



# Revisado

22 (2014)

Direitos constitucionais e proporcionalidade

Roberto Alexy

## Direitos Constitucionais e Proporcionalidade

### Aviso O

conteúdo deste site está sujeito à lei francesa sobre propriedade intelectual e é propriedade exclusiva do editor.

Os trabalhos neste site podem ser acessados e reproduzidos em papel ou em mídia digital, desde que sejam utilizados estritamente para fins pessoais, científicos ou educacionais, excluindo qualquer exploração comercial. A reprodução deve obrigatoriamente mencionar o editor, o nome do periódico, o autor e a referência do documento.

Qualquer outra reprodução é estritamente proibida sem a autorização do editor, exceto nos casos previstos pela legislação em vigor na França.

**revues.org**

Revues.org é uma plataforma para periódicos em ciências humanas e sociais administrada pelo CLEO, Centro de Publicação Eletrônica Aberta (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

### Referência eletrônica

Robert Alexy, « Constitutional Rights and Proportionality », Revus [Online], 22 | 2014, Online desde 25 de junho de 2014, conexão em 08 de julho de 2014. URL: <http://revus.revues.org/2783>; DOI: 10.4000/revus.2783

Editora: Revus Club – Centro de Pesquisa sobre Constitucionalismo e Democracia Europeus <http://revus.revues.org> <http://www.revues.org>

Documento disponível on-line em: <http://revus.revues.org/2783> Este documento é um fac-símile da edição impressa.

Todos os direitos reservados

Roberto Alexy\*

## Direitos Constitucionais e Proporcionalidade

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. | Uma versão anterior deste artigo foi publicada no Anuário Chinês de Direito Constitucional. (2010). 221–235.

**Palavras-chave:** teoria dos princípios, análise da proporcionalidade, direitos constitucionais, conexão necessária, direitos humanos, natureza dupla

### 1 Conexões necessárias e contingentes

A relação entre direitos constitucionais e proporcionalidade é um dos principais temas do debate constitucional contemporâneo. Duas visões básicas estão em conflito: a tese de que existe algum tipo de conexão necessária entre direitos constitucionais e análise de proporcionalidade, e a tese de que não existe conexão necessária de qualquer tipo entre direitos constitucionais e proporcionalidade. De acordo com a segunda visão, a questão de saber se direitos constitucionais e proporcionalidade estão conectados depende do direito positivo, isto é, do que os formuladores da constituição realmente decidiram. Por essa razão, uma conexão entre direitos constitucionais e proporcionalidade só pode ser uma conexão possível ou contingente.<sup>1</sup> A primeira tese pode ser denominada "tese da necessidade", a segunda, "tese da contingência". Defenderei uma versão da tese da necessidade.

---

\* alexy@law.uni-kiel.de | Professor na Universidade Christian Albrechts, Kiel, Alemanha. Gostaria de agradecer a Stanley L. Paulson pela ajuda e conselhos sobre questões de estilo em inglês.

<sup>1</sup> É fácil conceber uma terceira tese, a saber, a de que uma conexão entre direitos constitucionais e proporcionalidade é impossível. Esta tese, contudo, não será considerada aqui.

## 2 Princípios da Teoria e Proporcionalidade: A Tese da Primeira Necessidade

### 2.1 Regras e Princípios

A tese da necessidade encontrou sua forma mais elaborada na teoria dos princípios. A base da teoria dos princípios é a distinção normativa entre regras e princípios.<sup>2</sup> Regras são normas que exigem algo definitivamente. São comandos definitivos. Sua forma de aplicação é a subsunção. Se uma regra é válida e se suas condições de aplicação são cumpridas, é definitivamente exigido que exatamente o que ela exige seja feito. Se isso for feito, a regra é cumprida; se isso não for feito, a regra não é cumprida. Em contraste, os princípios são requisitos de otimização. Como tal, eles exigem que algo seja realizado "na maior extensão possível, dadas as possibilidades legais e fáticas".<sup>3</sup> Regras à parte, as possibilidades legais são determinadas essencialmente por princípios opostos. Por essa razão, os princípios, cada um tomado isoladamente, sempre constituem um requisito meramente *prima facie*.

A determinação do grau apropriado de satisfação de um princípio em relação às exigências de outros princípios é realizada por meio do equilíbrio.

Assim, a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios.

### 2.2 O Princípio da Proporcionalidade

#### a) Otimização em relação às possibilidades factuais e legais

A definição de princípios como requisitos de otimização leva imediatamente a uma conexão necessária entre princípios e proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), que nas últimas décadas tem recebido cada vez mais reconhecimento internacional na teoria e na prática da revisão constitucional,<sup>4</sup> consiste em três subprincípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três subprincípios expressam a ideia de otimização. Princípios enquanto requisitos de otimização exigem otimização em relação tanto ao que é factualmente possível quanto ao que é juridicamente possível. Os princípios da adequação e da necessidade referem-se à otimização em relação às possibilidades factuais. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito à otimização em relação às possibilidades legais.

#### b) Adequação

O primeiro subprincípio, o princípio da adequação, impede a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou objetivo para o qual tenha sido adotado. Se um meio M, adotado em

<sup>2</sup> Ver Alexy (2002a: 47–49).

<sup>3</sup> Ver Alexy (2002a: 47).

<sup>4</sup> Ver, por exemplo, Beatty (2004); Stone Sweet & Mathews (2008).

para promover o princípio P1, não é adequado para este propósito, mas obstrui a realização de P2, então não há custos para P1 ou P2 se M for omitido, mas há custos para P2, se M for adotado. Assim, P1 e P2 tomados em conjunto podem ser realizados em um grau mais alto em relação ao que é factualmente possível se M for abandonado. P1 e P2, quando tomados em conjunto, isto é, como elementos de um único sistema, proíbem o uso de M. Isso mostra que o princípio da adequação nada mais é do que uma expressão da ideia de otimização de Pareto. Uma posição pode ser aprimorada sem prejuízo da outra.

Um exemplo de violação do princípio da idoneidade encontra-se numa decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão relativa a uma lei que exigia que não só as pessoas que solicitassem uma licença geral de caça fossem aprovadas num exame de tiro, mas também as pessoas que se candidatassem exclusivamente a uma licença de falcoaria. O Tribunal argumentou que o exame de tiro para falcoeiros não é adequado para promover o "exercício adequado destas atividades, tal como pretendido pelo legislador".<sup>5</sup> Portanto, "não existia qualquer razão substancialmente clara"<sup>6</sup> para a violação da liberdade geral de ação do falcoeiro, tal como garantida pelo artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental. Por essa razão, o regulamento foi declarado desproporcional<sup>7</sup> e, conseqüentemente, inconstitucional.

### c) Necessidade

Casos em que leis são declaradas inconstitucionais por razões de inadequação são raros. Normalmente, a medida aplicada pelo legislador promoverá, pelo menos, seus objetivos até certo ponto. Isso é suficiente para a adequação. Por essa razão, a relevância prática do subprincípio da adequação é bastante baixa. Isso é completamente diferente em relação ao segundo subprincípio do princípio da proporcionalidade, o princípio da necessidade. Este princípio exige que, de dois meios que promovem P1 e que são, em termos gerais, igualmente adequados, aquele que interfere menos intensamente em P2 deve ser escolhido. Se houver um meio que interfira menos intensamente e seja igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem custos para a outra.<sup>8</sup> Sob essa condição, P1 e P2, considerados em conjunto, exigem que os meios que interferem menos intensamente sejam aplicados. Este é, novamente, um caso de otimização de Pareto.

5 Decisões do Tribunal Constitucional Federal (Decisões do Tribunal Constitucional Federal; daqui em diante: BVerfGE) 55, 159 (166).

6 BVerfGE 55, 159 (167).

7 BVerfGE 55, 159 (166).

8 O princípio da necessidade pressupõe que é indiferente a todos os outros princípios ou objetivos quando se coloca a questão de escolher o meio que interfere menos ou mais intensamente. Se, no entanto, existir um terceiro princípio ou objetivo, P3, que seja afetado negativamente pela adoção do meio que interfere menos intensamente em P2, então o caso não pode ser decidido por considerações relativas à otimização de Pareto. Quando os custos são inevitáveis, o equilíbrio torna-se necessário.

Um exemplo é a decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre doces, especialmente na forma de coelhos de Páscoa e Papais Noéis, que consistem em arroz tufado. Para proteger os consumidores de confundirem os doces de arroz tufado com chocolate, foi promulgada uma proibição. O Tribunal argumentou que a proteção do consumidor poderia ser alcançada "de forma igualmente eficaz, mas menos incisiva, por meio de um dever de marcação".<sup>9</sup> Por esse motivo, a proibição foi declarada uma violação do princípio da necessidade e, portanto, desproporcional.

#### d) Proporcionalidade no sentido mais restrito

Assim como o princípio da adequação, o princípio da necessidade diz respeito à otimização em relação às possibilidades factuais. A otimização em relação às possibilidades factuais consiste em evitar custos evitáveis. Os custos, no entanto, são inevitáveis quando os princípios colidem. Então, a ponderação torna-se necessária. A ponderação é o tema do terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio expressa o que significa otimização em relação às possibilidades legais. É idêntico a uma regra que pode ser chamada de "Lei da Ponderação".<sup>10</sup> Esta regra afirma:

Quanto maior o grau de não satisfação ou prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro.

A Lei do Balanceamento exclui, *inter alia*, uma interferência intensiva no princípio P1 que se justifica apenas pela baixa importância atribuída à satisfação do princípio P2 em colisão. Tal solução não seria uma otimização de P1 juntamente com P2.

A Lei da Equilíbrio pode ser encontrada, em diferentes formulações, em quase todos os aspectos da arbitragem constitucional. Ela expressa uma característica central da ponderação e é de grande importância prática. Se se deseja obter uma análise precisa e completa da estrutura da ponderação, a Lei da Equilíbrio precisa, no entanto, ser mais elaborada. O resultado dessa elaboração adicional é a Fórmula do Peso.<sup>11</sup> A Fórmula do Peso define o peso de um princípio  $P_i$  em um caso concreto, ou seja, o peso concreto de  $P_i$  em relação a um princípio  $P_j$  em colisão. ( $W_i, j$ ), como o quociente entre, primeiro, o produto da intensidade da interferência com  $P_i$  ( $I_i$ ) e o peso abstrato de  $P_i$  ( $W_i$ ) e o grau de confiabilidade das suposições 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 relacionados à realização de  $P_j$ . A equação é a seguinte:

<sup>9</sup> BVerfGE 53, 135 (146).

<sup>10</sup> Alexy (2002a: 102).

<sup>11</sup> Alexy (2003: 433–448); Alexy (2007a: 9–27).

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

Ora, falar de quocientes e produtos só faz sentido na presença de números. Este é o problema da graduação. Em Uma Teoria dos Direitos Constitucionais, considerei apenas uma escala contínua que abrange um número infinito de pontos entre 0 e 1, e cheguei à conclusão de que é impossível trabalhar com tal escala no raciocínio jurídico.<sup>12</sup> Ainda acredito que este resultado esteja correto. As coisas são diferentes, no entanto, assim que se leva em conta não apenas escalas contínuas ou infinitesimais, mas também escalas discretas. Escalas discretas são definidas pelo fato de que entre seus pontos não existem outros pontos. O equilíbrio pode começar assim que se tem uma escala com dois valores, digamos, leve e grave. No direito constitucional, uma escala triádica é frequentemente usada, que trabalha com os valores leve (l), moderado (m) e grave (s). Existem várias possibilidades de representar esses valores por meio de números.<sup>13</sup> Se escolhermos uma sequência geométrica como 20, 21 e 22, torna-se possível representar o fato de que o poder dos princípios aumenta desproporcionalmente com o aumento da intensidade da interferência. Esta é a base para uma resposta à acusação de que a teoria dos princípios leva a um enfraquecimento inaceitável dos direitos constitucionais. Se o peso concreto ( $W_i, j$ ) de  $P_i$

for maior que 1,  $P_i$  precede  $P_j$ ; se for menor que 1,  $P_j$  precede  $P_i$ . Isso conecta a Fórmula do Peso – e com ela a Lei do Equilíbrio – com a Lei dos Princípios Concorrentes.<sup>14</sup> Se, no entanto, o peso concreto ( $W_i, j$ ) for 1, existe um impasse. Nesse caso, é permitido tanto executar a medida em questão quanto omiti-la. Isso significa que o Estado, especialmente o legislador, tem poder discricionário.<sup>15</sup>

Isto é de extrema importância para responder à acusação de que a teoria dos princípios conduz a uma sobreconstitucionalização.<sup>16</sup>

Contra a Fórmula do Peso, pode-se objetar que o raciocínio jurídico não pode ser reduzido a cálculos. Mas isso se basearia em uma concepção equivocada do papel da Fórmula do Peso. Os números que devem ser substituídos por suas variáveis representam proposições, por exemplo, a proposição "A interferência na liberdade de expressão é grave". Essa proposição deve ser justificada, e isso só pode ser feito por meio de argumentação. Dessa forma, a Fórmula do Peso está intrinsecamente conectada ao discurso jurídico. Ela expressa uma forma argumentativa básica do discurso jurídico.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Alexy (2002a: 97–99).

<sup>13</sup> Sobre esta questão, ver Alexy (2007a: 20–23).

<sup>14</sup> Alexy (2002a: 53–54).

<sup>15</sup> Alexy (2002a: 408, 410–414).

<sup>16</sup> Sobre esta questão, ver Böckenförde (1991: 188–190).

<sup>17</sup> Em Alexy (1989: 221–230), apresentei a Fórmula da Subsunção como a única forma argumentativa básica do discurso jurídico. Em Alexy (2003: 443–448), adicionei a ela a Fórmula do Peso como uma segunda forma argumentativa.

Novamente, talvez seja útil recorrer a um caso para ilustrar a explicação abstrata do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal que trata do clássico conflito entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Uma revista satírica de ampla circulação, *Titanic*, descreveu um oficial da reserva paraplégico que havia cumprido com sucesso suas responsabilidades, tendo sido convocado para o serviço ativo, primeiro como "assassino nato" e, em uma edição posterior, como "aleijado". O Tribunal Regional Superior de Apelação de Düsseldorf decidiu contra o *Titanic* em uma ação movida pelo oficial e condenou a revista a pagar indenização no valor de DM 12.000. *Titanic* apresentou uma reclamação constitucional. O Tribunal Constitucional Federal realizou uma "ponderação caso a caso"<sup>18</sup> entre a liberdade de expressão dos associados à revista (P1: artigo 5.º, n.º 1, alínea 1), da Lei Fundamental) e o direito geral de personalidade do funcionário (P2: artigo 2.º, n.º 1, em conexão com o artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental). Para tanto, determinou-se a intensidade da interferência nesses direitos, relacionando-os entre si. A sentença de indenização por danos foi tratada como representando uma interferência "duradoura"<sup>19</sup> ou séria (s) (I1) na liberdade de expressão. Essa conclusão foi justificada, sobretudo, pelo argumento de que a concessão de indenização por danos poderia afetar a disposição futura dos produtores da revista de realizar seu trabalho da maneira como o fizeram até então. A descrição "assassino nato" foi então inserida no contexto da sátira publicada pelo *Titanic*. Nela, diversas pessoas foram descritas como tendo um sobrenome de nascimento de forma "reconhecidamente humorística", de "trocadilhos a tolices".<sup>20</sup> Esse contexto impossibilitou a identificação na descrição de "dano ilícito, sério, ilegal ao direito de personalidade".<sup>21</sup> A interferência no direito de personalidade foi, portanto, tratada como tendo intensidade moderada (m), talvez até leve ou menor (l) (I2). Essas avaliações de intensidade completaram a primeira parte da decisão. Para justificar a concessão de uma indenização por danos, que constitui uma interferência grave no direito constitucional à liberdade de expressão (P1), a interferência no direito à personalidade (P2), que deveria ser compensada por danos, teria que ter sido pelo menos tão grave(s). Mas, segundo a avaliação do Tribunal, não foi. Foi, na melhor das hipóteses, moderada (m), talvez até mesmo apenas leve (l).

Isso significava que a interferência na liberdade de expressão era, de acordo com a Lei do Equilíbrio e, com ela, a Fórmula do Peso, desproporcional e, portanto, inconstitucional.

---

segunda forma argumentativa básica. Finalmente, em Alexy (2010b: 17-18), tentei fechar o sistema adicionando uma terceira forma argumentativa básica: analogia entre ou comparação de casos. Essas três formas argumentativas básicas se conectam com os conceitos de regra, princípio e caso, respectivamente.

18 BVerfGE 86, 1 (11).

19 BVerfGE 86, 1 (10).

20 BVerfGE 86, 1 (11).

21 BVerfGE 86, 1 (12).

A situação, no entanto, era diferente na parte do caso em que o policial havia sido chamado de "aleijado". De acordo com a avaliação do Tribunal, isso configurava "grave lesão ao seu direito de personalidade".<sup>22</sup> Essa avaliação foi justificada pelo fato de que descrever uma pessoa com deficiência grave em público como "aleijado" é geralmente considerado, hoje em dia, como "humilhante" e uma expressão de "falta de respeito".<sup>23</sup> Assim, a grave interferência (I1) na liberdade de expressão (P1) foi contrabalançada pela grande importância (I2) atribuída à proteção da personalidade (P2). Este é um caso típico de impasse. Consequentemente, o Tribunal chegou à conclusão de que não via "nenhuma falha na ponderação em detrimento da liberdade de expressão"<sup>24</sup> na decisão do Tribunal Regional Superior de Apelação de Düsseldorf. A reclamação constitucional da Titanic era, portanto, justificada apenas na medida em que se referia a danos pela descrição "assassino nato". Quanto à descrição "aleijado", era injustificada.

## 2.3 Duas conexões necessárias

Minhas considerações até este ponto se referiram à relação entre a teoria dos princípios e a proporcionalidade. Essa conexão se mostra a mais próxima possível. De acordo com a teoria dos princípios, os princípios são requisitos de otimização. Ora, o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, decorre logicamente da natureza dos princípios como requisitos de otimização, e a natureza dos princípios como requisitos de otimização decorre logicamente do princípio da proporcionalidade.<sup>25</sup> Essa equivalência é necessária.

Exatamente neste ponto, uma distinção decisiva entra em jogo. Trata-se da distinção entre uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e a proporcionalidade, por um lado, e uma conexão necessária entre a teoria dos princípios, incluindo a proporcionalidade – seu equivalente – e os direitos constitucionais, por outro. A tese de que existe uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e a proporcionalidade pode ser chamada de "tese da primeira necessidade". A tese de que existe uma conexão necessária entre os direitos constitucionais e a teoria dos princípios, ou análise da proporcionalidade, será denominada "tese da segunda necessidade". Martin Borowski traçou uma distinção entre a teoria dos princípios como tal, ou seja, a teoria dos princípios como uma tese geral da teoria das normas, e a aplicação da teoria dos princípios aos direitos constitucionais, ou seja, a teoria dos princípios como uma interpretação dos direitos constitucionais.<sup>26</sup> A tese da primeira necessidade é uma tese norma-teórica, a segunda tese da necessidade é, em contraste, uma tese in

<sup>22</sup> BVerfGE 86, 1 (13).

<sup>23</sup> BVerfGE 86, 1 (13).

<sup>24</sup> BVerfGE 86, 1 (13).

<sup>25</sup> Alexy (2002a: 66).

<sup>26</sup> Borowski (2007: 68–70).



## 2.4 Duas objeções à tese da primeira necessidade

A primeira tese da necessidade foi muito menos contestada que a segunda tese. Isso, no entanto, não significa que não tenha recebido críticas. Duas 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 "equivocada".<sup>27</sup> Seu principal argumento é que a cláusula "na maior extensão possível" na definição de princípios em *Uma Teoria dos Direitos Constitucionais* (Alexy 2002a: 47), corretamente entendido, refere-se não ao equilíbrio, mas à correção. Significa 'a extensão "correta"'.<sup>28</sup> A extensão correta, por sua vez, é dita depender do 'argumento moral'.<sup>29</sup> Essa objeção confronta o equilíbrio com dois conceitos, o conceito de correção e o conceito de moralidade. Minha resposta é que ambos os conceitos exigem equilíbrio quando se trata de uma interferência em direitos constitucionais. A correção de uma interferência em um direito constitucional depende de se essa interferência é justificada. Em casos de inadequação e falta de necessidade, não existe razão que exija a interferência. A interferência, portanto, não é justificada. Isso mostra que a determinação da extensão correta pressupõe necessariamente os subprincípios de adequação e necessidade. Com isso, a otimização em relação às possibilidades factuais está conectada com a correção. A questão crucial com relação à proporcionalidade em sentido estrito é se a determinação da extensão correta de um direito depende da intensidade da interferência (Ii) com esse direito (Pi) e da intensidade da interferência (Ij) com o direito ou objetivo em colisão (Pj) pela não interferência com o primeiro direito, juntamente com os outros fatores da Fórmula do Peso. Acredito que sim. Uma interferência grave (s) justificada apenas por uma baixa (l) importância atribuída a essa interferência para a satisfação do princípio em colisão não pode ser correta, tudo o mais constante. Em suma, a correção depende do equilíbrio.

O segundo ponto de Möller é a necessidade de argumento moral. A determinação da intensidade da interferência no direito de personalidade do oficial da reserva paraplégico, chamando-o de "aleijado", baseia-se, como mencionado acima, na avaliação dessa descrição como humilhante e como uma expressão de falta de respeito. Trata-se de argumentos morais. Sem tais argumentos morais, a Fórmula do Peso não seria aplicável no caso do Titanic. Isso basta para demonstrar que argumentos morais são indispensáveis à aplicação da Fórmula do Peso.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Möller (2007: 459).

<sup>28</sup> Möller (2007: 459).

<sup>29</sup> Möller (2007: 460).

<sup>30</sup> Tsakyrakis critica a análise da proporcionalidade por sua pretensão de ser "totalmente alheia a qualquer raciocínio moral"; Tsakyrakis (2009: 474). Isso não se aplica à análise aqui apresentada. Na verdade, o oposto é verdadeiro.

A Fórmula do Peso não é uma alternativa ao argumento moral, mas uma estrutura de argumentação legal e moral.<sup>31</sup>

Uma segunda objeção à primeira tese da necessidade, isto é, a tese de uma conexão necessária entre otimização e proporcionalidade, foi levantada por Ralf Poscher. Poscher alega que "o princípio da proporcionalidade não precisa ser entendido como um requisito de otimização".<sup>32</sup> Ele argumenta que existem alternativas à otimização, como a "proibição da desproporcionalidade grosseira" e a "garantia de uma posição mínima".<sup>33</sup> A proibição da desproporcionalidade é a mesma que o requisito da proporcionalidade, e o requisito da proporcionalidade, por sua vez, é o mesmo que o requisito da otimização. A proibição da desproporcionalidade grosseira, por parte de Poscher, nada mais é do que uma conexão do terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade, entendido como um requisito de otimização, com a discricionariedade em casos de desproporcionalidade que não seja grosseira. Este não é o lugar para abordar a questão de se a concessão de tal discricionariedade pode ser justificada, por exemplo, por princípios formais. O único ponto de interesse nesse contexto é que tal construção permaneceria completamente dentro do âmbito da teoria dos princípios. Isso é diferente no caso de uma garantia de uma posição mínima. Uma garantia de um mínimo, se não for determinada por ponderação, não seria, de fato, o mesmo que otimização. No entanto, não seria apenas diferente de otimização, mas também diferente de proporcionalidade. Não seria uma interpretação alternativa da proporcionalidade. Ao contrário, seria uma alternativa incompatível com a proporcionalidade. Quem recomenda a substituição do princípio da proporcionalidade em sentido estrito por uma garantia de um mínimo está recomendando a abolição desse princípio. A questão de se tal proposta é justificável gira em torno da questão de se um julgamento como o seguinte pode ser defendido: "A violação do direito constitucional é grave, enquanto as razões para isso são, do ponto de vista da constituição, apenas de baixa importância, mas a violação é, ainda assim, constitucional, pois uma posição mínima permanece intocada." Creio que este julgamento não pode ser defendido.

Até este ponto, nossas deliberações se concentraram na primeira tese da necessidade, ou seja, em questões gerais da teoria das normas. Uma conexão necessária entre a teoria dos princípios e a proporcionalidade no nível da teoria das normas não implica, contudo, uma conexão necessária entre a proporcionalidade ou a teoria dos princípios e os direitos constitucionais no nível da interpretação da Constituição.

31 Möller argumenta ainda que pode haver casos em que a ponderação é excluída; Möller (2007: 460-461; 465-467). Do ponto de vista da teoria dos princípios, tais casos podem ser reconstruídos como casos em que o peso abstrato de um princípio é zero, ou seja, como casos de razões excluídas, ou como casos em que o peso abstrato de um princípio é infinito, o que tem o efeito de torná-lo uma restrição categórica ou absoluta. Sobre esta questão, ver Alexy (2007b: 340-344).

32 Poscher (2007: 74).

33 Poscher (2007: 74).

direitos institucionais enquanto direito positivo. A segunda tese da necessidade necessita, portanto, de sua própria justificação.

### **3 Direitos Constitucionais e Proporcionalidade: A Segunda Tese da Necessidade**

#### **3.1 Contingência e Positividade**

A questão de saber se existe uma conexão necessária entre direitos constitucionais e a teoria da proporcionalidade ou dos princípios, ou seja, a questão de saber se a segunda tese da necessidade é verdadeira, é altamente contestada. A principal objeção é que a teoria dos princípios não pode ser vista, como afirma Matthias Jestaedt, como a "teoria universal dos direitos fundamentais".<sup>34</sup> Ela não passa de "uma teoria específica do sujeito /.../ que analisa o processo de princípios concorrentes como parte da estrutura dos direitos fundamentais".<sup>35</sup> Como tal, não tem "valor explicativo potencialmente universal".<sup>36</sup> Não é a "teoria única, central, fundamentalmente abrangente e determinante da análise e aplicação dos direitos fundamentais".<sup>37</sup> Por essa razão, como afirma Peter Lerche, existem apenas algumas "ilhas de requisitos de otimização" no campo dos direitos constitucionais.<sup>38</sup> Assim, os direitos constitucionais, para usar as palavras de Jan Henrik Klement, não são princípios "por razões de sua essência".<sup>39</sup> Eles "não são princípios por sua natureza /.../, mas apenas quando e na medida em que recebem essa natureza e caráter distintivo pela decisão jurídica positiva do legislador constitucional".<sup>40</sup> A questão de como os direitos constitucionais e proporcionalidade estão relacionadas entre si, portanto, devem ser submetidas a um 'teste de positividade'.<sup>41</sup>

O último ponto é de crucial importância para a compreensão da tese da contingência, a contrapartida da tese da necessidade. A tese da contingência sustenta que a questão de saber se os direitos constitucionais estão vinculados à proporcionalidade depende exclusivamente de decisões que se expressam no direito positivo; no caso de uma constituição, das decisões de seus autores.<sup>42</sup> A

<sup>34</sup> Jestaedt (2012), ms. 28.

<sup>35</sup> Jestaedt (2012), ms. 10.

<sup>36</sup> Jestaedt (2012), ms. 10.

<sup>37</sup> Jestaedt (2012), ms. 10.

<sup>38</sup> Lerche (1997: 207).

<sup>39</sup> Clemente (2008: 761).

<sup>40</sup> Jestaedt (2012), ms. 13.

<sup>41</sup> Jestaedt (2012), ms. 13.

<sup>42</sup> Um exemplo da positividade da proporcionalidade é o artigo 52 (1) (2) da Carta dos Direitos Humanos da União Europeia.

A tese da contingência poderia, portanto, também ser chamada de "tese da positividade". Meu argumento contra a tese da contingência ou da positividade consiste em duas partes. A primeira diz respeito à natureza dos direitos constitucionais; a segunda, à pretensão de correção como estando necessariamente conectada aos direitos constitucionais, bem como ao direito em geral.

### 3.2A dupla natureza dos direitos constitucionais

Os direitos constitucionais são, de fato, direito positivo, isto é, direito positivo no nível da constituição. Isso não basta, contudo, para explicar sua natureza.

A positividade é apenas um lado dos direitos constitucionais, a saber, seu lado real ou factual. Além disso, eles possuem também uma dimensão ideal. A razão para isso é que direitos constitucionais são direitos que foram registrados em uma constituição com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo – a intenção, em outras palavras, de positivar os direitos humanos.<sup>43</sup> Essa intenção é frequentemente uma intenção real ou subjetivamente sustentada pelos formuladores da constituição.

E, além disso, é uma reivindicação necessariamente levantada por aqueles que estabelecem um catálogo de direitos constitucionais. Nesse sentido, é uma intenção objetiva.

Ora, os direitos humanos são, em primeiro lugar, morais; em segundo, universais; em terceiro, fundamentais; e, em quarto, direitos abstratos que, em quinto lugar, têm prioridade sobre todas as outras normas.<sup>44</sup> Aqui, apenas duas dessas cinco propriedades definidoras são de interesse: seu caráter moral e seu caráter abstrato. Os direitos existem se forem válidos. A validade dos direitos humanos que Os direitos morais dependem de sua justificabilidade, e somente disso. Tentei demonstrar que os direitos humanos são justificáveis com base na teoria do discurso. O leitmotiv dessa justificação é que a prática de afirmar, questionar e argumentar pressupõe liberdade e igualdade.<sup>45</sup> Nada disso pode ser desenvolvido aqui.

Para os propósitos atuais, o único ponto de interesse nesta conexão é que os direitos humanos enquanto direitos morais pertencem à dimensão ideal do direito.

A segunda propriedade definidora importante aqui é o caráter abstrato dos direitos humanos. Eles se referem simplesmente a objetos como liberdade e igualdade, vida e propriedade, liberdade de expressão e proteção da personalidade. Como direitos abstratos, os direitos humanos inevitavelmente colidem com outros direitos humanos e com bens coletivos como a proteção do meio ambiente e a segurança pública. Os direitos humanos, portanto, precisam de equilíbrio.

Pode-se objetar que isso não constitui argumento algum para uma conexão necessária entre equilíbrio ou proporcionalidade e direitos constitucionais. Após sua transformação em direito positivo, os direitos humanos são direitos positivos e nada mais são do que direitos positivos. Isso, no entanto, seria uma concepção equivocada da natureza dual dos direitos constitucionais. O caráter ideal dos direitos humanos não

<sup>43</sup> Sobre esta questão, ver Alexy (2006: 17).

<sup>44</sup> Alexy (2006: 18).

<sup>45</sup> Sobre esta questão, ver Alexy (1996); Alexy (2006: 19–22).

desaparecem uma vez transformados em direito positivo. Em vez disso, os direitos humanos permanecem conectados aos direitos constitucionais como razões a favor ou contra o conteúdo estabelecido pela posituação e como razões exigidas pela textura aberta dos direitos constitucionais. Assim, a dimensão ideal dos direitos humanos perdura, não obstante sua posituação.

Em resposta a isso, pode-se objetar que a presença duradoura da dimensão ideal destrói o caráter positivo dos direitos constitucionais. Mas este não é o caso. A tese da dupla natureza exige que se leve a sério tanto a dimensão ideal quanto a real do direito. Exige, além disso, que *prima facie* seja dada prioridade à dimensão positiva ou autoritativa.<sup>46</sup> Quando os formuladores da constituição decidem uma questão de ponderação estabelecendo uma regra, o intérprete da constituição é obrigado a aplicá-la.<sup>47</sup> Um exemplo de regra de direitos constitucionais na Constituição alemã que é estritamente vinculativa é o artigo 102 da Lei Fundamental, que diz: "A pena de morte está abolida". Outros exemplos de decisões dos constituintes com caráter de regra são a restrição da liberdade de reunião ao direito de "reunir-se pacificamente e sem armas", prevista no artigo 8º (1) da Lei Fundamental, e os detalhes da regulamentação altamente complexa da adoção de meios técnicos para a observação acústica do alojamento onde o suspeito supostamente reside, prevista no artigo 13 (3)-(6) da Lei Fundamental. A prioridade das disposições emitidas pelos constituintes, no entanto, não é totalmente inquestionável em todos os casos.<sup>48</sup> Um exemplo é o artigo 12º (1) da Lei Fundamental, segundo o qual a liberdade de escolha profissional, em contraste com a liberdade de exercício profissional, não está sujeita a quaisquer limitações. Se se considerasse esta uma regra estritamente vinculativa, não passível de qualquer ponderação, pessoas que nunca foram aprovadas em um exame de direito teriam o direito constitucional de serem admitidas na Ordem dos Advogados. O Tribunal Constitucional Federal declarou tal resultado como "legalmente implausível"<sup>49</sup> e aplicou corretamente a análise de proporcionalidade.<sup>50</sup>

Esses exemplos ilustram o sentido em que se pode falar de uma conexão necessária entre direitos constitucionais e proporcionalidade. Princípios estão conectados a todas as normas de direitos constitucionais, independentemente de, como tais, terem o caráter de regras ou princípios. Se os formuladores da Constituição estabeleceram uma colisão de princípios ao promulgar uma regra, então o princípio formal da autoridade da Constituição exige que essa regra seja observada. Se, no entanto, essa regra for ambígua, vaga ou avaliativamente aberta, os princípios substantivos que a sustentam voltam imediatamente à tona. Este também é o

46 Alexy (2010a: 173–174; 179).

47 Alexy (2002a: 83).

48 Alexy (2002a: 83–84).

49 BVerfGE 7, 377 (401).

50 BVerfGE 7, 377 (404–405).

Caso em que a regra é incompatível com princípios constitucionais que são, pelo menos em alguns casos, regulados por esta regra, com maior peso do que o princípio formal da autoridade da Constituição, juntamente com os princípios substantivos que a sustentam. A existência dessas constelações leva a uma conexão necessária entre direitos constitucionais e proporcionalidade, cujo caráter é potencial. A contrapartida da conexão potencial necessária é a conexão real entre direitos e princípios constitucionais. Uma conexão real existe em todos os casos em que as normas de direitos constitucionais, conforme estabelecidas na Constituição, devem ser interpretadas diretamente como princípios. Essa combinação de conexões reais e potenciais,<sup>51</sup> que decorre da natureza dual dos direitos constitucionais, serve para justificar a segunda tese da necessidade.<sup>52</sup>

### 3.3 Direitos constitucionais e a reivindicação de correção

A existência de uma razão suficiente para uma tese não exclui a existência de outras razões suficientes para esta tese. Uma segunda razão para a segunda tese da necessidade baseia-se na pretensão de correção, que está necessariamente conectada aos direitos constitucionais, bem como ao direito em geral. A pretensão de correção foi explicada e defendida em outro lugar.<sup>53</sup> Aqui, um único ponto é de interesse. A pretensão de correção, necessariamente conectada à revisão constitucional, exige que a decisão do tribunal constitucional seja a mais racional possível. Muitos autores argumentaram que a ponderação é irracional.<sup>54</sup> Pode-se chamar essa crítica de "objeção de irracionalidade". Não é possível responder a essa objeção aqui.<sup>55</sup> Algumas observações direcionadas à objeção podem, no entanto, ser úteis. Um argumento principal para a objeção da irracionalidade é que a Fórmula dos Pesos não diz "como os pesos concretos a serem inseridos na fórmula são identificados, medidos e comparados".<sup>56</sup> Ora, é verdade que a Fórmula dos Pesos não nos diz em que consiste uma interferência em um direito constitucional (li, lj) , quando se utiliza a escala leve (l), moderada (m) e grave (s). Também não nos diz quais são os pesos abstratos (Wi, Wj) dos princípios em conflito. Por fim, não diz nada sobre a confiabilidade (Ri, Rj) das premissas empíricas relevantes.

Nada disso, porém, tem a ver com irracionalidade. O oposto é o caso. Os valores que devem ser substituídos pelas variáveis da Fórmula do Peso representam, como já mencionado, proposições, por exemplo,

51 Sobre esta questão, veja o "modelo de regras e princípios" em Alexy (2002a: 80–86).

52 O argumento da dupla natureza pode ser concebido como uma reconstrução da tese do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no sentido de que o princípio da proporcionalidade emerge 'basicamente já da natureza dos próprios direitos constitucionais' ('im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst'); BVerfGE 19, 342 (349); 65, 1 (44); 76, 1 (50–51).

53 Alexy (2002b: 35–39); Alexy (2010a: 168–172).

54 Ver, por exemplo, Habermas (1996: 259); Schlink (2001: 460).

55 Uma resposta recente pode ser encontrada em Alexy (2010c: 26–32).

56 Jestaedt (2012: 18); ver também Poscher (2007: 76); Somek (2006: 135–136).

a proposição de que a violação do direito de personalidade é grave. Tais proposições podem ser justificadas e, é claro, precisam ser justificadas.<sup>57</sup> Isso só pode ser feito por meio de argumentação. Assim, a Fórmula do Peso acaba sendo uma forma argumentativa do discurso jurídico racional.<sup>58</sup> Como tal, é indispensável para introduzir "ordem no pensamento jurídico".<sup>59</sup> Ela deixa claro quais pontos são decisivos e como esses pontos se relacionam entre si.<sup>60</sup> Uma estrutura de discurso sobre direitos constitucionais que reivindique racionalidade ainda maior não é possível. Isso basta para demonstrar que a análise da proporcionalidade é necessariamente exigida não apenas pela natureza dos direitos constitucionais, mas também pela pretensão de correção, necessariamente levantada na revisão constitucional.

### Bibliografia

John ALDER, 2006: *O Sublime e o Belo: Incomensurabilidade e Direitos Humanos*. *Direito Público* (2006). 697–721.

Robert ALEXY, 1989: *Uma Teoria da Argumentação Jurídica* (1978). Trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press.

—, 1996: *Teoria do Discurso e Direitos Humanos*. *Ratio Juris* 9 (1996). 209–235.

—, 2002a: *Uma Teoria dos Direitos Constitucionais* (1985). Trad. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press. 2002b: *O*

—, *Argumento da Injustiça. Uma Resposta ao Positivismo Jurídico* (1992). Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.

—, 2003: *Sobre Equilíbrio e Subsunção*. *Ratio Juris* 16 (2003). 433–449.

—, 2006: *Teoria do Discurso e Direitos Fundamentais. Argumentando Direitos Fundamentais*. Editores. Agustín José Menéndez e Erik Oddvar Eriksen. Dordrecht: Springer. 15–29.

—, 2007a: *A Fórmula do Peso. Estudos em Filosofia do Direito. Fronteiras da Análise Econômica do Direito*. Ed. Jerzy Stelmach, Bartosz Brojek, Wojciech Załuski. Cracóvia: Jagiellonian University Press. 9–27.

—, 2007b: *Treze Respostas. Direito, Direitos e Discurso*. Ed. George Pavlakos. Oxford: Hart Publishing. 333–366.

—, 2010a: *A Dupla Natureza do Direito*. *Ratio Juris* 23 (2010). 167–182.

—, 2010b: *Dois ou três? Sobre a natureza dos princípios jurídicos*. Ed. Martin Borowski. Stuttgart: Franz Steiner e Nomos. 9–18.

—, 2010c: *A Construção dos Direitos Constitucionais. Direito e Ética dos Direitos Humanos* 4 (2010). 20–32.

Aharon BARAK, 2006: *O Juiz em uma Democracia*. Princeton: Princeton University Press.

David M. BEATTY, 2004: *O Estado de Direito Supremo*. Oxford: Oxford University Press.

Ernst-Wolfgang Böckenförde, 1991: *Direitos Fundamentais como Normas Fundamentais. Sobre o Estado Atual da Doutrina dos Direitos Fundamentais. Estado, Constituição, Democracia*. Frankfurt: Suhrkamp. 159–99.

Martin BOROWSKI, 2007: *Direitos Fundamentais como Princípios*. 2ª ed. Baden-Baden: Nomos.

Jürgen HABERMAS, 1996: *Entre Fatos e Normas* (1992). Trad. William Rehg. Cambridge: Polity Press.

57 Tal justificação pode ser altamente elaborada; veja, por exemplo, BVerfGE 115, 320 (347–357), onde a justificação da avaliação da intensidade da interferência abrange dez páginas.

58 Alexy (2010c: 32).

59 Barak (2006: 173).

60 Frequentemente se levanta a objeção de que os elementos representados pelas variáveis da Fórmula do Peso são incomensuráveis. Veja, por exemplo, Alder (2006: 717–718). A resposta a isso é que a commensurabilidade das avaliações em ambos os lados da balança é reconhecida a partir de um ponto de vista comum, a saber, o ponto de vista da constituição. Desse ponto de vista, "incomensurabilidade" nada mais é do que discordância; veja Alexy (2007a: 18).

Matthias JESTAEDT, 2012: *A Doutrina do Equilíbrio – Seus Pontos Fortes e Fracos. Razão Institucionalizada*. Ed. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press.

Jan Henrik Klement, 2008: Sobre a utilidade de uma teoria que explica tudo. *Juristenzeitung* 63 (2008). 756–763.

Peter LERCHE, 1997: *A Constituição como Fonte de Requisitos de Otimização? Estado Constitucional*. Festschrift para Klaus Stern. Ed. Joachim Burmeister. Munique: Beck. 197–209.

Kai MÖLLER, 2007: Equilíbrio e a Estrutura dos Direitos Constitucionais. *Revista Internacional de Direito Constitucional* 5 (2007). 453–68.

Ralf POSCHER, 2007: Insights, Erros e Autocompreensão da Teoria dos Princípios. *A Teoria dos Princípios dos Direitos Fundamentais*. Ed. Jan-R. Sieckmann. Baden-Baden: Nomos. 59–79.

Bernhard SCHLINK, 2001: *O Princípio da Proporcionalidade*. Festschrift 50 anos de Federal

Tribunal Constitucional. Ed. Peter Badura e Horst Dreier. Tübinga: Mohr Siebeck. 445–65.

Alexander SOMEK, 2006: *Conhecimento Jurídico*. Frankfurt: Suhrkamp.

Alec STONE SWEET e Jud MATHEWS, 2008: Equilíbrio de Proporcionalidade e Constitucionalismo Global. *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008).

Stavros TSAKYRAKIS, 2009: Proporcionalidade: Um Ataque aos Direitos Humanos? *Revista Internacional de Direito Constitucional* 7 (2009). 468–493.

Decisões da Justiça Alemã. Tribunal Constitucional Federal ([www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)):

- BVerfGE 7, 377 de 11 de junho de 1958
- BVerfGE 19, 342 de 15 de dezembro de 1965
- BVerfGE 53, 135 de 16 de janeiro de 1980
- BVerfGE 55, 159 de 5 de novembro de 1980
- BVerfGE 65, 1 de 15 de dezembro de 1983
- BVerfGE 76, 1 de 12 de maio de 1987
- BVerfGE 86, 1 de 25 de março de 1992
- BVerfGE 115, 320 de 4 de abril de 2006



