
A proporcionalidade como princípio constitucional universal

Matthias Klatt

Titular de Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e Filosofia Política na Universidade de Graz.

Moritz Meister

Referendário no Tribunal de Hamburgo.

Tradução de *Philippe Seyfarth de Souza Porto*

Graduação em Direito na UERJ. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da UFF.

Resumo

Tanto no ensino do direito público alemão quanto na práxis o princípio da proporcionalidade se estabeleceu como um elemento essencial do princípio do Estado de direito. Porém, no plano internacional, o resultado é uma imagem mais diferenciada. Diante desse contexto de tensão entre o visível sucesso do exame de proporcionalidade e o tom agudo das críticas, o presente trabalho analisa em que medida o princípio da proporcionalidade é legítimável como elemento de um constitucionalismo global – ou seja, como princípio constitucional universal. Em foco estarão especialmente as objeções que determinam o debate internacional mais recente. Esclarecemos a relação entre o princípio da proporcionalidade e concepções que entendem os direitos principalmente como interesses ou trunfos, assim como o papel de argumentos de natureza moral no exame de proporcionalidade. Discutiremos também a objeção da incomensurabilidade, assim como a objeção de que a proporcionalidade reivindicaria, em vão, uma precisão matemática. Ao final, trataremos da relação entre a proporcionalidade e uma interpretação restrita ou ampla do suporte fático dos direitos fundamentais. No conjunto, o preceito da proporcionalidade e o instrumento metódico da ponderação são os melhores meios disponíveis para resolver colisões complexas e difíceis entre direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade deveria ter um papel importante na linguagem unificada de um constitucionalismo global.

Palavras-chave

Princípio da Proporcionalidade; Teoria dos Princípios

Proportionality as a universal constitutional principle

Abstract

Both in German constitutional theory and practice, the principle of proportionality has established itself as an essential element of the rule of law. However, in an International level, its results reflect a rather nuanced picture. Considering the tension between the visible success of the proportionality test on one hand, and the sharpness of the criticism towards it on the other hand, this paper aims to analyze to what extent the principle of proportionality can be considered an element of global constitutionalism, thus, justifying an universal constitutional principle. Focus will be on the objections that determine the latest international debates. We clarify the relationship between the principle of proportionality and the conceptions that understand rights primarily as interests or assets, and the role of moral arguments in the proportionality test. The objection of incommensurability, as well as the objection that proportionality would claim, in vain, a mathematical precision, will also be discussed. Towards the end, we will address the relationship between proportionality and a narrow or wide interpretation of fundamental rights' facticity. As a whole, the rule of proportionality and the methodical instrument of weighing are the best means available to solve complex collisions between fundamental rights. The principle of proportionality should have an important role in the unified language of a global constitutionalism.

Keywords

Principle of proportionality; Theory of Principles

Sumário

1. Introdução; 2. Direitos Fundamentais, Interesses e Trunfos; 2.1. Primazia dos direitos fundamentais; 2.2. Proteção efetiva; 2.3. Resultado; 3. Proporcionalidade e Moral; 3.1. A tese do caso especial; 3.2. Justificação interna e externa; 3.3. Ponderação e argumentação moral; 4. O problema da incomensurabilidade; 4.1. A impossibilidade de quantificar; 4.2. Ausência de parâmetro; 4.3. Ausência de neutralidade moral; 4.4. Desnecessidade da ponderação; 4.5. Resultado; 5. Ponderação como operação aritmética; 6. Interpretação ampla; 7. Resultado.

1. Introdução

Tanto no ensino do direito público alemão quanto na práxis judicial e executiva o princípio da proporcionalidade se estabeleceu como um elemento essencial para a promoção dos direitos fundamentais e do princípio do Estado de direito, na forma do art. 20, §3º da Lei

Fundamental alemã. Com exceção de poucas vozes críticas¹ há consenso² no sentido de que a proporcionalidade constitui um requisito básico para toda e qualquer conduta estatal.

Ela é “popular e onipresente”³. Para o Tribunal Constitucional Alemão ela é nada menos que uma “medida universal de valores”⁴.

Porém, no plano internacional, o resultado é uma imagem muito mais diferenciada. É verdade que também há avaliações positivas. Especialmente nos últimos vinte anos tem ocorrido uma propagação dramática da doutrina da proporcionalidade em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do planeta⁵. Nas democracias liberais do mundo inteiro a proporcionalidade representaria um critério central para o controle dos direitos fundamentais⁶. Ela é referida como “critério universal de constitucionalidade”⁷ e vista

¹ A título de comparação mais recente, Hillgruber, *Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren*, *Juristenzeitung* 66 (2011), p. 861 (862). Ademais, Ossenbühl, *VVDStRL* 39 (1981), p. 189 (Diskussionsbeitrag); Denninger, *Juristenzeitung* 25 (1970), p. 145 (152). Parcialmente, a crítica se refere sobretudo à última instância do exame de proporcionalidade, que consiste na ponderação dos interesses em colisão; nesse sentido destaca-se Jestaedt, *The Doctrine of Balancing. Its Strengths and Weaknesses*, in: Klatt (Org.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford 2012, p. 152 – 172; Poscher, *The Principles Theory. How many Theories and What is their Merit?*, in: Klatt (Org.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford 2012, pp. 218 – 247; Klement, *Common Law Thinking in German Jurisprudence. On Alexy’s Principles Theory*, in: Klatt (Org.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford 2012, pp. 173 – 200; Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in: Böckenförde (Org.), *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 1991, p. 168 (188 – 197); Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992, pp. 310 – 318; Fischer-Lescano, *Kritik der praktischen Konkordanz*, *Kritische Justiz* 41 (2008), pp. 166 (172).

² BVerfGE 16, 194 (201 f.); 17, 306 (313 f.); 19, 342 (348 f.); 23, 127 (133); 35, 382 (400 f.); 55, 159 (165); 76, 1 (50 f.); 92, 262 (273); 120, 274 (322); 126, 112 (144 ff.); 127, 132 (146). Aus der Literatur siehe nur Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat*, in: Isensee / Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band 2, 2004, § 26 Rn. 87; Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961.

³ De acordo com a caracterização introdutória em Merten, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in: Merten/Papier (Org.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III, 2009, § 68 Rn. 1.

⁴ BVerwG, *Beschluss v. 15.07.2008*, 1 WDS-VR 11/08 (juris), Rn. 30.

⁵ Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 51 (2012), p. 3 ff.; Cohen-Eliya/Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, *American Journal of Comparative Law* 59 (2011), p. 463 (467).

⁶ Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification. The Point of Rights-Based Proportionality Review*, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), p. 141 (142): “*a central feature of rights adjudication in liberal democracies worldwide.*” Ver também Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights. On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in: Pavlakos (Org.), *Law, rights and discourse. The legal philosophy of Robert Alexy*, Oxford 2007, p. 131 f.; Emiliou, *The principle of proportionality in European law. A comparative study*, London 1996, p. 1; Sadurski, *Rights before courts. A study of constitutional courts in postcommunist states of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2008, p. 266; Hickman, *Proportionality. Comparative Law Lessons*, *Judicial Review* 12 (2007), p. 31.

⁷ Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford 2004, p. 162.

como “base para um constitucionalismo global”⁸. Aplica-se o princípio da proporcionalidade no direito dos povos⁹, no direito comunitário europeu¹⁰, na defesa dos direitos humanos a nível internacional e no direito constitucional não só de países europeus, como também, por exemplo, na América Latina, no Canadá, na África do Sul, em Israel e na Nova Zelândia¹¹. O último passo para a proporcionalidade, a ponderação, é ubíqua no direito¹². Ela é o método dominante de jurisdição em matéria de direitos fundamentais¹³, além de predominar em outras partes da jurisdição constitucional. Kumm sintetizou tais avaliações e evoluções na pertinente observação de que o princípio da proporcionalidade talvez seja o mais bem sucedido “enxerto jurídico” da segunda metade do século vinte¹⁴.

Contudo, na literatura internacional, o alegado “triunfo”¹⁵ do preceito da proporcionalidade é também acompanhado de uma crítica claramente mais

⁸ Stone Sweet/Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), p. 72 (160). Ver também Law, *Generic Constitutional Law*, *Minnesota Law Review* 89 (2005), p. 652.

⁹ Nolte, *Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law*, *Rights, Balancing & Proportionality* 4 (2010), p. 244; Franck, *Proportionality in International Law*, *Rights, Balancing & Proportionality* 4 (2010), p. 230; CCPR General Comment No 10 (1983), Rn. 8; CCPR General Comment No 22 (1992), Rn. 8; CCPR/C/21/Rev 1/Add 9 General Comment No 27 (1999), Rn. 27; 7 HRQ 3, United Nations, Economic and Social Council, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, UN Doc E/CN 4/1985/4, Annex (1985). Zur Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Europäischen Menschenrechtskonvention siehe EGMR, *Sporrong and Lönnroth v Sweden* (1982), application no. 7151/75; 7152/75, Rn. 69: “The search for this balance is inherent in the whole of the Convention”; a título de comparação, ver também Rivers, *Proportionality and variable intensity of review*, *Cambridge Law Journal* 65 (2006), p. 182 ff.; Greer, *Balancing and the European Court of Human Rights: A contribution to the Habermas-Alexy Debate*, *Cambridge Law Journal* 63 (2004), p. 412.

¹⁰ Schwarze, *European Administrative Law*, London 2006, pp. 718 – 726; Jans / De Lange / Prechal / Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen 2007, p. 146; Tridimas, *The general principles of EU law*, Oxford 2006, p. 136 f.

¹¹ Ver Clayton, *Regaining a Sense of Proportion. The Human Rights Act and the Proportionality Principle*, *European Human Rights Law Review* 5 (2001), p. 504; Clayton, *Proportionality and the HRA 1998. Implications for Substantive Review*, *Judicial Review* 7 (2002), p. 124; Clayton/Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford 2009, p. 323 ff.; Hickman (Fn. 6), p. 31; Hickman, *The substance and the structure of proportionality*, *Public Law* 2008, p. 694; Stone Sweet/Mathews (Fn. 8), p. 72 (112 ff.); Harbo, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, *European Law Journal* 16 (2010), p. 158 (171 ff.).

¹² Schauer, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text*, in: Klatt (Org.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford 2012, pp. 307–316; Alexy, *On Balancing and Subsumption*, *Ratio Juris* 16 (2003), p. 433 (436).

¹³ Stone Sweet/Mathews (Fn. 8), p. 72; Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, *The Yale Law Journal* 96 (1987), p. 943.

¹⁴ Kumm, *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on a Theory of Constitutional Rights*, *International Journal of Constitutional Law* 2 (2004), p. 574 (595).

¹⁵ Borowski, *Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52 (2) Charter of Fundamental Rights of the European Union*, *Legisprudence* 1 (2007), p. 197 (210).

pronunciada¹⁶. Para Webber a proporcionalidade não é muito promissora¹⁷. Ela conduziria ao enfraquecimento da tutela dos direitos fundamentais¹⁸. A crítica de Webber é de que toda a ciência dos direitos fundamentais estaria envolvida pela doutrina da proporcionalidade e da ponderação¹⁹. Schauer enfatiza o fato do direito constitucional americano não só não reconhecer o princípio da proporcionalidade como também se mostrar um sistema jurídico mais maduro por isso²⁰. Em sua opinião, a proporcionalidade é um indício de um sistema jurídico menos maduro. Sua função estaria somente ligada à transição para um sistema mais maduro. Recentemente, o *International Journal of Constitutional Law* trouxe um acalorado debate sobre as vantagens e desvantagens do princípio da proporcionalidade²¹. Tsakyrakis tentava desmascarar a proporcionalidade como um “atentado aos direitos fundamentais”²², enquanto Khosla considerava infundada toda e qualquer evidência de desvantagem do princípio da proporcionalidade²³.

Diante desse contexto de tensão entre o visível sucesso do exame de proporcionalidade e o tom agudo das críticas, o presente trabalho analisa em que medida o princípio da proporcionalidade é legítimo como elemento de um constitucionalismo global – ou seja, como princípio constitucional universal. Em foco estarão especialmente as objeções que determinam o debate internacional mais recente. Analisaremos em primeiro lugar a percepção – que está por trás do princípio da proporcionalidade – dos direitos e garantias individuais em relação a outras concepções, que percebem os direitos principalmente como interesses ou trunfos. Ao longo da análise desenvolveremos um

¹⁶ Ao lado dos autores citados no texto, ver também Martineau, *La technique du balancement par l’Organe d’appel de l’OMC (études de la justification dans les discours juridiques)*, *Revue du droit public de la science politique en France et à l’étranger* 123 (2007), p. 991 (1014); Koskenniemi, *The Politics of International Law*, *European Journal of International Law* 1 (1990), p. 1 (19); Greer (Fn. 9), pp. 412–434.

¹⁷ Webber, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (2010), p. 179: “There is much to suggest that there is no promise at all in proportionality reasoning.” ¹⁸ Webber (Fn. 17), p. 179 (202): “nothing short of a loss of rights”.

¹⁸ Webber (Fn. 17), p. 179 (202): “nothing short of a loss of rights”.

¹⁹ Webber (Fn. 17), p. 179: “engulfed by the discourse of balancing and proportionality”.

²⁰ Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States. A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in: Nolte (Org.), *European and US Constitutionalism*, 2005, p. 49 (68); Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in: Ignatieff (Org.), *American Exceptionalism and Human Rights*, 2005, p. 29 (32). Acerca das diversas origens da ponderação de interesses nos EUA e na Europa continental e de suas consequências, ver Cohen-Eliya/Porat, *American balancing and German proportionality: The historical origins*, *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), p. 263.

²¹ Tsakyrakis, *Proportionality: An assault on human rights?*, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2010), p. 468; Khosla, *Proportionality: An assault on human rights?: A reply*, *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), p. 298; Tsakyrakis, *Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla*, *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), p. 307.

²² Tsakyrakis (Fn. 21), p. 468; Tsakyrakis, *rejoinder* (Fn. 21), p. 307.

²³ Khosla (Fn. 21), p. 298.

modelo que combina as funções do sobrepajar e da proporcionalidade (II.). Em seguida, discutiremos a função dos argumentos de ordem moral no exame de proporcionalidade (III.), assim como a objeção da incomensurabilidade (IV.). Além disso nos dedicaremos à objeção de que a proporcionalidade elevaria em vão a reivindicação de uma precisão mecanicista e supostamente matemática (V.). Ao final trataremos da relação entre a proporcionalidade e uma interpretação restrita ou ampla da faticidade dos direitos fundamentais (VI.).

2. Direito Fundamentais, Interesses e Trunfos

Objecções ao princípio da proporcionalidade frequentemente se referem a uma ilustração considerada inadequada da relação entre direitos fundamentais e outros interesses ou princípios. Principalmente no contexto da ponderação, direitos fundamentais concorrem em igualdade com interesses privados e públicos²⁴. Essa paridade diminuiria a força normativa dos direitos fundamentais, visto que sua tutela somente poderia existir, em cada caso concreto, após a ponderação com outros princípios²⁵. Contudo, nessa ponderação os direitos fundamentais não teriam uma força contundente²⁶. Nesse sentido também não haveria mais uma proteção efetiva²⁷. Não se poderia falar mais de uma afirmação absoluta, o que em última instância conduziria ao afastamento dos próprios direitos fundamentais²⁸.

A fim de verificar a justificativa dessa objeção, é necessário um olhar sobre suas premissas. Pois ela só é cabível se no exame de proporcionalidade ocorrer uma definição ampla da finalidade legítima e se na ponderação os direitos fundamentais forem tratados da mesma forma que outros interesses. Se todo propósito legítimo pudesse justificar uma ingerência em um direito fundamental, o Estado teria a liberdade de invocar qualquer interesse imaginável para restringir direitos fundamentais. Passar-se-ia então a ter em consideração uma pluralidade de interesses públicos. No contexto da ponderação, isso levaria – e nesse sentido, a objeção é pertinente – à nivelação de uma multiplicidade de interesses conflitantes com o direito fundamental afetado.²⁹ Não haveria nenhuma

²⁴ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 468 (471).

²⁵ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 468 (471, 470).

²⁶ Beatty (Fn. 7), p. 171.

²⁷ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 468 (489). Crítica similar em Webber, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge 2009, p. 101.

²⁸ Rusteberg, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*, 2009, p. 71.

²⁹ Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights* (Fn. 6), p. 142.

primazia dos direitos fundamentais frente a outros interesses.³⁰ No âmbito da ponderação, todo e qualquer interesse poderia prevalecer sobre os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. A tutela efetiva de direitos fundamentais não seria mais possível, visto que uma parte de sua eficácia estaria comprometida.

Com o propósito de evitar tais consequências, argumenta-se que a compreensão adequada dos direitos fundamentais não é de que estão em paridade com outros interesses privados e públicos, mas de que são situações jurídicas prioritárias³¹, como “*trumps*”³², “*side constraints*”³³ ou “*fire walls*”³⁴. Tal demanda é embasada na noção básica liberal de que *a priori* teria de ser atribuído um peso destacado aos direitos fundamentais para lhes conferir prioridade frente a outros interesses.³⁵ Pois essa ênfase dada, ou seja, a priorização frente a outros interesses, seria imanente aos catálogos de direitos fundamentais.³⁶ Dessa forma, os direitos fundamentais teriam sempre precedência frente a outras considerações não jusfundamentais. Portanto, outras ponderações entre direitos fundamentais e outras considerações sem teor jusfundamental seriam dispensáveis. Como resultado, de acordo com essas posições, o conceito de ponderação de interesses é incompatível com a preeminência dos direitos fundamentais.³⁷

Há que se contestar essa argumentação³⁸. Demonstraremos que o princípio da proporcionalidade é sintonizável com a justificativa da priorização dos direitos fundamentais (1), e que essa combinação é justamente o que possibilita a efetiva tutela dos direitos fundamentais(2).

³⁰ Kumm (Fn. 14), p. 582; Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights* (Fn. 6), p. 139; Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification* (Fn. 6), p. 141 (150); Harbo (Fn. 11), p. 166. Comparar também McHarg, *Reconciling Human Rights and the Public Interest. Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Modern Law Review* 62

³¹ Tsakyrakis (Fn. 21), pp. 473, 470; distinções semelhantes em McHarg (Fn. 30), p. 673; Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights* (Fn. 6), p. 141; Harbo (Fn. 11), p. 166 f.

³² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1978, p. 193.

³³ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford 1974, pp. 28–33.

³⁴ Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge 1996, p. 254.

³⁵ Greer, *The European convention on human rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge 2006, p. 208; Dworkin (Fn. 32), p. 193; Rawls, *A theory of justice*, Oxford 1972, pp. 42–44. Ver também a visão geral em Waldron, *False Incommensurability. A Response to Professor Schauer*, *Hastings Law Journal* 45 (1993–1994), p. 813 (816–817).

³⁶ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 475.

³⁷ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 468: “In [...] balancing, there cannot be any concept of fundamental rights having priority over other considerations”; Afonso Da Silva, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), p. 1 (9).

³⁸ De forma mais abrangente, ver também Klatt/Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford 2012 (a ser publicado), capítulo 2.

2.1. Primazia dos direitos fundamentais

No âmbito da ponderação de interesses, é possível fundamentar duplamente a preeminência dos direitos fundamentais.³⁹ Primeiramente, os direitos fundamentais devem definitivamente prevalecer frente a interesses não jusfundamentais dada a posição que lhes concede o direito constitucional. Em segundo lugar, os direitos fundamentais possuem uma prioridade *prima facie* em relação a interesses de mesmo valor e não jusfundamentais.

Para a construção dessa dupla priorização, é necessário considerar, no âmbito da ponderação de interesses, dois elementos. O primeiro elemento se refere à definição do propósito legítimo. Para justificar uma prevalência dos direitos fundamentais frente a outros valores jurídicos não constitucionais (*nicht verfassungsrechtliche Interessen*), eles não podem ser abrangidos por qualquer finalidade legítima. Uma definição mais restrita resulta da consideração de que os direitos fundamentais como garantias constitucionais só podem ser afastados por outras garantias constitucionais.⁴⁰ Tal definição mais restrita de finalidade legítima fundamenta, no princípio da proporcionalidade, uma priorização dos direitos fundamentais face a valores jurídicos não constitucionais (*nicht verfassungsrechtliche Interessen*). Para a definição de fins legítimos no sentido do princípio da proporcionalidade, nos é possível formular a seguinte primeira lei de prioridade (*Vorranggesetz*):

Os direitos fundamentais possuem prioridade definitiva sobre princípios não constitucionais.

A persecução de interesses que não são tutelados pela constituição vigente já é, então, ilegítima. Ao longo do exame de proporcionalidade, isso significa que direitos fundamentais são ponderados somente com outros interesses constitucionalmente tutelados. Dessa forma, se evita o perigo de que direitos fundamentais sejam afastados por interesses jurídicos não constitucionais. Definindo de forma mais restrita o conceito de finalidade legítima, se impede que tais interesses sejam incluídos na ponderação.

Porém, isso ainda não quer dizer que os direitos fundamentais estão em uma

³⁹ Para outras possibilidades de fundamentação da primazia dos direitos fundamentais, ver Klatt/Meister (Fn. 38), capítulo 2.

⁴⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, p. 258; Von Arnould, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, 1999, p. 111; Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkungsvorbehaltloser Freiheitsrechte*, 1999, p. 9; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. Rivers, Oxford 2002, p. 185; Borowski (Fn. 15), p. 213.

posição de preeminência perante outros interesses jurídicos constitucionalmente tutelados. De acordo com o que foi exposto até aqui, os direitos fundamentais ainda concorreriam no mesmo patamar com uma pluralidade de interesses públicos resguardados pela constituição. Aqui, o segundo elemento adquire protagonismo. Os direitos fundamentais podem ser colocados em posição de primazia frente a outros interesses constitucionalmente tutelados ao se dar a eles um maior peso abstrato.

Tal diferenciação é possível da seguinte maneira: durante a ponderação é examinado se a importância da persecução de determinada finalidade legítima justifica a limitação do direito fundamental. Quanto menos o direito fundamental é concretizado, mais importante a concretização dos princípios que legitimam a intervenção tem que ser.⁴¹ Nessa ponderação os pesos abstratos dos princípios em rota de colisão podem desempenhar um papel importante. O peso abstrato é o peso que um princípio assume em relação a outros princípios independente de um caso concreto. Dentro do catálogo de direitos fundamentais é plenamente imaginável que diferentes direitos fundamentais possuam diferentes pesos abstratos.⁴² Por exemplo, à dignidade da pessoa humana ou ao direito à vida pode ser atribuído um peso abstrato superior que à propriedade ou a um direito geral de liberdade.⁴³ Essas correlações já são conhecidas. A novidade, porém, é que exatamente dessa maneira poder-se-ia atribuir um peso abstrato maior aos direitos fundamentais que a posições jurídicas constitucionalmente fundamentadas a serem consideradas durante a ponderação de interesses. Isso levaria a uma preeminência dos direitos fundamentais frente a outros interesses constitucionalmente tutelados. Esse efeito pode ser potencializado infinitamente, visto que os pesos abstratos dos direitos fundamentais podem ser infinitamente aumentados.

Através da atribuição de pesos abstratos maiores aos direitos fundamentais durante a ponderação, a ideia da primazia jusfundamental – mesmo face a outras posições jurídicas constitucionalmente fundamentáveis – pode ser ligada ao conceito da ponderação de forma construtiva. Se e em que medida essa diferenciação deveria ser aplicada dentro do gênero dos interesses constitucionalmente protegidos representa, antes de mais nada, uma questão político-constitucional, a qual não deverá ser decidida aqui. Nesse momento, o que importa é que a possibilidade construtiva para tal também exista dentro do princípio

⁴¹ Essa é a primeira lei do sopesamento, Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 40), p. 146; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 102.

⁴² De forma crítica quanto à possibilidade de atribuir pesos abstratos aos direitos fundamentais, ver Rusteberg (Fn. 28), p. 52 ff.

⁴³ Sobre o baixo peso abstrato do direito geral à liberdade do art. 2º, §1º da Lei Fundamental Alemã, ver Meister, *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, 2011, p. 243 ff. Sobre o peso abstrato da dignidade da pessoa humana, ver Klatt / Meister (Fn. 38), capítulo 2.

da proporcionalidade.

Porém, há de se considerar aqui que a atribuição de pesos abstratos maiores aos direitos fundamentais não determina o resultado da ponderação. De fato, em razão de lhes serem atribuídos pesos abstratos maiores, os direitos fundamentais são dotados de uma certa “vantagem prévia” (*Abwägungsvorsprung*) frente a outros princípios constitucionais na ponderação. Porém, essa sua posição de prioridade existe somente *prima facie*, não definitivamente. Um direito fundamental com um peso abstrato maior não necessariamente prevalecerá frente a princípios constitucionais em rota de colisão dotados de menor valor abstrato.⁴⁴ Isso porque o peso abstrato dos princípios é somente um entre vários pontos de vista a serem considerados durante a ponderação de interesses. Assim, podemos formular a segunda lei de prioridade (*Vorranggesetz*):

Quanto maior o peso abstrato de um direito fundamental, maior é a probabilidade de que este prevaleça na ponderação com princípios constitucionais colidentes.

Podemos anotar que uma dupla preeminência jusfundamental pode ser combinada com o princípio da proporcionalidade. Primeiramente, se garante prioridade definitiva dos direitos fundamentais em relação a considerações não constitucionais considerando somente as posições constitucionalmente concedidas como finalidades legítimas. Ademais, pode-se justificar uma prioridade *prima facie* dos direitos fundamentais frente a outros interesses jurídicos constitucionalmente tutelados através da atribuição de maiores pesos abstratos àqueles no contexto da ponderação.

2.2. Proteção efetiva

O objetivo de justificar uma priorização dos direitos fundamentais frente a outras considerações é garantir uma proteção jusfundamental efetiva. No modelo acima desenvolvido, que combina uma dupla priorização jusfundamental frente a outras considerações com o preceito da proporcionalidade, os direitos fundamentais prevalecem definitivamente sobre considerações não constitucionais, visto que são posições jurídicas constitucionalmente garantidas. Além disso, lhes é concedida uma prioridade *prima facie* perante considerações dotadas de fundamentação constitucional pela atribuição de pesos abstratos maiores.

Em razão do exposto, os direitos fundamentais não possuem prioridade definitiva

⁴⁴ Nesse sentido, porém, ver Rawls (Fn. 35), p. 43. A título de comparação, também Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993, p. 296.

frente a outros princípios constitucionais. Dessa forma, a efetividade da sua proteção confrontada com um modelo que afirme prioridades abstratas definitivas é diminuída. Mesmo assim, há no modelo combinatório descrito efetiva tutela de direitos fundamentais. Isso se dá por causa de três diferentes baluartes.

Em primeiro lugar, tendo em vista a definição mais restrita de finalidade legítima no contexto da ponderação, só princípios dotados de status constitucional podem concorrer com direitos fundamentais. Dessa forma, se afasta especialmente o perigo de que o Estado, visando restringir direitos fundamentais, possa invocar uma infinita variedade de interesses públicos injustificáveis constitucionalmente. Pois de acordo com a primeira lei de prioridade, os direitos fundamentais gozam de uma prioridade definitiva frente a todos os princípios não constitucionais. Dessa forma, no âmbito da ponderação, os direitos fundamentais só concorrem com interesses jurídicos igualmente tutelados pela constituição.⁴⁵

Na ponderação, a prioridade *prima facie* dos direitos fundamentais sobre os demais preceitos constitucionais é fundamentada pela atribuição de maior peso abstrato a eles. Dentro da categoria jusfundamental – em particular – também é possível elaborar uma diferenciação através da atribuição de maior peso abstrato a direitos fundamentais especialmente relevantes. Estes prevalecem de maneira especialmente fácil sobre mandamentos de otimização colidentes. Nesse sentido, os direitos fundamentais obtêm certa vantagem prévia (*Abwägungsvorsprung*). É difícil, então, que princípios em rota de colisão prevaleçam sobre direitos fundamentais. Vale a segunda lei de primazia: Quanto maior o peso abstrato de um direito fundamental, maior é a probabilidade de que este prevaleça na ponderação com princípios constitucionais colidentes.

O terceiro baluarte consiste na impossibilidade de que posições jurídicas protegidas por direitos fundamentais sejam totalmente afastadas também por meio da ponderação.⁴⁶ De qualquer forma um núcleo essencial do direito deve prevalecer. Nesse sentido, o argumento de que a ideia de uma essência dos direitos fundamentais seria incompatível com o conceito da ponderação é incorreto.⁴⁷ A essência de um direito fundamental é aquilo que sobra do direito depois de feita a ponderação.⁴⁸ Restrições proporcionais dos direitos fundamentais não violam a sua essência, mesmo que no caso concreto não sobre

⁴⁵ Borowski (Fn. 15), p. 213, Fn. 71.

⁴⁶ Nesse sentido, Tsakyrakis (Fn. 21), p. 489: “*everything [...] is [...] up for grabs*”.

⁴⁷ Assim, Tsakyrakis (Fn. 21), p. 492.

⁴⁸ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 40), p. 269; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 193. Aqui se trata de uma teoria relativa acerca da essência.

nada do direito.⁴⁹

Apesar disso, sempre é possível garantir um mínimo absoluto em termos de proteção na ponderação. Com a crescente intensidade da intervenção os direitos fundamentais se fortalecem desproporcionalmente.⁵⁰ Por esse motivo, é difícil – ou quase impossível – justificar ingerências muito intensivas por meio do constante crescimento do peso das razões a fundamentarem-nas. Quanto menos um princípio é realizado, mais difícil se torna a justificativa por meio do grau de importância – mesmo que este seja muito alto – da concretização do outro princípio. Quanto mais o cumprimento de um direito fundamental decresce, maiores têm de ser as vantagens relacionadas a esse processo para o princípio justificativo, e vice versa. Essa ligação pode ser explicada através da função de utilidade côncava, na forma da 1ª Lei de Gossen ou lei da utilidade marginal decrescente (*Gesetz des abnehmenden Grenznutzens*).⁵¹ Mais recentemente, ela também foi explicitada através do Teorema de Nash.⁵² Por esse motivo, sob determinadas circunstâncias é extremamente certo que nenhum princípio oposto vá ser dotado de prioridade definitiva em relação ao direito fundamental. São essas condições que compõem a essência dos direitos fundamentais.⁵³ Tendo em vista o exposto, a ideia de uma essência jusfundamental é compatível com o conceito da ponderação.

2.3. Resultado

É preferível um modelo jusfundamental que combine a dupla priorização dos direitos fundamentais com o preceito da proporcionalidade e construa três baluartes contra as restrições mais amplas a direitos fundamentais. Desse modo se garante proteção efetiva aos direitos fundamentais no âmbito do exame de proporcionalidade, sem que haja a necessidade de priorizá-los de forma abstrata e definitiva em relação a todas as outras considerações. Isso possibilita uma aplicação dos direitos fundamentais flexível e otimizada para as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto. Em especial, é possível balancear, de forma, justa direitos fundamentais e interesses públicos sem relegar a importância dos direitos fundamentais a um segundo plano.

⁴⁹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 193.

⁵⁰ Alexy, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, *Ratio Juris* 16 (2003), p. 131 (140). A título de comparação, Klatt / Meister (Fn. 38), capítulo 3.

⁵¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), pp. 103 – 105; Rawls (Fn. 35), pp. 37 – 40; Barry, *Political Argument. A Reissue with a New Introduction*, Hemel Hempstead 1990, pp. 3 – 8.

⁵² Veel, *Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making, Rights, Balancing & Proportionality* 4 (2010), p. 177 (218).

⁵³ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 40), p. 271 f.; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 195.

3. Proporcionalidade e Moral

Uma crítica recorrente é feita contra a doutrina da proporcionalidade como categoria jurídica. Como é afirmado, tratar-se-ia no máximo de um princípio de utilidade política ou de razão moral. Agora, certamente, não se pode negar que o princípio da proporcionalidade tem grande proximidade com argumentos políticos e morais – afinal, já a primeira etapa do exame, a finalidade legítima, refere-se a encontrar uma destinação.

A objeção vai, no entanto, mais a fundo: a proximidade da proporcionalidade à moral e à política seria tão grande, que se estaria deixando o plano do exame de juridicidade. Isso seria encoberto pela máscara da objetividade jurídica. Tsakyrakis argumentou que o princípio da proporcionalidade simulara poder relacionar valores sem qualquer argumentação moral. Ele daria a aparência de ser objetivo e neutro, além de reivindicar independência de considerações de natureza moral.⁵⁴ Webber acusa o princípio da proporcionalidade de “despolitizar” os direitos fundamentais

by purporting to turn the moral and political evaluations involved in delimiting a right into technical questions of weight and balance. Yet, the attempt to evade the political and moral questions inherent in the process of rights reasoning is futile⁵⁵.

Numa análise mais detalhada, esse argumento da “infecção moral” da proporcionalidade se baseia em duas premissas. Primeiro: o exame de proporcionalidade conteria necessariamente argumentos de ordem moral. Segundo: o exame de proporcionalidade arrogaria para si uma neutralidade moral. A primeira premissa é verdadeira, mas a segunda é falsa.

Todo exame de proporcionalidade pressupõe argumentação moral.⁵⁶ Supor o contrário é reconhecer a argumentação jurídica como uma zona livre de valores, o que não é convincente por vários motivos.⁵⁷ Portanto, há que se concordar com a primeira premissa: o princípio da proporcionalidade só pode levar a resultados corretos se sua

⁵⁴ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 474. Na mesma acepção, Tsakyrakis (Fn. 21), p. 475: “tends to neglect any moral reasoning”; “risks neglecting the complexity of moral evaluation”; Tsakyrakis, rejoinder (Fn. 21), p. 308: “reducing human rights adjudication to questions of relative weight in order to bypass the moral discourse on values and priorities”.

⁵⁵ Webber (Fn. 17), p. 191; Alexy, Grundrechte und Verhältnismäßigkeit, in: FS Schmidt-Jortzig, 2011, p. 10.

⁵⁶ Mais especificamente acerca disso, Klatt / Meister (Fn. 38), capítulo 3.

⁵⁷ Sobre a natureza dúplice do direito e da argumentação jurídica, ver Alexy, Die Doppelnatur des Rechts, Der Staat 50 (2011), p. 389. A título de comparação, Afonso da Silva (Fn. 37), p. 1 (16). Sobre a relação entre princípios jurídicos e morais, ver também Poscher (Fn. 1). Em uma ótica demasiadamente inocente, Beatty (Fn. 7), pp. 160, 166, 169.

utilização refletir e considerar os juízos morais.⁵⁸ Mas não se pode afirmar que essa circunstância seja ocultada pelo princípio da proporcionalidade. Pelo contrário, há muito tempo a conexão com a argumentação de caráter moral é reconhecida e analisada detalhadamente. Assim, devemos discordar da segunda premissa. Argumentos de natureza moral constituem um elemento necessário de qualquer exame de proporcionalidade, mesmo que isso não seja sempre explicitado na *práxis* judicial e argumentativa.⁵⁹ Essa tese deve ser comprovada através de dois elementos da argumentação jurídica, quais sejam, a tese do caso especial (*Sonderfallthese*) e a diferenciação entre justificação interna e externa.

3.1. A tese do caso especial

A tese do caso especial foi desenvolvida para a argumentação jurídica, na medida em que ela se apresenta na forma do silogismo jurídico. Porém, de acordo com a concepção aqui representada, ela pode ser transferida para a ponderação de princípios em rota de colisão no âmbito do exame de adequação ou de ponderação em sentido estrito.⁶⁰ A tese afirma que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação geral.⁶¹ Ela consiste em duas afirmações.⁶² Em primeiro lugar: discursos jurídicos são casos de argumentação universal prática. Possuem o mesmo objeto, qual seja, as questões fundamentais da filosofia prática sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido. Em segundo lugar, os discursos jurídicos são caracterizados por limitações específicas. Pois eles não almejam responder os questionamentos normativos em um sentido amplo ou geral. Trata-se muito mais de uma resposta dentro de uma ordem jurídica concreta. Esta possui um amplo conteúdo de limitações, a saber, em forma de normas vinculantes, precedentes e construções jurídico-dogmáticas. Assim, o fato do discurso jurídico valer como caso especial dos discursos práticos em geral se deve ao seu caráter institucional e oficial.

Nesse contexto, a primeira afirmação da tese do caso especial é decisiva. Dela

⁵⁸ Ver Tsakyrakis (Fn. 21), p. 491.

⁵⁹ Dworkin, *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, Cambridge / Mass. 1996, p. 14; Beatty (Fn. 7), pp. 25 – 33.

⁶⁰ Acerca de subsunção e ponderação como as duas formas básicas da argumentação jurídica, ver Alexy (Fn. 12), p. 433. Kritisch Jestaedt (Fn. 1); Poscher (Fn. 1).

⁶¹ Alexy (Fn. 57), p. 403 f.; Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford 1989, pp. 212 – 220. Die A tese do caso especial é objeto de críticas, ver Habermas (Fn. 34), pp. 204, 206, 33 ff.; Günther, *Critical Remarks on Robert Alexy's Special case thesis*, *Ratio Juris* 6 (1993), p. 143. A defesa de Alexy se encontra em Alexy, *The Special Case Thesis*, *Ratio Juris* 12 (1999), p. 374; Alexy, *Justification and Application of Norms*, *Ratio Juris* 6 (1993), p. 157 ff. Comparar também Pavlakos, *The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law*, *Ratio Juris* 11 (1998), p. 126; Dwars, *Application discourse and special case thesis*, *Ratio Juris* 5 (1992), p. 67.

⁶² Alexy, *Legal Philosophy: 5 Questions*, in: Nielsen (Org.), *Legal Philosophy: 5 Questions*, 2007, p. 2.

decorre que o exame de proporcionalidade, incluindo a ponderação, representa um caso de argumentação moral. Portanto, a objeção levantada por Tsakyrakis, de que o princípio da proporcionalidade suprime a argumentação moral, não procede.⁶³ Afonso da Silva formulou essa conexão de forma lúcida:

[Tsakyrakis] completely ignores that, just as almost everything in legal reasoning, the definition of degrees of satisfaction and non-satisfaction of a principle will always be subject to fierce disputes, which will involve all types of arguments that may be used in legal argumentation in general, including the moral considerations he misses so much. Just as the justification of the premises in the most trivial legal syllogism is not a value-free logical procedure, neither is the decision that a given limitation in a constitutional right is light, moderate, or serious⁶⁴.

3.2. Justificação interna e externa

Da mesma forma, a diferenciação entre justificação interna e externa diz respeito à relação entre ponderação e argumentação jurídica.⁶⁵ Ela também foi originalmente desenvolvida para a análise do silogismo jurídico. Mas a diferenciação é transferível para a ponderação no âmbito do exame de proporcionalidade, como demonstrado há pouco.⁶⁶

A justificação interna se refere à seguinte questão: é possível deduzir o resultado da ponderação das premissas? A pergunta pode ser respondida através da estrutura formal da ponderação, e da forma como esta se manifesta nas fórmulas do sopesamento.⁶⁷ No momento em que as valorações necessárias de acordo com essa estrutura – por exemplo, a classificação da intensidade de uma restrição jusfundamental ou o peso de um princípio justificante – são feitas, a argumentação segue a estrutura da fórmula do sopesamento, e, na medida em que se fizer uso de números, as regras da aritmética. Isso é – assim como no silogismo jurídico, que segue as regras da lógica – somente uma questão de estrutura formal.

Decerto nem o silogismo jurídico nem a fórmula do sopesamento determinam a

⁶³ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 488.

⁶⁴ Afonso da Silva (Fn. 37), p. 16.

⁶⁵ Alexy, *The Weight Formula*, in: Stelmach / Brozek / Zaluski (Org.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the economic analysis of law*, Krakau 2007, p. 9; Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (Fn. 61), p. 211; Wróblewski, *Legal syllogism and rationality of judicial decision*, *Rechtstheorie* 5 (1974), p. 33 (39 f.). MacCormick utiliza – com o mesmo significado objetivo – os conceitos “first-order justification” e “second-order justification”, MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p. 101.

⁶⁶ Klatt / Schmidt, *Epistemic Discretion in Constitutional Law*, *International Journal of Constitutional Law*. Heft 1, 2012 (a ser publicado).

⁶⁷ Sobre a fórmula do sopesamento, ver Alexy, *The Weight Formula* (Fn. 65), p. 9.

veracidade ou exatidão das premissas.⁶⁸ Ambas dizem respeito somente às relações inferenciais entre premissas e conclusões. Por outro lado, a justificação externa se refere à veracidade ou exatidão das premissas. Aqui se trata, por exemplo, das valorações utilizadas no exame de proporcionalidade sobre a necessidade ou adequação de um meio, assim como as classificações necessárias para a ponderação. A título de exemplo, na justificação externa a valoração utilizada na última etapa do exame de proporcionalidade há de ser legitimada como “simples”, ou a valoração do peso de um princípio em rota de colisão como “difícil”.⁶⁹

É precisamente via essa justificação externa que os argumentos de cunho moral influenciam no exame de proporcionalidade. As avaliações de intensidade e peso das restrições não podem ser realizadas sem que se recorra a ponderações de natureza moral, tampouco o julgamento de adequação e necessidade. As Cortes têm que justificar suas decisões tanto internamente quanto externamente. Por esse motivo, não conseguem fugir da difícil complexidade moral de muitos casos. Isso é parcialmente omitido na discussão a nível internacional.⁷⁰

3.3. Ponderação e argumentação moral

O extraordinário desempenho da estrutura formal do exame de proporcionalidade consiste exatamente em indicar com enorme clareza aquelas premissas a serem justificadas externamente. Por conseguinte, não se pode dizer que os problemas morais, que constituem o núcleo de diversos casos envolvendo direitos fundamentais, estariam encobertos, como afirma, por exemplo, Tsakyrakis.⁷¹ Trata-se do contrário. O exame de proporcionalidade demonstra, de forma clara e transparente, como e em que ponto as ponderações de cunho moral são relevantes para a argumentação jurídica. Ela indica quais afirmações uma Corte precisa justificar externamente a fim de elaborar uma decisão correta.⁷² Podemos afirmar que a fundamentação de uma decisão se mostra mais clara e racional na medida em que os argumentos morais de um caso são relevados.⁷³ Estruturas formais tais como proporcionalidade e ponderação podem facilitar e muito precisamente

⁶⁸ A título de comparação, ver Jestaedt (Fn. 1).

⁶⁹ Ver Webber (Fn. 17), p. 184 ff.

⁷⁰ McHarg (Fn. 30), p. 681; Coffin, *Judicial Balancing. The Protean Scales of Justice*, New York University Law Review 63 (1988), p. 22.

⁷¹ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 493: “*obscure the moral considerations that are at the heart of human rights issues*”.

⁷² Ver Alexy: “*The Law of Balancing tells us what it is that has to be rationally justified*”, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 107.

⁷³ Nesse sentido, Tsakyrakis, *rejoinder* (Fn. 21), p. 310.

essa tarefa; com isso, elas fomentam a racionalidade da argumentação constitucional como um todo.

Por meio da conexão entre justificação interna e externa o exame de proporcionalidade e a ponderação são ligados intimamente com a teoria da argumentação moral, que engloba uma teoria da argumentação prática universal (*Theorie allgemein praktischer Argumentation*).⁷⁴ Mattias Kumm elucidou esse contexto mais pormenorizadamente:

The metaphor of ‚balancing‘ should not obscure the fact that the last prong of the proportionality test will in many cases require the decision-maker to engage in theoretically informed practical reasoning, and not just in intuition-based classificatory labeling. At the level of evaluating the relative importance of the general interest in relation to the liberty interest at stake, the weights can be assigned and priorities established as required by the correct substantive theory of justice. The last prong of the proportionality test then provides a space for the reasoned incorporation of an understanding of liberties that expresses whatever priority over collective goods is substantively justified.⁷⁵

Em sua resposta a Kumm, Alexy também salientou esse ponto: ao preceito da proporcionalidade deve-se necessariamente acrescentar argumentos de moralidade substancialmente política.⁷⁶ Alexy concorda com Kumm e ressalta: *“Proportionality analysis is, as the weight formula shows, a formal structure that essentially depends on premises provided from outside.”*⁷⁷

Como um todo, essas considerações evidenciam claramente o que significa o discurso da neutralidade da proporcionalidade como estrutura formal: o princípio é neutro até onde se estende sua estrutura formal. Dentro desses limites ele pode ser denominado um critério de constitucionalidade universalmente válido.⁷⁸ Mas essa estrutura formal deve inevitavelmente ser preenchida com argumentos de cunho moral referentes ao valor e ao peso. Tais argumentos variam de acordo com a perspectiva filosófica e as preferências políticas. Beatty destaca esse ponto: *“Proportionalities vary directly with the weight and values people place on the relevant interests.”*⁷⁹

Se o princípio da proporcionalidade é entendido dessa maneira, ele pode

⁷⁴ Ver Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 109

⁷⁵ Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights* (Fn. 6), p. 148 f. No mesmo sentido, Kumm (Fn. 14), p. 575.

⁷⁶ Ver Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights* (Fn. 6), p. 132.

⁷⁷ Alexy, *Thirteen Replies*, in: Pavlakos (Org.), *Law, rights and discourse. The legal philosophy of Robert Alexy*, Oxford 2007, p. 344.

⁷⁸ Beatty (Fn. 7), p. 162: *“a universal criterion of constitutionality”*.

⁷⁹ Beatty (Fn. 7), p. 617 f.

reivindicar sua pretensão de neutralidade e universalidade sem favorecer uma “despolitização”⁸⁰ do direito constitucional.

4. O problema da incomensurabilidade

Para muitos, o preceito da proporcionalidade – especialmente a parte do exame de adequação – fracassa frente ao problema da incomensurabilidade. Se afirma que os valores e princípios que são relacionados não podem ser medidos em uma mesma escala.⁸¹ Seria impossível ponderar valores incomensuráveis.⁸²

A objeção da incomensurabilidade é considerada a crítica mais efetiva à doutrina da ponderação.⁸³ Ela se apresenta de duas formas. A primeira variante aponta que haveria princípios e valores impossíveis de serem quantificados.⁸⁴ A segunda variante se opõe à hipótese da possibilidade de quantificação em uma mesma escala.⁸⁵ A diferença entre as duas variantes da objeção consiste no fato de que a primeira se refere a princípios isolados, enquanto a segunda problematiza as relações entre pelo menos dois princípios.

4.1. A impossibilidade de quantificar

A primeira variante da objeção da incomensurabilidade certamente é correta na medida em que princípios são quantificáveis em diferentes medidas. Direitos como exercício pleno da propriedade, que possuem uma grande proximidade à dimensão monetária, são mais facilmente quantificáveis que direitos que carecem dessa proximidade. Porém, não seria correto supor que a ponderação no âmbito do exame de adequação depende de uma numeração matematicamente precisa dos pesos dos princípios em rota de colisão. Pelo contrário, a ponderação sempre é possível quando se pode atribuir aos princípios pesos em uma escala de pelo menos duas medidas. Para tanto, basta uma escala ordinal; uma escala cardinal, por outro lado, é desnecessária.⁸⁶

Além disso, o peso daqueles princípios e valores que não são matematicamente

⁸⁰ Webber (Fn. 17), p. 191.

⁸¹ Ver Finnis, *Natural Law and Legal Reasoning*, in: George (Org.), *Natural Law Theory: contemporary essays*, Oxford 1992, p. 146, 151; Aleinikoff (Fn. 13), p. 972 ff.; Zucca, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford 2007, pp. 55 – 60, 85 f.

⁸² Tsakyrakis (Fn. 21), p. 471.

⁸³ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 471. Para uma análise mais extensa, ver Klatt / Meister (Fn. 38), capítulo 3.

⁸⁴ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 475: “*Our moral universe includes ideas not amenable to quantification.*”

⁸⁵ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 471.

⁸⁶ Griffin, *Incommensurability: What’s the Problem?*, in: Chang (Org.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge / Mass. 1997, p. 35; Da Silva (Fn. 37), p. 11.

quantificáveis também pode ser classificado em uma escala triádica como leve, médio ou pesado. Para deixar ainda mais claro: a impossibilidade de quantificar não é um motivo para rechaçar a capacidade desses princípios serem utilizados, e sim a razão determinante de se utilizar a escala triádica. Portanto são exatamente os *hard cases* da ponderação que legitimam o modelo da proporcionalidade. Afonso da Silva descreveu esse ponto de vista apropriadamente: *“It is exactly the cases involving incommensurable values or rights (in the strong sense) that, in order to be decided rationally, require both comparison and balancing.”*⁸⁷

Aliás, o fato de que em casos complexos a classificação dos valores parece ser mais difícil – em alguns, quase impossível – não é um motivo para que se afaste o princípio da proporcionalidade ou a ponderação como um todo e, dessa forma, se abra mão do ganho de racionalidade proporcionado pelo exame de proporcionalidade nos inúmeros casos em que o modelo funciona sem problemas.

É claro que toda classificação de um peso em um caso concreto pode ser criticada e discutida. Contudo, isso se refere à justificação externa e não vai de encontro à escala triádica como tal. Nesse ponto podemos claramente perceber que a primeira variante da objeção da incomensurabilidade, em última análise, nada mais é que a objeção da irracionalidade da ponderação legitimada por Habermas.⁸⁸ No final das contas, se está debatendo a possibilidade de justificar racionalmente proposições sobre pesos e valores. Por isso a primeira variante da objeção da incomensurabilidade não é um argumento autônomo.

A utilização da escala triádica somente seria irracional se fosse impossível em um número considerável de casos definir uma determinada classificação com base racional. Mas essa suposição não é convincente. Ela significaria negar qualquer possibilidade de argumentação prática racional e, dessa forma, ceder a um ceticismo radical. No final das contas, com isso se estaria desistindo da própria ideia da ciência do direito constitucional. Também se estaria desistindo da ideia de que as constituições poderiam construir um ponto de referência comum com ajuda do qual se poderia valorar princípios colidentes⁸⁹

Tsakyrakis afirmou que a doutrina da proporcionalidade transformaria o significado especial dos direitos fundamentais em algo aparentemente quantificável.⁹⁰ Essa objeção não só confunde comparabilidade e quantificabilidade. Tsakyrakis também não diz

⁸⁷ Afonso da Silva (Fn. 37), p. 10.

⁸⁸ Habermas (Fn. 34), p. 259.

⁸⁹ Ver Alexy, *The Weight Formula* (Fn. 65), p. 18.

⁹⁰ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 488: *“erodes the rights’ distinctive meaning by transforming them into something seemingly quantifiable”*.

claramente o que entende por “significado especial” dos direitos fundamentais. No entanto, o contexto de sua argumentação explicita que ele se refere à capacidade dos direitos de afastar outras razões (“*shields*”) ou de prevalecer frente a elas (“*trumps*”). Essa capacidade, porém, há de ser separada dos problemas da quantificabilidade e da incomensurabilidade. Ela já foi discutida acima.⁹¹

Tsakyrakis segue argumentando que a utilização de escalas causaria um problema de tratamento privilegiado: princípios quantificáveis seriam tendencialmente privilegiados frente a princípios não quantificáveis. Assim, atribuir-se-ia aos princípios quantificáveis um papel na argumentação da proporcionalidade que eles não teriam em outros casos.⁹² É necessário esclarecer aqui o que Tsakyrakis quer dizer com “outros casos”: quando um determinado princípio é relevante do ponto de vista constitucional, então ele deve ser considerado na ponderação. Ele não pode ser ignorado. Quando ele deve ser considerado, então ele desempenha exatamente a função corresponde ao peso que lhe é atribuído. Essa função não pode ser alterada à vontade, e sim somente especificando razões que justifiquem a atribuição de um outro peso.

Portanto, a objeção do favorecimento não é correta. O perigo de um tratamento privilegiado dos princípios quantificáveis não está presente. No momento em que dois princípios são classificados na mesma escala – e isso é algo que toda ponderação requer –, sua diferente quantificabilidade não pode mais gerar efeitos. Pois a valoração do respectivo peso como leve, médio ou pesado tem que ser legitimada externamente. Essa legitimação não depende de quantificabilidade e, portanto, não está sujeita à sua influência. Naturalmente uma legitimação externa pode ser questionada, e isso acontece com frequência. Mas, enquanto os princípios forem avaliados de um ponto de vista comum, essa circunstância não é argumento suficiente para se assumir uma privilegiação de princípios quantificáveis.

4.2. Ausência de parâmetro

A segunda variante da objeção da incomensurabilidade critica a tentativa de tornar comparáveis princípios incomensuráveis de forma quase que artificial, através da afirmação de que haveria uma escala comum.⁹³ Essa suposta escala comum frequentemente não estaria disponível como escala de comparação. Então essa objeção –

⁹¹ Ver acima, II.

⁹² Tsakyrakis (Fn. 21), p. 485: „assign them a role in the reasoning process that they would otherwise lack”

⁹³ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 471: “impossibility of measuring incommensurable values by introducing the image of a [...] common metric”.

diferente da primeira variante – não assenta sobre a possibilidade de classificar ou medir os princípios como tais, mas assume que as classificações não podem ser feitas em uma mesma escala.⁹⁴

Essa objeção tem razão em assumir que qualquer comparação de princípios pressupõe a existência de uma escala comum.⁹⁵ Nesse ponto a diferenciação entre uma versão forte e uma versão fraca da tese da incomensurabilidade é relevante. Na maioria das vezes só se levanta a versão fraca da tese, que remonta a Waldron. De fato ela refuta a existência de uma escala comum a todos os princípios; mas ela parte da ideia de que as relações de preferência entre princípios podem ser fixadas através de fundamentos racionais.⁹⁶ Porém, essas razões seriam, como opõe Tsakyrakis, necessariamente de índole moral – embora o princípio da proporcionalidade afirme ser moralmente neutro.⁹⁷

É importante guardar que a versão mais fraca da tese da incomensurabilidade considera possível estabelecer relações de preferência com fundamentação racional. Ela meramente assume que essa fundamentação também contém necessariamente argumentos de natureza moral. Assim, em última análise a objeção se baseia na admissão acima referida, de que o princípio da proporcionalidade haveria de ser moralmente neutro. Por outro lado, é correto perceber que o exame de proporcionalidade sempre depende de uma argumentação prática geral, demonstrada claramente onde e em que medida – também aqui está situada sua eficiência.⁹⁸

Nessa base podemos concordar com a tese de que a fixação de relações de preferência exige argumentação prática geral. De fato, sem tal argumentação não se pode estabelecer uma comparação.⁹⁹ Mas a afirmação oposta também é verdadeira: quando a argumentação prática geral é integrada – e isso é o caso no âmbito do exame de proporcionalidade através da justificação externa –, a objeção da incomensurabilidade mal pode ser sustentada. Por isso, o resultado é que no exame de proporcionalidade pode ser estabelecida uma escala comum através de argumentação externa.

Um outro aspecto deve ser notado. É verdade que Tsakyrakis se refere à versão fraca da incomensurabilidade de Waldron, mas não assume sua característica mais importante. Na definição de Waldron a dependência da argumentação moral é somente um ponto de vista secundário. Muito mais importante é que Waldron parte de claras

⁹⁴ Ver Webber (Fn. 17), p. 194.

⁹⁵ Acerca, ver Afonso da Silva (Fn. 37), p. 12, 14 ff.

⁹⁶ Ver Tsakyrakis (Fn. 21), p. 473 f.

⁹⁷ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 474: *“totally extraneous to any moral reasoning”*.

⁹⁸ Ver acima, III.

⁹⁹ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 474: *“if the moral discourse is lacking, there is no way to demonstrate that values, indeed, are commensurable”*.

relações de prioridade entre princípios.¹⁰⁰ De acordo com a versão fraca da incomensurabilidade de Waldron essas relações de prioridade são estabelecidas através de diferentes elementos, dos quais faria parte, além de “*trumping, side constraints or lexical priority*”, também a ponderação. Então, se opondo à versão forte da tese da incomensurabilidade, Waldron aprova a possibilidade de estabelecer relações de preferência. Porém, ao contrário de outras versões fracas da tese da incomensurabilidade¹⁰¹ ele expressamente vê a possibilidade de ponderações: “*The reasoned articulation of our moral principles and priorities inescapably involves what ordinary people might regard as weighing and balancing.*”¹⁰²

Afonso da Silva recentemente descreveu uma diferenciação da filosofia prática¹⁰³ com a qual pode ser demonstrado que nem a versão forte nem a fraca da tese da incomensurabilidade excluem a teoria da ponderação contida no preceito da proporcionalidade. De acordo com ele, há de se diferenciar incomensurabilidade e incomparabilidade.¹⁰⁴ Essa diferenciação diz respeito ao tipo de escala utilizada na ponderação. Ponderação requer comparabilidade em uma mesma escala. Por outro lado, ela não depende de uma escala cardinal, que geraria comensurabilidade.¹⁰⁵

O ponto decisivo é que incomensurabilidade não implica incomparabilidade. Ponderações funcionam enquanto a comparabilidade entre princípios colidentes é estabelecida. Isso vale independentemente de os princípios serem incomensuráveis em sentido forte, fraco ou qualquer outro. A comparabilidade dos princípios é consolidada através da utilização de uma escala comum em que as relações de troca dos princípios em colisão são comparadas. Essa é precisamente a tarefa atribuída à ciência do direito e à prática argumentativa pelo direito constitucional e pela razão prática, geralmente também nos casos difíceis. Alexy se refere a esse contexto quando afirma que a constituição representa um ponto de referência e assim estabelece, de forma indireta, a comparabilidade dos princípios.¹⁰⁶ Portanto, a incomensurabilidade não é um obstáculo, e sim muito mais um ponto de partida para ponderações. Elijah Milgram formulou isso da seguinte maneira: “*Commensurability is the result, rather than the precondition, of*

¹⁰⁰ Waldron (Fn. 35), p. 816: “*simple and straightforward priority rule*”.

¹⁰¹ Normalmente as versões fracas da tese da incomensurabilidade também consideram qualquer forma de ponderação impossível, comparar Waldron (Fn. 35), p. 816.

¹⁰² Ver Waldron (Fn. 35), p. 813 (821).

¹⁰³ Chang, Introduction, in: Chang. (Org.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge/Mass. 1997, p. 1 ff.; Griffin (Fn. 86), p. 35 ff.

¹⁰⁴ Afonso da Silva (Fn. 37), p. 4, 10 f.

¹⁰⁵ Comparar com Chang (Fn. 102), p. 1.

¹⁰⁶ Alexy (Fn. 12), p. 442.

*practical deliberation.*¹⁰⁷

4.3. Ausência de neutralidade moral

A objeção da ausência de neutralidade moral afirma que o princípio da proporcionalidade pressupõe uma determinada teoria moral. De acordo com Tsakyrakis e Waldron o princípio da proporcionalidade implica uma forma de utilitarismo.¹⁰⁸

Se fosse esse o caso, o preceito da proporcionalidade realmente padeceria de um defeito substancial. Seu poder de persuasão e sua racionalidade dependeriam diretamente do poder de persuasão e da racionalidade de uma determinada teoria moral. De acordo com Tsakyrakis, a consequência seria a seguinte: *“It seems to make our theory of constitutional adjudication stand or fall on having the correct answer to an extremely vexing and controversial question in moral philosophy.”*¹⁰⁹

Por outro lado, a diferenciação entre justificação interna e externa argumento no sentido da tese da neutralidade moral do princípio da proporcionalidade.¹¹⁰ Em princípio, a justificação externa é aberta a todos os argumentos morais ou jurídicos. Ela não é restrita a argumentos de uma determinada teoria moral. Essa restrição em especial não decorre da adoção de uma escala comum. Por exemplo, a classificação na escala triádica é neutra em relação aos argumentos com os quais a categorização é justificada como leve, média ou pesada.

4.4. Desnecessidade da ponderação

A objeção da desnecessidade da ponderação é um argumento subsidiário, que só é apresentado no caso de a objeção da incomensurabilidade ser invalidada – como aqui é pressuposto. Tsakyrakis afirma que, caso haja uma escala comum, a necessidade da ponderação será suprimida¹¹¹.

Essa objeção tem um âmago verdadeiro. Pois ela descreve uma importante característica da ponderação de forma apropriada. Ponderações consistem em estabelecer uma relação de preferência entre princípios em rota de colisão, relativa às possibilidades fático-jurídicas dadas em um caso concreto. Para tanto, requer-se três passos¹¹²: Em um

¹⁰⁷ Millgram, *Incommensurability and Practical Reasoning*, in: Chang (Org.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge/Mass. 1997, p. 151.

¹⁰⁸ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 471 f: *“some form of utilitarianism”*. Ähnlich Waldron (Fn. 35), p. 816: *“utilitarian-style weighing and balancing”*.

¹⁰⁹ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 471.

¹¹⁰ Ver acima, III. 2.

¹¹¹ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 472.

¹¹² A título de ilustração, Alexy, *The Weight Formula* (Fn. 65), p. 10.

primeiro passo, é fixada a medida em que o primeiro princípio será afetado. Em um segundo passo, é definida a importância de se concretizar o princípio colidente. No terceiro passo, se determina qual princípio prepondera concretamente, ou seja, se a importância de se concretizar o princípio colidente justifica que o outro princípio seja afetado.

A impressão descrita por Tsakyrakis, de que ponderações não seriam mais requeridas caso houvesse uma escala comum, pode ser interpretada como uma descrição do terceiro passo da ponderação. Assim que os valores tiverem sido enquadrados, a ponderação deixa de ser espetacular. Pois então torna-se fácil concluir a relação de preferência adequada a partir do resultado da ponderação. Todavia isso não significa que a ponderação, como processo que consiste em três etapas, seja prescindível. Ao contrário, o modelo da ponderação demonstra de forma clara e transparente quais elementos são necessários para a determinação de um resultado correto, a saber proposições racionalmente fundamentadas sobre intensidades de ingerência e graus de importância.

O modelo da ponderação obriga aqueles que argumentam juridicamente a porem as cartas na mesa e esclarecerem se o peso concreto dos princípios em rota de colisão é tido como leve, médio ou pesado, e – mais importante ainda – quais são as razões dessa classificação. Afinal, o panorama da terceira etapa se torna substancialmente mais complexo no momento em que outras variáveis, como as certezas epistêmicas quanto às premissas empíricas e normativas, passam a ser consideradas na ponderação.¹¹³ Com essa análise mais complexa, a afirmação de que uma escala comum seria imprescindível para a ponderação está refutada.

4.5. Resultado

Nem a versão forte nem a versão fraca da tese da incomensurabilidade vão de encontro à fixação de relações de preferência racionais com auxílio da ponderação.¹¹⁴ Nem a objeção da ausência de quantificabilidade nem a objeção da ausência de uma escala comum são convincentes.¹¹⁵ Em vez disso, com a ajuda da diferenciação entre incomensurabilidade e incomparabilidade é possível ponderar também princípios incomensuráveis. Ademais, de forma alguma a ponderação exige teorias morais específicas para estabelecer a comparabilidade entre princípios incomensuráveis. Pelo contrário, como estrutura formal ela é moralmente neutra. Afinal, mesmo admitindo a comparabilidade dos princípios, a

¹¹³ Ver Klatt/Schmidt (Fn. 66).

¹¹⁴ Ver também Veel (Fn. 52), p. 227 f.

¹¹⁵ Analisamos isso de forma mais detalhada em Klatt/Meister (Fn. 38), capítulo 3.

exigência de ponderação subsiste.

5. Ponderação como operação aritmética

A aplicação do princípio da proporcionalidade é frequentemente repudiada como um processo meramente mecânico. Se insiste especialmente sobre a ponderação que ela visaria criar a ilusão de precisão científica, embora não pudesse alcançá-la.¹¹⁶ Para Webber a ponderação buscaria em vão transformar a aplicação de direitos fundamentais em “gestão e medição matemática”.¹¹⁷

Afonso da Silva já assinalou que essa objeção está errada pela simples razão de que não se poderia reivindicar verdadeiramente uma precisão matemática nem para a argumentação jurídica em geral nem para a ponderação.¹¹⁸ Portanto, essa objeção é semelhante a construir um espantalho com o único intuito de atear-lhe fogo.*

Mesmo assim não há como negligenciar que, à primeira vista, é precisamente o modelo da ponderação da teoria dos princípios que poderia ser atingido por essa objeção. Afinal, ele opera através de números e de uma fórmula de sopesamento.¹¹⁹ Contudo, seria equivocado querer concluir daí que a teoria dos princípios considera o processo de ponderação necessário para um método matemático ou mecânico.¹²⁰

Já a diferenciação entre justificação interna e externa evidencia que a teoria da ponderação não afirma ter um excesso de precisão.¹²¹ Por conseguinte, de antemão a ponderação pode ser precisa apenas na medida em que as justificações externas sejam precisas em suas premissas. A ponderação herda virtualmente todas as deficiências ou fraquezas de que sofre a justificação externa da categorização de um princípio ou da importância de um princípio justificador.¹²² No entanto, isso não é uma deficiência do modelo. Pelo contrário, é uma de suas vantagens, pois as referidas deficiências e fraquezas argumentativas se tornam mais claramente perceptíveis.

¹¹⁶ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 468: “*illusion of some kind mechanical weighing*”.

¹¹⁷ Webber (Fn. 17), p. 191.

¹¹⁸ Afonso da Silva (Fn. 37), p. 16, Fn. 77.

* n.T.: atear fogo a bonecos de palha é uma tradição meso-europeia relacionada, entre outros fatores, ao carnaval ou a rituais camponeses de passagem. A menção à “falácia do espantalho” se refere ao caso em que um debatedor ignora a posição do adversário no debate e a substitui por uma versão distorcida, que representa de forma errada a posição. A falácia se dá tanto quando a distorção é proposital, de forma a tornar o argumento mais facilmente refutável, quanto no caso de ser acidental, quando quem usa a falácia não entendeu o argumento que visa refutar.

¹¹⁹ Ver Alexy, *The Weight Formula* (Fn. 65), p. 9.

¹²⁰ Alexy, *On Constitutional Rights to Protection*, *Legisprudence* 3 (2009), p. 1 (9); Klatt/Meister (Fn. 38), capítulo 3.

¹²¹ Ver acima III. 2.

¹²² Ver Alexy, *Balancing, constitutional review, and representation*, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), p. 572 (577): “*balancing is as rational as discourse*”.

Os números da fórmula de sopesamento são meramente um instrumento heurístico. Eles representam avaliações como leves, médias e pesadas. Desta maneira, explicitam a estrutura interna da ponderação e concedem mais racionalidade ao conjunto da argumentação.¹²³ Porém, o modelo funciona também funciona com o mesmo sucesso sem qualquer utilização de números. Especialmente sua função central, a de esclarecer as três etapas¹²⁴ da ponderação, independe da utilização de números.

A determinação de um caráter mecânico ou até matemático da ponderação não implica nisso. De fato, esse modelo depende da possibilidade de elaborar afirmações racionalmente fundamentadas sobre a intensidade das restrições a direitos, seus pesos e o estabelecimento de relações entre eles.¹²⁵ Pode-se debater sobre essa possibilidade tanto em geral quanto em casos específicos. Em contrapartida, com isso se inicia um novo assunto.

Outro importante argumento se volta contra a acusação de que a ponderação reivindicaria uma precisão impossível de ser cumprida. Essa é a circunstância em que também se reconhece liberdade de ação epistêmica e estrutural na teoria da ponderação.¹²⁶ Quando os princípios em rota de colisão possuem o mesmo peso concreto, se está diante de um beco sem saída em que constitucionalmente nenhum dos dois princípios tem necessariamente preferência sobre o outro. Há uma liberdade de ação estrutural do tomador de decisão no sentido de conferir preferência a um ou outro princípio.¹²⁷ Assim, a constituição é interpretada como uma estrutura ordenada. É justamente por esse motivo que não se sustenta a alegação de precisão irrealista.¹²⁸

6. Interpretação ampla

Por fim, se faz a crítica de que as ponderações levariam a uma definição demasiadamente ampla dos direitos fundamentais. É largamente aceito que direitos fundamentais podem sofrer restrições devido a direitos fundamentais de outros sujeitos. Até esse ponto, os direitos fundamentais alheios representam uma finalidade legítima para a limitação de

¹²³ Alexy (Fn. 121), p. 572 (576).

¹²⁴ Alexy, *The Weight Formula* (Fn. 65), p. 10 f.

¹²⁵ Vgl. Alexy (Fn. 121), p. 574.

¹²⁶ Acerca da relação entre ponderação e liberdade de ação, ver Klatt/Schmidt (Fn. 66); Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 394–425; Rivers, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*, in: Pavlakos (org.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford 2007, p. 169; Rivers, *Proportionality and discretion in international and European law*, in: Tsagourias (org.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge 2007, p. 107.

¹²⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 410.

¹²⁸ A respeito das três esferas da necessidade, da impossibilidade e da possibilidade, ver Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 393 f.

direitos fundamentais. O que se argumenta é que ponderações implicam em definições amplas das cláusulas de limitação¹²⁹ e ao mesmo tempo dos direitos fundamentais. Assim se estaria incluindo múltiplos interesses no campo da defesa dos direitos fundamentais, que por conta disso seriam considerados na ponderação.¹³⁰ Dessa forma, a escolha dos pontos de vista a serem considerados na ponderação no plano da finalidade legítima iria longe demais.¹³¹

Argumenta-se então que direitos fundamentais são interpretados de forma ampla demais como restrições a direitos fundamentais alheios.¹³² Trata-se, por conseguinte, da questão fundamental sobre se os direitos fundamentais deveriam ser definidos de forma mais restrita ou mais ampla.¹³³ Ao todo há seis argumentos favoráveis a se interpretar de forma mais ampla e se abrir mão de definições mais estreitas.¹³⁴

Em primeiro lugar, definições restritas só aparentam ser livres de ponderação.¹³⁵ Definições restritas de direitos fundamentais são o resultado de uma ponderação, já que se baseiam em razões favoráveis e contrárias à tutela jusfundamental.¹³⁶ Um exemplo esclarecedor foi fornecido por Greer em sua discussão sobre a decisão *Wingrove v. UK*¹³⁷. Nesse caso, tratava-se da violação de sentimentos religiosos através de um filme crítico a religiões; estavam em conflito os artigos 9º e 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

the right to freedom of expression can plausibly be defined as excluding the right to cause gratuitous insult to religious [...] sentiments, while the right to freedom of thought, conscience and religion can plausibly be defined as limited to protection only from gratuitously insulting criticism¹³⁸.

De acordo com Greers, essas definições (restritas) não assentariam sobre uma

¹²⁹ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 468 (480). De forma similar e sobre a Convenção Europeia de Direitos Humanos, v. Bogdandy, *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, *Common Market Law Review* 37 (2000), p. 1307 (1332).

¹³⁰ Tsakyrakis (Fn. 21), pp. 482, 488.

¹³¹ Tsakyrakis (Fn. 21), p. 488.

¹³² A mesma crítica é feita em relação aos interesses públicos, ver Klatt/Meister (Fn. 38), capítulo 3.

¹³³ Supostamente a pergunta é se devem ser priorizadas teorias mais restritas ou mais amplas sobre o âmbito protegido (*Schutzbereich*). Acerca do conceitos de teorias mais restritas ou mais abertas sobre o âmbito protegido e da diferenciação entre os diversos tipos de teorias restritas, ver Meister (Fn. 43), pp. 33, 35 ff. Ver também Klement (Fn. 1).

¹³⁴ Acerca disso, ver também Meister (Fn. 43), p. 113 ff. com outras referências

¹³⁵ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 40), p. 290.

¹³⁶ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Fn. 40), p. 208 f. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 40), p. 289.

¹³⁷ Convenção Europeia de Direitos Humanos, *Wingrove v. The United Kingdom* (1996), application no. 17419/90.

¹³⁸ Greer (Fn. 9), p. 424.

ponderação.¹³⁹ Isso deve ser contestado. Se o direito à liberdade de consciência é definido de forma que todas opiniões são tuteladas com exceção daquelas que podem ferir os sentimentos religiosos, essa definição assenta sobre uma ponderação da liberdade de consciência face aos direitos dos potencialmente afetados pelos discursos.¹⁴⁰ Uma definição ampla incluiria as opiniões que ferem sentimentos religiosos alheios na tutela dos direitos fundamentais, pelo menos *prima facie*. Desse modo, a inevitabilidade de uma ponderação estaria exposta, e esta seria realizada de forma aberta e compreensível em um outro momento.¹⁴¹

Em segundo lugar, definições restritas não são transparentes. As ponderações acontecem em segredo.¹⁴² Por esse motivo, não se pode nem compreendê-las nem criticá-las. Isto leva a uma falta de transparência e racionalidade da argumentação jurídica.¹⁴³ Por outro lado, definições abertas são alcançadas através da interpretação do texto do respectivo direito fundamental, sem que se tenha em conta interesses contraditórios já nesse momento. Os interesses em contradição são balanceados separadamente no âmbito da ponderação. Dessa maneira, a argumentação se torna transparente, racional e compreensível.

Em terceiro lugar, definições restritas são problemáticas em termos estruturais. A diferenciabilidade das etapas do exame do âmbito protegido e da justificação é limitada de maneira estruturalmente questionável,¹⁴⁴ visto que ponderações são realocadas no âmbito protegido.¹⁴⁵ Nessa medida o conteúdo do direito e suas limitações são misturados. O exame de direitos fundamentais sofre, assim, clara perda de sofisticação.¹⁴⁶ Contudo,

¹³⁹ Greer (Fn. 9), p. 424.

¹⁴⁰ Trata-se de uma teoria restrita sobre o âmbito protegido baseada em critérios convencionais, que assenta sobre a ponderação de valores constitucionais opostos. Sobre essa avaliação e outras semelhantes, difundidas na Alemanha, ver Meister (Fn. 43), p. 94 ff. Gerards/Senden, *The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights*, *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), p. 628, mas insistimos que é possível excluir o “hate speech” do âmbito protegido da liberdade de consciência sem ponderar.

¹⁴¹ Rivers (Fn. 9), p. 190.

¹⁴² Kahl, *Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik. Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas*, *AöR* 131 (2006), p. 606, Fn. 157.

¹⁴³ Kahl (Fn. 141), p. 606, Fn. 157.

¹⁴⁴ Gerards/Senden (Fn. 139), p. 627.

¹⁴⁵ Meister (Fn. 43), p. 115 f.; Höfling, *Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, in: FS Ruffner, 2003, p. 336 f.; Huber, *Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?*, *Juristenzeitung* 58 (2003), p. 290 (293); Kahl, *Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik*, *Der Staat* 43 (2004), p. 167 (192); Weiß, *Buchbesprechung zu Benjamin Rusteberg: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*, *AöR* 134 (2009), p. 619 (621).

¹⁴⁶ Möllers, *Wandel der Grundrechtsjudikatur. Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG*, *NJW* 2005, p. 1973 (1977); Kahl (Fn. 141), p. 611.

ambos os aspectos devem ser separados em termos lógicos, pois tratam de diferentes procedimentos. O conteúdo do direito é preenchido através da interpretação do texto de cada direito fundamental; nesse ponto, interesses conflitantes não são levados em conta.¹⁴⁷ Estes só serão considerados na esfera da justificação, e mesmo aqui, no exame de proporcionalidade realizado no âmbito da ponderação. Definições restritas acabam com essa separação estrita, resultante de pontos de vista lógicos e razões de clareza metodológica. A argumentação se torna desestruturada e opaca.¹⁴⁸ Em contraste, as definições abertas possuem vantagens metodológicas. O âmbito protegido de um direito fundamental é obtido exclusivamente através de interpretação textual, e interesses conflitantes são analisados separadamente, no contexto da ponderação.

Em quarto lugar, as definições estreitas levam à insegurança jurídica. Como elas se baseiam em ponderações, o âmbito protegido dos direitos fundamentais é determinado em cada caso específico, a depender da ponderação realizada. Dependendo de até que ponto interesses conflitantes são incluídos na ponderação a nível do âmbito protegido, o alcance da proteção jusfundamental varia de caso a caso. Ele depende, inclusive, do respectivo aplicador do direito. Nessa medida, o âmbito protegido do direito não é mais abstratamente previsível.¹⁴⁹ Definições abertas, por outro lado, determinam o conteúdo do direito sem considerar interesses conflitantes. O âmbito protegido *prima facie* do direito independe de cada caso concreto, e por isso pode ser precisado previsivelmente e com segurança jurídica. Só é determinado se existe proteção definitiva em um segundo passo de forma aberta e compreensível, através de ponderações.

Em quinto lugar, definições restritas reduzem o peso da fundamentação estatal de forma questionável em termos constitucionais.¹⁵⁰ No caso de definições restritas pode-se recusar a tutela jusfundamental com a simples indicação de que ela não abarcaria um determinado comportamento. Dessa forma, possibilidades de restrição são vistas, em parte, como restrições do âmbito protegido.¹⁵¹ Essa ação é subjetiva, arbitrária e manipulativa.¹⁵² Pode-se rechaçar a tutela jusfundamental sem que para isso sejam

¹⁴⁷ Meister (Fn. 43), p. 116.

¹⁴⁸ Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz, 1987, p. 172, 174 f. De forma similar, Von Arnould (Fn. 40), p. 87.

¹⁴⁹ Höfling (Fn. 144), p. 339.

¹⁵⁰ Kahl (Fn. 144), p. 189 ff.; Kahl (Fn. 141), p. 610 f. Acerca disso, comparar a representação gráfica dos decrescentes pesos da fundamentação na aplicação de teorias do âmbito protegido mais restritas em Meister (Fn. 43), p. 121.

¹⁵¹ Para uma aproximação como essa, da "*Limitation as Specification*", ver Webber (Fn. 27), p. 123 ff. Crítica em Rivers, Book review: The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights, by Grégoire C. N. Webber, Public Law 2011, p. 215.

¹⁵² Kahl (Fn. 144), p. 191 f.

explicitadas justificativas fundamentadas. Existe um déficit justificativo.

Isso promove, em sexto lugar, arbitrariedade judicial. A auditabilidade da decisão é restringida devido à falta de justificativas. Por outro lado, as definições amplas são responsáveis pela existência de uma proteção *prima facie* mais ampla.¹⁵³ Assim, lacunas no sistema de tutela jusfundamental são evitadas na medida do possível.¹⁵⁴ Todas as restrições têm que se sustentar no plano da justificação de um controle.¹⁵⁵ Para cada conduta restritiva de liberdades, o estado está submetido a uma ampla obrigação de se justificar; as medidas de segurança do estado de direito, como o princípio da proporcionalidade, são continuamente aplicáveis. Isso impede arbitrariedades judiciais. Portanto, definições amplas de direitos fundamentais são preferíveis.

7. Resultado

Direitos fundamentais não são privados de sua eficácia nem pela aplicação do princípio da proporcionalidade nem por ponderações. Pelo contrário, o preceito da proporcionalidade e o instrumento metódico da ponderação são os melhores meios disponíveis para resolver colisões complexas e difíceis entre direitos fundamentais e outros princípios. A jurisdição jusfundamental está necessariamente baseada em ponderações, e o princípio da proporcionalidade oferece a melhor a melhor estrutura decisória disponível para isso.¹⁵⁶

Refutamos cinco objeções ao princípio da proporcionalidade. No sentido contrário a uma concepção dos direitos fundamentais como puros interesses, desenvolvemos um modelo jusfundamental que concede aos direitos fundamentais uma dupla priorização frente a outras considerações no âmbito do exame de proporcionalidade. Assim, harmonizamos a ideia de compreender os direitos fundamentais como “*trumps*”, “*side constraints*” ou “*firewalls*” com o princípio da proporcionalidade. Deste modo se cria um padrão flexível para a aplicação dos direitos fundamentais que possibilita balancear direitos fundamentais e interesses públicos sem negligenciar de forma inadequada a tutela jusfundamental.

No que diz respeito à relação entre ponderações e argumentos morais, mostramos com auxílio da tese do caso especial que necessariamente a argumentação moral está

¹⁵³ Kumm, *Political Liberalism and the Structures of Rights* (Fn. 6), p. 141: “*subject practically all acts of public authorities that affect the interests of individuals to proportionality review*”.

¹⁵⁴ Cohen-Eliya/Porat (Fn. 5), p. 477 ff.

¹⁵⁵ Sobre o fato de que o princípio da proporcionalidade cria um dever do estado de justificar restrições a direitos fundamentais, ver Cohen-Eliya/Porat (Fn. 5), p. 463; Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification* (Fn. 6), p. 168 ff.

¹⁵⁶ Stone Sweet/Mathews, *All things in proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, Working Paper 2010, p. 5.

contida em toda ponderação. Ponderações não são neutras moralmente. Em vez disso, quando ponderações são realizadas corretamente, se percebe que argumentos morais são inevitáveis. O modelo de ponderação que diferencia justificção interna e externa evidencia com muita clareza a influência da argumentação moral na tomada de decisões judiciais.

Sobre a objeção da incomensurabilidade, demonstramos que ambas as suas variantes não convencem. Por um lado, ponderações não se baseiam na atribuição de valores matemáticos exatos. Por outro lado, não existe o perigo de se privilegiar princípios quantificáveis frente a outros. Como uma versão fraca da tese da incomensurabilidade não deixa de reconhecer que se pode estabelecer relações de preferência entre princípios através de argumentação moral e como ponderações contêm argumentação moral, a versão fraca da tese da incomensurabilidade não consegue invalidar o modelo da ponderação. Além disso, mostramos que o modelo da ponderação – embora represente uma conexão entre as argumentações jurídica e moral – é moralmente neutro no sentido de que não se baseia em uma teoria moral específica.

Desenvolvemos múltiplos argumentos a favor de se preferir definições amplas de direitos fundamentais às definições restritas. Como o conceito da ponderação pode atribuir a cada consideração o peso adequado, não é mais necessário excluir *a priori* determinadas considerações a nível do âmbito protegido através de uma definição restrita.

Assim, o princípio da proporcionalidade garante, como um todo, a melhor ponderação possível de direitos fundamentais com outros direitos e interesses.¹⁵⁷ Ele é indispensável para realizar diferenciações analíticas que ajudam a descobrir aspectos decisivos nos mais diferentes casos. Dessa maneira, ele possibilita uma argumentação fundamentada. Nessa medida, o princípio da proporcionalidade materializa padrões básicos de racionalidade¹⁵⁸, ele é um “*very powerful rational instrument*”¹⁵⁹. Por isso, concluímos com a tese de que o princípio da proporcionalidade deveria ter um papel importante na linguagem unificada de um constitucionalismo global.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Rivers (Fn. 9), p. 176.

¹⁵⁸ Borowski (Fn. 15), p. 210.

¹⁵⁹ Borowski (Fn. 15), p. 232.

¹⁶⁰ Ver Cohen-Eliya/Porat (Fn. 5), p. 466.

Referências Bibliográficas

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing, **The Yale Law Journal**, v. 96, p. 943–1005, 1987.

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Translated by Julian Rivers. Oxford: University Press, 2002.

_____. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Oxford: University Press, 1989.

_____. Balancing, constitutional review, and representation, **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

_____. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, p. 131-140, jun. 2003.

_____. Die Doppelnatur des Rechts, **Der Staat**, v. 50, p. 389-404, 2011.

_____. Grundrechte und Verhältnismäßigkeit. In: SCHMIDT-JORTZIG, Festschrift für Edzard. **Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa**. Heidelberg; München; Landsberg; Frechen; Hamburg: C.F. Müller, 2011, p. 3-16, 2011.

_____. Justification and Application of Norms, **Ratio Juris**, Oxford, v. 6, n. 2, p. 157-170, jul. 1993.

_____. Legal Philosophy: 5 Questions. In: NIELSEN, Morten Ebbe Juul (Org.), **Legal Philosophy: 5 Questions**, [S.l]: Automatic Press/VIP, p. 1-2, 2007.

_____. On Balancing and Subsumption, **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

_____. On Constitutional Rights to Protection, **Legisprudence: International Journal for the Study of Legislatio**, v. 3, n. 1, p. 1-17, jul. 2009.

_____. The Special Case Thesis, **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374-384, 1999.

_____. The Weight Formula. In: STELMACH, Jerzy; BROZEK, Bartosz; ZALUSKI, Wojciech (Orgs.). **Studies in the Philosophy of Law: Frontiers of the economic analysis of law**. Krakow: Jagiellonian University Press, p. 9-27, 2007.

_____. **Theorie der Grundrechte**. [Frankfurt]: Suhrkamp Verlag, 1994.

_____. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Org.). **Law, rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford: Hart, p. 333-366, 2007.

BARRY, Brian. **Political Argument: A Reissue with a New Introduction**. Hemel Hempstead: University of California Press, 1990.

BEATTY, David M. **The Ultimate Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: _____ (Org.). **Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 188-197, 1991.

BOGDANDY, Armin Von. The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union. **Common Market Law Review**, v. 37, p. 1307-1338, 2000.

BOROWSKI, Martin. Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52 (2) Charter of Fundamental Rights of the European Union, **Legisprudence**, v. 1, n. 2, p. 197-240, 2007.

BVerfGE 16, 194 (201 f.); 17, 306 (313 f.); 19, 342 (348 f.); 23, 127 (133); 35, 382 (400 f.); 55, 159 (165); 76, 1 (50 f.); 92, 262 (273); 120, 274 (322); 126, 112 (144 ff.); 127, 132 (146).
Aus der Literatur siehe nur Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. (Band II). Heidelberg; München; Landsberg; Frechen; Hamburg: C.F. Müller, § 26, 2004.

CHANG, Ruth. Introduction. In: _____ (Org.). **Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason**, Cambridge, MA: Harvard University Press, p. 1-34, 1997.

CLAYTON, Richard; TOMLINSON, Hugh. **The Law of Human Rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. Proportionality and the HRA 1998: Implications for Substantive Review, **Judicial Review**, v. 7, p. 124-136, 2002.

_____. Regaining a Sense of Proportion. The Human Rights Act and the Proportionality Principle, **European Human Rights Law Review**, v. 5, p. 504, 2001.

COFFIN, Frank M. Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice, **New York University Law Review**, v. 63, p. 16-42, apr. 1988.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: The historical origins, **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, p. 263-286, 2010.

_____; _____. Proportionality and the Culture of Justification, **American Journal of Comparative Law**, v. 59, n. 2, p. 463-490, 2011.

DENNINGER, Erhard. Polizei und demokratische Politik, **Juristenzeitung**, v. 25, p. 145-152, 1970.

DWARS, Ingrid. Application discourse and special case thesis, **Ratio Juris**, v. 5, n. 1, p. 67-78, mar. 1992.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: The moral reading of the American Constitution**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

_____. **Taking Rights Seriously**. London: Harvard University Press, 1978.

EMILIOU, Nicholas. **The principle of proportionality in European Law: A comparative study**, London: Kluwer Academic Publishers, 1996.

FINNIS, John M. Natural Law and Legal Reasoning. In: GEORGE, Robert P. (Org.). **Natural Law Theory**: contemporary essays. Oxford: Oxford University Press, p. 134-157, 1992.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Kritik der praktischen Konkordanz, **Kritische Justiz**, v. 41, p. 166-177, 2008.

FRANCK, Thomas M. Proportionality in International Law, **Rights, Balancing & Proportionality**, v. 4, n. 2, p. 230-241, 2010.

GERARDS, Janneke; SENDEN, Hanneke. The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights, **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 4, p. 619-653, 2009.

GREER, Steven. Balancing and the European Court of Human Rights: A contribution to the Habermas-Alexy Debate, **Cambridge Law Journal**, v. 63, p. 412-34, jun. 2004.

_____. **The European convention on human rights**: Achievements, problems and prospects. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GRIFFIN, James. Incommensurability: What's the Problem?. In: CHANG, Ruth (Org.). **Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason**, Cambridge, MA: Harvard University Press, p. 35-51, 1997.

GÜNTHER, Klaus. Critical Remarks on Robert Alexy's Special case thesis, **Ratio Juris**, v. 6, n. 2, p. 143-156, 1993.

HABERMAS, Jünger. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, MA: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

_____. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. [Frankfurt]: Suhrkamp Verlag, 1992.

HARBO, Tor-Inge. The Function of the Proportionality Principle in EU Law, **European Law Journal**, v. 16, p. 158-185, 2010.

HICKMAN, Tom. Proportionality: Comparative Law Lessons, **Judicial Review**, v. 12, p. 31-55, 2007.

_____. The substance and the structure of proportionality, **Public Law**, p. 694-716, 2008.

HILLGRUBER, Christian. Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, **Juristenzeitung**, v. 66, p. 861-871, 2011.

HÖFLING, Wolfram. Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. In: MUCKEL, Stefan (Org.). **Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat**: Festschrift für Wolfgang Rüdner zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, p. 329-340, 2003.

_____. **Offene Grundrechts interpretation**: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungs kompetenz, Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

HUBER, Peter M. Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, **Juristenzeitung**, v. 58, p. 290-297, 2003.

JANS, Jan H.; DE LANGE, Roel; PRECHAL, A.; WIDDERSHOVEN, R. J. G. M. **Europeanisation of Public Law**. Groningen: Europa Law Publishing, 2007.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing. Its Strengths and Weaknesses. In: KLATT, Matthias (Org.). **Institutionalized Reason**: The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, p. 152-172, 2012.

KAHL, Wolfgang. Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik. Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas, **Archiv des öffentlichen Rechts**, v. 131, p. 579-620, 2006.

_____. Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, **Der Staat**, v. 43, p. 167-202, 2004.

KHOSLA, Madhav. Proportionality: An assault on human rights?: A reply, **International**

Journal of Constitutional Law, v. 8, p. 298-306, 2010.

KLATT, Mathias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic Discretion in Constitutional Law, **International Journal of Constitutional Law**, Heft 1, 2012 (a ser publicado).

_____; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**, Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLEMENT, Jan Henrik. Common Law Thinking in German Jurisprudence: On Alexy's Principles Theory. In: KLATT, Matthias (Org.). **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, p. 173-200, 2012.

KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law, **The European Journal of International Law**, v. 20, n. 1, p. 7-19, 1990.

KUMM, Mattias. Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice: A review essay on a Theory of Constitutional Rights, **International Journal of Constitutional Law**, v. 2, n. 3, p. 574-596, 2004.

_____. Political Liberalism and the Structures of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law, rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy**, Oxford: Hart Publishing, p. 131-166, 2007.

_____. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, p. 141-142, 2010.

LAW, David S. Generic Constitutional Law, **Minnesota Law Review**, v. 89, p. 652-742, 2005.

LERCHE, Peter. **Übermaß und Verfassungsrecht**. Heymann: Keip, 1961.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MARTINEAU, Anne-Charlotte. La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques), **Revue du droit public de la science**

politique en France et á l'étranger, v. 123, p. 991-1030, 2007.

MCHARG, Aileen, Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, **Modern Law Review**, v. 62, n. 5, p. 671-696, sep. 1999.

MEISTER, Moritz. **Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz**. Berlin: Duncker and Humblot, 2011.

MERTEN, Detlef. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. In: _____; PAPIER, Hans Jünger. (Org.), **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**. (Band III). Heidelberg; München; Landsberg; Frechen; Hamburg: C.F. Müller, § 68, p. 517-568, 2009.

MILLGRAM, Elijah. Incommensurability and Practical Reasoning. In: CHANG, Ruth (Org.), **Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason**, Cambridge, MA: Harvard University Press, p. 151-169, 1997.

MISERA-LANG, Kathrin. **Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte**. Frankfurt: Lang, 1999.

MÖLLERS, Christoph. Wandel der Grundrechts judikatur: Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG, **NJW**, p. 1973-1979, 2005.

NOLTE, Georg. Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law, **Rights, Balancing & Proportionality**, v. 4, p. 244-255, 2010.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. Oxford: Basic Books, 1974.

OSSENBÜHL, **VVDStRL**, v. 39, p. 189 (Diskussionsbeitrag), 1981.

PAVLAKOS, Georgios. The Special Case Thesis: An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law, **Ratio Juris**, v. 11, p. 126-154, 1998.

POSCHER, Ralf. The Principles Theory: How many Theories and What is their Merit?. In: KLATT, Matthias (Org.). **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**.

Oxford: Oxford University Press, p. 218-247, 2012.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford: [s.n.], 1972.

_____. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

RIVERS, Julian. Book review: The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights, by Grégoire C. N. Webber, **Public Law**, p. 215, 2011.

_____. Proportionality and discretion in international and European law. In: TSAGOURIAS, N. (org.). **Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives**. Cambridge: Hart Publishing, p. 107-132, 2007.

_____. Proportionality and variable intensity of review, **Cambridge Law Journal**, v. 65, p. 174-207, 2006.

_____. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law, rights and discourse: The legal philosophy of Robert Alexy**, Oxford: Hart Publishing, p. 167-188, 2007.

RUSTEBERG, Benjamin. **Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt: Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

SADURSKI, Wojciech. **Rights before courts: A study of constitutional courts in postcommunist states of Central and Eastern Europe**. Dordrecht: Springer, 2008.

SAURER, Johannes. Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, **Der Staat**, v. 51, p. 3-33, 2012.

SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Matthias (Org.). **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, p. 307-318, 2012.

_____. Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study

in Comparative Constitutional Architecture. In: Nolte, Georg (Org.). **European and US Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 49-69.

_____. The Exceptional First Amendment. In: IGNATIEFF, Michael (Org.). **American Exceptionalism and Human Rights**. Princeton: Princeton University Press, p. 29-56, 2005.

SCHWARZE, Jurgen. **European Administrative Law**, London: Sweet & Maxwell UK, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision, **Oxford Journal of Legal Studies**, n. 31, 2011, p. 273-301.

STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. All things in proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing, **Working Paper**, p. 1-88, 2010.

_____; _____. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 74-165, 2008.

TRIDIMAS, Takis. **The general principles of EU law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights?, **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, p. 468-493, 2010.

_____. Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla, **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, p. 307-310, 2010.

VEEL, Paul-Erik N. Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making, **Rights, Balancing & Proportionality**, v. 4, p. 177-228.

VON ARNAULD, Andreas. **Die Freiheitsrechte und ihre Schranken**. [S.l.]: Nomos, 1999.

WALDRON, Jeremy. Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer, **Hastings Law Journal**, v. 45, p. 813-824, 1993-1994.

WEBBER, Grégoire C. N. Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 23, p. 179-202, 2010.

_____. **The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

WEIß, Buchbesprechung zu Benjamin Rusteberg: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, **AÖR**, v. 34, p. 619-622, 2009.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision, **Rechtstheorie**, v. 5, p. 33-46, 1974.

ZUCCA, Lorenzo. **Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Zur Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Europäischen Menschenrechtskonvention siehe EGMR, Sporrang and Lönnroth v Sweden, 1982.