



## PROPORCIONALIDADE E A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>

### *PROPORTIONALITY AND THE BINDINGNESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Ralf Poscher<sup>2</sup>

[0000-0003-0858-578X](mailto:0000-0003-0858-578X)

Tradução de Rafael Giorgio Dalla-Barba<sup>3</sup>

[000-002-7192-8987](mailto:000-002-7192-8987)

#### Resumo

O princípio da proporcionalidade se desenvolveu ao longo do tempo para se tornar um – e, em algumas jurisdições como a da Alemanha, o – padrão central de Direito Constitucional e de Direitos Humanos. O princípio tem testemunhado uma ascensão meteórica tanto na Alemanha como no exterior. Ele também foi incorporado aos Direitos Humanos no plano do Direito Internacional. Focarei no desenvolvimento alemão por três razões de importância cada vez maior. *Primeira*, pragmatismo: estou mais familiarizado com a situação na Alemanha. *Segunda*, história: a história de sucesso internacional do princípio da proporcionalidade – ao menos como retrada por Aharon Barak – originada na Alemanha. *Terceira*, análise: a história constitucional alemã revela, de maneira mais clara

---

<sup>1</sup> Este artigo baseia-se, em grande medida, em uma contribuição mais ampla em Poscher, R. Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs. *In*: Herdegen, M.; Masing, J.; Poscher, R.; Gärditz, F. (ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts in transnationaler Perspektive*. Munique: C. H. Beck, 2021. p. 149-220.

<sup>2</sup> Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, de Freiburg im Breisgau. *Email*: public-law@csl.mpg.de

<sup>3</sup> Max-Institut-Planck zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Abteilung für öffentliches Recht. *Email*: r.dalla@csl.mpg.de ou [rafaelgdb1@gmail.com](mailto:rafaelgdb1@gmail.com)

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*

Poscher, R.; Dalla-Barba, R. G. Proporcionalidade e a vinculação dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 3, e227090, 2022. <https://doi.org/10.24220/2675-9160v3e2022a7090>



e explícita, o problema funcional e sistemático que o princípio da proporcionalidade é designado a resolver.

**Palavras-chave:** Princípio da proporcionalidade. Vinculação dos direitos fundamentais. Dogmática dos direitos fundamentais. Jurisdição constitucional.

#### Abstract

*The proportionality principle has developed over time to become a – and in some jurisdictions, such as Germany, the – central standard of constitutional law and human rights. The principle has witnessed a meteoric rise both in Germany and abroad. It has also been incorporated into international human rights law. I will focus on the German development for three reasons of increasing importance. First, pragmatism: I am most familiar with the situation in Germany. Second, history: the international success story of the proportionality principle – at least as portrayed by Aharon Barak – originated in Germany. Third, analysis: German constitutional history reveals most clearly and explicitly the functional, systematic problem that the principle of proportionality is designed to solve.*

**Key-words:** *Principle of proportionality. Bindingness of constitutional rights. Doctrine of constitutional rights. Constitutional jurisdiction.*

## I. O PROBLEMA HERMENÊUTICO DA VINCULAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

O princípio da proporcionalidade deve sua aclamação a um problema que os juristas que cresceram com o princípio não mais reconhecem – evidência de como efetivamente o princípio resolveu o problema. Dito isto, o problema é fundamental, na medida em que diz respeito a nada menos do que a natureza vinculante dos direitos constitucionais, em particular, em relação ao legislador. A grande maioria das garantias constitucionais, internacionais e de Direitos Humanos têm, ao menos, a aspiração de vinculação ao Poder Legislativo, bem como a outros ramos do governo. O Art. 1 (3) da Lei Fundamental alemã estabelece isso explicitamente: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. Esta formulação é uma resposta a doutrinas mais antigas sobre os direitos fundamentais, tais como as do período tardio do constitucionalismo e as da República de Weimar, quando proteções constitucionais e direitos fundamentais eram



considerados meras declarações políticas. Em contrapartida, as mães e os pais fundadores da Lei Fundamental procuraram criar um sistema constitucional no qual o Legislativo estivesse obrigado a defender os direitos fundamentais.

Mas isso é mais fácil ser dito – como no Art. 1 (3) da Lei Fundamental – do que ser doutrinariamente feito. A maior parte dos direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental estão submetidos à possibilidade de restrições legislativas, que autorizam o legislador a limitar os mesmos direitos fundamentais que ele está obrigado a defender. Por exemplo, ao passo que o Art. 14 (1) da Lei Fundamental refere que “[...] são garantidos a propriedade e o direito de sucessão”, ele continua dizendo que “seus conteúdos e limites são definidos por lei”. Então, como pode o Legislativo, que está expressamente autorizado a definir os “conteúdos e limites” da propriedade, estar simultaneamente vinculado ao Art. 14 (1) da Lei Fundamental, como exigido pelo Art. 1 (3) da Lei Fundamental? Da maneira semelhante, ainda que o Art. 5 (1) da Lei Fundamental proteja a liberdade de expressão, o Art. 5 (2) da Lei Fundamental permite que discursos sejam restringidos por leis gerais. Mas, então, o que significa, para o Legislativo, estar vinculado a defender a liberdade de expressão se, ao mesmo tempo, ele está permitido a limitá-la por meio de leis gerais?<sup>4</sup> A doutrina e a prática constitucional na República de Weimar<sup>5</sup> lutaram contra esse problema, mas no limite nenhuma das soluções propostas foi aceita. Como resultado, foi amplamente mantida a opinião de que os direitos fundamentais não vinculariam o Legislativo<sup>6</sup> e, uma vez que o Executivo e os tribunais estavam, de todo modo, vinculados às leis editadas pelo Legislativo, os direitos

---

<sup>4</sup> Art. 5 (1) da Lei Fundamental: “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. [...]”.

<sup>5</sup> Para sugestões, ver *e.g.* Schmitt, C. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlim: Duncker & Humblot, 1958. p. 140 e ss.; para abordagens posteriores às garantias institucionais durante o período de Weimar, ver Mager, U. *Einrichtungsgarantien*. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 34 e ss.; ver também Hensel, A. Die Rangordnung der Rechtsquellen. *In: Anschütz, G.; Thoma, R. (ed.). Handbuch des deutschen Staatsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1932. [316] Nr. 2, recorrendo ao Legislativo “[...] quando se exerce o dispositivo para deixar o valor da decisão sobre direitos fundamentais intocado”; sobre a garantia do conteúdo essencial da Lei Fundamental, ver Dreier, Horst. Die Zwischenkriegszeit. *In: Merten, D.; Papier, H.-J. (ed.). Handbuch der Grundrechte I*. Heidelberg: C. F. Müller, 2004. p. 33 e ss.; Smend, Rudolf. Das Recht der freien Meinungsäußerung. *VVDStRL*, v. 4, n. 1, 44-75, 1928. p. 52; Poetzsch-Heffter, F. *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919*. Ein Handbuch für Verfassungsrecht und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes. (Univ. Diss. Münster [Westphalen], Müller, Jur. Verl. 1995).

<sup>6</sup> Sobre o período do constitucionalismo, ver Wahl, R. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ausgangslage und Gegenwartsproblematik. *In: Heckmann, D.; Schenke, R. P.; Sydow, G. (ed.). Verfassungsstaatlichkeit im Wandel*. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag. Berlim: Duncker & Humblot, 2013. p. 824-826.



fundamentais não tinham importância maior do que um lembrete para obedecer ao direito infraconstitucional.

O Tribunal Constitucional Federal alemão assumiu uma abordagem marcadamente diferente, reconhecendo corretamente que a Lei Fundamental pretende que os seus direitos fundamentais vinculem o Legislativo. O Tribunal deixou isso particularmente claro em uma de suas decisões, referindo que:

Na literatura, a objeção frequentemente levantada tem sido no sentido de que o direito fundamental é 'inócuo' porque está sujeito a limitações legais gerais. No entanto, é geralmente negligenciado que o Poder Legislativo, sob a Lei Fundamental, está sujeito a restrições muito maiores do que quando estava sob a Constituição de 1919. Naquele tempo, muitos dos direitos fundamentais eram, de fato, 'inócuos'. Na contramão disso, a Lei Fundamental atual estabeleceu uma ordem baseada em valores que limitam o Poder Público<sup>7</sup>.

O Art. 1 (3) da Lei Fundamental consagra essa intenção de vincular: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”. Mas, considerando o fato que a maioria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental – muito similar à Constituição de Weimar – contêm provisões explícitas que reservam ao Legislativo o poder de limitar, ou até mesmo defini-los (*Gesetzesvorbehalt, reserva de ley, reserve de loi, riserva di legge*), como deve ser implementada a intenção de vincular o Legislativo a observar os direitos fundamentais? O principal desafio hermenêutico colocado pelo Art. 1 (3) da Lei Fundamental tem sido o de como enriquecer o conteúdo doutrinário dos direitos fundamentais, apesar de suas disposições aparentemente amplas, a fim de garantir a sua força vinculante, especialmente em relação ao Legislativo.

## II. A SOLUÇÃO APRESENTADA NO CASO *FARMÁCIAS*, DE 1958

Em 1958, o Tribunal Constitucional Federal julgou a reclamação constitucional de um farmacêutico, cujo pedido para abrir uma farmácia em Traunreut, uma pequena cidade na Bavária onde já existia outra, havia sido negado. Seu pedido foi negado de acordo com o Ato de Farmácias Bávaro, que estabelecia um sistema de demandas para a abertura de novas farmácias. O governo sustentava que não havia demanda para uma segunda farmácia em Traunreut: uma única farmácia

---

<sup>7</sup> BVerfGE 6, 32 (40) [1957], tradução do autor.



parecia suficiente. Ao julgar a reclamação, o Tribunal Constitucional Federal não enxergou um problema na decisão governamental, mas no próprio Ato. Ele revisou o Ato de Farmácias Bávaro e o seu efeito no direito fundamental à liberdade profissional. Ao fazer isso, o Tribunal foi, então, confrontado com o problema descrito acima: de acordo com o Art. 12 (1) da Lei Fundamental, o direito fundamental à liberdade profissional pode ser limitado infraconstitucionalmente e o Ato de Farmácias Bávaro detinha tal status jurídico<sup>8</sup>. Dessa maneira, como ele poderia ser inconstitucional? Ao enfrentar esse desafio, o Tribunal Constitucional Federal elaborou uma das decisões mais consequentes de toda a sua história: introduziu o princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e, ao mesmo tempo, exigiu que o Legislativo aderisse a esse princípio<sup>9</sup>.

A decisão teve amplas repercussões. O Tribunal Constitucional Federal concedeu a si mesmo amplos poderes de revisão sobre o Legislativo. Esse poder formou, de maneira decisiva, tanto o seu papel em face de outros ramos do governo, quanto o desenvolvimento posterior da Lei Fundamental. O Tribunal estava obviamente consciente disso, pois é a única decisão na qual se discutiu expressamente a sua reivindicação para fazer a revisão judicial de atos legislativos nos termos do padrão da proporcionalidade que, por sua vez, incluiu a revisão da necessidade da lei<sup>10</sup>:

Tem-se argumentado que está para além das competências desta Corte regular tais matérias: que esta Corte não pode julgar se uma medida legislativa particular é necessária porque ela não pode saber se há outras opções igualmente efetivas à disposição; isso só pode ser conhecido se toda a variedade de opções e possibilidades políticas que estão abertas ao Legislativo forem conhecidas. Tal noção, que visa colocar restrições estritas às competências de revisão do Tribunal Constitucional Federal, é baseada na teoria de que amplos poderes de revisão invadem o Legislativo e violam o princípio da separação de poderes. Esta Corte não concorda com esta interpretação<sup>11</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal recorreu ao papel que a Lei Fundamental lhe conferiu para proteger e defender direitos fundamentais, entendendo que, sem o poder de revisão da

---

<sup>8</sup> Art. 12 (1) da Lei Fundamental: “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei”.

<sup>9</sup> Mas ver também as disposições concisas anteriores do mesmo Senado em BVerfGE 7, 320 (323 f.) [1958], nas quais uma lei foi afastada porque ela não atingiu o exame de “meios adequados e necessários”.

<sup>10</sup> Esse julgamento não foi recepcionado de forma totalmente positiva. Ver, *e.g.*, Ehmke, H. Prinzipien der Verfassungsinterpretation: Mitbericht von Professor Dr. Horst Ehmke. *VVDStRL*, v. 20, n. 1, p. 53-102, 1963. p. 92 e ss.

<sup>11</sup> BVerfGE 7, 377 (409 f.) [1958]; os representantes da visão oposta não foram nomeados na decisão. Posições correspondentes podem ser encontradas em: Kaufmann, E. Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. *VVDStRL*, v. 9, n. 1, p. 1-16, 1952. p. 9 e ss.



proporcionalidade, não seria possível cumprir eficazmente essa função *vis-à-vis* perante o Legislativo<sup>12</sup>. O Tribunal Constitucional Federal viu a responsabilidade de garantir que os direitos fundamentais da Lei Fundamental não sejam vistos como direitos “inócuos”, assim como havia sido o destino dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar<sup>13</sup>.

Doutrinariamente, o princípio da proporcionalidade está localizado no Art. 1 (3) da Lei Fundamental. Algumas vezes isso se expressa na afirmação de que o princípio da proporcionalidade decorre diretamente dos direitos fundamentais *per se*<sup>14</sup>. Um amparo posterior também no Estado de Direito<sup>15</sup> permitiu, desde então, sua aplicação para além dos direitos fundamentais<sup>16</sup>. No caso *Farmácias*, o princípio da proporcionalidade foi formulado nos moldes de um exame de adequação, um exame de necessidade (que era controverso em 1958) e um controle de proporcionalidade em sentido estrito. O controle de proporcionalidade em sentido estrito toma a forma da assim chamada teoria de níveis, que o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu para avaliar intervenções que afetam o direito fundamental à liberdade profissional<sup>17</sup>. Além da adequação e da necessidade, o controle de proporcionalidade em sentido estrito compara intervenções contendo variadas intensidades com os objetivos buscados pela intervenção legislativa. Restrições objetivas na liberdade profissional, como o sistema de concessão do Ato de Farmácias Bávaro, são admissíveis apenas se absolutamente essenciais para prevenir um perigo demonstrável, ou altamente provável para a comunidade. O ato bávaro falhou nesse exame jurídico.

Com o caso *Farmácias*, o Tribunal Constitucional Federal estruturou o princípio da proporcionalidade como um padrão de controle e estabeleceu sua aplicabilidade ao Legislativo.

---

<sup>12</sup> BVerfGE 7, 377 (410 f.) [1958].

<sup>13</sup> BVerfGE 7, 377 (404 f.) [1958]; ver já BVerfGE 6, 32 (40 f.) [1957] na qual o problema de Weimar era identificado ainda mais expressamente.

<sup>14</sup> BVerfGE 19, 342 (348 f.) [1965]; 61, 126 (134) [1982]; 76, 1 (50 f.) [1987]; ver também BVerfGE 90, 145 (173) [1994]; para referências adicionais sobre o estado atual da discussão, ver: Reimer, P. *Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht. Ein heterogenes Konzept. In: Jestaedt, M.; Lepsius, O. (ed.). Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. p. 61 e ss.

<sup>15</sup> BVerfGE 23, 127 (133) [1968]; 61, 126 (134) [1982]; 80, 103 (106 f.) [1989].

<sup>16</sup> BVerfGE 138, 1 (19f.) [2014]; Grzeszick, B. Art. 20 GG. In: Maunz, T.; Dürig, G. (ed.). *Grundgesetz Kommentar.* München: Beck, 2019. Art. 20 [109].

<sup>17</sup> Ver BVerfGE 13, 97 (104) [1961]: teoria em etapas do caso *Farmácias* como o “resultado da aplicação estrita do princípio da proporcionalidade”.



Ele nunca mais o reconsiderou. No início de 1959, o princípio deixou de ser visto como algo que se aplica especificamente aos direitos fundamentais e, ao invés disso, começou a ser visto como um “princípio geral de proporcionalidade” que permeia a Lei Fundamental<sup>18</sup>. Pelo princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Federal pode implementar a vinculação dos direitos fundamentais em relação ao Legislativo como exigido pelo Art. 1 (3) da Lei Fundamental. Do ponto de vista sistemático, a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional é uma construção jurídico-dogmática, que dá significado ao Art. 1 (3) da Lei Fundamental em face das disposições que autorizam o Legislativo “definir e limitar” direitos fundamentais. Do ponto de vista metodológico, ela é o resultado de um esforço hermenêutico implementado pela Corte.

### III. A PROLIFERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Lei Fundamental não é o único texto jurídico garantidor de direitos fundamentais que precisa confrontar o problema estrutural de como sopesar obrigações constitucionais vinculantes, de um lado, e o poder legislativo de editar atos que limitam liberdades, do outro. Como a Lei Fundamental, muitos outros documentos, tanto constitucionais como de Direitos Humanos Internacionais e Europeus, reconhecem a necessidade legislativa de por vezes limitar direitos fundamentais. Por isso, não é surpreendente que o princípio da proporcionalidade tenha se tornado o principal padrão internacional para determinar limitações legislativas autorizadas nos direitos fundamentais. Isso o faz um dos princípios do Direito Constitucional alemão mais amplamente recepcionados no plano internacional. O diagrama a seguir, criado por Aharon Barak,

---

<sup>18</sup> BVerfGE 10, 141 (173) [1959]; ver também BVerfGE 10, 221 (225) [1959]; o princípio foi também imediatamente generalizado na literatura. Para um exemplo, ver Lerche, P. *Übermaß und Verfassungsrecht*. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Colônia: Heymann, 1961; sobre o termo “concordância prática”, que foi particularmente verdadeiro para a proporcionalidade em sentido estrito, ver: Hesse, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Karlsruhe: Müller, 1967. p. 28 e ss.; sobre os desenvolvimentos nessa área, ver Lepsius, O. Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. In: Jestaedt, M.; Lepsius, O. (org.). *Verhältnismäßigkeit*. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. p. 5 e ss.; Stern, K. Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes. In: Badura, P (ed.). *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag. München: Beck, 1993. p. 171 e ss.



ilustra a migração internacional e a proliferação do princípio da proporcionalidade<sup>19</sup> e ilumina o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional Federal nesse processo<sup>20</sup>.

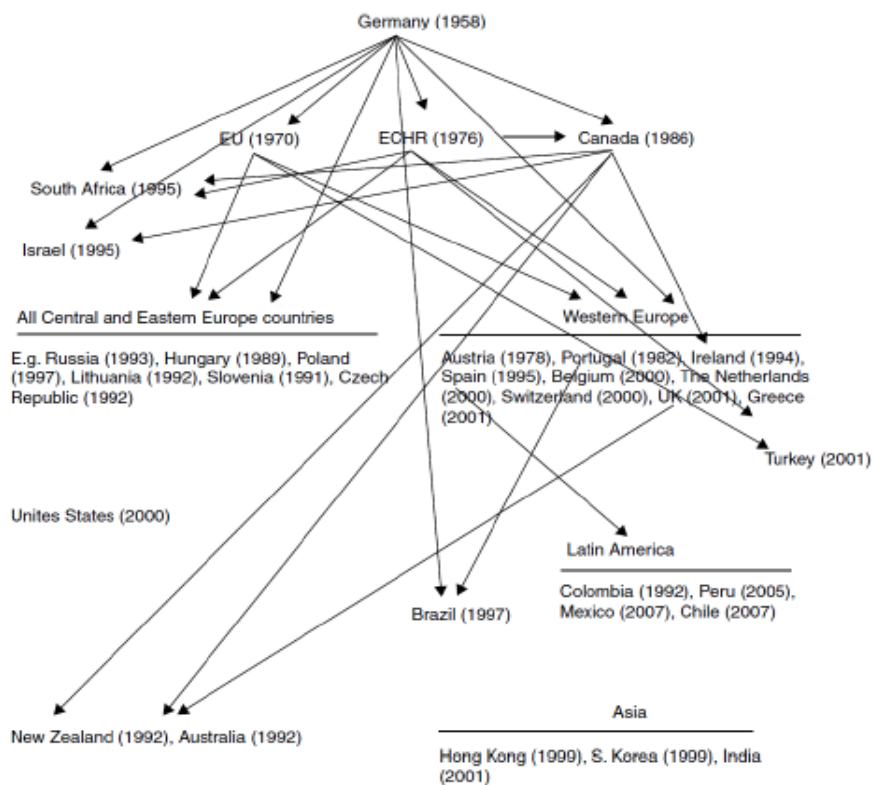


Figure 1 The migration of proportionality

A influência substancial exercida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal pode ser explicada pelo fato de que ela chamou a atenção não apenas dos seus vizinhos de língua alemã, mas também de países localizados muito distantes, no Oeste e Sul da Europa, assim como na Ásia e na América do Sul. Nas jurisdições de *common law*, a decisão de 1986, tomada pela Suprema Corte canadense em *R. v. Oakes*, provou ser particularmente influente na recepção do princípio da proporcionalidade<sup>21</sup>. Em essência, o exame em *Oakes*, que é utilizado para determinar a constitucionalidade de intervenções legislativas em garantias fundamentais, corresponde ao princípio da proporcionalidade e vem sendo agora amplamente aceito por toda a *Commonwealth*.

<sup>19</sup> Barak, A. *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 178 e ss.; para aspectos jurídico-comparativos, ver também: Lepsius, O. Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (nr. 16), p. 25 e ss.; Greene, Jamal. Rights as trumps? *Harvard Law Review*, v. 132, n. 1, 28-132, 2018. p. 58.

<sup>20</sup> Barak, A. *Proportionality: Constitutional rights and their limitations* (nr. 17), p. 182.

<sup>21</sup> *R. v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103.





Desde os anos 1970, o princípio da proporcionalidade tem sido usado também pela Corte Europeia de Direitos Humanos para determinar os tipos de intervenções legislativas que são “necessárias em uma sociedade democrática”<sup>22</sup>: isso levou à recepção secundária do princípio em muitos Estados Membros do Conselho da Europa. Na União Europeia, o princípio está expresso no Art. 52º, 1 da Carta dos Direitos Fundamentais: “Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros”<sup>23</sup>.

#### IV. JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTROLE DE PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade exige que propósitos legítimos sejam perseguidos por meios legítimos que são adequados, necessários e proporcionais em relação à garantia jurídica que pretendem restringir. Um controle tão intensivo do Legislativo, embora bem estruturado, exige não apenas uma explicação histórica, mas, acima de tudo, uma justificação. Embora o princípio seja bastante difundido, ele não está livre de seus críticos. Críticas têm sido direcionadas sobre o efeito que a proporcionalidade gera na separação de poderes: o princípio permitiria que o Tribunal Constitucional Federal se sobreponha às decisões do Legislativo democraticamente legitimado. No entanto, enquanto a crítica discutida pelo Tribunal Constitucional Federal no caso *Farmácias* foi direcionada, em geral, às implicações de uma revisão judicial ampla<sup>24</sup>, o foco da crítica tardia

---

<sup>22</sup> Caso “relacionando certos aspectos jurídicos no uso de linguagens em educação na Bélgica” v. Bélgica, apps. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (TEDH, 23 jul. 1968); ver *Dudgeon v. United Kingdom*, app. 7525/76 (TEDH, 22 out.1981). Ver Saurer, J. Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. *Der Staat*, v. 43, n. 1, 3-33, 2012. p. 9 e ss.; Baade, Björnstjern. *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter*. Zur Methodik, Legitimität und Rolle des Gerichtshofs im demokratisch-rechtsstaatlichen Entscheidungsprozess. Berlin/Heidelberg: Springer, 2017. p. 111 e ss.; Christoffersen, J. *Fair balance*: Proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights. Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2009. p. 31 e ss.

<sup>23</sup> Sobre a importância do princípio da proporcionalidade no Direito da União Europeia anterior à entrada em vigor da Carta de Direitos Fundamentais, Koch, O. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Univ. Diss. Göttingen, 2003.

<sup>24</sup> Forsthoff, E. *Der Staat der Industriegesellschaft*. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland. München: C.H. Beck, 1971. p. 137 e ss.



se transferiu para o atual sopesamento exigido pelo critério de proporcionalidade em sentido estrito<sup>25</sup>.

Hoje, muitas decisões constitucionais baseiam-se quase exclusivamente no exame de proporcionalidade em sentido estrito. Em sua decisão sobre novos poderes de combate ao terrorismo previstos na Lei da Polícia Federal Criminal, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal menciona os direitos fundamentais afetados pela Lei de forma meramente sumária; na sequência, o Tribunal determina que a constitucionalidade dos poderes conferidos pela lei depende de sua proporcionalidade. Em uma breve discussão, a adequação e a necessidade da Lei são afirmadas para logo então a Corte comentar que: “As limitações decorrem principalmente das exigências de proporcionalidade em sentido estrito. Consequentemente, os poderes de supervisão e investigação devem ser desenvolvidos proporcionalmente em relação ao seu grau de intervenção”<sup>26</sup>. Dos 244 parágrafos da decisão dedicados à fundamentação substantiva dos direitos fundamentais, 236 tratam da proporcionalidade em sentido estrito das disposições. À luz das críticas dirigidas a uma abordagem tão carregada de ponderação, por que os controles judiciais de proporcionalidade – em todas as suas diferentes nuances –, encontraram seu abrigo em tantas jurisdições constitucionais e de direitos humanos diferentes?

Uma explicação inspirada no realismo jurídico poderia simplesmente apontar para a atratividade do exame de proporcionalidade para os tribunais que o reivindicam. Ele dá aos tribunais constitucionais e a outros tribunais um amplo e flexível poder de revisão judicial para anular decisões legislativas. Mas, mesmo que as tentações ligadas ao Poder Jurisdicional façam parte da explicação, seria estranho que os tribunais possam fazer valer esse poder em tantas jurisdições sem perder a sua credibilidade se não houvesse razões de moralidade política subjacentes sobre as quais o exame da proporcionalidade pode se amparar. As teorias da democracia certamente não podem explicar o uso disseminado do controle da proporcionalidade: como os críticos nunca cansam de enfatizar, a legitimidade democrática dos tribunais é muito

---

<sup>25</sup> Schlink, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. p. 134 e ss.; Aleinikoff, A. T. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, p. 943-1005, 1987. p. 943, 1004; Tsakyrakis, S. Proportionality: an assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, p. 468-493, 2009; Beatty, David M. *The ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 160 e ss.

<sup>26</sup> BVerfGE 141, 220 (267) [2016].



menor do que a dos parlamentos quando se trata de ponderar conflitos de interesse. Por isso, deve haver outros fundamentos normativos do Estado Constitucional Liberal sobre os quais os tribunais possam amparar o uso do exame de proporcionalidade sobre o Legislativo, este democraticamente mais legítimo.

Uma razão mais profunda é que, em um Estado Constitucional Liberal, o indivíduo pode apelar ao Legislador democraticamente eleito para justificar a necessidade de intervir em direitos fundamentais: o direito a uma justificação é uma contrapartida do processo democrático<sup>27</sup>. Esse tipo de justificativa pode ser baseada em abordagens do tipo da Ética do Reconhecimento<sup>28</sup>, em que o direito à justificação é o reconhecimento fundamental do outro como sujeito racional<sup>29</sup>. A democracia não se legitima como uma luta de poder que permite que os interesses da maioria se sobreponham aos da minoria: é uma busca por consensos racionais sobre o bem-comum que, sob a base de interesses divergentes, deve ser resolvida usando o critério majoritário. Mas ainda é o caso que decisões democráticas precisam ser justificadas como razoáveis. Devido ao número de potenciais patologias do processo democrático – tais como dependências de trajetória irrefletidas e influências ideológicas ou interesses especiais que não promovem o bem-comum –, essa necessidade de razoabilidade e justificação não é garantida apenas pela discussão parlamentar e pelo processo decisório. A revisão judicial amparada no princípio da proporcionalidade exige que essa justificação seja dada. Tal revisão se engaja na interpretação jurídica; ela não opera em um modo hermenêutico, mas como um controle instrumental e de racionalidade normativa. Ela não exige uma justificação que faça referência a um texto dotado de autoridade<sup>30</sup>, mas uma justificação instrumental e normativa das medidas governamentais com base em padrões racionais.

---

<sup>27</sup> Kumm, M. The idea of socratic contestation and the right to justification: The point of rights-based proportionality review. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 2, p. 141-175, 2010. p. 157 e ss.; ver também: Petersen, N. *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*. Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 32 e ss.; Arnaud, A. V. Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit. In: Jestaedt, Matthias; Lepsius, Oliver (ed.). *Verhältnismäßigkeit*. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. p. 289.

<sup>28</sup> Honneth, A. *Kampf um Anerkennung*. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003. p. 174 e ss., sobre a importância do reconhecimento jurídico pelo autorrespeito.

<sup>29</sup> Forst, R. *Das Recht auf Rechtfertigung*. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007. p. 9 e ss., 68 e ss., 291 e ss., sobre a importância para os Direitos Humanos.

<sup>30</sup> Sobre a referência intencional ao texto enquanto um aspecto definidor da justificação hermenêutica da interpretação e construção jurídicas, ver Poscher, R. The hermeneutical character of legal construction. In: Glanert S.; Girard, F. (ed.). *Law's hermeneutics*: Other investigations. New York: Routledge, 2017. p. 207 e ss.



Devido à jurisdição dos tribunais, o direito à justificação também é levado à sério numa perspectiva institucional: assim como o princípio democrático é institucionalizado no Parlamento, o exame da proporcionalidade institucionaliza o direito a uma justificação nos tribunais. O princípio da proporcionalidade exige que os representantes da maioria deem uma justificação racional para sua decisão; a exigência de proporcionalidade força a maioria a apresentar essa justificação a uma instituição constitucional apropriada e independente. Como tais, tribunais constitucionais usam o princípio da proporcionalidade *de forma reativa*. Não é o seu papel introduzir a sua ideia de ponderação no lugar da de instituições com mais legitimidade do ponto de vista democrático, mas de usar o princípio da proporcionalidade para forçá-las a demonstrar que as suas decisões são racionalmente justificáveis. Até que ponto o princípio da proporcionalidade satisfaz esse perfil reativo depende não menos de quão racionalmente eficaz ele se mostra.

## V. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Os critérios de adequação e necessidade, por um lado, se ajustam bastante bem aos padrões de racionalidade; por outro lado, eles apenas impedem o Legislativo ou o Executivo de fazer algo estúpido. Eles impedem a escolha de um meio que não promove o propósito designado ou a escolha exagerada de um meio que poderia ser substituído por outro que atingiria o mesmo propósito, porém menos invasivo em relação aos direitos fundamentais em questão. Isto não significa que o Legislador ou a administração às vezes não se desviem de tal padrão de racionalidade puramente instrumental, mas a maioria das decisões – pelo menos as mais controversas – vai mais além, adentrando num exame de proporcionalidade em sentido estrito, que envolve a ponderação dos objetivos perseguidos pelo Estado e os interesses de liberdade dos cidadãos afetados. Assim, se o princípio da proporcionalidade pode ser legitimado pelo direito de justificação racional depende, em grande medida, do desempenho da proporcionalidade em sentido estrito.



## A. Incomensurabilidade como problema da proporcionalidade

Não é nenhuma surpresa que a crítica ao princípio da proporcionalidade tenha, antes de tudo, se concentrado na falta de racionalidade da ponderação de interesses exigida pelo exame da proporcionalidade em sentido estrito devido à incomensurabilidade dos interesses estatais e de liberdade envolvidos. Para julgar o valor relativo dos bens, parece que precisamos de um padrão comum de mensuração: se quisermos avaliar relativamente o poder financeiro de dois Estados-membros de uma Federação, por exemplo, as suas receitas fiscais, os seus ativos e passivos podem ser comparados em euros usando um cálculo monetário. Entretanto, no Direito Constitucional não existe um padrão comum de mensuração para avaliar os interesses, de um lado, de segurança e de liberdade, de outro – interesses que tem sido frequentemente sopesados um contra o outro na jurisprudência recente. Aharon Barak propôs o uso da “importância social” como um padrão comum de mensuração<sup>31</sup>. Mas, ao passo que é verdade que podemos comparar diferentes posições jurídicas uma vez convertidas na moeda de importância social, Timothy Endicott observa, com razão, que para que tal conversão ocorra, é preciso primeiro ter resolvido sua incomensurabilidade, cuja eliminação se destina a servir como um padrão comum de importância social<sup>32</sup>. Uma solução econométrica seria superar a incomensurabilidade ao se questionar empiricamente os titulares de direitos fundamentais sobre a sua disposição em pagar pelos bens que serão pesados uns contra os outros. No entanto, as dificuldades metodológicas dessa abordagem são quase intransponíveis<sup>33</sup>; ademais, tais investigações são impraticáveis para a teoria constitucional. Assim, a incomensurabilidade das posições a serem comparadas parece ser o problema central e inexorável do princípio da proporcionalidade.

## B. Proporcionalidade como solução para o problema da incomensurabilidade

No entanto, se for adotada uma perspectiva diferente, o *script* pode ser invertido: a incomensurabilidade não é o problema do princípio da proporcionalidade; ao invés disso, a

---

<sup>31</sup> Barak, A. *Proportionality*: Constitutional rights and their limitations (nr. 17), 348 e ss.

<sup>32</sup> Endicott, T. Proportionality and incommensurability. *In*: Huscroft, G.; Miller, B. W.; Webber, G. (org.). *Proportionality and the Rule of Law*: rights, justification, reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 318.

<sup>33</sup> Ver: Petersen, N. *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle* (nr. 25), p. 58 e ss.



proporcionalidade é a solução para o problema da incomensurabilidade.<sup>34</sup> Precisamente porque não podemos comparar duas posições jurídicas utilizando um padrão comum, precisamos comparar o grau de realização proporcional de cada uma delas em relação à sua própria escala. Comparar os graus de realização permite a comparação do incomensurável<sup>35</sup>. Bruce Chapman usa o exemplo de uma exposição de cães para explicar isso<sup>36</sup>. *poodles* e pastores alemães não podem ser comparados. Mas, tanto para o *poodle* quanto para o pastor alemão, os juízes podem decidir até que ponto eles se aproximam da representação ideal de suas respectivas raças. Usando esse método, é possível decidir qual cão merece o primeiro lugar. Isso também funciona se, no julgamento do *poodle*, apenas sua aparência for considerada, ao passo que, no julgamento do pastor alemão, a sua funcionalidade como cão de guarda também for levada em consideração.

Tais comparações de realização proporcional podem até atingir exatidão numérica. Por exemplo, no decatlo, conquistas incomensuráveis são avaliadas numericamente. Para registrar os diversos resultados (ou seja, quantos centímetros a mais no salto em distância em comparação com quantos segundos a menos na corrida de 1500 metros) em uma única pontuação geral, as métricas para cada evento são alimentadas em uma fórmula mais complexa usando uma constante específica de disciplina. Essa fórmula é baseada no recorde mundial e na média das realizações dos 30 melhores especialistas e 100 melhores decatletas calculada em 1984<sup>37</sup>.

Da mesma forma, pode-se comparar, por um lado, o peso relativo da restrição aos direitos fundamentais e o da realização do interesse público, por outro. Até que ponto um direito fundamental será restringido em relação à sua realização ideal? Até que ponto um interesse público será promovido em relação à sua realização ideal? A comparação dos dois graus de realização permitirá uma decisão em favor do valor que se realiza em maior grau.

---

<sup>34</sup> Chapman, B. Law, incommensurability, and conceptually sequenced argument. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, n. 1, p. 1487-1528, 1998.

<sup>35</sup> Para um tratamento formalizado, ver Veel, P.-E. Incommensurability, proportionality, and rational legal decision-making. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 2, p. 177-228, 2010. p. 195 e ss.; sobre isso, Petersen, N. *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle* (nr. 25), p. 65 e ss.

<sup>36</sup> Chapman, B. Law, incommensurability, and conceptually sequenced argument (nr. 32), p. 1492.

<sup>37</sup> Fröhlich, M.; Gassmann, F. *et al.* (ed.). 30 Jahre Bewertungstabelle im Zehnkampf. Ist eine Revision nötig? *Leipziger Sportwissenschaftliche Beiträge*, v. 57, n. 2, p. 81-98, 2016.



Claro, argumenta-se com razão que tais grandes expectativas – que estão associadas a essa mudança de perspectiva – são prejudicadas por incertezas consideráveis e suposições normativas<sup>38</sup>. Para o exemplo do decatlo, Weyma Lübbe corretamente aponta que as valorações não são utilizadas para medir, mas para definir – e assim construir – o melhor decatleta<sup>39</sup>. Consequentemente, as fórmulas de conversão são controversas porque podem resultar em um sopesamento diferente das disciplinas<sup>40</sup>. De maneira semelhante, podem ser feitas suposições controversas ao se construir os tipos ideais que formam a base para o grau de realização de uma certa liberdade fundamental ou de um propósito estatal. Não apenas a construção de tipos ideais, mas também a atribuição de graus de realização está associada à necessidade de se fazer juízos valorativos para os quais a concordância intersubjetiva não pode ser garantida. Será difícil chegar a um consenso sobre o grau em que uma medida de monitoramento infringe a liberdade pessoal ou a privacidade e o grau em que promove a segurança nacional. O modelo de graus-de-realização também pressupõe a equivalência dos bens jurídicos a ser comparados: isto não é autoevidente, ainda que os direitos fundamentais individuais não sejam ranqueados e que o interesse público não esteja desmembrado nos direitos fundamentais individuais que ele afeta.

No entanto, a ideia captura algo que acontece quando nos envolvemos nas inúmeras grandes e pequenas decisões envolvendo ponderação entre itens incomensuráveis com as quais nos confrontamos todos os dias<sup>41</sup>. Elas variam desde decisões banais entre restaurantes incomensuráveis, italianos ou chineses, até decisões que definem a vida profissional entre duas carreiras incomensuráveis, como entre a acadêmica ou a forense. Em casos de *clara* desproporcionalidade, uma comparação proporcional dos graus de realização pode provavelmente contar com uma ampla concordância intersubjetiva. Se o restaurante italiano for realmente ruim e o chinês realmente bom, a decisão é fácil, ainda que as cozinhas italiana e chinesa sejam incomensuráveis. Usando um caso constitucional real como exemplo: se uma punção lombar –

---

<sup>38</sup> Petersen, N. *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle* (nr. 25), p. 66 e ss.

<sup>39</sup> Lübbe, W. Abwägen: Warnung vor einer Metapher der normativen Urteilsbildung. *Information Philosophie*, v. 2, n. 1, p. 26-37, 2018. p. 28.

<sup>40</sup> Fröhlich, M.; Gassmann, F. *et al.* 30 Jahre Bewertungstabelle im Zehnkampf. Ist eine Revision nötig? (nr. 35).

<sup>41</sup> Também mencionado por Waldron, J. Fake incommensurability: A response to Professor Schauer. *Hastings Law Journal*, v. 45, n. 4, p. 813-824, 1993. p. 817 e ss., que distingue entre incomensurabilidade forte e fraca, reservando a modalidade forte para as assim chamadas escolhas trágicas.



um procedimento arriscado e invasivo – for requerido pela acusação com o objetivo de provar a culpabilidade de um suspeito de delito de baixo potencial ofensivo, consideraríamos o pedido da acusação desproporcional em face do grau de prejuízo sofrido pelo acusado caso o procedimento fosse realizado<sup>42</sup>. Parece igualmente possível argumentar de forma semelhante sobre as leis de proteção de dados, que monitoram, de modo geral, o comportamento na Internet de toda a população: embora leis gerais de proteção de dados possam ser proporcionais se analisadas pela perspectiva da necessidade de proteger a população do terrorismo e do crime organizado, dificilmente seria o caso se comparadas à necessidade de processar violações de direitos autorais.<sup>43</sup> Racionalmente falando, uma lei de proteção de dados desproporcional criada para julgar violações de direitos autorais sugeriria que, durante o processo legislativo, interesses de direitos autorais bem organizados e especiais prevaleceram sobre o interesse em proteger os direitos fundamentais da maioria da população.

Desproporcionalidades claras mascaram diferenças mais sutis na avaliação e permitem um juízo intersubjetivo convincente. No entanto, nos casos em que não há um desequilíbrio grosseiro, as diferenças intersubjetivas na avaliação se manifestam. Assim, a imponderabilidade de se comparar bens incomensuráveis é mais profunda do que a dificuldade de acordo *intersubjetivo*. As complexidades dos juízos *intrassubjetivos* sobre alternativas incomensuráveis são discutidas pelas teorias da razão prática. Elas adotam abordagens bastante diferentes para explicar as dificuldades colocadas para juízos intrassubjetivos em casos de incomensurabilidade. As decisões sobre carreira profissional oferecem um exemplo típico dessas dificuldades. Para muitos, a decisão entre seguir a carreira de pesquisador ou de advogado pode ser clara; mas sem dúvida alguns indivíduos terão enormes dificuldades para tomá-la. Como explicamos as respectivas dificuldades ao ponderar essas opções?

Teorias epistêmicas sustentam que em todos os casos de comparação valorativa uma alternativa é melhor do que a outra, mas achamos difícil, senão impossível, saber qual é<sup>44</sup>. Teorias semânticas não consideram que a questão seja a decisão difícil em si, mas a imprecisão das

---

<sup>42</sup> BVerfGE 16, 194 (202) [1963].

<sup>43</sup> Sobre essa consequência de retenção de dados, ver BVerfGE 125, 260 (271) [2010].

<sup>44</sup> Regan, D. Value, comparability, and choice. *In*: Chang, R. (ed.). *Incommensurability, incomparability, and practical reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 129.





expressões linguísticas com as quais descrevemos as escolhas como melhores, piores ou igualmente boas. Talvez os termos “melhor”, “pior” e “igualmente bom” sejam vagos<sup>45</sup>. Por outro lado, os incomparabilistas deduzem a incomparabilidade das alternativas advindas da incomensurabilidade<sup>46</sup>. A incomensurabilidade leva nossa razão prática ao seu limite – pelo menos nos casos em que temos dificuldades duradouras em escolher entre duas ou mais alternativas. Portanto, devemos assumir que uma decisão racional não é mais possível em tais casos<sup>47</sup>. Assim como não faz sentido comparar a cor verde com o número 13, não faz sentido comparar carreiras profissionais incomensuráveis. Elas são simplesmente diferentes.

Ruth Chang acrescentou outra proposta à discussão, baseando-se na fenomenologia das correspondentes situações de tomada de decisão. De acordo com Chang, é um erro supor que nossos juízos valorativos sobre alternativas incomensuráveis tenham a mesma estrutura que aqueles sobre as comensuráveis. As comparações mensuráveis são baseadas em uma tricotomia de alternativas valorativas: o padrão comum de “melhor, pior ou igualmente bom”. No entanto, segundo Chang, permanece em aberto se essa tricotomia também se aplica a juízos valorativos sobre itens incomensuráveis ou se a fenomenologia de nossa prática de tomada de decisão sugere que há ainda outra categoria. Uma das duas alternativas incomensuráveis pode não apenas ser melhor, pior, ou igualmente bom, mas ambas também podem estar “em paridade”<sup>48</sup>.

A tricotomia só consegue explicar a dificuldade em decidir entre duas carreiras profissionais alternativas se assumir que são igualmente boas. Mas, então, seria permitido tomar a decisão jogando uma moeda. Esta pode ser uma técnica de tomada de decisão adequada se as carreiras forem de fato igualmente boas. Por exemplo, decidir trabalhar em um escritório de advocacia “A” ou “B”, onde as condições de emprego diferem apenas em detalhes – uma sala de escritório com vista do amanhecer ou do pôr do sol; Coca Cola ou Pepsi como cliente; Mercedes Benz ou BMW, como carro da empresa –, mas que ainda assim são equivalentes. No entanto, isso não parece se

---

<sup>45</sup> Broom, J. Is incommensurability vagueness? *In*: Chang, R. (ed.). *Incommensurability, incomparability, and practical reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 67.

<sup>46</sup> Esta visão parece prevalecer, ver, *e.g.*, Raz, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986. § 13; para mais referências, ver Chang, R. The possibility of parity. *Ethics*, v. 112, n. 4, 659-688, 2002. p. 660.

<sup>47</sup> Raz (nr. 44) p. 324.

<sup>48</sup> Ver Chang, R. The possibility of parity (nr. 44), p. 659; e Chang, R. *Making comparisons count*. Hoboken: Routledge, 2014. p. 123 e ss.



aplicar para todas as decisões entre alternativas incomensuráveis. Escolher entre uma carreira profissional na academia ou na advocacia jogando uma moeda seria inapropriado, devido à importância da decisão. Além disso, se nossas dificuldades fossem explicadas porque as alternativas seriam igualmente boas, uma pequena mudança em uma das suas condições relevantes tornaria a decisão simples. Se ambas as carreiras profissionais oferecessem um salário inicial de 100.000 € por ano, por exemplo, então um aumento de 10.000 € na carreira da advocacia resultaria necessariamente nela se tornar a melhor oferta e, por tabela, a decisão de abrir mão de uma carreira acadêmica mais fácil. Mas isso não parece corresponder à fenomenologia da situação de tomada de decisão.

A suposição de incomparabilidade também é difícil de reconciliar com a fenomenologia de nosso comportamento de tomada de decisão. Se uma das alternativas for consideravelmente ou desvalorizada ou melhorada, então (como mostram as decisões judiciais em casos de clara desproporcionalidade) certamente podemos fazer juízos comparativos. Se o nosso tomador de decisões pudesse seguir uma carreira acadêmica apenas como um acadêmico privado, autofinanciado, com pouca ou nenhuma chance de ingressar nos círculos do debate acadêmico profissional, e se a opção pela advocacia lhe possibilitasse um acesso a um tribunal superior em que as decisões são tomadas à nível acadêmico, então a comparação entre as duas alternativas favoreceria claramente a advocacia. No entanto, por que deveria uma alteração – para melhor ou para pior – em alguns aspectos das alternativas alterar não apenas o resultado da comparação, mas também a comparabilidade das alternativas *enquanto tal*?

A categoria “em paridade” descreve alternativas incomensuráveis que exigem que tomemos um tipo de decisão existencial segundo a qual nos comprometemos com certos valores associados à alternativa escolhida. Somente durante e após essa decisão podemos considerar uma das duas alternativas “melhor”. Na verdade, é por meio desse processo de tomada de decisão que nossa autonomia se manifesta e nossa personalidade se desenvolve. Se todas as nossas decisões fossem determinadas pela razão prática, como as teorias epistêmicas assumem, então não haveria espaço para liberdade<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Chang, R. *Making comparisons count* (nr. 46), p. 170 e ss.



Em última análise, todas as teorias sobre juízos valorativos se opõem à formalização matemática de decisões intrassubjetivas em alternativas incomensuráveis. Conforme os incomparabilistas, qualquer comparação está fora de questão, especialmente uma comparação matemática. No entanto, isso também se aplica às teorias epistêmicas e semânticas, na medida em que assumem que a razão oferece uma solução, mas não podemos reconhecê-la ou descrevê-la. Só podemos calcular com os valores conhecidos e descritíveis. Uma das consequências do raciocínio de Chang é que as formalizações de tomada de decisão com base na tricotomia mencionada não podem ser aplicadas a juízos valorativos sobre alternativas incomensuráveis<sup>50</sup>. Isso é ainda mais verdadeiro quando alternativas incomensuráveis devem ser comparadas em um nível *intersubjetivo*, como é o caso do princípio da proporcionalidade aplicado no contexto dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional, uma vez que os problemas que já se encontram no nível *intrassubjetivo* se multiplicam – até mesmo exponencialmente. Por isso, ao contrário da fórmula sugerida por Robert Alexy, não parece ser possível atribuir propriedades numéricas significativas a aspectos individuais para sua eventual comparação numérica<sup>51</sup>. A vantagem das considerações que levaram à fórmula não está na formalização em si, mas na análise dos componentes individuais que são usados para chegar à formalização. A esse respeito, o componente epistêmico em nossas ponderações merece uma menção especial. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, esses componentes epistêmicos não estão considerados em maneira explícita; eles são, diferentemente disso, incorporados em avaliações de risco e juízos de probabilidade<sup>52</sup>.

A fenomenologia de nossos juízos valorativos sobre alternativas incomensuráveis argumenta especialmente contra o esforço excessivo de confiabilidade intersubjetiva no processo de ponderação. Há casos, como o da punção lombar, em que parece evidente o desequilíbrio dos graus

<sup>50</sup> Chang, R. *The Possibility of Parity* (nr. 44), p. 660 e ss.; Chang, R. *Comparisons* (nr. 46), p. 25 e ss.

<sup>51</sup> Alexy, R. On balancing and subsumption: A structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 1, p. 433-448, 2003.

$${}^{(P)}W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

${}^{(P)}W_{i,j}$  = Peso de um princípio *i* em um caso concreto relativo a um princípio *j* colidente.

$I_i/j$  = Intensidade da interferência com um princípio *i/j*

$W_{i/j}$  = peso abstrato de um princípio *i/j*

$R_i/j$  = Nível de confiabilidade das premissas empíricas em “T”

<sup>52</sup> Mori, T. Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip? *Der Staat*, v. 58, n. 4, p. 555-573, 2019. p. 562 e ss.



relativos de realização das diferentes posições jurídicas. Embora a extensão de tais casos não possa ser definida com precisão, uma vez que o acordo intersubjetivo sobre graus de realização e valores iniciais é em si um fenômeno gradual, é muito pouco controverso que o Tribunal Constitucional Federal tenha ocasionalmente ultrapassado esses limites. Em tais casos, é questionável qual papel o Tribunal Constitucional Federal deve desempenhar no que diz respeito ao direito à justificação. Do ponto de vista do direito à justificação, há muito para se dizer para se restringir o controle da desproporcionalidade aos casos evidentes; nessa perspectiva, as decisões existenciais envolvendo conflitos entre valores democráticos incomensuráveis devem ser deixadas para outros atores politicamente mais legítimos, como o legislador<sup>53</sup>.

### C. O reingresso da hermenêutica

Particularmente em relação ao Poder Legislativo, o Tribunal Constitucional Federal foi além desse papel estritamente definido do direito à justificação. Isso poderia significar que o Tribunal simplesmente excedeu sua legitimidade, e certamente há julgamentos que são difíceis de explicar de outra maneira. No entanto, também é possível que pelo menos alguns dos julgamentos do Tribunal ocultem outros fenômenos que sugerem mais do que um mero controle de desproporcionalidade. Para identificá-los, em primeiro lugar, é útil lembrar como o princípio da proporcionalidade ingressou no Direito Constitucional. Ele surgiu para resolver um problema hermenêutico: o que significa os direitos fundamentais serem vinculantes para um Legislativo que, segundo esses mesmos direitos, tem o poder de defini-los e limitá-los?

Uma resposta a isto foi dada pelo princípio instrumental e normativamente racional da proporcionalidade, com a observação por Matthias Kumm de que ele próprio não tem uma natureza hermenêutica é certamente correta<sup>54</sup>. Mas, já no momento do seu nascimento, enquanto princípio constitucional, o Tribunal Constitucional Federal usou a proporcionalidade para aumentar sua tarefa hermenêutica, que emana do dispositivo que trata da vinculação direta: Art.

---

<sup>53</sup> Ver também Kumm, M. Political liberalism and the structure of rights: On the place and limits of the proportionality requirement. *In*: Pavlakos, G. (ed.). *Law, rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy*. London: Hart Publishing, 2007. p. 164 e seg., argumentando por uma limitação do exame da proporcionalidade para uma divisão institucional de trabalho entre tribunais e instituições políticas.

<sup>54</sup> Kumm, M. *Socratic contestation* (nr. 25), p. 142 e seg.



1 (3) da Lei Fundamental. No caso *Farmácias*, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu sua teoria dos níveis da liberdade profissional dentro das considerações no âmbito da ponderação; uma teoria que se baseia na distinção entre escolha e o exercício da profissão, aludida no texto da norma, que também distingue entre a escolha e o exercício de uma profissão. Ele tenta, assim, efetuar a vinculação do Art. 12 da Lei Fundamental ao Legislativo por meio das considerações no âmbito da ponderação, hermenêuticamente guiadas dentro do seu exame de proporcionalidade em sentido estrito. Em termos funcionais, a abordagem dos níveis derivada do caso *Farmácias* é similar a vários exames desenvolvidos nos Estados Unidos para regular limitações na liberdade de expressão. Assim, a jurisprudência inicial da proporcionalidade havia renunciado uma reentrada da hermenêutica no controle de racionalidade estabelecido com o exame da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, o princípio da proporcionalidade é desenvolvido hermenêuticamente a partir da cláusula vinculante do Art. 1 (3) da Lei Fundamental; em segundo lugar, dentro do princípio da proporcionalidade – que exige apenas um controle de racionalidade instrumental e normativa – a tarefa hermenêutica é retomada no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito. O exame da proporcionalidade em sentido estrito é, portanto, o lugar onde ocorre a construção hermenêutica de padrões doutrinários para direitos fundamentais específicos. Esses padrões doutrinários desenvolvem a maneira específica como esses direitos são diretamente vinculantes. Isso pode ser visualizado pela construção doutrinária dos limites às limitações dos direitos de propriedade, que exigem compensação ao proprietário ainda que não resultem em expropriação, pois, segundo os termos do Art. 14 (3) da Lei Fundamental, compensação é algo explicitamente exigido<sup>55</sup>. Essa construção foi desenvolvida no âmbito do exame da proporcionalidade em sentido estrito, embora não como o resultado de um controle de racionalidade, mas de maneira hermenêutica a partir das disposições jurídicas do Art. 14 da Lei Fundamental sobre o conteúdo e a garantia do valor da propriedade<sup>56</sup>. Com o desenvolvimento doutrinário da exigência de

---

<sup>55</sup> Art. 14 da Lei Fundamental: “(1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei; (3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem-comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização”.

<sup>56</sup> BVerfGE 58, 300 (330 e ss.) [1981]; ver também BVerfGE 35, 79 (120 e ss.) [1973]; 53, 30 (65) [1979]; 61, 1 (44) [1982].



compensação, a proporcionalidade em sentido estrito é hermeneuticamente reespecificada para os propósitos do Art. 14 da Lei Fundamental.

Isso também pode ser visualizado em relação a muitas medidas organizacionais e procedimentais exigidas pelo Tribunal no contexto do exame de proporcionalidade em sentido estrito para a proteção de inúmeros direitos fundamentais<sup>57</sup>. Eles são melhor explicados hermeneuticamente do que como expressões de um controle de racionalidade comparativa entre graus de realização. A própria Lei Fundamental estabelece garantias processuais, em especial – mas não apenas –, na forma da exigência de decisão judicial prévia para intervenções particularmente severas em direitos fundamentais especialmente sensíveis, tais como a restrição de liberdade ou a busca e apreensão domiciliar. Enquanto isso, esse pensamento foi retomado no contexto de outras intervenções particularmente invasivas em outros direitos fundamentais que não estão equipados com garantias processuais explícitas. Assim como a garantia da liberdade geral de ação do Art. 2 (1), a Lei Fundamental também prevê a proteção do direito à vida e à integridade física no Art. 2 (2)<sup>58</sup> com uma cláusula que permite limitações por meio de lei ordinária. Isso significa que o direito à liberdade, diante de intervenções severas na integridade física, como a obrigatoriedade de tratamento médico, disfruta do mesmo grau de proteção jurídica que a liberdade geral de andar à cavalo pela floresta?<sup>59</sup> Quando o Tribunal Constitucional Federal exige normas processuais específicas e decisão judicial para a obrigatoriedade de tratamento médico, ele dá uma resposta à questão de saber o que significa a vinculação da garantia à vida e à integridade física junto de uma cláusula que parece exigir apenas uma mera lei ordinária para justificar intervenções na vida, integridade física e liberdade pessoal. Hermeneuticamente, a construção doutrinária de garantias processuais que vão além de uma simples lei ordinária poderia apontar

---

<sup>57</sup> Goerlich, H. *Grundrechte als Verfahrensgarantien*. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik. Baden-Baden: Nomos, 1981; Bethge, H. Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren. Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion, *Neue Juristische Wochenschrift - NJW*, v. 1/2, n. 1, p. 1-7, 1982; Redeker, K. Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe. Bemerkungen zu einem *status activus processualis*. *Neue Juristische Wochenschrift - NJW*, v. 1, n. 1, p. 1593-1598, 1980; Ossenbühl, F. Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht. *In*: Eichenberger, K.; Müller, G. (ed.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1982. p. 183.

<sup>58</sup> Art. 2 (1) da Lei Fundamental: Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

<sup>59</sup> BVerfGE 80, 137 (154 ff.) [1989].



para o Art. 104 da Lei Fundamental<sup>60</sup>, em que garantias processuais similares para intervenções severas à liberdade pessoal são explicitamente exigidas na tradição do *habeas corpus*. A liberdade individual, é preciso notar, é garantida no mesmo artigo e, na verdade, no mesmo parágrafo que os direitos à vida e à integridade física<sup>61</sup>.

O mesmo se aplica para as buscas *online* e o monitoramento de telecomunicações. Ambos são intervenções severas no direito fundamental à privacidade<sup>62</sup>. Na sua dimensão espacial, a privacidade é protegida pelo Art. 13 da Lei Fundamental<sup>63</sup>, que garante a inviolabilidade do domicílio. Enquanto intervenção bastante severa, o Art. 13 (2) da Lei Fundamental exige decisão judicial prévia para buscas em domicílios. Quando o Tribunal Constitucional Federal exige uma autorização prévia e independente para as buscas *online* e o monitoramento de telecomunicações, isso pode ser retratado hermeneuticamente nas garantias processuais que a própria Lei Fundamental fornece para intervenções severas à privacidade, nos termos do Art. 13 da Lei Fundamental. Assim, ele atualiza a vinculação das proteções de privacidade da Lei Fundamental para novas formas de intervenções à privacidade, que às vezes são ainda mais invasivas e aprimoradas pela tecnologia.

A capacidade de a proporcionalidade em sentido estrito em funcionar como porta de entrada para a construção doutrinária da natureza vinculante dos direitos fundamentais torna-se particularmente clara quando o princípio da proporcionalidade atinge os seus limites. Isso parece ter acontecido no que diz respeito à legislação de segurança nacional, especialmente no que diz respeito à prevenção de riscos<sup>64</sup>. Como a mera coleta de dados pode não ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para prevenir eventos terroristas, como os ataques em 11 de

---

<sup>60</sup> Art. 104 (2) da Lei Fundamental: “Cabe apenas ao juiz decidir sobre a admissibilidade e continuação de uma privação de liberdade. Em qualquer caso de privação de liberdade não ordenada pelo juiz, terá de ser obtida imediatamente uma decisão judicial”.

<sup>61</sup> BVerfGE 128, 282 (315 ff.) [2011].

<sup>62</sup> BVerfGE 120, 274 (331 ff.) [2008].

<sup>63</sup> Art. 13 da Lei Fundamental: “(1) O domicílio é inviolável; (2) Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz e, caso a demora implique em perigo, também pelos demais órgãos previstos na legislação e somente na forma nela estipulada”.

<sup>64</sup> Volkman, U. Anmerkung zur BVerfGE Rasterfahndung. *JuristenZeitung*, v. 61, n. 18, p. 918-920, 2006. p. 919; Lepsius, Oliver. Die Grenzen der präventivpolizeilichen Telefonüberwachung, *Jura*, v. 1, n. 1, p. 929-937, 2006. p. 931.



setembro e os ocorridos em Madri, Londres e Paris? Considerando a enormidade do dano ameaçado, o peso comparativo atribuído aos direitos de privacidade precisa se tornar insignificante. A dinâmica de prevenção de riscos já resultou em apelos para elevar o padrão de proporcionalidade no sentido de exigir que a sua operacionalidade também seja garantida. As medidas preventivas seriam, assim, inconstitucionais não apenas quando são desproporcionais, mas também quando são sempre proporcionais<sup>65</sup>. Se isso descreve corretamente a situação, não é de se surpreender que discussões sobre razoabilidade consumam uma parcela tão grande da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o Direito de Segurança Pública.

Quando o Tribunal Constitucional Federal estabelece “perigo concreto” como um padrão apropriado para medidas de promoção da segurança<sup>66</sup> particularmente intensivas<sup>67</sup> ou particularmente extensivas<sup>68</sup>, ou, ainda, desenvolve requisitos procedimentais mais detalhados para a proteção da área nuclear do direito geral de personalidade<sup>69</sup>, essas construções doutrinárias não podem ser consideradas meramente como resultado de uma comparação entre só diferentes graus de realização da segurança nacional e dos direitos fundamentais. Em vez disso, elas são o resultado de um esforço doutrinário-constutivo para resolver o problema hermenêutico original da vinculação do legislador aos direitos fundamentais em vista do fracasso, ou pelo menos o fraco desempenho, do princípio da proporcionalidade como um mero controle de racionalidade. As considerações no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito em tais casos estão preocupadas com o controle da racionalidade normativa, mas também e mais importante, com a especificação de como o Legislador está vinculado a um direito fundamental específico. A natureza vinculante dos direitos fundamentais continua a ser desenvolvida doutrinariamente dentro do princípio da proporcionalidade que, por sua vez, é um desenvolvimento doutrinário para efetuar a vinculação jurídica dos direitos fundamentais exigida pelo Art. 1 (3) da Lei Fundamental.

---

<sup>65</sup> Enders, Christoph; Wiederin, Ewald. Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Band 74. Berlin: De Gruyter, 2005. p. 46 e ss.

<sup>66</sup> Sobre os diferentes níveis de periculosidade, ver Poscher, Ralf. Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit: Ihr System im Licht der neueren Verfassungsrechtsprechung. *Die Verwaltung*, v. 41, n. 3, 345-373, 2008.

<sup>67</sup> BVerfGE 115, 320 (361 f.) [2006]; 125, 260 (330) [2010]; 141, 220 (217) [2016].

<sup>68</sup> BVerfGE 115, 320 (362 ff.) [2006].

<sup>69</sup> Poscher, R. Menschenwürde und Kernbereichsschutz: Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens. *JuristenZeitung*, v. 64, n. 6, p. 269-277, 2009.





Essa argumentação não está limitada à situação do Legislador e às suas obrigações constitucionalmente vinculantes; na verdade, o Tribunal Constitucional Federal utilizou o conceito de proporcionalidade em sentido estrito para desenvolver doutrinariamente as limitações que os direitos fundamentais impõem a tribunais especializados. Um exemplo pode ser visto nas decisões sobre liberdade de expressão em que os funcionários públicos e os tribunais são obrigados a interpretar enunciados contestados de uma forma favorável ao exercício da liberdade de expressão. Em outras palavras, eles devem presumir que tais enunciados pretendem ter um significado compatível com o Direito<sup>70</sup>. Não seria nem irracional (sob a ótica do propósito) nem inadequado (sob a ótica da proporcionalidade normativa) basear a interpretação de uma afirmação sob o ponto de vista do destinatário. Porém, o exame de proporcionalidade em sentido estrito não serve apenas ao propósito de uma análise comparativa da realização de graus, mas fornece também a estrutura para especificar a natureza diretamente vinculante da obrigação do Art. 5 (1) da Lei Fundamental a funcionários públicos e tribunais, forçando-os a buscar uma interpretação de afirmações que seja favorável ao exercício da liberdade de expressão. Assim como a interpretação da exigência de generalidade (no sentido de neutralidade de conteúdo) do Art. 5 (2) da Lei Fundamental<sup>71</sup> para leis que limitam a liberdade de expressão fortalece a vinculação do Legislativo a esse direito, o princípio da proporcionalidade serve como um esquema no qual a presunção da constitucionalidade de afirmações pode contribuir para fortalecer a vinculação da Administração e dos tribunais.

Esses exemplos de reingresso da hermenêutica na discussão da proporcionalidade não são exaustivos<sup>72</sup>. No entanto, eles são uma indicação de que essa perspectiva sobre as considerações no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, elaboradas pelo Tribunal Constitucional Federal, pode ser mais fértil do que tentar compreendê-los como graus de realização ponderáveis. Eles apontam para um programa de pesquisa que também poderia se mostrar produtivo sob uma perspectiva comparada, tendo em vista que a proporcionalidade pode assumir uma função similar também em outros sistemas constitucionais ou de Direitos Humanos. Portanto, obrigações

---

<sup>70</sup> BVerfGE 82, 43 (53 f.) [1990]; 94, 1 (9) [1996].

<sup>71</sup> Art. 5 (2) da Lei Fundamental: “Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal”.

<sup>72</sup> Para mais exemplos, ver: Bumke, C. *Der Grundrechtsvorbehalt*. Baden-Baden: Nomos, 1989. p. 101 e 231.



constitucionais vinculantes e proporcionalidade estão recursivamente conectadas. O princípio da proporcionalidade responde ao problema hermenêutico de como garantir a vinculação constitucional dos direitos fundamentais em face de disposições gerais que autorizam limitações legislativas a esses direitos. No interior do princípio da proporcionalidade, a resposta a essa questão é mais uma vez reespecificada hermeneuticamente para cada direito fundamental dentro do exame de proporcionalidade em sentido estrito. Ele serve para tornar a vinculação constitucional de cada direito fundamental mais concreta e, desse modo, mais eficaz.

## REFERÊNCIAS

- Aleinikoff, A. T. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, p. 943-1005, 1987.
- Alexy, R. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 1, p. 433-448, 2003.
- Arnaud, A. V. Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit. In: Jestaedt, M.; Lepsius, O. (ed.). *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- Baade, B. *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter*. Zur Methodik, Legitimität und Rolle des Gerichtshofs im demokratisch-rechtsstaatlichen Entscheidungsprozess. Berlin/Heidelberg: Springer, 2017.
- Barak, A. *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Beatty, D. M. *The ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Bethge, H. Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren. Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion. *Neue Juristische Wochenschrift - NJW*, v. 1/2, n. 1, p. 1-7, 1982.
- Broom, J. Is Incommensurability vagueness? In: Chang, R. (ed.). *Incommensurability, incomparability, and practical reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 67-89.
- Bumke, C. *Der Grundrechtsvorbehalt*. Baden-Baden: Nomos, 1989.
- Chang, R. *Making comparisons count*. Hoboken: Routledge, 2014.
- Chang, R. The possibility of parity. *Ethics*, v. 112, n. 4, p. 659-688, 2002.
- Chapman, B. Law, incommensurability, and conceptually sequenced argument. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, n. 1, p. 1487-1528, 1998.
- Christoffersen, J. *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2009.



- Dreier, H. Die Zwischenkriegszeit. In: Merten, D.; Papier, H.-J. (eds). *Handbuch der Grundrechte I*. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.
- Ehmke, H. Prinzipien der Verfassungsinterpretation. Mitbericht von Professor Dr. Horst Ehmke. *VVDStRL*, v. 20, n. 1, p. 53-102, 1963.
- Enders, C.; Wiederin, E. Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Band 74. Berlin: De Gruyter, 2005.
- Endicott, T. Proportionality and incommensurability. In: Huscroft, G.; Miller, B. W.; Webber, G. (ed.). *Proportionality and the Rule of Law: rights, justification, reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Forst, R. *Das Recht auf Rechtfertigung*: Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.
- Forsthoff, E. *Der Staat der Industriegesellschaft*: Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland. München: C.H. Beck, 1971.
- Fröhlich, M. et al. (ed.). 30 Jahre Bewertungstabelle im Zehnkampf. Ist eine Revision nötig? *Leipziger Sportwissenschaftliche Beiträge*, v. 57, n. 2, p. 81-98, 2016.
- Goerlich, H. *Grundrechte als Verfahrensgarantien*. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik. Baden-Baden: Nomos, 1981.
- Greene, J. Rights as trumps? *Harvard Law Review*, v. 132, n. 1, p. 28-132, 2018.
- Grzeszick, B. Art. 20 GG. In: Maunz, T.; Dürig, G. (ed.). *Grundgesetz Kommentar*. München: Beck, 2019.
- Hensel, A. Die Rangordnung der Rechtsquellen. In: Anschütz, G.; Thoma, R. (ed.). *Handbuch des deutschen Staatsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1932.
- Hesse, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Karlsruhe: Müller, 1967.
- Honneth, A. *Kampf um Anerkennung*. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.
- Kaufmann, E. Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. *VVDStRL*, v. 9, n. 1, p. 1-16, 1952.
- Koch, O. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Univ. Diss. Göttingen, 2003.
- Kumm, M. Political liberalism and the structure of rights: On the place and limits of the proportionality requirement. In: Pavlakos, G. (ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. London: Hart Publishing, 2007. p. 131-166.
- Kumm, M. The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 2, p. 141-175, 2010.
- Lepsius, O. Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. In: Jestaedt, M.; Lepsius, O. (ed.). *Verhältnismässigkeit*. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.



Lepsius, O. Die Grenzen der präventivpolizeilichen Telefonüberwachung, *Jura*, v. 1, n. 1, p. 929-937, 2006.

Lerche, P. *Übermaß und Verfassungsrecht*. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Colônia: Heymann, 1961.

Lübbe, W. Abwägen: Warnung vor einer Metapher der normativen Urteilsbildung. *Information Philosophie*, v. 2, n. 1, p. 26-37, 2018.

Mager, U. *Einrichtungsgarantien*. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

Ossenbühl, F. Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht. In: Eichenberger, K.; Müller, G. (ed.). *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1982.

Petersen, N. *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*. Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

Poetzsch-Heffter, F. *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919*: ein Handbuch für Verfassungsrecht und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes. Univ. Diss. Münster [Westphalen], Müller, Jur. Verl. 1995.

Poscher, R. Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit: Ihr System im Licht der neueren Verfassungsrechtsprechung. *Die Verwaltung*, v. 41, n. 3, p. 345-373, 2008.

Poscher, R. Menschenwürde und Kernbereichsschutz. Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens. *JuristenZeitung*, v. 64, n. 6, p. 269-277, 2009.

Poscher, R. The hermeneutical character of legal construction. In: Glanert, S.; Girard, F. (ed.). *Law's Hermeneutics*. Other investigations. New York: Routledge, 2017. p. 207-228.

Raz, J. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

Redeker, K. Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilnahme: Bemerkungen zu einem *status activus processualis*. *Neue Juristische Wochenschrift - NJW*, v. 1, n.1, p. 1593-1598, 1980.

Regan, D. Value, comparability, and choice. In: Chang, R. (ed.). *Incommensurability, incomparability, and practical reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 129-150.

Reimer, P. Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht. Ein heterogenes Konzept. In: Jestaedt, M.; Lepsius, O. (ed.). *Verhältnismäßigkeit*. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

Saurer, J. Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. *Der Staat*, v. 43, n. 1, p. 3-33, 2012.

Schlink, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

Schmitt, C. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 1958.

Smend, R. Das Recht der freien Meinungsäußerung. *VVDStRL*, v. 4, n. 1, p. 44-75, 1928.



- Stern, K. Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes. In: Badura, Peter (ed.). *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag. München: Beck, 1993.
- Tsakyrakis, S. Proportionality: an assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, p. 468-493, 2009.
- Veel, P.-E. Incommensurability, proportionality, and rational legal decision-making. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, n. 2, p. 177-228, 2010.
- Volkman, U. Anmerkung zur BVerfGE Rasterfahndung. *JuristenZeitung*, v. 61, n. 18, p. 918-920, 2006.
- Wahl, R. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ausgangslage und Gegenwartsproblematik. In: Heckmann, D.; Schenke, R. P.; Sydow, G. (ed.). *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel*. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 824-826.
- Waldron, J. Fake incommensurability: a response to Professor Schauer. *Hastings Law Journal*, v. 45, n. 4, p. 813-824, 1993.

