

Obras da Coleção*

coleção dirigida por

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA JEAN PAUL C. VEIGA DA ROCHA
Faculdade de Direito Núcleo "Direito & Democracia",
da Universidade de São Paulo Cebrap

1. ROBERT ALEXY – *Teoria dos Direitos Fundamentais*
2. WILSON STEINMETZ – *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*
3. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (org.) – *Interpretação Constitucional*
4. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA – *A Constitucionalização do Direito*
5. MARCO AURÉLIO SAMPAIO – *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*

————— *teoria & direito público* —————

ROBERT ALEXY

**TEORIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

tradução de

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ROBERT ALEXY

© SUHRKAMP VERLAG, 1986

© Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA
da 5ª edição alemã

Theorie der Grundrechte

publicada pela Suhrkamp Verlag (2006)

ISBN: 978-85-7420-872-5

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (11) 3078-7205 Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição

Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa

Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
04.2008

Para
Georg Corbin
e
Julia.

A proibição da radiodifusão contribui só um pouco mais para a realização da proteção da personalidade que a sua permissão (0,4 contra 0,3). Já para a liberdade de radiodifusão há uma considerável diferença (0,3 contra 0,9). A qual das alternativas deve ser dada preferência é algo que pode ser calculado por meio de uma simples operação. As intensidades de realização devem ser multiplicadas pelo valor abstrato dos princípios. Em seguida devem ser somados os produtos de ambas as alternativas.²⁰⁶ Para R_1 , isso significa: $0,32 (0,4 \times 0,8) + 0,12 (0,3 \times 0,4) = 0,44$; para R_2 : $0,24 (0,3 \times 0,8) + 0,36 (0,9 \times 0,4) = 0,6$. Com 0,6, R_2 tem o maior valor global e deve, por isso, ser escolhida, ainda que R_1 seja exigida pelo princípio de maior hierarquia abstrata. A "tirania dos valores" fica superada. No entanto, essa também não é uma solução. O resultado é, de fato, rapidamente calculável após a atribuição de valores numéricos. O problema, no entanto, está na atribuição desses valores. É questionável a possibilidade de atribuir valores hierárquicos abstratos a cada um dos valores ou princípios. De qualquer forma, parece estar excluída uma atribuição intersubjetiva inequívoca de números para as intensidades de realização. Não é possível inferir um resultado a partir de uma quantificação fixa; no máximo, é possível *ilustrar* de forma quantitativa a decisão, independentemente de como se tenha chegado a ela. A concepção de uma hierarquia de valores que trabalhe com escalas cardinais fracassa, portanto, diante dos problemas da metrificação dos pesos e das intensidades de realização dos valores ou princípios.²⁰⁷

Tampouco constitui uma alternativa partir da igualdade hierárquica dos valores ou princípios para, então, trabalhar com intensidades cardinais de realização. O problema seria simplesmente deslocado para questões insolúveis da metrificação das intensidades de realização.

Por isso, pode-se dizer, de forma geral, que é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais.²⁰⁸ A impossibilidade de uma tal ordenação "rígida"

²⁰⁶ Sobre esse procedimento, cf. Karl Haas, *Rationale Strafzumessung*, Köln: Heymann, 1970, pp. 45 e ss.; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pp. 132-133.

²⁰⁷ Cf. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pp. 134-135.

²⁰⁸ A possibilidade, suscitada por Schlink, de se resolver o problema da ordem de valores por meio de uma função - no estilo da economia do bem-estar -, que

não implica a impossibilidade de uma ordenação "flexível" e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de sopesamento. Ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: (1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambas estão intimamente ligadas ao conceito de sopesamento, o qual será analisado a seguir.

2.2.2 A idéia de sopesamento

Contra a idéia de sopesamento é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores

permitiria inferir utilidades sociais (ou preferências coletivas ou concepções coletivas de valor) a partir de utilidades individuais (ou preferências individuais ou concepções individuais de valor), será aqui examinada apenas marginalmente (cf., a respeito, Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pp. 154 e ss.). Um enfoque nesses termos pressupõe que aquilo que é válido como direito constitucional pode ser equitativo às utilidades coletivas na forma de uma função de utilidades individuais. Embora essa equiparação tenha - como Schlink ressalta - tendências tanto individualistas como democráticas, ela vincularia por completo o direito constitucional às concepções de valor generalizadas em cada momento. Contudo, o fato de que uma concepção de valor seja generalizada não significa que seja válida do ponto de vista do direito constitucional. Mesmo que se desconsidere esse problema, esse enfoque fracassa diante da dificuldade de se agregar as utilidades individuais às utilidades sociais. Se as utilidades individuais forem mensuradas em uma escala cardinal, surgem, pelo menos no que diz respeito a questões jurídico-constitucionais, dificuldades insuperáveis em relação à mensuração e à comparação dessas utilidades (cf. Schlink, pp. 166-167). É certo que esses problemas podem ser evitados com a utilização de uma escala ordinal, mas, nesse caso, a agregação fracassaria diante do teorema da impossibilidade de Arrow. A esse respeito, cf. Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 2ª ed., New York: Wiley, 1963; R. Duncan Luce/Howard Raiffa, *Games and Decisions. Introduction and Critical Survey*, New York: Wiley, 1957, pp. 327 e ss.; Adalbert Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitsatzes*, pp. 274 e ss.; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pp. 180 e ss.

e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.

Anteriormente foi demonstrado que as colisões entre princípios devem ser resolvidas por meio da definição de uma relação de preferências condicionadas. Como exemplo foi utilizado o caso Lebach, no qual o Tribunal Constitucional Federal solucionou a colisão entre a proteção da personalidade (P_1) e a liberdade de informar via radio-difusão (P_2) por meio da aceitação de uma precedência de P_1 , no caso de uma “repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação”, que “coloca em risco a ressocialização do autor” (C_2).²⁰⁹ A partir daí, o tribunal elaborou um enunciado de preferências com a seguinte forma:

(1) (P_1, P_2) C_2 .

Segundo a lei de colisão,²¹⁰ desse enunciado decorre uma regra:

(2) $C_2 \rightarrow R$,

a qual, sob as condições C_2 , comina a consequência jurídica de P_1 (R).

2.2.2.1 O modelo decisionista e o modelo fundamentado

Se o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso — que decorre desse enunciado —, o sopesamento, de fato, não representaria um procedimento racional. O estabelecimento da preferência condicionada poderia ocorrer de forma intuitiva. Aquela que

sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Não seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados.

No entanto, a um tal modelo *decisionista* de sopesamento pode ser contraposto um modelo *fundamentado*. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação.²¹¹ Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes.

2.2.2.2 A fundamentação de enunciados de preferências condicionadas não relacionada especificamente ao sopesamento

De acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas decorrem regras que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalente. Nesse sentido, a fundamentação de enunciados de preferências é uma fundamentação de regras relativamente concretas, que devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais. Para sua fundamentação podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional. Mas a possibilidade de uso de argumentos semânticos fica excluída nos casos em que com a própria constatação da colisão já se decide, a partir do teor literal da Constituição, acerca da aplicação das

209. *BVerfGE* 35, 202 (237)
210. Cf., neste Capítulo, 1.3.2.1.

211. Isso equivale à frequentemente citada diferenciação entre o processo de descoberta (*process of discovery*) e o processo de justificação (*process of justification*). Cf., por exemplo, Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 27.

disposições constitucionais em questão. Já os demais cânones da interpretação e argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos práticos e empíricos em geral, além de formas específicas de argumentação jurídica, podem sempre ser utilizados.²¹² Assim, para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação da regra que a ele corresponde, pode-se recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas. Nesses termos, a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas não é diferente da fundamentação de regras semânticas criadas para tornar conceitos vagos mais precisos. E a diferença desaparece ainda mais quando se leva em consideração que também no âmbito da interpretação tradicional, com frequência, são realizados sopesamentos. Basta pensar em um caso no qual uma interpretação estrita de um conceito teria como consequência uma menor proteção de um direito fundamental, enquanto a interpretação extensiva do mesmo conceito levaria a uma maior proteção desse direito. Diante da variedade de possíveis argumentos a favor de enunciados de preferências, é possível afirmar que a frequente recomendação para que se levem em consideração apenas as consequências²¹³ constitui uma redução injustificável.

2.2.2.3 A fundamentação relacionada especificamente ao sopesamento

O que foi dito acerca da utilização de argumentos jurídicos gerais ainda não diz respeito ao que há de específico na fundamentação de enunciados de preferências. Se houvesse apenas esses argumentos, seria possível cogitar de abrir mão do enunciado de preferência e basear a fundamentação exclusivamente na regra que dele decorre.

A existência de argumentos relacionados especificamente ao sopesamento é sugerida por formulações do Tribunal Constitucional Federal, como as seguintes: “A pretensão de liberdade dos indivíduos

212. Sobre isso, cf. Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation*, pp. 285 e ss.

213. Cf., por exemplo, Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pp. 181, 192 e 199; Adalbert Podlech, *Wertung und Werte im Recht*, p. 208.

manifesta-se (...) tanto mais intensamente quanto mais se colocar em questão seu direito à liberdade de escolha profissional; a proteção da comunidade torna-se tanto mais premente quanto maior forem as desvantagens e os perigos que para ela possam advir da total liberdade de exercício profissional”;²¹⁴ “[q]uanto mais a intervenção legal afetar as manifestações elementares da liberdade de ação humana, tanto mais cuidadoso deve ser o sopesamento das razões contrárias à pretensão elementar de liberdade do cidadão”;²¹⁵ “[a]lém disso resulta (...) que o necessário sopesamento deve levar em consideração, de um lado, a intensidade da intervenção na esfera da personalidade por meio da transmissão de um programa televisivo desse tipo; de outro lado, deve ser avaliado o interesse concreto a que o programa satisfaz e que, para tanto, é adequado”;²¹⁶ Essas manifestações²¹⁷ fazem referência a uma regra que é constitutiva para os sopesamentos do Tribunal Constitucional Federal, que pode ser formulada da seguinte forma:

(A) “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”;²¹⁸

Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de *lei do sopesamento*. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula “dentro das possibilidades jurídicas”, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido

214. *BVerfGE* 7, 377 (404-405).

215. *BVerfGE* 20, 150 (159). Cf. também *BVerfGE* 17, 306 (314).

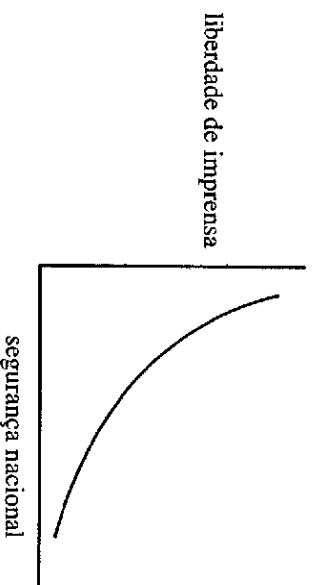
216. *BVerfGE* 35, 202 (226).

217. Cf. também *BVerfGE* 41, 251 (264), decisão na qual o tribunal faz menção a “um sopesamento global entre a intensidade da intervenção e o peso e a urgência das razões que a justificam”.

218. Para uma formulação um pouco diferente, cf. Robert Alexy, “Die logische Analyse juristischer Entscheidungen”, p. 206. Aqui é possível abrir mão de especificações adicionais acerca dessa regra. Parte-se, neste ponto, do pressuposto de que os princípios em questão colidem, ou seja, de que um princípio pode ser satisfeito às custas de outro. Colisões surgem apenas quando da solução de casos. Aquilo que é colocado em relação por meio de uma regra é, por conseguinte, a afetação de um dos princípios em razão de uma determinada solução de um caso e a importância da satisfação do outro princípio nesse mesmo caso.

do pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos.²¹⁹

As idéias que estão por trás da lei do sopesamento podem ser ilustradas com o auxílio de curvas de indiferença, como aquelas que são utilizadas nas ciências econômicas.²²⁰ Uma curva de indiferença é um meio para representar a relação de substituição de bens. Suponhamos que *a* seja favorável tanto à liberdade de substituição quanto à segurança nacional e que ele esteja disposto a aceitar tanto uma certa diminuição na segurança nacional, para que haja um certo aumento na liberdade de imprensa, quanto uma certa diminuição na liberdade de imprensa, para que haja um certo aumento na segurança nacional. As situações julgadas por *a* como igualmente boas ou indiferentes podem, então, ser representadas por pontos em uma curva:



Curvas de indiferença como essa correspondem à lei da taxa marginal decrescente de substituição.²²¹ Conforme a liberdade de expres-

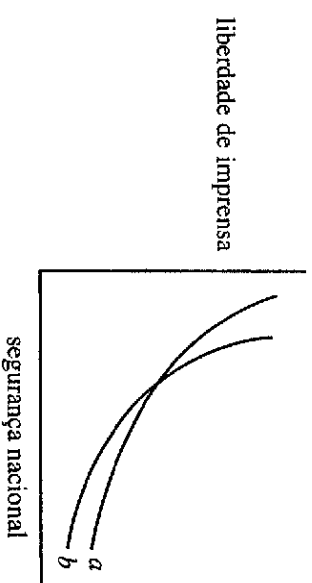
219. Cf. Brian M. Barry, *Political Argument*, London: Routledge, 1965, p. 7.

220. Sobre o conceito de curva de indiferença, cf., por todos, Tibor Scitovsky, *Welfare and Competition*, London: Allen and Unwin, 1952, pp. 30 e ss. Para uma utilização de curvas de indiferença na filosofia prática, cf. Brian Barry, *Political Argument*, pp. 4 e ss.; John Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 37 e ss. No âmbito do direito constitucional, foi Schlink quem tentou fazer com que fosse fruído um enfoque indiferencialista (cf. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pp. 168 e ss. e 169 e ss.).

221. Cf. Brian M. Barry, *Political Argument*, pp. 6 e ss.; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 168.

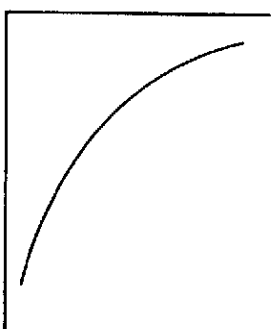
são diminui, exige-se um aumento cada vez maior na segurança nacional, para compensar cada diminuição adicional na liberdade de imprensa, e vice-versa.

Mas curvas de indiferença como essa não são diretamente equivalentes à lei do sopesamento. A lei do sopesamento aponta, em primeiro lugar, para a *importância* da satisfação do princípio colidente e formula, em segundo lugar, um dever. A curva apresentada acima, por sua vez, apenas descreve as substituições que são indiferentes para *a*. O traçado da curva expressa o quão importante é, para *a*, a segurança nacional em relação à liberdade de imprensa. Uma outra pessoa *b* pode ter uma outra concepção acerca dessa importância relativa. O fato de que para *b* a segurança nacional seja mais importante que para *a* pode ser representado da seguinte maneira:



O sopesamento constitucional não diz respeito à importância que alguém confere à liberdade de imprensa ou à segurança nacional, mas à definição de qual *deve ser* a importância que se deve conferir a ambas. Ainda que seja possível tentar representar a relação de substituição aceita pelo Tribunal Constitucional Federal por meio de uma curva de indiferença, do ponto de vista do método, o sopesamento diz respeito a uma regra que prescreve como se deve sopesar. Portanto, a lei do sopesamento é formulada como uma regra, que prescreve a definição de curvas de indiferença concretas (importâncias relativas corretas). Nesse sentido, diante das curvas de indiferença dos tipos apresentados acima, a lei do sopesamento deve ser inserida em um metanível. Nesse metanível ela pode ser representada pela seguinte *curva de indiferença de segundo nível*:

grau de satisfação
(grau de não-afetação) de P_1
(p. ex.: liberdade de imprensa)



grau de importância
da satisfação de P_2
(p. ex.: segurança nacional)

Essa curva tem uma interessante característica: mesmo aquelas pessoas cuja concepção é representada por distintas curvas de indiferença de primeiro nível são aqui representadas de forma sobreposta. Se a e b aceitam ambos os princípios como abstratamente de mesma hierarquia, eles não podem divergir acerca do fato de que um grau muito reduzido de satisfação ou uma afetação muito intensa da liberdade de expressão em favor da segurança nacional somente são admissíveis se o grau de importância relativa da segurança nacional for muito alto. No entanto, eles podem ter diferentes opiniões sobre o momento em que o grau de importância relativa da segurança nacional passa a ser muito alto, o que é expressado pelas diferentes curvas de indiferença de primeiro nível.

Curvas de indiferença fazem com que fiquem claras as idéias que estão por trás da lei do sopesamento. Mas elas não oferecem um procedimento decisório definitivo.²²² As curvas de primeiro nível repre-

222. Aqui interessam apenas sopesamentos no sentido de atribuições de pesos a princípios, ou seja, interessa apenas aquilo que é exigido pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Como já foi mencionado acima, é necessário distinguir entre a quantificação dos princípios — que se relaciona às possibilidades jurídicas de sua realização — e a questão da necessidade das afetações à sua satisfação — que se relaciona às possibilidades fácticas de sua realização. No âmbito de um enfoque indiferencialista, a estrutura do exame da necessidade pode ser representada com o auxílio do critério de eficiência de Pareto. De acordo com esse critério, uma constelação A é preferível a uma constelação B “se, com a passagem de B para A , nenhum dos envolvidos tem sua situação piorada em relação à situação anterior e ao menos um dos envolvidos tem sua situação melhorada” (Werner Kirsch, *Erfahrung in die Theorie der Entscheidungsprozesse*, v. 3, p. 77). A conexão entre esse critério e a

sentam apenas diferentes sopesamentos. De acordo com a lei do sopesamento — que corresponde à curva de indiferença de segundo nível —, a decisão acerca da correção desses sopesamentos deve ser tomada com base nos graus de importância da satisfação de um princípio e de satisfação/não-satisfação (não-afetação/afetação) do outro. Mas esses conceitos são infensos a uma metrificação que possa levar a um cálculo de resultados intersubjetivamente inequívoco.

A lei do sopesamento não é, contudo, despida de importância. Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio. Aquela que afirma que uma afetação muito intensa só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância da satisfação do princípio colidente ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse alto grau de importância estão presentes. Mas ele diz o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância. Os argumentos que podem ser utilizados na fundamentação desse tipo de enunciados não são relacionados especificamente ao sopesamento. É possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica. A decisão no caso Lebach oferece um exemplo de uma fundamentação de enunciados sobre graus de afetação e de importância. A tese de que a emissão televisiva representava uma afetação demasiadamente intensa²²³ na proteção da personalidade é fundamentada, por exemplo, fazendo-se menção ao

máxima da necessidade é clara. Para uma reconstrução do exame da necessidade com o auxílio da eficiência de Pareto, cf. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, pp. 181 e ss.

223. Como exemplo de fundamentação de um enunciado sobre um menor grau de intensidade de uma afetação pode ser utilizada a decisão no caso sobre co-gestão. No âmbito do exame do direito fundamental à liberdade profissional das sociedades de empresas afetadas pela lei de co-gestão, a decisão afirma: “A influência que a participação dos trabalhadores no Conselho Fiscal tem na direção da empresa não é, em princípio, determinante; ao contrário, a competência para a decisão final cabe aos membros do Conselho Fiscal indicados pelos acionistas da sociedade como seus representantes. Mesmo nos casos em que decisões do órgão de representação dependam de decisão do Conselho Fiscal, estas continuam a ser decisões que, em princípio, podem ser consideradas como decisões dos membros da sociedade. Por conseguinte, trata-se de uma restrição de menor intensidade” (BVerfGE 50, 290 (365) — sem gritos no original).

alcance²²⁴ das emissões de televisão, aos efeitos do formato documentário,²²⁵ ao alto grau de credibilidade que os programas de TV têm junto ao público,²²⁶ à ameaça à ressocialização do autor, decorrente dessa credibilidade²²⁷ e de outras características do documentário, e ao prejuízo adicional que implica a transmissão de um documentário depois da perda da atualidade da informação.²²⁸ No que diz respeito à importância da realização do princípio da liberdade de radiodifusão, são aduzidas, em primeiro lugar, diversas razões para a importância da transmissão de notícias atuais sobre crimes graves. A partir dessa constatação, a repetição de uma notícia é qualificada como não suficientemente importante para justificar a intensidade da afetação.²²⁹

As razões utilizadas pelo tribunal são plausíveis. Mesmo sem uma análise mais detida, pode-se perceber que dentre essas razões se encontram coisas muito diversas, como a referência a fatos (alcance das emissões de televisão), a regularidades empíricas (causar risco à ressocialização) e juízos normativos (caracterização da ressocialização como urgentemente exigida pelo art. 1º, § 1º, combinado com o art. 2º, § 1º, da Constituição alemã). Um tal conjunto de razões — que inclui valorações — é algo característico da fundamentação jurídica. E é, além disso, necessário quando se trata de estabelecer definições no âmbito de conceitos vagos, ou seja, no âmbito da interpretação clássica. Por isso, o simples argumento de que os valores desempenham um papel no sopesamento não constitui uma objeção à possibilidade de fundamentação racional das decisões ponderativas, a não ser que se diga que a argumentação jurídica se torna sempre não-racional ou irracional tão logo se adentre o âmbito das valorações não definidas de forma cogente. Uma tal concepção não apenas teria como consequência a necessidade de qualificar como não-racional ou irracional muito daquilo que a Ciência do Direito, desde sempre, encara como sua tarefa; é também possível aduzir boas razões contra a tese a ela subjacente, segundo a qual juízos de valor e de obrigaçã

não são fundamentáveis.²³⁰ O argumento contra a racionalidade dos sopesamentos não poderia, assim, basear-se simplesmente no fato de que valorações não definidas de forma cogente desempenham algum papel; ele teria que se referir à extensão desse papel. Neste ponto, é preciso salientar, em primeiro lugar, que há inúmeros sopesamentos que, no que diz respeito às valorações envolvidas, suscitam menos dificuldades que a interpretação clássica e, em segundo lugar, que esse argumento é, quando muito, adequado para demonstrar que sopesamentos têm um grau de racionalidade menor que interpretações. Mas ele não tem a força necessária para demonstrar a irracionalidade ou não-racionalidade dos sopesamentos.

O modelo fundamentado apresentado aqui evita uma série de dificuldades que estão frequentemente associadas ao conceito de sopesamento. Ele faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro “de forma precipitada”.²³¹ De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado *princípio da concordância prática*.²³² Também não é procedente a objeção segundo a qual não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido²³³ e que, por isso, a máxima do sopesamento de interesses seria uma “fórmula vazia”.²³⁴ Ainda que o *sopesamento em si* não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o *modelo de sopesamento como um todo* oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argu-

230. Cf., sobre isso, Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 53 e ss.

231. Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, § 72.

232. *Idem*.

233. Christian v. Pestalozza, “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat* 2 (1963), p. 447.

234. *Idem*, p. 448.

224. *BVerfGE* 35, 202 (227).

225. *BVerfGE* 35, 202 (228).

226. *BVerfGE* 35, 202 (229).

227. *BVerfGE* 35, 202 (236-237).

228. *BVerfGE* 35, 202 (234).

229. *BVerfGE* 35, 202 (234).

mentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional. Nesse sentido, não se pode dizer que ela nada diz e que é, portanto, uma fórmula vazia. A recorrente objeção do irracionalismo já foi refutada.²³⁵ Já a tese segundo a qual os sopesamentos condutiriam a “decisões particulares”²³⁶ é, no mínimo, equivocada. Na medida em que as decisões de sopesamentos são decisões judiciais, é claro que elas são proferidas, em geral, para a solução de casos particulares. Mas, com base nessas decisões e nos termos da lei do sopesamento, é sempre possível formular uma regra. Por conseguinte, nada há de inconciliável entre o sopesamento no caso particular e sua universalizabilidade. No modelo aqui defendido, ambos estão associados.²³⁷ Também não é procedente a objeção segundo a qual, no limite, o sopesamento nada mais é que uma palavra contra outra.²³⁸ Um princípio é contraposto a outro princípio, e a consequência é aquilo que é previsto na lei de colisão e de sopesamento.

O modelo de sopesamento aqui proposto não apenas evita os problemas mencionados, mas tem também vantagens, que são válidas também para modelos alternativos; e os problemas dessas alternativas não afetam o modelo aqui defendido. Isso é demonstrável a partir do conceito de análise do âmbito da norma, que Müller contrapõe ao sopesamento de interesses.²³⁹ Com esse conceito, Müller sublinha a importância de argumentos empíricos (dados reais) no âmbito da fundamentação constitucional. Ele clama, além disso, por uma dogmática diferenciada para o âmbito de cada direito fundamental.²⁴⁰ Esses dois postulados são satisfeitos pelo modelo de sopesamento aqui defendido. No âmbito da fundamentação dos enunciados sobre intensidades de afetação e sobre a importância da realização de princípios colidentes, tornam-se relevantes argumentos empíricos que digam respeito às peculiaridades do objeto da decisão, bem como às consequências das

235. Cf., por exemplo, Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, p. 54.

236. *Ibidem*, p. 54.

237. Sobre a universalizabilidade como postulado fundamental da racionalidade prática, cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 91 e ss., 234 e ss. e 274. Sobre a elaboração de regras como postulado jurídico-constitucional, cf. *BVerfGE* 66, 116 (138).

238. Cf. Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 209.

239. Cf. Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, pp. 49 e 117 e ss. e 240. Cf. Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, p. 87.

possíveis decisões. Em relação aos argumentos empíricos, vale também para a fundamentação de decisões de sopesamento tudo que é válido para a argumentação em geral.²⁴¹ E a lei de colisão demonstra que o sopesamento conduz a uma dogmática diferenciada dos diferentes direitos fundamentais: nos casos de colisão é necessário definir uma relação condicionada de preferência. A ela corresponde uma regra de grau de concretude relativamente alto. Por meio dos sopesamentos da jurisprudência e de propostas de sopesamento aceitas pela Ciência do Direito, surge, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática.

Portanto, o modelo de sopesamento apresentado possibilita, de um lado, a satisfação das justificadas exigências de consideração das regras fáticas e das regularidades empíricas e de uma detalhada dogmática dos direitos fundamentais específicos; de outro lado, ele evita as dificuldades em torno da ideia de análise do âmbito da norma. Essas dificuldades decorrem do *status* ambivalente dos elementos do âmbito da norma na teoria de Müller. Como já se sublinhou anteriormente,²⁴² esses elementos podem se referir ou somente a argumentos empíricos ou a argumentos empíricos associados a argumentos valorativos. Se se tratar apenas de argumentos empíricos, então, a análise do âmbito da norma não é suficiente para fornecer respostas às questões de direitos fundamentais. Questões de direitos fundamentais são questões normativas, e de enunciados empíricos não decorrem diretamente enunciados normativos. Se se tratar de uma mistura de elementos normativos e valorativos, então, surge a questão acerca da procedência dos elementos valorativos e de sua controlabilidade. Essa questão fica ainda mais premente na medida em que o próprio Müller sublinha que uma “Ciência do Direito sem decisão e sem valoração (...) não [seria] nem prática nem real”²⁴³ Ainda que as formulações de Müller – nas quais ele iguala a “estrutura do âmbito da norma” à “natureza do âmbito da vida regulado”²⁴⁴ – possibilitem reconhecer uma certa afinidade de sua concepção de análise do âmbito da norma com a teoria da na-

241. Cf., sobre isso, Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 285 e ss.

242. Cf. Capítulo 2, II.3.

243. Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, p. 134.

244. Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, p. 40.

tura das coisas,²⁴⁵ mesmo assim elas não fornecem uma resposta suficiente para o problema da valorização. Uma tal resposta pode ser fornecida pelo modelo de sopesamento baseado na teoria dos princípios, na medida em que ele vincula a estrutura formal do sopesamento a uma teoria da argumentação jurídica que inclui uma teoria da argumentação prática geral.²⁴⁶

2.3 *Objecções dogmáticas*

As objeções dogmáticas são mais fáceis de refutar que as objeções metodológicas. Uma primeira objeção sustenta que uma teoria valorativa dos direitos fundamentais conduziria a uma destruição da liberdade constitucional em sentido liberal. A "liberdade ligada à subjetividade [seria] substituída pela objetividade dos valores",²⁴⁷ ocorreria um alinhamento substancial da liberdade constitucional,²⁴⁸ uma "vinculação" aos valores.²⁴⁹ Essa interpretação seria precedente so-

245. Cf. também Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, p. 28 (nota 59), no qual se fala do "cunho substancial do âmbito da norma de direito fundamental" como uma "versão especial da natureza das coisas". A afinidade entre os conceitos de âmbito da norma e de natureza das coisas é salientada por Lorenz (cf. Karl Lorenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., Berlin: Springer, 1979, p. 323). A esse respeito, cf. também Hans Ruyffel, "Rezension von Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung", Berlin, 1967 und Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität, Berlin, 1966", *DVBJ* 86 (1971), p. 84. O próprio Müller rejeita a equiparação entre sua teoria e concepções tradicionais da natureza das coisas (cf. Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, pp. 34-35 e 86; do mesmo autor, "Theses zur Struktur von Rechtsnormen", *ARSP* 61 (1970), p. 498). A despeito dessa rejeição, sua tentativa de substituir "coisas" pelo âmbito da norma e "natureza" pela sua "estrutura básica seletivamente requerida pelo aspecto do programa da norma" (idem, *Juristische Methodik*, p. 88) está sujeita às mesmas objeções feitas a teorias sobre a natureza das coisas, visto que tão somente das normas de direitos fundamentais estabelecidas diretamente (programa da norma) e dos enunciados empíricos sobre aquilo que deve ser regulado pelas normas de direitos fundamentais não decorre um juízo concreto de dever-ser em todos os casos duvidosos envolvendo direitos fundamentais. Para uma análise e crítica das teorias sobre a natureza das coisas, cf. Ralf Dreier, *Zum Begriff der "Natur der Sache"*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

246. Cf. sobre isso, Capítulo 10, III.3.

247. Ernst Forsthoff, "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre", p. 190.

248. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", p. 1.533.

249. Helmut Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, p. 37.

mente se liberdade e valor fossem coisas antagônicas. Mas não são. A liberdade jurídica — é somente disso que aqui se trata — é, na verdade, um valor dentre outros. Como ainda será exposto com maiores detalhes adiante,²⁵⁰ a liberdade jurídica consiste na faculdade jurídica de fazer e deixar de fazer o que se deseja. Ela é restringida por toda norma proibitiva ou mandatória. Quanto mais se ordena ou se proíbe, tanto menor é a liberdade jurídica. O princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível. Sua realização máxima é uma situação na qual nada é juridicamente proibido ou ordenado, ou seja, na qual tudo é juridicamente permitido. Que uma tal situação não é desejável é algo sobre o qual é fácil obter um consenso. A polêmica surge quando se trata de definir o que e quanto se deve ordenar e proibir. Essa é uma polêmica acerca do grau ótimo de realização do princípio da liberdade jurídica em face de princípios colidentes. A esses princípios podem ser conferidos pesos diferentes, em uma escala que se estende desde teorias liberais radicais, que conferem a esses princípios colidentes um peso maior que ao princípio da liberdade jurídica apenas em poucos — e extremos — casos, até teorias radicalmente não-liberais, que chegam a uma quantificação inversa e têm à disposição, para quase toda alternativa de ação, um dever jurídico ou uma proibição jurídica. Isso põe às claras o fato de que, enquanto tal, a teoria dos princípios ou dos valores relaciona-se de forma neutra com a liberdade jurídica. Embora a atribuição de um peso reduzido ao princípio da liberdade jurídica possa ter como consequência sua superação, uma atribuição inversa pode, da mesma forma, levar a um excesso de liberdade jurídica.

Mas, com isso, as objeções dogmáticas contra uma teoria dos princípios no âmbito dos direitos fundamentais não foram de todo refutadas. Mesmo aquele que aceita que a objeção liberal pode ser afastada pode se apegar a uma objeção baseada na idéia de Estado de Direito. A interpretação das normas de direitos fundamentais como princípios cria a possibilidade de que os mais distintos resultados de sopesamentos sejam considerados como constitucionalmente obrigatórios. Seria possível acompanhar Forsthoff e afirmar que, "dessa maneira, (...) os direitos fundamentais estariam à mercê de possibilidades manipuladoras de sobrevalorização, subvalorização e revaloriza-

250. Cf. Capítulo 4, II.2.2.

zação, transformando, assim, a decisão fundamental do constituinte em uma outorga de plenos poderes ao intérprete da Constituição. O resultado é a insegurança constitucional (...).²⁵¹ Essa objeção associa dois aspectos. O primeiro sustenta que uma teoria dos princípios não leva a sério a vinculação à Constituição; o segundo, que uma tal teoria conduziria a um arbítrio interpretativo e, com isso, a uma insegurança constitucional.

A objeção relacionada à vinculação à Constituição somente atin- giria a teoria aqui defendida se o modelo puro de regras garantisse um maior grau de vinculação que um modelo de regras e princípios. Mas o modelo puro de regras mostrou-se inadequado. Ficou claro que esse modelo, nos casos de direitos fundamentais garantidos com reserva simples, teria como consequência desde uma grande dificuldade na definição dos limites do conteúdo essencial até um esvaziamento des- ses direitos e, com isso, uma total ausência de vinculação à Constitui- ção. A complementação do nível das regras com um nível dos princí- pios é necessária exatamente para garantir a vinculação à Constituição. A referência de Forsthoﬀ a um necessário respeito à "decisão funda- mental do constituinte" dá a impressão de que ele não se dirige tanto contra uma teoria dos princípios enquanto tal, mas contra a possibili- dade de teorias dos princípios com alguns conteúdos específicos. Uma decisão fundamental de um legislador constituinte não pode ser outra coisa senão a decisão por um ou por alguns determinados princípios. Mas, se isso é assim, então, a objeção relacionada à vinculação à Cons- tituição perde seu caráter de objeção contra a teoria dos princípios como teoria estrutural. Ela se converte em uma objeção a determinadas atribuições de pesos aos princípios e, com isso, em um apelo em favor de uma determinada teoria material dos direitos fundamentais, diante da qual a teoria dos princípios, enquanto teoria estrutural, se compor- ta de forma neutra.

Permanece a objeção ligada à segurança jurídica. Também aqui é necessário fazer referência à carência de alternativas aceitáveis, que poderiam garantir uma maior medida de segurança jurídica que o mo- delo de regras e princípios. Mas isso é apenas a primeira faceta da questão. A outra diz respeito ao fato de que, embora o caráter princi- piológico dos direitos fundamentais implique uma freqüente presença

251. Ernst Forsthoﬀ, "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre", p. 190.

de conteúdos excedentes, isso é compatível com um grau suficiente de segurança jurídica. O modelo de regras e princípios não tem apenas o nível dos princípios, mas também o nível das regras.²⁵² Mais adiante será demonstrado²⁵³ que a segurança jurídica que pode ser criada no nível das regras tem como base não somente a exigência elementar de respeito ao teor literal do texto constitucional e à vontade do legisla- dor constituinte, mas sobretudo também a força dos precedentes do Tribunal Constitucional Federal.

252. Isso significa que no modelo de regras e princípios a dedução não é suplan- tada pelo sopesamento. Ao contrário, nesse modelo ambos são associados. Sobre duas formas para essa associação, cf., de um lado, Robert Alexy, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", pp. 195 e ss., e, de outro, Hans-Joachim Koch/Helmut Rübmann, *Juristische Begründungslehre*, pp. 97 e ss.

253. Cf. Capítulo 10, III.3.2.2.