

RECEBIDO EM: 7/12/2020
APROVADO EM: 11/12/2020

DIREITOS E LIBERDADES COMO CONCEITO

RIGHTS AND LIBERTIES AS CONCEPTS

Robert Alexy

*Professor de Direito Público e Filosofia do Direito na Christian Albrechts
University, Kiel, Alemanha.*

Cynthia Pereira de Araújo

Tradutora do artigo. Mestre e Doutora em Direito pela PUC-Minas. Advogada da União.

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

*Revisor técnico e da tradução do artigo. Professor Titular de Teoria e Filosofia do
Direito da UFMG e Professor Adjunto da PUC-Minas.*

**SUMÁRIO: I. DIREITOS E LIBERDADES EM
GERAL: 1. A Teoria da Vontade e do Interesse; 2. Um
Modelo de Direitos de Três Níveis; 3. Um Sistema de
Posições e Relações Jurídicas Básicas: (a) Direitos a Algo;**

(b) Liberdades; (c) Poderes; II. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: 1. Direitos Fundamentais: (a) O Conceito Formal; (b) O Conceito Procedimental; (c) O Conceito Material; 2. Direitos Humanos: (a) O Conceito de Direitos Humanos; (b) A Fundamentação dos Direitos Humanos; III. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: 1. Regras e Princípios; 2. Proporcionalidade; 3. A Construção em Regras; 4. A Construção em Princípio; Bibliografia.

RESUMO: O debate sobre direitos e liberdades – tal como o debate sobre a justiça – é uma discussão interminável e reflete considerações normativas, analíticas e institucionais. Questões sobre direitos e liberdades que um indivíduo pode reivindicar são questões normativas fundamentais em toda sociedade. Elas representam temas primordiais não apenas no direito, especialmente o direito constitucional, como também na filosofia prática, além de contar como aspectos centrais da disputa política. Este artigo é organizado da seguinte forma: a Seção I apresenta uma breve análise da estrutura geral dos direitos e liberdades; os temas da Seção II são os conceitos de direitos humanos e fundamentais. Finalmente, a Seção III discute a construção dos direitos fundamentais, especialmente a conexão entre os direitos fundamentais e a proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos. Liberdades. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade.

ABSTRACT: The debate over rights and liberties – not unlike the debate over justice – is a never-ending discussion, reflecting normative, analytical, and institutional considerations. Questions respecting the rights and liberties that an individual can lay claim to are fundamental normative questions in every society. They represent major themes not only in the law, especially constitutional law, but also in practical philosophy, and they count as central points of political dispute. This article is organized as follows. Section I presents a brief analysis of the general structure of rights and liberties. The themes of Section II are the concepts of human and constitutional rights. Finally, Section III discusses the construction of constitutional rights, especially the connection between constitutional rights and proportionality.

KEYWORDS: Rights. Liberties. Human Rights. Constitutional Rights. Proportionality.

O debate sobre direitos e liberdades – tal como o debate sobre a justiça – é uma discussão interminável que constitui o reflexo de considerações normativas, analíticas e institucionais. Questões sobre os direitos e liberdades que um indivíduo pode reivindicar são questões normativas fundamentais em toda sociedade. Elas representam temas primordiais não apenas no Direito, especialmente o direito constitucional, como também na filosofia prática, além de contar como aspectos centrais da disputa política.

Esse caráter normativo fundamental está conectado a um alto nível de complexidade. Em relação às liberdades, Isaiah Berlin¹ falou de “mais de duas centenas de sentidos dessa palavra multifacetada registrados por historiadores das ideias”. Direitos não são menos complicados. A esses problemas analíticos, adiciona-se, finalmente, a dimensão institucional. Assim que os direitos e liberdades são inscritos em uma constituição como direitos e liberdades fundamentais que vinculam o legislador e estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, surgem questões relativas à legitimação democrática da jurisdição constitucional.

Para não se perder o rumo nesse emaranhado de problemas, é necessária clareza conceitual. Na primeira seção, apresentarei uma breve análise da estrutura geral de direitos e liberdades. Os temas da Seção II são os conceitos de direitos humanos e fundamentais. Finalmente, a Seção III trata da construção dos direitos fundamentais, especialmente a conexão entre direitos fundamentais e proporcionalidade.

I. DIREITOS E LIBERDADES EM GERAL

1 A Teoria da Vontade e do Interesse

Desde o século XIX, várias versões das teorias da vontade e do interesse disputam a explicação mais adequada para o conceito e a natureza dos direitos ou, mais precisamente, dos direitos subjetivos². Adeptos da

1 Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty* (1969), 121.

2 Proponentes da teoria da vontade no século XIX são, por exemplo, Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol 1 (1840), 7: “o poder que é conferido a uma pessoa individual: um reino governado por sua vontade” e John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, vol. 1 (5 ed., 1911), 398: “a capacidade ou poder de exigir de outro ou dos outros atos de tolerâncias; - é o mais próximo de uma definição verdadeira de direito”. Exponentes iniciais da teoria do interesse são Jeremy Bentham, *Of Laws in General* (H.L.A. Hart ed. 1970), 57: “Ao favorecer uma parte em um ponto de interesse a lei dá a outro um direito a prestações”, e Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Parte 3 (5 ed., 1906), 339: “Direitos são interesses juridicamente protegidos” (tradução [no inglês] de Robert Alexy). Mais recentemente, H.L.A. Hart, “Legal Rights” – na obra *Essays on Bentham*, de H.L.A. Hart. *Studies in*

teoria da vontade argumentam que um indivíduo ter um direito significa que sua vontade ou sua escolha, sua liberdade, é reconhecida. Assim, direitos são intimamente conectados com liberdades. Proponentes da teoria do interesse, por outro lado, argumentam que é essencial para os direitos que eles protejam ou promovam os interesses ou o benefício, o bem-estar do detentor do direito. Isso se aplica, por exemplo, aos direitos sociais.

2 UM MODELO DE DIREITOS DE TRÊS NÍVEIS

É infeliz a divisão das teorias dos direitos em teorias da vontade e do interesse, se interpretadas como alternativas estritas. Algumas normas que conferem direitos podem ter como objetivo o reconhecimento da liberdade da vontade, outras podem ter o propósito de proteger e promover interesses, e outras podem fazer ambas as coisas. Os quebra-cabeças que decorrem disso, e que ocupam muitos teóricos do direito há bastante tempo, podem ser facilmente evitados se a análise dos direitos for fundamentada através da distinção entre (1) razões para direitos, (2) direitos como posições e relações jurídicas, e (3) a executoriedade dos direitos. Essa distinção leva a um modelo de direitos de três níveis.³

O primeiro nível compreende razões para direitos. Cada argumento que pode ser apresentado para estabelecer direitos de qualquer tipo entra nesse primeiro nível. Isso inclui não apenas o reconhecimento da liberdade da vontade e a proteção e promoção dos interesses do detentor do direito, ou seja, bens individuais, como também bens coletivos. É possível, por exemplo, tentar justificar a propriedade privada através da efetividade econômica geral de uma economia baseada na propriedade privada, ou seja, por referência a um bem coletivo. Uma justificativa exclusivamente coletiva de direitos individuais ou subjetivos certamente dá a esses direitos uma posição muito mais fraca do que uma justificativa baseada exclusiva ou suplementarmente em bens individuais. Mas isso não é suficiente para excluir bens coletivos do primeiro nível do modelo de três níveis, já que esse modelo não é mais do que uma ferramenta analítica e tem, como tal, uma característica formal. Ele compreende todas as razões concebíveis

Jurisprudence and Political Theory (1982), 188 – defendeu uma versão da teoria da vontade, enquanto Neil MacCormick, “Rights in Legislation” – em Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart (1977), 204-5, de P.M.S. Hacker e Joseph Raz (eds) – defendeu uma versão da teoria do interesse. Esses são, obviamente, apenas dois exemplos dentre vários.

3 Sobre esse assunto, ver Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Julian Rivers trans, [1985] 2002), 115-18.

para direitos subjetivos. Se as razões são boas ou ruins é uma questão argumentativa normativa material.⁴

No segundo nível, trata-se dos direitos como posições jurídicas e relações. Um exemplo é o direito de a contra b no sentido de que b não deve impedir a de praticar ϕ , por exemplo o direito que um cidadão tem contra o estado, por exemplo o dever do estado de não impedir a liberdade de expressão desse cidadão.

Finalmente, o terceiro nível compreende aquelas posições jurídicas que são relacionadas à executoriedade dos direitos jurídicos, especialmente realizando uma ação. Esse nível conecta poderes relacionados à executoriedade e as posições e relações do segundo nível.

Todos os três níveis são importantes para uma teoria dos direitos fundamentais. Os elementos centrais, no entanto, são as posições e relações do segundo nível. Elas são aquilo que as razões de direitos localizadas no primeiro nível pretendem justificar e são, mais uma vez, razões para a executoriedade a serem encontradas no terceiro nível. Sua natureza e seus diferentes tipos podem ser expostos por meio de um sistema de posições e relações jurídicas básicas.

3 UM SISTEMA DE POSIÇÕES E RELAÇÕES JURÍDICAS BÁSICAS

A base do sistema de posições e relações jurídicas básicas é uma tripla divisão em (1) direitos a algo, (2) liberdades, e (3) poderes. Essa divisão está relacionada tanto à distinção de Bentham entre “direitos a serviços”, “liberdades” e “poderes”⁵, quanto à distinção de Bierling entre “reivindicação jurídica” (*Rechtsanspruch*), “mera permissão jurídica” (*einfache[s] rechtliche[s] Dürfen*), e “capacidade jurídica” (*rechtliche[s] Können*).⁶

(a) Direitos a algo

Direitos a algo ou direitos a prestações são relações triádicas, cujo primeiro elemento é o beneficiário ou *titular* de um direito (*a*), o segundo é o *destinatário* do direito (*b*), e o terceiro é o *conteúdo* ou objeto do direito

4 Sobre esse assunto, ver Robert Alexy, “Individual Rights and Collective Goods” em *Rights* (1992), 170, 175-6, Carlos Nino (ed), em que se apresenta a tese de que não pode ser fundamentado um sistema jurídico que não compreenda direitos subjetivos estabelecidos por razões individuais.

5 BENTHAM (n 2), 57-8, 83-92, 119.

6 Ernst Rudolf Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Part 2 (1883), 49-50.

(*S*).⁷ Essa relação triádica pode ser expressa por '*R*'. A forma mais geral de uma declaração de direito a algo pode ser então expressada por

(1) *RabS*.

Esse esquema pode dar origem a uma grande variedade de direitos, dependendo do que *a*, *b* e *S* representem. Quando *a* se refere a uma pessoa física, *b* ao estado e *S* a uma omissão, trata-se de um direito de defesa liberal clássico. Se *S* representa um ato positivo do estado, trata-se de um direito a uma ação positiva do estado, por exemplo um direito de proteção ou um direito social. Analisar o que entra no lugar de cada uma das três variáveis permite reconstruir muitos outros problemas da teoria dos direitos fundamentais. Se, por exemplo, pergunta-se se pessoas físicas podem ser substituídas não apenas por *a*, o titular, mas também por *b*, o destinatário, levanta-se o problema do efeito horizontal dos direitos fundamentais; e se, para dar um outro exemplo, questiona-se se não apenas indivíduos, mas também grupos, tais como minorias de qualquer tipo, podem ser substituídos por *a*, está em jogo o problema dos direitos fundamentais coletivos.

É de grande importância para a teoria dos direitos que

(1) *RabS*

seja logicamente equivalente a

(2) *ObaS*.

Nessa fórmula, '*O*' é uma forma de três posições, ou uma forma relacional do operador deôntico elementar '*O*', que também pode ser lido como "é obrigatório que...".⁸

Quando (1) expressa

(3) *a* tem um direito em face de *b* de que *b* garanta asilo a *a*,

(2) expressa que

7 Em *A Theory of Constitutional Rights* (n 3), 120, o conteúdo ou objeto é representado por "G". Isso se deve ao fato de que um objeto em alemão tem o nome de "Gegenstand".

8 Para mais detalhes, ver Alexy (n 3), 131-8.

(4) b é obrigado perante a a lhe garantir asilo.

(1) e (2) são o que Wesley Newcomb Hohfeld denomina “direito” e “dever” como “correlatos jurídicos”.⁹ Correlações jurídicas são relações opostas. Por essa razão, a frase

(5) $RabS \leftrightarrow ObaS$

representa uma verdade analítica. Isso não significa que toda obrigação ou dever implica um direito. O dever não-relacional

(6) ObS

não implica

(1) $RabS$.

Mas isso significa que direitos implicam deveres. Não pode existir um direito sem um dever correlato.¹⁰ Isso é de considerável importância sistemática, visto que conecta o conceito de um direito ao conceito de um “dever”. Orações que contêm um “dever” expressam normas – individuais ou gerais. Isso leva ao corolário seguinte de que não podem existir direitos sem normas.

(b) Liberdades

Deve-se distinguir entre o conceito geral de liberdade e o conceito de liberdade jurídica como um caso especial de liberdade geral. Liberdades, em geral, são relações de três posições entre um titular-da-liberdade, um obstáculo-à-liberdade, e um objeto-da-liberdade¹¹. Os casos paradigmáticos de titulares-de-liberdade são as pessoas físicas. Mas também é possível falar sobre liberdades de associações. Em relação ao objeto-da-liberdade, a distinção mais fundamental é a diferença entre uma escolha de ação e

9 Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919), 36.

10 Contra a construção triádica dos direitos pode-se objetar que direitos sem destinatários são possíveis. Um exemplo seria o direito a ajuda médica em casos de doenças graves. Esse direito poderia ter a seguinte estrutura: RaS . RaS representa o que é tradicionalmente designado como “ius in rem”, em contraste com “ius in personam”. Por razões de simplicidade, geralmente é suficiente falar em direitos no sentido de relações entre um sujeito jurídico e um objeto. Se, no entanto, não há dever de qualquer destinatário, por exemplo, nenhum dever para aqueles que são capazes de ajudar, então falar da existência de um direito não faria qualquer sentido. Sobre esse assunto, ver Alexy (n 3), 121.

11 *Ibid* 140.

um simples ato. Um exemplo de escolha de ação é a opção por professar uma certa religião ou não. Nesse caso, pode-se falar em uma liberdade negativa. Um exemplo de um simples ato como objeto de liberdade é professar uma certa religião. Nesse caso pode-se falar em uma liberdade positiva.¹² A liberdade positiva se encontra no centro da filosofia moral de Kant: “o conceito positivo de liberdade é o da capacidade de a razão pura ser também ela mesma prática”. Mas isso não é possível exceto pela submissão da máxima de cada ação à condição de sua qualificação como lei universal.”¹³ Assim, a liberdade positiva é definida como a liberdade de fazer o que é certo ou correto, e não como a liberdade de fazer o que quer que alguém deseje fazer. Na vida moral de uma pessoa a liberdade positiva pode ser de grande importância. Tornar a liberdade positiva a base do sistema político, no entanto, tem consequências despóticas. Por essa razão, os direitos fundamentais são essencialmente garantias de liberdades negativas. Portanto, apenas liberdades negativas serão consideradas aqui.

Os obstáculos-à-liberdade podem, também, ser de tipos muito diferentes. Desejo econômico e pressão social são alguns exemplos. Nesses casos pode-se falar em “falta de liberdade” econômica e social. Pensando nos direitos fundamentais, os obstáculos-à-liberdade são de especial importância. Obstáculos-à-liberdade consistem, primeiramente e acima de tudo, em proibições jurídicas e comandos jurídicos. Se não existem tanto proibições jurídicas quanto comandos jurídicos que obriguem *a* a expressar sua opinião, inexistente obstáculo à liberdade, e *a* é livre para expressar sua opinião. Isso implica uma intrínseca relação entre liberdade jurídica e permissão. Se a expressão da opinião de *a* não é nem proibida nem obrigatória, *a* é permitido tanto expressar a sua opinião quanto deixar de expressá-la. Por essa razão, a liberdade jurídica pode ser definida como a conjunção entre a permissão de praticar uma ação e a permissão de omiti-la.¹⁴

12 Hohfeld, op. cit., 140-2.

13 Immanuel Kant, “The Metaphysics of Morals” em Mary J. Gregor (ed e trad), Immanuel Kant. Practical Philosophy (1996), 375.

14 Se ‘P’ é usado para expressar uma permissão, ‘S’ para expressar o conteúdo ou objeto da permissão, e ‘L’ para expressar liberdade como uma modalidade normativa, a liberdade jurídica pode ser definida como se segue:

$$LS = PS \ \& \ P \neg S.$$

Claro que é possível transformar esse esquema em um esquema que expresse uma relação jurídica:

$$LabS = PabS \ \& \ Pab \neg S$$

(Sobre esse assunto, ver Alexy (n 3), 145). ‘LabS’ não é o mesmo que o “privilégio” de Hohfeld. Conforme Hohfeld, um privilégio é “a mera negação de um dever” (Hohfeld (n 9), 39). Isso significa que o privilégio de Hohfeld é nada mais que $Pab \neg S$, sendo $Pab \neg S$ equivalente a $\neg OabS$, ou seja, a negação do dever (relativo) de fazer S (Alexy (n 3), 134-6). Por essa razão, a liberdade jurídica necessariamente compreende dois privilégios, um com um conteúdo negado ($\neg S$), e um com um conteúdo não-negado (S).

Todos os direitos fundamentais que se referem a ações de seus titulares, por exemplo o exercício de religião, expressão de opinião e escolha de profissão, são liberdades no sentido ora definido. Mas se eles fossem apenas tais liberdades, eles seriam liberdades fracas. Uma liberdade desse tipo não implica um direito de não ser impedido de realizar essa liberdade. Tal direito é um direito a algo e é fundamentalmente diferente de uma combinação de permissões. A fim de se obter um direito fundamental pleno, a liberdade não protegida deve ser protegida por um direito material equivalente contra o estado, de modo a que ele não deva impedir o titular da liberdade de fazer algo que ele é constitucionalmente livre para fazer.¹⁵ Esse direito contra o estado – que, uma vez mais, precisa ser combinado com um poder de resistir às infrações diante dos tribunais – é o núcleo dos direitos fundamentais. Por essa razão, direitos a ações negativas ou positivas por parte do estado, ou seja, os direitos a algo, são o centro da teoria dos direitos fundamentais. Essa tese pode ser denominada “tese central”.

(c) Poderes

A tese central é verdadeira também no que diz respeito a poderes. Poderes jurídicos ou competências consistem na possibilidade normativa de alterar a situação jurídica por meio de uma declaração que expresse a intenção (real ou putativa) de promover essa alteração. Um exemplo é o poder de adquirir a e dispor da propriedade. Esse poder é um elemento essencial da garantia constitucional da propriedade.¹⁶

Competências jurídicas são relacionadas de forma próxima a liberdades. Elas ‘adicionam algo à liberdade de ação do indivíduo, que ele não tem por natureza’.¹⁷ Qualquer supressão, limitação, ou obstrução de poderes ou competências de um indivíduo é uma infringência ao respectivo direito fundamental do indivíduo. A característica central do direito a algo resulta do fato de que a questão decisiva nesses casos é se o direito que o indivíduo tem de exigir que o estado não interfira é violado. Por isso, a seguir, o direito a algo como um direito tanto a ações negativas quanto positivas estará em primeiro plano na discussão.

15 Alexy (n 3), 149.

16 Ibid 156-8.

17 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2 ed, 1905), 47.

II. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todos os direitos fundamentais são direitos, mas nem todos os direitos são direitos fundamentais. Isso leva à questão sobre a característica específica, a *differentia specifica*, dos direitos fundamentais. Essa questão refere-se ao conceito e à natureza dos direitos fundamentais. Três conceitos precisam ser distinguidos: um conceito formal, um conceito procedimental e um conceito material.

(a) O Conceito Formal

Um conceito formal de direitos fundamentais é empregado se os direitos fundamentais são definidos como direitos contidos em uma constituição, ou em uma certa parte dela, por exemplo em um catálogo de direitos fundamentais, ou como direitos dotados de proteção especial pela constituição, por exemplo uma reclamação constitucional endereçada a uma corte constitucional.¹⁸

Conceitos desse tipo são úteis em vários casos. Eles não são suficientes, todavia, se a questão levantada é sobre se um direito inscrito na constituição é realmente um direito fundamental, e não, por exemplo, uma competência de um instrumento de estado, quando o problema colocado é sobre se o direito estabelecido fora de um catálogo de direitos fundamentais é ou não um direito fundamental ou quando surge uma disputa sobre se um direito não explicitamente dotado de proteção especial exige tal proteção. Questões como essas não podem ser excluídas sumariamente, e elas não podem ser respondidas com base exclusivamente em um conceito formal.

(a) O Conceito Procedimental

O conceito procedimental de direitos fundamentais se concentra nos problemas institucionais conectados aos direitos fundamentais. Inscrever os direitos fundamentais em uma constituição e atribuir a uma corte o controle de constitucionalidade em relação a toda autoridade estatal significa limitar o poder do parlamento. Nesse sentido, os direitos fundamentais são uma expressão de descrença no processo democrático. Eles são, ao mesmo tempo, tanto a base quanto o limite da democracia. Em virtude

18 Robert Alexy, 'Discourse Theory and Fundamental Rights', em *Arguing Fundamental Rights* (2006), 15-16, de Agustín José Menéndez e Erik Oddvar Eriksen (eds).

disso, o conceito procedimental dos direitos fundamentais defende que os direitos fundamentais são direitos que são tão importantes que a decisão de protegê-los não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares.¹⁹

O conceito procedimental, realmente, indica uma importante propriedade dos direitos fundamentais. Porém, esse conceito também não é capaz de compreender a natureza dos direitos fundamentais. A razão para isso é que o conceito procedimental, como tal, é incapaz de promover uma resposta para a questão sobre quais direitos são tão importantes a ponto de a decisão sobre sua proteção não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares. Isso pode ser formulado apenas com a estrutura de um conceito material de direitos fundamentais.

(a) O Conceito Material

Os direitos humanos estão no núcleo do conceito material dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são, como os conceitos formal e procedimental ilustram, direitos positivos, institucionalizados, ou seja, direito positivo constitucional. Mas isso não é suficiente para explicar a sua natureza. A positivação é um dos lados dos direitos fundamentais, notadamente, o lado real ou factual. Acima e além disso eles também possuem uma dimensão ideal. Isso pode ser chamado de “tese da dupla natureza”. A dimensão ideal decorre da sua conexão com os direitos humanos como direitos morais. Direitos fundamentais são direitos que foram inscritos em uma constituição com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo – a intenção, em outras palavras, de positivizar direitos humanos.²⁰ Essa intenção é frequentemente uma intenção efetiva ou subjetivamente mantida pelos legisladores constitucionais. E, além e acima disso, é uma pretensão necessariamente levantada por aqueles que definem um catálogo de direitos fundamentais. Essa pretensão é um caso especial da pretensão de correção necessariamente conectada ao direito em geral.²¹ Um catálogo de direitos fundamentais é correto se e somente se atende às exigências dos direitos humanos. Todos os catálogos de direitos fundamentais, portanto, podem ser concebidos como tentativas de transformar direitos humanos em direito positivo. Como as tentativas em geral, as tentativas de transformar direitos humanos em direito positivo

19 Alexy (n 3), 297.

20 Alexy (n 18), 16-17.

21 Sobre a pretensão de correção conectada com o direito em geral, ver Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (Bonnie Litschweski Paulson e Stanley L. Paulson trad, [1992] 2002), 35-9.

podem ser bem sucedidas em maior ou menor medida. Nesse aspecto, a dimensão ideal tem um papel crítico mesmo após a transformação em direito positivo. Isso é de fundamental importância para a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais. Sua formulação e a intenção original concreta dos criadores da constituição de modo algum perdem a sua importância. Mas a formulação e a intenção original concreta são relativizados pela intenção ideal direcionada à realização dos direitos humanos. Por essa razão, a dupla natureza dos direitos fundamentais requer necessariamente um certo grau de ativismo judicial.

2 DIREITOS HUMANOS

A tese da dupla natureza pressupõe a existência dos direitos humanos. Pode-se objetar que direitos humanos como direitos morais não existem. Uma resposta a essa objeção requer uma resposta a duas perguntas. A primeira diz respeito ao problema sobre o que significa dizer que um direito humano existe como direito moral, enquanto a segunda refere-se ao problema sobre se as condições para a existência de direitos morais podem ser preenchidas.

(a) O Conceito de Direitos Humanos

Direitos humanos são direitos, em primeiro lugar, morais, em segundo lugar, universais, em terceiro lugar, fundamentais, em quarto lugar abstratos que, em quinto lugar, têm prioridade sobre todas as outras normas²². Em relação ao problema da existência, apenas a primeira dessas cinco propriedades definidoras dos direitos humanos precisa ser considerada: o caráter moral. Direitos, em geral, existem se são válidos. A validade dos direitos humanos como direitos morais depende de sua fundamentabilidade, e apenas disso. Direitos humanos existem se e apenas se são justificáveis.

(a) A Fundamentação dos Direitos Humanos

Teorias sobre a fundamentação dos direitos humanos podem ser classificadas de muitas formas. A divisão mais fundamental é entre teorias que geralmente negam a possibilidade de qualquer fundamentação dos direitos humanos e teorias que alegam ser possível algum tipo de fundamentação. Um exemplo da visão cética é a tese de Alasdair MacIntyre de que “não há tais direitos, e a crença neles é como uma crença em

²² Alexy (n 18), 18.

bruxas e unicórnios”.²³ As abordagens menos ou não-céticas podem ser divididas em oito grupos: em primeiro lugar, religiosas; em segundo lugar, intuicionistas; em terceiro lugar, consensuais; em quarto lugar, sócio-biológicas; em quinto lugar, maximizadora da utilidade ou instrumentalista; em sexto lugar, culturais; em sétimo lugar, explicativas; em oitavo lugar, abordagens existencialistas. As primeiras seis abordagens enfrentam sérias dificuldades.²⁴ A sétima, a abordagem explicativa, todavia, é de especial interesse. Essa abordagem tenta promover uma fundamentação para os direitos humanos tornando explícito o que é necessariamente implícito na prática humana. Esse ponto de partida é a prática de afirmar, perguntar, e discutir, ou seja, a prática do discurso. Essa prática pressupõe regras do discurso que expressam as ideias de liberdade e igualdade. Liberdade e igualdade, por sua vez, são os elementos centrais dos direitos humanos.

Esse argumento, como tal, no entanto, não é suficiente para fundamentar os direitos humanos. Por que deveríamos levar a sério as nossas habilidades discursivas? A resposta pode ser dada apenas com a moldura da oitava abordagem, a abordagem existencial. Nós precisamos levar nossas habilidades discursivas a sério se nós queremos nos levar a sério como – para usar uma expressão de Robert Brandom²⁵ – “criaturas discursivas”, ou, em termos clássicos, como seres racionais. Essa é uma decisão sobre a nossa identidade. O argumento explicativo pode ser concebido como objetivo, o argumento existencial como subjetivo. A combinação de ambos é o argumento explicativo-existencial. O argumento explicativo-existencial é objetivo e subjetivo. Como uma fundamentação objetiva-subjetiva, ele oferece, por um lado, muito menos que pura objetividade, mas estabelece, por outro, muito mais do que mera subjetividade. Talvez se possa dizer que ele oferece objetividade suficiente para ser qualificado como uma fundamentação. Se isso é verdade, os direitos humanos existem.

III. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos fundamentais depende não apenas de sua estrutura geral como direitos e de sua relação com os direitos humanos, mas também de sua construção. Há duas construções fundamentalmente diferentes de direitos fundamentais: a construção em regras e a construção em princípios.

23 Alasdair MacIntyre, *After Virtue* (2 ed, 1985), 69.

24 Alexy (n 18), 19-21.

25 Robert Brandom, *Articulating Reasons* (2000), 26.

1. REGRAS E PRINCÍPIOS

A base da construção tanto de regras quanto de princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios.²⁶ Regras são normas que exigem algo definitivamente. Elas são comandos definitivos. Sua forma de aplicação é a subsunção. Se uma regra é válida e aplicável, é definitivamente exigido que exatamente o que ela exige seja feito. Se isso é feito, essa regra é cumprida; se isso não é feito, ela não é cumprida. Em contrapartida, princípios são normas que exigem que algo seja feito na maior medida possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas em questão. Assim, princípios são *comandos de otimização*. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diversos graus, dependendo o grau apropriado de cumprimento não apenas do que é faticamente possível, mas também do que é juridicamente possível. Desconsiderando as regras, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios opostos. Por essa razão, princípios, considerados isoladamente, sempre compreendem uma exigência apenas *prima facie*. A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativo às exigências de outro princípio é a ponderação. Assim, a ponderação é a forma específica de aplicação de princípios.

2. PROPORCIONALIDADE

O conflito entre a construção em regras e a construção de princípios é muito mais do que uma discussão de um problema teórico-normativo. Trata-se de um debate sobre a natureza dos direitos fundamentais, que tem consequências para quase todas as questões da doutrina dos direitos fundamentais. Por essa razão, trata-se de uma questão básica do constitucionalismo. Se a construção em princípios se provar correta, ou seja, se os direitos fundamentais puderem ser concebidos como comandos de otimização, os direitos fundamentais estão necessariamente conectados ao exame da proporcionalidade.²⁷ A máxima da proporcionalidade, que recebeu nas últimas décadas cada vez maior reconhecimento internacional na teoria e na prática do controle de constitucionalidade²⁸, consiste em três máximas parciais: as máximas parciais da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais – e

²⁶ Ver: Alexy (n 3), 47-9.

²⁷ Sobre proporcionalidade, ver The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (ed), capítulos 33 (Bernhard Schlink) e 34 (Aharon Barak).

²⁸ Ver, por exemplo, David M. Beatty, The Ultimate Rule of Law (2004); Alec Stone Sweet e Jud Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism" (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law 72-164.

esta é a essência da questão – expressam a ideia de otimização. Os princípios como comandos de otimização exigem otimização referente tanto ao que é possível faticamente quanto ao que é possível juridicamente.

As máximas parciais da adequação e da necessidade se referem à otimização relativa às possibilidades fáticas. A máxima parcial da adequação impede a adoção de meios que impedem a realização de ao menos um princípio sem que seja promovido algum princípio ou finalidade para o qual foi adotado. Se um meio M , adotado para promover o princípio P_1 , não é adequado para esse propósito, mas impede a realização de P_2 , então não há prejuízos para P_1 ou P_2 se M é omitido, mas há prejuízo para P_2 se M é adotado. Assim, P_1 e P_2 , tomados em conjunto, podem ser cumpridos em um maior grau em relação ao que é possível faticamente, se M for abandonado. P_1 e P_2 , quando tomados em conjunto, ou seja, como elementos de um só sistema, proíbem o uso de M . Isso mostra que a máxima parcial da adequação é nada mais do que uma expressão da ideia da otimalidade de Pareto. Uma posição pode ser melhorada sem que a outra seja piorada.

A segunda máxima parcial da máxima da proporcionalidade, a máxima da necessidade, exige que entre dois meios igualmente adequados para a realização de P_1 seja escolhido aquele que interfere menos intensamente em P_2 . Se há um meio que interfere menos intensamente e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem custo para a outra. Sob essa condição, P_1 e P_2 , tomados em conjunto, exigem que o meio que interfere menos intensamente seja aplicado. Isso é, mais uma vez, um caso da otimalidade de Pareto.

No debate sobre o exame da proporcionalidade, as duas primeiras máximas parciais, que se referem à otimização relativa às possibilidades fáticas, são dificilmente contestadas. Isso mostra que mesmo oponentes da ponderação não dispensam completamente a ideia de otimização. A diferença real começa nos casos em que os custos são inevitáveis. Custos são inevitáveis quando princípios colidem. Então, de acordo com a construção em princípios, a ponderação se torna necessária. A ponderação é tema da terceira máxima da proporcionalidade, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa terceira máxima, ou seja, a ponderação, é o tema central do debate sobre a proporcionalidade.

3 A CONSTRUÇÃO EM REGRAS

A construção em regras assume que a ponderação pode ser evitada na aplicação de direitos fundamentais sem perda de racionalidade. Essa

afirmação seria justificada se a construção em regras pudesse propor uma alternativa à ponderação que fornecesse um grau maior de racionalidade do que a ponderação – ou, pelo menos, um alto grau.

Uma alternativa que se sugere é a interpretação. Na Alemanha, Ernst Forsthoff insistiu que o problema da aplicação dos direitos fundamentais deveria ser resolvido por meio dos cânones tradicionais de interpretação.²⁹ Esses cânones de interpretação abrangem, acima de tudo, a redação das disposições de direitos fundamentais, as intenções daqueles que criaram a constituição e o contexto sistemático das disposições sob interpretação. Há, de fato, numerosos casos que podem ser resolvidos sem qualquer problema pela simples aplicação da letra da lei, da vontade da lei ou da interpretação sistemática, ou seja, pela subsunção ou classificação conectada com a interpretação, tal como em qualquer âmbito do direito. Escutar os Rolling Stones em uma biblioteca, por exemplo, não é um exercício de liberdade religiosa, mesmo que alguém acredite que esse tipo de música é a fonte mais alta de inspiração. Mas assim que o caso se torna mais complicado, a construção em regras causa problemas. Várias Constituições garantem a liberdade religiosa sem qualquer cláusula de exceção. Se alguém leva o texto constitucional a sério e uma fé religiosa particular exige, por razões religiosas, que apóstatas sejam mortos, então esse homicídio precisa ser classificado como uma prática em acordo com a religião de alguém.

Naturalmente, os adeptos da construção em regras não chegarão ao resultado de que o homicídio exigido por uma fé religiosa é permitido. Mas eles têm dificuldades ao justificar esse resultado. Não classificar o homicídio como um ato religioso contradiria a redação do dispositivo de direito fundamental. Por essa razão, a construção em regras precisa explicar por que um ato religioso é um ato religioso proibido. A vontade dos criadores da constituição pode ser oferecida como uma razão. Mas a que mais, no entanto, além da proteção da vida e da liberdade religiosa dos apóstatas, deveria se referir esse argumento? Se o argumento se refere a esses direitos – a proteção da vida e a liberdade religiosa dos apóstatas – então o argumento se baseia, em última instância, na ponderação. O direito de conviver com a liberdade religiosa dos apóstatas tem precedência sobre a liberdade religiosa daqueles que querem matar os apóstatas por razões religiosas. Se o resultado da ponderação fosse, em todos os casos, claro como é aqui, uma teoria elaborada da ponderação poderia, realmente, ser de algum interesse teórico, mas não teria muita importância prática. Mas há muitos casos em que a solução para as colisões entre direitos

29 Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973* (2 ed, 1976), 173.

fundamentais, assim como as colisões entre direitos fundamentais e bens coletivos, são muito mais difíceis. Nesses casos, a construção em princípios tem a vantagem de abordar diretamente a questão.

Não menos problemáticos são os casos da construção em regras em que os direitos fundamentais são conectados com uma cláusula de exceção. Na Alemanha, uma cláusula de exceção, tal como “nesse direito só se pode interferir com base em uma lei”³⁰ é vinculada ao direito à vida e à integridade física. Se alguém segue a construção em regras e considera esses dispositivos de forma literal, a cláusula de exceção torna possível qualquer interferência na vida e na integridade física, desde que essa interferência seja baseada em uma lei. Alguém pode tentar evitar isso adicionando mais regras, por exemplo, aplicando uma regra que proíba violar o conteúdo essencial de um direito fundamental. Porém, mesmo aqui, o legislador permanece completamente livre em todos os pontos sob o limiar do conteúdo essencial. Além disso, é altamente improvável que o conteúdo essencial possa ser determinado totalmente sem se recorrer à ponderação.³¹

Uma construção em regras orientada para a letra da lei, a vontade da lei e a interpretação sistemática pode ser atribuída ao positivismo. A construção em regras, no entanto, não precisa ser positivista. Uma alternativa não-positivista à ponderação é proposta por Ronald Dworkin. Segundo Dworkin, estabelecer uma ponderação é uma questão de “perguntar se os benefícios da nossa política compensa os seus custos para nós”.³² Isso é um tipo de cálculo econômico.³³ Afirma-se que a aplicação do direito fundamental refere-se à “questão muito diferente sobre o que a moral exige, mesmo às custas dos nossos próprios interesses”.³⁴ Com esse argumento, Dworkin pressupõe que existe uma relação intrínseca entre ponderação e interesses, uma relação que equivale à tese de que cada e toda instância de ponderação é uma ponderação de interesses. Isso, todavia, deve ser contestado. É, de fato, possível, estabelecer uma ponderação em um conflito de interesses. Mas isso não implica que a ponderação é possível apenas entre interesses e não entre direitos. A construção em princípios tenta mostrar que a ponderação de direitos é possível. Um outro ponto da

30 Ver *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (German Basic Law), Art 2(2)(3).

31 Alexy (n 3), 192-6.

32 Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate* (2006), 27.

33 Nesse sentido, também Carl Schmitt, “Die Tyrannei der Werte”, em *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag* (1967), 39.

34 Dworkin (n 32), 27.

argumentação de Dworkin também deve ser rejeitado. Dworkin concebe a ponderação e os argumentos morais como opostos. A resposta a isso é que a ponderação de direitos é uma forma de argumento moral.

4 A CONSTRUÇÃO EM PRINCÍPIOS

A construção em princípios tenta resolver os problemas da construção em regras, estabelecendo uma conexão necessária entre direitos fundamentais e ponderação. Muitos autores levantaram objeções a essa abordagem. A objeção mais séria é a objeção da irracionalidade. Ela foi proeminentemente articulada por Jürgen Habermas e Bernhard Schlink. O ponto central de Habermas é o de que não existem “padrões racionais” para a ponderação: “Uma vez que não existem padrões racionais para a ponderação, ela acontece ou arbitrariamente ou de forma irrefletida, de acordo com os padrões habituais e hierárquicos”.³⁵ Enquanto Habermas fala sobre arbitrariedade e hábitos irrefletidos, Schlink emprega os conceitos de subjetividade e decisão: a ponderação é, “em última instância, subjetiva e decisionista”.³⁶

A objeção da irracionalidade pode ser rejeitada se a ponderação puder se sustentar como uma forma racional de argumento jurídico e moral. Isso é, de fato, o que ocorre. A base para a ponderação é a regra que pode ser denominada de “lei da ponderação”. Essa lei reza:

Quanto maior o grau de descumprimento de, ou em detrimento de, um princípio, maior deve ser a importância de cumprimento do outro.³⁷

A Lei da Ponderação exclui, entre outras coisas, uma interferência intensiva no princípio P_1 que é justificada apenas por uma baixa importância atribuída ao cumprimento do princípio colidente P_2 . Uma tal solução não seria uma otimização de P_1 em conjunto com P_2 .

A Lei da Ponderação pode ser encontrada, em diferentes formulações, em quase todos os lugares da jurisdição constitucional. Ela expressa a propriedade central da ponderação e tem grande importância prática. Se alguém deseja realizar uma análise precisa e completa da estrutura da

35 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg trad, [1992] 1996), 259.

36 Bernhard Schlink, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, em Peter Badura e Horst Dreier (eds), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol 2 (2001), 461.

37 Alexy (n 3), 102.

ponderação, a lei da ponderação precisa, no entanto, ser melhor elaborada. O resultado dessa maior elaboração é a fórmula do peso.³⁸

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 colidente P_j (W_{ij}), como o cociente, em primeiro lugar, do produto da intensidade da interferência em P_i (I_i) e o peso abstrato de P_i (W_i) e o grau de certeza das premissas empíricas sobre o que a medida em questão significa para a não-realização de P_i (R_i), e, em segundo lugar, o produto dos valores correspondentes em relação a P_j dessa vez no que diz respeito à realização de P_j . Isso é formulado da seguinte forma:

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

Mas falar sobre cocientes e produtos faz sentido apenas na presença de números. Esse é o problema do escalonamento. A questão do escalonamento é um problema central da teoria da ponderação, já que ponderar pressupõe escalas.³⁹ Exatamente nesse ponto, a distinção entre escalas contínuas e discretas é de fundamental importância. Escalas contínuas percorrem um número infinito de pontos entre, por exemplo, 0 e 1. A própria natureza do direito exclui a sua aplicação. Escalas discretas são definidas pelo fato de que, entre seus pontos, não há outros pontos. A ponderação pode começar assim que se tem uma escala com dois valores, por exemplo, os valores leve e grave. No direito Constitucional, uma escala triádica, que usa os valores leve (l), médio (m) e grave (s). Há várias possibilidades de se representar esses valores através de números.⁴⁰ Se alguém escolhe uma sequência geométrica como 2^0 , 2^1 e 2^2 , torna-se possível representar o fato de que a força dos princípios aumenta super-proporcionalmente em relação ao aumento da intensidade da interferência. Essa é a base para uma resposta à acusação de que a teoria dos princípios leva a um enfraquecimento inaceitável dos direitos fundamentais. Se o peso concreto (W_{ij}) de P_i é maior do que 1, P_i precede P_j ; se ele é menor do que 1, P_j precede P_i . Se, no entanto, o peso concreto (W_{ij}) é 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 discricionariedade.⁴¹ Isso é de máxima

38 Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption" (2003) 16 Ratio Juris 443-8; Robert Alexy, "The Weight Formula", em Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, e Wojciech Załuski (eds) Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law (2007), 9-27.

39 Ver Aharon Barak, The Judge in a Democracy (2006), 166: "Não se pode ponderar sem uma escala".

40 Sobre esse assunto, ver Alexy, "The Weight Formula" (n 38), 20-3.

41 Alexy (n 3), 408, 410-14.

importância para uma resposta à acusação de que a teoria dos princípios leva a uma superconstitucionalização.⁴²

Levantou-se a objeção de que a fórmula do peso “expressa o ideal de uma ciência precisa, pode-se dizer, matematicamente precisa”⁴³, e de que ela é “uma quimera metodológica”.⁴⁴ Essa objeção se ampara em uma concepção equivocada sobre o papel da fórmula do peso. Seu propósito não é reduzir a fundamentação jurídica a um cálculo, mas antes compreender aqueles elementos que têm um papel na ponderação, entendendo como esses elementos se conectam. Os números que precisam ser substituídos pelas variáveis representam afirmações, por exemplo a afirmação “a interferência na liberdade de expressão é grave”. Essa afirmação precisa ser fundamentada a fim de estabelecer a sua pretensão de correção, e isso só é possível pela argumentação. Nesse sentido, a fórmula do peso está intrinsecamente conectada à argumentação jurídica. Ela não pretende substituir o discurso por um cálculo, mas antes emprestar ao discurso uma estrutura racional.

A explicação abstrata do princípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser ilustrada por meio de um caso. O caso em questão é a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que diz respeito ao clássico conflito entre liberdade de expressão e direito da personalidade.⁴⁵ Uma revista satírica amplamente conhecida, *Titanic*, descreveu um oficial da reserva paraplégico que houvera cumprido com sucesso as suas responsabilidades, tendo sido convocado para o serviço ativo, primeiro como “assassino nato” e, em uma segunda edição” como um “aleijado”. Em uma ação ajuizada pelo oficial, o Tribunal Superior Regional de Apelação de Düsseldorf decidiu contra a revista *Titanic*, determinando a ela o pagamento de danos no valor de doze mil marcos alemães. A revista *Titanic* apresentou uma reclamação constitucional. O Tribunal Constitucional Federal realizou

42 Em caso de impasse, a discricionariedade no caso de pode ser denominada “discricionariedade estrutural”. Um segundo tipo de discricionariedade é a discricionariedade epistêmica. A discricionariedade epistêmica é incorporada na fórmula do peso por meio de R_i e R_j , as variáveis referentes ao grau de certeza das premissas empíricas, com base nas quais os juízos sobre a intensidade das interferências acontecem.

43 Matthias Jestaedt, “The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses” em: Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason* (2012), 163.

44 *Ibid* 165.

45 Tribunal Constitucional Federal [Alemão], BVerfGE 86, 1. Sobre a liberdade de expressão em geral, ver *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld e András Sajó (ed), capítulos 42 (Eric Barendt).

uma “ponderação específica para o caso”⁴⁶ entre a liberdade de expressão das pessoas ligadas à revista (P_1) e o direito geral da personalidade do general (P_2). Para isso, a intensidade da interferência sobre esses direitos foi determinada, e eles foram colocados um em relação ao outro. A decisão de indenização foi tratada como uma interferência grave ou “duradoura”⁴⁷ (I_1) sobre a liberdade de expressão. Se o Tribunal tivesse se limitado simplesmente a qualificar a interferência como grave, ficaria faltando o argumento racional. Esse parece ser a visão sobre a ponderação que está por trás da objeção da irracionalidade. Mas o Tribunal apresenta as razões para a sua avaliação da interferência como grave. O seu principal argumento é de que conceder indenizações poderia afetar a disposição futura dos produtores da revista para realizar o seu trabalho da forma como faziam anteriormente. A isso, o Tribunal adiciona que, se exageros e metáforas negativas não fossem autorizados como instrumentos estilísticos, as revistas satíricas teriam que abrir mão de seus aspectos essenciais.⁴⁸ Essa argumentação pode ser concebida como uma argumentação racional. Em um próximo passo, a descrição “assassino nato” foi colocada no contexto da publicação satírica pela revista *Titanic*. Aqui, muitas pessoas haviam sido descritas, de uma forma “reconhecidamente bem-humorada”, como tendo um sobrenome ao nascer de “trocadilhos a tolices”.⁴⁹ Isso exclui uma “avaliação isolada” da descrição “assassino nato”, que a interprete literalmente.⁵⁰ A interferência sobre o direito da personalidade foi então tratada como tendo uma intensidade moderada (m) ou até mesmo leve ou menos intensa (I_2). Mesmo aqueles que não concordam com esse resultado precisam reconhecer que essa valoração da intensidade de interferência em P_2 é amparada por argumentos racionais. Mais que isso não pode ser exigido no Direito. As duas avaliações referentes às intensidades completam a primeira parte da decisão. A fim de fundamentar uma indenização por danos, que é uma interferência grave no direito fundamental à liberdade de expressão (P_1), a interferência sobre o direito da personalidade (P_2), que deveria ser compensada pelos danos, teria que ter sido ao menos também grave (s). Mas, conforme a avaliação do Tribunal, ela não era. Ela era, no máximo, moderada (m) ou, no máximo, meramente leve (l). Isso significava que a interferência na liberdade de expressão era, de acordo com a lei da

46 Tribunal Constitucional Federal [Alemão], BVerfGE 86, 1 (11).

47 Ibid 1 (10).

48 Ibid.

49 Ibid 1 (11).

50 Ibid 1 (12).

ponderação e, assim, de acordo com a fórmula do peso,⁵¹ desproporcional e, portanto, inconstitucional.

A conclusão, no entanto, foi diferente no que diz respeito ao fato de o oficial ter sido chamado de “aleijado”. Conforme o Tribunal, tratou-se de uma “lesão grave ao seu direito de personalidade”.⁵² Essa análise foi justificada pelo fato de que descrever uma pessoa com deficiência severa em público como “aleijado” é geralmente considerado, nos dias atuais, como “humilhante”, expressando “falta de respeito”.⁵³ Tais humilhação pública e falta de respeito atingem e abalam a própria dignidade da vítima. A valoração da intensidade da interferência é, nesse sentido, mais uma vez amparada por razões. E essas razões são razões morais – constituindo isso uma resposta à separação de Dworkin entre ponderação e moral. O resultado é o impasse. A interferência (I_1) grave (s) na liberdade de expressão (P_1) foi compensada pela grande (s) importância (I_2) reconhecida à proteção da personalidade. Consequentemente, o Tribunal chegou à conclusão de que não podia ver “nenhuma falha na ponderação [contida na decisão do Tribunal Superior Regional de Apelação de Düsseldorf] em que a liberdade de expressão” cedeu.⁵⁴ A reclamação constitucional da *Titanic* foi, assim, considerada justificada apenas no que dizia respeito aos danos causados pelo uso da descrição “assassino nato”. Em relação à descrição “aleijado”, ela não foi considerada justificada.

A decisão sobre a revista *Titanic* mostra que a ponderação é um teste sobre se uma interferência em um direito é fundamentada. Isso poder ser generalizado. Todos os direitos fundamentais são direitos contra violações não-fundamentadas.⁵⁵ A forma mais racional de distinguir violações fundamentadas e não-fundamentadas é o exame da proporcionalidade. Isso leva à conexão necessária entre direitos fundamentais e proporcionalidade.

51 Interessa saber que o Tribunal se refere apenas à intensidade da interferência de ambos os lados (I_1 , I_2). Isso dá sentido à suposição de que o Tribunal atribui o mesmo peso abstrato (W_1 , W_2) à liberdade de expressão (P_1) e ao direito da personalidade (P_2). Essas gradações silenciosas são observadas em muitos casos. Para Fórmula do Peso, isso significa que W_1 e W_2 podem ser reduzidos. O mesmo parece se aplicar ao grau de confiabilidade das premissas empíricas (R_1 , R_2). Isso mostra que a fórmula do peso é um instrumento que promove não apenas uma descrição do que o tribunal explicitamente apresentou, mas também uma reconstrução do que foi implicitamente considerado. Nesse sentido, a Fórmula do Peso pode ter um papel não apenas reconstrutivo, como crítico.

52 BVerfGE 86, 1 (13).

53 Ibid.

54 Ibid.

55 Ver sobre isso: Mattias Kumm, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review” em: Matthias Klatt (ed), Institutionalized Reason (2012), 213-17.

A pretensão de correção, necessariamente conectada com os direitos fundamentais e com o direito em geral, exige que a aplicação dos direitos fundamentais seja o mais racional possível. O mais alto grau de racionalidade possível pode ser alcançado apenas por meio do exame da proporcionalidade. Dessa forma, a pretensão de correção estabelece uma conexão necessária entre direitos fundamentais e proporcionalidade. Isso implica a inclusão da proporcionalidade no próprio conceito de direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers trad, [1985] 2002).
- AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, vol 1 (5. ed, 1911).
- BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy* (2006).
- BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law* (2004).
- BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General* (H.L.A. Hart ed, 1970.)
- BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty* (1969).
- DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate* (2006).
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg trad, [1992] 1996).
- HART, H.L.A. 'Legal Rights' in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory* (1982).
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919).
- MACCORMICK, Neil. 'Rights in Legislation' in P.M.S. Hacker and Joseph Raz (eds), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart* (1977)
- SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72.

