

OS FUNDAMENTOS DA PROPORCIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PRUSSIANO, ALEMÃO E ESTADUNIDENSE

THE FUNDAMENTALS OF PROPORTIONALITY UNDER THE PERSPECTIVE OF PRUSSIAN, GERMAN AND US LAW

Patricia Luyet Alegria¹

RESUMO: Este artigo propõe-se a verificar os fundamentos da proporcionalidade, utilizando-se como parâmetro a Prússia, a Alemanha e os Estados Unidos da América. Apresenta-se a origem da proporcionalidade como método decisório racional no Direito Administrativo da Prússia, limitando o governo e seu poder de polícia (*Rechtsstaat*). Discorre-se sobre o uso desta metodologia pelo Tribunal Constitucional Alemão para efetivar e concretizar os direitos fundamentais frente às medidas restritivas de direitos impostas pelo Estado. Por fim, expõem-se os precedentes negativos da proporcionalidade no Direito Constitucional dos Estados Unidos da América, o qual era marcado pelo formalismo e absolutismo dos direitos fundamentais individuais. Comentam-se os casos paradigmáticos *Kreuzberg-Urteil*, *The Weavers*, *Apotheken Urteil*, *Lüth Urteil*, *Lochner vs. New York* e *Dennis vs. United States*.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Fundamentos. Casos paradigmáticos.

ABSTRACT: This article proposes to verify the foundations of proportionality, using Prussia, Germany and the United States of America as a parameter. It presents the origin of proportionality as a rational decision-making method in Prussian Administrative Law, limiting the government and its police power (*Rechtsstaat*). It discusses the use of this methodology by the German Constitutional Court to implement and materialize constitutional rights in the face of restrictive measures of rights imposed by the State. Finally, the negative precedents of proportionality in the Constitutional Law of the United States of America are exposed, which were marked by the formalism and absolutism of constitutional individual rights. The paradigmatic cases *Kreuzberg-Urteil*, *The Weavers*, *Apotheken Urteil*, *Lüth Urteil*, *Lochner vs. New York* and *Dennis vs. United States* are commented on.

Key-words: Proportionality. Fundamentals. Paradigmatic cases.

¹ Possui graduação em Engenharia de Controle e Automação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2013), graduação em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2022), especialização em Engenharia de Segurança do Trabalho pelo Centro Universitário Metodista (2015) e especialização em Perícia Criminal e Ciências Forenses pelo Instituto de Pós-graduação (2019). Cursando pós-graduação Stricto Sensu Mestrado Acadêmico em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2023-2024).

*OS FUNDAMENTOS DA PROPORCIONALIDADE
SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PRUSSIANO,
ALEMÃO E ESTADUNIDENSE*

Patricia Luyet Alegria

Recebido em: 21/07/2023

Aceito em: 01/12/2023

1 INTRODUÇÃO

O advento dos Estados Constitucionais trouxe consigo um rol de direitos fundamentais atribuídos aos indivíduos - direitos de liberdade em face do Estado, direitos prestacionais ou sociais e direitos coletivos ou comunitários. Como há uma ampla gama de direitos, é possível que, em um determinado contexto fático, esses direitos se sobreponham, colidindo uns com os outros, gerando assim uma dúvida acerca de qual direito deve prevalecer ou de qual é o mais importante.

É nesta conjuntura que se desenvolve a proporcionalidade, com o objetivo de equilibrar e equalizar interesses opostos por meio de argumentos racionais e justificados. Assim, nos últimos cinquenta anos, a proporcionalidade se desenvolveu e se expandiu como método para administrar conflitos envolvendo direitos aparentemente opostos ou medidas estatais restritivas de direitos.

Hoje, a proporcionalidade é a metodologia de preferência dos tribunais constitucionais para resolver colisões entre direitos fundamentais, sendo utilizada em praticamente todos os continentes, conforme suas peculiaridades locais. Originada no Direito Administrativo prussiano e incorporada ao Direito Constitucional alemão, a proporcionalidade se difundiu como técnica decisória, sendo aplicada pela Corte Européia de Direitos Humanos e por cortes constitucionais espalhadas pelo mundo, como as do Canadá, Israel, África do Sul, Austrália, Nova Zelândia, Brasil, Índia e Coreia do Sul.

Neste sentido, torna-se crucial esquadrihar os fundamentos e as origens da proporcionalidade, assim como os casos paradigmáticos de aplicação da proporcionalidade como método decisório. Portanto, na parte 2 do presente artigo, introduz-se a proporcionalidade como metodologia de verificação se medidas restritivas de direitos fundamentais são proporcionais. Para tanto, apresenta-se os fundamentos da proporcionalidade no Estado de Direito e no Direito Administrativo prussiano, mais notadamente na limitação do poder de polícia. Destacam-se os casos de Kreuzberg-Urteil e da peça teatral The Weavers de Gerhart Hauptmann. Na parte 3 observa-se a incorporação da proporcionalidade como método decisório pelo Tribunal Constitucional Alemão. Os direitos fundamentais dispõem de um amplo

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 27, n.59, p. 44-66, nov. 2023/fev. 2024

escopo de proteção, conseqüentemente qualquer restrição ou limitação aos direitos previstos na Constituição são passíveis de controle de constitucionalidade pelo Tribunal. Apontam-se como precedentes significativos os casos *Apotheken Urteil* e *Lüth Urteil*. E na parte 4 são apresentados os precedentes negativos da proporcionalidade - *Lochner vs. New York* e *Dennis vs. United States*. Estes casos de aplicação da proporcionalidade nos Estados Unidos da América têm como intuito combater o formalismo e o absolutismo dos direitos fundamentais, sendo esta a teoria vigente à época no norte da América.

Para cumprir com estes objetivos, utilizou-se o método de abordagem indutivo com procedimento técnico de revisão bibliográfica, conteúdo descritivo e abordagem qualitativa.

2 A PROPORCIONALIDADE COMO MÉTRICA DA ATUAÇÃO ESTATAL

A proporcionalidade é uma metodologia utilizada para aferir a legalidade e a justificação de uma norma constitucional ou infraconstitucional que limita uma outra norma constitucional. Para Gavião Filho (2022, p. 17), "[a] proporcionalidade tem sido apresentado[a] como critério para avaliar se as medidas restritivas ou interventivas no escopo de proteção de direitos fundamentais estão racionalmente justificadas". Portanto, a proporcionalidade é uma ferramenta analítica cujo objetivo é verificar, através de um método, se uma norma pode ser limitada por outra norma e se esta limitação é proporcional. Mathews e Sweet (2008, p. 74-75) complementam que a proporcionalidade é um procedimento de análise estruturada de tomada de decisão quando há tensão ou disputa entre dois ou mais valores ou interesses constitucionais. Barak (2012, p. 740) resume a proporcionalidade como uma análise constitucional em dois estágios: (1) existe limitação ao direito?; e (2) a limitação é proporcional?.

Compreendido que a proporcionalidade é um método, uma questão que surge é: o que é ser proporcional? Schlink (2012, p. 292) afirma que o conceito de proporcionalidade perpassa os fins e os meios do direito em análise. Logo, é preciso

que o fim perseguido seja legítimo e que a ação limitadora seja apropriada e necessária para executar o fim.

O princípio da proporcionalidade é o seguinte: se você persegue um fim, deve usar um meio que seja útil, necessário e apropriado. Um meio que não ajuda a alcançar o fim não é verdadeiramente um meio – usá-lo seria desproporcional. Também é desproporcional usar um meio que faz mais do que o necessário, por exemplo, um meio que é mais prejudicial ou mais caro do que o necessário. É igualmente desproporcional usar um meio inadequado porque, mesmo sendo necessário, ao usá-lo você causa mais dano do que vale o fim ou gasta mais do que ganha (SCHLINK, 2012, p. 292, tradução nossa)².

A compreensão de que é necessário verificar se uma medida estatal é proporcional (cotejo dos meios e dos fins), ou seja, o fundamento da proporcionalidade, surgiu com o *Rechtsstaat* (literalmente Estado de Direito). Outrora, no período absolutista, os atos públicos emanados pelo soberano eram válidos independentemente de serem permitidos pelo direito vigente. Com a advento do Constitucionalismo, os poderes atribuídos aos governantes não eram mais ilimitados. Portanto, qualquer limitação, restrição, intervenção ou violação a direitos somente eram válidas se autorizadas pelo Direito. Sidou (2016, p. 257) apresenta a seguinte definição para Estado de Direito: "estamento em que o poder político pauta suas ações em estrita observância da ordem jurídica, com perfeito equilíbrio entre o direito e o árbitro".

O Tribunal Administrativo da Prússia foi o precursor do uso da proporcionalidade como forma de limitar o governo. Cohen-Eliya e Porat (2013, p. 24-25) destacam que, na segunda metade do século XVIII, a Prússia, paulatinamente, migrou do regime absolutista no qual o rei era a autoridade suprema para o Estado governado pela lei - *Rechtsstaat*. A inspiração para esta mudança advém das Revoluções Francesa e Americana e do contratualismo liberal

² The proportionality principle thus reads as follows: If you pursue an end, you must use a means that is helpful, necessary, and appropriate. A means that doesn't help to reach the end isn't a real means — to use it would be out of proportion. It is also out of proportion to use a means that does more than necessary, for example a means which is more harmful or more expensive than necessary. It is equally out of proportion to use a means that is inappropriate because, even though it is necessary, by using it you do more harm than the end is worth or you spend more than you gain.
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 27, n.59, p. 44-66, nov. 2023/fev. 2024

social. Desta forma, o objetivo era consolidar como princípios do sistema legal prussiano o racionalismo, a tolerância religiosa, as liberdades individuais e a limitação do poder do Estado e de seus agentes.

A proporcionalidade deve ser vista em conjunto com o princípio do Rechtsstaat. O princípio do Rechtsstaat foi uma reversão da regra padrão, que havia legitimado a ação estatal sob o direito público alemão. Até então, a ação estatal era considerada válida mesmo quando não era expressamente permitida pela lei; doravante, a validade de tal ação tornou-se contingente à autorização textual explícita. Esta continua a ser a essência do princípio Rechtsstaat no direito público alemão até hoje. E, embora o significado preciso e as implicações do princípio "Rechtsstaat" continuem a ser debatidos, resta claro que o papel desempenhado por esse princípio na Alemanha foi semelhante ao impacto do "Rule of Law" britânico: ao impor limites às ações governamentais, fornecia aos cidadãos um grau de liberdade muito maior do que estaria disponível de outra forma (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 25-26, tradução nossa)³.

A efetivação do princípio do *Rechtsstaat* na Prússia ocorreu por meio de uma corte administrativa autônoma (Tribunal Administrativo Prussiano), na qual os agentes públicos poderiam ser responsabilizados pelos excessos cometidos no uso do poder, mais precisamente pelos abusos no poder de polícia. Assim, o Tribunal Administrativo Prussiano tinha que equacionar duas premissas conflitantes: (1) a polícia precisa fazer o que for necessário para garantir a segurança e a ordem; e (2) a vida, a liberdade e a propriedade dos indivíduos está protegida contra a intrusão da polícia. Foi diante deste dilema - é impossível garantir a segurança e a ordem sem violar os direitos à vida, à liberdade e à propriedade - que o Tribunal desenvolveu a ideia da proporcionalidade.

³ Proportionality should be viewed in conjunction with the principle of Rechtsstaat. The Rechtsstaat principle was a reversal of the default rule, which had legitimized state action under German public law. Up until that point, state action had been held to be valid even when it was not explicitly permitted under the law; henceforth the validity of any such action became contingent on explicit textual authorization. This remains the essence of the Rechtsstaat principle in German public law to this day. And although the precise meaning and implications of the "Rechtsstaat" principle continue to be debated, it is clear that the role played by this principle in Germany was similar to the impact of the British "rule of law": by imposing limits on governmental actions, it provided citizens with a far greater degree of freedom than would have otherwise been available.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 27, n.59, p. 44-66, nov. 2023/fev. 2024

Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade ganhou força não no direito penal ou na aplicação da lei, mas no direito administrativo, quando a polícia age para proteger o público. Do final do século XVIII ao início do século XX, a norma relevante fornecia pouco mais do que uma definição da tarefa da polícia: a polícia tinha que fazer o que fosse necessário para combater os perigos para a segurança e a ordem pública. A norma pretendia dar à polícia ampla discricionariedade no combate a comportamentos perigosos de todos os tipos, desde ofender o rei prussiano em um comício socialista até construir uma casa sem engenharia estrutural adequada ou administrar uma fábrica de produtos químicos sem o descarte adequado de resíduos. No início, a norma pretendia até mesmo dar à polícia uma descrição descontrolada. Mas uma vez que as ideias de direitos individuais e do Rechtsstaat (o Estado de direito) começaram a prevalecer, os tribunais começaram a instituir controles sobre a polícia. Os dias de discricionariedade descontrolada acabaram. Nas últimas décadas do século XIX, o Tribunal Administrativo da Prússia desenvolveu esta norma, uma norma que não fez mais do que definir a tarefa da polícia, numa jurisprudência de proporcionalidade. A polícia tinha o direito de usar apenas meios adequados, necessários e apropriados ou, como também era chamado, proporcional no sentido estrito em oposição a proporcional no sentido amplo, significando adequado, necessário e apropriado. Os meios tinham que funcionar, não deveria haver nenhum outro meio que fosse igualmente eficaz, mas menos intrusivo, e o fim tinha que ser importante o suficiente para justificar a intrusão (SCHLINK, 2012, p. 294, tradução nossa)⁴.

Assim sendo, a atuação policial e o poder de polícia do Estado, segundo o Tribunal Administrativo da Prússia, não poderiam ser arbitrários, em outras palavras, qualquer intervenção estatal na vida dos indivíduos precisaria ser proporcional aos perigos e riscos à segurança e à ordem. O jurista suíço Fritz Fleiner capturou a

⁴ In Germany the principle of proportionality came into its own not in criminal law or law enforcement but in administrative law, when the police act to protect the public. From the late eighteenth to the early twentieth century, the relevant norm provided little more than a definition of the task of the police: The police had to do what was necessary to fight dangers to public safety and order. The norm was meant to give the police wide discretion in fighting dangerous behavior of all sorts, from offending the Prussian king at a Socialist rally to building a house without proper structural engineering or running a chemical plant without proper waste disposal. In the beginning the norm even meant to give the police uncontrolled discretion. But once the ideas of individual rights and the Rechtsstaat (the state under the rule of law) began to prevail, the courts started to institute controls over the police. The days of uncontrolled discretion were over. In the last decades of the nineteenth century, the Prussian High Administrative Court developed this norm, a norm that did no more than define the task of the police, into a jurisprudence of proportionality. The police were entitled to use only means that were fit, necessary, and appropriate or, as it was also called, proportional in the narrow sense as opposed to proportional in the wide sense, meaning fit, necessary and appropriate. The means had to work, there had to be no other means that would be equally effective but less intrusive, and the end had to be important enough to justify the intrusion.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 27, n.59, p. 44-66, nov. 2023/fev. 2024

essência da proporcionalidade prussiana com seu memorável aforismo: "A polícia não deve atirar em pardais com canhões" (MATHEWS; SWEET, 2008, p. 102, tradução nossa)⁵. Cohen-Eliya e Porat (2013, p. 24-28) ressaltam, em linhas gerais, que a necessidade de apresentar razões e justificativas é um dos propósitos centrais do direito administrativo, com o objetivo de garantir a eficiência governamental e evitar arbitrariedades, ou seja, a essência da proporcionalidade é limitar o governo.

Dois casos paradigmáticos podem ser destacados como exemplos da aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Administrativo da Prússia como métrica da atuação estatal. O caso Kreuzberg-Urteil ocorreu em 1882 no distrito de Kreuzberg em Berlim. As autoridades da cidade, por meio de uma portaria de 1879, decretaram que nenhum edifício construído poderia atrapalhar a vista ao monumento nacional que celebrava a vitória da Alemanha sobre Napoleão na Guerra da Libertação de 1813-1814. Um proprietário de terras que queria construir edifícios de quatro andares que iriam bloquear a vista ao monumento teve sua autorização de construção negada pelos oficiais de Berlim. O proprietário dos lotes de terra recorreu ao Tribunal Administrativo Prussiano que reverteu a decisão sob o fundamento de que o poder de polícia somente poderia ser exercido em caso de perigo à segurança pública, não cabendo ao Estado impor seu próprio julgamento estético aos cidadãos (HUBER, 2008, p. 25).

O segundo caso paradigmático refere-se a peça de teatro *The Weavers* de Gerhart Hauptmann que seria apresentada no Deutches Theater de Berlim. A permissão de exibição da peça foi negada pelas autoridades sobre o argumento de que se tratava de uma chamada para revolução e justificção do assassinato dos "exploradores capitalistas" da revolta dos tecelões Silesianos em 1844. O Tribunal Administrativo da Prússia revogou a decisão proibitiva argumentando que havia apenas uma suposta perturbação da ordem pública, sendo que incumbia ao Estado demonstrar a existência de um atual, próximo e iminente perigo (LEDFORD, 2004, p. 219-220).

⁵ The police should not shoot at sparrows with cannons.

Como visto nos exemplos acima citados, o Estado de Direito (Rechtsstaat) é marcado pela limitação do poder estatal, ou seja, o escopo de atuação do governo e dos seus agentes restringe-se ao previsto na lei e àquilo que é proporcional. Este entendimento consolidado no Tribunal Administrativo da Prússia se expandiu por outros países, que começaram a utilizar a proporcionalidade não só no direito administrativo, mas também em outros ramos da ordem jurídica. Um dos expoentes do uso da proporcionalidade para além do direito administrativo é o Tribunal Constitucional Alemão.

3 A PROPORCIONALIDADE COMO MEIO TERMO ENTRE OS DIREITOS E AS MEDIDAS RESTRITIVAS

O ideal da proporcionalidade prussiana foi incorporado ao Direito Constitucional alemão no início do século XX. A Constituição de Weimar, promulgada em 1919, continha um catálogo de direitos, notadamente direitos de propriedade. Juristas da época, como Carl Schmitt, Heinrich Triepel, Rudolf Smend e Gerhard Leibholz destacavam que os direitos constituíam a base legal de valores que norteiam o Direito Constitucional, impondo obrigações positivas e, principalmente, negativas ao Estado. Desta forma, os direitos e liberdades individuais gozam de proteção contra ingerências do poder estatal (MATHEWS; SWEET, 2008, p. 103).

Ao fim da segunda guerra mundial, a Alemanha promulgou, em 1949, a Lei Fundamental Alemã, destacando que os direitos previstos na constituição têm primazia no ordenamento jurídico. Assim, qualquer violação aos direitos fundamentais é passível de controle pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Elaborada sob o olhar atento das forças de ocupação, a Lei Fundamental Alemã de 1949 estabeleceu a República Federal como uma nova ordem constitucional fundamentada no compromisso com os direitos humanos aplicáveis como lei superior. A Constituição anuncia um extenso catálogo de direitos (artigos 1-20) antes de constituir órgãos estatais e arranjos governamentais. Esses direitos são obrigatórios para o Estado (artigo 1 § 3); os estatutos não podem interferir no seu conteúdo essencial (artigo 19 § 2). A Lei Fundamental também criou um tribunal constitucional, o Tribunal Constitucional

Alemão, e conferiu-lhe competência para defender esses direitos, em cooperação com os tribunais ordinários. O estatuto do Tribunal Constitucional Alemão permitia que os indivíduos apresentassem queixas de violação de direitos diretamente ao Tribunal, e essa via de reparação judicial foi constitucionalizada em 1969 (Artigo 93 § 4a) (MATHEWS; SWEET, 2008, p. 104-105, tradução nossa)⁶.

Entretanto, a Lei Fundamental Alemã, ao passo que garantia direitos e liberdades individuais, também autorizava o poder legislativo a limitar os direitos e liberdades assegurados às pessoas. Para resolver o aparente impasse entre direitos fundamentais *vs.* medidas restritivas estatais, a solução encontrada pelo Tribunal alemão foi similar a do Tribunal prussiano na esfera administrativa: os atos de governos não podem ser arbitrários, devendo ser proporcionais.

A concessão de direitos pela Constituição não pode significar que os direitos sempre superam o poder legislativo. Nem pode o empoderamento do legislativo pela Constituição significar que os direitos dos cidadãos não têm valor. As disposições devem coexistir e, novamente, juntas, elas podem significar apenas que o legislativo tem o poder de limitar e interferir, mas não de forma arbitrária (SCHLINK, 2012, p. 295, tradução nossa)⁷.

A Lei Fundamental Alemã ressalta que as leis e os atos do poder legislativo não podem interferir no conteúdo essencial do direito fundamental (artigo 19 § 2). O conteúdo de um direito fundamental abrange toda a área de atuação daquele direito, ou seja, todos os efeitos e interfaces possíveis de ocorrerem aquele direito. Este cerne somente pode ser alterado mediante emenda constitucional. No limiar entre o escopo de proteção de um direito e aquilo que o direito não é, encontra-se o limite do direito. Este refere-se a sua realização e seus efeitos em maior ou menor grau no

⁶ Drafted under the watchful gaze of occupying forces, the German Basic Law of 1949 established the Federal Republic as a new constitutional order grounded in a commitment to human rights enforceable as higher law. The constitution announces an extensive catalogue of rights (Articles 1 § 20) before it constitutes state organs and governmental arrangements. These rights are binding on the state (Article 1 § 3); statutes may not interfere with their 'essential content' (Article 19 § 2). The Basic Law also created a constitutional court, the GFCC, and conferred upon it jurisdiction to defend those rights, in cooperation with the ordinary courts. The GFCC statute permitted individuals to bring claims of rights violations directly to the Court, and this route to judicial redress was itself constitutionalized in 1969 (Article 93 § 4a).

⁷ The constitution's grant of rights cannot mean that the rights always trump the legislature's power. Nor can the constitution's empowering the legislature mean that the citizens' rights are meaningless. The provisions have to coexist, and again, together they can mean only that the legislature is empowered to limit and intrude, but not in an arbitrary way.

âmbito prático. Assim, os limites são mais plásticos, podendo ser alterados por outras normas.

O escopo de um direito constitucional define a área que ele abrange — seu conteúdo e seus limites — e só pode ser alterado por emenda constitucional. As limitações de um direito constitucional estabelecem as condições constitucionais sob as quais o direito pode não ser plenamente realizado. Estas condições baseiam-se na cláusula de limitação, explícita ou implícita, e permitem que um direito constitucional seja limitado, de forma proporcional, por norma infraconstitucional (estatutária ou consuetudinária). Um pequeno número de direitos fundamentais são absolutos, não sujeitos a qualquer tipo de limitação. A maioria dos direitos fundamentais, no entanto, são relativos, sujeitos a limitações por normas infraconstitucionais. Em alguns sistemas jurídicos, os direitos relativos têm um núcleo que não pode ser limitado; esse núcleo é absoluto (BARAK, 2012, p. 739, tradução nossa)⁸.

Neste sentido, a proporcionalidade surge no Direito Constitucional alemão como meio termo entre os direitos fundamentais e as medidas restritivas destes direitos, objetivando a maior completude possível dos direitos fundamentais combinada à necessidade de justificação dos atos de regulação e controle por parte do Estado.

Esta correlação - mediada pela proporcionalidade - entre direitos fundamentais e medidas estatais restritivas está intimamente ligada à cultura da justificação e ao Constitucionalismo. Os direitos fundamentais são a base do sistema constitucional, e qualquer restrição ou limitação desses direitos precisa ser fundamentada e justificada para que não se incorra na quebra do ideal do Estado de Direito (*Rechtsstaat*). Esta cultura da justificação faz com que as decisões sejam transparentes e rastreáveis. Daí advém a importância da proporcionalidade - um método que proporcionará racionalidade à tomada de decisão.

⁸ The scope of a constitutional right defines the area that it covers — its content and its boundaries — and it can be changed only by constitutional amendment. The limitations on a constitutional right set the constitutional conditions under which the right may be less than fully realized. These conditions are based on the limitation clause, whether explicit or implied, and allow for a constitutional right to be limited, in a proportional manner, by a sub-constitutional (statutory or common law) norm. A small number of constitutional rights are absolute, subject to no limitations whatsoever. Most constitutional human rights, however, are relative, subject to limitation by sub-constitutional norms. In some legal systems, relative rights have a core that cannot be limited; that core is absolute.
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 27, n.59, p. 44-66, nov. 2023/fev. 2024

A principal razão de seu sucesso tem sido sua insistência em que os órgãos governamentais justifiquem cada limitação infraconstitucional de um direito fundamental. Essa justificativa está sempre sujeita a revisão, e o resultado desta exigência foi o surgimento de uma “cultura da justificação”. A democracia é baseada nos direitos humanos, e a restrição desses direitos não pode virar rotina (BARAK, 2012, p. 749, tradução nossa)⁹.

No modelo da justificação das decisões, todas as esferas de governo precisam justificar suas decisões, considerando as suas competências e atribuições. Isto remete a ideia da separação dos poderes - uma das principais características do Constitucionalismo. Desta forma, cada ente ou órgão do Estado irá aplicar a proporcionalidade dentro do seu escopo ou área de atuação no momento em que editar uma lei, portaria ou qualquer outro ato governamental.

As regras de proporcionalidade são direcionadas a todos os poderes do governo. Eles concedem discricionariedade às autoridades governamentais; isto é, o poder de escolher entre uma série de opções constitucionais. Mas essa discricionariedade não é absoluta. Toda autoridade governamental é restringida pelas regras de proporcionalidade, e as mesmas regras de proporcionalidade se aplicam a todas as autoridades governamentais. No contexto dessas regras, no entanto, cada autoridade governamental tem seu próprio tipo de discricionariedade, determinado de acordo com seu papel no quadro da separação de poderes (BARAK, 2012, p. 747, tradução nossa)¹⁰.

A necessidade de proteção dos direitos fundamentais frente às medidas restritivas e a exigência de justificação das decisões estatais foram os pontos que impulsionaram o Tribunal Constitucional Alemão a usar a proporcionalidade como critério avaliativo do acerto da atuação estatal no momento de analisar a

⁹ The principal reason for its success has been its insistence that governmental bodies justify every sub-constitutional limitation on a constitutional right. That justification is always subject to review, and the result of the requirement has been the emergence of a ‘culture of justification’. Democracy is based on human rights, and the restriction of those rights cannot become routine.

¹⁰ The rules of proportionality are directed toward all branches of government. They grant governmental authorities discretion; that is, the power to choose among a number of constitutional options. But that discretion is not absolute. All governmental authority is restrained by the rules of proportionality, and the same rules of proportionality apply to all governmental authorities. Within the context of those rules, however, each governmental authority has its own characteristic sort of discretion, determined in accord with its role within the framework of separation of powers.

constitucionalidade dos atos normativos que, de alguma forma, restringiam direitos fundamentais.

Dois casos merecem destaque na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão na aplicação da proporcionalidade. No caso *Apotheken Urteil* (BVERFG 7, 377) foi utilizada a proporcionalidade com o intuito de efetivar o direito à liberdade profissional previsto na Lei Fundamental Alemã no art. 12 GG. Este artigo prevê que:

- (1) Todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em uma lei;
- (2) Ninguém poderá ser obrigado a um trabalho determinado, exceto no contexto de uma prestação de serviço tradicional, geral e igual para todos; e
- (3) O trabalho obrigatório somente pode ser admitido junto a uma privação de liberdade ordenada judicialmente (MARTINS, 2005, p. 593).

Ocorre que a Baviera editou uma lei específica para o setor farmacêutico (*BayApothekenG*) restringindo a outorga de permissão para funcionamento de farmácias ao “interesse público e à proteção do mercado farmacêutico como um todo (própria base econômica da nova farmácia garantida e não ameaça à subsistência econômica das farmácias já existentes na mesma região)”. Um farmacêutico formado, que teve seu pedido para a abertura de uma farmácia em Traunreut negado, ajuizou uma Reclamação Constitucional contra o ato normativo em comento. O governo da Baviera argumentou que havia uma “relação ideal entre o número de farmácias e o de habitantes em uma determinada região” e que a “proteção da livre concorrência deveria sofrer alguns reparos, tendo em vista a salvaguarda, entre outros, da qualidade dos medicamentos e da parcimônia da oferta”. O Tribunal Constitucional Alemão declarou nulo o artigo da lei *BayApothekenG* que restringia a outorga de funcionamento de farmácias, revogando a decisão administrativa do governo da Baviera (MARTINS, 2005, p. 593-597).

O Tribunal Constitucional Alemão utilizou como fundamentos de sua decisão os pressupostos de que a liberdade profissional somente pode ser restringida se: houver argumentos racionais que justifique a limitação; os bens jurídicos a serem

protegidos com a medida restritiva são muito importantes; e o meio utilizado precisa ser o menos restritivo possível.

(a) A liberdade do exercício profissional pode ser limitada se argumentos racionais em prol do bem comum mostrarem que tal limitação é, nesse sentido, adequada. A proteção do direito fundamental limita-se à resistência contra exigências demasiado pesadas e, por isso, inexigíveis e em si inconstitucionais; (b) A liberdade da escolha profissional somente pode ser limitada se a proteção de bens jurídicos coletivos muito importantes o exigir inexoravelmente. Em sendo uma tal intervenção inevitável, o legislador sempre deverá escolher aquela forma de intervenção que limitar o mínimo possível o direito fundamental atingido; (c) Em se intervindo na liberdade da escolha profissional por meio da fixação de determinados pressupostos para a admissão na profissão, deve-se distinguir entre pressupostos subjetivos e objetivos: para os pressupostos subjetivos (sobretudo preparação e formação) vale o princípio da proporcionalidade no sentido de que eles não podem ser desproporcionais em face do propósito perseguido, do cumprimento regular da atividade profissional. A prova da necessidade de pressupostos objetivos de admissão deve ser submetida a um exame especialmente rígido. Em geral, pode-se justificar tal medida estatal (fixação de critérios objetivos de ingresso em certas profissões, n. org.) somente com base na defesa de provados ou muito prováveis e graves perigos de perecimento de bens jurídicos coletivos muito importantes; e (d) Atos normativos segundo o Art. 12, I, 2 GG precisam sempre ser estatuídos no "degrau" onde a intervenção na liberdade da escolha profissional for a mais sutil possível. O legislador somente poderá subir ao próximo "degrau" se puder ser demonstrado, que, com elevado grau de probabilidade, os perigos temidos não poderão ser efetivamente combatidos com os meios (constitucionais) do degrau imediatamente inferior (MARTINS, 2005, p. 595-596).

Outro caso paradigmático no uso da proporcionalidade foi o *Lüth Urteil* (BVERFGE 7, 198), que versou sobre a liberdade de expressão do pensamento, de informação, de imprensa, de radiodifusão e de cinematografia (art. 5 da Lei Fundamental Alemã):

(1) 1 Todos têm o direito de livremente expressar e divulgar seu pensamento por palavra, escrito e imagem e, sem impedimentos, informar-se a partir de fontes a todos acessíveis. 2 A liberdade de imprensa e a liberdade de noticiar por radiodifusão e cinematografia são garantidas. 3 Não haverá censura; e

(2) Estes direitos têm seus limites (fixados) nas normas das leis gerais, nos dispositivos legais para a proteção da (infância e) juventude e no direito à honra pessoal (MARTINS, 2005, p. 379).

Erich Lüth, crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo, convocou os profissionais do cinema e a população em geral a boicotarem o recém lançado filme de Veit Harlan, que no período nazista incitou à violência contra judeus, notadamente em seu filme *Jud Süß*. Harlan, a produtora e a distribuidora do recém lançado filme ajuizaram uma ação contra Lüth com base no § 826 BGB (lei civil alemã) que previa uma obrigação negativa de deixar de fazer algo, sob pena pecuniária, para aquele que causasse dano a outrem, neste caso a convocação ao boicote. O Tribunal Estadual de Hamburgo julgou procedente a ação. Entretanto, Lüth recorreu da decisão e, concomitantemente, ajuizou uma Reclamação Constitucional no Tribunal Constitucional Alemão alegando a violação de seu direito fundamental à liberdade de expressão (MARTINS, 2005, P. 381).

O Tribunal Constitucional Alemão revogou a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo, afirmando que o direito fundamental à liberdade de expressão "não protege somente a expressão de uma opinião enquanto tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão", no caso concreto a convocação ao boicote do filme de Harlan. Esta decisão é emblemática pois nela a teoria geral dos direitos fundamentais foi alicerçada, ressaltando-se a eficácia horizontal dos direitos, ou seja, os direitos fundamentais também se aplicam nas relações entre particulares (MARTINS, 2005, p. 382-383).

O TCF (Tribunal Constitucional Federal Alemão) julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos

direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil (MARTINS, 2005, p. 381-382).

Os casos *Apotheken Urteil* e *Lüth Urteil* ilustram o propósito da proporcionalidade, qual seja, aferir a legalidade e a justificação de uma norma constitucional ou infraconstitucional que limita uma outra norma constitucional. Entretanto, este método decisório não foi unanimemente adotado por todos países, merecendo destaque na verificação dos fundamentos da proporcionalidade os casos *Lochner vs. New York* e *Dennis vs. United States*.

4 O ABSOLUTISMO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRECEDENTES NEGATIVOS DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade é uma metodologia que busca otimizar a efetivação prática dos direitos fundamentais. Desta forma, é possível balancear interesses contrapostos de uma forma racional. Entretanto, a forma de entendimento e aplicação da proporcionalidade nos processos decisórios não é uniforme e nem possui a mesma carga significativa ao redor do globo. Assim, a depender da cultura jurídica local, a proporcionalidade pode ser utilizada de uma ou outra maneira.

A 'proporcionalidade' tem sido descrita como uma 'regra de direito universal', e ideias de proporcionalidade e até mesmo formulações doutrinárias paralelas de testes da proporcionalidade ocorrem em vários sistemas legais, mas o que eles significam em cada sistema parece variar, pelo menos até certo ponto, por causa das tradições nacionais (TUSHNET, 2012, p. 220-221, tradução nossa)¹¹.

¹¹ 'Proportionality' has been described as a 'universal rule of law', and ideas of proportionality and even parallel doctrinal formulations of proportionality tests occur in several legal systems, but what they mean in each system appears to vary, at least to some extent, because of national traditions.

Os Estados Unidos da América têm um histórico de aplicação da proporcionalidade diverso ao ocorrido na Prússia e na Alemanha. Nos países europeus, a proporcionalidade era um meio de salvaguarda dos direitos fundamentais, que possuíam uma limitada proteção formal. Já nos Estados Unidos da América havia uma forte proteção textual dos direitos fundamentais (bill of rights), porém era reduzido o arcabouço jurídico de definição e estabelecimento de limites desses direitos. Desta forma, a proporcionalidade buscava prevenir o absolutismo dos direitos fundamentais em face a outros direitos e interesses (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 276).

Prevaleciam no direito norte-americano o formalismo de Langdell e a doutrina do laissez-faire. Bomhoff (2013, p. 41-46) destaca que a teoria jurídica de Langdell tinha como proposta metodológica a identificação, classificação e organização de um limitado número de princípios básicos que estruturariam o sistema jurídico de regras. O resultado disto era um ordenamento jurídico excessivamente individualista e abstrato/conceitualista. Combinado ao formalismo de Langdell aplicava-se o constitucionalismo laissez-faire - os direitos individuais tinham primazia sobre os direitos coletivos e os objetivos sociais.

A delimitação das fontes formais de direito (relacionadas aos poderes do Estado e, em seus limites, à autonomia privada), a abstração dos casos concretos em regras e princípios tipificados e a elaboração de conceitos e doutrinas acabaram por fornecer um repertório de critérios estritamente jurídicos que passaram a limitar o próprio arbítrio estatal. Essa foi a ambição máxima de formalistas nos Estados Unidos (como Langdell) [...] (AMATO, 2022, p. 258).

É neste contexto jurídico, nos Estados Unidos, que apresenta-se a proporcionalidade como meio para se combater o formalismo e o absolutismo dos direitos. Dois casos se destacam como expoentes e precedentes negativos da proporcionalidade. É possível observar nos votos divergentes dos casos *Lochner vs. New York* e *Dennis vs. United States* o uso da proporcionalidade com o objetivo de limitar os direitos individuais para garantir outros interesses igualmente importantes, contrastando com o entendimento majoritário da cultura jurídica estadunidense no século XIX.

[...] a proporcionalidade não foi usada como princípio geral do direito constitucional nos Estados Unidos. Sugere-se que o impacto aversivo de *Lochner vs. New York* e *Dennis vs. Estados Unidos*, como “precedentes negativos”, levou a uma busca por abordagens categóricas para restringir a discricionariedade judicial. Além disso, a era da Constituição e práticas interpretativas relacionadas ajudam a explicar a ausência de qualquer adoção geral da proporcionalidade. Por exemplo, a brevidade da Constituição e, conseqüentemente, a relativa escassez de direitos que são vistos como em conflito entre si, tendem a reforçar uma visão dos direitos como trunfos ou como razões proibitivas para a ação do governo. Essas concepções contrastam com entendimentos alternativos de direitos como proteções presumíveis de interesses humanos ou como valores a serem otimizados, que alguns teóricos importantes relacionam com a análise da proporcionalidade. E, ao contrário dos países europeus, que têm incentivos para harmonizar o direito constitucional nacional com os regimes de direitos internacionais que se baseiam na proporcionalidade, os Estados Unidos não têm se sentido confortáveis em tratar suas obrigações internacionais de direitos humanos como juridicamente exigíveis internamente (JACKSON, 2015, p. 3101-3102, tradução nossa)¹².

A crítica ao formalismo e a percepção de que era necessário limitar os direitos individuais emergiu com o caso *Lochner vs. New York* (1905). O empresário Joseph Lochner, proprietário de uma padaria, descumpriu a legislação vigente do estado de Nova York que prescrevia um máximo de horas de trabalho para padeiros.

Na virada do século XX, a média de horas trabalhadas nas padarias em Nova York era de 74 horas semanais, em ambientes de trabalho extremamente insalubres, com inadequada ventilação e iluminação. Com o intuito de melhorar as condições trabalhistas, o estado de Nova York aprovou o *New York Bakeshop Act* (1895) que restringia a carga horária de trabalho dos padeiros para 10 horas por dia e 60 por

¹² [...] proportionality has not been used as a general principle of constitutional law in the United States. It suggests that the aversive impact of *Lochner v. New York* and *Dennis v. United States*, as “negative precedents”, led to a search for categorical approaches to constrain judicial discretion. Moreover, the age of the Constitution and related interpretive practices help account for the absence of any general embrace of proportionality. For example, the Constitution’s brevity and, relatedly, the relative dearth of rights that are viewed as in tension with each other, have tended to reinforce a view of rights either as trumps or as prohibited reasons for government action. These conceptions contrast with alternative understandings of rights as presumptive protections of human interests or as values to be optimized, which some leading theorists link with proportionality review. And, unlike European countries, which have incentives to harmonize national constitutional law with international rights regimes that rely on proportionality, the United States has not been comfortable treating its international human rights obligations as judicially enforceable domestically.
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 27, n.59, p. 44-66, nov. 2023/fev. 2024

semana. Lochner, por descumprir a legislação, foi multado. Conseqüentemente, Lochner recorreu à Suprema Corte argumentando que a legislação que diminuía a carga horária dos padeiros feria seu direito constitucional de liberdade contratual (UROFSKY, 2018).

Neste caso, a Suprema Corte invalidou a legislação promulgada pelo estado de Nova York sobre o horário máximo de trabalho dos padeiros, prevalecendo assim a autonomia privada de contratar e o formalismo jurídico. Os votos divergentes nesta decisão, encabeçados por Oliver Wendell Holmes, Jr., afirmavam que os direitos deveriam sim ser limitados, sendo necessário observar o fim social e a ponderação de interesses no caso concreto, tendo como parâmetro racional de tomada de decisão a proporcionalidade. Este julgado marcou um ponto de virada no direito norte-americano, sendo considerado um erro jurisprudencial. Vislumbrou-se, como precedente negativo, que os direitos fundamentais são relativos, podendo ser limitados em face de outros direitos igualmente importantes.

A necessidade de evitar o “erro de Lochner”, como já foi notado, é uma “obsessão central” no pensamento jurídico americano. Foi Roscoe Pound, com base na divergência de Wendell Holmes, quem primeiro identificou esse ‘erro’ como decorrente diretamente do conceitualismo e formalismo da ortodoxia clássica [...] ‘Proposições gerais não decidem casos concretos’, argumentou Holmes (BOMHOFF, 2013, p. 54, tradução nossa)¹³.

Também merece destaque o caso Dennis vs. United States. Em 1940 foi editado o Smith Act que criminalizou atos de incitação à destituição violenta do governo e a organização e participação de qualquer grupo ou sociedade dedicada a tal, limitando assim os direitos de liberdade de expressão. Eugene Dennis, secretário geral do Partido Comunista Americano, e diversos outros membros do partido foram presos e condenados pela violação do Smith Act, mesmo não havendo provas de que Dennis e seus partidários tenham incitado qualquer ato específico de violência contra o governo. Em virtude da Guerra Fria e do medo de uma tomada comunista dos

¹³ The need to avoid ‘Lochner’s error’, it has often been noted, is a ‘central obsession’ in American legal thought. It was Roscoe Pound, building on Justice Holmes’ dissent, who first identified this ‘error’ as stemming directly from the conceptualism and formalism of classical orthodoxy. [...] ‘General propositions do not decide concrete cases’, Holmes writes;
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 27, n.59, p. 44-66, nov. 2023/fev. 2024

Estados Unidos da América, a Suprema Corte, em 1951, manteve a condenação, afirmando a constitucionalidade do Smith Act (BRITANNICA, 2023).

O juiz da Suprema Corte Felix Frankfurter, apesar de votar com a maioria formada, ressaltou que é crucial que qualquer medida restritiva de direitos seja proporcional, sendo necessário ponderar entre a liberdade de expressão e o perigo que esta liberdade pode causar. Esta premissa nos remete à proporcionalidade aplicada ao conteúdo dos direitos fundamentais, rompendo com a ideia do absolutismo e do formalismo em matéria constitucional.

A opinião do juiz Felix Frankfurter no caso Dennis é o principal exemplo do uso da proporcionalidade durante a era McCarthy. O caso, que foi decidido no auge da campanha anticomunista de McCarthy, envolveu uma apelação baseada na liberdade de expressão constitucional por membros do Partido Comunista Americano de sua condenação sob o *Sedition Act*. O juiz Frankfurter, decidindo em acordo à maioria, aplicou a proporcionalidade ao direito de liberdade de expressão da Primeira Emenda da mesma forma que os progressistas anteriores a aplicaram ao direito à liberdade de contrato sob a Décima Quarta Emenda. Ele argumentou que o direito à liberdade de expressão não deve ser lido formalmente e em termos absolutos: "Eis aqueles que encontram na Constituição um direito de expressão totalmente irrestrito. Tal literalidade trata as palavras da Constituição como se fossem encontradas em um pedaço de pergaminho gasto". Em vez disso, ele argumentou, o direito deve ser lido como um padrão e como um dos vários interesses da sociedade que se chocam e devem ser ponderados uns contra os outros (COHEN-ELIYA; PORAT, 2010, p. 282-283, tradução nossa)¹⁴.

Verifica-se, portanto, que apesar de seu uso restrito na jurisprudência norte-americana, a proporcionalidade teve como fundamentos o antiformalismo, o antiabsolutismo e a ideia de que é preciso ponderar entre direitos individuais e

¹⁴ Justice Felix Frankfurter's opinion in Dennis is the leading example of the use of balancing during the McCarthy era. The case, which was decided at the height of the McCarthy anticomunist campaign, involved an appeal on constitutional free-speech grounds by members of the American Communist Party of their conviction under the Sedition Act. Justice Frankfurter, writing in concurrence, applied balancing to the First Amendment right of free speech in much the same way earlier progressives had applied it to the right to freedom of contract under the Fourteenth Amendment. He argued that the right to free speech should not be read formalistically and in absolute terms: "[T]here are those who find in the Constitution a wholly unfettered right of expression. Such literalness treats the words of the Constitution as though they were found on a piece of outworn parchment." Instead, he argued, the right should be read as a standard, and as espousing one of several interests in society that clash and should be balanced one against the other.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 27, n.59, p. 44-66, nov. 2023/fev. 2024

interesses públicos coletivos constitucionalmente protegidos. Esta forma de interpretação constitucional relativiza os direitos fundamentais, notadamente os individuais, com visto nos argumentos divergentes dos casos *Lochner vs. New York* e *Dennis vs. United States*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Interligando o exposto neste artigo, verifica-se que a proporcionalidade é uma metodologia que proporciona racionalidade e justificação ao ato decisório em casos nos quais é preciso procurar o equilíbrio entre direitos aparentemente opostos ou entre direitos e medidas estatais restritivas. Os fundamentos da proporcionalidade remontam ao Direito Administrativo da Prússia, tendo-se como meta a limitação do Estado e seu poder de polícia (*Rechtsstaat*).

A técnica da proporcionalidade foi posteriormente incorporada pela Alemanha em seu Direito Constitucional com o intuito de promover uma maior proteção dos direitos fundamentais frente às medidas restritivas emanadas do poder público. Ou seja, assim como na Prússia, objetivava-se limitar o poder do Estado, otimizando e efetivando, na maior medida possível, os direitos fundamentais.

Por fim, apresentou-se como fundamento da proporcionalidade os precedentes negativos do Direito Constitucional norte-americano. A ideia central da proporcionalidade nos Estados Unidos da América era desconstruir o absolutismo e o formalismo constitucional, declarando-se que o escopo de proteção do direito fundamental é relativo, havendo espaço para colisão com outros direitos e, também, com medidas restritivas.

Conclui-se que, apesar de os fundamentos da proporcionalidade serem diversos, variando conforme a cultura jurídica local, é possível perceber que o objetivo da proporcionalidade é alcançar um equilíbrio, mais precisamente uma ponderação, entre direitos previstos constitucionalmente e medidas que irão restringi-los ou neutralizá-los, com o fim de efetivar ou otimizar outros direitos tão importantes quanto os que estão sendo restringidos.

REFERÊNCIAS

- AMATO, Lucas Fucci. Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento. **SUPREMA – Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun., p. 255-285, 2022. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/154>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- BARAK, Aharon. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 739-755.
- BOMHOFF, Jacco. **Balancing constitutional rights: the origins and meanings of postwar legal discourse**. Cambridge University Press, 2013.
- BRITANNICA, The Editors of Encyclopaedia. "Dennis v. United States". **Encyclopedia Britannica**, 28 maio 2023. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Dennis-v-United-States>. Acesso em: 1 jul. 2023.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: the historical origins. **International journal of constitutional law**. Oxford, v. 8, i. 2, p. 263-286, 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/8/2/263/699991>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Proporcionalidade, direito fundamentais, pandemia. In: LEAL, Rogério Gesta; ÁLVAREZ, Rodrigo Rios; SBARDELLOTTO, Roque. **III seminário interinstitucional de pós-graduação stricto sensu - Universidade Finis Terrae (Chile) e Fundação Escola Superior do Ministério Público (Brasil)**. São Paulo: Editora Dialética, p. 17-35, 2022. Disponível em: <https://fmp.edu.br/publicacoes/coletanea-do-iii-seminario-interinstitucional-de-pos-graduacao-stricto-sensu/>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- HUBER, Peter Michael. Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law. In: WOODMAN, Gordon; DIETHELM, Klippel. **Risk and the law**. London: Routledge-Cavendish, 2008, p. 23-35.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional law in an age of proportionality. **The Yale Law Journal**. New Haven, v. 124, n. 8, p. 3094-3196, 2015. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/feature/constitutional-law-in-an-age-of-proportionality>. Acesso em: 19 jul. 2023.

LEDFOORD, Kenneth Floyd. Formalizing the rule of law in Prussia: the Supreme Administrative Law Court, 1876-1914. **Central European History**. Cambridge, v. 37, n. 2, p. 203-224, 2004. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/central-european-history/article/abs/formalizing-the-rule-of-law-in-prussia-the-supreme-administrative-law-court-18761914/AAD A11CFE5E1422B14CF60A540DFE363>. Acesso em: 19 jul. 2023.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Coletânea original de Jürgen Schwabe. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 19 jul. 2023.

MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**. Carlisle, v. 47, p. 68-149, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569344. Acesso em: 19 jul. 2023.

SIDOU, José Maria Othon et al. **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Plataforma Minha Biblioteca.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 22, n. 2, p. 291-302, 2012. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol22/iss2/5/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

TUSHNET, Mark. Constitution. *In*: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. Cambridge: University Press, 2012. p. 217-232.

UROFSKY, Melvin I.. Lochner v. New York. **Encyclopedia Britannica**, 10 abr. 2018. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Lochner-v-New-York>. Acesso em: 1 jul. 2023.