

A PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY: INFLUÊNCIA NO TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Phelipe Nascimento Pinto (IC) e José Carlos Francisco (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO

O presente artigo tem como escopo à análise da máxima da proporcionalidade como idealizada especificamente por Robert Alexy, e conseqüentemente suas aplicações nos tribunais brasileiros e alemães, realizando análise da jurisprudência de como é utilizado a máxima da proporcionalidade em decisões judiciais.

Palavras-chave: Proporcionalidade; Robert Alexy; análise; aplicação; decisões; Supremo Tribunal Federal; Tribunal Constitucional Federal da Alemanha;

ABSTRACT

The purpose of this article is to examine the maximum of proportionality as envisioned by Robert Alexy, as well as its applications in Brazilian and German courts, by examining the jurisprudence and how the maximum of proportionality is utilized in judicial decisions.

Keywords: Proportionality; Robert Alexy; analysis; application; decisions; Brazilian Supreme Court; German Federal Constitutional Court

INTRODUÇÃO

Esse artigo pretende analisar se o conceito da máxima da proporcionalidade, e suas regras, como visionado por Robert Alexy, é aplicado coerentemente e coesa pelo Tribunal Federal alemão e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, através de um estudo crítico entre o estabelecido por Alexy e as decisões dos respectivos tribunais.

O principal referencial teórico utilizado nesse estudo é a obra Teoria dos Direitos fundamentais de Roberto Alexy, e casos paradigmáticos dos tribunais em análise, tanto antigos, quanto recentes, não ultrapassando a marca de 50 anos. Em tribunais como Supremo Tribunal Federal é feito análise de um voto principal (comumente do relator) e posteriormente dos demais; no Tribunal Constitucional Alemão, é efetuado análise da decisão em sua íntegra, com eventuais discordâncias em parte separada da decisão principal.

A metodologia da pesquisa, como já apontado, é bibliográfica e jurisprudencial, recorrendo-se também a dissertações, teses e artigos científicos.

Por fim, como linha de exposição de ideias segue-se primeiramente com a historiografia do conceito e sua origem; conceituação da proporcionalidade conforme estabelecido por Robert Alexy, conforme o escopo desse estudo; a sua aplicação no Tribunal Constitucional Federal Alemão e no Supremo Tribunal Federal.

1. HISTORIOGRAFIA DA PROPORCIONALIDADE

O conceito de proporcionalidade precede a obra o conceito estabelecido por Robert Alexy, há na historiografia, estudos doutrinários jurídicos e filosóficos remissões ao conceito de uma aplicação da proporcionalidade a casos concretos, como, por exemplo, pode-se indicar a presença da proporcionalidade em Aristóteles em sua obra “Ética à Nicômaco”¹.

A caracterização de proporcionalidade, encontra-se também em outros momentos da historiografia, tal como no cerne do Direito Penal Prussiano², em que no referido código, idealizado por Carl Gottlieb, foi indicado princípios gerais que guariam a atuação da força repressiva do Estado³ sendo que o primeiro deles dizia que o Estado “só estará autorizado a

¹ SANTOS, Fausto de Moraes. A Caracterização Da Proporcionalidade E Do Balanceamento. Revista De Direitos Fundamentais & Democracia, v. 18, n. 18, p. 294, 2015.

² LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2015.tde-08122015-075557. Acesso em: 2022-07-30. p.47.

³ Ibidem, p.47.

restringir a liberdade individual, quando isso for necessário para a preservação da segurança e liberdade de todos”^{4 5} que procedeu a uma limitação do poder Policial à época, concebido primeiramente por Otto Meyer, sendo ele primeiro a estabelecer que o poder policial deveria ser por sua própria natureza, proporcionalmente restringido⁶.

No Tribunal Constitucional Federal alemão, a proporcionalidade encontra-se primeiramente estabelecida em um caso de direito eleitoral⁷, em que havia uma lei eleitoral que indicava requisitos para que se fosse possível participar nos pleitos eleitorais, e em especial o art. 20 dessa lei exigia que se o partido não obtivesse representação mínima no parlamento estadual, então, o registro de candidaturas deveria ser acompanhado de um certo número de assinaturas de eleitores da respectiva circunscrição eleitoral⁸ e assim os partidos *Deutschen Reichspartei* (DRP) e o *Gesamtdeutschen Blocks* (GB/BHE) apresentaram reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão e "alegando que essa distinção de critérios para registros de candidaturas ofendia a igualdade de chances no processo eleitoral e, dado o número de assinaturas exigidas, constituiria limitação excessiva da liberdade partidária⁹. A reclamação foi admitida, contudo, afastada as arguições de inconstitucionalidade.¹⁰

Todavia, é no caso conhecido como Lüth, BVerfGE 7, 198, do ano de 1951 o primeiro principal exemplo do uso da proporcionalidade no Tribunal Constitucional Alemão onde a tese de proporcionalidade ganha consistência na sua aplicação. O caso em tela cuidava-se de uma reclamação feita ao Tribunal Federal Constitucional postulando reforma das decisões do Tribunal Estadual de Hamburgo que condenaram¹¹ Erich Lüth, crítico de cinema, a não mais

⁴ Ibidem, p.47.

⁵ Carl Gottlieb Svares, *Vorträge über Recht und Staat*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1960, p. 39.

⁶ LAURENTIIS. op. cit. p.48.

⁷ BVerfGE, 3, 383 (393) - Gesamtdeutscher Block.

⁸ LAURENTIIS. op. cit. p.53.

⁹ LAURENTIIS. op. cit. p.53

¹⁰ Como salienta cf. Lucas Laurenttis a tese da proporcionalidade foi utilizada na argumentação de que “O primeiro ponto de sua análise trata do artigo 21 da Lei Fundamental, dispositivo que assegura a livre criação de partidos políticos e sua participação na formação da vontade popular. Mas, diz a decisão, essa garantia tem limitações. Dentre elas, as exigências comprovadas pela prática e necessárias ao bom funcionamento do processo eleitoral.135 São mencionados o perigo da dispersão dos votos em função da multiplicação de partidos e a conseqüente dificuldade na formação de maiorias governamentais. [...] a proporcionalidade foi utilizada como instrumento para aferir a validade de tal diferenciação. Seu objeto não foi, portanto, a restrição da liberdade partidária, mas a alegada violação da igualdade de chances no processo eleitoral. O parâmetro do controle não foi, assim, o artigo 21, mas sim o artigo 3º, 1, da Lei Fundamental.” LAURENTIIS. op. cit. p.53-54.

¹¹ “Condena-se o acusado, sob pena pecuniária a ser fixada judicialmente ou pena de prisão, a deixar 1. de pedir aos proprietários de anfiteatros e empresas de distribuição de filmes que não incluam o filme “Unsterbliche Geliebte”, que fora produzido pela autora “1”, cuja distribuição nacional fora confiada contratualmente à autora “2” em seus programas,

incentivar os produtores de obras cinematográficas e o público a boicotar o filme de Veit Harlan, ator e cineasta responsável pela execução do filme “*Jud Süß*” (1941), entendendo o Tribunal, nas expressões do reclamante uma convocação imoral ao boicote. Em análise da reclamação, o Tribunal Federal Constitucional Alemão, entendeu que o Tribunal Estadual de Hamburgo errou ao condenar o crítico de cinema, visto que uma “uma expressão de opinião contendo um apelo a um boicote não é necessariamente contrária à moralidade no sentido do § 826 do BGB; ela pode ser constitucionalmente justificada pela liberdade de expressão quando todas as circunstâncias do caso forem ponderadas.”¹²

2. A PROPORCIONALIDADE EM ROBERT ALEXY

É em sua principal obra “*Theorie der Grundrechte*” (Teorias dos direitos fundamentais) que Robert Alexy desenvolve de modo dogmático, lógico, extenso e complexo a sua teoria dos direitos fundamentais e a sua lei de colisão para solucionar casos que envolvam um choque entre regras, princípios e normas.

Segundo Alexy, existe uma conexão entre a teorias dos princípios e a máxima da proporcionalidade, ele aduz que os princípios implicam a máxima da proporcionalidade, e este implica a natureza dos princípios¹³. Segundo o autor, os princípios são mandamentos de otimização, e desse modo, em casos que ocorre uma colisão de normas como princípios é necessário realizar um sopesamento conforme os termos da lei de colisão¹⁴ para se definir qual irá prevalecer diante o caso concreto. Desse modo, afirmar que os princípios implicam a máxima da proporcionalidade implica a existência de três máximas parciais, sendo elas, da

2. de conclamar o público alemão a não assistir a este filme. (...)”.

¹² BVerfGE 7, 198 “(...) 7. *Eine Meinungsäußerung, die eine Aufforderung zum Boykott enthält, verstößt nicht notwendig gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB; sie kann bei Abwägung aller Umstände des Falles durch die Freiheit der Meinungsäußerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein*”

¹³ ALEXY, op. cit. p. 116.

¹⁴ Segundo Alexy op. cit. 99: “[...] nesse sentido, é possível formular a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferências condicionadas e regras:

(K) Se o princípio **P**₁ tem precedência em face do princípio **P**₂ sob as condições **C**: (**P**₁ **P** **P**₂) **C**, e se do princípio **P**₁, sob as condições **C**, decorre a conseqüência jurídica **R**, então, vale uma regra que tem **C** como suporte fático e **R** como conseqüência jurídica: **C** ⇒ **R**. Uma formulação menos técnica seria:

(K ') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio que tem precedência.” Entende o autor que essa é a “chamada “lei de colisão”, que conforme o autor, “[...] reflete a natureza dos princípios como mandamento de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.”

adequação, necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)¹⁵.

Porém, é de suma importância esclarecer que a máxima da proporcionalidade não é um princípio; segundo Robert Alexy, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo, o autor aduz “[...] Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, regras.”^{16 17 18}

A máxima da adequação é a primeira etapa de análise do caso concreto à análise da proporcionalidade (onde a aplicabilidade da proporcionalidade pode ser suprida, não necessitando dar continuidade as máximas da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito¹⁹), para que um ato estatal seja considerado adequado é necessário que o meio cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado²⁰. Martin Borowski define a adequação como “uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que “o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado.”²¹ Exemplifica Alexy, “o legislador introduz uma norma N para melhorar a segurança nacional (P1 = princípio do bem coletivo), mas ela não é adequada para promover este princípio, e ainda, infringe a liberdade de expressão (P2 =

¹⁵ ALEXY, op. cit. p. 117.

¹⁶ Ibidem. p. 117.

¹⁷ “Cabe aqui ressaltar que a proporcionalidade é uma ferramenta para o controle de medidas tomadas por outros agentes, e não uma técnica que auxilia os julgadores a encontrar decisões ótimas”, in LIMA, Rafael Bellem de. *Proporcionalidade No Supremo: Uma Ideia Fora Do Lugar*. REI – Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, p. 188, 2020.

¹⁸ “O recurso à proporcionalidade na fundamentação das decisões de controle de constitucionalidade autoriza os órgãos judiciais a invalidar atos de outros poderes apenas em três hipóteses: (i) quando não promoverem a realização de nenhum interesse legítimo (adequação); (ii) quando forem mais restritivos do que alternativas igualmente ou mais eficazes (necessidade); (iii) quando a intensidade da restrição a direitos não puder ser justificada pelo peso concreto dos interesses promovidos (proporcionalidade em sentido estrito).” Ibidem, p.188.

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional E O Razoável*. Revista Dos Tribunais, v. 798, n. 1, p. 34-35, 2002. “Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido só é imprescindível, se e somente se, já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca da sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.”

²⁰ Ibidem p.35.

²¹ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte Als Prinzipien*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2018. p. 116.

princípio da liberdade de expressão). Aqui, existiria a possibilidade de declarar inválida a norma **N**, pois ela não seria adequada para otimizar o princípio **P1**.”

Não satisfeita o exame da adequação, segue-se para a máxima da necessidade²² (também denominado de mandamento do meio menos gravoso) em síntese, significa que no caso concreto de colisão não há outro meio menos restritivo com um custo menor, desse modo, a colisão entre princípios (como, por exemplo, o bem coletivo e a liberdade de expressão) se resolveria pela adoção de um meio menos restritivo a liberdade expressão, usando como caso paradigmático o exemplo acima. Para Silva, o exame da necessidade seria iminente comparativo “a diferença ente o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto”²³.

Segundo Alexy, princípios são mandamentos de otimização “[...] que exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas” e as últimas são determinadas pelos princípios colidentes²⁴. Não satisfeita a adequação e a necessidade, chega-se à avaliação da terceira máxima parcial da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, que expressa a otimização em relação aos princípios colidentes, e conforme Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é idêntica à lei do sopesamento, que tem como redação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”²⁵

De acordo com Alexy, a lei de sopesamento pode ser dividida em três passos: no primeiro, avalia-se o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios; no segundo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente, e por último, deve-se avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-afetação do outro

²² Para Robert Alexy op. cit. p. 591: “A máxima da necessidade é expressão da ideia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição. É claro que, ao contrário do que ocorre com o exame da adequação, aqui não ocorre uma simples eliminação de meios. Mas ao legislador também não é prescrita categoricamente a adoção do meio que intervém em menor intensidade. O que se diz é apenas que, se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais”.

²³ SILVA, op. cit. p.38.

²⁴ ALEXY, op. cit. p. 593.

²⁵ Ibidem. p.593.

princípio.²⁶ Destarte, ainda que a intervenção seja adequada e necessária para promover outro direito, não acarreta que ela seja proporcional, é necessário ainda o exame da proporcionalidade em sentido estrito.²⁷

Em face às críticas, especialmente de Habermas²⁸, que acusavam a lei de sopesamento de restringir o espaço de decisão legislativa, a lei de colisão foi refinada em um posfácio incluído no ano de 2002, o qual agora trouxe para a teoria uma fórmula²⁹ lógico-matemática³⁰, combinando variáveis relativas ao peso abstrato, intervenção e segurança das premissas empíricas da decisão; e dessa essas escalas podem ser substituídas por valores numéricos que na fórmula interagem indicando qual dos princípios tem maior peso relativo no caso.³¹

Sendo a seguinte a fórmula³² apresentada por Robert Alexy:

$$GP_{ij}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}^{33}$$

²⁶ ALEXY, op. cit. p.594.

²⁷ Exemplifica cf. Virgílio Afonso da Silva: “Se, para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária - nos termos previstos pela regra da proporcionalidade -, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º).” p. 40.

²⁸ ALEXY, op. cit. p., 594.

²⁹ Apesar da reformulação, as críticas a tese desenvolvida por Alexy continuou, que se resumem em síntese em dois tópicos: i) subjetivismo da aplicação da máxima da proporcionalidade conforme valores e referências de cada magistrado ou corte; ii) análise binária de bom ou mau, sendo um código binário que não comporta gradação, conforme bem elaborado em: LIMA, Iara Menezes; MORAES, Anderson Júnior Leal. Subjetivismo na aplicação da máxima da proporcionalidade. *Prisma Jurídico*, v. 12, n. 1, p. 253–274, 2013.

³⁰ *Ibidem*. p.603.

³¹ LAURENTIIS. op. cit. p.111.

³² Para aprofundamentos na fórmula de Alexy e a lógica-matemática utilizada: LINDAHL, Lars. *On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing. Rights: Concepts and Contexts*, [S. l.], p. 559–580, 2017. DOI: 10.4324/9781315244129-30. Disponível em: <https://www.academia.edu/21590116>. Acesso em: 6 ago. 2022.

³³ Em breve síntese, pode-se denominar as variáveis da fórmula como o seguinte: P seria a variável para os princípios cuja violação está sendo examinada, W a importância, C caso concreto, IP_iC seria a intensidade da intervenção (I) de P_i (princípio em análise) sobre o caso concreto (C), WP_jC denomina-se a importância de P_j no caso concreto e $GP_{ij}C$ o peso concreto de P_j e P_i sobre as circunstâncias do caso a ser decidido (C).

Para as variáveis e diante o caso concreto os valores são atribuídos pelo aplicador no caso concreto, sendo eles: $2^0 = 1$ é considerado peso leve; $2^1 = 2$ é considerado peso médio; $2^2 = 4$ é considerado peso grave e se, em caso de colisão de princípios, o resultado do cálculo for maior que 1 (um), o direito fundamental P_i precede P_j , (do mesmo modo que se for menor que prevalece P_j ante P_i) e que determina qual princípio colidente prevalecerá diante o caso concreto.³⁴

Ademais, cabe ressaltar, a distinção entre a técnica estabelecida por Alexy e a ponderação, comumente é utilizada como sinônimo em decisões e produções científicas brasileiras. Contudo, essa utilização é confusa, e não somente pode se referir à máxima da proporcionalidade, mas a outras teorias, como desenvolvidas por Dworkin. A ponderação é um conceito antigo e não entraria no escopo desse estudo, já que na sua essência se difere do proposto por Robert Alexy. Segundo SARMENTO, “a ponderação de interesses consiste, assim, no método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios da Lei maior, onde se busca alcançar um ponto ótimo, em que a restrição a cada um dos bens jurídicos de estatura constitucional envolvidos seja a menor possível, na medida exata necessária à salvaguarda do bem jurídico contraposto”³⁵.

3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

O Tribunal Constitucional Federal alemão (*bundesverfassungsgericht*) é a Corte constitucional da Alemanha sendo incumbida de decidir questões relacionadas a direitos fundamentais e os previstos na Lei Fundamental alemã, com o poder de declarar normas inconstitucionais e sem eficácia. A Corte é sediada na cidade de Karlsruhe, longe do centro político de Berlim, que pode influenciar na sua independência e decisões. É composta por 16 juízes, com mandatos de 12 anos, sem direito a reeleição e divididos em dois senados, também dividido em três câmaras para audiências em reclamações constitucionais e casos de controle de regulamentação única.

³⁴ O uso dessa fórmula de outras estabelecidas por Alexy se restringe a sua obra e ao plano teórico, na prática e nas decisões de tribunais, principalmente do Tribunal Constitucional Alemão, não encontramos uma aplicação dessa fórmula de modo extensivo, mas sim, aplicação da proporcionalidade e suas submáximas, como se verá adiante nesse artigo.

³⁵ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003 Apud SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 abr 2013,. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34807/ponderacao-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 06 ago 2022.

3.1. O caso Lebach

O caso Lebach³⁶, foi uma reclamação Constitucional impetrada pelo coautor de um crime de latrocínio em concurso de agentes em 1969, caso este amplamente denominado "assassinato dos soldados de Lebach"³⁷. Nesse caso, quatro soldados foram assassinados enquanto esperavam um depósito de munição, que também foram roubadas. Ante este fato, a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen* — Segundo Canal alemão) produziu um documentário³⁸ sobre o ocorrido e tinha planos o transmitir pouco antes da soltura do reclamante. O reclamante ajuizou uma medida liminar visando impedir a transmissão do programa, o que foi um insucesso, tanto o *Tribunal Estadual de Mainz* quanto o *Superior Tribunal de Koblenz* julgaram improcedente os pedidos. Porém, em uma reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG), o reclamante conseguiu que as decisões anteriores proferidas fossem revogadas e que a ZDF fosse proibida de transmitir o documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes.³⁹

A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão pode ser dividida em três etapas para análise da observância da proporcionalidade. Em um primeiro momento, o Tribunal entende que há uma situação de conflito (tensão, termo usado na decisão) entre a proteção da personalidade (implicitamente a ressocialização do indivíduo) e a liberdade de informar por meio de rádio difusão, ambos previstos na Constituição alemã nos arts 1º §1, 2º §1 e art 5º §; no segundo passo, entende a Corte que há uma precedência geral de informar em casos de informações atuais de criminosos⁴⁰, e é na terceira etapa que a decisão ocorre. Segundo o Tribunal, há uma repetição de notícias sobre o crime que não mais se reveste do interesse atual pela informação, e conseqüentemente, coloca em risco a ressocialização do autor do fato, e desse modo, a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar, o que significa, no caso em questão, a proibição da veiculação da notícia.

³⁶ BVerfGE 35, 202 – Lebach.

³⁷ Lebach era o vilarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha onde o crime ocorreu.

³⁸ Com fotos e nomes do reclamante.

³⁹ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos De Jurisprudência Do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Henning; Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p.487 e ss.

⁴⁰ “Essa relação de precedência é interessante, porque nela se sustenta apenas uma precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual é permitida. A condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções.” in ALEXY, op. cit. p. 101.

Robert Alexy⁴¹ diante essa decisão, argumenta que o método escolhido poderia ser outro. Segundo ele, não há dúvidas que o tribunal decidiu o caso através de um sopesamento⁴² de princípios (nesse caso, a proporcionalidade em sentido estrito), e seria possível resolver o caso não na terceira etapa da máxima da proporcionalidade, mas em etapas anteriores, como na adequação e necessidade. Conforme argumenta Alexy, a decisão poderia ter excluído o nome e a identificação do reclamante, mas como Tribunal Constitucional Federal alemão seguiu a premissa da violação ao direito da personalidade, a decisão na terceira etapa da proporcionalidade (em sentido estrito) era inevitável.

3.2 BVerfGE 95, 173 — Avisos para produtos de tabaco

No caso BVerfGE 95, 173, fábricas de cigarros impetraram uma reclamação constitucional impugnando a constitucionalidade do § 3 I, nº 1 e 2 TabKTHmV 1991 (Verordnung über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen und über Höchstmengen von Teer im Zigarettenrauch — Decreto sobre a caracterização de produtos tabagísticos e sobre quantidades máximas de nicotina da fumaça de cigarros), que prescreve avisos (como “fumar causa câncer”, “fumar causa impotência sexual”, etc.) sobre os malefícios à saúde provocados pelo tabaco (Tabakwarnhinweise), em face de vários de seus direitos fundamentais, quais sejam: dos Art. 2, 5, 12 e 14 GG. O Tribunal Constitucional Federal alemão julgou improcedes as reclamações.

A primeira tese analisada foi a da violação do artigo 2 (Direitos de liberdade) e artigo 5 (liberdade de pensamento) da Constituição alemã, argumentando que a suposta violação a obrigação de imprimir o aviso deveria ser avaliada com base no parâmetro da liberdade profissional (Art. 12 I GG) e não no da liberdade de expressão da opinião (Art. 5 I GG). Caso este que se diferiria se, o titular dos direitos fundamentais fosse obrigado a transmitir uma

⁴¹ ALEXY, op. cit. p. 101.

⁴² Para efeitos da lógica usada por Alexy em suas formulações, cabe expor como se dá a explicação dessa decisão, apesar de que em momento algum o Tribunal Constitucional Alemão se utilizou expressamente de expressões lógicas quanto da fórmula introduzida por Alexy. No caso em comento, o resultado se dá por C, o princípio colidente P₁ é o da personalidade e P₂ entende-se pelo princípio da liberdade de informar. Na segunda etapa da decisão ocorre a precedência geral de P₂ sobre P₁, logo, C₁: (P₂PP₁), contudo, ao realizar o sopesamento, entende a corte que no caso concreto, C₂: (P₁PP₂). De acordo com Alexy (p.102) C₂ é composta por quatro condições: uma notícia repetida (T₁), não revestida de interesse atual pela informação (T₂), sobre um grave crime (T₃), e que põe em risco a ressocialização (T₄), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais. Em outra forma: T₁ e T₂ e T₃ e T₄ → R”, ibidem. p. 102.

opinião de terceiro como sua, estando então a sua liberdade de pensamento sendo infringida, o que não é o caso⁴³.

Ao fundamentar a intervenção legítima do Estado a liberdade da atividade profissional, a Corte utilizou a máxima da proporcionalidade, arguindo que diante dos incontestáveis fatos acerca da lesividade que o uso de cigarros de tabaco pode acarretar à Saúde, se vê a medida tomada pelo decreto como adequado, e se esse meio escolhido for necessário e entre eles for observado o limite da exigibilidade.

Argumenta a Corte que o aviso a respeito dos riscos do tabaco é tarefa do Estado⁴⁴ “O aviso a respeito destes riscos à saúde faz parte das tarefas legítimas do Estado. A política estatal de saúde pública pode em todo caso alertar sobre os graves riscos medicamente provados e conscientizar o consumidor de que o ato de fumar prejudica o fumante e que terceiros, enquanto fumantes passivos, também são prejudicados. A forma tão somente linguística destas indicações de aviso faz com que seu destinatário reflita uma vez mais sobre sua decisão de compra em face dos riscos à saúde. Esse esclarecimento estatal serve por isso à proteção da população ante aos riscos à saúde”⁴⁵.

A medida então é adequada (exame da adequação), visto que os avisos são aptos a impedir no mínimo um consumo despreocupado de tabaco. Por outro lado, é necessária (exame da necessidade) a adoção dessas providências, dado que, não se vislumbrou uma medida menos intensa que promova a conscientização contra os riscos à saúde oriundas do ato de fumar, e aduz a decisão que a medida adotava foi a menos lesiva (meio mais ameno) dentre as possíveis (proporcionalidade em sentido estrito), já que se podia adotar a proibição de publicidades, venda a menores, etc⁴⁶.

⁴³ “[...] Uma vez transmitida aos destinatários da publicidade a impressão de que o produtor de tabaco apoia de espontânea vontade a transmissão dos avisos, ou seja, que transmite de própria iniciativa essa expressão, então a liberdade de transmissão de opinião pode ser usada como parâmetro do exame de constitucionalidade. Pelo contrário, uma vez reconhecendo-se claramente que a opinião transmitida pela impressão gráfica dos avisos sobre as embalagens dos produtos tabagísticos é de terceiro e que a transmissão destes avisos é uma condição geral para a comercialização de produtos tabagísticos, então essa obrigação de classificação [do produto como prejudicial à saúde] é regida pelo exercício profissional.” SCHWABE, op. cit. p.651.

⁴⁴ “A utilização de direitos de império estatal (Hoheitsrechte) não é problemática do ponto de vista constitucional, porque o conteúdo do aviso corresponde aos reconhecimentos científicos, o aviso ante aos riscos à saúde faz parte das tarefas de império estatal e a medida atende às exigências da liberdade do exercício profissional / empresarial SCHWABE, op. cit. p.52.

⁴⁵ Ibidem. p.53.

⁴⁶ “Portanto, o peso das razões que justificam a intervenção é grande. São razões fortes. Definidos, assim, a intensidade da intervenção como leve e o grau de importância da razão da intervenção como

3.3 2 BvR 1333/17⁴⁷

No caso 2 BvR 1333/17, uma estudante cidadã alemã e marroquina que publicamente usava um lenço como expressão das suas convicções religiosas individuais e da sua personalidade iria iniciar um estágio na Corte Superior Regional de Hesse (*Oberlandesgericht*) que a informou que os estagiários têm o dever de se portar neutralmente em relação à religião, e que ela estaria impedida de atuar na Corte enquanto usasse o lenço, visto que ela seria vista como um representante do Poder Judiciário ou do Estado. A estudante impetrou um pedido liminar em ambas as instâncias da Corte Administrativa (*Verwaltungsgericht* e *Verwaltungsgerichtshof*), que foi negado. Em 14 de junho de 2017 ela impetrou uma reclamação constitucional no Tribunal Federal Constitucional alegando violação dos seus direitos fundamentais (violação da liberdade de formação e violação da liberdade religiosa e confessional) previstos na Constituição alemã nos artigos 12(1), Art. 4(1) e (2), Art. 2(1) em conjunto com o Art. 1(1), e o art. 1(1), e o art. 3(1) e (3). O Tribunal Constitucional alemão, em sua maioria, negou os pedidos feitos. A decisão, diferentemente de outras, não trata explicitamente da máxima da proporcionalidade, mas da sua análise é possível constatar que houve esse exame indiretamente. Em síntese, a questão cuida-se de um conflito entre a liberdade de religião e expressão e a neutralidade dos agentes do Estado perante a sociedade⁴⁸. A Corte entendeu que a proibição do uso de véu islâmico se justifica, quando, por exemplo, do ponto de vista de observador, este vê um juiz ou promotor usando o véu durante um julgamento, e esse ato pode ser atribuído ao Estado como diminuição da neutralidade ideológico-religiosa. A decisão fundamenta que entre o conflito do princípio da liberdade de religião e confissão e a neutralidade dos agentes do Estado (o dever de neutralidade do Estado implica necessariamente também um dever de neutralidade para os funcionários públicos⁴⁹) é o meio necessário, mais adequado e em última análise, preenche os requisitos da proporcionalidade em sentido estrito, sendo o meio menos danoso para o fim que se promete, e a interferência na liberdade religiosa é justificada ao abrigo da lei constitucional. O funcionamento correto do Poder Judiciário é um dos fundamentos para

alto, então, o resultado é facilmente perceptível. A forte razão para intervenção justifica a leve intervenção” ALEXY, op. cit. p.595.

⁴⁷BVerfG, Order of the Second Senate of 14 January 2020 - 2 BvR 1333/17, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/01/rs20200114_2bv_r133317.html, acesso em 19/02/2022.

⁴⁸ 2 BvR 2 BvR 1333/17, “Die Verpflichtung des Staates auf Neutralität kann keine andere sein als die Verpflichtung seiner Amtsträger auf Neutralität (BVerfGE 138, 296, 359 <367 Rn. 14> abw. Meinung Hermanns/Schluckebier), denn der Staat kann nur durch Personen handeln (vgl. Volkman, Jura 2015, S. 1083 <1085>)” (A obrigação do Estado à neutralidade não pode ser outra senão a obrigação dos seus funcionários públicos à neutralidade (BVerfGE 138, 296, 359 <367 marginal no. 14> opinião dissidente Hermanns/Schluckebier), porque o Estado só pode agir através de pessoas (cf. Volkman, Jura 2015, p. 1083 <1085>)

⁴⁹ Ibidem. 2 BvR 1333/17.

limitação de direitos constitucionais⁵⁰. Argumenta a Corte que para a reclamante o uso do véu islâmico se trata de um imperativo, não de uma escolha. Porém, funcionários públicos e juízes escolheram deliberada e voluntariamente atuar sabendo das restrições, mas esses diferem dos estudantes de graduação em direito que querem realizar o Segundo Exame do Estado (*Zweites Staatsexamen*) que precisam passar obrigatoriamente pelo estágio probatório. Para a Corte alemã, apesar de não necessariamente serem efetivamente funcionários públicos ou ao fim do estágio decidirem atuar nessa área, não os exime da proibição do véu islâmico e da obrigação de neutralidade, porque nem sempre podem ser identificados como tal (estagiários) pelos indivíduos envolvidos em processos judiciais. Além disso, os indivíduos envolvidos têm direito às mesmas condições básicas no sistema judicial, mesmo que o Estado delegue tarefas para fins de formação.

⁵⁰«Bei der Auswahl der zu ergreifenden Optimierungsmaßnahmen hat der Staat einen Einschätzungsspielraum. Insbesondere bei der Verfolgung des Ziels, die Akzeptanz der Justiz in der Bevölkerung zu stärken, hat er aber darauf zu achten, dass die von ihm ausgemachten Akzeptanzdefizite auf objektiv nachvollziehbaren Umständen beruhen. Die Aufgabe, Recht zu sprechen und dabei auch die Werte durchzusetzen, auf denen das Grundgesetz gründet, bringt es mit sich, dass die Institution Justiz und deren Entscheidungen mitunter auf Widerstand in Teilen der Gesellschaft treffen. Dieser ist auszuhalten. Demgegenüber darf der Staat Maßnahmen ergreifen, die die Neutralität der Justiz aus der Sichtweise eines objektiven Dritten unterstreichen sollen. Das Verbot religiöser Bekundungen oder der Verwendung religiöser Symbole durch den Staat und seine Amtsträger kann – wenn es sich gleichheitsgerecht auf alle Äußerungen und Zeichen im Gerichtssaal bezieht (vgl. BVerfGE 108, 282 <313>; 138, 296 <346 ff. Rn. 123 ff.>) – insoweit legitimer Ausdruck einer solchen Konzeption sein (vgl. Jestaedt, Bitburger Gespräche 2017, S. 43 <52>). Auch wenn das religiöse Bekenntnis einzelner Amtsträger allein nicht gegen deren sachgerechte Amtswahrnehmung spricht (vgl. unten C. I. 2. b) dd)), kann die erkennbare Distanzierung des einzelnen Richters und der einzelnen Richterin von individuellen religiösen, weltanschaulichen und politischen Überzeugungen bei Ausübung ihres Amtes zur Stärkung des Vertrauens in die Neutralität der Justiz insgesamt beitragen und ist umgekehrt die öffentliche Kundgabe von Religiosität geeignet, das Bild der Justiz in ihrer Gesamtheit zu beeinträchtigen, das gerade durch eine besondere persönliche Zurücknahme der zur Entscheidung berufenen Amtsträger geprägt ist. (Ao selecionar as medidas de otimização a serem tomadas, o Estado tem uma margem de apreciação. Contudo, especialmente quando se persegue o objetivo de reforçar a aceitação do poder judicial entre a população, deve assegurar que os défices de aceitação que identifica se baseiam em circunstâncias objetivamente compreensíveis. A tarefa de fazer justiça e, ao fazê-lo, também de fazer respeitar os valores em que se baseia a Lei Básica, implica que a instituição da justiça e as suas decisões encontram por vezes resistência em algumas partes da sociedade. Esta resistência deve ser suportada. Em contraste, o Estado é autorizado a tomar medidas que se destinam a sublinhar a neutralidade do poder judicial na perspectiva de uma terceira parte objetiva. A proibição de manifestações religiosas ou o uso de símbolos religiosos pelo Estado e seus funcionários pode - se se aplicar a todas as expressões e sinais na sala de audiências de acordo com a igualdade (cf. BVerfGE 108, 282 <313>; 138, 296 <346 et seq. marginal no. 123 et seq.>) - a este respeito ser uma expressão legítima de tal concepção (cf. Jestaedt, Bitburger Gespräche 2017, p. 43 <52>). Mesmo que a confissão religiosa dos titulares de cargos individuais não fale contra o seu correto desempenho do seu cargo (cf. abaixo C. I. 2. b) dd)), o distanciamento reconhecido do juiz individual das convicções religiosas, ideológicas e políticas individuais no exercício do seu cargo pode contribuir para reforçar a confiança na neutralidade do poder judicial como um todo e, inversamente, a manifestação pública de religiosidade é susceptível de prejudicar a imagem do poder judicial como um todo, que se caracteriza precisamente por uma retirada pessoal especial dos titulares de cargos nomeados para tomar decisões.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) é a última instância do judiciário brasileiro e atua como tribunal constitucional (porém, não exclusivamente). As decisões do STF (Supremo Tribunal Federal) diferentemente do Tribunal Constitucional alemão são feitas em colegiado por votos individuais (*seriatim*) por cada ministro⁵¹, que ao final, seguindo o relator ou a divergência (ou o entendimento de cada ministro) contabiliza para o resultado, sistema que difere do Tribunal Constitucional alemão que atua em dois senados, sendo que o julgamento em cada senado há uma só decisão do feito (*per curiam*), e não vários votos, e pode facilitar uma concatenação lógica e adoção da máxima da proporcionalidade. No STF, cada ministro escolhe como decide e como aplica a máxima da proporcionalidade, que pode acarretar divergências a depender do ministro e sua base teórica.

4.1 ADPF 811⁵²

Com o advento da pandemia de COVID-19 em 2020, o mundo se deparou com novos desafios e diversas atitudes ao redor do mundo foram tomadas pelos chefes dos executivos de vários países para conter o avanço e a disseminação do vírus. Entre essas medidas, o Estado de São Paulo através de um decreto⁵³ restringiu a realização de atividades religiosas presenciais, tais como cultos em igrejas e assembleias, o que acarretou uma enorme discussão acerca da liberdade religiosa e os limites do Poder Estatal frente a esse princípio. E desse modo foi ajuizada esse ADPF (arguição de preceito fundamental) no Supremo Tribunal Federal questionado em suma a (des)proporcionalidade da medida imposta pelo Estado restringindo a atuação de (princípios) fundamentais.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. 2021 “[...] esse debate prévio nunca ocorre e, salvo interrupções e apartes esporádicos, ministros e ministras simplesmente leem seus votos, escritos previamente, começando pelo relator e prosseguindo na ordem inversa de antiguidade, ficando o presidente por último (RISTF, art. 135). Nessas circunstâncias, as decisões são tomadas com base na soma dos votos dos ministros em favor de um ou outro resultado. Não há nada que seja escrito de forma coletiva. Essa forma de decidir é conhecida como *seriatim* e se contrapõe ao que se costuma chamar de processo decisório *per curiam*, no qual as decisões são tomadas de forma coletiva. Em decorrência da forma de julgamento adotada no STF, o fato de uma decisão ter mais de um voto escrito não significa que tenha sido unânime. Há várias decisões unânimes que contêm onze votos individuais, porque todos eles foram escritos antes do julgamento, ou seja, antes que cada um tomasse conhecimento da posição do relator e dos demais membros do tribunal. Cada ministro e ministra, portanto, age como se estivesse decidindo sozinho, o que claramente erode o caráter coletivo e colegiado do tribunal”. *Ibidem*.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Arguição de Preceito Fundamental 811; <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756267154>, acesso em 02/03/2022.

⁵³ Decreto 65.563 do Estado de São Paulo, publicado em 12 de março de 2021.

Ao analisar primeiramente o voto do relator ministro Gilmar Mendes, é possível perceber que houve um empenho considerável em estabelecer critérios e rigor na análise da proporcionalidade. O voto argumenta que a liberdade de crença e culto⁵⁴ é um direito fundamental essencial a sociedade, e está resguardado na Constituição Federal. No subtópico 3.1 do seu voto, o relator realiza o sopesamento da proporcionalidade. Apesar de ter menções expressas às três etapas da proporcionalidade, o voto se utiliza não exclusivamente do estabelecido por Robert Alexy, mas sim, a um conceito geral doutrinário da proporcionalidade, como princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), contudo há uma menção direta e didática “O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.”⁵⁵ A menção ao “princípio” já difere pelo proposto por Alexy, não que a análise esteja incorreta, mas sim para o presente trabalho, difere do estabelecido. Há no voto diversas menções a teorias, conceitos e jurisprudência alemã, mas o processo decisório efetivamente é pouco direto (mas ainda assim, efetivo) ante o caso concreto. Contudo, ante a análise do voto, é possível afirmar que houve a preterida análise da proporcionalidade efetivamente, levando-se em conta e argumentando sobre a liberdade religiosa, e presente necessidade da restrição do culto religioso presencialmente⁵⁶, mas é necessário relembrar que o sopesamento ocorre indiretamente, através principalmente de citações e jurisprudência do tribunal quanto internacional.

Não há nos demais votos uma análise criteriosa e sopesamento da proporcionalidade como a estabelecida pelo voto do relator.

4.2 HC 82424/RS⁵⁷ — caso Ellwanger

⁵⁴ Segundo o relator, há duas dimensões de existência da liberdade de crença: “Reconhece-se a existência de uma dimensão interna (*forum internum*) e de uma dimensão externa (*forum externum*) deste direito. O “*forum internum*” consiste na liberdade espiritual íntima de formar a sua crença, a sua ideologia ou a sua consciência, enquanto o “*forum externum*” diz respeito mais propriamente à liberdade de confissão e à liberdade de culto. Como destacado por LOTHAR MICHAEL & MARTIN MORLOK, nessa dimensão externa da liberdade religiosa, “a proteção jurídico-constitucional da liberdade de culto não se limita à fé religiosa como pura ‘questão privada’, mas comprova-se precisamente quando a fé é vivida publicamente, encontrando por isso resistências sociais ou legais” in ADPF 811, Rel. p.13.

⁵⁵ ADPF 811. op. cit. p. 31 – 32.

⁵⁶ Ibidem p. 14 – 40.

⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Habeas Corpus 82424; <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>, acesso em 13/03/2022

Em 2003 o STF julgou o HC 82424/RS, mais conhecido como caso Ellwanger, que tinha como paciente Siegfried Ellwanger Castas que havia publicado obras com teses revisionistas sobre o holocausto judeu na 2^o Guerra Mundial. Em consequência das suas publicações, Ellwanger foi denunciado e absolvido em 1^a instância pelo TJRS (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), porém condenado em 2^a instância, e que desse modo seus advogados impetraram o remédio *habeas corpus* no STJ (Superior Tribunal de Justiça) o qual foi negado, e posteriormente recorreram ao STF, no presente HC em comento.

No julgamento da ação, o objeto de julgamento não foi muito bem definido e foi possível perceber que havia votos que se direcionavam ao debate de que se tratava de crime de racismo ou como analisados em outros votos, se era justificável a limitação da liberdade de expressão no caso concreto. Pode-se dizer que os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio seguiram a linha de análise a qual ponderava a limitação a liberdade de expressão, e ambos se acostaram sobre a máxima da proporcionalidade para chegar a conclusões diversas, sendo o julgamento desse *habeas corpus* comumente considerado como o marco da aplicação da proporcionalidade no direito brasileiro.⁵⁸

O ministro Gilmar Mendes em seu voto, entendeu que o ato é proporcional, sendo ele necessário, adequado e proporcional (em sentido estrito). Contudo, como salienta Sapucaia, a concepção teórica da adequação do ministro é problemática, quando pressupõe que para o ato ser adequado, ele deve ser apto a produzir resultado; contudo, essa máxima exige menos. O ato pode apenas fomentar o fim desejado⁵⁹. Em relação à necessidade, o ministro Gilmar Mendes afirma que “[...] também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz”⁶⁰. Mas, conforme já salientado, o exame da necessidade é uma relação de natureza comparativa entre os meios adequados, sendo eminentemente comparativos. Mas, como veremos a seguir, ambos os ministros pressupõem a ausência de meio menos gravoso em face do princípio colidente. No exame da proporcionalidade em sentido estrito⁶¹, o ministro

⁵⁸ SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. *A Aplicação Da Máxima Da Proporcionalidade No STF: Um Caso*. Revista Da Seção Judiciária Do Rio De Janeiro, v. 20, n. 36, p. 193–204, 2013, p. 196.

⁵⁹ Esse é o entendimento de BOROWSKI, op. cit.

⁶⁰ Ibidem. p.670.

⁶¹ “A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo a violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que

realiza uma ponderação em abstrato, onde as variáveis do caso que permitiriam uma argumentação racional não foram estabelecidas⁶²

Por outro lado, o ministro Marco Aurélio de Mello, em seu voto foi ao contrário do ministro Gilmar e entendeu que o ato era desproporcional, consoante a sua aplicação da proporcionalidade, e ao conceituá-la, ele relaciona quais princípios estariam em colisão, sendo a dignidade do povo judeu, e a garantia da manifestação do pensamento; porém, no curso da conceituação, o ministro usa a adequação e necessidade como constituintes da máxima da proporcionalidade. Ao fim da sua análise, o ministro chegou à conclusão de que a condenação não era adequada, argumentando “uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história, não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.”⁶³ Conforme já explicitado nesse artigo, a análise da proporcionalidade termina se uma das máximas não forem satisfeitas, devido a sua característica de subsidiariedade, e desse modo o voto deveria terminar aqui. Em sequência, ao fazer o exame da necessidade, o ministro chega à conclusão de que há a violação da necessidade quando da decisão pela condenação do réu, sendo que, para ele, haveria somente uma única solução, a concessão da ordem e a garantia da liberdade de expressão⁶⁴. Contudo, o exame da necessidade realizado pelo Ministro Marco Aurélio é equivocado, uma vez que o exame da necessidade é essencialmente comparativo, e como já observado, nenhum dos ambos os ministros o efetuam corretamente. Conforme Sapucaia⁶⁵, não havendo a comparação, não se atende a máxima da necessidade. Por fim, a análise do ministro Marco Aurélio da proporcionalidade em sentido estrito também está equivocada, porque, como demonstrado no seu voto⁶⁶, o ministro não sopesa os princípios colidentes, mas sim realiza um juízo de razoabilidade destes que não se confunde com a máxima da proporcionalidade em sentido estrito e proporcionalidade em análise.

estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.”. Brasil, 2003 op. cit. p. 670-671.

⁶² SAPUCAIA, op. cit. p.199.

⁶³ Brasil, 2003 op. cit. p.896.

⁶⁴ Ibidem. p.897.

⁶⁵ SAPUCAIA, p.199.

⁶⁶ “Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira. restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizando-o por ideia que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a internet.” Ibidem. p. 898.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo do presente artigo foi à análise crítica da aplicação da máxima da proporcionalidade, e suas submáximas, no Tribunal Constitucional Federal alemão e no Supremo Tribunal Federal. Em geral, é possível perceber uma aplicação mais pragmática e rigorosa no Tribunal Constitucional Federal alemão, este que também influenciou na conceituação do próprio conceito e aplicação da máxima da proporcionalidade, conforme demonstrado anteriormente. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal peca ao aplicar a proporcionalidade, nos moldes aqui explicitados, comumente não utilizando os conceitos corretamente, ou confundindo termos e o próprio princípio em si. Afirma Sapucaia que “A proporcionalidade supostamente aplicada pelo Supremo Tribunal Federal não é da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão nem se liga à teoria dos princípios entendidos como mandamentos de otimização”.⁶⁷ E é possível afirmar que este artigo chega a mesma conclusão, baseando-se no já apresentado. E, conforme Virgílio Afonso da Silva (2002), o que se buscou nesse e outros estudos, não é apenas a crítica pela não aplicação da máxima da proporcionalidade por um tribunal, qualquer que seja, mas sim, apesar de se alegar a aplicação da proporcionalidade no STF na maioria dos seus julgados, tal feito não ocorre corretamente.⁶⁸

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, v. 217, n. 1, p. 67–79, 1999.

_____, **Direitos Fundamentais No Estado Constitucional Democrático**. Revista Da Faculdade De Direito Da UFRGS, v. 16, n. 1, p. 203–214, 1999.

_____, **Human Dignity and Proportionality Analysis / A Dignidade Humana E a Análise Da Proporcionalidade**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 16, n. 1, p. 83–96, 2016.

⁶⁷ SAPUCAIA, op. cit. p. 202.

⁶⁸ “Por fim, como ressalta Virgílio Afonso da Silva, a crítica principal não se dirige a não aplicação pelo tribunal da máxima da proporcionalidade, pois se poderia entender que há outras formas de preservação dos direitos fundamentais. O que se busca é afirmar que, apesar da alegação de aplicação da proporcionalidade em seus julgados, o STF não o faz.” *ibidem*.p.202.

_____, **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **A Distinção Entre Entre Princípios E Regras E a Redefinição Do Dever De Proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 215, n. 1, p. 151–179, 1999.

_____, **Teoria Dos princípios: Da Definição À Aplicação Dos Princípios Jurídicos**. 20^a. ed. Brasil: Malheiros, 2021.

BOROWSKI, Martin. **Grundrechte Als Prinzipien**. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 3^a. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

LIMA, Iara Menezes; MORAES, Anderson Júnior Leal. **Subjetivismo na aplicação da máxima da proporcionalidade**. Prisma Jurídico, v. 12, n. 1, p. 253–274, 2013.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas Sobre Direitos Fundamentais Volume 2**, Liberdade De Consciência E crença, Liberdades De Expressão E De Comunicação social, Liberdades Artística E Científica. 1. ed. Brasil: São Paulo Konrad-Adenauer Stiftung — Kas, 2018.

_____, **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas Sobre Direitos fundamentais. Volume I**: Dignidade humana, Livre Desenvolvimento Da personalidade, Direito Fundamental À Vida E À Integridade física, Igualdade. 1. ed. Brasil: São Paulo Konrad-Adenauer Stiftung - Kas, 2016.

_____, **Tribunal Constitucional Federal Alemão: Decisões Anotadas Sobre Direitos fundamentais. Volume III**. 1. ed. Brasil: Marcial Pons, 2019.

MASTRODI, Josué. **Ponderação De Direitos E Proporcionalidade Das Decisões Judiciais**. Revista Direito GV, v. 10, n. 2, p. 577–595, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, **A Proporcionalidade Na Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB De Jurisprudência, v. 23, n. 94, p. 469–475, 1994.

SANTOS, Fausto de Moraes. **A Caracterização Da Proporcionalidade E Do Balanceamento**. *Revista De Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 18, n. 18, p. 292–313, 2015.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. **A Aplicação Da Máxima Da Proporcionalidade No STF: Um Caso**. *Revista Da Seção Judiciária Do Rio De Janeiro*, v. 20, n. 36, p. 193–204, 2013.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos De Jurisprudência Do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Henning; Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional E O Razoável**. *Revista Dos Tribunais*, v. 798, n. 1, p. 23–50., 2002.

_____, **Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605–618.

_____, **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo, Edusp, Editora Da Universidade Da São Paulo, 2021.

SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. **Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 abr 2013, 06:15. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34807/ponderacao-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 06 ago 2022.

Contatos: phelipe.nascimento@outlook.com e jcarlosfrancisco@hotmail.com