DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ORDINÁRIO. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E JURISDIÇÃO ESPECIALIZADA - 2002

Domingo, 5 de Abril de 2020 17:36:50

ARTIGO - TRADUÇÃO

AUTOR: Robert Alexy

TRADUTOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 799, ano 91, p. 33-51, maio de 2002

Anexos: 10

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ORDINÁRIO. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E JURISDIÇÃO ESPECIALIZADA*

ROBERT ALEXY

Professor na Universidade de Kiel – Alemanha.

SUMÁRIO: *1. Problemas e programa: 1.1 Força de validade formal e densidade de normalização material; 1.2 A expansão de conteúdos constitucionais materiais; 1.3 Constitucionalização direta e indireta; 1.4 Constitucionalização, sobreconstitucionalização, subconstitucionalização – 2. Ordenações: 2.1 Ordenação-quadro; 2.2 Ordenação fundamental – 3. Espaços: 3.1 Espaços estruturais: 3.1.1 Espaço de determinação da finalidade; 3.1.2 Espaço de escolha médio; 3.1.3 Espaço de ponderação: 3.2 Espaços epistemológicos; 3.2.1 Espaço cognitivo empírico; 3.2.2 Espaço cognitivo normativo – 4. Resultado.*

1. PROBLEMAS E PROGRAMA

1.1 Força de validade formal e densidade de normalização material

A proposição com relação a que tipo e extensão dos problemas da relação entre direito constitucional e direito ordinário assim como entre jurisdição constitucional e jurisdição especializada são determinados essencialmente por dois fatores – que podem ser qualificados como força de validade formal e densidade de normalização material da Constituição – pode ser considerada como acertada a todas as constituições. A Lei Fundamental é, por suas ordens de vinculação, que expressam a primazia da Constituição em seus arts. 20, alínea 3,[NT1] e 1, alínea 3,[NT2] assim como por sua autorização e obrigação ampla do tribunal constitucional

(*) Esta palestra foi proferida em Würzburg, na quinta-feira, dia 04.10.2001, na Jornada dos Professores de Direito do Estado. Ela vai sair nas Publicações da Associação dos Professores de Direito do Estado Alemães (VVDStL), v. 61, p. 7 et seq., em 2002. Sua tradução, pelo Dr. Luís Afonso Heck, Professor na Ulbra e na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, foi autorizada pela própria editora Walter de Gruyter.

(NT1) A legislação está vinculada à ordem constitucional, o Poder Executivo e a jurisdição à lei e ao direito.

(NT2) Os direitos fundamentais seguintes vinculam legislação, Poder Executivo e jurisdição como direito diretamente vigente.

RT/Fasc. Civ. Ano 91 v. 799 maio 2002 p. 33-51

federal para o controle dessas ordens, de validade extremamente formal. Uma tal dimensão máxima é relativamente não-problemática, enquanto a densidade de normalização material é limitada e essa limitação é claramente determinável. Problemas sérios nascem, porém, quando a densidade de normalização é indeterminável ou é liberada de limites.[1] Essa conexão é desde há muito conhecida. Assim Hans Kelsen, no Congresso de Viena de nossa associação no ano de 1928, vinculou seu discurso de defesa de um tribunal constitucional[2] não só com a exigência que a Constituição deve determinar "tão precisamente quanto possível as proposições, linhas de orientação, barreiras ..." matérias a serem controladas pelo tribunal constitucional,[3] mas também com a advertência sobre um "papel extremamente perigoso, que "valores" ou "princípios", como, por exemplo, "liberdade" e "igualdade", "por falta de uma determinação mais circunstanciada, (...) exatamente no âmbito da jurisdição constitucional", podem desempenhar.[4] Ao tribunal constitucional pode, por meio deles, ser "concedida uma plenitude de poderes, que absolutamente deve ser considerada como insuportável".[5] Força de validade formal máxima é, assim reza a mensagem de Kelsen, somente suportável sob a condição de densidade de normalização material suficientemente limitada e determinável.

1.2 A expansão de conteúdos constitucionais materiais

Advertências como essas não puderam impedir que sob a Lei Fundamental chegasse a uma expansão de conteúdos constitucionais materiais. Essa história da expansão foi tantas vezes descrita,[6] que aqui bastam verbetes. O bigue-bange – que naturalmente já se anunciou antes[7] – teve lugar em 1958 na sentença-Lüth. Muitas coisas nessa decisão ainda são tateantes e pouco desenvolvidas, ou enviesadas e antiquadas, mas três idéias entrelaçadas estreitamente uma com as outras ficarão para sempre – indiferente se se as aprovam ou não – grandes e significativas. A primeira, e que já encerra em si todo o resto, é que o catálogo de direitos fundamentais não garante apenas direitos de defesa, mas também expressa um sistema de normas de tipo amplo, que o tribunal, naquela época, mais equivocadamente qualificou de valores e normas objetivas,[8] mais tarde, então, guarneceu-as de descrições muito amplas, assim, "função jurídico-objetiva como 'norma de princípio que decide valores'",[9] mas também simplesmente titulou como "princípios",[10] o que também deve suceder aqui.[11] Com isso, o postulado de Kelsen da força de validade formal foi, com a interpretação de Smend do catálogo de direitos fundamentais como expressão de um "sistema de valores ou de bens, um

(1) Comparar *Wahl* Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 1981), 502 ff.

(2) *Kelsen* Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 53 ff.

(3) *Ders.* (Fn. 2), 70.

(4) *Ders.* (Fn. 2), 69.

(5) *Ders.* (Fn. 2), 70.

(6) Comparar, em vez de muitos, *Böckenförde* Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 163 ff.; *Dreier* Dimensionen der Grundrechte, 1993, 10 ff.; *Dolderer* Objektive Grundrechtsgehalte. 2000, 117 ff.

(7) Comparar, por exemplo, BVerfGE 6, 55, 72.

(8) BVerfGE 7, 198, 205.

(9) BVerfGE77, 170, 214.

(10) BVerfGE 81, 242, 254.

(11) Comparar *Alexy* Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996, 71 ff.

sistema de cultura",[12] unido.[13] A segunda idéia entende-se quase por si mesma em vista do artigo I, alínea 3, da Lei Fundamental. Se os direitos fundamentais vinculam todos os três Poderes e são princípios, então eles vinculam também todos os três Poderes como princípios. Mas como princípios ou valores eles podem ser correspondentes em toda a parte. Chega a haver a ubiqüidade dos direitos fundamentais que, com o conceito de irradiação em "todos os âmbitos do direito",[14] sem dúvida, é descrita um pouco plasticamente, mas acertadamente em seu núcleo. A terceira idéia resulta da estrutura daquilo que o tribunal constitucional federal, naquela época, qualificou de "valor". Valores ou princípios têm o costume de colidir. A proposição central para a vida cotidiana jurídica da sentença-Lüth, por conseguinte, reza: "Torna-se necessária, por isso, uma 'ponderação de bens'".[15] Isso tem, como o tribunal constatou com agudeza, conseqüências: "Uma ponderação incorreta pode violar o direito fundamental e, assim, fundamentar o recurso constitucional para o tribunal constitucional federal."[16] À idéia smendiana são implantados, assim, dentes kelsenianos.

A tríade de valor ou princípio, irradiação e ponderação fora introduzida para proporcionar validade aos direitos fundamentais no direito civil. Hoje, isso é formulado mais precisamente com auxílio da figura, empregada em todos os setores do direito, do direito à proteção.[17] Direito à organização e procedimento[18] e prestações fáticas positivas[19] associaram-se e o fortalecimento do princípio da igualdade geral para o critério de um, orientado pelos "requisitos de proporcionalidade", "exame rigoroso",[20] fez o resto.

(12) *Smend* Verfassung und Verfasungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., 1994, 264.

(13) *Smend* também emprega ao lado desse conceito o de princípio. Comparar *dens.* Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), 47: "princípios de direitos fundamentais".

(14) BVerfGE 7, 198, 205.

(15) BVerfGE 7, 198, 210.

(16) BVerfGE 7, 198, 212.

(17) Comparar BVerfGE 39, 1,42; 46, 160, 164 f.; 88, 203, 251 ff.; 89, 214, 231 f.; 97, 169, 176, assim como *Isensee* Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; *Hermes* Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; *Robbers* Sicherheit als Menchenrecht, 1987; *Dietlein* Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; *Unruh* Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996; *Canaris* Grundrechte und Privatrecht, 1999.

(18) Comparar BVerfGE 35, 79, 116; 52, 380, 389 f.; 53, 30, 65 f.; 73, 280, 296; 90, 60, 96, assim como *Häberle* Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1971), 80 ff.; *Hesse* Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, 434 ff.; *Goerlich* Grundrechte als Verfassungsgarantien, 1981; *Denninger* Staailiche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organization und Finanzierung, HStR V, § 113 Rn. 1 ff.

(19) Comparar BVerfGE 33, 303, 333; 40, 121, 133; 45, 187, 228; 74, 40, 62 f.; 82, 60, 85; 87, 153, 171; 90, 107, 115, assim como *Murswiek* Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, HStR V, § 112 Rn. 86 ff.; *Borowski* Grundrechte als Prinzipien, 1998, 289 ff.

(20) BVerfGE 88, 87, 96 f.; comparar, além disso, BVerfGE 55, 72, 88; 84, 197, 199; 99, 129, 139, assim como *Kirchhof* Der allgemeine Gleichheitssatz, HStR V, § 108 Rn. 215 ff.; *Hesse* Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit, FS Lerche, 1993, 121 ff.; *Huster* Rechte und Ziele, 1993; *Sachs* Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Wilkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, 124 ff.

1.3 Constitucionalização direta e indireta

A expansão debuxada de conteúdo jurídico-fundamental efetuou uma constitucionalização material da ordem jurídica.[21] Todos os três Poderes são afetados por ela diretamente. Em comparação com a jurisdição especializada associa-se uma constitucionalização indireta ou formal.[22] Cada aplicação de direito viciosa é, pelo menos,[23] por isso, inconstitucional, porque ela infringe a vinculação, ordenada pelo artigo 20, alínea 3, da Lei Fundamental, à lei e ao direito.[24] Toda violação de direito jurídico-ordinária corresponde, assim, a uma inconstitucionalidade de conteúdo igual. Se um titular de direitos fundamentais é afetado, então existe, se se segue a linha da sentença-Elfes,[25] pelo menos, uma violação do direito fundamental à liberdade de ação geral.[26]

Os problemas que a constitucionalização indireta ou formal prepara na relação jurisdição constitucional e jurisdição especializada devem ficar fora de consideração. Minhas exposições irão limitar-se totalmente à constitucionalização material ou direta. Esta conduz na relação entre jurisdição constitucional e jurisdição especializada fundamentalmente às mesmas questões como na relação entre tribunal constitucional e legislador, o que tem a sua razão no pensamento nuclear excelente da fórmula de Schumann,[27] que nenhum tribunal deve tomar por base para a sua decisão uma regra que "nem sequer o legislador poderia ordenar".[28] Somente esse aspecto deve aqui interessar.

(21) Comparar *Schuppert/Bumke* Die Konstitutionalizierung der Rechtsordnung, 2000.

(22) Aos conceitos de constitucionalização direta e indireta correspondem os conceitos de inconstitucionalidade direta e indireta. Comparar *Kelsen* (Fn.2), 39 f., que, ao lado de "direto" e "indireto", também emprega as expressões "imediato" e "mediato", e *Papier* "Spezifisches Verfassungsrecht" und "Einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, FG Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 1976, 435.

(23) Ao lado disso entram em consideração infrações a reservas de lei jurídico-fundamentais e à proibição de arbitrariedade do artigo 3, alínea 1, da Lei Fundamental [Todas as pessoas são iguais diante da lei]; comparar *Voßkuhle*, in: v. Mangolt/Klein/Starck, GG III, Art. 39 Rdnr. 55; *Jestaedt* Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, DVB1. 2001, 1310.

(24) H.-J. Koch Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte, GS Jeand'Heur, 1999, 136.

(25) BVerfGE 6, 32.

(26) Comparar *Schumann* Verfassungs-und Menchenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen. 1963, 196 f.; *Papier* (F. 22), 434; *Ossenbühl* Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, FS Ipsen, 1977, 137 f.

(27) *Schumann* (Fn. 26), 334, circunstanciado 206 f.; comparar para isso *Berkemann* Das Bundesverfassungsgericht und "seine" Fachgerichtsbarkeiten, DVB1. 1996, 1032 f.; *Starck* Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, 1039; *Robbers* Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, 936; *Koch* (Fn. 24), 139, 146 ff.; *Jestaedt* (Fn. 23), 1321; Düwel Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, 2000, 65 ff., 264 f.

(28) BVerfGE 89, 28, 36; comparar, ademais, BVerfGE 79, 283, 290; 81, 29, 31 f.; 82, 6, 15 f.; 84, 197, 199; 84, 372, 379.

1.4 Constitucionalização, sobreconstitucionalização, subconstitucionalização

A constitucionalização material foi sempre acompanhada de objeções. Seja apenas recordada a crítica mordaz de Carl Schmitt[29] e Ernst Forsthoff.[30] Em época mais recente Böckenförde continuou a fiar esse assunto. Pela transformação dos direitos fundamentais "de princípios e garantias na relação cidadão–Estado em princípios supremos da ordem jurídica ao todo"[31] perde a Constituição o caráter de uma ordenação-quadro e torna-se "ordenação fundamental jurídica da comunidade",[32] que "já ... contém a ordem jurídica ao todo ... – no plano das normas-princípio com tendência de otimização".[33] O tribunal constitucional está obrigado a impor isso por decisões de ponderação.[34] O processo político-democrático perde em significado,[35] e a "passagem do Estado-legislador parlamentar para o Estado-jurisdição judicial constitucional" não pode mais ser detida.[36]

A diagnose de Böckenförde de uma sobreconstitucionalização deixa-se transferir facilmente à relação entre jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Se a Constituição realmente já contivesse em si toda a ordem jurídica, isso seria, portanto, o que Forsthoff sarcasticamente denominou de "ovo jurídico do mundo",[37] então ela determinaria completamente o lado normativo de cada decisão judicial especializada. O tribunal constitucional então mal poderia escapar do papel de uma instância de superrevisão e precisaria, entre outras coisas, como Diederichsen o formula em dura crítica, tornar-se "tribunal civil supremo".[38] Seria um Moloc devorador de duas vítimas: os outros poderes e o próprio.

E exata a diagnose da sobreconstitucionalização? O desenvolvimento dos últimos 50 anos foi um desenvolvimento defeituoso, que carece de correção fundamental? Minha resposta reza:não.

A linha-Lüth está, em geral, correta. Erros foram naturalmente cometidos e em toda a parte perigos estão à espreita. Estes, porém, podem ser prevenidos com meios que são imanentes à estrutura dos princípios constitucionais e, com isso, à estrutura da Constituição que os contém. Trazê-los à luz é tarefa de uma dogmática dos espaços. Ela não pode ser substituída pelas grandes fórmulas do debate da constitucionalização. Se é direcionada para a diferença entre lei e política,[39] entre defesa e proteção,[40] entre normas de atuação e normas

(29) C. *Schmitt* Die Tyrannei der Werte, FS Forsthoff, 1967, 60 ff.

(30) *Forsthoff* Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, FG C. Schmitt, 1968, 185 ff.

(31) *Böckenförde* (Fn. 6), 188.

(32) *Ders.* (Fn. 6), 198.

(33) *Ders.* (Fn. 6), 189.

(34) *Ders.* (Fn. 6), 196.

(35) *Ders.* (Fn. 6), 197.

(36) *Ders.* (Fn. 6), 190.

(37) *Forsthoff* Der Staat der IndustriegeselIschaft, 2. Aufl., 1971, 144.

(38) *Diederichsen* Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlethre, in: AcP 198 (1998), 171 ff.

(39) Comparar E. *Kaufmann* Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1952), 3 ff.; *Leibholz* Der Status des Bundesverfassungsgerichts, JÖR 6 (1957), 120 ff.

(40) Comparar *Böckenförde* (Fn. 6), 183 f, 194.

de controle,[41] entre critérios materiais e jurídico-funcionais[42] ou entre intervenção e formação[43] ou se é recomendada a limitação a posições mínimas[44] ou a métodos econômicos,[45] em toda a parte parece haver alguma coisa ou qualquer coisa de verdade nisso, todavia, nada basta. A força de condução dos critérios oferecidos é ou muito difusa, de forma que fica aberto, ou ela vai em direção a uma subconstitucionalização, que deve ser evitada do mesmo modo como uma sobreconstitucionalização.[46] Uma constitucionalização adequada somente é possível obter sobre o caminho, pedregoso e cheio de manhas, de uma dogmática do espaço. Ela se estende, como o problema da constitucionalização, no fundo, além do âmbito dos direitos fundamentais. Mas ela tem aqui o seu ponto essencial e de partida. Eu, por conseguinte, irei deter-me nesse campo.

2. *ORDENAÇÕES*

O conceito de espaço está unido estreitamente com aquele da ordenação-quadro. A concepção da Constituição como ordenação-quadro é freqüentemente contraposta àquela da Constituição como ordem fundamental como uma alternativa fundamental.[47] Assim, na questão, se a Constituição deve ser concebida como ordenação-quadro ou como ordenação fundamental, segundo Böckenförde, trata-se nada menos do que uma decisão fundamental sobre "a compreensão fundamental da Constituição".[48] Um olhar mais circunstanciado mostra, contudo, que a idéia da ordenação-quadro sem mais é compatível com a idéia da ordenação fundamental.

(41) Comparar *Forsthoff* Über Maßnahmegesetze, in: *ders.* Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, 117 f.; *Bryde* Verfassungsentwicklung 1982, 335 ff.; *Krebs* Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, 102.

(42) Comparar *Ehmke* Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 73; *Schuppert* Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980; *Hesse* Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, FS Huber, 1981, 261 ff.; *Heun* Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, 49 ff.

(43) Comparar *Gellermann* Grundrechte in einfachrechtlichem Gewande, 2000, 57 ff., 350 ff.

(44) Deve ser diferenciado entre teorias de posições mínimas absolutas e relativas. Uma teoria de posição mínima sustenta quem determina a posição mínima sem recurso ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, portanto, livre de ponderação. Comparar, por exemplo, *Schlink* Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, 78 f.; 193 f. O problema é como isso deve ser possível. Teorias relativas determinam a posição mínima, ao contrário do exatamente a teoria absoluta quer evitar, por uma ponderação. Comparar, por exemplo, *Hain* Die Grundsätze des Grundgcsetzes, 1999, 193 ff. A figura da posição mínima perde, com isso, o caráter de uma alternativa para a ponderação. Isso mostra que coisa extremamente distinta apresenta-se sob a etiqueta "posição mínima".

(45) Comparar *Forsthoff* Zur Problematik der Verfassungsausleguug, 1961, 34 ff.; *Jestaedi* Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 329 ff.

(46) Trata-se de um "caminho do meio"; comparar *H. H. Klein* Der demokratische Grundrechtsstaat, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1995/I, 85.

(47) Comparar *Wahl* (Fn. 1), 507; *Böekenförde* (Fn. 6), S. 198; *Starck* (Fn. 27), 1038 f.

(48) *Böckenförde* Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organization, Legitimation, NJW 1999, 13.

2.1 *Ordenação-quadro*

Uma Constituição traça ao legislador exatamente então um quadro, quando ela lhe proíbe algo – por exemplo, por direitos de defesa –, ordena algo – por exemplo, por direitos de proteção e algo nem proíbe nem ordena, portanto, libera. O proibido pode-se qualificar jurídico-constitucionalmente de impossível, o ordenado jurídico-constitucionalmente de necessário e o liberado jurídico-constitucionalmente de possível. O liberado ou possível situa-se no quadro, o proibido ou impossível na forma, em conjunto com o ordenado ou necessário, o quadro. O conceito de espaço define-se sob este fundamento como que por si: tudo e somente isto que está liberado situa-se no espaço.

2.2 *Ordenação fundamental*

Não é necessário realçar que isso é totalmente um conceito de espaço e de quadro. Isso fica claro quando se o põe em comparação com o conceito de ordenação fundamental. O conceito de ordenação fundamental pode ser formulado quantitativa ou qualitativamente. Uma Constituição é uma ordenação fundamental no sentido quantitativo, quando ela não libera nada, portanto, para tudo tem à disposição ou um mandamento ou uma proibição. Isso é o "ovo jurídico do mundo" de Forsthoff. Alguma coisa neste gênero Lerche tem em vista, quando ele, em uma produção de conexões mental, ligeira e sem compromisso, constrói o extremo do "caso oposto exato" da ordenação-quadro.[49] O conceito de ordenação fundamental, pelo contrário, não é contrário à ordenação-quadro. Uma Constituição é uma ordenação fundamental qualitativa, quando ela decide aquelas questões fundamentais da comunidade, que são suscetíveis e carecidas da decisão por uma Constituição. Esse conceito de ordenação fundamental é compatível com aquele da ordenação-quadro. Uma Constituição pode decidir questões fundamentais e, sob esse aspecto, ser uma ordenação fundamental e, contudo, deixar muita coisa em aberto e, sob esse aspecto, ser uma ordenação-quadro.

Com tudo isso, ainda nada foi dito sobre quais questões, como as fundamentais, podem e devem ser decididas por uma Constituição e quais, como tais, são decididas pela Lei Fundamental. Isso são problemas da teoria da Constituição material, assim como da dogmática dos direitos fundamentais geral e especial, para a qual aqui não tem espaço. Mas também sua resposta, todavia, depende essencialmente da resposta, a ser aqui somente perseguida, se uma compreensão fundamental da Constituição, que segue a sentença-Lüth, pode conseguir um equilíbrio correto entre ordenação fundamental e ordenação-quadro. Isso se determina segundo sua capacidade para a solução de problema de espaço.

3. *ESPAÇOS*

O tribunal constitucional federal fala muito de espaços. A terminologia é rica. Ao lado da simples palavra "espaço"[50] encontram-se as expressões "espaço de estimativa, de valoração e de configuração",[51] "espaço de apreciação",[52] "espaço de atuação",[53] "espaço

(49) *Lerche* Die Verfassung in der Hand der Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: Macke (Hrsg.), Verfassung und Verfassungsgericlltsbarkeit auf Landesebene, 1998, 216.

(50) Comparar BVerfGE 89, 214, 234.

(51) Comparar BVerfGE 88, 203, 262.

(52) Comparar BVerfGE 90, 145, 173.

(53) Comparar BVerfGE 39, 210, 225.

de decisão",[54] "espaço de prognose",[55] "espaço de experiência e de adaptação",[56] "espaço de interpretação",[57] "espaço de avaliação"[58] e "espaço de ponderação".[59] Acresce a isso um número imenso de enlaces que, sem dúvida, não empregam o conceito de espaço, porém denominam o mesmo, ou análogo, como "zona de configuração",[60] "espaço livre de configuração",[61] "poder de configuração"[62] e "liberdade de configuração",[63] "primazia de prognose"[64] e "prerrogativa de decisão".[65]

3.1 Espaços estruturais

Se se alarga a vista, então encontra-se logo a dicotomia decisiva. É a diferença entre espaços estruturais e espaços epistemológicos ou espaços cognitivos.

O espaço estrutural é definido por nada mais que a ausência de mandamentos e proibições definitivos.[66] O que a Constituição nem ordena nem proíbe, ela libera.[67] Ao espaço estrutural, com isso, pertence tudo o que a Constituição libera ou deixa livre definitivamente. Espaços estruturais, portanto, começam exatamente ali onde termina a normatividade material definitiva da Constituição. Como o controle judicial-constitucional é exclusivamente critério da Constituição, segue forçosamente que lá, onde inicia o espaço estrutural, cada controle judicial-constitucional termina.

O espaço epistemológico ou cognitivo é de tipo totalmente diferente. Ele não nasce dos limites daquilo que a Constituição ordena ou proíbe, mas dos limites da capacidade de cognição do que a Constituição, por um lado, ordena e proíbe e, por outro, nem ordena nem proíbe, portanto, libera. Se se quer aguçar a matéria, pode-se dizer que o espaço epistemológico nasce dos limites da capacidade de cognição dos limites da Constituição. No espaço estrutural, considerações jurídico-funcionais ou princípios formais não desempenham nenhum papel. Os problemas dos espaços epistemológicos, pelo contrário, não podem ser selecionados sem eles. Existem três espaços estruturais: o espaço de determinação da finalidade, o espaço de escolha médio e o espaço de ponderação.

(54) Comparar BVerfGE 95, 335, 350.

(55) Comparar BVerfGE 50, 290, 332.

(56) Comparar BVerfGE 56, 54, 82.

(57) Comparar BVerfGE 95, 28, 38.

(58) Comparar BVerfGE 99, 341, 353.

(59) Comparar BVerfGE 96, 56, 66.

(60) Comparar BVerfGE 81, 242, 255.

(61) Comparar BVerfGE 97, 169, 176.

(62) Comparar BVerfGE 64, 72, 85.

(63) Comparar BVerfGE 77, 170, 215.

(64) Comparar BVerfGE 87, 363, 383.

(65) Comparar BVerfGE 90, 145, 183.

(66) A ausência de mandamentos-*prima facie* e proibições-*prima facie* não é necessária para a existência de um espaço estrutural. Ao legislador já, *prima facie*, está proibido de intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental. Quando a intervenção, porém, é constitucional formal e materialmente, então ela está definitivamente permitida. Trata-se disso e somente disso na questão sobre a existência de um espaço estrutural. Para a distinção entre proibições-*prima facie* e mandamentos-*prima facie*, comparar *Alexy* (Fn. 11), 87 ff.

(67) *Alexy* (Fn. 11), 185.

3.1.1 Espaço de determinação da finalidade

O legislador tem, diante de um direito fundamental, um espaço de determinação da finalidade, quando o direito fundamental contém uma autorização de intervenção, que nem deixa aberto as razões de intervenção nem, sem dúvida, menciona razões de intervenção, mas somente permite a intervenção na existência dessas razões, mas não ordena. No primeiro caso, pode o legislador – supondo a proporcionalidade – perseguir todas as finalidades que a Lei Fundamental não lhe proíbe já como tais, portanto, abstratamente.[68] O espaço de determinação da finalidade relaciona-se não só com a seleção das finalidades, mas também com a determinação da medida de sua realização.

Como os limites do espaço de determinação da finalidade dependem essencialmente do princípio da proporcionalidade, o espaço de determinação da finalidade está enlaçado com todos os espaços aos quais a estrutura do exame da proporcionalidade conduz. Esse fenômeno do enlace é uma razão essencial para a complexidade da dogmática do espaço.

3.1.2 Espaço de escolha médio

O segundo espaço, o espaço de escolha médio, aparece no plano quando os direitos fundamentais não só proíbem intervenções, mas também ordenam ação positiva, sobretudo, na dimensão da proteção.[69] Ele resulta da estrutura de deveres positivos.[70] Se o legislador deve perseguir um objetivo e vários meios idôneos, por exemplo, em geral igualmente bons, estão à disposição, está-lhe permitida, fundamentalmente, a escolha do meio. Problemas nascem, todavia, quando os meios que estão à disposição atuam negativamente, em medida distinta, sobre outros objetivos ou princípios[71] ou quando é incerto se e em qual medida eles fomentam e prejudicam.[72] Então, novamente, produz-se enlace de espaços, o que, como por si mesmo, conduz ao espaço de ponderação e ao espaço cognitivo.

3.1.3 Espaço de ponderação

O espaço de ponderação é a parte essencial da dogmática-quadro. Como o problema da constitucionalização deve ser resolvido, depende essencialmente da solução do problema da ponderação. Não é, por conseguinte, nenhum exagero, quando Ossenbühl diz que a "questão sobre a ponderação no direito constitucional ..." contém "questões fundamentais e de existência da jurisprudência constitucional e da ordem jurídica no total".[73] O mandamento de ponderação é idêntico ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade. No problema do espaço de ponderação trata-se, por isso, do papel da proporcionalidade na dogmática-quadro.

E fácil de reconhecer que ambos os primeiros princípios parciais são critérios-quadro genuínos. Isso é mais claro no princípio da idoneidade. Se uma indicação de conhecimento

(68) A proibição abstrata de uma finalidade tem caráter de regra; para o caráter de regra, comparar *Alexy* (Fn. 11), 76 ff.

(69) Comparar, por exemplo, BVerfGE 46, 160, 164 f.

(70) *Alexy* (Fn. 11), 422 f.

(71) Comparar, por exemplo, BVerfGE 97, 169, 176.

(72) Comparar para isso *Borowski* (Fn. 19), 1998, 140 ff.

(73) *Ossenbühl*, Abwagung im Verfassungsrecht, DVBl. 1995, 911.

especializado comercial, como pressuposto para a autorização do estabelecimento de um distribuidor automático de cigarros, viola o artigo 12[NT3] da Lei Fundamental, porque ele não é idôneo para proteger os consumidores,[74] então é traçado ao legislador negativamente um limite. Análogo vale para o princípio da necessidade. Quando o tribunal constitucional federal declara inconstitucionais os §§ 2.232[NT4] e 2.233[NT5] do Código Civil alemão e o § 31[NT6] da Lei de Autenticação, que negam a pessoas capazes, que não podem escrever nem falar, de testar a possibilidade de redação do testamento, e fundamenta que a exclusão de um mudo, incapaz de escrever, de toda possibilidade de testar não é necessária para alcançar os objetivos perseguidos pelas prescrições jurídico-civis mencionadas, da certeza jurídica e da proteção de pessoas não-capazes de se autodeterminar, porque no caso de mudos incapazes de escrever, quando eles são capazes de se autodeterminar, são imagináveis os procedimentos de autenticação como meios mais suaves, que alcançam aqueles objetivos da mesma forma, mas restringem menos a liberdade de testar,[75] então o tribunal limita o espaço do legislador civil em uma forma negativa, sem determiná-lo positivamente. Isso é determinação-quadro. Simultaneamente, trata-se de otimização, uma vez que os princípios da idoneidade e da necessidade pedem aqui, como noutra parte, nada mais que uma realização tão ampla quanto possível dos princípios correspondentes, a cada vez, relativamente às possibilidades reais,[76] portanto, otimização-Pareto.[77] Se, o que ocorre freqüentemente, a otimização é posta em contato com uma perda do caráter-quadro,[78] então aquele aspecto da otimização, que se encontra na

(NT3) (1) Todos os alemães têm o direito de escolher livremente profissão, lugar de trabalho e estabelecimentos de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulado por lei ou com base em uma lei. (2) Ninguém deve ser forçado a um determinado trabalho, exceto no quadro de um dever de prestação de serviços públicos, tradicional, geral, para todos igual. (3) Trabalho forçado somente é admissível em uma privação de liberdade ordenada judicialmente.

(74) BVerfGE 19, 330, 338 f.

(NT4) *Testamento público* – Pela ata de um notário um testamento é criado, quando o testador declara oralmente sua última vontade ao notário ou lhe entrega uma escritura com a declaração que aquela contém sua última vontade. O testador pode entregar a escritura aberta ou fechada; ela não precisa ser escrita por ele.

(NT5) *Casos especiais de criação* (1) Se o testador é menor, então ele pode criar o testamento somente por declaração oral ou por entrega de uma escritura pública.

(2) Se o testador, segundo seus dados ou segundo o convencimento do notário, não está em condições de ler documentos, então ele pode criar o testamento somente por declaração oral.

(3) Se o testador, segundo seus dados ou segundo o convencimento do notário, não é capaz de falar suficientemente, então ele pode criar o testamento somente por entrega de uma escritura.

(NT6) *Entrega de uma escritura por um mudo* – Um testador, que segundo seus dados ou segundo o convencimento do notário não é capaz de falar suficientemente (§ 2.233, alínea 1, Código Civil) deve, no ato, escrever de próprio punho na ata ou em um papel especial, que deve ser juntado à ata, a declaração de que a escritura entregue contém sua última vontade. O escrito de próprio punho da declaração deve ser comprovado na ata. A ata não precisa ser especialmente autorizada pelo participante incapacitado.

(75) BVerfGE 99, 341, 353 f.

(76) *Alexy* (Fn. 11), 75 f.

(77) *Schlink* (Fn. 44), 181 f.

(78) *Böckenförde* (Fn. 6), 196 ff.; Starck (Fn. 27), 1035, 1039.

melhora de um lado sem a piora do outro, não pode estar intencionado. Uma ordenação-quadro que admitisse sacrifícios de direitos fundamentais desnecessários não seria uma ordenação-quadro razoável.

Sério fica primeiro no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Dissolve o mandamento de ponderação nele contido a estrutura-quadro? Essa questão deveria ser respondida afirmativamente se a ponderação, em virtude da Constituição, ou tudo admitisse ou tudo determinasse. Se a ponderação determinasse tudo, a Constituição seria um ovo jurídico do mundo de Forsthoff e o tribunal constitucional não só poderia intrometer-se em toda a parte, mas estaria obrigado a isso também. Se a ponderação, ao contrário, admitisse tudo, a obrigação do tribunal constitucional para o controle de ponderação significaria nada mais que autorização de decidir tudo, sem vinculação material à Constituição, o que chegar em suas mãos como ele quer. A advertência de Kelsen seria exata em sua totalidade. Em ambos os casos, o caráter-quadro se perderia, em que isso, no segundo caso, poderia suceder pelo enlace de liberdade de vinculação real com a pretensão de estar vinculado.

A compatibilidade entre ponderação e quadro depende, portanto, se pela ponderação algo é determinado e algo não. Se isso é o caso, somente uma olhada na estrutura da ponderação pode mostrar. Uma relação forma o núcleo da ponderação, a qual, quando se trata de direitos fundamentais como direitos de defesa, pode ser descrita como relação "entre a gravidade da intervenção e o peso das razões que a justificam".[79] Um primeiro lance de olhos na qualidade dessa relação permite uma fórmula quanto–tanto, que se encontra com freqüência, que pode ser qualificada de "lei de ponderação" e, que compreende igualmente defesa como proteção, formulada como segue: quanto mais alto é o grau de não-realização ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância de realização do outro.[80]

Essa fórmula deixa reconhecer que a ponderação consiste em três passos. Em um primeiro passo deve ser determinado o grau da não-realização ou prejuízo de um princípio. Isto é, quando se trata da dimensão de defesa, a intensidade da intervenção. A esse tem de seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância da realização do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo, finalmente, deve ser comprovado se a importância da realização do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-realização do outro.

Essa estrutura elementar mostra o que céticos, acerca da ponderação, radicais como, por exemplo, Schlink, devem contestar, quando dizem que nos "exames da proporcionalidade em sentido estrito ... somente a subjetividade do examinador" tem "efeito" e que "as operações de valoração e ponderação do exame da proporcionalidade em sentido estrito ... devem" ser "efetuadas somente por decisão não-fundamentada".[81] Eles devem contestar que sentenças racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância são possíveis. Pois bem. Mas facilmente se deixam encontrar exemplos, nos quais tais sentenças sem mais podem ser tomadas. Assim, é dever dos produtores de artigos de tabacaria colocar em seus produtos alusão a perigos à saúde – uma intervenção relativamente leve na liberdade de profissão. Uma intervenção grave seria, pelo contrário, uma proibição total de todos os produtos de tabacaria. No meio disso deixam-se classificar casos de intensidade de intervenção mediana. Dessa forma, nasce uma escala com os graus "leve", "médio" e "grave". O exemplo mostra que associações válidas a esses graus são possíveis.

(79) BVerfGE 101, 331, 350.

(80) Comparar *Alexy* (Fn. 11), 146.

(81) *Schlink* Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. EuGRZ 1984, 462; *Pieroth/Schlink* Grundrecht, 17. Aufl., 2001, Rdnr. 293.

O mesmo vale para as razões em sentido contrário. Os perigos à saúde unidos ao fumo são altos. As razões de intervenção pesam, por conseguinte, gravemente. Se, desse modo, está determinada a intensidade da intervenção como leve e o grau de importância da razão de intervenção como alto, então o resultado da ponderação, como o tribunal constitucional federal observa em sua decisão sobre alusão à advertência, é "manifesto".[82] A razão de intervenção grave justifica a intervenção leve.

Poder-se-ia agora achar que o exemplo não diz muito. De um lado, trata-se de atividades econômicas, do outro, de fatos empiricamente investigáveis. A escalação assenta-se na possibilidade da quantificação sob pontos de vista de custas e de probabilidades. Isso, todavia, não é nenhuma objeção. Escalações rudes como a de três graus também são possíveis lá onde o escalado como tal não pode ser medido com números. Tome-se a decisão-Titanic. O tribunal constitucional federal não classificou a designação de um oficial de reserva hemiplégico, que fez ditosamente sua convocação para um exercício militar, como "nascido assassino", por causa do contexto satírico, de violação da personalidade grave.[83] Pode-se discutir isso, o que conduz ao problema dos espaços epistemológicos. Aqui deve tratar-se somente disso, não havendo mal em discutir o assunto: a designação posterior, mal ainda adornada satiricamente como "aleijado", afeta gravemente o oficial de reserva hemiplégico em sua personalidade,[84] o que basta para justificar a intervenção, situada na indenização por dano pessoal no total de 12.000 marcos alemães. "Posterior",[85] portanto, bastante grave, na liberdade de opinião.

A decisão-tabaco e a decisão-Titanic, que deixariam colocar-se ao lado numerosas outras, mostram que existem casos nos quais, com o auxílio da ponderação, deixa-se determinar de forma racional o que, com base na Constituição, é ordenado, proibido e permitido definitivamente. Com isso, todavia, simplesmente está refutada a tese de que mediante uma ponderação tudo é sempre possível. Isso é um passo importante para a solução do problema do espaço de ponderação estrutural, mas ainda não é a solução própria. Para chegar-se a ela deve ser tomado em consideração o sistema situado atrás das classificações observadas até agora. Todas as classificações feitas até então tiveram lugar em um modelo de três graus ou triádico. Seus três graus deixam-se caracterizar pelas expressões "leve", "médio" e "grave".[86] Tais escalações atraem, de certo modo, automaticamente objeções: que as passagens são de forma móvel e os graus, por conseguinte, artificiais. Naturalmente, as passagens são, em realidade, de qualquer modo, de forma móvel. Mas compreensão conceitual reside, pois, na construção de limites. Além disso, em si nada depende da tripla gradualidade. A classificação pode começar quando se tem dois graus: "leve" e "grave". Somente um modelo de um grau, no qual tudo seria igual, destruiria a idéia da ponderação. Para cima o número de graus está fundamentalmente aberto. A isso se deverá voltar. Seja aqui a favor da tripla gradualidade, somente expondo que ela satisfaz tanto a instituições comuns como a prática jurídica.[87]

(82) BVerfGE 95, 173, 187.

(83) BVerfGE 86, 1, 12.

(84) BVerfGE 86, 1, 13.

(85) BVerfGE 86, 1, 10.

(86) Naturalmente podem também outras palavras ser empregadas: em vez de "leve", por exemplo, "reduzido" ou "fraco", e, em vez de "grave", por exemplo, "alto" ou "forte".

(87) A escalação triádica tem, com a teoria de três graus, desenvolvida pelo tribunal constitucional federal para o artigo 12, alínea 1, da Lei Fundamental (BVerfGE 7, 377, 404 ff.), a tripla gradualidade em comum. Poder-se-ia pensar que a escalação triádica, por conseguinte, também deveria compartilhar das fraquezas da teoria dos três graus. Isso, todavia, sem prejuízo da ampliação, entrementes realizada, para a teoria de quatro graus (BVerfGE 86, 28, 39), não é o caso. No máximo, desde a sentença-médico conveniado (BVerfGE 11, 30, 44 f.) está claro que à classificação de uma intervenção como regulação da eleição da profissão ou exercício da profissão não já corresponde uma diferença relevante na intensidade da intervenção, o que é o princípio da construção da teoria dos três graus. Uma regulação do exercício da profissão pode aproximar-se ou igualar-se, na intensidade da intervenção, a uma regulação da eleição da profissão. O mesmo vale para a distinção entre pressupostos objetivos e subjetivos; comparar *Rupp* Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 92 (1967), 234 f. Isso significa, todavia, somente que os critérios "objetivos" e "subjetivos", assim como "eleição" e "exercício", não permitem compreender todos os casos corretamente, o que, por causa de sua abstração, também seria surpreendente. Eles são, por conseguinte, somente utilizáveis como fórmula comum e rude. Pelos critérios da teoria dos graus nem todos os casos são compreendidos corretamente, quer dizer que existem casos nos quais a intensidade da intervenção deve ser classificada de outra forma como isso seria ordenado segundo seus critérios. Assim, segundo eles, na sentença-médico conveniado a intervenção como regulação do exercício da profissão em si deveria ter sido classificada como intervenção de grau de intensidade reduzida, portanto, como leve. Se, pois, contra a teoria dos três graus diz-se que essa classificação seria falsa, então é pressuposto que uma outra classificação como grave é correta. Essa classificação que se desvia das divisões abstratas da teoria dos graus, porém, somente é possível quando classificações são possíveis. Isso mostra que a crítica à teoria dos três graus é uma crítica à utilidade de determinados critérios de graus abstratos e não uma crítica à tripla gradualidade como tal. A possibilidade da teoria dos três graus é, antes, condição da possibilidade da sua própria crítica, que não pode, por isso, ser transferida à escalação triádica. Ao contrário, ela pressupõe tal escalação ou uma escalação semelhante. O que, à primeira vista, parece apoiar uma objeção contra o modelo triádico, dá prova, num segundo momento, de sua confirmação.

O ponto essencial para o espaço de ponderação estrutural é, pois, que as classificações podem determinar o que a Constituição ordena ou proíbe, mas não estão obrigadas a isso. Elas conduzem a uma determinação, quando são desiguais. De outra forma, situam-se as coisas em uma paridade ou empate. Aqui, a Constituição não decide a colisão. O que, porém, não decide é, por ela, liberada.[88] No caso de empate de ponderação existe um espaço de ponderação estrutural.

(88) Que a Constituição pode deixar algo não-decidido não significa que no direito constitucional a idéia regulativa da única resposta correta (comparar *Alexy* Recht, Vernunft, Diskurs 1995, 122) deva ser abandonada. Quando a Constituição não decide algo e, com isso, libera, a única resposta correta à questão, o que em virtude da Constituição vale, é que ela libera a matéria, portanto, deixa um espaço. Se se quisesse aguçar isso, poder-se-ia dizer que a única resposta correta reza que não existe uma única resposta correta. O espaço pode, da parte do legislador, ser preenchido por ponderações políticas e, da parte da jurisdição especializada, por ponderações jurídico-ordinárias. Afirmações sobre a existência de espaços podem, como todas as afirmações, ser corretas ou falsas. Sua negação é a afirmação da firmeza, no espaço de ponderação, portanto, a afirmação de uma diferença de peso. Por isso, pode-se discutir sobre afirmações de espaço. Isso mostra a decisão do tribunal constitucional federal sobre o direito de filhos ilegítimos diante da mãe à informação sobre a identidade de todos os homens que entram em questão como pais biológicos, porque eles coabitayam com a mãe durante o período de concepção legal. O tribunal de segunda instância de Münster reconheceu um tal direito com a fundamentação de que os interesses do filho protegidos jurídico-fundamentalmente precedem, em casos tais, aos da mãe, porque ela tem de sustentar o encontro dos interesses distintos. Com isso é concedido ao direito de personalidade, alimentício e de

O espaço de ponderação estrutural tem duas dimensões. Isso se mostra com especial clareza na decisão do tribunal constitucional federal sobre o § 353d, número 3[NT7] do Código Penal. A *stern* ilustrada citou, em suas notícias sobre a investigação do Ministério Público

herança do filho ilegítimo, em conjunto com o mandamento de equiparação do artigo 6, alínea 5 [Aos filhos ilegítimos devem, por lei, ser criadas as mesmas condições para o seu desenvolvimento corporal e espiritual e para a sua situação na sociedade, como para os filhos legítimos], da Lei Fundamental, uma importância maior do que ao direito de personalidade da mãe. O tribunal constitucional federal vê nisto um desconhecimento "do espaço para uma ponderação" que compete ao tribunal de segunda instância. Não pode "ser excluído que o tribunal de segunda instância, no esgotamento de seu espaço de ponderação," teria "chegado a um outro resultado" (BVerfGE 96, 56, 65 f.). O direito de personalidade da mãe do artigo 2, alínea 1 [Cada um tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, enquanto ele não viola os direitos de outros e não infringe a ordem constitucional ou a lei moral], em união com o artigo 1, alínea 1 [A dignidade da pessoa é intangível. É dever de todo o poder estatal respeitá-la e protegê-la], da Lei Fundamental, é violado por esse desconhecimento de espaço. Pois bem, um espaço somente pode ser desconhecido, quando ele existe. Um espaço de ponderação existe somente quando há um empate de ponderação. A decisão funda-se, portanto, na tese de que no caso concreto existe no plano da Constituição um empate de ponderação, que deixa espaço a argumentos jurídicos subconstitucionais, que atribuem aos interesses da mãe – de não precisar denominar os homens com os quais ela coabitou dentro do período de concepção legal – um peso maior do que aos do filho ilegítimo, de forma que em virtude da Constituição uma decisão favorável à mãe não está excluída.

Contra essa afirmação da existência de um empate de ponderação deixam-se apresentar objeções consideráveis. Assim, *Eidenmüller* realçou com razão, que a desvalorização "faticamente completa" dos direitos alimentício e de herança do filho ilegítimo pela retenção da informação apresenta uma "intervenção agravante" em seus direitos do artigo 14, alínea 1 [O direito de propriedade e o direito de herança serão garantidos. Conteúdo e barreiras serão determinadas pelas leis], e artigo 6, alínea 5, da Lei Fundamental (*Eidenmüller* Der Auskunftsanspruch des Kindes gegen seine Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters – BVerfGE 96, 56, JuS 1998, 791). Se se acrescenta a esse lado material o aspecto imaterial do significado do conhecimento da descendência para a personalidade, protegida pelo artigo 2, alínea 1, em união com o artigo 1, alínea 1, da Lei Fundamental, então torna-se muito duvidoso se em casos como no presente, a cuja peculiaridade somente é alegada a "co-afetação de vários homens, dos quais somente um pode ser o pai" (BVerfGE 96, 56, 60), realmente existe em virtude da Constituição um empate de ponderação. O direito de personalidade da mãe tem, sem dúvida, um peso maior do que na afetação de somente um homem. Mas deve ser posto em dúvida, que a evitação das moléstias na multiafetação é, em virtude da Constituição, tão importante como são os direitos alimentício e de herança, assim como o conhecimento da descendência. Quando *Canaris* aprova "sem reservas" a decisão (*Canaris* (Fn. 17), 63), então somente pode ser aderido a ele pelo fato de a figura do espaço de ponderação, na decisão, ser desenvolvida da melhor maneira. O emprego dessa figura, pelo contrário, não pode ser aprovado, o que mostra que se pode sobre o que a Constituição não decidiu discutir da mesma forma como sobre o que ela decidiu.

(NT7) *Comunicações proibidas sobre debates judiciais* – É condenado com pena privativa de liberdade de até um ano ou com pena pecuniária quem ... (3) textualmente comunica publicamente, totalmente ou em partes essenciais, o escrito de acusação ou outros escritos oficiais de um procedimento penal, de um procedimento de multa ou de um procedimento disciplinar, antes de eles terem sido discutidos em audiência pública ou estar concluído o procedimento.

de Bonn, no chamado "caso donativo-Flick", literalmente os autos de investigação antes da primeira audiência pública. Isso é punível segundo o § 353d, número 3, do Código Penal. O tribunal de primeira instância de Hamburg considerou essa prescrição inconstitucional, porque ela não é suficientemente idônea para alcançar as finalidades perseguidas e apresentou-a ao tribunal constitucional federal. Este chegou ao resultado de que a mera proibição da literalidade da reprodução somente protege "insuficientemente" e em medida "reduzida" a personalidade do afetado, a cada vez, como também a imparcialidade dos participantes no procedimento.[89] Mas, também para isso, a liberdade de opinião e de imprensa é "restringida somente em dimensão reduzida".[90] Isso é a comprovação de um empate. Defronte a uma intervenção leve está a razão outra de peso leve. Isso basta para que a intervenção, como acertadamente é formulado, "não" esteja "fora da relação" com a proteção obtida.[91] O legislador, por analogia, pode intervir; mas ele não está obrigado a isso.

Pois bem, ao espaço pertence, porém, não só a intervenção leve liberada. O tribunal observa que é assunto do legislador decidir se ele quer conceder mais proteção.[92] Essa seria possível somente às custas de intervenções mais intensivas na liberdade de imprensa. Caso uma intervenção tenha intensidade mediana, deveria o grau de importância da proteção, com isso efetuada, alcançar igualmente, pelo menos, o grau mediano. Até uma intervenção grave poderia ser justificada, quando defronte dela está um grau de importância respectivamente alto da proteção efetuada. Isso mostra que na linha do empate transcorre um espaço estrutural. A idéia do espaço de ponderação, com isso, compõe-se de dois pensamentos: daquele da igualdade no empate e daquele da igualdade entre os empates. Esse caráter duplo do espaço de ponderação tem importância, sobretudo, para a relação entre defesa e proteção.[93]

A exigência por realização, no máximo possível, ampla de princípios jurídico-fundamentais, que também pode ser qualificada de produção de concordância prática[94] ou de otimização normativa,[95] significa, portanto, tudo menos o mandamento de aspirar a um ponto máximo.[96] Cada princípio quer, sem dúvida, para si o máximo possível. Otimizar princípios

(89) BVerfGE 71, 206, 219.

(90) BVerfGE 71, 206, 220.

(91) BVerfGE 71, 206, 221.

(92) BVerfGE 71, 206, 218.

(93) Quando se trata de defesa e proteção, então a escolha entre empates diferentes é uma escolha entre níveis diferentes de proteção e de intervenção. Pode-se considerar tanto a aspiração por proteção como o empenho de evitar intervenções como perseguição de finalidades. A escolha entre empates diferentes é, por conseguinte, ao mesmo tempo uma decisão sobre a extensão da perseguição de finalidades. Se se deixa pertencer não somente a decisão, quais finalidades serão perseguidas, mas, também, em qual medida ou extensão elas serão realizadas, ao espaço de determinação de finalidades, então a decisão na linha do empate é, por conseguinte, não só uma decisão no espaço de ponderação, mas também uma decisão no espaço de determinação de finalidades. Novamente se mostra o fenômeno do enlace de espaços.

(94) *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rdnr. 72, 317 ff.

(95) Comparar BVerfGE 81, 278, 292; 83, 130, 143; 83, 238, 321.

(96) Assim, porém, *Lerche* Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgebote?, FS Stern, 1997, 205 f.; *ders.* Facetten der "Konkretizierung" von Verfassungsrecht, in: Koller/Hager/Junker/Singer/Neuner (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken, 1998, 21. Comparar, ademais, *Wahl* (Fn. 1), 504; *Scherzberg* Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität", 1989, 174.

colidentes, porém, não significa ceder a ele; mas pede, ao lado da exclusão de sacrifícios desnecessários, somente a justificação do necessário por, pelo menos, igual importância da realização do princípio, a cada vez, em sentido contrário. Isso é um critério negativo, o que mostra que também a otimização no quadro da ponderação é compatível com o caráter-quadro da Constituição.

Os espaços de ponderação estruturais agradecem sua existência, essencialmente, à escalação rude. Quanto mais fina fica a escala, tanto menos empates nascem. Isso sugere a objeção de que o direito constitucional, na verdade, tem uma estrutura mais fina, que conduz a isto, e quase sempre há alguma pequena diferença, que motiva a Constituição a trazer a balança para a inclinação. Essa objeção conduz a problemas profundos do direito constitucional. Ele se parece com o mundo dos objetos perceptíveis , que a intensidade de uma intervenção, como o desenvolvimento de uma força ou o transcorrer de um movimento, deixa-se reproduzir sobre linhas com infinidade de pontos – o que, sem dúvida, não excluiria empates teórico, mas, sim, práticos – ou a matéria do direito constitucional é mais rude, cheia de nós e buracos? Muita coisa se fala a favor do último. Muitas vezes, sem dúvida, são possíveis escalações mais finas do que de três graus. Basta olhar somente para o caso-Titanic. Se o Estado não sancionasse a difamação pública de um hemiplégico como "aleijado", ele iria admitir não só violações graves, mas, também, muito graves à personalidade. Isso pode ser compreendido pelo fato de que a tríade leve/médio/grave é aplicada mais uma vez em cada grau. Os nove graus de um tal modelo triádico duplo permitem distinguir intervenções muito graves de graves médias e, justamente, ainda, de graves. Refinações desse tipo, que aliás não são convenientes em toda a parte – às vezes já se está contente poder escalar de dois graus –, porém, têm limites. Se se quisesse ir mais além, então dever-se-ia falar em um terceiro grau de coisas como intervenções graves muito leves. Quem poderia ainda entender isso? Aqui se fala, como em geral no âmbito prático, tudo a favor disso: de manter-se na alusão de Aristóteles de que nós "não [devemos] ambicionar exatidão de modo igual em todos os objetos, mas em cada caso somente assim como a matéria dada o permite".[97] O direito constitucional não é uma matéria que é dividida tão finamente a fim de ela excluir empates autênticos e, com isso, espaços de ponderação estruturais. Ponderação e ordenação-quadro mostram-se, portanto, compatíveis.[98]

(97) *Aristoteles* Nikomachische Ethik 1098a.

(98) Essa compatibilidade reflete-se na compatibilidade entre relevância ilimitada e determinação limitada. Uma relevância ilimitada dos direitos fundamentais nasce quando se preenche as lacunas de um catálogo de direitos fundamentais pela liberdade de ação geral e se submete cada intervenção em um direito fundamental ao exame da proporcionalidade. Cada conflito jurídico, no qual participa, pelo menos, um titular de direitos fundamentais é, então, edificado como colisão de direitos fundamentais (comparar *Canaris* (Fn. 17), 82; *Schuppert/Bumke* (Fn. 21), 78). Da relevância ilimitada, porém, ainda não resulta uma determinação ilimitada. Isso mostra a existência de espaços estruturais, em especial do espaço de ponderação. O conceito de empate de ponderação pressupõe a relevância dos princípios situados no empate. Entre princípios não-relevantes, portanto, não-correspondentes, não se pode produzir nada, nem sequer um empate de ponderação. Pois bem, o empate de ponderação – que pressupõe necessariamente relevância – é expressão da não-firmeza, e não-firmeza significa não-determinação. Com isso, relevância é compatível com não-determinação. Isso implica a compatibilidade entre relevância ilimitada com determinação limitada. É, por conseguinte, não só uma conclusão inexata extrair de uma relevância ilimitada uma determinação ilimitada, mas também fazer o mesmo da determinação limitada para a relevância limitada.

Até agora, tratou-se somente de espaços estruturais. Os espaços epistemológicos ou cognitivos não estão atrás deles em significado para o tema-quadro. O tempo restante permite somente observações sucintas.

3.2 Espaços epistemológicos

A questão sobre a existência de espaços epistemológicos surge quando a cognição daquilo que, em virtude da Constituição, está ordenado, proibido ou liberado, é incerto. A incerteza pode ter a sua causa na incerteza de premissas empíricas ou normativas.

3.2.1 Espaço cognitivo empírico

Incerteza empírica pode tornar-se problema em toda a parte. O lugar onde mais aparece é no exame da idoneidade e necessidade. Se o tribunal constitucional federal, como, por exemplo, na decisão-Cannabis, permite ao legislador intervir nos direitos fundamentais não somente em virtude de estimativas das repercussões de suas medidas demonstradas verdadeiras, mas em virtude de estimativas "sustentáveis",[99] então ele lhe concede um espaço cognitivo empírico. Em todos os espaços epistemológicos, portanto, também no empírico, coloca-se, inevitavelmente, o problema da divergência.[100] Quem admite intervenções em virtude de premissas incertas, quando essas são somente sustentáveis ou plausíveis ou, o que ainda é menos provável, não-evidentemente falsas, deve aceitar a possibilidade de violações de direitos fundamentais não-comprováveis. À extensão dos espaços cognitivos corresponde a extensão de possíveis divergências entre aquilo que realmente é ordenado, proibido e liberado e aquilo que é comprovável como ordenado, proibido e liberado. Com essa divergência surge o problema geral da diferença entre o ôntico e o epistemológico no direito constitucional.

Quando uma premissa é incerta, significa que não somente ela entra em questão. Como princípios materiais, os direitos fundamentais exigem uma realização tão alta quanto possível. Se se toma em consideração somente isso, então uma solução simples parece oferecer-se: na incerteza deve ser escolhida, cada vez, a premissa mais favorável para o direito fundamental. Como essa é aquela sob cuja base uma intervenção não seria justificável, isso teria a conseqüência de que o legislador somente pode intervir em direitos fundamentais em virtude

A compatibilidade de relevância ilimitada e determinação limitada não significa que sua existência é necessária. Pode-se produzir tanto um enlace de relevância ilimitada e determinação ilimitada como um enlace de relevância limitada e determinação limitada. À ilimitabilidade dupla chega-se quando se aceita que a Constituição contém para cada questão jurídica material uma única resposta correta. O caminho para lá iria abrir uma escalação infinitesimal se a natureza rude da Constituição não o obstruísse. Uma limitação dupla é, na conservação do princípio da proporcionalidade, somente possível pelo fato de se definir os âmbitos de proteção de forma que eles não mais compreendam tudo o que, pelo menos, pressupõe a eliminação da liberdade de ação geral ou da dimensão de proteção. O postulado de uma determinação tão racional quanto possível daquilo que a Constituição, como ordem fundamental qualitativa, ordena, proíbe e libera, definitivamente obstrue, todavia, esse caminho (*Alexy* (Fn. 11) 290 ff.). Resta, portanto, somente a renúncia à congruência entre relevância e determinação.

(99) BVerfGE 90, 145, 182.

(100) Comparar *Raabe* Grundrecht und Erkenntnis, 1998, 147 ff.

de certeza, de premissas verdadeiras. É fácil de se reconhecer que uma tal solução não entra em questão.[101] A exigência que o legislador, ainda que ele intervenha só, pelo menos, na liberdade de ação geral, somente em virtude de certeza de premissas verdadeiras deve atuar, iria conduzir a quase incapacidade de atuação completa do legislador. Isso uma Constituição, que no fundo, primeiro quer um legislador e, um democraticamente legitimado não pode querer. Por conseguinte, o princípio da divisão de poderes e de um poder democrático,[102] como princípios formais,[103] exigem um espaço cognitivo empírico.[104]

Nenhum espaço é ilimitado. A limitação somente pode resultar do próprio direito fundamental. Isso encontra sua expressão no fato de que, ao lado da lei de ponderação material, que está na base do espaço de apreciação estrutural, vale uma lei de ponderação epistemológica, que se deixa formular como segue: quanto mais grave pesa uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas sustentadoras da intervenção.

3.2.2 Espaço cognitivo normativo

Espaços cognitivos empíricos, sem dúvida, apresentam problemas suficientes, mas sempre ainda menos do que normativos. Isso tem sua causa., Eles não tratam diretamente do que a Constituição ordena, proíbe e libera, mas só indiretamente. Nesse aspecto, os problemas com eles unidos têm uma certa semelhança com aqueles da constitucionalização indireta acima mencionada. Em espaços epistemológicos normativos trata-se, ao contrário, diretamente do

(101) Comparar BVerfGE 50, 290, 332.

(102) BVerfGE 56, 54, 81.

(103) Comparar *Alexy* (Fn. 11), 120, 267, 384, 427.

(104) Na relação entre tribunal constitucional e jurisdição especializada existe, quando se trata de liberdade de manifestação de opinião e liberdade artística, a questão da interpretação de manifestações e obras de importância especial. Na decisão sobre a censura feita pela sociedade alemã com relação a uma propaganda sobre a falsa história da morte de doentes terminais, aos quais se ofereceu a chamada eutanásia, questiona-se se a censura sobre a falsificação de tal caso deve ser apreciada como alegação de fato ou como juízo valorativo. Disso depende a intensidade da intervenção na liberdade de manifestação de opinião e, com isso, o resultado da ponderação. A proibição de uma alegação de fatos depreciativamente falsa intervém de forma leve só relativamente à liberdade de manifestação de opinião, à de um juízo valorativo, pelo contrário, relativamente grave (BVerfGE 94, 1, 8). O tribunal de segunda instância de Hamburá classificou essa manifestação de juízo valorativo e denegou a ação de omissão. o tribunal de terceira instância hanseático classificou-a como alegação de fatos não-demonstrável verdadeira e a acolheu. O tribunal constitucional federal chegou ao resultado de que a "explicação do tribunal de terceira instância ... tampouco deve [ser] objetada jurídico-constitucionalmente como aquela do tribunal de segunda instância" (BVerfGE 94, 1 10). Nenhum dos tribunais "atribuiu" à manifestação um "sentido que ela, segundo o seu texto, não pode ter objetivamente". Por conseguinte, ambas as explicações são "sustentáveis" (BVerfGE 94, 1, 10 f.). Isso é a concessão de um espaço. Na explicação ou interpretação de uma manifestação trata-se de que sentido ela tem "objetivamente" sob inclusão do contexto (BVerfGE 94, 1, 11). Isso é um juízo sobre um fato social. O espaço de interpretação é, portanto, um subcaso do espaço empírico. Com a liberação da interpretação desfavorável para a parte recorrente, como "sustentável" é liberado, co em geral em espaços empíricos, indiretamente uma intervenção em direitos fundamentais.

conteúdo material da Constituição. Cada concessão de espaços cognitivos normativos significa uma supressão, correspondente à sua extensão, do controle judicial-constitucional da vinculação à Constituição. Isso é compatível com a força de validade formal da Lei Fundamental, caracterizada pelo enlace de primazia da Constituição e jurisdição constitucional?

Uma resposta adequada somente pode ter êxito se três coisas são postas juntas. A primeira é a cognição, que o espaço de ponderação estrutural suaviza consideravelmente o problema do espaço cognitivo normativo. Se está constatado que algo pertence a ele, a discussão sobre qual é a melhor solução não é mais jurídico-constitucional. Com isso, a questão sobre um espaço cognitivo normativo torna-se sem objeto. A segunda é a antes mencionada lei de ponderação epistemológica que, em intensidade de intervenção crescente, põe exigências à certeza das premissas sustentadoras da intervenção. Isso deixa encolher não somente o espaço cognitivo empírico, mas também o normativo. Discussões fundamentais sobre intervenções intensivas ou mais intensivas não devem ser decididas politicamente como dissensos em espaços, mas jurídico-constitucionalmente como dissensos sobre seus limites. Nos problemas que permanecem, antes mais reduzidos, nas margens dos espaços estruturais, a concessão de um espaço cognitivo normativo significa, todavia, de fato, que vinculados decidem sobre sua vinculação. Este, contudo, é o terceiro elemento da resposta; é suportável, enquanto a retirada de controle judicial-constitucional permanece limitada por outorga de espaços cognitivos normativos. Os limites somente são determináveis por ponderação de princípios materiais e formais. Isso resulta, conforme se trate do que e de quem, uma imagem diferente. Os espaços cognitivos normativos da jurisdição especializada fundamentam-se sobretudo no fato de emprestam ao tribunal constitucional federal o caráter judicial. Tanto o quanto os espaços cognitivos alcançam – mas também só até exatamente ali –, existe uma relação de cooperação autêntica[105] entre jurisdição constitucional e jurisdição especializada, porque no espaço cognitivo normativo os tribunais especializados exercem jurisdição constitucional material. Eles são, nesse aspecto, pequenos tribunais constitucionais. Isto é, até onde esse espaço alcança, vela, todavia, o tribunal constitucional federal. A cooperação permanece, assim, não só limitada, mas também hierarquicamente abobadada.

4. RESULTADO

Eu sintetizo. Os problemas da constitucionalização deixam-se resolver em uma dogmática de espaços. Essa descansa em duas colunas. A primeira, forma os espaços estruturais que expressam a limitação do conteúdo material da Constituição, a segunda, os espaços epistemológicos, pelos quais é transferida, em extensão limitada, jurisdição constitucional material, aos tribunais especializados. Por tudo vela o tribunal constitucional federal com vista dupla. Uma é dirigida ao conteúdo constitucional material, a outra aos seus limites e incertezas.

(105) Comparar *Robbers* (Fn. 27), 938.

AUTORES VINCULADOS

Robert Alexy |

MARCADORES

Artigos | Direito constitucional | Jurisdição constitucional |