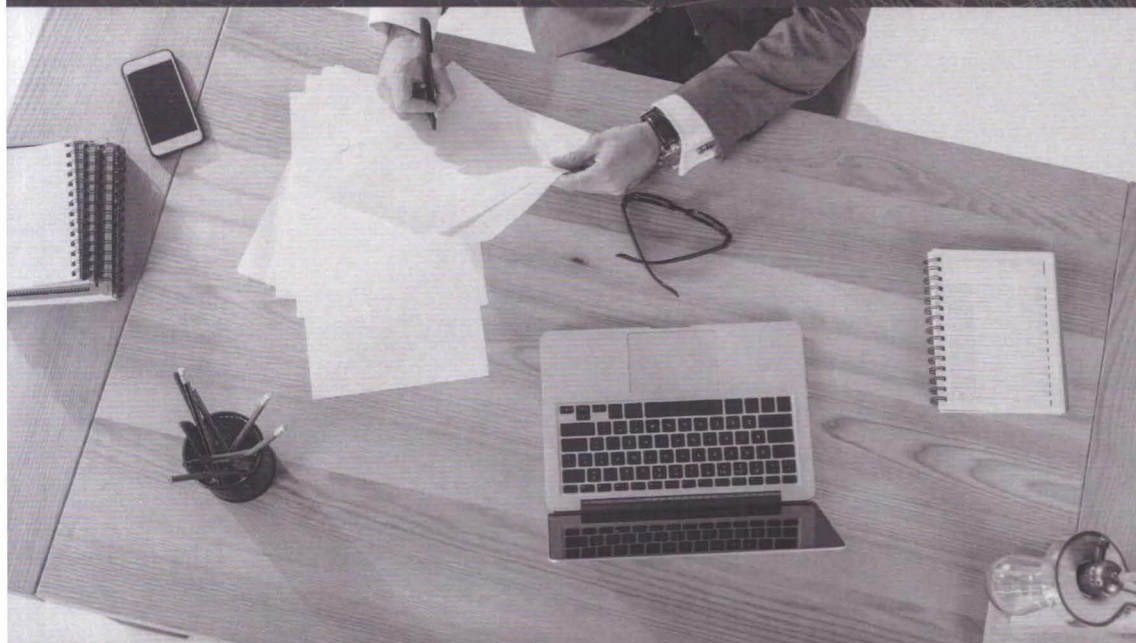


NESTA EDIÇÃO:

INTEGRIDADE PÚBLICA NA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA DO ESTADO



REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE

• RDAI 26

ANO 7 • n. 26 • Jul.-Set. • 2023

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

N. 7 • ISSUE 26 • July-Sept. • 2023

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INSTITUTO DO PRECATÓRIO – SUBSÍDIOS PARA
INTERPRETAÇÃO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 113 E 114

COORDENAÇÃO

**AUGUSTO NEVES DAL POZZO E
RICARDO MARCONDES MARTINS**



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

DIREITO CONSTITUCIONAL NA ERA DA PROPORCIONALIDADE (MAS NÃO NA AMÉRICA?)

CONSTITUTIONAL LAW IN THE AGE OF PROPORTIONALITY (EXCEPT IN THE UNITED STATES?)

VITALINO CANAS

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.

Universidade de Lisboa (Portugal)

vc@vitalinocanas.pt

Orcid-ID: 0000-0003-0349-5793.

DOI: [<https://doi.org/10.48143/RDAI.26.canas>]

Recebido em: 18.03.2023 | Received on: March 18th, 2023

Aprovado em: 20.05.2023 | Approved on: May 20th, 2023

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: Nos EUA e na Europa, os direitos fundamentais têm raízes comuns. Todavia, os quadros dogmáticos e teóricos que presidiram ao seu desenvolvimento constitucional foram diversos 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

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 with each other. This essay aims to find out whether the principle of proportionality

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*.

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*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dois modelos. 3. Linhas evolutivas do modelo americano. 3.1. Reinvencção do substantive due process of law. 3.2. Propostas de releitura do princípio do state action. 3.3. Ruturas do modelo europeu. 4. Sequelas no que toca ao modo como é estruturada a fiscalização judicial da atividade legislativa. 4.1. As respostas americanas. 4.1.1. Colapso de Lochner. 4.1.2. Balancing. 4.1.3. Tiers of scrutiny. 5. As similitudes e diferenças entre os testes americanos e a proporcionalidade clássica. 6. Proporcionalidade na América?. 7. O instrumento mediador proporcionalidade é mais protetor dos direitos do que os testes americanos?. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

No ¹ capítulo 1, apresentamos² 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

-
1. Como citar este artigo | *How to cite this article*: CANAS, Vitalino. Direito Constitucional na era da proporcionalidade (mas não na América?). Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 213-250, jul./set. 2023. DOI: [<https://doi.org/10.48143/RDAI.26.canas>].
 2. O presente ensaio, com ligeiras diferenças, foi incluído nos Estudos em Homenagem ao Professor Fernando Alves Correia.

europeu, pode reivindicar vantagens comparativas sobre o outro no que se refere à satisfação garantida dos direitos.

2. 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 positividade jurídica³, o objetivo central desta positividade, quando ocorreu, divergiu. Na Europa, os direitos são reivindicados, conquistados revolucionariamente 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 colônias 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.

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*”.
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. Mu-reinik, “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.

9. 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.
- 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.
- CHEMERINSKY, Erwin – *Constitutional Law: Principles and Policies*, 4.ª ed., Wolters Kluwer, New York, 2011.
- _____. “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.

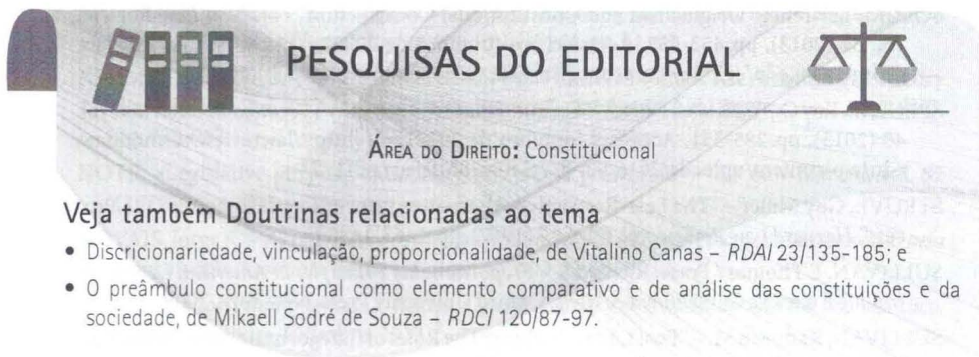
- COHEN-ELIYA, Moshe / PORAT, Iddo - *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, New York, 2013.
- _____. “The Hidden Foreign Law Debate in Heller. The Proportionality Approach in American Constitutional Law”, *San Diego Law Review*, vol. 46 (2009), pp. 367 ss.
- CORREIA, 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.
- _____. “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.
- _____. *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.
- _____. “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.;
- _____. “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 Unanalyzed 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
- _____. “Being Proportional about Proportionality”, *Constitutional Commentary*, vol. 21 (2004), pp. 803-859.
- _____. *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.
- _____. “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.
- _____. *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.
- _____. – “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>].
- _____. “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. / YOKUM, David – “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).

- _____. *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&ontexto=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.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Discricionariedade, vinculação, proporcionalidade, de Vitalino Canas – *RDAI* 23/135-185; e
- O preâmbulo constitucional como elemento comparativo e de análise das constituições e da sociedade, de Mikael Sodrê de Souza – *RDCI* 120/87-97.