

Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*

ROBERT ALEXY**

Resumo: Este artigo começa por apresentar um delineamento da construção do balanceamento tal como desenvolvida pela Corte Constitucional Federal Alemã desde a decisão do caso *Lüth*, em 1958. Passa-se, então, a discutir as duas objeções levantadas por Jürgen Habermas a essa abordagem. A primeira objeção sustenta que o balanceamento é, a um só tempo, irracional e um perigo para os direitos, destituindo-os de sua força normativa. A segunda é a de que a ponderação retira o que a faz do terreno do certo e do errado, da correção e da incorreção, e da justificação, e, então, do reino do Direito. O artigo busca enfrentar essas duas objeções ao demonstrar que há uma estrutura racional no balanceamento ou ponderação que pode ser explicitada por um “Law of Balancing” e uma “Disproportionality Rule”. Essas regras demonstram, primeiramente, que o balanceamento não é um risco para os direitos mas, ao contrário, um meio necessário de emprestar-lhes proteção e, em segundo lugar, que o balanceamento não é uma alternativa à argumentação mas uma forma indispensável de discurso prático racional.

I. Duas Construções de Direitos Fundamentais

As Constituições democráticas modernas compreendem duas classes ou categorias de normas. A primeira categoria contém normas que constituem e organizam as atividades de legislação, de prestação jurisdicional e de administração. O tema central dessas normas é a atribuição de poder, de competências (*empowerment*). O segundo tipo abarca normas que obrigam (*constrain*) e dirigem o poder público. As normas que conferem direitos constitucionais são aqui as mais proeminentes. Essa dicotomia parece ser universalmente válida, pelo menos no universo das Constituições democráticas. A validade amplamente fundamentada dessa tese é devida ao seu caráter altamente abstrato. Logo abaixo deste nível de abstração, diferentes possibilidades entram em jogo. Essas dizem respeito tanto ao poder público quanto aos direitos individuais. Considerarei aqui somente esses últimos.

* Eu gostaria de agradecer a Stanley L. Paulson pela ajuda e conselho nas questões de estilo da língua Inglesa.

** Traduzido para fins acadêmicos por Menelick de Carvalho Netto.
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Há duas construções principais dos direitos fundamentais: uma é estreita e estrita (*narrow and strict*), a outra ampla e extensa (*broad and comprehensive*). A primeira pode ser denominada construção de regra, a segunda construção de princípio. Essas duas construções não se realizam em nenhum lugar de forma pura, mas elas representam distintas tendências, e a questão de qual delas é melhor é uma questão central da interpretação de qualquer Constituição que preveja controle de constitucionalidade.

Segundo a construção estreita e estrita, as normas que conferem direitos constitucionais não são essencialmente discerníveis de outras normas do sistema jurídico. Certamente, enquanto normas constitucionais, seu lugar é o mais alto do sistema jurídico, e os seus focos são direitos altamente abstratos da maior relevância, mas nenhum desses focos, segundo a construção de regra, dá lugar a qualquer diferença estrutural fundamental. Essas são as regras jurídicas, aplicáveis como todas as demais regras jurídicas. A sua característica definidora é que elas protegem determinadas posições do cidadão abstratamente descritas contra o Estado.

Segundo a construção extensa e holística, as normas que conferem direitos constitucionais enraízam-se em um quadro mais amplo. Na Alemanha, esse quadro mais amplo foi plenamente desenvolvido pela primeira vez na decisão do caso *Lüth* da Corte Constitucional Federal Alemã em 1958. Lüth havia convocado o público alemão, os donos de casas de cinema e os produtores de filme a boicotarem os filmes produzidos após 1945 por Veit Harlan, pois ele fora o diretor nazista de maior destaque. Lüth referia-se, em especial, ao filme "Jud Suss", o filme líder da propaganda nazista antisemita. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, "Amante Imortal" (*Unsterbliche Geliebte*). O Tribunal fundamentou sua decisão ao afirmar que incitar o boicote a filmes como esse violava o art. 826 do Código Civil Alemão, sendo contrário à política pública. Lüth apresentou um queixa constitucional contra essa decisão.

A Corte Constitucional Federal Alemã considerou a incitação ao boicote de Lüth a tais filmes como *prima facie* protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental. A segunda seção do art. 5º da Lei Fundamental, no entanto, contém três cláusulas limitadoras da liberdade de expressão garantida na primeira. A primeira delas seria de uma "lei geral". O Tribunal Constitucional reconheceu que o art. 826 do Código Civil, aplicado pelo Tribunal de Hamburgo, era uma lei geral no sentido da primeira cláusula limitadora, o dispositivo referente à "lei geral" (Decisões da Corte Constitucional Federal, *BverfGE*, vol. 7, 198, 211f.). É precisamente neste aspecto que a dicotomia entre construção estreita e estrita, ou seja, a construção de regra, e a ampla e extensa, ou seja, a de princípio, entra em cena. Se se segue a construção de regra, a tarefa é simplesmente responder a duas questões. A primeira é se a incitação de Lüth é um caso que se enquadra na liberdade de expressão. A resposta da Corte Constitucional foi afirmativa e eu acredito que

essa foi uma resposta correta. A segunda questão é saber se o art. 826 do Código Civil Alemão se aplica ao caso. O que deve se verificar quando a incitação ao boicote for contra a política pública (*public policy*). O Tribunal de Hamburgo argumentou que a incitação de Lüth fora indubitavelmente contra a política pública (*public policy*), pois visava evitar a soerguimento de Harlan como um grande diretor de cinema, não obstante o fato de ele não somente haver passado pelo processo de “Desnazificação” mas também não haver sido condenado em uma ação penal por crime de guerra. Neste caso, a incitação ao boicote deve ser declarada – segundo o Tribunal de Hamburgo – uma ação contrária às “convicções do Direito e da moral do povo alemão” (*BverfGE*, vol. 7, 198, 201).

A Corte Constitucional argumentou que não seria suficiente observar esses dois supostos isolados (*BverfGE*, vol. 7, 198, 207f.). Ao contrário, a Corte requereu que houvesse um balanceamento ou um sopesamento dos princípios constitucionais colidentes em que a aplicação de regras do Direito Civil poderia limitar um direito constitucional. O resultado do seu balanceamento foi que ao princípio da liberdade de expressão deveria ser dada prioridade sobre considerações constitucionais concorrentes. Ele exigiu que o dispositivo “contra a *public policy*” do art. 826 do Código Civil Alemão fosse interpretado de acordo com essa prioridade. Em uma palavra, Lüth ganhou.

Na decisão do caso *Lüth* há três idéias que serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional Alemão. A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, “ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores”¹. Mais tarde a Corte fala simplesmente de “princípios que são expressos pelos direitos constitucionais”². Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso *Lüth* era a afirmação de que os valores ou princípios³ dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à “todas as áreas do Direito”⁴. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante”⁵ sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*unbiquitous*). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso *Lüth*, talvez a mais importante para o trabalho jurídico

¹*BverfGE*, vol. 7, 198, 205: “auch eine objektive Wertordnung.”

²*BverfGE*, vol. 81, 198, 242, 254: “den Prinzipien [...], die in den Grundrechten zum Ausdruck kommen.”

³Sobre uma análise mais aprofundada da relação entre o conceito de princípio e o conceito de valor, confira Alexy, 2002, p. 86-93.

⁴*BverfGE*, vol. 7, 198, 205: “für alle Bereich des Rechts.”

⁵*BverfGE*, vol. 7, 198, 207: “Ausstrahlungswirkung.”

cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”⁶.

De um ponto de vista metodológico, o conceito de balanceamento é o conceito central na prestação jurisdicional da Corte Constitucional Federal, que muito desenvolveu a linha primeiramente assentada na decisão do caso *Lüth*. Ao contrário de se opor uma construção dos direitos fundamentais ampla e abrangente (*broad and comprehensive*) a uma outra estreita e estrita (*narrow and strict*), pode-se, então, justapor um enfoque de balanceamento a um de subsunção. É neste ponto que surge a questão: qual dessas duas construções fornece uma maior racionalidade ao controle de constitucionalidade – a que requer a subsunção ou a que requer o balanceamento?

II. A Crítica de Habermas à Construção do Balanceamento

O fenômeno do balanceamento no Direito Constitucional conduziria a tantos problemas que nem mesmo seria possível listá-los aqui, muito menos falar deles. Eu me limitarei a duas objeções levantadas por Jürgen Habermas.

A primeira objeção de Habermas é a de que a abordagem do balanceamento retiraria os direitos constitucionais de seu poder normativo. Por meio do balanceamento, pretende ele, os direitos são degradados ao nível de fins, dos objetivos, das políticas e dos valores. Assim, eles perderiam a sua “prioridade estrita”, que seria característica dos “pontos de vistas normativos” (Habermas, 1996, p. 256). Desse modo, tal como Habermas vê o balanceamento, uma “muralha de fogo” (“*fire wall*”) rui com estardalhaço:

Pois se nos casos de colisão *todos* os motivos ou razões podem assumir o caráter de argumentos políticos, de argumentos de *policy*, a muralha de fogo erigida no discurso jurídico por uma compreensão deontológica das normas e princípios jurídicos ruiria. (Ibid., p. 258f.)

Este risco de diluir os direitos constitucionais faz-se acompanhar, para Habermas, do “risco de decisões irracionais (*irrational rulings*)” (Ibid., p. 259). Segundo Habermas, não há critérios racionais (*rational standars*) para o balanceamento:

Precisamente porque aqui não há padrões racionais, o sopesamento de valores ocorre ou arbitrária ou irrefletidamente, segundo os padrões e hierarquias costumeiros (*according to customary standars and hierarchies*) (Ibid., p. 259).

Esta primeira objeção refere-se, portanto, a duas supostas conseqüências ou efeitos substantivos do enfoque do balanceamento: a diluição e a irracionalidade. A segunda objeção é referente a um problema conceitual. Habermas sustenta

⁶BverfGE, vol. 7, 198, 210: “Es wird deshalb eine ‘Güterabwägung’ erforderlich.”

que o enfoque da ponderação subtrairia as decisões judiciais do reino definido por conceitos como os de certo (*right*) e errado (*wrong*), de correção e incorreção, do domínio da justificação, para o reino definido por conceitos como adequado e inadequado, para o campo da descrição. Habermas afirma que o “sopesamento de valores” é capaz de produzir um juízo em relação ao seu “resultado”, mas que não seria capaz de “justificar” esse resultado.

A decisão de um tribunal é, então, *em si mesmo*, um juízo de valor que reflete de forma mais ou menos adequada uma forma de vida a se articular no quadro de uma ordem concreta de valores. Mas essa decisão não mais se relaciona com as alternativas de uma decisão correta ou errada (*a right or wrong decision*) (Habermas, 1998, p. 430).

Essa segunda objeção é, no mínimo, tão séria quanto a primeira. Ela corresponde à tese segundo a qual a perda da categoria da correção é o preço a ser pago pela ponderação, balanceamento ou sopesamento.

Se isso for verdade, certamente o enfoque do balanceamento sofreria uma implosão fatal. O Direito vincula-se necessariamente à uma pretensão de correção (Alexy, 1998, p. 201-214). Se a ponderação ou balanceamento for incompatível com a correção e a justificação, ele não teria lugar no Direito. O desenvolvimento do Direito Constitucional alemão nos últimos 50 anos estaria contaminado pelo erro, bem em seu próprio cerne. Seria o balanceamento intrinsecamente irracional? Seria o enfoque do balanceamento incapaz de prevenir o sacrifício dos direitos individuais? O balanceamento significa realmente que somos obrigados a dizermos adeus à correção e à justificação e, assim, também à racionalidade?

É difícil respondermos a essas questões sem sabermos o que é o balanceamento. Para sabermos o que é o balanceamento, é pressuposto que conheçamos a sua estrutura. Um rápido exame nas efetivas etapas do balanceamento, acredito, será bastante instrutivo nesse passo.

III. A Estrutura do Balanceamento

No Direito Constitucional Alemão, o balanceamento é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente (*comprehensive*). Esse princípio mais abrangente é o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia de otimização. Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas. (Alexy, 2002, p. 47).

Os princípios da adequabilidade e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados. Se um meio *M*, adotado para promover o princípio *P1*, não é adequado a essa finalidade, mas obstruí a realização de *P2*, então não haverá custos quer para *P1* ou *P2* se *M* for omitido, mas haverá custos para *P2* se *M* for adotado. Então, *P1* e *P2*, tomados conjuntamente, podem ser realizados em um grau mais alto relativamente ao que é factualmente possível se *M* for abandonado. *P1* e *P2*, quando *considerados conjuntamente*, proíbem o uso de *M*. Isto demonstra que o princípio da adequabilidade não é nada mais do que uma expressão da idéia do optimal de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra.

O mesmo se aplica ao princípio da necessidade. Esse princípio requer que um dos dois meios de promover *P1*, que sejam, em um sentido amplo, igualmente adequados, deva ser escolhido aquele que interfira menos intensamente em *P2*. Se há um meio menos intensamente interferente e que seja igualmente adequado, pode-se melhorar a posição de alguém sem qualquer custo para outros. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, no entanto, que não haja um terceiro princípio ou finalidade (*goal*), *P3*, que seja negativamente afetado pela adoção dos meios intensivamente menos interferentes em *P2*. Se esse arranjo de coisas surge, o caso não pode ser decidido por considerações relativas ao optimal de Pareto. Quando os custos forem inevitáveis, o balanceamento torna-se necessário.

O balanceamento sujeita-se a um terceiro sub-princípio da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio expressa o que significa a otimização relativa às possibilidades jurídicas (*legal*). Ela é idêntica à regra que pode ser denominada “Lei do Balanceamento” (Alexy, 2002, p. 102). Essa regra estabelece que:

quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro.

Essa regra expressa a tese de que a otimização relativa de princípios concorrentes consiste em nada mais do que no balanceamento desses princípios.

A Lei do Balanceamento demonstra que o balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro.

A primeira objeção de Habermas seria justificada se não fosse possível realizar juízos racionais acerca, primeiramente, da intensidade de interferência, em segundo lugar, dos graus de importância, e, em terceiro lugar, dessas relações entre si. Os direitos constitucionais, enquanto princípios, permitem, portanto, se não se considera a contribuição dos princípios da adequabilidade e da necessidade, qualquer solução. A “muralha de fogo” (“*fire wall*”) não apenas rui, ela desapareceria no ar.

Como se poderia demonstrar que juízos racionais acerca da intensidade de interferência e de graus de importância são possíveis, de tal sorte que um resultado possa ser racionalmente estabelecido pela via do balanceamento? Um método possível parece ser o da análise de exemplos, uma análise que tenha por finalidade trazer à luz o que pressupomos quando resolvemos casos pelo balanceamento. Como um primeiro exemplo, consideraremos uma decisão da Corte Constitucional Federal sobre alertas de possível dano à saúde (*health warnings*) (*BverfGE*, vol. 95, 173). A Corte qualifica o dever de os produtores de tabaco de colocarem alertas de dano à saúde concernentes aos riscos de se fumar seus produtos como uma interferência relativamente menor na liberdade de profissão, ocupação. Um banimento dos produtos do tabaco ou uma proibição total da produção e do consumo desses produtos, em contraste, pareceria a ela uma interferência séria. Entre tais casos de menor interferência e de interferência séria, outros de intensidade de interferência moderada podem ser encontrados. Desse modo, uma escala pode ser desenvolvida com os estágios “leve”, “moderada” e “séria”. Nosso exemplo demonstra que imputações válidas (*valid assignments*) seguindo essa escala são possíveis.

O mesmo é possível no que se refere às razões ou motivos concorrentes. Os riscos para a saúde resultantes do fumo são altos. As razões justificadoras da interferência, portanto, pesam muito. Desse modo, se a intensidade de interferência é estabelecida como menor, e o grau de importância das razões para interferência como alta, o resultado ao se examinar a proporcionalidade em sentido estrito pode muito bem ser descrita - como a Corte Constitucional de fato o fez - como “óbvia” (*BverfGE*, vol. 95, 173, 187).

Agora alguém poderia dizer que o exemplo não nos diz muito. Por um lado, ele contempla atividades econômicas e, por outro, fatos quantificáveis. E é isso que tornaria a escala possível. Essa, no entanto, continua a objeção, não seria aplicável a áreas nas quais fatores quantificáveis tais como custos e probabilidades não exerçam qualquer papel, ou não possuam um papel significativo.

Para respondermos a essa objeção, devemos considerar um segundo caso que diz respeito ao conflito clássico entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Uma revista satírica de grande difusão, a *Titanic*, descreveu um oficial da reserva paraplégico que havia desempenhado suas responsabilidades com sucesso, tendo sido chamado à ativa novamente, primeiramente como um “assassino nato” (“*a born Murderer*”) e, em uma edição posterior, como um

aleijado (a “cripple”). O Tribunal Superior Regional de Recursos de Düsseldorf decidiu contra a *Titanic* em uma ação proposta pelo oficial e condenou a revista a indenizar danos no montante de DM 12.000. A *Titanic* ajuizou uma queixa constitucional. A Corte Constitucional Federal assumiu um “balanceamento específico-para-o-caso” (“*case-specific balancing*”)⁷ entre a liberdade de expressão dos associados à revista (art. 5º (1) (1), da Lei Fundamental) e o direito geral à personalidade do oficial (art. 2º (1) em conexão com o art. 1º (1), da Lei Fundamental). Para tanto, a intensidade de interferência entre esses direitos foi determinada e eles foram colocados em relação um ao outro. O juízo sobre danos foi tratado como representando uma interferência “duradoura”⁸ ou séria na liberdade de expressão. Essa conclusão foi justificada, acima de tudo, com base no argumento segundo o qual garantir indenização por danos poderia afetar a disposição futura dos que produziam a revista de desenvolverem seu trabalho da forma como até então haviam feito. A descrição “assassino nato” (“*born Murderer*”) foi então colocada no contexto da sátira publicada pela *Titanic*. Nesta, várias pessoas haviam sido descritas como tendo um apelido desde o nascimento de um modo “reconhecidamente engraçado”, de “puns to silliness”; por exemplo, Richard von Weizsäcker, então Presidente Federal, foi descrito como um “cidadão nato” (*BverfGE*, vol. 86, 1, 11). Esse contexto tornou possível ver na descrição um “dano ilegal, sério e antijurídico ao direito de personalidade”⁹. A interferência no direito à personalidade foi tratada, assim, como tendo apenas uma intensidade moderada, talvez mesmo leve ou menor. Assim, a importância de se proteger o direito à personalidade do oficial por meio de uma indenização por danos foi moderada, e talvez apenas leve ou menor. Essas avaliações completaram a primeira parte da decisão. No sentido de justificar uma indenização por danos, que é uma interferência séria no direito à personalidade, que deveria ser compensada por indenização, teria que ser pelo menos séria. Mas segundo a avaliação da Corte Constitucional Federal, não foi. O que significou que a interferência na liberdade de expressão foi desproporcional.

Desproporcionalidade representa aqui uma relação entre, por assim dizer, “interferências reais e hipotéticas concorrentes”. Cada interferência em um direito constitucional que não seja justificada por uma interferência hipotética pelo menos tão intensa em um outro princípio ou contido na Constituição, ou por ela admitido como uma razão para a interferência, uma interferência que se tornaria real ao evento se a primeira interferência fosse omitida, é desproporcional. Essa regra, conjuntamente com as avaliações da Corte Constitucional Federal, implica que a ordem do Tribunal Superior Regional de Düsseldorf para que se pagasse DM 12.000, a título de indenização

⁷*BverfGE*, vol. 86, 1, 11: “*fallbezogene(n) Abwägung.*”

⁸*BverfGE*, vol. 86, 1, 10: “*nachhaltung(en).*”

⁹*BverfGE*, vol. 86, 1, 12: “*eine unerlaubte, schwere, rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung.*”

por danos, violava os direitos da *Titanic* na medida em que chamar o oficial de “assassino nato” foi a base para se garantir o pagamento da indenização.

O problema, no entanto, foi diferente no caso em que o oficial foi chamado de “aleijado”. Consoante à avaliação da Corte Constitucional Federal, neste caso houve um “sério dano ao direito de personalidade do paraplégico”¹⁰. A importância de se proteger o oficial por meio de uma indenização por danos foi considerada grande. Justificou-se essa avaliação pelo fato de se descrever uma pessoa severamente incapacitada como um “aleijado” ser usualmente considerado hoje em dia como algo “humilhante” e que expressa uma “falta de respeito”. Assim, a séria interferência na liberdade de expressão foi contraposta à grande importância reconhecida à proteção do direito à personalidade. Nesta situação, a Corte Constitucional Federal chegou à conclusão que não se poderia “ver qualquer vício no balanceamento em detrimento da liberdade de expressão”¹¹. A queixa constitucional da *Titanic* só foi considerada justificada, assim, no que se referia à indenização por danos pelo uso da descrição “assassino nato”. No que toca à descrição “aleijado”, considerou-se que a ação não se justificava, não procedia.

Sem qualquer dúvida, essa discussão reflete a abordagem do balanceamento. Será que a crítica de Habermas se aplica a ela? Eu considerarei primeiramente a objeção mais geral e principiológica de que o balanceamento retiraria o caso do campo do certo (*right*) e do errado (*wrong*), da correção e da incorreção, e da justificação.

A estrutura formal do raciocínio da Corte Constitucional Federal é representada por uma regra à qual já fiz alusão:

Uma interferência em um direito constitucional é *desproporcional* se não for justificada pelo fato de que a omissão dessa interferência daria lugar a uma interferência em um outro princípio (ou no mesmo princípio em relação a outras pessoas ou em outros aspectos), desde que essa última seja pelo menos tão intensa quanto a primeira.

Essa regra, que pode ser denominada “Regra da Desproporcionalidade”, cria uma relação entre juízos sobre graus de intensidade e juízos sobre proporcionalidade. Juízos sobre graus de intensidade são *razões* para o julgamento sobre a proporcionalidade. Juízos sobre proporcionalidade levantam, como todos os juízos, uma pretensão à correção, e essa pretensão se apóia e se confirma em juízos sobre os graus de intensidade enquanto razões. O que é suficiente para calçar o argumento de que o balanceamento não retira ninguém do terreno da justificação e da correção.

Esse aspecto geral é confirmado se se prestar atenção não somente na relação entre juízos sobre graus de intensidade e os juízos sobre proporcionalidade,

¹⁰BverfGE, vol. 86, 1, 13: “verletz(t) ihn schwer i seinem Persönlichkeitsrecht,” ênfase acrescentada.

¹¹BverfGE, vol. 86, 1, 13: “läßt [...] keine Fehlgewichtung zu Lasten der Meinungsäußerungsfreiheit erkennen.”

mas também na relação entre os juízos sobre os graus de intensidade e as razões postuladas para justificá-los. Habermas sustenta que “a ponderação de valores ocorre ou arbitrariamente ou irrefletidamente, segundo padrões e hierarquias costumeiros” (Habermas, 1996, p. 259). Mas os supostos subjacentes aos juízos sobre a intensidade da interferência na liberdade de expressão e no direito à personalidade não são arbitrários. A Corte Constitucional Federal trata da interferência na liberdade de expressão como séria, porque os juízos sobre indenização de danos poderiam reduzir a disposição futura dos afetados em produzirem sua revista do modo em que até então haviam feito. Esse é um argumento, e não é um argumento ruim. É altamente discutível se denominar alguém “assassino nato” efetivamente só representa uma interferência leve ou moderada. É difícil negar, no entanto, que a Corte aduziu razões para essa avaliação que, no mínimo, merecem consideração. Finalmente, a Corte considerou que a descrição do paraplégico como um “aleijado” configurava uma interferência intensa na liberdade de personalidade, sob o fundamento de que era humilhante e desrespeitosa. O que é, em primeiro lugar, um argumento, e, em segundo, um bom argumento. Daí não se poder dizer que o sopesamento tem lugar “arbitrariamente”. É também questionável se as suposições sobre graus de intensidade são feitas pela Corte Constitucional Federal “de forma irrefletida, segundo padrões e hierarquias costumeiros”. É verdade que os padrões seguem uma linha de precedente, que pode ser retraçada à decisão do caso *Lüth*. Mas falar de padrões “costumeiros” só se justificaria se a existência de precedentes fosse a única questão relevante para a decisão, e não a sua correção. Além do mais, só se poderia falar de uma aplicação “irrefletida” se a aplicação houvesse sido feita fora do quadro da argumentação, pois os argumentos são a expressão pública da reflexão. Mas não há ausência de argumentação aqui. Tudo isso se aplica também à decisão do *Tabaco*.

Permanece a questão de se saber se, como Habermas afirma, o balanceamento conduz ao colapso da “muralha de fogo”. Mais uma vez a decisão do caso *Titanic* é instrutiva. A Corte Constitucional Federal sustentou que referir-se a um paraplégico como “aleijado” era humilhante e desrespeitoso. Pode-se avançar nessa caracterização. Tal humilhação pública e ausência de respeito subvertem a dignidade da vítima. Isto não apenas é sério de um modo ou de outro, é muito sério, ou, sem dúvida, é uma violação extraordinariamente séria. Neste passo, alcançou-se uma área em que as interferências dificilmente podem ser justificadas mediante o fortalecimento das razões para a interferência. Isto corresponde à lei de diminuição da utilidade marginal (Alexy, 2002, p. 103). Os direitos constitucionais ganham sobreproporcionalmente em força na medida em que a intensidade das interferências cresce. Há algo como um centro de resistência. Esse centro de resistência serve para erguer a “muralha de fogo” que Habermas acredita estar

ausente na teoria do balanceamento. Assim, o enfoque do balanceamento resiste a ambas as objeções de Habermas.

*Cristian Albrechts University
Faculty of Law
Olshausenstraße 40
D-24118 Kiel
Germany
E-mail: alexy@law.uni-kiel.de*

Referências

- Alexy, Robert. 1998. Law and Correctness. In *Legal Theory at End of Millennium*. Ed. M. D. A. Freeman, 205-21. Oxford: Oxford University Press.
- _____. 2002. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. J. Rivers. Oxford: Oxford University Press. (1st ed. 1985.).
- Habermas, Jürgen. 1996. *Between Facts and Norms*. Trans. W. Rehg. Cambridge: Polity. (1st ed. 1992).
- _____. 1998. Reply to Symposium Participants. In *Habermas on Law and Democracy*. Ed. M. Rosenfeld and A. Arato, 381-452. Berkeley, CA: University of California Press.