

Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade (*)

Roberto Alexy

I. Conexões necessárias e contingentes.—II. A teoria dos princípios e a princípio da proporcionalidade: a primeira tese da necessidade: 1. *Regras e princípios*. 2. *O princípio da proporcionalidade*: a) *Otimização em relação às possibilidades fáticas e jurídicas*. b) *Adequação*. c) *Necessidade*. d) *Proporcionalidade em sentido estrito*. 3. *Dois conexões necessárias*. 4. *Dois objeções à primeira tese da necessidade*. — III. Direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade: a segunda tese da necessidade: 1. *Contingência e positividade*. 2. *A dupla natureza dos direitos fundamentais*. 3. *Direitos fundamentais e a pretensão de correção*.

I. Conexões necessárias e contingentes

A relação entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade é um dos temas centrais do debate constitucional contemporâneo. A respeito dessa relação, existem duas posições opostas básicas: a tese que afirma a existência de algum tipo de conexão necessária entre direitos fundamentais e a análise da proporcionalidade, e a tese de que

(*) Da versão original em inglês de "Direitos Constitucionais e Proporcionalidade", artigo apresentado no seminário internacional "Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica", organizado pela Universidade Nacional de São Marcos, Lima, Peru, 2010. Tradução para o espanhol de Jorge Alexander Portocarrero Quispe. Agradeço a Carlos Bernal Pulido por sua valiosa assistência na revisão desta tradução. [A paginação correspondente às versões em espanhol existentes dos artigos e livros citados será fornecida ao longo da tradução.] Ele aparecerá entre parênteses após a paginação da versão em inglês de cada texto.]

Sustenta, ao contrário, que não há conexão necessária entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. De acordo com a segunda posição fundamental, a questão de saber se os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade estão ou não conectados depende do direito positivo, isto é, daquilo que o legislador constituinte efetivamente decidiu.

Por essa razão, uma conexão entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade só poderia ser possível ou contingente (1). A primeira tese pode ser chamada de "tese da necessidade", enquanto a segunda, de "tese da contingência". Defenderei aqui a tese da necessidade.

II. A teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade:

a primeira tese da necessidade

1. Regras e princípios

A forma mais elaborada da tese da necessidade é baseada na teoria da Princípios. A base da teoria dos princípios é a distinção normativo-teórica entre regras e princípios (2). Regras são normas que exigem algo definitivamente. São, portanto, mandatos definitivos. Sua forma de aplicação é a subsunção. Se uma regra é válida e as condições para sua aplicação são atendidas, então exatamente o que ela exige deve ser feito, nem mais nem menos. Se isso for verdade, a regra foi satisfeita; se o que ela estipula não for cumprido, então a regra não foi satisfeita. Ao contrário, os princípios são mandatos de otimização. Como tal, exigem que algo seja feito "na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes" (3). Ao contrário das regras, as possibilidades jurídicas são essencialmente determinadas por princípios opostos. Por essa razão, os princípios, tomados por si só, sempre implicam um mero mandato de otimização. A determinação do grau apropriado de sa-

(1) É fácil conceber uma terceira tese que sustenta a impossibilidade de conexão entre direitos fundamentais e proporcionalidade. Esta tese, contudo, não será aqui considerada. Ela não desempenha um papel importante no debate sobre a relação entre direitos fundamentais e proporcionalidade.

(2) Cf. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (1ª ed., 1985). Tradução para o inglês de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 47-49. Tradução para o espanhol de Carlos Bernal Pulido: *Theory of Fundamental Rights*, 2ª ed., Madrid, Center for Political and Constitutional Studies, 2007, pp. 67-69.

(3) *Ibid.*, p. 47 (página 67).

A satisfação de um princípio em relação ao que outro princípio dita é determinada por meio da ponderação. Portanto, a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios.

2. O princípio da proporcionalidade

a) Otimização em relação às possibilidades factuais e jurídicas

A definição de princípios como mandatos de otimização leva diretamente a uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), que recebeu amplo reconhecimento nas últimas décadas dentro da teoria e prática da jurisprudência constitucional (4), é composto por três subprincípios: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três princípios juntos expressam a ideia de otimização. Os princípios *enquanto* mandatos de otimização exigem otimização com relação às possibilidades factuais e legais. Os princípios da adequação e da necessidade referem-se à otimização com relação às possibilidades factuais. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito refere-se à otimização com relação às possibilidades legais.

b) Adequação

O primeiro subprincípio, o princípio da adequação, exclui a adoção de meios inadequados que obstruam a realização dos princípios ou fins para os quais foi adotado. Se o meio M for inadequado para atingir ou obter o princípio P1, e ainda assim obstruir a realização de P2, então nem P1 nem P2 serão prejudicados pela^{em-} omissão de M, embora P2 fosse prejudicado se M fosse adotado. Portanto, P1 e P2 juntos atingirão seu mais alto grau de realização em relação ao que é factualmente possível se M for omitido. P1 e P2, tomados em conjunto, proíbem o uso dos meios M. Isso mostra que o princípio da adequação nada mais é do que um

(4) Cf., por exemplo, David M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004; Alec STONE SWEET e Jud MATHEWS, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», em *Columbia Journal of Transnational Law*, n.º 47, 2008, pp. 72-164.

expressão da ideia do Ótimo de Pareto. Uma posição pode ser melhorada sem prejudicar outra.

Um exemplo de violação do princípio da idoneidade pode ser encontrado na decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre uma lei que exige um teste de tiro não apenas para os requerentes de uma licença geral de caça, mas também para aqueles que solicitam exclusivamente uma licença de falcoaria. O Tribunal considerou que o teste de tiro para caçadores de aves de rapina não era adequado para promover o "exercício adequado dessas atividades, conforme entendido pelo legislador" ("*vom Gesetzgeber gewollten[n] sachgerechte[n] Ausführung dieser Tätigkeiten*") (5).

Consequentemente, não havia razão objetiva suficientemente clara ("*kein sachlich einleuchtender Grund*") (6) para afetar a liberdade geral de ação dos falcoeiros, garantida pelo artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental. Por esta razão, o regulamento foi declarado contrário ao princípio da proporcionalidade (7) e, consequentemente, inconstitucional.

c) *Necessidade*

São raros os casos em que uma lei foi declarada inconstitucional devido à sua inadequação. Normalmente, os meios adotados pelo legislador buscarão, pelo menos, atingir seus fins em alguma medida. Isso é suficiente para passar no teste de adequação. Por esta razão, a relevância prática do subprincípio da adequação é bastante baixa. Isso é completamente diferente do segundo subprincípio do princípio da proporcionalidade, ou seja, do princípio da necessidade. Este princípio exige que, entre dois meios igualmente adequados em relação a P1, aquele que é menos prejudicial a P2 deve ser escolhido. Se houver um meio que intervenha em menor grau e seja igualmente adequado, será possível atingir uma posição sem prejudicar a outra (8). Sob esta condição, P1 e P2, juntos, exigem que

(5) Decisiones del Tribunal Constitucional Federal (*Decisões do Tribunal Constitucional Federal*, en lo sucesivo, BVerfGE) 55, 159 (166).

(6) BVerfGE 55, 159 (167).

(7) BVerfGE 55, 159 (166).

(8) O princípio da necessidade pressupõe que a questão de se devem ser adotados os meios menos ou mais interferentes é irrelevante para todos os outros princípios ou fins. Se, no entanto, existir um terceiro princípio ou fim, P3, que seja adversamente afetado pela adoção dos meios que menos interferem com P2, então o caso não pode ser resolvido apelando apenas ao Ótimo de Pareto. Quando os custos se tornam inevitáveis, um ato de equilíbrio torna-se necessário.

Aplicou-se o meio que menos interfere. Novamente, trata-se de um caso de Pareto Ótimo.

Um exemplo disso pode ser encontrado na decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre confeitaria, especificamente confeitaria de coelho da Páscoa e de Papai Noel feita de arroz tufado. Para proteger os consumidores de confundir tais confeitaria feita de arroz tufado com produtos de chocolate, decidiu-se proibir confeitaria feita de arroz tufado. O Tribunal argumentou que a proteção do consumidor poderia ser alcançada "de forma igualmente eficaz, porém menos restritiva, com uma obrigação de sinalização" ("*in gleich wirksamer, aber weniger einschneidender Weise durch ein Kennzeichnungsgebot*") (9).

Por essa razão, a proibição foi declarada uma violação do princípio da necessidade e, consequentemente, contrária ao princípio da proporcionalidade.

d) *Proporcionalidade em sentido estrito*

Assim como o princípio da adequação, o princípio da necessidade também se refere à otimização em relação às possibilidades reais. A otimização em relação às possibilidades reais consiste na redução de custos que podem ser evitados. No entanto, os custos tornam-se inevitáveis se os princípios entrarem em conflito. A ponderação torna-se então necessária. A ponderação é o objeto do terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade, ou seja, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio expressa o significado da ponderação em relação às possibilidades legais. Este princípio é idêntico à regra conhecida como "lei da ponderação" (10). Esta regra estipula:

"Quanto maior o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios, maior deve ser a importância da satisfação do outro.

A lei de equilíbrio exclui, *entre outras coisas*, a interferência intensiva no princípio P1 que se justifica apenas pela menor importância atribuída à satisfação do princípio de colisão P2 . Tal solução não representaria uma otimização de P1 juntamente com P2 .

A lei da ponderação pode ser encontrada, com diferentes formulações, em praticamente todos os âmbitos da jurisprudência do Tribunal Constitucional.

(9) BVerfGE 53, 135 (146).

(10) ALEXY, *Uma Teoria dos Direitos Constitucionais* (n. 2), p. 102 (página 138).

cional. Ela expressa uma característica especial da ponderação e é de grande importância prática. Se uma análise precisa e completa da estrutura da ponderação for alcançada, é necessário estender a lei da ponderação. O resultado dessa extensão é a fórmula do peso (11). A fórmula do peso define o peso, no caso específico, de um princípio P_i em relação a um princípio oposto P_j (W_i, j), como o quociente resultante, primeiramente, do produto obtido pela multiplicação da intensidade da interferência em P_i (I_i) pelo peso abstrato de P_i (W_i) e pelo peso da confiabilidade das avaliações empíricas sobre o que a medida em questão significa para a não realização de P_i (R_i), e segundo, o produto dos valores correspondentes em relação a P_j , agora em relação à realização de P_j . Isso é expresso da seguinte forma:

$$Com_{eu} = \frac{EU \cdot \tilde{y} \cdot Sim \cdot \tilde{y} \cdot Re}{I_j \cdot \tilde{y} \cdot W_j \cdot \tilde{y} \cdot R_j}$$

Ora, falar de quocientes e produtos só é possível na presença de grandezas numéricas. Isso constitui o problema da gradação. Em *A Teoria dos Direitos Fundamentais*, considerou-se apenas uma escala contínua projetada sobre um número infinito de pontos entre 0 e 1, o que levou à conclusão de que era impossível trabalhar com tais escalas no raciocínio jurídico (12). Continuo acreditando que essa avaliação está correta. No entanto, as coisas são diferentes quando não se consideram apenas escalas contínuas ou infinitesimais, mas também escalas discretas. Foi exatamente isso que fiz há alguns anos. A ponderação pode ser realizada assim que se tenha uma escala com dois valores, digamos, leve e moderado. No direito constitucional, geralmente são utilizadas escalas triádicas, que trabalham com valores como leve, moderado e severo. Existem várias possibilidades para representar esses valores por meio de números (13). Se uma progressão geométrica como 20 for escolhida,

, 21 e 22, torna-se possível representar o fato de que o

(11) Robert Alexy, "Sobre o equilíbrio e a subsunção", *Ratio Juris*, n.º 16, 2003, pp. 433–449, 443–448. Tradução para o espanhol de Miguel León Untiveros, "Sobre o equilíbrio e a subsunção. Uma comparação estrutural", em *Foro Jurídico*, n.º 9, 2009, pp. Robert Alexy, "A fórmula do peso", em *Fronteiras da análise econômica do direito (Estudos em filosofia do direito 3)*, Jerzy Stelmach, Bartosz Brojek e Wojciech Załuski (orgs.), Cracóvia, Jagiellonian University Press, 2007, pp. 9–27. Tradução espanhola de Carlos Bernal Pulido, "A fórmula do peso", em R. Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, 2ª ed. expandida, Madri, 2007, pp. 349-374.

(12) Alexy, *Uma Teoria dos Direitos Constitucionais* (n. 2), págs. 97-99 (págs. 131-135).

(13) Respecto a esse ponto, cfr. Alexy, 'The Weight Formula' (n. 11), págs. 20-23 (páginas 365-368).

A força dos princípios aumenta em proporção direta ao aumento da intensidade da interferência. Isso forma a base para responder à objeção de que a teoria dos princípios inevitavelmente leva a um enfraquecimento dos direitos fundamentais. Se o peso concreto (W_i, j) de P_i for maior que 1, P_i tem precedência sobre P_j , mas se for menor que 1, P_j tem precedência sobre P_i . Isso conecta a fórmula de ponderação — e, portanto, a lei do equilíbrio — com a lei da colisão (14). No entanto, se o peso concreto (W_i, j) for igual a 1, resulta um empate. Nesse caso, é permitido executar a medida em questão, bem como omiti-la. Isso significa que o Estado, e em particular o legislador, tem discricionariedade (15). Isso é de grande importância para responder à objeção de que a teoria dos princípios leva à constitucionalização excessiva (16).

Em resposta a isso, pode-se objetar que o raciocínio jurídico não pode ser reduzido a um cálculo. Isso seria um mal-entendido sobre o papel da fórmula de ponderação. Os números introduzidos não substituem julgamentos ou proposições; eles apenas os representam. Um exemplo disso seria a proposição: "A restrição à liberdade de expressão é grave". Essa proposição deve ser justificada. Isso só pode ser feito por meio de argumentos. Nesse sentido, a fórmula de ponderação está intrinsecamente conectada ao discurso jurídico. Ela expressa um argumento básico do discurso jurídico (17).

Pode ser útil usar um exemplo da jurisprudência para ilustrar a descrição abstrata do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esta é uma decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão

(14) Alexy, *Uma Teoria dos Direitos Constitucionais* (n. 2), págs. 53-54 (págs. 74-76).

(15) *Ibidem*, pág. 408, 410-414 (pp. 538, 541-546).

(16) Respecto a este ponto, cfr. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, «Direitos fundamentais como normas fundamentais. Sobre o estado atual da doutrina dos direitos fundamentais», in *Böckenförde, Estado, Constituição, Democracia*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, págs. 159-199, 188-190.

(17) Em Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (1ª ed., 1978). Tradução para o inglês de Ruth Adler e Neil MacCormick, Oxford: Clarendon Press, 1989, pp. 221-230. Tradução para o espanhol de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª ed. ampliada, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 213-222, apresentei a fórmula de subsunção como a única forma básica de argumento no discurso jurídico. Em "On Balancing and Subsumption" (n. 11), pp. 443-448 (pp. 46-48), adicionei a isso a fórmula de ponderação como uma segunda forma básica de argumento. Finalmente, em "Two or Three?" em *On the Nature of Legal Principles, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. suppl. 119, Martin Borowski (org.), Franz Steiner & Nomos, 2010, pp. 9-18, 17-18, tentei fechar o sistema adicionando uma terceira forma básica de argumentação: analogia ou comparação de casos. Essas três formas básicas de argumentação estão, por sua vez, conectadas aos conceitos de regra, princípio e caso, respectivamente.

sobre o conflito clássico entre a liberdade de expressão e o direito à personalidade. A popular revista satírica *Titanic* primeiro chamou um soldado da reserva paraplégico de "assassino nato" e depois, em uma edição posterior, de "aleijado". O Tribunal Superior de Düsseldorf emitiu uma sentença contra a revista *Titanic* e ordenou que ela pagasse uma indenização de 12.000 marcos alemães ao oficial. A *Titanic* entrou com um recurso de proteção constitucional. O Tribunal Constitucional Federal ponderou as circunstâncias individuais do caso ("*fallbezogene[n] Abwägung*") (18) entre a liberdade de expressão da revista (*P1* : Art. 5 (1) (1) da Lei Fundamental) e o direito do oficial à honra (*P2* : Art. 2 (1), em conjunto com o Art. 1 (1) da Lei Fundamental). Para esse fim, o Tribunal determinou a intensidade da interferência nesses direitos e os comparou entre si. A sentença que ordenou o pagamento da indenização foi caracterizada como uma interferência grave ("*nachhaltigen*") (19) ou grave (g) na liberdade de expressão (*I1*). Essa conclusão baseou-se principalmente no argumento de que a indenização poderia reduzir a disposição das vítimas de publicar sua revista da mesma forma que vinham fazendo até então. O termo "assassino nato" foi interpretado no contexto das sátiras regularmente publicadas pela *Titanic*. A revista se referia rotineiramente a diferentes pessoas, variando seus nomes de nascimento de uma maneira "obviamente sem seriedade" ("*erkenntbar unernste*"), variando de "jogos de palavras a absurdos" ("*Wortwitze bis hin zu Alberheiten*") (20). Esse contexto torna impossível reconhecer no termo usado pela revista "um prejuízo não permitido, grave ou ilegal contra o direito à personalidade" ("*unerlaubte, schwere, rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung*") (21). A interferência no direito à honra (*I*

₂) foi classificada como de intensidade moderada (m), mesmo talvez apenas de intensidade branda ou menor (l). Isso significava que a interferência na liberdade de expressão era desproporcional e, conseqüentemente, inconstitucional, segundo a lei da balança e, com ela, a lei do peso.

No entanto, a situação foi diferente no que diz respeito à denominação "aleijado". Segundo a avaliação do Tribunal, isso constituía "uma grave violação do seu direito à honra" ("*verletze ihn schwer in sei-nem Persönlichkeitsrecht*") (22). Essa avaliação baseou-se no fato de que descrever uma pessoa com deficiência grave como "aleijada"

(18) BVerfGE 86, 1 (11).

(19) BVerfGE 86, 1 (10).

(20) BVerfGE 86, 1 (11).

(21) BVerfGE 86, 1 (12).

(22) BVerfGE 86, 1 (13).

"lido" é hoje geralmente considerado "humilhante" ("*Demütigung*") e expressa uma "falta de respeito" ("*Mißachtung*") (23). Portanto, a grave (g) interferência (I1) na liberdade de expressão (P1) foi superada pela maior (g) importância (I

2) concedida à proteção do direito à honra (P2).

Este é um caso típico de empate. O Tribunal concluiu, portanto, que um "erro de ponderação em detrimento da liberdade de expressão" ("*keine Fehlgewichtung zu Lasten der Meinungsäußerungsfreiheit*") (24) não poderia ser reconhecido na decisão do Tribunal Superior de Düsseldorf. O recurso de proteção constitucional do *Titanic* foi acolhido quanto ao pagamento de indenização pela conduta de chamar o oficial de "assassino nato". Quanto ao epíteto "aleijado", o recurso foi considerado improcedente.

3. Duas conexões necessárias

Até agora, minhas considerações se concentraram na relação entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita. De acordo com a teoria dos princípios, os princípios são mandatos para otimização. Ora, o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é logicamente deduzido da natureza dos princípios como mandatos para otimização, e a natureza dos princípios como mandatos para otimização é, por sua vez, logicamente deduzida do princípio da proporcionalidade (25). Essa equivalência é necessária.

É precisamente neste ponto que se deve fazer uma distinção. Trata-se da distinção entre uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade, por um lado, e uma conexão necessária entre a teoria dos princípios, incluindo o princípio da proporcionalidade — seu equivalente — e os direitos fundamentais, por outro. A tese de que existe uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade pode ser chamada de "tese da primeira necessidade". Por outro lado, a tese de que existe uma conexão necessária entre os direitos fundamentais e a teoria dos princípios, ou análise da proporcionalidade, será chamada de "tese da segunda necessidade". Martin Borowski desenvolveu

(23) *Ibid.*

(24) *Ibid.*

(25) Alexy, *Uma Teoria dos Direitos Constitucionais* (n. 2), p. 66 (página 91).

Distinguiu-se a teoria dos princípios como tal, ou seja, a teoria dos princípios como tese teórico-normativa, e a aplicação da teoria dos princípios aos direitos fundamentais, ou seja, a teoria dos princípios como interpretação dos direitos fundamentais (26). A primeira tese da necessidade seria uma tese teórico-normativa, enquanto a segunda tese da necessidade seria, ao contrário, uma tese interpretativa.

4. Duas objeções à primeira tese da necessidade

A primeira tese da necessidade recebeu menos objeções que a segunda. No entanto, isso não significa que não tenha sido alvo de críticas. Duas dessas objeções serão consideradas aqui. A primeira foi levantada por Kai Möller. Möller alega que a tese de que a natureza dos princípios implica o princípio da proporcionalidade é "errônea" (27). Seu principal argumento é que a cláusula "na maior medida possível" na definição de princípio, devidamente entendida, refere-se não apenas à ponderação, mas também à correção. Isso significa "na medida certa" (28). A medida certa, por sua vez, depende de "um argumento moral" (29). Essa objeção opõe a ponderação a dois conceitos: o conceito de correção e o conceito de moralidade. Minha resposta a essa objeção é que esses conceitos exigem ponderação sempre que houver interferência em um direito fundamental. A correção de uma interferência em um direito fundamental depende de se essa interferência é justificada. Em casos de inadequação ou falta de necessidade, não há razão para realizar tal interferência. A interferência, portanto, não seria justificada. Isso deixa claro que a determinação da medida correta pressupõe necessariamente os subprincípios da adequação e da necessidade. Isso demonstra que a otimização em relação às possibilidades factuais está relacionada à correção. A questão decisiva em relação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito é: se a determinação da extensão correta de um direito depende da intensidade da interferência (I

-) neste direito (P_i) e a intensidade da interferência (I -)

(26) Martin BOROWSKI, *Direitos Fundamentais como Princípios*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 68-70.

(27) Kai MÖLLER, «Equilíbrio e a Estrutura dos Direitos Constitucionais», em *International Revista de Direito Constitucional*, n.º 5, 2007, pp. 453-468, 459.

(28) *Ibid.*

(29) *Ibid.*, p. 461.

na extremidade direita ou oposta (P_j) pela omissão de uma interferência na direita (P_i), juntamente com os outros fatores da fórmula do peso. Considero isso correto. Não pode ser correto que uma interferência grave (g) seja justificada unicamente porque uma importância menor (l) foi atribuída a essa interferência, desde que ela satisfaça o princípio oposto. Todos os outros fatores permanecem constantes (*ceteris paribus*). Em suma, a correção depende da ponderação.

O segundo ponto de Möller é a necessidade de um argumento moral. A determinação da intensidade da interferência no direito à honra do oficial paraplégico, chamando-o de "aleijado", baseia-se, como mencionado acima, na avaliação do epíteto como humilhante e uma expressão de desrespeito. Todos esses são argumentos morais. Sem tais argumentos morais, a fórmula do peso não poderia ser aplicável ao caso do *Titanic*. Isso basta para demonstrar que os argumentos morais são indispensáveis à aplicação da fórmula do peso (30). A fórmula do peso não constitui uma alternativa ao argumento moral, mas constitui uma estrutura para a argumentação jurídica e moral (31).

Uma segunda objeção à primeira tese da necessidade, isto é, à tese da necessidade de uma conexão entre a otimalidade e o princípio da proporcionalidade, foi levantada por Ralf Poscher. Poscher argumenta que "o princípio da proporcionalidade não deve ser entendido como um mandato para a otimização" ("*der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss nicht als Optimierungsgesetz verstanden werden*") (32). Ele argumenta que existem outras alternativas à otimização, como, por exemplo, a "proibição da desproporcionalidade grosseira" ("*Verbot grober Disproportionalität*") e a

(30) Tsakyrakis critica a análise da proporcionalidade por pretender ser "totalmente alheia a qualquer tipo de raciocínio moral"; Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law*, n.º 7, 2009, pp. 468–493, 474. Isso não se aplica à análise aqui apresentada. Na verdade, o oposto é correto.

(31) Möller sustentou anteriormente que eram possíveis casos em que o equilíbrio era excluído. MÖLLER, *Balancing and Constitutional Rights*, (n. 27), pp. 460–461, 465–467. Nessa visão da teoria dos princípios, tais casos podem ser interpretados como casos em que o peso abstrato de um princípio é zero, isto é, como casos de razões excluídas, ou como casos em que o peso abstrato dos princípios é infinito, com o efeito de converter esse peso em uma norma categórica ou absoluta. Sobre esse ponto, cf. Robert Alexy, "Thirteen Replies", em *Law, Rights and Discourse*, George Pavlakos (org.), Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 333–366, 340–344.

(32) Ralf POSCHER, «Insights, erros e auto-entendimentos da teoria dos princípios», em *A teoria dos princípios dos direitos fundamentais*, Jan-R. Sieckmann (ed.), Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 59–79, 74.

«garantia de uma posição mínima» («*Garantie einer Mindestposition*») (33).

A proibição da desproporcionalidade é essencialmente a mesma que o mandato da proporcionalidade, e este, por sua vez, é essencialmente o mesmo que o mandato da otimização. A proibição de Poscher da desproporcionalidade grave, portanto, nada mais é do que uma conexão entre o terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade, entendido como o mandato da otimização, e a discricionariedade para os casos em que a desproporcionalidade não é grave. Este não é o lugar para se posicionar sobre a questão de saber se a concessão de tal discricionariedade pode ser justificada, por exemplo, por princípios formais. A única coisa que importa com relação a essa conexão é se tal construção pode permanecer inteiramente dentro dos limites da teoria dos princípios. Isso é diferente do caso da garantia de uma posição mínima. A garantia de um mínimo, uma vez que não é determinada por ponderação, não poderia ser a mesma coisa que otimização. Seria não apenas distinta da otimização, mas também distinta do princípio da proporcionalidade. Isso não constituiria uma interpretação alternativa ao princípio da proporcionalidade. Pelo contrário, seria uma alternativa incompatível com este princípio. Quem propõe a substituição do princípio da proporcionalidade em sentido estrito pela garantia de uma posição mínima propõe a abolição desse princípio. A questão de se tal proposta é justificável gira em torno da questão de se uma afirmação como a seguinte pode ser defendida: "Uma interferência grave em um direito fundamental, com base em razões de menor importância, do ponto de vista da Constituição, será constitucional se for garantida a proteção de uma posição mínima." Considero que esta afirmação não pode ser defendida.

Até aqui, nossas reflexões se concentraram na primeira tese da necessidade, ou seja, em uma questão teórico-normativa.

Uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade no nível teórico-normativo não implica, contudo, uma conexão necessária entre o princípio da proporcionalidade ou a teoria dos princípios e os direitos fundamentais no nível da interpretação dos direitos fundamentais positivos. Portanto, é necessário justificar a segunda tese da necessidade.

(33) *Ibid.*

III. Os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade: a segunda tese da necessidade

1. *Contingência e positividade*

A questão de saber se existe uma conexão necessária entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade ou a teoria dos princípios, ou seja, se a segunda tese da necessidade é verdadeira, tem sido intensamente discutida. A principal objeção é que a teoria dos princípios não pode ser vista como uma "teoria universal dos direitos fundamentais" (34). Ela nada mais seria do que "uma teoria com um objeto específico... que consiste em analisar o processo de colisão de princípios como parte da estrutura dos direitos fundamentais" (35). Como tal, carece de valor explicativo universal (36). Ela falha como "uma teoria única, central, abrangente e conclusiva da análise e aplicação dos direitos fundamentais" (37).

Por essa razão, no campo dos direitos fundamentais, existem apenas algumas ilhas de mandatos de otimização (*'Inseln von Optimierungsverpflichtungen'*) (38). Os direitos fundamentais, portanto, não são princípios "em razão de sua própria essência" (*'Wesensmäßig'*) (39). "Não são princípios em virtude de sua natureza...; o são apenas quando e na medida em que uma decisão jurídica positiva do legislador constitucional lhes confere essa natureza e caráter distintivo" (40). Consequentemente, a questão de como os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade se relacionam deve ser referida a "um teste de positividade" (41).

O último ponto é crucial para a compreensão da tese da contingência, a contrapartida da tese da necessidade. A tese da contingência

(34) Mathias JESTAEDT, «A Doutrina do Equilíbrio – seus Pontos Fortes e Fracos», em *Institutional Reason*, Matthias Klatt (ed.), Oxford, Oxford University Press [por editar], ms. 28.

(35) *Ibid.*, página 10.

(36) *Ibid.*

(37) *Ibidem.*

(38) Peter LERCHE, "A Constituição como Fonte de Requisitos de Otimização?", em *Jurisdição Constitucional. Festschrift para Klaus Stern*, Joachim Burmeister (org.), Munique, Beck, 1997, páginas 197-209, 207.

(39) Jan Henrik Klement, «A utilidade de uma teoria que explica tudo», em *Juristenzeit-língua*, n.º 63, 2008, pp. 756-763, 760.

(40) JESTAEDT, «A Doutrina do Equilíbrio – os seus Pontos Fortes e Fracos» (n. 34), Sra. 13.

(41) *Ibidem.*

exige que a questão de saber se os direitos fundamentais estão ou não vinculados ao princípio da proporcionalidade dependa exclusivamente das decisões expressas no direito positivo; no caso de uma constituição, estas seriam as decisões do legislador constituinte (42). A tese da contingência também pode ser chamada de "tese da positividade". Meu argumento contra a tese da contingência ou tese da positividade se desenvolve em duas etapas. A primeira diz respeito à natureza dos direitos fundamentais; a segunda, à exigência de correção, como necessariamente vinculada aos direitos fundamentais, bem como ao direito em geral.

2. A dupla natureza dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são, de fato, direito positivo, isto é, direito positivo no nível da Constituição. No entanto, isso não é suficiente para explicar sua natureza. A positividade representa apenas um lado dos direitos fundamentais, isto é, seu lado real ou factual. Além disso, eles possuem uma dimensão ideal. A razão para isso é que os direitos fundamentais são direitos que foram consagrados em uma Constituição com a intenção de transformar os direitos humanos em direito positivo — a intenção, em outras palavras, de positivar os direitos humanos (43). Essa intenção é frequentemente levada em consideração — objetiva ou subjetivamente — pelo legislador constitucional. Além disso, essa intenção é uma reivindicação feita por aqueles que estabelecem um catálogo de direitos fundamentais. Nesse sentido, é uma intenção objetiva. Ora, os direitos humanos são, primeiro, morais; segundo, universais; terceiro, fundamentais; quarto, abstratos; e, quinto, são direitos que gozam de prioridade sobre outros tipos de direitos (44). Apenas duas dessas cinco propriedades são de interesse aqui: seu caráter moral e seu caráter abstrato. Os direitos existem apenas se forem válidos. A validade dos direitos humanos *enquanto* direitos morais depende unicamente da sua fundamentação. O que pretendo

(42) Um exemplo de decisão que ilustra a positivação da proporcionalidade é a Artigo 52.º (2) (2) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

(43) Robert Alexy, «Teoria do Discurso e Direitos Fundamentais», em: *Arguing Fundamental Rights*, Agustín Menéndez e Erik Oddvar Eriksen (ed.), Dordrecht, Springer, 2006, pp. 29, 17. Tradução para o espanhol de Pablo Larrañaga, "Teoria do Discurso e Direitos Constitucionais", em R. Alexy, *Teoria do Discurso e Direitos Constitucionais*, México, Fontamara, 2005, pp. 47-70, p. 52.

(44) *Ibid.*

demonstrar que os direitos humanos são justificáveis com base na teoria do discurso. O leitmotiv dessa justificação é realizar

declarações, perguntas e argumentos. Essa prática pressupõe necessariamente regras que expressam autonomia e igualdade (45). Nada disso pode ser desenvolvido aqui. Para os nossos propósitos atuais, o único ponto de interesse aqui é que os direitos humanos, *enquanto* direitos fundamentais, pertencem à dimensão ideal do direito.

A segunda propriedade relevante é a natureza abstrata dos direitos humanos. Eles se referem simplesmente a objetos como liberdade e igualdade, vida e propriedade, bem como liberdade de expressão e proteção da honra.

Como direitos abstratos, os direitos humanos inevitavelmente colidem com outros direitos humanos e com bens coletivos, como a proteção ambiental e a segurança pública. Os direitos humanos, portanto, precisam ser equilibrados.

Poder-se-ia objetar que isso não serve como argumento para demonstrar a existência de uma conexão necessária entre o princípio do equilíbrio ou da proporcionalidade e os direitos fundamentais. Uma vez positivados, os direitos humanos tornam-se direitos positivos e nada mais do que direitos positivos.

Isso, no entanto, poderia implicar uma compreensão equivocada da dupla natureza dos direitos fundamentais. O caráter ideal dos direitos humanos não desaparece quando estes são transformados em direito positivo. Ao contrário, os direitos humanos permanecem conectados aos direitos fundamentais como razões a favor ou contra o conteúdo estabelecido pela positivação e como razões exigidas pela textura aberta dos direitos fundamentais. Portanto, a dimensão ideal dos direitos humanos sobrevive, apesar de sua positivação.

Em resposta a isso, pode-se objetar que a presença da dimensão ideal destrói o caráter positivo dos direitos fundamentais. No entanto, isso não é verdade. A tese da dupla natureza exige que tanto a dimensão ideal quanto a real do direito sejam seriamente consideradas. Exige também que seja concedida prioridade *prima facie*.

à dimensão positiva ou autoritária (46). Quando o legislador constitui-

(45) Robert Alexy, "Teoria do discurso e direitos humanos", *Ratio Juris*, n.º 9, 1996, pp. 209-235. Tradução espanhola de Luis Villar Borda, "Teoria do discurso e direitos humanos", em R. Alexy, *Teoria do discurso e direitos humanos*, Bogotá, Universidad Ex-ternado, 1995, pp. 61-91, 66-70; Alexy, "Teoria do discurso e direitos fundamentais" (n.º 43), pp. 19-22 (pp. 52-59).

(46) Robert Alexy, «A dupla natureza do direito», em *Ratio Juris*, n.º 23, 2010, págs. 167-182, 173-174, 179.

Se, ao estabelecer uma regra, o intérprete constitucional tiver decidido resolver uma questão de equilíbrio em uma determinada direção, o intérprete constitucional é obrigado a aplicá-la (47). Um exemplo de regra de direito fundamental estritamente vinculativa pode ser encontrado no Artigo 102 da Lei Fundamental Alemã, que dispõe: "a pena de morte fica abolida". Outros exemplos de decisões tomadas pelo legislador constitucional como regra incluem, por exemplo: a restrição da liberdade de reunião pelo direito de "reunir-se pacificamente e sem armas", Artigo 8 (1) da Lei Fundamental; também nos Artigos 13 (3) a (6) da Lei Fundamental encontram-se as disposições relativas à regulamentação altamente complexa para a adoção de meios técnicos para fins de vigilância acústica da residência de um suspeito. No entanto, a prioridade da disposição emitida pelo legislador constitucional nem sempre é inquestionável (48). Um exemplo disso é o Artigo 12 (1) (1) da Lei Fundamental; Segundo ele, a liberdade de escolher uma profissão não está, ao contrário da liberdade de exercer uma profissão, sujeita a quaisquer limitações. Se esta disposição fosse considerada uma regra estritamente vinculativa, passível de qualquer tipo de ponderação, pessoas que nunca foram aprovadas no exame final deveriam ter o direito constitucional de serem admitidas em um escritório de advocacia. O Tribunal Constitucional Federal Alemão declarou tal declaração como "juridicamente implausível" ("*rechtlich nicht einleuchtend[en]*") (49) e aplicou corretamente a análise de proporcionalidade (50).

Esses exemplos ilustram o sentido em que se pode falar de uma conexão necessária entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Princípios estão conectados a todas as normas de direito fundamental, independentemente de, como tais, terem o caráter de regras ou princípios. Se o legislador constitucional superou um conflito de princípios ao promulgar uma norma, então o princípio formal de autoridade da Constituição exige que essa norma seja respeitada. No entanto, se essa norma for ambígua, vaga ou aberta em termos de avaliação, os princípios substantivos que a fundamentam entrarão imediatamente em jogo. Esse é o caso quando uma norma é incompatível com os princípios contidos na Constituição. Esses princípios, em alguns casos normalmente resolvidos em virtude da norma, terão maior peso do que o princípio formal de autoridade da Constituição.

(47) Robert Alexy, *Uma Teoria dos Direitos Constitucionais* (n. 2), p. 83 (páginas 113-114).

(48) *Ibidem*, págs. 83-8

(49) BVerfGE 7, 377 (401).

(50) BVerfGE 7, 377 (404-405).

ensino, juntamente com os princípios substantivos que sustentam a regra. A existência dessas constelações leva a uma conexão potencial necessária entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. A contrapartida desse caráter potencial é a conexão real entre direitos fundamentais e princípios. Uma conexão real existe em todos os casos em que as normas de direito fundamental, conforme determinadas na Constituição, devem ser interpretadas diretamente como princípios.

Esta combinação de conexões reais e potenciais (51), que tem a sua origem na natureza dual do direito, serve para fundamentar a segunda tese da necessidade (52).

3. Direitos fundamentais e o pedido de correção

A existência de uma razão suficiente para uma tese não exclui a existência de outras razões suficientes em apoio a essa tese. Uma segunda razão em apoio à segunda tese de necessidade é a tese baseada na pretensão de correção. Esta tese está necessariamente ligada aos direitos fundamentais.

mental, bem como com a Lei em geral. A pretensão de correção já foi explicada e defendida em outro lugar (53). Aqui, estamos interessados apenas em um ponto.

A pretensão de correção, necessariamente ligada à jurisdição constitucional, exige que a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional seja o mais racional possível. Muitos autores têm argumentado que a ponderação é irracional (54). Esta objeção pode ser referida como o "objetivo de

(51) Sobre este ponto, cf. "O modelo de regras e princípios" em Alexy, *Uma Teoria dos Direitos Constitucionais* (n. 2), pp. 80-86 (pp. 109-117).

(52) O argumento sobre a dupla natureza do direito pode ser concebido como uma reconstrução da tese do Tribunal Constitucional Federal Alemão de que o princípio da proporcionalidade «surge fundamentalmente da própria natureza dos direitos fundamentais» (*«im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst»*); BVerfGE 19, 342 (349); 65, 1 (44); 76, 1 (50-1).

(53) Robert Alexy, *O Argumento da Injustiça. Uma Resposta ao Positivismo Jurídico* (1.^a ed., 1992). Tradução para o inglês de Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, 2002, pp. 35-39. Tradução para o espanhol de Jorge M. Seña, *El concepto y la técnica del Derecho (O conceito e a validade do direito)*, 2.^a ed., Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 41-45; Alexy, «A dupla natureza do direito», pp. 168-172.

(54) Por exemplo, Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms* (1.^a ed. em alemão, 1992), traduzido por William Rehg, Polity Press, Cambridge, 1996, p. 259. Traduzido do alemão por Manuel Jiménez Redondo, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 332; Bernard Schlink, «O princípio da proporcionalidade», em *Festschrift 50 anos do Tribunal Constitucional Federal*, Peter Badura e Horst Dreier (ed.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 445-465, 460.

"irracionalidade". Não é possível responder a esta objeção aqui (55). No entanto, algumas observações sobre esta questão podem ser relevantes. Um dos principais argumentos da objeção da irracionalidade é que a fórmula da ponderação não especifica "como os pesos específicos a serem introduzidos, medidos e comparados na fórmula devem ser determinados" (56). Ora, é verdade que a fórmula da ponderação não determina o que pode interferir com um direito fundamental (I

... $\frac{EU_i}{W_j}$); ou quando uma escala leve (l), moderada (m) ou grave (g)

deve ser usada. Também não nos diz que tipo de peso abstrato (W_i , W_j) os princípios conflitantes têm. Finalmente, não diz nada sobre a confiabilidade (R_i , R_j) das avaliações empíricas. Nada disso, no entanto, tem a ver com irracionalidade. O oposto é verdadeiro. Os valores que representam as variáveis representam proposições; por exemplo, a proposição: "A restrição ao direito à personalidade é moderada."

Esta proposição pode ser fundamentada, e de fato deve ser fundamentada (57). Isso só pode ser feito por meio de argumentação. Portanto, a fórmula do peso acaba sendo um argumento pertencente ao discurso jurídico racional (58). Como tal, torna-se essencial introduzir "ordem no pensamento jurídico" (59). Isso deixa claro quais pontos são decisivos e como esses pontos se relacionam entre si (60). Uma estrutura de discurso jurídico fundamental que garanta maior racionalidade não é possível. Isso basta para demonstrar que a análise da proporcionalidade é necessária.

(55) Uma resposta recente a esta questão pode ser encontrada em Robert Alexy, "The Construction of Constitutional Rights", em *Law & Ethics of Human Rights*, n.º 4, 2010, pp. 20-32, 26-32.

(56) JESTAEDT, «A doutrina do equilíbrio – seus pontos fortes e fracos» (n. 34), ms. 18; cfr. também, Ralf POSCHER, «Insights, erros e auto-entendimentos da teoria dos princípios» (n. 32), p. 76; Alexander SOMEK, *Conhecimento jurídico*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, p. 135-136.

(57) Tal justificação pode atingir um alto nível de elaboração; cf., por exemplo, BVerfGE 115, 320 (347-357), onde a justificação para a avaliação da intensidade da interferência pode ocupar dez páginas.

(58) Robert Alexy, «A construção dos direitos constitucionais» (n. 54), pág. 32.

(59) Aharon BARAK, *O juiz numa democracia*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pág. 173.

(60) A objeção frequentemente levantada é a de que os elementos representados pelas variáveis na fórmula de ponderação são incomensuráveis. Cf., por exemplo, John Adler, «The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights», em *Public Law*, 2006, pp. 697-721, 717-718. A resposta a isso reside no fato de que a commensurabilidade das avaliações de ambos os lados da balança é reconhecida e se origina de um ponto de vista comum, a saber, o ponto de vista da Constituição. Desse ponto de vista, "incommensurabilidade" nada mais é do que uma discordância; cf. Alexy, "A Fórmula do Peso" (n.º 11), p. 18 (pp. 361-362).

não apenas pela natureza dos direitos fundamentais, mas também pela própria pretensão de correção, necessariamente formulada na argumentação da jurisdição constitucional.

RESUMO

Existem duas posições básicas quanto à relação entre direitos fundamentais e análise da proporcionalidade. A primeira posição sustenta que existe uma conexão necessária entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade; a segunda sustenta que a questão de saber se direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade estão conectados depende de o legislador constituinte ter decidido assim, ou seja, com base no direito positivo. A primeira dessas teses pode ser chamada de "tese da necessidade", a segunda de "tese da contingência". De acordo com a tese da necessidade, a legitimidade da análise da proporcionalidade é uma questão da natureza dos direitos fundamentais; de acordo com a tese da contingência, é uma questão de interpretação. Este artigo defende a tese da necessidade.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; teoria dos princípios; princípio da proporcionalidade; ponderação; teoria da dupla natureza do direito; pretensão de correção.

RESUMO

Existem duas visões básicas sobre a relação entre direitos constitucionais e análise da proporcionalidade. A primeira sustenta que existe uma conexão necessária entre direitos constitucionais e proporcionalidade; a segunda argumenta que a questão de saber se direitos constitucionais e proporcionalidade estão conectados depende do que os autores da constituição efetivamente decidiram, isto é, com base no direito positivo. A primeira tese pode ser denominada "tese da necessidade", a segunda "tese da contingência". De acordo com a tese da necessidade, a legitimidade da análise da proporcionalidade é uma questão da natureza dos direitos constitucionais; de acordo com a tese da contingência, é uma questão de interpretação. O artigo defende a tese da necessidade.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; teoria dos princípios; princípio da proporcionalidade; ponderação; teoria da dupla natureza do direito; intenção de corrigir.