

# O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado

Alexandre Araújo Costa



© by Alexandre Araújo Costa - 2008

**FICHA TÉCNICA**

Arte da capa: *Daniela Diniz e Alexandre Araújo*  
Editoração eletrônica: *Beto Paixão*  
Revisão / composição: *O autor*  
Supervisão: *Victor Tagore*

ISBN: 978-85-7062-732-2

---

C837o Costa, Alexandre Araújo,  
O controle de razoabilidade no direito comparado / Alexandre Araújo Costa. — Brasília: Thesaurus, 2008.  
210 p.

1.Direito Constitucional 2.Princípio da Razoabilidade  
3.Princípio da Proporcionalidade 4.Devido Processo Legal  
I. Título

CDU 342

---

Contato com o autor: [alexandre@arcos.adv.br](mailto:alexandre@arcos.adv.br)

Todos os direitos em língua portuguesa, no Brasil, reservados de acordo com a lei. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, incluindo fotocópia, gravação ou informação computadorizada, sem permissão por escrito do Autor. **THESAURUS EDITORA DE BRASÍLIA LTDA.** SIG Quadra 8, lote 2356 - CEP 70610-400 - Brasília, DF. Fone: (61) 3344-3738 - Fax: (61) 3344-2353 \* End. Eletrônico: [editor@thesaurus.com.br](mailto:editor@thesaurus.com.br) \*Página na Internet: [www.thesaurus.com.br](http://www.thesaurus.com.br)

Composto e impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

## B - JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

### 1. HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os antecedentes do princípio da proporcionalidade na cultura jurídica europeia já foram tratados no primeiro capítulo, no qual descrevemos em linhas gerais a evolução do controle de razoabilidade. Dissemos, então, como a experiência da II Guerra Mundial contribuiu para o rompimento do dogma da intangibilidade do legislador e da forma como a jurisprudência europeia do pós-guerra iniciou um movimento no sentido de controlar a razoabilidade dos atos legislativos. Desde o início das suas atividades, o Tribunal Constitucional Federal buscou elaborar métodos de controle de razoabilidade, cuja expressão mais desenvolvida é o denominado *princípio da proporcionalidade*. Embora referências à necessidade e mesmo à proporcionalidade seja anterior à própria instituição do BVerfG, a consolidação dos três subprincípios constitutivos<sup>218</sup> sob a denominação de *princípio da proporcionalidade* remonta apenas ao final da década de 50. Antes disso, é possível identificar na jurisprudência apenas uma “[...] idéia mais ou menos difusa de proporção, de repulsa pelo excesso, ou de necessidade. Com efeito, muito antes de se suspeitar sequer que iria haver um princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade já era possível vislumbrar sinais de uma idéia de proibição do excesso ou de proporção”<sup>219</sup>.

Somente a série de circunstâncias que se somaram no segundo pós-guerra tornou possível a construção de um

218. Essa é a denominação utilizada por Canotilho para designar a adequação, necessidade e proporcionalidade.

219. CANAS, *O princípio da proibição do excesso na Constituição*, p. 325

princípio autônomo e com o seu atual conteúdo. Entre esses elementos podemos citar o trauma da experiência nazista, que no âmbito jurídico significou uma revisão do positivismo até então dominante e uma retomada de idéias jusnaturalistas até então abandonadas. Chaïm Perelman observara no início da década de 70 que a Constituição alemã — tal como interpretada pelo BVerfG — permite aos juízes controlar a conformidade das leis não apenas frente às normas constitucionais, mas “à *idéia de direito*, reencarnação moderna do direito natural”<sup>220</sup>. Essa recuperação das idéias jusnaturalistas possibilitou o desenvolvimento, no BVerfG, da doutrina dos valores. Segundo o BVerfG, a constituição não é apenas um conjunto de normas, mas envolve também uma ordem hierárquica e objetiva de valores.

Uma das expressões dessa doutrina é justamente o entendimento — manifestado pelo BVerfG e defendido por Alexy na ciência do direito — dos princípios como mandados de otimização, postura que possibilita o controle dos atos estatais não apenas frente às normas constitucionais, mas também aos valores cuja efetividade esses princípios buscam maximizar. Dentro desse quadro, tornou-se bastante aceitável que fossem desenvolvidos critérios para avaliar a adequação entre o conteúdo dos atos estatais e o valor fundamental de justiça — traduzido pela exigência de proporcionalidade e proibição do excesso. A aplicação do princípio da proporcionalidade envolve um alto grau de intervenção judicial na atividade legislativa e administrativa que somente passou a ser aceito pela comunidade jurídica europeia a partir do pós-guerra — ressalvado que essa aceitação não é unânime nem homogênea em todos os países europeus.

---

220. PERELMAN, *L'interprétation juridique*, p. 32.

Antes dos anos 50, o conceito de proporcionalidade já estava presente na teoria jurídica alemã, mas abrangia apenas aquilo que atualmente se designa por *necessidade*, a exigência de que o Estado utilize os meios mais suaves para atingir seus fins — que atualmente é vista como apenas um dos componentes do princípio da proporcionalidade.<sup>221</sup> Note-se, contudo, que a exigência de necessidade já pressupunha a de adequação — como ressaltam Alexy<sup>222</sup> e Canas<sup>223</sup>.

A clarificação dos desdobramentos internos é da responsabilidade conjunta do legislador, da jurisprudência e da doutrina. Em alguma legislação do começo da década [de 50], o legislador distingue inequivocamente necessidade (com adequação implícita) e proporcionalidade em sentido estrito, embora sem os baptizar. Esta evolução é acompanhada pela doutrina e pelo BVerfG que, em 1958, na Apothekenurteil [decisão sobre as farmácias], distingue a necessidade (Eforderlichkeit) e a adequação (Geeignetheit), da proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit).<sup>224</sup>

Não seria razoável, contudo, considerar que desde o início o BVerfG estabelecia essas distinções com clareza. Como toda construção jurisprudencial, inicialmente os critérios de proporcionalidade eram aplicado de forma mais ou menos coerente. Nas decisões do início da década de 50, o Tribunal Constitucional Federal aplica-os “hesitantemente e sem conseqüências sistemáticas claras”. Foi apenas depois do *Caso das Farmácias*, em 1958, que o

---

221. CANAS, *O princípio da proibição do excesso na Constituição*, p. 330.

222. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pp. 111-112.

223. CANAS, *O princípio da proibição do excesso na Constituição*, p. 328.

224. CANAS, *O princípio da proibição do excesso na Constituição*, p. 331.

recurso ao princípio se tornou cada vez mais freqüente.<sup>225</sup> Como afirmou Eberhard Grabitz, no início da década de 70:

Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de forma hesitante e casual, sem conseqüência sistemática evidente; desde o “Apotheken-Urteil” [*Caso das Farmácias*], porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do Estado. Sua principal função, o princípio da proporcionalidade a exercita na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.<sup>226</sup>

Como resultado da evolução aqui apontada, no início da década de 60, o princípio da proporcionalidade consolidou-se na sua conformação atual<sup>227</sup>: exigindo que toda restrição de direitos precisa ser adequada, necessária e proporcional, no sentido que deve ser apropriada para a consecução dos fins da norma, deve limitar os direitos o menos possível e deve traduzir uma justa medida entre o interesse público e o direito limitado.<sup>228</sup>

---

225. CANAS, *O princípio da proibição do excesso na Constituição*, p. 331, nota 29.

226. GRABITZ, Eberhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. AöR, 1973/4 98, pp. 569-570. Citado por BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 359.

227. CANAS, *O princípio da proibição do excesso na Constituição*, p. 332.

228. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 417.

## 2. JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

### a) Ordem objetiva de valores

Um dos principais conceitos que orientam a atuação do BVerfG é a de que a Lei Fundamental não é formada apenas por regras e princípios, mas que subjaz ao sistema de normas uma ordem objetiva de valores, uma ordem hierárquica definida de valores constitucionais, uma concepção que é afirmada de forma explícita pelo BVerfG no *Caso Lüth*:

A seção de direitos humanos estabelece uma ordem objetiva de valores e essa ordem reforça bastante o poder dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que se centra na dignidade da personalidade humana em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, precisa ser entendido como uma decisão constitucional fundamental, que afeta todas as esferas do Direito. Ele serve como critério para medir e avaliar todas as ações legislativas, administrativas e judiciais.<sup>229</sup>

Donald Kommers faz uma interessante descrição da teoria germânica construída sobre a noção de que existe uma tal ordem objetiva:

Não há qualquer debate na Alemanha, como há nos Estados Unidos, sobre se a Constituição fixa primordialmente procedimentos ou valores. Os alemães não mais entendem sua constituição como uma simples expressão de uma ordem real de poder. Eles normalmente concordam que a Lei Básica é fundamentalmente uma constituição normativa que abrange valores, direitos e deveres. Como veremos, a admissão de que a Lei Fundamental é um documento orientado a valores — em verdade, um documento que es-

---

229. KOMMERS, *The Constitutional jurisprudence...*, p. 363.

tabelece uma ordem hierárquica de valores — é uma idéia familiar à jurisprudência constitucional alemã.”<sup>230</sup>

Em suma, o Estado de Direito social não é governado apenas pelo Direito; ele também é entendido como um código substantivo [*substantive charter*] de justiça. Todo o direito positivo deve guardar conformidade com a ordem de valores da Lei Fundamental — enquanto diversa dos direitos e garantias individuais —, que informa a Constituição como um todo.<sup>231</sup>

Na busca pelos princípios constitucionais mais importantes, a Corte Constitucional entendeu adequado interpretar a Lei Fundamental em termos de sua unidade estrutural. Talvez “unidade ideológica” seria o termo mais adequado, porque a Corte Constitucional entende a Lei Fundamental como uma estrutura unificada de valores substantivos. A peça central dessa estratégia interpretativa é o conceito de uma ordem objetiva de valores, um conceito que deriva das glosas apostas pela Corte Constitucional ao texto da Lei fundamental. De acordo com esse conceito, a Constituição incorpora as decisões valorativas fundamentais dos constituintes, sendo que a mais fundamental é a escolha de uma ordem democrática — uma democracia liberal, representativa, federal e parlamentar — sustentada e reforçada pelos direitos e liberdades fundamentais. Esses valores fundamentais são objetivos porque se considera que ele têm uma realidade independente na Constituição, impondo a todos os órgãos de governo a obrigação de realizá-los na prática.

A noção de uma ordem objetiva de valores pode ser colocada de outra forma. Todo direito fundamental na Constituição — por exemplo, liberdade de expressão, imprensa, associação e o direito à propriedade ou o direito a escolher uma profissão ou ocupação — tem um valor correspondente. Um direito fundamental é um direito negativo

230. KOMMERS, *The Constitutional jurisprudence...*, p. 32.

231. KOMMERS, *The Constitutional jurisprudence...*, p. 37.

contra o Estado, mas esse direito também representa um valor, e enquanto valor impõe ao Estado uma obrigação positiva de assegurar que ele se torne uma parte integrante do ordenamento jurídico. Um exemplo pode ser suficiente: o direito à liberdade de imprensa protege um jornal contra qualquer ação do Estado que limitasse sua independência, mas enquanto um valor objetivo aplicável à sociedade como um todo, o Estado tem o dever de criar as condições que tornam possível e efetiva a liberdade de imprensa. Na prática, isso significa que o Estado pode ter que regular a imprensa para promover o valor da democracia; por exemplo, editando uma legislação para evitar que a imprensa como um todo caia nas mãos de qualquer grupo de interesse.

Esse entendimento da Constituição como um sistema hierárquico de valores conta com o apoio geral dos constitucionalistas alemães, apesar da intensa controvérsia dentro e fora dos tribunais sobre a aplicação da teoria a casos particulares. Segundo algumas perspectivas jurisprudenciais, essa teoria permite à Corte um engajamento em um processo de decisão que permite a livre escolha das finalidades a serem atingidas, mantendo ao mesmo tempo a aparência de ser um processo limitado pelo texto das leis. É uma engenhosa — alguns críticos diriam maliciosa — metodologia judicial. [...] Em suma, ela satisfaz a tradicional exigência germânica de objetividade no sentido de separar Direito e Política, mas tolera a busca de um sentido [político] no Direito Constitucional.<sup>232</sup>

#### **b) Crítica à jurisprudência dos valores: Jürgen Habermas**

Percebe-se, dessa forma, que a jurisprudência do BVerfG considera que os valores que compõem essa ordem hierárquica podem ser utilizados como parâmetros para o

---

232. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence...*, p. 47.

controle de constitucionalidade. Essa postura — chamada de Jurisprudência dos Valores — vem sofrendo críticas bastante ácidas, especialmente pelo grande risco de que o Tribunal revista suas próprias decisões valorativas com o manto de um procedimento racionalmente orientado, o que aumenta a capacidade de persuasão das decisões sem aumentar o seu grau de racionalidade. Habermas critica a jurisprudência dos valores porque considera que essa redução dos princípios a valores conduz a uma argumentação jurídica inconsistente. Na medida em que os princípios têm um caráter deontológico<sup>233</sup> e os valores um caráter teleológico<sup>234</sup>, os argumentos fundados em princípios não têm a mesma função e a mesma estrutura dos argumentos fundados em valores. Por esses motivos, Habermas conclui que:

A transformação conceitual de direitos fundamentais em bens fundamentais significa que direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em um contexto de justificação, *normas e valores têm diferentes papéis na lógica da argumentação*.<sup>235</sup>

Porque normas e princípios, em virtude do seu caráter deontológico, podem pretender ser universalmente obrigatórios e não apenas especialmente preferíveis, eles possuem uma maior força de justificação que os valores. Valores devem ser postos em uma ordem transitiva com outros valores, caso a caso. Como não há padrões racionais para isso, esse sopesamento acontece arbitrariamente ou sem maior reflexão, de acordo com os padrões e hierarquias costumeiras.

A partir do momento em que uma corte constitucional adota a doutrina de uma ordem objetiva de valores e fundamenta seu processo de decisão em uma forma de realis-

---

233. No sentido de que estabelecem normas a serem obedecidas.

234. No sentido de que estabelecem fins a serem perseguidos.

235. HABERMAS, *Between facts and norms*, p. 257.

mo ou convencionalismo moral, o perigo de decisões irracionais cresce, porque os argumentos funcionais ganham precedência sobre os normativos. Certamente, há vários princípios ou bens coletivos que representam perspectivas cujos argumentos podem ser introduzidos em um discurso jurídico em casos de colisão de normas [...]. Mas argumentos baseados em tais bens e valores coletivos apenas contam na mesma medida que as normas e princípios pelas quais esses objetivos podem, a seu turno, ser justificados. Em última instância, apenas direitos podem ser invocados em um jogo argumentativo. [...] Um julgamento orientado por princípios precisa decidir qual pretensão e qual ação em um dado conflito é correta — e não como ponderar interesses ou relacionar valores. [...] A validade jurídica do julgamento tem o caráter deontológico de um comando, e não o caráter teleológico de um bem desejável que nós podemos alcançar até um certo nível.<sup>236</sup>

Percebemos, assim, que Habermas contesta uma das idéias básicas da jurisprudência dos valores que é a concepção germânica de que os princípios constitucionais são máximas de otimização, cujo mais célebre teórico é Robert Alexy. Contra essa visão, Habermas invoca a teoria de Dworkin, que entende os princípios como proposições propriamente deontológicas, embora dotados de uma dimensão de peso. Outra distinção feita por Dworkin e que é importante para a compreensão dessa questão é a diferença entre princípios e programas<sup>237</sup> [*principles and policies*]. Dworkin

236. HABERMAS, *Between facts and norms*, pp. 259-261.

237. O termo inglês *policy* refere-se a um conjunto de idéias ou um plano, oficialmente aceitos por um grupo de pessoas, organização empresarial, governo ou partido político, que versem sobre o que fazer em determinadas situações. [Cambridge International Dictionary of English, verbete *policy*. “a set of ideas or a plan of what to do in particular situations that has been agreed officially by a group of people, a business organization, a government or a political party.”] Esse termo normalmente é traduzido para o português como *política*, mas essa escolha coloca sérios entraves à tradução da expressão *political policies*

utiliza o termo princípios em dois sentidos, um geral e um específico. No sentido geral, princípio é qualquer *standard* que não seja uma regra<sup>238</sup>, o que incluiria especialmente os programas e os princípios em sentido estrito.

Chamo de ‘programa’ aquele tipo de *padrão* que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente a melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam negativos, no sentido de que eles estipulam que algum aspecto presente deve ser protegido de mudanças adversas). Chamo de ‘princípio’ o *standard* que deve ser observado, não porque virá a promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou imparcialidade [*justice or fairness*]ou alguma outra dimensão da moralidade. Então, o *standard* de que deve-se diminuir o número de acidentes de trânsito é um programa e o *standard* de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza é um princípio.<sup>239</sup>

Percebemos, assim, que os princípios têm um caráter deontológico, pois são imperativos derivados de uma norma moral, enquanto os programas têm um caráter teleológico, na medida em que estabelecem finalidades a serem alcançadas. Feita essa diferença, a concepção de princípio

---

— que literalmente deveria ser traduzido como *políticas políticas*, o que nada significaria, sendo melhor traduzi-lo como *programas políticos*. Dessa forma, vemos que *policy* significa *política* apenas quando esse termo é utilizado como sinônimo de *programa* ou *estratégia*, quando se trata de *uma* política e não da Política. Para evitar essa ambigüidade, optamos pela tradução de *policy* como *programa*.

238. “Logo acima eu falei de ‘princípios, políticas e outros *standards*’. Normalmente usarei o termo ‘princípio’ genericamente, para referir-me a todo o conjunto de *standards* diversos das regras; ocasionalmente, contudo, posso ser mais preciso e distinguir princípios de políticas”. DWORKIN, *Taking rights seriously*, p.22.

239. DWORKIN, *Taking rights seriously*, p.26.

proposta por Alexy seria melhor enquadrada na categoria de programa que na de princípio em sentido estrito. Como afirmou o próprio Dworkin:

A distinção [entre princípios e programas] é arruinada quando entendemos que um princípio enuncia um objetivo social (p.e., o objetivo social de que ninguém seja beneficiado pela própria torpeza), ou ao entendermos que um programa enuncia um princípio (p.e., o princípio de que a finalidade buscada pelo programa é valiosa) ou ao adotar a tese utilitarista de que princípios de justiça são enunciados de finalidades disfarçados (assegurando a maior felicidade para o maior número [de pessoas]).<sup>240</sup>

A importância dessa caracterização vem do fato de que Dworkin nega aos programas uma função relevante dentro da argumentação jurídica, mesmo em se tratando de *hard cases*:

Argumentos fundados em programas justificam uma decisão política na medida em que mostram que a decisão promove ou protege a comunidade como um todo. O argumento, em favor de um subsídio para os fabricantes de aeronaves, de que o subsídio protegerá a segurança nacional, é um argumento fundado em programas. Argumentos fundados em princípios justificam uma decisão política na medida em que mostram que uma decisão respeita ou assegura algum direito individual ou coletivo. O argumento, em favor das leis anti-discriminatórias, de que uma minoria tem direito a igual respeito e atenção, é um argumento de princípio. Esses dois tipos de argumentos não esgotam a argumentação política. Algumas vezes, uma decisão política, como a decisão de permitir isenções fiscais para os cegos, podem ser defendidas apenas como um ato de ge-

---

240. DWORKIN, *Taking rights seriously*, pp. 22-23.

nerosidade pública ou uma virtude, mais que em nível de programas ou princípios. Entretanto, programas e princípios são os mais importantes fundamentos da justificação política. [...]

Se o caso em questão é um *hard case*, no qual nenhuma regra define a decisão a ser tomada, então pode parecer que uma decisão adequada pode ser feita tanto com base em programas como em princípios. [...] Eu proponho, contudo, a tese de que as decisões judiciais em ações civis, mesmo em *hard cases* [...], caracteristicamente são e deveriam ser tomadas com base em princípios, e não em programas.<sup>241</sup>

Com isso, Dworkin recusaria como juridicamente inadequados vários dos argumentos utilizados em operações de controle de razoabilidade. Em especial, ele nega a possibilidade de se ponderarem valores — pois esses *standards* teleológicos seriam adequados apenas para fundamentar decisões políticas, mas nunca as jurisdicionais.

### **c) Revisão da diferença tradicional entre regras e princípios: Aulis Aarnio**

No entanto, acreditamos que Habermas não constrói sua crítica em um território seguro. Quando Dworkin admite que os princípios — mesmo os princípios em sentido estrito — têm uma dimensão de peso, ele reconhece que é possível fazer uma ponderação sobre qual a norma aplicável ao caso concreto. Ora, qual é a diferença entre pesar princípios e pesar valores? Enquanto Alexy reduz os princípios a valores para possibilitar a sua *pesagem*, Dworkin oferece a saída de que os princípios mesmos devam ser os objetos de uma ponderação frente ao caso concreto<sup>242</sup>. E, se

241. DWORKIN, *Taking rights seriously*, pp. 82-84.

242. DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 26.

admitirmos tal como Aulis Aarnio que não há uma distinção rígida entre regras e princípios, até aos direitos subjetivos previstos constitucionalmente poderemos reconhecer uma dimensão de peso. Afirmou Aarnio<sup>243</sup>:

Las reglas y los principios forman, de alguna manera, una *escala* que puede dividirse en cuatro partes a los efectos de una mayor claridad. Hay reglas (R) características como, por ejemplo, la prohibición de robar en el derecho penal. Además, el orden jurídico reconoce *principios que son como reglas* (PR) como, por ejemplo, el principio de libertad de expresión y el principio, utilizado por Dworkin, que establece que nadie puede beneficiarse de su propio delito. Estos pueden considerarse principios pero, como normas, pertenecen, indudablemente, en respectos importantes, a la categoría de reglas. O se siguen o no se siguen. A su vez, algunas normas son *reglas que son como principios* (RP). Ejemplos son aquellas reglas jurídicas flexibles que tienen un ámbito de aplicación cognitiva o valorativamente abierto, de la misma forma como lo es el ámbito de los principios valorativos. Finalmente, hay *principios* (P) característicos, tales como el principio de igualdad y de libertad u otros principios valorativos o de finalidad. En lo que sigue trataré de demostrar que *no hay límites simples* entre los subgrupos de estas cuatro categorías (R, PR, RP, P). Por el contrario, podemos hablar de una gradación de un a outro. Una norma puede ser más como-una-regla que como-un-principio, y viceversa.<sup>244</sup>

243. Em um texto adequadamente chamado pelo autor de *Taking Rules Seriously*, [Levando as regras a sério] um jogo de palavras sobre o título da obra principal de Dworkin, *Taking Rights Seriously* [Levando os direitos a sério]. A tradução para o Espanhol manteve o jogo de palavras, conferindo ao texto o título de *Las reglas en serio*, pois a obra de Dworkin foi traduzida para o espanhol como *Los derechos en serio*.

244. AARNIO, *La normatividad del derecho*, p. 23.

Ao admitir que não há compartimentos estanques, mas uma gradação que envolve todas as normas, podemos admitir que todas elas possuem uma dimensão de peso — mais acentuada em uma e menos em outras — que permite a ponderação entre elas sem a necessidade de reduzir as normas a valores. Parece-nos que essa pode ser uma alternativa consistente à jurisprudência dos valores, que permite tratar devidamente as ponderações necessárias à resolução de colisões de princípios, ao mesmo tempo que evita a mera redução dos princípios a valores. No entanto, devemos admitir que os valores desempenham um papel muito importante na argumentação jurídica e que, mesmo que seja reconhecido que os princípios possuem uma dimensão de peso, são os valores que orientarão o processo de *pesagem* dos princípios. Assim, mesmo que recusemos a redução dos princípios a valores, não podemos recusar a importância dos valores no processo de ponderação de princípios.

#### **d) Circularidade da argumentação**

Não obstante, o perigo apontado por Habermas de decisões arbitrárias revestidas por um falso manto de racionalidade e objetividade é bastante presente. E essa visão é corroborada pela sustentação de Schreckenberger de que a argumentação do Tribunal é circular:

Una importancia central tiene el esquema de la proporcionalidad como principio. El tribunal emprende diferentes intentos para definir de una manera semántica general la deseada proporcionalidad entre medio y fin. Así, el Tribunal exige una relación “razonable”, “correcta” o “adecuada”. También habla de que el medio no debe ser desproporcionado con respecto al fin que se persigue y que una medida de control tiene que ser “adecuada” a la situación. Para medidas dentro del marco de un procedimiento penal,

se requiere una “adecuada” relación entre la gravedad del hecho y la fuerza de la sospecha del acto. También aquí las medidas se encuentran bajo el postulado del Estado de derecho de la “proporcionalidad”. Como puede verse fácilmente, la mayoría de las reglas utilizam expresiones formadas circularmente, que, como es sabido, carecen de valor informativo semántico. En ele caso de esquemas tales como “correcto”, “razonable” o “adecuado”, podemos partir del hecho de que, tal como lo ha mostrado la forma similar de hablar con respecto al uso del principio de igualdad, se trata de signos operativos sin sentido semántico. Por ello, su función retórica puede ser obtenida sólo de las reglas que el Tribunal presupone en la respectiva argumentación.

A argumentação do Tribunal é circular na medida em que impõe a *adequação* como um critério de validade dos atos estatais, mas a definição do que é adequado ou não é feita pelo próprio Tribunal. Com isso, ocorre um *curto-circuito* entre a exigência de observação de um subprincípio constitutivo do princípio da proporcionalidade — construção essa que é retoricamente persuasiva na medida em que dá uma aparência de objetividade às apreciações valorativas — e a mera imposição dos valores elegidos pelos membros do BVerfG. Os resultados de uma argumentação desse tipo somente podem ser considerados legítimos quando forem legítimos os valores utilizados como base da argumentação — ou, nas palavras de Schreckenberger, as regras que o Tribunal pressupõe na sua argumentação.

É bastante óbvio o perigo de que os valores relevantes para a resolução de um caso concreto possam ser definidos *ad hoc*, de acordo com a apreciação pessoal dos membros da Corte. Por um lado, o fato de se tratarem de decisões pessoais é em boa parte mascarado pela afirma-

ção de que se observa um processo definido de avaliação — o princípio da proporcionalidade, em seus três elementos. Por mais que os membros da Corte se esforcem para identificar os interesses coletivos, os valores do povo — ou qualquer outro conceito que designe os valores dominantes na sociedade em um dado momento histórico —, não é razoável pressupor-se que esse esforço terá sucesso na prática, especialmente porque os membros das cortes constitucionais tendem a pertencer ao mesmo grupo social e a reproduzir os valores desse grupo, muitas vezes confundidos com os valores do povo ou da nação. Esse tipo de argumentação somente é capaz de gerar decisões legítimas quando os valores utilizados pelos membros do tribunal efetivamente representam os valores da sociedade — ou ao menos são socialmente aceitáveis.

**e) Jurisprudência dos valores e o problema da legitimidade: o Caso dos Crucifixos**

Por bastante tempo, as decisões do BVerfG pareceram aceitáveis por parte da população, o que garantiu um respeito especial às decisões desse Tribunal. Entretanto, essa situação começou a mudar, o que pode exigir uma mudança também no estilo de argumentação da Corte: de uma presuposta representação dos valores sociais, pode-se passar a uma argumentação mais cuidadosa para conquistar a efetiva aceitação por parte da sociedade — tal como vem ocorrendo na jurisprudência norte-americana atual.

Foi apenas na última década que o BVerfG começou a enfrentar uma reação social adversa às suas posições valorativas, especialmente no *Caso dos Crucifixos*, no qual o BVerfG decidiu, com base em uma ponderação de valores, que era inconstitucional a presença de cruzeiros nas salas de aula. Embora o princípio invocado como orientador des-

sa operação não tenha sido o da proporcionalidade, mas o da concordância prática [*praktische Konkordanz*] — que requer a conciliação dos valores conflitantes —, podemos identificar esse princípio com o terceiro subprincípio: a proporcionalidade em sentido estrito<sup>245</sup>. É perceptível o cuidado com que a Corte pesou os interesses em jogo:

O direito fundamental à liberdade religiosa é garantido incondicionalmente, mas essa garantia não implica que não há limites a esse direito. Toda limitação, contudo, deve ser baseada na Constituição. Os legisladores não são livres para restringir a liberdade religiosa na falta de limitações constantes em dispositivos da própria Lei Fundamental. [...] Ao resolver a inevitável tensão entre os aspectos positivos e negativos da liberdade de religião, e buscando promover a tolerância que a Lei Fundamental prescreve, o Estado, ao formar o interesse coletivo, deve esforçar-se para produzir um compromisso aceitável. [...] A exposição de cruzeiros em salas de aula, no entanto, excede [essas orientações e limites constitucionais].<sup>246</sup>

A cruz é o símbolo de uma convicção religiosa particular e não apenas uma mera expressão de valores culturais que foram influenciados pela cristandade.<sup>247</sup>

Longe de ser um mero símbolo da cultura ocidental, ela simboliza o coração da fé cristã, que sem dúvida moldou o mundo ocidental em vários sentidos, mas que não é compartilhada por todos os membros da sociedade. [...] Dessa forma, a exposição da cruz nas escolas públicas obrigatórias viola o artigo 4 (I) da Lei Fundamental.<sup>248</sup>

A reação popular a essa decisão foi muito forte, como era de se esperar em um país onde a fé cristã tem uma in-

245. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence...*, p. 476.

246. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence...*, p. 475-478.

247. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence...*, p. 475.

248. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence...*, p. 478.

fluência muito grande. Essa situação foi bem descrita por Donald Kommers:

[O *Caso dos Crucifixos*] detonou uma tempestade de protestos através da Alemanha. O primeiro ministro Helmut Kohl chamou a decisão de “incompreensível”. Jornais conservadores atacaram a Corte Constitucional por repudiarem a decisão uniformemente condenada, chamando-a de ameaça à cultura cristã dos alemães. Muitos constitucionalistas, inclusive um ex-presidente da Corte Constitucional, criticaram os juízes pelo seu julgamento inconsistente. A decisão produziu a mais forte rejeição na Bavaria. Segurando crucifixos, manifestantes em Munique e outras comunidades marcharam em desafio à Corte de Karlsruhe enquanto seus líderes políticos conclamavam os agentes do estado a não respeitarem a decisão. Essa foi a reação mais negativa a uma decisão judicial na história da República Federal e a única demonstração de claro desafio à um posicionamento do Tribunal Constitucional Federal.<sup>249</sup>

Os protestos contra a decisão do BVerfG atingiram tal intensidade que o Poder Judiciário chegou a temer que a recusa em obedecer a decisão da Corte pudesse levar a um enfraquecimento do Estado de Direito e colocar em risco a própria República Federal da Alemanha. A situação chegou a tal ponto que um dos juízes do BVerfG publicou uma carta em um jornal intitulada *Por que uma decisão judicial merece respeito*, na qual afirmava que uma decisão da Corte Constitucional não pode ser saudada sempre com uma aprovação universal. “A crítica às decisões é normal e de interesse para as próprias reflexões da Corte sobre o seu papel como árbitro final da Constituição; em verdade, a crítica é necessária. No entanto, a discordância frente a

---

249. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence...*, pp. 482-483.

uma decisão não exime o crítico do dever de cumpri-la.”<sup>250</sup> Todavia, mesmo após essa reação da Corte na defesa da sua autoridade, ela viu-se forçada a voltar atrás na sua própria decisão, tendo o BVerfG publicado uma nota em que deu a entender que os crucifixos somente precisariam ser retirados se algum estudante, por motivos religiosos, fizesse objeções à sua exibição.<sup>251</sup>

Analisando essa situação, Ulrich Haltern constatou que após décadas de reconhecimento passivo de que o BVerfG tinha legitimidade para impor valores à sociedade — tempo em que o Tribunal chegou a ser tido como a instituição que gozava da melhor reputação frente ao povo — após o *Caso dos Crucifixos* várias foram as vezes que se levantaram contra a Corte e surgiu um movimento de revisão do papel do BVerfG que tem grandes chances de ter como resultado uma redução do ativismo judicial da Corte<sup>252</sup>. Identificamos aqui um fenômeno semelhante ao que aconteceu nos Estados Unidos frente ao caso *Roe v. Wade*, que provocou reações de tal magnitude que a Suprema Corte viu-se forçada a assumir uma postura de maior *self-restraint*. Todavia, esse processo de retração do ativismo é lento, pois depende em grande parte da substituição dos membros da Corte. A ascensão do *Justice Rehnquist* à presidência da Suprema Corte, que marcou o fim da era de grande ativismo judicial das Cortes Warren e Burger, ocorreu apenas em 1986 — mais de dez anos após a decisão de *Roe v. Wade*, que foi julgado em 1973.

---

250. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence...*, p. 483.

251. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence...*, p. 483.

252. HALTERN, High time for a check-up.

### 3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

É interessante observar que parece haver um certo descompasso entre a doutrina alemã sobre a proporcionalidade e a prática do Tribunal Constitucional Federal. Os teóricos alemães apontam a diferenciação dos três subprincípios como uma fórmula tão estratificada no direito da Alemanha que parece razoável esperar que as decisões da Corte Constitucional utilizassem essas três regras de forma diferenciada nas suas decisões. Entretanto, isso parece não ocorrer. É certo que, em alguns julgamentos, é reconhecida a diferença entre os conceitos de necessidade e adequação e de necessidade e proporcionalidade. No entanto, a função da teoria do princípio da proporcionalidade nos parece ser a de orientar a redescrição dos julgamentos e o seu enquadramento em um sistema teórico coerente, e não a de efetivamente orientar o Tribunal na resolução dos casos concretos.

Tanto no *Caso Lebach* como no *Caso das Universidades*, não identificamos qualquer referência a um subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que neste último não há sequer referência ao princípio da proporcionalidade. No *Caso dos Confeitos de Chocolate* há uma referência expressa à proporcionalidade, afirma-se a necessidade como um dos elementos desse princípio, mas não se fala da proporcionalidade em sentido estrito. Tampouco há referências expressas a esses conceitos nos outros casos que analisamos — e que serão tratados a seguir. Não parece, pois, que a jurisprudência do BVerfG utilize a tripartição consolidada na doutrina. Isso indica que a teoria do princípio da proporcionalidade como uma combinação de três máximas ou subprincípios deve ser vista mais como

uma redescrição teórica das atividades da Corte que como uma descrição do modo com o BVerfG argumenta nas suas decisões. Em outras palavras, essa teoria não parece ser uma construção dogmática operada pela jurisprudência<sup>253</sup>, mas uma concepção teórica formulada pela doutrina para descrever as atividades do Tribunal Constitucional Federal.

Essa conclusão é corroborada pelas informações constantes da página na Internet da Universidade de Saarbrücken, que criou um *site* para a divulgação da teoria jurídica alemã e que contém resumos traduzidos para o inglês dos principais julgamentos do BVerfG realizados nesta década<sup>254</sup>. Com exceção dos casos relativos à integração europeia — cuja importância deriva do alcance político da decisão —, todos os outros posicionamentos que foram considerados relevantes podem ser redescritos a partir da utilização dos subprincípios da proporcionalidade. Todavia, embora haja em quase todas referências à noção de proporcionalidade, não há menções expressas ao princípio da proporcionalidade ou os subprincípios que o compõem.

Um caso interessante para ilustrar essa afirmação é o *Caso dos Guardas de Fronteira*, de 1996. Após a reunificação, três ex-membros do conselho de segurança nacional da antiga Alemanha Oriental e um guarda de fronteira foram processados por homicídio de refugiados na antiga fronteira entre as duas Alemanhas e condenados pelo *Bundesgerichtshof*, a corte de cassação da Alemanha reunificada, equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça<sup>255</sup>. O caso foi levado ao Tribunal Constitucional Federal, sob a alegação de inconstitucionalidade frente ao artigo 103 (2) da Lei Fundamental que, recusando a possibilidade de

---

253. Como é o caso do *due process of law*, instituto cujo conteúdo foi definido pela jurisprudência da Suprema Corte.

254. <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/entsch-e.html>.

255. <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/wall.html>.

leis incriminadoras retroativas, dispõe que um ato é punível apenas quando configurava um crime no momento em que foi praticado. Entretanto, a Corte conferiu uma interpretação restritiva a essa regra, afirmando que ela somente é plenamente válida quando se trata de legislação elaborada nos quadros da própria Lei Fundamental. Assim, justifica o entendimento de que a vedação da retroatividade pode ser limitada no tocante às leis da antiga Alemanha Oriental.

“A confiança que essa norma protege deixa de existir quando outro estado exclui a responsabilidade criminal das mais sérias injustiças criminosas, com justificativa em regulamentos nacionais, que admitem e apoiam tal injustiça de modo a zombar seriamente dos direitos humanos geralmente reconhecidos pela comunidade internacional. [...]

Os julgamentos impugnados são adequados a esses princípios de direito constitucional, e em particular o Tribunal Constitucional Federal concorda com o julgamento do *Bundesgerichtshof*. O *Bundesgerichtshof* declarou que justificativas para o homicídio intencional de pessoas desarmadas que apenas tentavam cruzar a fronteira, eram inúteis porque se trata de uma óbvia violação aos direitos humanos protegidos internacionalmente. A violação era tão séria que ia contra todas as idéias de valor e dignidade humanos reconhecidos por todas as nações. Em um caso como esse, o direito positivo precisa ceder à justiça. O Tribunal Constitucional Federal confirma essa avaliação do *Bundesgerichtshof*. [...]

argumento dos recorrentes de que o direito à vida e à livre movimentação não eram garantidos incondicionalmente pela Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos também não teve sucesso. Era verdade que mesmo os Estados democráticos de direito permitiam o uso de armas de fogo, em particular para a perseguição e captura de criminosos, e que a legislação da Alemanha Oriental sobre o

uso de armas de fogo na fronteira, àquele tempo, era correspondente à às leis da Alemanha Ocidental. No entanto, o Tribunal Estadual de Berlim e o *Bundesgerichtshof* reconheceram que essa situação legislativa era eclipsada pelos comandos efetivamente dados. O uso de armas de fogo não era restrito pelo princípio da proporcionalidade: os guardas de fronteira recebiam ordens de que qualquer pessoa atravessando a fronteira deveria ser “destruída” se ela não pudesse ser detida por outros meios. Subordinar o direito à vida dos indivíduos aos interesses do Estado era uma grave injustiça. [...]

A condenação do guarda de fronteira não infringe o princípio de que “não há pena sem culpa”. As cortes criminais recusaram a desculpa de que o agente apenas cumpria ordens, porque, a partir das circunstâncias, era claro para o guarda de fronteira que o uso de armas de fogo na fronteira era ilegal. Entretanto, as cortes não discutiram as possíveis conseqüências que o fato de tais ações terem sido justificadas na autoridade do Estado poderia causar na capacidade dos soldados de reconhecer a ilegalidade desses atos. Nesse caso, não é necessário que o soldado médio reconheça a ilegalidade de um ato objetivamente considerado uma grave violação aos direitos humanos; é preciso avaliar esse fato à luz da situação de cada soldado individual: sua educação, doutrinação e outras circunstâncias relevantes. As cortes, no entanto, consideraram corretamente que o homicídio de refugiados desarmados por meio de um fogo contínuo nas condições estabelecidas era um ato tão terrível que negava qualquer justificação possível, que era claro e óbvio até mesmo a uma pessoa sem instrução que isso era desproporcional e ilegal.”<sup>256</sup>

Outro exemplo interessante é o *Caso dos Advogados* que analisou o problema das limitações ao exercício da advocacia. Com a reunificação, os advogados atuantes

256. <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/wall.html>.

nos estados que pertenciam à antiga Alemanha Oriental ficaram em uma situação de desvantagem frente aos dos estados ocidentais — em virtude da grande mudança no campo jurídico daqueles estados. Para evitar que houvesse uma competição desigual, uma lei de 1995 estabeleceu que os advogados somente poderiam atuar dentro dos tribunais estaduais do estado em que fossem licenciados. Em 2000, essa barreira deixaria de existir nos antigos estados federados (os estados pertencentes à antiga Alemanha ocidental), enquanto nos novos estados ela permaneceria vigente até 2005. Essa diferença foi justificada pelo temor de que houvesse uma evasão em massa dos advogados dos novos estados, ao mesmo tempo que os protegeria de uma competição desigual por parte dos antigos estados. A Corte, embora reconhecesse que esses objetivos visavam ao bem comum e eram adequados, reconheceu que “essas finalidades poderiam ser alcançadas por meios mais igualitários”<sup>257</sup>. Assim, a Primeira Câmara decidiu que a distinção era inconstitucional e, com isso, manteve a atual situação até 2005, quando se considera que as situações dos advogados dos novos e antigos estados serão equivalentes.<sup>258</sup>

Também trata dos limites da liberdade profissional o *Caso das Breves Reportagens [Brief-report Case]*, julgado pela Primeira Câmara julgou em 1998, no qual se resolveu uma colisão entre o direito de acesso a informações e o direito de exercer uma profissão e ser remunerado pelas suas atividades<sup>259</sup>. Devido à atual tendência de que as emissoras de televisão adquiram direitos exclusivos sobre a transmissão de um determinado evento — especialmente no caso dos esportes —, os estados decidiram criar métodos que ampliassem o acesso dos telespectadores às informações.

257. <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/profs.html>.

258. <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/profs.html>.

259. <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/tvreports.html>.

A solução encontrada foi dar a todas as emissoras de TV o direito de fazer, gratuitamente, breves reportagens sobre os eventos de transmissão exclusiva. O governo federal, utilizando o controle abstrato, impugnou a referida norma arguindo sua inconstitucionalidade, especialmente frente às disposições que garantem a liberdade de iniciativa e o direito de propriedade. O Tribunal Constitucional Federal resolveu a questão da seguinte forma:

[A] regulação impugnada restringe desproporcionalmente a liberdade de profissão, na medida em que o direito de fazer breves reportagens sobre eventos organizados profissionalmente pode ser exercido sem qualquer tipo de pagamento. Ao contrário de outras obrigações impostas sobre o exercício de uma profissão, [o dispositivo impugnado] exige que a atividade profissional do organizador do evento sirva não apenas ao público em geral, mas também aos competidores da emissora de televisão com quem foi assinado o contrato de direitos exclusivos. O dever de permitir breves reportagens televisivas por outras estações não é proporcional à finalidade da regulação, porque ela coloca um fardo demasiadamente grande nas costas do organizador. É razoável esperar algum pagamento das emissoras que se beneficiam do direito de fazer breves reportagens. A fixação desse não deve ser deixada à discricionariedade do organizador, mas deve ser decidida pelo legislador de modo a harmonizar as necessidades de acesso [às informações] e o trabalho do organizador.

A referência à proporcionalidade, neste caso, é tão genérica como as que são comumente feitas pelo nosso Supremo Tribunal Federal — como veremos no capítulo seguinte. Se é possível construir a teoria do princípio da proporcionalidade, tal como exposta pela doutrina, é a partir da redescrição dos fatos por um modelo teórico coerente,

e não pela simples constatação de que o Tribunal Constitucional Federal utiliza aquele princípio como instrumento dogmático para suas decisões. Toda corte constitucional vê-se constantemente frente à necessidade de resolver colisões de princípios e de valores, e para isso tende a buscar orientação nas idéias de justiça, proporcionalidade e razoabilidade. O que se espera do princípio da proporcionalidade não é simplesmente que ele desempenhe o papel de um *topos* ao qual as cortes devem se referir, mas que ele ofereça uma metodologia controlável e minimamente objetiva para orientar a delicada operação de ponderação de valores. Tal como descrito pela doutrina alemã, era de se esperar que ele funcionasse como argumento dogmático válido, e não apenas como diretriz para a redescrição teórica dos casos.

## C - PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA ALEMANHA

Desde o início da atividade do Tribunal Constitucional Federal, a jurisprudência entende que o mandamento de que todas as pessoas são iguais perante a lei não se referia apenas à aplicação das leis (o que equivaleria a uma igualdade meramente formal) mas também ao próprio legislador.<sup>260</sup> Com isso, fica reconhecida a necessidade de garantir que as leis tratem de forma igualitária a as pessoas que se encontram em situações idênticas, o que implica tratar desigualmente os desiguais.

La igualdad material conduce, pues, necesariamente a la cuestión de la valoración correcta y, con ello, a la cuestión de qué es una legislación correcta, razonable o justa. Esto pone claramente de manifiesto el problema central de la

---

260. ALEXY, Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 383.