²⁰ O debate sobre o *American exceptionalism* em vários domínios, incluindo no jurídico-constitucional e no político, é antigo, remontando a uma frase de Alexis de Tocqueville na *Democracy in America* (1835-1840): “the position of the Americans is therefore quite excepcional”. V., em geral, Seymour Martin Lipset, *American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*, W. W. Norton & Company, London / New York, 1997; Harold Hongju Koh, “On American Exceptionalism”, *Stanford Law Review*, vol. 55 (2003), pp. 1479 ss.; Michael Ignatieff (ed), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005; Steven G. Calabresi, “A Shining City on a Hill”: American Exceptionalism and the Supreme Court’s Practice of Relying on Foreign Law”, *Boston University Law Review*, vol. 86 (2006), pp. 1335 ss.; Vicki C. Jackson, “Constitutional Law and Transnational Comparisons: the *Youngstown* Decision and American Exceptionalism”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 30, nº. 1 (2006), pp. 191 ss.; Lorraine E. Weinrib, “The Post-War Paradigm and American Exceptionalism”, in Sujit Choudhry (ed.) *The Migration of constitutional ideas*, Cambridge University Press, 2007, pp. 84 ss.; Stephen Gardbaum, “The myth and the reality of American

que localizados, registam-se episódios com potencial transformativo, como o da pressão dos direitos civis, especialmente na década de 1960. Focaremos de imediato a reinvenção do *substantive due process of law* e o debate sobre a revisão da doutrina da *state action*. Mas a evolução doutrinal mais vincada gravita em torno do *balancing* como operação de deliberação prática constitucional e dos *tiers of scrutiny*, tratados autonomamente mais adiante.

2.1. Reinvenção do *substantive due process of law*

Após a Guerra Civil, o *Supreme Court*, ancorado na história e na antiga doutrina dos direitos naturais refletida nas declarações de direitos pré-independência, interpretou o princípio do *due process of law* das 5.^a²¹ e 14.^a²² emendas (ainda sem falar de *substantive due process*, conceito que só surgiria em meados do século XX) como um fundamento para limitar os poderes do governo sobre a esfera privada. Uma das mais precoces e famosas decorrências dessa doutrina foi *Lochner v. New York*²³. No caso, a aplicação do *due process* visava a proteção da liberdade contratual e do direito de propriedade contra a interferência desrazoável e arbitrária do governo no exercício dos seus (vagos e indeterminados, dizia o Tribunal) poderes de polícia.

A doutrina de *Lochner* seria revertida no final dos anos 1930, para o que contribuiria a conjugação de vários fatores: o seu perfil anti-progressista, calcificador de liberdades económicas no interesse de grupos sociais poderosos; a decadência da doutrina dos direitos naturais; o excesso de intrusão no domínio do legislador; a hostilidade de nomes influentes como Wendell Holmes e outros; o crescente domínio do positivismo; e a imposição rooseveltiana do New Deal. Durante décadas, houve incerteza sobre o rumo do *due process* na dimensão substantiva. Os Tribunais Warren e Burger reinventaram-no, colocando-o ao serviço de uma jurisprudência pró-direitos civis e autonomia individual, designadamente na esfera íntima privada, não se

constitutional exceptionalism”, *Michigan Law Review*, vol. 107 (2008), pp. 391 ss. V. o sumário dos corolários no Direito Constitucional apresentado por Randy E. Barnett, “The Separation of People and State”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, n. 2 (2009), pp. 451 ss.

²¹ De 1791: “No person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law.”

²² De 1868: “Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

²³ *Lochner v. New York* (1905). Acessível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/#tab-opinion-1921257>.

conseguindo eximir, porém, da suspeita de que procediam a uma reconversão e atualização de alguns traços estruturais de *Lochner* ao serviço de outras opções políticas. O *substantive due process of law* passou a ser base normativa de direitos não expressamente fundados na Constituição. Precipitações dessa jurisprudência são *Griswold v. Connecticut* (1965), *Eisenstadt v. Baird* (1972) e *Roe v. Wade* (1973), que reconheceram direitos que vão do uso de contraceptivos, ao aborto. Mais recentemente, foi nele que o *Supreme Court* fundou a posição sobre o direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo. Na Europa, a resposta à erupção de novos direitos, não enunciados na Constituição mas reivindicados por uma sociedade mais complexa, desafiadora da persistência de apenas um número limitado de direitos, passa por quadros conceptuais e doutrinários como a consagração de cláusulas abertas de direitos, o recurso ao princípio da dignidade humana, ao direito geral de liberdade ou ao desenvolvimento da personalidade, a interpretações extensiva da previsão. Havendo nos EUA desafios substantivamente coincidentes, o recurso ao *substantive due process* é uma fórmula muito mais contida de os enfrentar.

2.1. Propostas de releitura do princípio do *state action*

Nos *Civil Rights Cases*, julgados em 1883, o *Supreme Court* estabeleceu o que pela sua expressão facial parece um critério cristalino: o governo federal não tem competência para regular as políticas e práticas de entidades privadas ao abrigo da seção 5 da 14.^a Emenda²⁴. Trata-se da chamada doutrina da *state action*. *State* abrange, para o efeito, todos os níveis de governo. Ao longo da história constitucional a aparente clareza da formulação inicial transformar-se-ia em obscuridade; a *state action* é um dos problemas mais importantes, mas também mais obscuros, falando-se até de uma “área de desastre conceptual” (CHARLES BLACK). Dela decorre que a Constituição não proíbe a privação de direitos constitucionais por condutas de particulares. Estes direitos não têm aplicabilidade direta nas relações entre particulares e nem o Governo nem os tribunais podem impor essa aplicabilidade ou a

²⁴ Acessível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/109/3/> Conforme o resumo fornecido pelo *Supreme Court*, a conclusão geral dos cinco julgados que compuseram os *civil rights cases* foi seguinte: “[s]ince they apply only to government actions, the Thirteenth and Fourteenth Amendments are not an appropriate basis for Congress to pass laws protecting African-Americans from discrimination by private parties.”

vinculação de particulares aos direitos constitucionais de outros particulares. Os comportamentos dos particulares têm de ser compatíveis com os direitos constitucionais apenas quando o Estado estiver tão intimamente envolvido nesses comportamentos que possa ser considerado responsável por eles²⁵.

Tal como explanada na sentença dos *Civil Rights Cases*, a doutrina do *state action* é tributária da visão formalista clássica, de separação nítida entre as esferas do público e do privado, concomitante à distinção entre Direito Público e Direito Privado. Nas relações entre privados vale a autonomia privada contratual (argumento também predileto dos setores que na Europa se opõem à vinculação das relações privadas aos direitos fundamentais). Nessa esfera, a intervenção do Direito – exclusivamente Privado - e do Estado devem reduzir-se ao mínimo imprescindível para garantir um funcionamento irrestrito da autonomia privada²⁶. Este pensamento formalista, dedutivista e rígido, mereceu censuras na década do avanço dos direitos civis e dos movimentos anti-discriminatórios - a década de 1960 - e sofreu alguma mitigação²⁷. Todavia, em épocas mais recentes parece imperar um neo-formalismo que mantém a doutrina basicamente intocada, não obstante a diluição entre público e privado, resultante de processos de privatização, de desregulação, de assunção de atividades públicas por particulares, que complexificam a delimitação da fronteira entre aqueles que agem como *state* e aqueles que agem na sua capacidade estritamente privada. São minoritárias as vozes que sustentam que a doutrina da *state action* deve ser revista ou mesmo abandonada e que as infrações aos mais básicos valores, como expressão, privacidade e igualdade, não devem ser toleradas apenas porque o infrator é uma entidade privada e não o Governo²⁸.

2.2. Ruturas do modelo europeu

²⁵ Erwin Chemerinsky, “Rethinking...”, p. 508.

²⁶ “State Action and the Public/Private Distinction”, *Harvard Law Review*, vol. 123 (2010), pp. 1248-1314, 1257.

²⁷ Na doutrina portuguesa, v. uma síntese sobre os domínios onde se assiste a alguma mitigação oferecida por Fernando Alves Correia, “Direitos fundamentais e relações jurídicas privadas. Sinopse doutrinária e jurisprudencial”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, vol. 146, n.º 4001 (nov/dez. 2016), pp. 88-96, p. 90.

²⁸ Assim, Erwin Chemerinsky, “Rethinking...”, p. 505. Não é voz isolada: v. “State Action and the Public/Private Distinction”, *Harvard Law Review*, p. 1256.

O modelo original europeu, formado na mesma altura que o americano, colapsou entre Guerras. Após a II Guerra, o constitucionalismo europeu mudou de página. O caráter plenamente normativo da constituição foi finalmente afirmado, com as imediatas e cruciais consequências do reconhecimento do caráter normativo pleno das disposições respeitantes a direitos fundamentais e da estruturação de órgãos específica ou parcialmente dedicados à fiscalização da constitucionalidade e à garantia daqueles direitos. Embora constitua orientação eventualmente minoritária, a definição categorial de certos direitos fundamentais como absolutos é aceite por alguns. E a consagração do instituto da proibição de interferências no núcleo essencial dos preceitos dos direitos fundamentais ou nos próprios direitos obriga à interpretação com vista à definição categorial das posições jurídicas subjetivas resistentes àquelas interferências. Nessa medida, os modelos americano e europeu confluíram. Mas em muitos domínios continuam a divergir pronunciadamente. A divergência cavou-se no que toca ao *modelo constitucional*, com repercussões profundas no modo díspar como a comum visão amiga dos direitos fundamentais ou constitucionais é materializada. Observemos alguns contrastes.

No modelo europeu, adotado na Alemanha, em Portugal e em muitos Estados europeus (mas também na África do Sul, no Brasil e em vários outros Estados da América do Sul):

- as constituições assumem a tarefa *dirigente* de regulação integral *prima facie* da vida em sociedade. Por isso, as constituições ocupam-se de *mais* problemas-tarefas do viver social do que a Constituição dos EUA. Entre outros:
 - (i) o problema-tarefa do asseguramento de que as relações entre os cidadãos se processam com respeito pelos direitos fundamentais; isso convoca o Estado *protetor* (de cidadãos perante outros cidadãos, sendo afirmada uma dimensão positiva dos direitos, que impõe ação do Estado no sentido da sua proteção ou criação de condições de exercício) e lateraliza o Estado *agressor*;
 - (ii) o problema-tarefa da proteção dos cidadãos na ocorrência de catástrofes naturais, de calamidades e de ameaças e agressões externas;
 - (iii) o problema-tarefa da promoção ativa, pelo Estado, da igualdade e da liberdade, num quadro de falha do funcionamento equitativo das condições da economia de mercado;

- a liberdade e os direitos que a expressam são uma componente de uma ordem social globalmente enquadrada e ordenada por uma constituição que não se restringe à organização do poder político e à definição das relações deste com os cidadãos.

Em consequência, no plano da teoria e da dogmática jusfundamental:

- os direitos e o espaço de liberdade e de autonomia dos cidadãos são usufruídos *dentro* do Estado constitucionalmente conformado e não *contra* ou *fora* do Estado. A ação dos órgãos do Estado é limitada pela liberdade individual; por seu turno, esta *relativiza-se* perante a ação legítima daqueles órgãos ao serviço do interesse geral (que, afinal, é apenas uma generalização dos interesses individuais dos membros da comunidade); em consonância, não vigora uma ordem lexical que dê primazia aos direitos sobre considerações de interesse coletivo;

- assiste-se a uma inflação de direitos²⁹:

- os catálogos de direitos são, de raiz, mais extensos;

- as ordens constitucionais permanecem recetivas a direitos fundamentais não expressamente enunciados ou enunciados *fora da carta*, incorporados através de cláusulas abertas ou de direitos multivetoriais, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou um *direito geral à liberdade*;

- consagram-se catálogos mais ou menos extensos de direitos sociais;

- afastam-se liminarmente doutrinas originalistas e textualistas;

- favorece-se a estratégia de interpretação ampliativa do âmbito de proteção dos direitos;

- aceitam-se modalidades (mediatas ou imediatas) de eficácia dos direitos nas interações entre particulares;

- reconhece-se a vertente objetiva dos direitos, com efeitos vários, mormente:

- irradiação para todos os domínios da ordem jurídica, incluindo o Direito Privado:

²⁹ A noção de inflação de direitos é umas vezes empregue em sentido pejorativo, outras com conotação neutra, como no texto. Assim, também Möller, "U.S. Constitutional Law...", p. 134. Haverá quem note que a inflação acaba por ser substituída, na realidade, por uma *deflação de direitos*.

- formação de deveres objetivos de proteção, uma vez que a plena fruição da liberdade individual requer a ação positiva de proteção do Estado.

Deste panorama geral decorre uma implicação fortemente contrastante com o panorama americano: a multiplicação das possibilidades de episódios de colisão normativa entre bens, interesses ou valores com tutela constitucional. No âmbito de Constituições que corporizam o modelo europeu, como a Lei Fundamental de Bona de 1949³⁰, a Constituição portuguesa de 1976 e outras Constituições europeias, a Constituição brasileira de 1988, a expansão dos direitos constitucionalmente positivados, a estrutura aberta dos catálogos constitucionais de direitos, potenciada por cláusulas de receção material ou formal e pelo reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade como direito geral de liberdade, a conceção ampliada da previsão e da estatuição das normas de direitos, a eficácia dos direitos nas interações entre particulares e outros desenvolvimentos (como a consagração, em alguns casos, de direitos sociais desdobrados em posições jurídicas subjetivas positivas, mas também negativas), conjuram-se para potenciar colisões normativas em que se veem envolvidos direitos. Diversamente, o modelo americano gera um número potencialmente mais moderado de colisões (que, aliás, os tribunais americanos normalmente não identificam como tal, mesmo que patentes³¹).

As situações dilemáticas que não podem ser resolvidas através de simples operações interpretativas e lógico-dedutivas, requerendo intervenção complementar do

³⁰ A referência à Lei Fundamental de Bona não fica completa se não mencionarmos que a par de alguns desenvolvimentos que dela constam explicitamente – como a garantia do núcleo essencial do direito fundamental – muitos outros que lhe são imputáveis se devem à interpretação que dela faz o *BVerfG* desde a década de 1950. Pontos salientes: âmbito de proteção ampliativo dos direitos (exceto nas situações em que se lhes atribui caráter absoluto, como o da dignidade humana); adoção de um conceito amplo de restrição ou interferência; complementação dos (frágeis) limites às restrições de direitos enunciados na Constituição com *Schranken-Schranke* (limites aos limites) não enunciados na Constituição, como a sujeição ao princípio da proporcionalidade (desde, pelo menos, a *Apotheken-Urteil*, de 1958); abertura a direitos de liberdade, através do uso de cláusulas como a do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (caso *Elfes*, 1957), incluindo novos direitos que não poderiam ter sido considerados pelos autores originais da Constituição, como direitos relacionados com as tecnologias digitais de informação; direitos fundamentais como valores ou princípios objetivos que irradiam para toda a ordem jurídica, incluindo as normas de direito privado (muitas, pré-democráticas), cujas previsões (*auslegungsfähige Tatbestandsmerkmale*) devem ser interpretadas à luz daqueles direitos com a consequência, ainda que indireta, da eficácia nas interações entre particulares (caso *Lüth*, 1958); sujeição do Estado a deveres de proteção daqueles direitos contra terceiros que os coloquem em perigo, incluindo proteção penal quando se trate dos direitos mais elementares, como corolário da dimensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos (*Schwangerschaftsabbruch I*, primeira decisão do aborto, 1975); proteção dos direitos através de organização e procedimentos (por exemplo, *Mülheim-Kärlich*, 1979). Mais pormenor em Dieter Grimm, *Constitucionalismo*, pp. 274 ss.

³¹ Jamal Greene, “Rights...”, p. 71.

legislador e/ou do juiz constitucional, são significativamente mais agudas e frequentes no contexto europeu.

3. Sequelas no que toca ao modo como é estruturada a fiscalização judicial da atividade legislativa

Quais as principais sequelas dos dois modelos, na sua expressão atual, no que toca ao modo como é estruturada a fiscalização judicial da atividade legislativa que enfrenta tais colisões?

A solução crescentemente predominante dos Direitos Constitucionais europeus pressupõe a elasticidade dos direitos fundamentais, pelo menos na sua maior parte, isto é, a possibilidade de se expandirem e de se comprimirem, de se relativizarem. A *relatividade* de muitos direitos é admitida. Alguns setores doutrinários sustentam – embora sem aceitação unânime - que *todos* os direitos são derrotáveis, forçados a cedências integrais, definidas através de ponderação. O principal agente, veículo ou demiurgo da materialização dessa ideia é o princípio da proporcionalidade em sentido moderno, veículo das operações de harmonização e balanceamento de direitos fundamentais, entre si e com outros bens, interesses ou valores coletivos, sujeito a uso intensivo e por vezes insuficientemente estruturado, síntese de perspectivas formalistas e substancialistas.

Nos EUA, o pensamento formalista clássico - eventualmente enlaçado com uma interpretação originalista da Constituição - induz tendencialmente à aplicação dos direitos fundamentais em termos absolutos, como trunfos, sem abertura textual a limites externos ou interferências legislativas. Aquele pensamento rejeita a alternativa de considerar os direitos como simples interesses, em permanente competição com outros interesses. Para que essa orientação tenha viabilidade, sobrecarrega-se o momento interpretativo, que se perfila como *o passo crucial* da dogmática dos direitos constitucionais³². A prática jurisprudencial é enquadrada por uma *teoria de limites internos* restritiva que permite circunscrever, através de interpretação, o âmbito de proteção dos direitos. Na sua expressão mais extrema e performante, esta opção metódico-dogmática alicerça uma tese de impossibilidade de *colisão de direitos*, à custa da exclusão preliminar de categorias de situações e condutas nuclear ou marginalmente tuteladas, extraíveis *prima facie* do enunciado normativo, nada mais

³² Assim, Jamal Greene, “Rights...”, pp. 62-3.

sendo necessário do que pura interpretação. Exemplos de interpretações restritivas encontram-se facilmente na jurisprudência do *Supreme Court*. Desta flui, por exemplo, que a liberdade de religião não abrange imunidade contra os impostos, mesmo que estes dificultem o exercício religioso. A liberdade de contratar não abrange contratos para fins imorais ou para a prática de atos ilegais. A tão venerada liberdade de expressão, da Primeira Emenda, não cobre todas as categorias de atos expressivos, qualquer que seja o contexto: não cobre o discurso obsceno, de ódio ou agressivo ou a pornografia. Alguns clássicos exemplos suplementares incluem o ato de gritar “fogo” numa sala de teatro repleta de pessoas, a ameaça “o dinheiro ou a vida”, a oferta ou insinuação de subornos ou o discurso usado para apelar ao crime. Por não serem considerados atos expressivos cobertos pela liberdade de expressão, eventuais interferências legislativas que os proíbam ou limitem não desencadeiam os mecanismos de escrutínio de limitações aos direitos, designadamente o mais apertado, *strict scrutiny*. Já o ato de queimar a bandeira americana como expressão de protesto está coberto³³. Numerosos outros exemplos, em alguns casos bem mais labirínticos, podem ser convocados³⁴.

O modelo europeu não desconhece a prática da interpretação restritiva do âmbito de proteção do direito fundamental, porventura assente na tese dos limites imanentes ou internos. *Grosso modo*, a doutrina dos limites imanentes traduz-se na interpretação restritiva da previsão e estatuição da norma por forma a acomodar os limites ao direito resultantes da coexistência com outros bens, interesses e valores tutelados por normas constitucionais. Considera-se que o legislador está habilitado a uma atividade normativa de conformação que exprima esses limites imanentes que decorrem diretamente da constituição, não se podendo falar de restrição do direito, mas de simples extração do sentido da norma constitucional de direito. Por isso se aponta que a doutrina dos limites internos ou imanentes envolve o risco da imposição pelo legislador, com eventual tolerância do juiz constitucional, de limites aos direitos de forma descontrolada, não transparente e injustificada. Além disso, não é plausível que

³³ Cfr. *Texas v. Johnson* (1989).

³⁴ Alguns contaminados pelo debate jusconstitucional tipicamente americano entre originalistas e atualistas sobre se os limites internos aos direitos são apenas aqueles que os *Framers* originalmente tinham em mente ou expressaram ou se devem ser atualizados. Os originalistas mantêm que as normas constitucionais devem ser interpretadas por forma a determinar o conteúdo que os *Framers* lhes quiseram atribuir originalmente e aplicadas com esse sentido. Cfr., por exemplo, Lawrence Solum, “Originalism and Constitutional...”.

consiga evitar ou resolver todos os potenciais episódios de colisão que o modelo europeu inevitavelmente gera. Um número significativo não encontra resposta através de atividade hermenêutica obediente a princípios de racionalidade argumentativa ou da aplicação de normas sobre a resolução de colisões de normas. Por isso, boa parte da doutrina e da jurisprudência converge numa metódica que opta pela interpretação mais ou menos ampla do âmbito de proteção *prima facie* do direito, remetendo para operações harmonizadoras a definição do âmbito de proteção *definitivo*, quando esse âmbito colida com outros bens, interesses ou valores. Essas operações harmonizadoras, que pressupõem a natureza pelo menos parcialmente relativa dos direitos, envolvem o emprego de instrumentos de harmonização e ponderação, entre os quais o princípio da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso³⁵. É nesse ponto que a doutrina e a jurisprudência constitucionais europeia e americana seguem caminhos separados.

3.1. As respostas americanas

3.1.1. Colapso de *Lochner*

O colapso da jurisprudência de *Lochner*, *bête-noir* do Direito Constitucional americano (ALEINIKOFF), foi precipitado pelos fatores conjunturais e estruturais referidos anteriormente. Talvez o fator determinante tenha sido o mais conjuntural de todos: a ação do Presidente Roosevelt e o seu *New Deal*. Mas as consequências estruturais foram vastas. Entre elas, o declínio do teste de razoabilidade na configuração *lochneriana*, a qual implicava uma intensa interferência judicial no domínio da margem de conformação legislativa. Em *Lochner*, o *Supreme Court* admitira que o legislador de Nova Iorque detinha poderes inerentes de polícia, na prossecução de fins legítimos. Todavia, entendera que as medidas de limitação da autonomia contratual quanto à fixação da carga horária diária e semanal dos trabalhadores das padarias não eram necessárias. A desnecessidade não decorria de se alegar a existência de alternativas menos drásticas (como, décadas depois, passaria a resultar da aplicação do teste *least drastic means*), mas de a maioria do Tribunal entender que a

³⁵ Reportamo-nos à distinção entre proporcionalidade moderna, conceito abrangente, e proporcionalidade clássica ou proibição do excesso, uma das ramificações daquela, juntamente com a proibição do defeito, a proporcionalidade equitativa e a proporcionalidade sancionatória. V. Vitalino Canas, *A Proibição...*, p. 46. Estas *faces* mutantes da proporcionalidade decorrem da adaptação a diferentes modalidades de colisões. Outra questão é a de saber se o que se pode qualificar de natureza nomenclalmente *transsubstantiva* da proporcionalidade - Jamal Greene, "Rights...", p. 59 e outras - comporta *faces* adaptáveis a diferentes tipos de direitos, ao estilo dos *tiers of scrutiny* americanos.

ponderação *política* da respetiva necessidade, em sentido absoluto, realizada pelo legislador, não era razoável. A *Supreme Court* pulverizara a deferência em relação a decisões imputáveis ao domínio da decisão política e substituíra-as pelas que decorriam da sua própria perspectiva sobre a conveniência e oportunidade de políticas públicas com repercussão económica.

A reversão de *Lochner* não trouxe a supressão da possibilidade de colisão entre direitos e interesses do Estado não resolvida através de técnicas essencialmente interpretativas e dedutivas. Criou-se, conseqüentemente, um vazio que o *Supreme Court* demoraria pelo menos duas décadas a preencher, com passos graduais e por vezes ambíguos, se não incoerentes.

3.1.2. *Balancing*

É nesse vazio que a partir do início dos anos 1940 (ou final dos anos 1930) o *balancing*, empurrado pelo anti-formalismo, anti-conceptualismo e realismo jurídico, propagados por nomes como WENDELL HOLMES, JAMES DEWEY ou ROSCOE POUND³⁶, apresenta credenciais e se insinua como hipótese de raciocínio constitucional de rejeição da jurisprudência mecânica em situações de colisão não resolvidas através de interpretação restritiva do âmbito de proteção ou superadas por aplicação de regras secundárias sobre colisões³⁷. Em caso de colisão entre interesses individuais ou coletivos, o *balancing* consiste na operação metódica de avaliação e comparação do peso concreto de cada um deles, de modo a determinar qual o mais pesado, e por isso prevalecente, ou a harmonizá-los. Os *balancers* assumem que à ordem jurídica e aos seus agentes, designadamente o legislador e os juizes, se pede que identifiquem os interesses legítimos em presença e os procurem reconciliar na medida do possível, através da atribuição de preferências com o menor sacrifício possível ou

³⁶ Aleinikoff, "Constitutional Law...", pp. 956 ss.

³⁷ Os trabalhos sobre *balancing* no contexto constitucional americano são inabarcáveis. V., por exemplo, Frantz, "The First Amendment in the Balance"; Nimmer, "The Right to Speak from Times to Time..."; Bice, "Rationality Analysis in Constitutional Law..."; Tribe, *Constitutional Law*, pp. 581, 684, 723, 748, 846 e vários outros locais; Ely, "Flag Desecration: A case study in the roles of categorization and balancing..."; Henkin, "Infallibility under Law..."; Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing"; Coffin, "Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice"; McFadden, "The Balancing Test..."; Sullivan, "Post Liberal Judging. The Roles of Categorization and Balancing"; Faigman, "Madisonian Balancing..."; Gerhardt/ Rowe, Jr., *Constitutional Theory. Arguments and Perspectives*, pp. 354 ss.; Esin Örucü, "The Core of Rights...", p. 44; Cohen-Ely / Porat, "The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach..."; Sweet, "All Things in Proportion?...", pp. 4 ss.; Fallon, *The Nature...*; Paulo Branco, *Juízo de ponderação...*; Bomhoff, *Balancing...* Entre nós, Novais, *As restrições...*, pp. 644 ss.

de harmonização, de acordo com o peso. Filiada nessa perspectiva, é a ideia de que os direitos fundamentais refletem uma opção de tutela constitucional de certos interesses individuais, não obstante isso a que tenham circunstancialmente de competir com outros interesses, designadamente do Estado (que, aliás, em certa medida também resultam da abstratização de interesses dos membros da comunidade, pelo que não há razão para se considerarem menores que os interesses estritamente individuais). O Direito Constitucional torna-se campo de batalha de interesses colidentes (ALEINIKOFF).

Numa dicotomia que nem todos acham sustentável, fala-se de *ad hoc balancing* e de *definitional balancing*. O *ad hoc balancing* coincide com o que a comunidade académica geralmente entende que o Supremo Tribunal realiza quando contrapesa casuisticamente interesses. Procura-se exclusivamente uma solução para o caso, sem visar a *universalização* através da projeção em casos idênticos futuros. O *definitional balancing*, é realizado pelo legislador na superação de colisões, mas também pelo juiz constitucional, mormente nos casos em que funciona o sistema do precedente. Nesta modalidade, embora a operação de *balancing* parta dos dados do caso concreto, abstrai-se dele, procurando estruturar, a partir dos interesses contrapostos, *categorias e conceitos abstratos* que permitam criar critérios gerais de decisão aplicáveis em termos lógico-dedutivos em casos futuros.

A chamada *age of balancing*, na atraente imagem de ALEINIKOFF, toma forma entre as décadas de 1940 e 1950 (embora seja possível encontrar aplicações anteriores da técnica). É nessa altura que o *balancing* ganha “má fama” entre os *high-protectionists* e textualistas liberais³⁸, já que funcionou algumas vezes como o artefacto técnico que permitiu limitações relevantes a liberdades fundamentais, como a de expressão, de alegados grupos subversivos. O duelo entre *balancers* e *anti-balancers*, a certa altura personificado pelos juízes Frankfurter e Black, não deixou isso passar despercebido. A seu tempo, os próprios liberais concluiriam que a técnica do *balancing* tanto pode conduzir a soluções restritivas da liberdade, como ao contrário, pelo que a contestação baseada em posicionamentos ideológicos constitui um fundamento frágil. Todavia, permaneciam outras objeções decorrentes dos problemas analíticos e operacionais

³⁸ Expoentes desta corrente, os juízes Douglas e Black [v. Hugo Black, “The Bill of Rights”, in *New York Law Journal*, vol. 35 (1960), pp. 865-881]. Os *high-protectionists* rejeitavam o *balancing* e refugiavam-se numa leitura essencialmente *absolutista* dos direitos da Primeira Emenda, afastando como fundamento da sua restrição mesmo interesses do Estado de grande relevo (v. Lucas A. Powe Jr, “Evolution to Absolutism...”).

que o *balancing* suscita: instabilidade quando aos domínios em que é aplicável (por vezes parece que o critério é que é aplicável quando é circunstancialmente útil); ausência de critério firme para delimitar quais os interesses relevantes a balancear e para o objetivo contrapeso de interesses; invasão do terreno do legislador pelo tribunal, que, em última análise, desenvolve uma função material equivalente à daquele, a ponderação de custos e benefícios.

No influente texto de 1987³⁹, ALEINIKOFF inquieta-se com o advento de um *sliding scale balancing* e por o *balancing* dominar as principais áreas do Direito Constitucional como técnica de interpretação (o que não parece analiticamente rigoroso⁴⁰) e desfere-lhe um vigoroso ataque, insistindo na possibilidade de técnicas e instrumentos alternativos, não fragilizadores dos direitos. Não é possível aferir com segurança se a *age of balancing* já tinha chegado ao Direito Constitucional americano, se estava a chegar ou iria chegar. Porventura, corre menor risco de erro a sugestão de que a certa altura se atingiu uma posição de equilíbrio ou de compromisso, entre os *balancers* e os *high protectionists*, absolutistas, textualistas. Forçados a admitir que por vezes se impõe a necessidade de interferência a partir do exterior do direito, que se traduza numa interferência legislativa no âmbito de aplicação *prima facie* (apurado através de prévia operação hermenêutica que já tenha excluído desse âmbito de aplicação os eventuais limites internos), os segundos enveredaram por uma opção neo-formalista, materializada através dos *tiers of scrutiny*. Todavia, como muitos compromissos, também este é criticado a partir de dois pontos de vista extremados: pelos *interpretativistas originalistas* mais irreduzíveis, que denunciam uma adulteração do pensamento constituinte e uma traição aos direitos sem qualquer base constitucional; pelos *balancers* e *proporcionalistas*, como um quadro mal equipado para enfrentar os principais conflitos que povoam as súmulas dos tribunais americanos⁴¹.

3.1.3. *Tiers of scrutiny*

Na ausência de consagração constitucional, a prática jurisprudencial do *Supreme Court* gerou ao longo de décadas um número incerto de testes e *standards de judicial*

³⁹ Aleinikoff, "Constitutional Law...", p. 965.

⁴⁰ Cfr. Aleinikoff, "Constitutional Law...", p. 944. Na verdade, o *balancing* é, sobretudo, uma técnica de deliberação prática em situação de colisões ou de alternativas de decisão e não uma técnica geral de *interpretação constitucional*.

⁴¹ Jamal Greene, "Rights...", p. 32.

review, casuísticos, intermitentes, crescentemente complexos, sensíveis à conjuntura institucional e social e até à composição do Tribunal, com estruturas e metódicas aplicativas diferenciadas e plásticas, mais ou menos atentos às exigências da separação de poderes entre juiz e legislador. A reduzida atração norte-americana pelo pensamento sistemático e a concomitante inclinação para o casuismo jurídico não facilita a identificação de todos aqueles testes e técnicas, nas suas múltiplas variantes e *nuances* e tão pouco permite traçar fronteiras com nitidez: *rational basis standard of review*, *rationality requirement*, “*mere rationality*” test, *minimum rationality*, *rationality test*⁴², *rational basis with a bite*⁴³, *minimal scrutiny with bite*⁴⁴, “*comprehensive rationality*”⁴⁵, *strict scrutiny*⁴⁶, *intermediate scrutiny standard*⁴⁷, *undue burden standard*⁴⁸, *reasonableness*⁴⁹, *reasonableness in classifications*⁵⁰, “*reasoned analysis*” requirement⁵¹, *less restrictive or discriminatory alternatives*⁵², *(the) least restrictive means*⁵³, *less drastic means*⁵⁴, *alternative means test*⁵⁵, “*necessary means*”

42 Sobre os testes de racionalidade, v. Note, “Legislative purpose...”, pp. 123 ss.; Gerald Gunther, “Foreword: In Search ...”; Hans Linde, “Due Process of Lawmaking”; Robert W. Bennett, ““Mere Rationality...””; Bice, “Rationality Analysis...”, pp. 2 ss.; Tribe, *Constitutional Law*, pp. 994 ss.; *idem*, *Constitutional Choices*, p. 180; Cass R. Sunstein, “The Enduring Legacy...”, p. 190; Robert C. Farrell, “Legislative purpose ...”; *idem*, “Successful Rational Basis Claims ...”; *idem*, “The Two Versions of Rational-basis...”; Kenneth Karst, “Rational Basis”; Sweet, “All Things in Proportion?...”, pp. 4 ss.;

43 Fallon, *The Nature...*, p. 38.

44 Siegel, “Origin of the Compelling State Interest...”; Fallon, *The Nature...*, pp. 22 ss.

45 Sunstein, “The Enduring Legacy...”, p. 195.

46 Entre a extensa literatura: Tribe, *Constitutional Law*, pp. 1000 ss.; Bice, “Rationality Analysis...”, p. 3; Örucü, “The Core of Rights ...”; Ayres, “Narrow Tailoring”; Eugene Volokh, “Freedom of Speech, Permissive Tailoring ...”; Rubin, “Reconnecting doctrine and purpose: a comprehensive approach to strict scrutiny...”; Greg Robinson / Toni Robinson, “Korematsu and Beyond...”, pp. 29 ss.; White, “Historicizing Judicial Scrutiny”; Winkler, “Fatal in Theory and Strict in Fact...?; Siegel, “The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny...”; Fallon, “Strict Judicial Scrutiny”, pp. 1268-1269; *idem*, *The Nature...*; R. Randall Kelso, “Standards of Review under the Equal Protection ...”; Ian Ayres / Sydney Foster, “Don’t Tell, Don’t Ask...”; Randy Barnett, “Scrutiny Land”; Sweet, “All Things in Proportion?...”, pp. 4 ss.; Barak, *Proportionality...*, pp. 510 ss.

47 Bhagwat, “The Test that Ate Everything: Intermediate Scrutiny...”; Sweet, “All Things in Proportion?...”, pp. 4 ss.

48 Sweet, “All Things in Proportion?...”, pp. 21 ss.

49 Fallon, “Strict Judicial Scrutiny”, p. 1287.

50 Tribe, *Constitutional Law*, p. 994 e outros locais.

51 Sunstein, “The Enduring Legacy...”, pp. 192-193.

52 Tribe, *Constitutional Law*, pp. 687, 722, 847 e vários outros locais

53 Tribe, *Constitutional Choices*, p. 217; Struve, “The Less-Restrictive-Alternative...”; Sweet, “All Things in Proportion?...”, pp. 21 ss.; Bastress, “El principio de “la alternativa menos restrictiva” ...”.

54 Francis Wormuth / Harris Mirkin, “The Doctrine of the Reasonable Alternative”; Struve, “The Less-Restrictive-Alternative ...”; Nota, “Less Drastic Means and the First Amendment”, pp. 462 ss.

55 Örucü, “The Core of Rights...”, p. 44.

*test*⁵⁶, *narrow tailoring*⁵⁷. A elencagem poderia continuar, até porque um mesmo teste pode assumir inúmeras variantes terminológicas^{58/59}.

Da conjugação, aperfeiçoamento e refinamento de alguns deles emergiria a peça fundamental daquele compromisso⁶⁰: a delimitação, nítida da década de 1960 em diante, de três níveis de escrutínio (*tiers of scrutiny*) ou *scrutiny tests*: (i) *rational basis test* (ou *minimal scrutiny*); (ii) *intermediate scrutiny*; (iii) *strict scrutiny*. Trata-se, porém, de um quadro doutrinal incompletamente teorizado (FALLON) e ameaçado pela precariedade e instabilidade⁶¹.

O âmbito de aplicação de cada um dos testes obedece à estratégia, intrínseca ao pensamento constitucional americano, de construção de categorias (por vezes muitas e em plástica filigrana⁶²) aplicáveis de modo lógico-dedutivo. Por exemplo: categorias de direitos constitucionais (ou com base constitucional); categorias de condutas cobertas e não cobertas por aqueles direitos; dentro das cobertas, categorias de condutas mais e menos relevantes ou importantes; categorias do tipo e da gravidade das interferências do governo; categorias dos interesses governamentais prosseguidos. As categorias, podem ser subdivididas em subcategorias. Apesar do esforço categorial, o resultado é a criação de uma malha conceptual pejada de fronteiras fluídas, indeterminadas e instáveis que aqui não poderemos esmiuçar, ficando, apenas, pelos traços grossos.

⁵⁶ Tribe, *Constitutional Choices*, p. 181; Sweet, "All Things in Proportion?...", pp. 24 ss.

⁵⁷ Ayres, "Narrow Tailoring..."; Ayres / Foster, "Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring ..."; Volokh, "Freedom of Speech, Permissive Tailoring..."; Fallon, "Strict Judicial Scrutiny", pp. 1326 ss.; idem, *The Nature...*; Arroyo, "Tailoring the Narrow Tailoring Requirement"; Sweet, "All Things in Proportion?...", pp. 34 ss.; Siegel, "The Origin of the Compelling State Interest...", p. 10.

⁵⁸ Em certas decisões do Supremo Tribunal americano pode mesmo encontrar-se referência a um "*proportionality principle*", reportado à relação entre o crime cometido e a severidade da pena. Cfr. *Solem v. Helm* (1983) e (contrariando o precedente) *Harmelin v. Michigan* (1991). V. Gerhardt/ Rowe, Jr., *Constitutional Theory. Arguments and Perspectives...*, p. 183; Sullivan / Frase, *Proportionality Principles...*, pp. 5 e 178.

⁵⁹ Um dos aspetos que dificulta a compreensão dos *standards* americanos é a circunstância de a sua própria designação oscilar de autor para autor, de decisão jurisprudencial para decisão jurisprudencial.

⁶⁰ Que Klatt / Meister, *The Constitutional Structure...*, p. 22-3, designam por *medium trump model*.

⁶¹ Tratando-se de fórmulas recentes e desenvolvidas judicialmente, persiste a possibilidade de serem abandonadas a qualquer momento pelo Supremo Tribunal: sublinhando este aspeto, Fallon, "Strict Judicial Scrutiny", p. 1285; Lasser, "'Lit. Theory' Put to the Test...", p. 723, assinala que o Tribunal pode mudar a linguagem dos próprios testes, ao contrário do que se passa com a linguagem da constituição ou da lei; Bomhoff, *Balancing...*, p. 220, sublinha a "descartabilidade" dos testes, em contraste com a proporcionalidade.

⁶² V. o exemplo de categorias no contexto da liberdade de expressão em Jamal Geene, "Rights...", p. 40, falando de "conjunto de caixas sempre em expansão".

O *rational basis test* aplica-se quando estejam em causa interferências em liberdades comuns (*ordinary “liberties”*, FALLON), como ocorre com a fixação de limites de velocidade, a penalização do tráfico de droga ou de um salário mínimo⁶³. É um teste altamente deferencial para com as decisões do legislador. Implica verificar se o ato legislativo é um meio razoável para atingir o objetivo da promoção de um interesse governamental legítimo. Pretende-se garantir que a intervenção *tem uma base racional, não arbitrária*. É válida a norma que constitua maneira racional de prosseguir um fim governamental legítimo⁶⁴. A vontade do legislador só decai se a lei não cumprir requisitos básicos de racionalidade⁶⁵.

FALLON nota que nos últimos anos se assiste a uma diluição das linhas de fronteira entre o *rational basis* e o *strict scrutiny*⁶⁶, levando alguns observadores a alvitrar que a clareza do modelo está a declinar.

Desenvolvido depois da conclusão do processo de conceção jurisprudencial do *rational basis* e do *strict scrutiny*, o *intermediate scrutiny* tende a ser assumido como categoria supletiva ou residual, aplicável quando o órgão de controlo entende que os outros testes – particularmente o *strict scrutiny* – não se aplicam ao caso, como em situações de discriminação baseada no género ou a crianças nascidas fora do casamento, de interferências na liberdade de expressão não baseadas no conteúdo ou mesmo no direito ao aborto⁶⁷. O *intermediate scrutiny* na sua versão mais comum é um teste similar ao *strict scrutiny*, mas menos exigente do ponto de vista das finalidades prosseguidas pela interferência e da carga de prova. A interferência será válida se estiver substancialmente relacionada com um fim governamental *importante*. Central ao *intermediate scrutiny* é, conseqüentemente, que o governo demonstre que os interesses que justificam a interferência no direito são *importantes* (ou *suficientemente importantes, substanciais* ou *significativos*)⁶⁸. Não basta serem

⁶³ Fallon, *The Nature...*, p. 29.

⁶⁴ Winkler, “Fatal in Theory and Strict in Fact...”, p. 799; Fallon, “Strict Judicial Scrutiny”, p. 1274.

⁶⁵ V., por exemplo, Chemerinsky, *Constitutional Law...*, p. 552; Bhagwat, “The Test that Ate Everything: Intermediate Scrutiny ...”, p. 786. Para alguns autores, esta é uma consequência de se entender, no contexto constitucional americano, que em alguns domínios o princípio democrático ou maioritário pesa (ligeiramente) mais do que o princípio da proteção dos direitos individuais: assim, Faigman, “Madisonian Balancing...”, p. 684.

⁶⁶ Fallon, *The Nature...*, p. 38.

⁶⁷ Cfr. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992).

⁶⁸ Sullivan, “Post Liberal Judging...”, p. 298; Chemerinsky, *Constitutional Law...*, p. 553.

legítimos, nem têm de atingir o patamar de superlatividade que caracteriza os *compelling interests*.

A aplicação do *strict scrutiny* (que pode surgir com outras denominações, como *compelling state interest analysis* ou *heightened scrutiny*) é desencadeada quando se esteja em presença de interferências em direitos integrantes da seleta categoria dos direitos mais importantes, fundamentais ou *preferred*, como as interferências no direito à não discriminação com base na raça ou noutra classificação suspeita, na liberdade de expressão com base no conteúdo, interferências intensas na liberdade de associação ou em condutas religiosas⁶⁹. As normas legislativas interferentes são declaradas inconstitucionais se o seu autor não conseguir demonstrar que são necessárias e recortadas com precisão – “*narrowly tailored*” -, para servirem um “*compelling state interest*” (interesse imperativo do Estado, que pode não resultar diretamente da Constituição).

O *strict scrutiny* funciona, desde logo, como crivo que previne que os direitos fundamentais sejam limitados por atos que visem prosseguir fins proibidos, camuflados ou não pelo legislador, como, por exemplo, o fim da exclusão de atos expressivos cujo conteúdo, sentido ideológico ou contestatário aquele não aprecia (regulações *content-specific* ou *content based*, que focam o conteúdo comunicativo do ato expressivo), não estando em causa, portanto, um *compelling state interest* mais ou menos categorialmente identificado⁷⁰. A prévia identificação de *compelling state interest* que justifique a limitação é crucial⁷¹. Se o legislador conseguir superar a presunção de inconstitucionalidade e demonstrar a existência de *compelling state interest*, bem como que o ato legislativo é *narrowly tailored* – adequado, necessário, o menos drástico possível - para o atingir, a medida legislativa supera o teste de validade. Ocasionalmente, o Tribunal avalia se uma medida é *underinclusive* (ou seja, se deixa de fora atividades que representam uma ameaça semelhante à que o Estado pretende debelar⁷²), em fórmula que, na arrumação da proporcionalidade em sentido

⁶⁹ V. esta síntese em Fallon, *The Nature...*, pp. 2-3.

⁷⁰ Fallon parece entender que esta função de inviabilização de legislação com motivos ou intenções não permitidas cabe a um *standard* analítica e metodicamente distinto do *strict scrutiny*. Não se discute aqui a questão analítico-conceitual.

⁷¹ Fallon, *The Nature...*, pp. 55 ss.: os juízes conservadores mostram maior inclinação a reconhecer *compelling interests* não expressamente ancorados na Constituição do que direitos. Os liberais têm inclinação contrária.

⁷² Fallon, *The Nature...*, pp. 60 ss.

moderno, poderia recair na *proibição do déficit*. Do mesmo modo, há ocasionais referências à proibição de *overinclusiveness*, mas não é claro se se trata de um *standard* distinto do *least restrictive* ou *drastic mean*, que integra o requisito de *narrow tailoring*⁷³

É certo que o *strict scrutiny* na prática é quase sempre fatal (*strict in theory fatal in practice*). Tendencialmente, ao *strict scrutiny* só sobrevivem medidas legislativas que visam evitar o que FALLON designa de efeitos catastróficos⁷⁴.

A metódica aplicativa destes *standards* não pede nem consente ao Tribunal operações de *balancing* ou de ponderação e contrapeso de interesses contrapostos. Todavia, as fronteiras podem ser ténues, podendo ser difícil apartar drasticamente alguns *scrutiny tests* do *balancing*. Admite-se, pois, que alguns vejam no próprio *strict scrutiny* um esquema de *balancing* em que os direitos têm um peso extremamente elevado, pelo que os interesses governamentais também têm de o ter para poder justificar a interferência⁷⁵. Nessa linha, FALLON admite que os elementos do *strict scrutiny* parecem por vezes assumir carácter simbiótico⁷⁶, uma vez que os juízes do *Supreme Court* partem da avaliação da importância do direito para a decisão sobre se o *compelling state interest* deve ser aceite como fundamento para a limitação. Quanto menor importância atribuem ao direito, maior inclinação existirá para aceitar a validade do *compelling state interest* e vice versa. Uma leitura possível é que são - talvez inconscientemente - realizadas duas operações metódicas: de atribuição de importância (ou peso) ao direito e ao interesse colidente, após o que se segue a conclusão da precedência de um ou de outro consoante o que tiver maior importância. Mesmo que não se queira ir tão longe quanto a afirmação da *validade absoluta do princípio da proporcionalidade*⁷⁷ ou que a proporcionalidade é uma norma que

⁷³ Discutindo o assunto, Fallon, *The Nature...*, p. 62.

⁷⁴ Fallon, *The Nature...*, p. 54 e vários outros locais.

⁷⁵ Fallon, *The Nature...*, p. 40, assinalando que em algumas ocasiões, o influente Juiz Antonin Scalia se referiu ao *strict scrutiny* como um *balancing test*. A aplicação do *strict scrutiny* pode ser ocasionalmente revestida de uma linguagem que aparenta envolver ponderação, como Aleinikoff aponta a *F.C.C. v. League of Woman Voters: v. "Constitutional Law..."*, p. 968. Note-se, todavia, que a noção de *balancing* que o autor emprega parece por vezes demasiado lata, como, aliás, ocorre frequentemente com autores críticos.

⁷⁶ Fallon, *The Nature...*, pp. 56-7.

⁷⁷ Robert Alexy, "The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, 1 (2017), p. 42.

chegará mais tarde ou mais cedo a todo o universo⁷⁸, é possível que os juízes do *Supreme Court* embarquem inadvertidamente em operações ponderativas não assumidas.

Acresce que pode alegar-se que o *strict scrutiny* não é *um só*, mas *múltiplos* testes alternativos, cujas estrutura e natureza respondem a propósitos díspares. Desde há algum tempo FALLON distingue duas versões ou modalidades: (i) *proibição quase categorial* e (ii) *balancing calibrado (weighted balancing)*⁷⁹. A primeira, correspondente ao que se expôs nos parágrafos anteriores, consiste na proibição quase absoluta de limitações de direitos fundamentais altamente protegidos, não importando qual o interesse invocado pelo legislador como fundamento da interferência, com a rara exceção de males sérios, iminentes e quase catastróficos (na verdade, os *compelling interest* numa aceção extremamente exigente). Quanto ao segundo, em 2019 FALLON não foi muito além de 2007 quanto à clareza ou quanto ao número e relevância dos exemplos apresentados⁸⁰. Trata-se, porém, de uma hipótese equivalente àquilo que se pode designar de *necessidade ponderada* ou *necessidade ponderação*. Não deve ser confundida com o teste da proporcionalidade, em qualquer das suas ramificações, tal como o próprio FALLON alerta. É apenas uma modalidade teoricamente concebível do *strict scrutiny* aparentemente análoga a uma hipótese de (indesejável) aplicação do segmento da necessidade do princípio da proporcionalidade⁸¹.

Porém, esta segunda modalidade do *strict scrutiny* não parece ser inquestionável. Resta, por conseguinte, a modalidade que podendo ser quase sempre fatal - *strict in theory fatal in fact* -, na verdade não é totalmente "*fatal in fact*". Excecionalmente, o *Supreme Court* reconhece um ou outro *compelling state interest* com as características categoriais que lhe estão imputadas e conclui que a medida legislativa é ajustada (*narrowly tailored*). A superação por esta do teste não depende de uma operação de contrapeso dos efeitos negativos no exercício de direitos fundamentais, com os efeitos positivos na promoção do *compelling interest*. A simples circunstância de com a

⁷⁸ Bernhard Schlink, "Proportionality in Constitutional Law...", p. 302.

⁷⁹ Fallon, *The Nature...* (2019), pp. 40 ss. Cfr., nem sempre igual, "Strict Judicial Scrutiny" (2007), pp. 1302 ss..

⁸⁰ Fallon, *The Nature...*, pp. 63 ss.

⁸¹ V. o debate sobre essa modalidade do segmento da necessidade em Vitalino Canas, *O Princípio...*, p. 668 ss.

medida legislativa se visar o evitamento dos referidos efeitos catastróficos categorialmente apurados é bastante, tornando desnecessária uma operação de comparação ou contrapeso com os efeitos adversos no direito.

4. As similitudes e diferenças entre os testes americanos e a proporcionalidade clássica

É com este pano de fundo que se vislumbram similitudes entre os testes americanos e o princípio da proporcionalidade clássica, mas também um mundo de diferenças. Estas ainda mais marcadas se tornam se o termo de comparação for não apenas com a proporcionalidade clássica mas também com as demais faces da proporcionalidade moderna.

Há certamente lugares comuns nas origens históricas. Quer a proporcionalidade, quer os testes americanos que expressam uma ideia de relação racional entre meios e fins, de moderação, ou de necessidade, foram gerados pela dinâmica própria do controlo judicial (o que, aliás, motiva a censura dos originalistas). Por outro lado, o princípio da proporcionalidade e os *scrutiny tests* mais exigentes (designadamente o *strict scrutiny* e o *intermediate scrutiny*) sucederam-se a testes mais reverenciais em relação ao legislador⁸².

Todavia, o princípio da proporcionalidade funciona simultaneamente como critério de conformação da lei e como parâmetro da *judicial review*, enquanto os testes americanos são encarados como *standards* de ordenação das competências e do processo judiciais; na Europa, a proporcionalidade foi importada para o direito constitucional de outros ramos do direito (designadamente administrativo e penal) no pressuposto de que as interferências em direitos fundamentais estão sujeitas a limites (*limites aos limites*), enquanto alguns *standards* americanos mais recentes (como o *rational basis*) começaram por ser uma expressão da deferência judicial para com o legislador e um instrumento de legitimação da interferência daquele em alguns direitos; todavia, em contrapartida, o princípio da proporcionalidade assume que todos ou a maioria dos direitos fundamentais são relativizáveis, isto é, suscetíveis de interferências impostas pela prossecução de outros direitos ou de outros interesses constitucionalmente protegidos, enquanto os testes americanos mais adstringentes

⁸² Sweet, “All Things in Proportion?...”, p. 17.

(*strict scrutiny*) partem do princípio contrário no tocante aos direitos constitucionais mais importantes.

No Direito Constitucional americano assume-se que os direitos não são todos iguais⁸³ e sobre isso construiu-se uma gama diferenciada de testes. A cada *categoria de direitos* objeto de interferência corresponde um teste com estrutura e letalidade diferentes. A jurisprudência europeia pode também admitir que alguns direitos têm uma importância ou peso abstrato diferentes de outros (sendo isso, todavia, controverso). Mas, quando o admita, isso não implica que aplique testes diferenciados consoante esse peso ou importância. Independentemente do peso ou da importância dos direitos objeto de interferência legislativa, o teste é sempre o mesmo. A corrente jurisprudencial e doutrinal que vai admitindo que a proporcionalidade moderna se desdobra em vários instrumentos de mediação de harmonização e ponderação não define a aplicabilidade de cada um deles em função do peso ou importância do direito, mas sim do perfil da colisão em causa. Daí decorrem discrepâncias no plano da *metódica de aplicação* jurisdicional.

O primeiro passo da metódica de aplicação jurisdicional dos testes americanos consiste na determinação de qual o direito eventualmente atingido, de que forma está garantido e qual a dimensão (mais ou menos periférica) em jogo. Dessa determinação depende a aplicação de um ou outro teste, com as suas estruturas diferenciadas, não sendo necessário, nessa fase, ter já claramente definido qual o fim prosseguido pela norma legislativa.

Em contrapartida, todos os instrumentos de mediação que a proporcionalidade moderna recobre requerem que o julgador averigue preliminarmente *qual o perfil da colisão normativa* que suscitou a intervenção do legislador, por forma a determinar o instrumento de ponderação e harmonização concretamente aplicável ao caso. Isso pressupõe a identificação e qualificação dos bens, interesses ou valores que são objeto de interferência e a determinação dos bens, interesses ou valores colidentes que a norma legislativa pretende promover. Só depois de concluída essa etapa metódica, pode o juiz constitucional determinar qual o instrumento de mediação de ponderação e harmonização aplicável no escrutínio da validade da medida legislativa – proporcionalidade clássica ou outro.

⁸³ Alegadamente com origem em *Palko v. Connecticut* (1937), relatado por Benjamin Cardozo, mas com antecedentes em doutrina de Oliver Wendell Holmes.

Mas há analogias *estruturais* entre alguns dos testes americanos, ou seus elementos, e o princípio da proporcionalidade clássica, ou respectivos segmentos. O *rational basis test* em qualquer das suas versões, mas particularmente na reforçada (*with a bite*), cumpre uma função semelhante ao segmento da adequação do princípio da proporcionalidade, na medida em que visam ambos aferir se a restrição prossegue de modo racional um fim legítimo⁸⁴. Para prosseguir de modo racional um fim legítimo, a interferência tem, naturalmente, de ser instrumental em relação a esse fim, tem de ter uma *relação causal* com ele *racionalmente* inteligível.

Quanto ao *intermediate scrutiny* - o teste mais deficitário do ponto de vista da estabilidade estrutural, o que dificulta a comparação - a aproximação ao figurino típico da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso pode acentuar-se se o segmento do *less restrictive mean* o integrar, o que alguma doutrina advoga, mas o Supremo Tribunal parece recusar. A incorporação de operações de *balancing*, que, do mesmo modo, alguns aceitam e outros rejeitam, acentuaria essa aproximação⁸⁵. Eventualmente, há já expressões singulares de *intermediate scrutiny* que se subsumem a este estágio de máxima assimilação: o teste do *undue burden*, aplicável em casos de comércio interestatal⁸⁶, mas também, desde 1992, na avaliação de restrições ao direito de aborto (em substituição do *strict scrutiny*), incorpora eventualmente parâmetros que na Europa poderiam ser considerados assimiláveis à proporcionalidade clássica ou a algum dos outros instrumentos que se abrigam sob o conceito de proporcionalidade moderna⁸⁷.

⁸⁴ Sullivan / Frase, *Proportionality Principles...*, p. 62. A proximidade acentua-se para aqueles autores que, enunciando os próprios segmentos da proporcionalidade, não falam de adequação mas sim de conexão racional entre meio e fim: v., por exemplo, Barak, *Proportionality: Constitutional Rights...*, pp. 131 ss. Essa formulação pode ser também encontrada pelo menos no *case law* canadiano (desde logo na pioneira *Oakes*, de 1986) e irlandês.

⁸⁵ Há quem, no ambiente doutrinal norte-americano, descreva genericamente a proporcionalidade como uma forma de *intermediate scrutiny*: assim, Greene, "The Rule of Law...", p. 1289 (excluindo, porém, a fórmula específica de *intermediate scrutiny* usada nos casos de discriminação em razão do género); Sullivan / Frase, *Proportionality Principles...* ("traduzindo" *United States v. O'Brien*, de 1968 e *Pike v. Bruce Church, Inc.*, de 1970, casos de *intermediate scrutiny*, de acordo com os padrões da proporcionalidade).

⁸⁶ V., por exemplo, Aleinikoff, "Constitutional Law...", p. 966.

⁸⁷ Cfr. Sullivan / Frase, *Proportionality Principles...*, p. 56. Em *Casey* (1992), o teste do *undue burden* foi instrumental em relação ao desiderato de evitar que um dos interesses em presença prevalecesse sobre o outro, visando-se uma solução que os acomodasse, espírito que se coaduna com a proibição do defeito ou a proporcionalidade equitativa.

O estabelecimento de lugares comuns entre o *strict scrutiny* e a proporcionalidade clássica ou proibição do excesso é um exercício sedutor, mas escorregadio. A versão da *proibição quase categorial* - aquela que parece poder qualificar-se como comum - é estruturalmente semelhante à conjugação dos segmentos da adequação e da necessidade da proporcionalidade clássica: a decomposição dos segmentos do *narrowly tailored mean*, tal como entendidos no contexto do *strict scrutiny*, revelam semelhanças com aqueles⁸⁸, embora não integrais. O *strict scrutiny* assemelha-se estruturalmente a uma proporcionalidade clássica ou proibição do excesso *sem proporcionalidade e.s.e.* (ou sem *balancing*⁸⁹), de alguma forma coincidindo com o formato que SCHLINCK e outros sustentam que deveria ser aplicada no escrutínio judicial de normas legislativas.

5. Proporcionalidade na América?

A proporcionalidade (ao menos a clássica) expande-se pelo Mundo, mas os EUA mantêm-se à parte e optam por testes que não são a mesma coisa. Não obstante a inclinação de alguns (não completamente infundada, como se viu no capítulo anterior) para qualificar o *strict scrutiny*, ou algum outro teste, *em alguma aplicação localizada*, como sucedâneo americano da proporcionalidade clássica ou de algum dos seus segmentos⁹⁰, a realidade é que a *age of proportionality* não chegou à América.

Por isso, as derradeiras questões a tratar são as seguintes: é plausível que um dia chegue ou é (continua a ser) improvável⁹¹? Quais as evoluções de carácter institucional, doutrinal ou analítico necessárias para que isso ocorresse? Haveria vantagens?

⁸⁸ Cohen-Ely / Porat, "The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...", p. 18; Sullivan / Frase, *Proportionality Principles...*, p. 54.

⁸⁹ Šušnjar, *Proportionality...*, p. 160.

⁹⁰ Assim, Beatty, *The Ultimate Rule...*, pp. 162, 182; Richard S. Frase, "Excessive Prison Sentences...", o *narrow tailoring* é uma forma de proporcionalidade; Jackson, "Being Proportional...", p. 807, incidentalmente e sem explicação suplementar, alude aos diferentes *means-end tests* como equivalentes a vários graus de proporcionalidade; Sweet, "All Things in Proportion?...", pp. 39-40. Em contraste, v. o distanciamento de Barak, *Proportionality: Constitutional Rights...*, p. 513; também Šušnjar, *Proportionality...*, pp. 159 ss.

⁹¹ Na década de 1970, Bermann notou, logo a abrir o seu artigo "The Principle of Proportionality", p. 415, que a questão de saber se era aplicável um requisito geral de proporcionalidade na ação governamental era uma questão improvável para um jurista americano. Tratava-se de uma afirmação no domínio do Direito Administrativo. O panorama no Direito Constitucional, o único que estudamos, não seria muito diferente.

Do ponto de vista estritamente técnico, de “engenharia conceptual”, não se levantaria obstáculo significativo à sua incorporação no Direito Constitucional dos EUA tal como desejada ou favorecida por alguns⁹². Como se verificou, a técnica do *balancing* é conhecida e está implantada, pelo menos em certos domínios do raciocínio constitucional⁹³. A *rational basis* e o *strict scrutiny* decompõem-se em elementos estruturais análogos a segmentos parciais da proporcionalidade, pelo menos da proporcionalidade em sentido clássico. A adição à metódica do *strict scrutiny* de um momento ponderativo, de *balancing*, que contrapesasse os efeitos de prossecução do *compelling state interest* com os efeitos negativos lançados sobre o direito seria tecnicamente simples.

Por outro lado, embora a convocação da proporcionalidade clássica ande habitualmente associada a conceções ampliativas do âmbito de proteção do direito, por se entender que são essas que melhor protegem a liberdade, não há nenhuma impossibilidade teórica ou prática que possa ser oposta à sua aplicação também num quadro de âmbito de proteção limitada através da interpretação, com recurso à doutrina dos limites internos ou imanentes ou outra análoga, quando mesmo assim não se debela a situação abstrata ou concreta de colisão não solucionável com a aplicação de normas sobre colisões. Por isso, a incorporação da proporcionalidade clássica não forçaria a alterações significativas nesse campo.

⁹² Notoriamente, é o caso de Stephen Breyer, juiz do *Supreme Court* até 2022: v. *The Court and the World*

American Law and the New Global Realities, Random House, 2015 e as referências à proporcionalidade no seu voto de vencido em *District of Columbia v. Heller* (2008). Conhecendo-se a forma como determinados conceitos entraram e fizeram o seu caminho na *judicial review* ao longo da história, não é exagerada a opinião de Cohen-Elyá / Porat, “The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...”, p. 2, de que este voto esteve perto de introduzir a proporcionalidade em sentido amplo na jurisprudência constitucional americana. Cfr. também Sweet, “All Things in Proportion?...”, pp. 4, 12 ss., talvez o mais entusiástico da incorporação; Cohen-Elyá / Porat, *ob. cit.*; Sullivan / Frase, *Proportionality Principles...*, p. ix, p. 6, propondo a continuação da aplicação do *strict scrutiny*, mais restritivo, no âmbito de direitos que requerem uma proteção mais absoluta (*rulelike*) e de algumas proibições absolutas de restrições quando estiver em causa o princípio da dignidade da pessoa humana e a aplicação da proporcionalidade nas áreas governadas pelo *rational basis*, *intermediate scrutiny* e por outros *standards* não enquadrados na sistemática dos três níveis de escrutínio; Greene, “The Rule of Law as a Law of Standards”; idem, “Rights...”, pp. 65 ss; Yowell, “Proportionality in United States Constitutional Law”; Jackson, “Constitutional Law in an age of Proportionality”, p. 3098; Schlink (um dos mais escutados divulgadores do princípio da proporcionalidade no meio académico dos EUA), “Proportionality in Constitutional Law”.

⁹³ Há quem sugira, porém, que nos EUA vigora um *bounded sense of balancing*, enquanto na Europa vigora um *intrinsic balancing*: Cohen-Elyá / Porat, “The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*. The Proportionality Approach...”, pp. 28 ss.

Também não é obstáculo determinante a circunstância de o *Supreme Court* ser o vértice de um sistema judicial altamente descentralizado, onde todos os juízes têm a faculdade de decidir sobre a constitucionalidade das normas aplicáveis ao caso, como o mostra o exemplo português⁹⁴.

As questões determinantes são, por conseguinte, outras. A principal é a que se prende com a ausência de fatores que levaram a que os instrumentos de harmonização e ponderação que se abrigam sob o conceito abrangente de proporcionalidade em sentido moderno se tenham tornado incontornáveis no modelo europeu. Para que esses mesmos fatores se reunissem no ambiente constitucional americano, colocando pressão sobre o instrumentário disponível em situações de colisão de bens, interesses ou valores não resolúveis através da interpretação das normas colidentes ou da aplicação de normas sobre colisões, os pilares daquele teriam de ser radicalmente alterados. A inflação de direitos, eficácia dos direitos nas interações entre particulares, a dimensão objetiva, os direitos sociais, os deveres de proteção do Estado, todos ou parte substancial, teriam de ser interiorizados pelo discurso constitucional.

Pode, todavia, apontar-se que se a evolução fosse apenas no sentido de incorporar a proporcionalidade clássica e não todas as ramificações da proporcionalidade moderna, aqueles pilares não teriam de ser tão radicalmente perturbados⁹⁵. A proporcionalidade clássica ou proibição do excesso, é vocacionada para mediar e assistir à resolução do tipo de colisões que, no essencial, pontificam no ordenamento constitucional americano⁹⁶: as colisões entre interesses coletivos prosseguidos pelo

⁹⁴ Admitindo, porém, algumas dificuldades, Jamal Greene, “Rights...”, pp. 93 ss.

⁹⁵ Este é um ponto de divergência com autores que não distinguem as várias faces da proporcionalidade moderna: v., por exemplo, Kai Möller, “US Constitutional Law...”, pp. 140 ss. Outro ponto de divergência prende-se com uma manifesta inversão lógica causa-efeito incorrida por este autor (pp. 142 ss.), na medida em que sustenta que se os tribunais americanos adotassem o teste da proporcionalidade teriam coerentemente de aceitar obrigações positivas do legislador, eficácia dos direitos nas interações entre particulares e direitos sociais. Todavia, a questão seria, quanto muito, a inversa: a aceitação de obrigações positivas, da eficácia dos direitos nas interações entre particulares e de direitos sociais implicaria possivelmente a adoção de quadros de proporcionalidade moderna (proibição do defeito).

⁹⁶ Embora qui e ali desponham decisões que se reportam a outro tipo de colisões e que podem ser vistas como um afloramento sub-reptício de testes aparentados com alguns outros que se abrigam sob o manto da proporcionalidade em sentido moderno, como a proibição do defeito. Cfr. *National Institute of Family and Life Advocates, et al. v. Becerra, Attorney General Of California, et al.* (2018). Centros anti-aborto e pró-vida foram obrigados por lei do Estado da Califórnia a divulgar, através de informação disponível nas suas instalações, a existência de serviços de baixo custo de planeamento familiar fornecidos por instituições, incluindo os relacionados com métodos contraceptivos e aborto. Alguns daqueles centros impugnaram nos tribunais essa obrigação, invocando violação da liberdade de expressão (1.ª Emenda), uma vez que eram forçados a divulgar informação cujo conteúdo contrariava justamente o que procuravam evitar, mormente a prática do aborto. A lei californiana foi julgada

Estado e deveres negativos deste - deveres de abstenção de interferência nos direitos.

Talvez mais decisiva seja a circunstância de a “fama” da proporcionalidade a preceder e de ser vista como incompatível com os fundamentos americanos mais arraigados do Direito Constitucional e das concepções sobre direitos. Para muitos, a adesão aos trâmites da proporcionalidade constituiria a derrota da última réstia da doutrina dos direitos como trunfos⁹⁷. Todavia, em boa verdade, a concepção dos direitos como trunfos é desmentida pelo compromisso que a aceitação dos *tiers of scrutiny* representa, como, aliás, os originalistas mais puristas salientam. Mesmo o teste mais adstringente, *strict scrutiny*, incidente sobre os direitos mais importantes, conspira contra a tese dos direitos absolutos. Mesmo que ele seja por norma *fatal in fact* e que poucas medidas legislativas o consigam superar, quando conseguem isso tem o indisfarçável significado de que os direitos, mesmo os mais fundamentais, não são *in fact* absolutos ou insuscetíveis de interferências do Estado. Essa primeira barreira a uma estratégia de harmonização comandada por *standards* análogos à proporcionalidade clássica ou proibição do excesso já foi vencida pelo próprio desenvolvimento da doutrina constitucional americana.

6. O instrumento mediador proporcionalidade é mais protetor dos direitos do que os testes americanos?

Dado o contexto descrito, dificilmente o modelo americano de controlo judicial das interferências em direitos constitucionais poderia funcionar satisfatoriamente sobre o modelo europeu de direitos fundamentais⁹⁸; ao invés, não seria inviável que instrumentos do modelo europeu de controlo judicial das interferências em direitos

inconstitucional. Entre outros fundamentos, o *Supreme Court* argumentou que se “*California’s goal is to educate low-income women about the services it provides, then the licensed notice is “wildly underinclusive”*”. Além das clínicas que os centros tinham de divulgar, haveria outras que, embora não prestassem o mesmo tipo de serviços (como o aborto), “*also serve low-income women and could educate them about the State’s services*”. A linguagem da colisão de obrigações de ação positiva ou de conduta positiva e de deveres negativos do Estado não está evidente, mas as consequências não ficam longe de uma declaração de inconstitucionalidade por *insuficiência* das normas apreciadas. Acessível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1140_5368.pdf

⁹⁷ Fallon, *The Nature...*, p. 46.

⁹⁸ Embora não falem referências (porventura acidentais e descontextualizadas) ao *strict scrutiny* enquanto fórmula de escrutínio reforçado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: v. *Manoussakis and Others v. Greece* (1996), *apud* Gunn, “Deconstructing Proportionality...”, p. 479.

fundamentais – mormente a proporcionalidade clássica - fossem aplicados nos EUA. Sobre, portanto, averiguar se a aplicação da proporcionalidade clássica poderia trazer mais valias em relação aos mecanismos americanos.

À cabeça, isso transporta-nos para todo um mundo, quase ideológico, de argumentação sobre a possibilidade de uma ponderação formalizada, capaz de gerar resultados racionalmente sustentáveis. A esse debate acresce outro, ainda mais marcado por querelas persistentes, respeitante à possibilidade de controlo das ponderações legislativas pelo juiz.

Não podendo investir na análise de fundo dos argumentos inconclusivamente esgrimidos no âmbito de qualquer desses recorrentes debates, ficaremos por alguns argumentos de superfície da deliberação prática.

O primeiro tem natureza metodológico-conceptual. À primeira vista, pode entender-se que no modelo americano é provável que o direito enunciado na Constituição, e tal como enunciado *prima facie* na Constituição, seja o direito que se tem em *definitivo*. Existem melhores condições *para saber quando é que se tem um direito* e o que *significa ter um direito*, conhecer a categoria a que aquele pertence, quais as condutas importantes e menos importantes que cobre, sob que fundamento pode haver interferências do Estado (se alguma puder haver) e quais as premissas e parâmetros da *judicial review*, incluindo a extensão do poder jurisdicional do tribunal. No modelo europeu, a probabilidade de que o direito enunciado na Constituição e tal como enunciado *prima facie* na Constituição seja um direito que se tem em *definitivo*, é menor do que no americano. Fora do âmbito de proteção categorial, ter-se um direito depende em significativa medida *do que o legislador e o tribunal, depois de operações de harmonização e ponderação, entendem que é*, nas circunstâncias, *em definitivo*, um direito. Todavia, a vantagem americana pode ser ilusória. Primeiro, porque também no modelo europeu o legislador e o juiz constitucional estão vinculados à normatividade constitucional, sendo inaceitável o credo *realista* de que os direitos são o que os juízes dizem que são. Segundo, porque o intrincado conjunto de categorizações do modelo americano, com fronteiras fluídas, indeterminadas, instáveis, por vezes suspeitas de artificialismo e pouca transparência, pode, afinal, tornar impossível saber, antes de uma decisão judicial conduzida por um labirinto inextricável de categorias, *quando é que se tem um direito*. Consequentemente, talvez as incertezas geradas pelo modelo europeu não sejam mais sérias que as incertezas do modelo americano.

O segundo argumento, reporta-se ao minimalismo garantista do *rational basis*. Como se viu, trata-se de um teste altamente deferente em relação ao legislador, empregue em situações de interferências em direitos constitucionais de categoria que o Tribunal considera – nem sempre segundo critérios cristalinos - menos importante. A decisão sobre tais interferências é praticamente deixada ao processo político. Por isso, interferências no direito constitucional que visem a prossecução de um interesse governamental legítimo, e sejam adequadas, não são invalidadas pelo juiz constitucional mesmo que existam alternativas menos drásticas e que os efeitos positivos obtidos tenham menor valia do que os negativos. A aplicação da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso não o consentiria.

O terceiro argumento, versa o *intermediate scrutiny*. Embora quem faz um exercício analítico preciso sobre a diferença entre o modelo absoluto-categorial-interpretativista americano e o sistema de proporcionalidade sugira que esta é “*a kind of intermediate scrutiny for all*” (GREENE)⁹⁹, no atual panorama americano trata-se de um teste de meio termo, “alçapão”, com fronteiras ainda mais difusas que os demais, beneficiário líquido das distorções e oscilações da filigrana de categorias. A circunstância de a proporcionalidade clássica ser aplicável em todas as situações de interferências em direitos fundamentais, quaisquer que sejam e sempre com a mesma estrutura e metódica, obsta a “terras de ninguém” onde, na ausência de certeza sobre a aplicabilidade de um dos *standards* referenciais, se recorre a um terceiro sem identidade própria.

Os direitos *preferred* estão protegidos pelo crivo do *strict scrutiny* e é sobre ele que versa o quarto argumento. Não se pode afirmar que aquele, mera cedência absoluto-categorial em casos excepcionais, seja menos protetor dos direitos constitucionais com caráter fundamental ou *preferred* do que o teste da proporcionalidade clássica. À cabeça, o *strict scrutiny* ergue uma barreira que a proibição do excesso não ergue: as interferências sujeitas a *strict scrutiny* têm forçosamente de visar a prossecução de um interesse superlativo ou imperativo (*compelling*), enquanto a proporcionalidade clássica apenas exige, como pressuposto, que a interferência vise um fim constitucionalmente permitido (“legítimo”), qualquer que seja o seu grau de imperatividade ou importância. É certo que se os efeitos sobre o direito sacrificado ostentarem um peso superior ao dos efeitos favoráveis ao interesse prosseguido pela

⁹⁹ “Rights...”, p. 58.

norma legislativa, a aplicação da proporcionalidade clássica determina a invalidade dela. Mas ao abrigo do *strict scrutiny* a ameaça que recai sobre aquela norma afigura-se maior: no espírito do teste, a norma é invalidada se o seu autor não provar que o interesse por ela prosseguido se reconduz à exceção categorial de um interesse *compelling*, não se averiguando se tal interesse, mesmo não sendo *compelling*, ainda assim tem no caso um peso superior ao direito. Em contrapartida, a circunstância de ela obviar a consequências catastróficas para um *state interest*, é suficiente para fundar a sua validade, não se averiguando se *a interferência provoca consequências comparativamente mais catastróficas para o exercício dos direitos*.

O que será mais racional do ponto de vista da proteção dos direitos perante as interferências do Estado? Esse quadro, ou outro alternativo que obriga a fazer a ponderação sobre se a catástrofe (ou algo qualificável de modo menos dramático) que se evita é mais ponderosa do que a catástrofe (ou algo qualificável de modo menos dramático) que causa no plano dos direitos?

A velha tradição americana rejuvenescida pelo tónico dos *tiers of scrutiny* insistirá que o primeiro é recomendável. A quase tradição europeia inclina-se para o segundo. A favor da primeira joga a circunstância de o *tier of scrutiny* aplicável aos direitos mais fundamentais erguer uma muralha quase inexpugnável em torno destes e de prevalecer o mote *the winner takes it all*: os direitos são quase sempre os vencedores que ficam com tudo, impondo a cedência total de outros interesses. Nem sempre, porém. E nesse caso *the winner takes it all* pode ser um desenlace excessivamente penalizador para o direito, que o modelo europeu não consentiria. A favor da segunda, observa-se que as posições jurídicas subjetivas não qualificadas como fundamentais parecem claramente mais expostas ao legislador no contexto americano¹⁰⁰. Por outro lado, algumas posições jurídicas fundamentais - as que são cobertas pelo conteúdo essencial - são salvaguardadas em termos semelhantes aos do quadro americano dos *preferred rights*. Acresce que a circunstância de a proporcionalidade não ser um acelerador da derrota de normas, mas sim de harmonização, fomenta soluções de satisfação, na medida do possível, de todos os bens, interesses ou valores, o que, na

¹⁰⁰ No mesmo sentido, Barak, *Proportionality...*, p. 515: os níveis mínimo e intermédio de escrutínio do direito americano deixam mais desprotegidos os direitos a cujas limitações se aplicam do que o princípio da proporcionalidade.

medida em que os salve do destino da cedência absoluta, tanto pode favorecer direitos como outros bens, interesses ou valores com igual dignidade constitucional¹⁰¹. Em suma, a resposta talvez não possa ser linear: possivelmente, há situações em que a proporcionalidade é mais protetora, outras em que é menos, muitas em que os resultados obtidos são os mesmos¹⁰². O que não é possível, com qualquer deles ou com uma estratégia alternativa iredutivelmente interpretativista do sentido original ou atual das normas, é um *fairy-tale constitutionalism* ou constitucionalismo mágico que com uma varinha produza sempre soluções indiscutíveis.

Conclusão

É inviável demonstrar que um sistema constitucional sem proporcionalidade é logicamente impossível¹⁰³. E padeceria de um eurocentrismo inconsequente qualquer conclusão de que a ordem jurídico-constitucional norte-americana é mais injusta, menos *principled*, mais insegura ou menos avançada do que as ordens jurídicas que adotam há décadas consistentemente a proporcionalidade¹⁰⁴; ou até que os quadros da proporcionalidade são significativamente mais estáveis ou mais pacíficos.

¹⁰¹A Sweet, "All Things in Proportion?...", pp. 4, 12 ss., pertence uma das mais exaustivas enunciações das vantagens comparativas da proporcionalidade, mesmo admitindo que a *proportionality analyse* (PA) não tem necessariamente de governar todos os casos de direitos. A PA pode proteger os direitos mais consistentemente e coerentemente do que o controlo baseado em vários níveis de intensidade (*tiered review*) construídos pela jurisprudência constitucional americana. A abordagem americana: reduz a flexibilidade dos juízes face à complexidade; retrata falsamente a adjudicação como um exercício mecânico de aplicação da lei, como se pudesse falar-se de um código constitucional; e cria inconsistência e arbitrariedade desnecessárias. Ao invés, a adoção da PA fornece uma resposta processual efetiva para um problema substantivo inevitável, o da imprecisão, abertura e incompletude dos direitos, enquanto o exercício do *balancing*, embora possa responder ao problema da incompletude, suscita a perceção da impossibilidade de antecipação do resultado; a PA é ideologicamente neutral, adaptável às circunstâncias do caso; a PA está especificamente desenhada para reduzir o mal da parte perdedora, na medida do possível; tendo em conta a sua difusão como "boa prática" de proteção de direitos, aderir à PA é uma forma de se mostrar empenho na proteção de direitos.

Já Jamal Greene, "Rights...", p. 65, censura a rigidez do modelo americano por, em última análise, potenciar um mundo polarizado, de inimigos: "[a] world in which a litigant is either a rights bearer whose situation trumps contrary government action, or is not a rights-bearer and is therefore at the mercy of the state, is a world of enemies". Em contrapartida, "[p]roportionality invites parties with a diverse set of commitments to remain invested in the constitutional system rather than alienated from it. It assures them that if they do not win today, they might win tomorrow on different facts" (*idem*, p. 84).

¹⁰²Não se fica longe de Barak, *Proportionality...*, p. 515; Jamal Greene, "Rights...", p. 30.

¹⁰³Beatty, *The Ultimate Rule...*, p. 163. Refutando boa parte da linha doutrinária do autor, cfr. Jackson, "Being Proportional...", *cit*

¹⁰⁴Cohen-Eliya / Porat, *Proportionality...*, p. 22. Há quem defenda que, ao invés, o modelo americano é mais maduro. V., por todos, Frederick Schauer "Freedom of Expression Adjudication in Europe and America..."

Seguro é que os dois modelos analisados beneficiarão de um processo de *cross fertilization*. Muito possivelmente, a longo prazo tenderão a convergir. O que suscita curiosidade sobre modelos mistos ou de compromisso já em experimentação¹⁰⁵.

Bibliografia

Aleinikoff, Alexander T. – “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, vol. 96 (abril, 1987), pp. 943-1005.

Alonso Garcia, Enrique – *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Arroyo, Luiz – “Tailoring the Narrow Tailoring Requirement in the Supreme Court's Affirmative Action Cases”, *Cleveland State Law Review*, vol. 58 (2010), pp. 648 -684.

Ashutosh, Bhagwat – “The Test that Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence”, *University of Illinois Law Review*, vol. 3 (2007), pp. 783-838.

Ayres, Ian - “Narrow Tailoring”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1496 (1996). Acessível (outubro de 2022) em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1496

Ayres, Ian / Foster, Sydney - “Don’t Tell, Don’t Ask: Narrow Tailoring After Grutter and Gratz”, *John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers*, Paper 287 (2005). Acessível (outubro de 2022) em: http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers/287

Barak, Aharon – *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Barnett, Randy – “Scrutiny Land”, *Michigan Law Review*, vol. 106 (2008), pp. 1479 ss.

Bastress Jr, Robert M. – “El principio de "la alternativa menos restrictiva" en Derecho constitucional norteamericano”, *CDP*, vol. 5 (1998), pp. 239-254. Acessível (outubro de 2022) em:

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=517>

Beatty, David M. – *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, USA, 2005.

¹⁰⁵ O caso mexicano pode ser um revelador balão de ensaio de um modelo com componentes de ambos os sistemas: v. Gargari, “Principio de proporcionalidad...”, pp. 77 ss.

Bennett, Robert W. – ““Mere” Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory”, *California Law Review*, vol. 67 (1979), pp. 1049 ss.

Bermann, George A. – “The Principle of Proportionality”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 26, 1 (1978), pp. 415–432,

Bice, Scott H. – “Rationality Analysis in Constitutional Law”, *Minnesota Law Review*, vol. 65, 2 (1980-1981), pp. 1-62.

Bomhoff, Jacco – *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.,

Branco, Paulo Gustavo Gonet – *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo, 2009.

Canas, Vitalino – *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Almedina, Coimbra, 2017.

Chemmerinsky, Erwin – *Constitutional Law: Principles and Policies*, 4.^a ed., Wolters Kluwer, New York, 2011.

Idem, “Rethinking State Action”, *Northwestern University Law Review*, vol. 80 (1985), pp. 503-557.

Coffin, Frank N. – “Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice”, *New York University Law Review*, vol. 63 (1988), pp. 16-42.

Cohen-Eliya, Moshe / Porat, Iddo - *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, New York, 2013.

Idem – “The Hidden Foreign Law Debate in Heller. The Proportionality Approach in American Constitutional Law”, *San Diego Law Review*, vol. 46 (2009), pp. 367 ss.

Correia, Fernando Alves - *Justiça Constitucional*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018,

Cross, Frank B. - “The Error of Positive Rights”, *UCLA Law Review*, vol. 48 (2001), pp. 857-924.

Dworkin, Ronald – *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

Idem – “Rights as trumps”, in Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp 152-167.

Ely, John Hart – “Flag Desecration: A case study in the roles of categorization and balancing in First Amendment analysis”, *HLR*, vol. 88 (1975), pp. 1482-1508.

Faigman, David L. – “Madisonian Balancing: A Theory of Constitutional Adjudication”, *Northwestern University Law Review*, vol. 88, n.º 2 (1994), pp. 641-694. Acessível

(outubro de 2022) em:
https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1869&context=faculty_scholarship

Fallon, Richard H. – “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, vol. 54 (2007), pp. 1267-1337.

Idem – *The Nature of Constitutional Rights. The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny*, Cambridge University Press, 2019.

Farrell, Robert C. – “Legislative purpose and equal protection’s rationality”, *Villanova Law Review*, vol. 37 (1992), pp. 1 ss.

Idem – “Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term. Through *Romer v. Evans*”, *Indiana Law Review*, vol. 32 (1999), pp. 356 ss.;

Idem – “The Two Versions of Rational-basis Review and Same-sex Relationships”, *Washington Law Review*, vol. 86 (2011), pp. 281-329.

Frantz, Laurent – “The First Amendment in the Balance”, *Yale LJ*, vol. 71 (1962), pp. 1424-1450.

Frase, Richard S. – “Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: “Proportionality” Relative to What?”, *Minnesota Law Review*, vol. 89 (2005), pp. 571 ss.

Gargari, Rodrigo Diez – “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte” *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 26 (jan-jun 2012), pp. 66-103. Acessível (outubro de 2022) em:
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5986/7927>

Gerhardt, Michael / Rowe Jr., Thomas D. – *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Michie Company, Charlottesville, 1993; 4.^a ed, 2013.

Gunther, Gerald - “Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection”, *Harvard Law Review*, vol. 86 (1972-1973), pp. 1 ss.

Gottlieb, Stephen E. - “Compelling Governmental Interests: An Essential But Unanalysed Term in Constitutional Adjudication”, *Boston University Law Review*, vol. 68 (1988), pp. 917-978.

Greene, Jamal – “The Rule of Law as a Law of Standards”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 99 (2011), pp. 1289 ss.

Idem – “Rights as Trumps?”, *Harvard Law Review*, vol. 132, 1 (novembro 2018), pp. 28-132.

Gunn, T. Jeremy – “Deconstructing Proportionality in Limitations Analyses», *Emory International Law Review*, vol. 19 (2005), pp. 465-498.

Habermas, Jürgen – *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2000 (trad. de *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992 e 1994).

Harvard Law Review – “Let the End be Legitimate: Questioning the Value of Heightened Scrutiny’s Compelling and Important-Interest Inquiries”, *Harvard Law Review*, vol. 129 (2016), pp. 1406-1427. Acessível (outubro de 2022) em: <http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/03/1406-1427-Online.pdf>

Henkin, Louis – “Infallibility under Law: Constitutional Balancing», *Columbia Law Review*, vol. 78, n.º 5 (Jun. 1978), pp. 1022-1049.

Holmes, Stephen / Sunstein, Cass R. - *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton, New York, 1999.

Huq, Aziz Z. – “Tiers of Scrutiny in Enumerated Powers Jurisprudence”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 80 (2013), pp. 575-656.

Jackson, Vicki C. – “Constitutional Law in an age of Proportionality”, *Yale Law Journal*, vol. 124 (2015), pp. 3094-3196. Acessível (outubro de 2022) em: http://www.yalelawjournal.org/pdf/h.3094.Jackson.3196_fteiok9v.pdf

Idem – “Being Proportional about Proportionality”, *Constitutional Commentary*, vol. 21 (2004), pp. 803-859.

Idem – *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, 2010.

Karst, Kenneth – “Rational Basis”, *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 2000, pp. 2121-2122.

Kelso, R. Randall – “Standards of Review under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: the “Base Plus Six” Model and Modern Supreme Court Practice”, *Journal of Constitutional Law*, vol. 4 (2002), pp. 225-259. Acessível (outubro 2022) em:

<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=jcl>

Klatt, Mathias / Meister, Moritz – *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Kumm, Mathias - "The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights based Proportionality Review", *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2 (2010), pp. 142–175.

Lasser, Mitchel - "'Lit. Theory' Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse", *Harvard Law Review*, vol. 111 (1998), pp. 689 ss. Acessível (outubro 2022) em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1514&context=facpub>

Linde, Hans – "Due Process of Lawmaking", *Nebraska Law Review*, vol. 55 (1975), pp. 197 ss.

Mayer, Matthias – *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie: die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

McFadden, Patrick – "The Balancing Test", *Boston College Law Review*, vol. 29 (1988), pp. 585-656.

Merten, Detlef – "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", in Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier / Peter Axer / Wilfried Berg, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III, *Grundrechte in Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 2009.

Michelman, Frank – "The Compelling Idea of Social & Economic Rights: Reciprocating Perturbations in Liberal and Democratic Constitutional Visions", in Helena Alviar Garcia, Karl Klare, Lucy Williams (eds.), *Social & Economic Rights in Theory and Practice: A Critical Assessment*, Routledge, 2014.

Möller, Kai – "Proportionality and the Rights Inflation", in Huscroft / Miller / Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2014, pp. 155-172.

Idem – "U.S. Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model", in Vicki C. Jackson / Mark Tushnet, *Proportionality New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, 2017, pp. 130-147. Acessível (outubro de 2022) em: <http://ssrn.com/abstract=2747222>

Mureinik, Etienne – "A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights", *South African Journal on Human Rights*, vol. 10:1 (1994), pp. 31-48.

Nimmer, Melville B. – "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", *California Law Review*, vol. 56 (1968), pp. 935-967.

- Note, «Legislative purpose, rationality, and equal protection», *Yale Law Journal*, vol. 82 (1972), pp. 123 ss.
- Novais, Jorge R. – *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; 2.^a ed., 2012.
- idem – *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- Nozick, Robert - *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974.
- Philippe, Xavier – “Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères: l'exemple du contentieux constitutionnel”, *Revista Studii Juridice Universitare*, n.º 1-2 (2011), pp. 20-40.
- Pirker, Benedict – *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013.
- Powe Jr, Lucas A. – “Evolution to Absolutism: Justice Douglas and the First Amendment”, *Columbia Law Review*, vol. 74 (1974), pp. 371 ss.
- Örücü, Esin - “The Core of Rights and Freedoms: The Limit of Limits», in Tom Campbell e outros *Human Rights, From Rethoric to Reality*, Basil Blackwell, Oxford, 1986.
- Ristroph, Alice – “Proportionality as a Principle of Limited Government”, *Duke Law Journal*, vol. 55 (2005), pp. 262-331.
- Robinson, Greg / Toni Robinson – “Korematsu and Beyond: Japanese Americans and the Origin of Strict Scrutiny”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 29 (1985), pp. 29 ss.
- Rubin, Peter J. – “Reconnecting doctrine and purpose: a comprehensive approach to strict scrutiny after Adarand and Shaw”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 149, n.º 1 (nov. 2000), pp. 1-169.
- Schauer, Frederick - “A Comment on the Structure of Rights”, *Georgia Law Review*, vol. 27 (1993), pp. 415 -434.
- Idem – “Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”. Acessível (outubro de 2022) em: <http://ssrn.com/abstract=668523> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.668523>
- Schlink, Bernhard - “Proportionality in Constitutional Law: why everywhere but here”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22 (2012), pp. 291-302.
- Acessível (outubro de 2022) em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=djCIL>

Siegel, Stephen – “Origin of the Compelling State Interest and Strict Scrutiny”.

Acessível (outubro de 2022) em: <http://law.bepress.com/expresso/eps/1514>

Idem – “The Death and Rebirth of the Clear and Present Danger Test”, in Alfred Brophy & Daniel Hamilton (eds.), *Transformations in American Legal History: Essays in Honour of Professor Morton J. Horwitz*, Harvard University Press, 2008, pp. 211-245.

Solum, Lawrence “Originalism and Constitutional Construction”, *Fordham Law Review.*, vol. 82 (2013), pp. 453-537. Acessível em (outubro de 2022): <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2310&context=facpub>

Spece, Jr., Roy G. / David Yokum – “Scrutinizing Strict Scrutiny”, *Vermont Law Review*, vol. 40 (2015), pp. 285-351. Acessível (outubro de 2022) em: <http://lawreview.vermontlaw.edu/wp-content/uploads/2016/03/40VtLRev285-Spece.pdf>

Struve, Guy Miller – “The Less-Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process”, *Harvard Law Review*, vol. 80, n.º 7 (1967), pp. 1463-1488.

Sullivan, E Thomas / Frase, Richard S. – *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, New York, 2008.

Sullivan, Kathleen M. – “Post Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing”, *University of Colorado Law Review*, vol. 63 (1992), pp. 293-317.

Sunstein, Cass R. – “The Enduring Legacy of Republicanism”, in S. Elkin / K. Soltan (eds.), *A New Constitutionalism*, University of Chicago Press, Chicago, 1993, pp. 174 ss.

Šušnjar, Davor – *Proportionality, fundamental rights, and balance of powers*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.

Sweet, Alec Stone – “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing», *Emory Law Journal*, vol. 60 (2011), pp. 797-875. Acessível (outubro de 2022) em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/2369/Stone_Sweet_Submission_2_2010_Word.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Thorburn, Malcolm – “Proportionality”. Acessível (outubro de 2022) em: https://www.researchgate.net/publication/303691304_Proportionality

Tribe, Laurence H. – *American Constitutional Law*, Mineola, Foundation Press, New York, 1978 (2.ª ed., 1988).

idem, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Cambridge (Mass) / Londres, 1985.

Volokh, Eugene – “Freedom of Speech, Permissive Tailoring and Transcending Strict Scrutiny”, *U. Pennsylvania L. Rev.*, vol. 144, (1997), pp. 2417 ss. Acessível (outubro de 2022) em: <http://www2.law.ucla.edu/volokh/scrutiny.htm>

Webber, Gregoire C.N. – *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Winkler, Adam – “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 59 (2006), pp. 793-871. Acessível (outubro de 2022) em: <http://ssrn.com/abstract=897360>

White, G. Edward - “Historicizing Judicial Scrutiny”, *South Carolina Law Review*, vol. 57, 1 (2006). Acessível (outubro de 2022) em:

<https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3668&context=sclr>

Wormuth, Francis / Harris Mirkin, - “The Doctrine of the Reasonable Alternative”, *Utah Law Review*, vol. 9 (1964), pp. 254 ss.

Yowell, Paul – “Proportionality in United States Constitutional Law”, in Liora Lazarus / Christopher McCrudden / Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 87-116.