DIREITOS FUNDAMENTAIS, PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE - 2005

Segunda-Feira, 27 de Abril de 2020 15:40:31

ARTIGO - TRADUÇÃO

AUTOR: Robert Alexy

TRADUTOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Revista de direito privado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 24, ano 6, p. 334-344, outubro-dezembro de 2005

Anexos: 06

2. DOUTRINA INTERNACIONAL

2.2

DIREITOS FUNDAMENTAIS, PONDERAÇÃO E RACIONALIDADE[1-2]

ROBERT ALEXY

SUMÁRIO: 1. Duas construções de direitos fundamentais – 2. Crítica de Habermas da construção da ponderação – 3. A estrutura da ponderação.

1. Duas construções de direitos fundamentais

Constituições democráticas modernas contêm dois tipos ou categorias de normas. À primeira categoria pertencem aquelas normas que constituem e organizam a dação de leis, o poder executivo e a jurisdição, portanto, o estado. No centro está aqui a autorização. Na segunda categoria caem aquelas normas que limitam e dirigem o estado. Aqui devem ser mencionados, em primeiro lugar, os direitos fundamentais. Essa dicotomia parece – pelo menos no universo dos estados constitucionais democráticos – ter validez universal. A universalidade certamente deve-se – como tantas vezes – ao abstracionismo e, por conseguinte, também somente vai tão longe quanto este. Diretamente abaixo do plano do abstracionismo extremo entram em jogo possibilidades distintas. Isso concerne tanto ao lado das competências estatais como ao dos direitos individuais. Eu irei considerar somente isto.

Existem duas construções de direitos fundamentais, fundamentalmente, distintas: uma estreita e exata, e uma larga e ampla. A primeira pode ser denominada "construção de regras", a segunda "construção de princípios".[3] Ambas essas construções em parte alguma estão realizadas puramente. Elas representam, contudo, tendências fundamentais diferentes e a questão qual delas é a melhor é uma questão central da interpretação de cada constituição, que conhece direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional.

Segundo a construção estreita e exata, normas que concedem direitos fundamentais não se distinguem essencialmente das outras normas do sistema jurídico.

(1) Tradução de Luís Afonso Heck Professor na UFRGS.

(2) Este artigo foi publicado originalmente na Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics 7 (2002), S. 113 ff. Eu agradeço a Robert Alexy pelo envio, pela autorização da publicação deste artigo e pelos esclarecimentos, como de costume, das dúvidas relacionadas com o trabalho da tradução. Título do artigo em original: Grundrechte, Abwägung und Rationalität.

(3) Entre aspas, a cada vez, no original.

Elas têm, naturalmente, como normas constitucionais, seu lugar no grau extremo do sistema jurídico e seus objetos são direitos extremamente abstratos de grande significado, mas tudo isso – segundo a construção de regras – não é fundamento para alguma diferença fundamental de tipo estrutural. Elas são normas jurídicas e, como tais, elas são aplicáveis do mesmo modo como todas as outras normas jurídicas. Sua particularidade consiste somente nisto, que elas protegem determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado.

Segundo a construção ampla ou holística, normas de direitos fundamentais não se esgotam nisto, de proteger determinadas posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o estado. Essa eterna função dos direitos fundamentais é inserida em um quadro mais espaçoso. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu completamente esse quadro espaçoso, pela primeira vez, no ano de 1958 na sentença-Lüth. Lüth havia chamado o público alemão, assim como os proprietários de cinemas e distribuidores de filmes para boicotarem filmes de Veit Harlan que ele produziu depois de 1945. Lüth fundamentou sua chamada ao boicote com isto, que Harlan era o diretor artístico-filmes nazistas mais proeminente, em que ele referiu-se especialmente ao filme "judeu doce",[4] o filme principal da propaganda de cinema nacional-socialista antisemita. O Tribunal de Segunda Instância de Hamburg condenou Lüth a isto, de omitir cada chamada para o boicote do novo filme de Harlan, "amante imortal".[5] Ele fundamentou sua sentença com isto, que uma tal chamada ao boicote viola o § 826 do Código Civil,[6] que proíbe ocasionar "em um modo que infringe os bons costumes um dano doloso a outro".[7] Lüth promoveu recurso constitucional contra essa sentença.

O Tribunal Constitucional Federal considera *prima facie* a chamada de Lüth ao boicote protegida pela liberdade de manifestação de opinião (artigo 5, alínea 1, da Lei Fundamental).[8] O artigo 5, alínea 2, da Lei Fundamental,[9] contém, todavia, três cláusulas que limitam a liberdade de manifestação de opinião, garantida pela primeira alínea desse artigo constitucional. A primeira delas é aquela das "leis gerais".[10]

(4) Entre aspas, no original.

(5) Entre aspas, no original.

(6) Nota do tradutor: § 826 do Código Civil: Quem, em um modo infringente contra os bons costumes, ocasiona dolosamente dano a um outro, está obrigado, para com o outro, ao ressarcimento do dano.

(7) Entre aspas, no original.

(8) Nota do tradutor: Artigo 5, alínea 1, da Lei Fundamental: Cada um tem o direito de manifestar e difundir livremente sua opinião em palavra, escrito ou imagem e de informar-se sem entraves em fontes genericamente acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem por radiodifusão e filme serão garantidas. Uma censura não tem lugar.

(9) Nota do tradutor: Artigo 5, alínea 2, da Lei Fundamental: Esses direitos encontram suas barreiras nas prescrições das leis gerais, nas determinações legais para a proteção à juventude e no direito da honra pessoal.

(10) Entre aspas, no original.

O Tribunal Constitucional Federal comprova que o § 826 do Código Civil, no qual o Tribunal de Segunda Instância de Hamburg fundou a sua decisão, é uma lei geral no sentido da primeira cláusula.[11] É exatamente nesse ponto que se mostra o significado da dicotomia entre a estreita e exata, portanto, a construção de regras e a larga e ampla, portanto, a construção de princípios. Se se segue a construção de regras, então a resolução do caso esgota-se na resposta de duas questões. A primeira é se a chamada ao boicote de Lüth deve ser subsumida sob o conceito da manifestação de opinião. O Tribunal Constitucional Federal afirma isso e eu acho que isso está correto. A segunda questão diz, se o § 826 do Código Civil é aqui aplicável. Isso é o caso, quando a chamada ao boicote infringe os bons costumes. O Tribunal de Segunda Instância de Hamburg era da opinião que ela infringia os bons costumes, porque ela visava a isto, impedir uma reaparição de Harlan como criador de filmes representativos, embora ele não só tenha passado pelo procedimento de desnazificação, mas também sido absolvido em um procedimento penal que fora dirigido contra ele por causa de sua participação no filme "judeu doce".[12] Sob essas circunstâncias, a chamada ao boicote – assim o Tribunal de Segunda Instância de Hamburg – infringe "a concepção de direito e de costumes do povo alemão".[13]

O Tribunal Constitucional Federal é da opinião que não é suficiente fazer essas duas subsunções isoladas.[14] Ele exige, ao contrário, que sempre então, quando a aplicação de normas do Direito Civil conduz à limitação de um direito fundamental, deve ter lugar uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes. O resultado da ponderação do tribunal constitucional federal foi que ao princípio da liberdade de opinião deve ser dada a primazia perante os princípios em sentido contrário. Ele exigiu que a cláusula "contra os bons costumes" no § 826 do Código Civil deve ser interpretada de acordo com essa prioridade.[15] Concisamente: Lüth ganhou.

A sentença-Lüth une três idéias, que enformaram fundamentalmente o Direito Constitucional alemão. A primeira é que a garantia jurídico-constitucional de direitos individuais não se esgota em uma garantia de direitos de defesa do cidadão clássicos contra o estado. Os direitos fundamentais personificam, como diz o tribunal constitucional federal, "também um ordenamento de valores objetivo".[16] Foi discutido sobre isto, o que o tribunal entendeu sob um "ordenamento de valores objetivo". Mais tarde, o tribunal fala simplesmente dos "princípios (...) que se expressam nos direitos fundamentais".[17] Pode-se referir a isso[18] e dizer que a primeira idéia fundamental da sentença-Lüth consiste nisto, que os direitos fundamentais têm não só o caráter de regras, mas também de princípios. A segunda idéia, estreitamente unida com a primeira, é que os valores jurídico-fundamentais ou princípios valem não somente para a relação entre o estado e o cidadão, mas muito além disso "para todos os âmbitos do direito".[19] Com isso produz-se um "efeito de irradiação" dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico todo. Direitos fundamentais tornam-se ubiqüitários. A terceira idéia resulta da estrutura dos valores e princípios. Valores como princípios são propensos a colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser resolvida. A mensagem mais importante para a vida cotidiana jurídica da decisão-Lüth diz, por isso: "Torna-se necessária, por conseguinte, uma ,ponderação de bens".[20]

(11) BVerfGE 7, 198, 211 f.

(12) Entre aspas, no original.

(13) Comparar BVerfGE 7, 198, 201.

(14) BVerfGE 7, 198, 207.

(15) Entre aspas, no original.

(16) BVerfGE 7, 198, 205.

(17) BVerfGE 81, 242, 254.

(18) Para uma análise circunstanciada da relação entre o conceito de princípio e de valor, comparar R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1996, S. 125 ff.

O Tribunal Constitucional Federal foi sempre mais longe na via que ele seguiu com a sentença-Lüth. Sob pontos de vista metodológicos é, nisso, o conceito de ponderação o conceito principal. Em vez de opor uma construção larga e ampla e uma estreita e exata uma a outra, poderia-se, por conseguinte, contrapor a um modelo de ponderação um modelo de subsunção. Isso permite formular a questão seguinte: quais das duas construções conduz a mais racionalidade na jurisprudência constitucional – aquela que pede uma subsunção ou aquela que pede uma ponderação?

2. Crítica de Habermas da construção da ponderação

O ponderar no Direito Constitucional conduz a tantos problemas, que nem sequer é possível enumerá-los aqui. Eu irei limitar-me a duas objeções que foram feitas por Jürgen Habermas.

A primeira objeção de Habermas é que o modelo de ponderação toma dos direitos fundamentais sua força normativa. Ele acha que, pelo ponderar, direitos seriam reduzidos de grau ao plano dos objetivos, programas e valores. Eles perdem nisso a "primazia rigorosa", que deve ser característico para "pontos de vista normativos".[21] Com isso, porém, cai em ruínas um muro de fogo: "Se no caso de colisão *todos* os fundamentos podem adquirir o caráter de argumentos de fixação de objetivos, cai exatamente aquele muro de fogo, que é posto no discurso jurídico com uma compreensão deontológica de princípios jurídicos e normas jurídicas".[22]

A esse perigo de um amolecimento dos direitos fundamentais é adicionado "o perigo de juízos irracionais".[23] Segundo Habermas, não existem "critérios racionais"[24] para o ponderar: "Porque para isso faltam critérios racionais, a ponderação

(19) BVerfGE 7, 198, 205.

(20) BVerfGE 7, 198, 210.

(21) Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1994, S. 312.

(22) Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit., S. 315. Em itálico, no original.

(23) Ibid., S. 316.

(24) Entre aspas, no original.

efetiva-se ou arbitrariamente ou não-refletidamente segundo modelos e ordens hierárquicas acostumados".[25]

Essa primeira objeção concerne a conseqüências substanciais pretendidas do modelo de ponderação: amolecimento e irracionalidade. Na segunda objeção, trata-se de um problema conceitual. Habermas afirma que, com a construção da ponderação, o direito é retirado do âmbito do válido e inválido, do correto e falso e do fundamentar e transplantado em um âmbito, que é definido por idéias como a de uma conveniência maior e menor e por conceitos como o do poder discricionário. De uma ponderação de bens devem, sem dúvida, juízos poder "resultar", mas uma tal ponderação nunca nos pode "autorizar"[26] a considerar esse juízo como correto:

"O juízo é, então, *mesmo* um juízo de valor que, no quadro de um ordenamento de valores concreto, reflete, mais ou menos convenientemente, uma forma de vida, que se articula nisso, mas de modo algum está mais relacionado com a alternativa, se a decisão pronunciada é correta ou falsa".[27]

Essa segunda objeção deve ser levada a sério, pelo menos, do mesmo modo como a primeira. Ela termina na tese que a perda da categoria da correção é o preço para o ponderar. Fosse isso verdade, à construção da ponderação estaria dado um golpe decisivo. O direito está necessariamente unido com uma pretensão de correção.[28] Se a ponderação fosse incompatível com correção e fundamentação não haveria para ela lugar no direito. O desenvolvimento do Direito Constitucional alemão nos últimos 50 anos seria, no núcleo, o desenvolvimento de uma equivocação.

É o ponderar, em si, irracional? É a construção da ponderação incapaz de impedir o sacrifício de direitos individuais? Significa o ponderar realmente que nós nos devemos despedir da correção e da fundamentação e, com isso, da razão? Mal é possível responder essas questões sem saber o que é ponderação. Para saber o que é ponderação deve conhecer-se a sua estrutura. Uma olhada na prática real do ponderar é, para isso, útil.

3. A estrutura da ponderação

No direito constitucional alemão a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia da otimização. Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível.[29]

Nos princípios da idoneidade e da necessidade trata-se da otimização relativamente às possibilidades fáticas. O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir. Se um meio M, que é empregado para fomentar a realização do princípio P_1, para isso não é idôneo, porém prejudica a realização do princípio P_2, então não nascem custos nem para P_1 nem para P_2, se M é deixado cair, porém custos para P_2 se M é empregado. P_1 e P_2 podem, então, tomados em conjunto, relativamente às possibilidades fáticas, ser realizados em uma medida superior, se M é deixado cair. P_1 e P_2, *tomados em conjunto*, proíbem, com isso, o emprego de M.[30] Isso mostra que o princípio da idoneidade não é outra coisa que a expressão da idéia da otimidade-Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.

O mesmo vale para o princípio da necessidade. Esse princípio pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem P_1, escolher aquele que menos intensamente intervém em P_2. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custas para a outra. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, todavia, que não existe um terceiro princípio P_3 que, pelo emprego do meio menos intensivamente interveniente em P_2, é afetado negativamente.[31] Nessa conjuntura, o caso não mais pode ser resolvido com base em reflexões, que se apoiam na idéia da otimidade-Pareto. Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária uma ponderação.

A ponderação é objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ele é idêntico com uma regra que se pode denominar "lei da ponderação".[32] Ele diz: "Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro".

A lei da ponderação expressa que o otimizar relativamente a um princípio colidente de outra coisa não consiste que do ponderar.

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa-se decompor em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um

(25) Ibid., S. 315 f.

(26) Entre aspas, no original.

(27) Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1996, S. 369.

(28) R. Alexy, *Recht und Richtigkeit*, in: W. Krawietz-R.S. Summers-O. Weinberger-G.H. v. Wright (Hg.), *The Reasonable as Rational? Festschrift für Aulis Aarnio*, Duncker & Humblot, Berlin 2000, S. 7 ff.

(29) Comparar Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., S. 75.

(30) Em itálico, a cada vez, no original.

(31) Em itálico, a cada vez, no original.

(32) Comparar ibid., S. 146.

terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

A primeira objeção de Habermas seria exata se não fosse possível pronunciar juízos racionais, primeiro sobre a intensidade da intervenção, segundo sobre o grau de importância e terceiro sobre sua relação um ao outro. Como princípios, direitos fundamentais iriam então – se se prescinde do exame da idoneidade e da necessidade – admitir cada resolução. O "muro de fogo" iria dissolver-se em ar.[33]

Como se pode mostrar que juízos racionais sobre graus de intervenção e graus de importância são possíveis de tal maneira que se possa fundamentar um resultado de forma racional por ponderação? Um método possível poderia consistir na análise de exemplos, uma análise que visa a isto, de trazer à luz o que nós pressupomos quando nós resolvemos casos por ponderação. Como um primeiro exemplo deve ser considerada uma decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre advertências de perigos à saúde.[34] O Tribunal Constitucional Federal classifica, nessa decisão, o dever dos produtores de produtos de tabaco, de colocar em seus produtos referências aos perigos do fumo, como uma intervenção relativamente leve na liberdade de profissão. Uma intervenção grave seria, pelo contrário, uma proibição completa de todos os produtos de tabaco. Entre tais casos leves e graves encontram-se casos de intensidade de intervenção média. Dessa forma, nasce uma escala com os graus "leve", "médio" e "grave".[35] O exemplo mostra que associações válidas a esses graus são possíveis.

O mesmo vale para o lado dos fundamentos em sentido contrário. Os perigos à saúde unidos com o fumo são altos. Os fundamentos de intervenção, por conseguinte, pesam gravemente. Se está fixado, dessa forma, primeiro, uma vez, a intensidade da intervenção como leve e o grau da importância do fundamento de intervenção como alto, então pode o resultado do exame da proporcionalidade em sentido estrito, sem mais, com o Tribunal Constitucional Federal, ser designado como "manifesto".[36]

Poderia-se agora achar que o exemplo não diz muito. De um lado, trata-se de atividades econômicas, do outro, de fatos quantificáveis. Por esse meio, escalações tornaram-se possíveis. Isso, contudo, é diferente em âmbitos nos quais fatores quantificáveis como custos e probabilidades nenhum papel ou nenhum significativo desempenham.

Para contestar essa objeção, deve ser considerado um segundo caso, no qual se trata do conflito clássico entre liberdade de opinião e direito de personalidade. A revista ilustrada de sátiras Titanic, de grande circulação, designou um oficial de reserva hemiplégico, que realizou exitosamente sua convocação para um exercício militar, primeiro como "nascido assassino" e, numa edição posterior, de "aleijado".[37] O Tribunal de Terceira Instância de Düsseldorf condenou a Titanic, com vista à demanda do oficial de reserva, a uma indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido no montante de 12.000 marcos alemães. A Titanic promoveu recurso constitucional. O Tribunal Constitucional Federal fez uma "ponderação relacionada ao caso"[38] entre a liberdade de manifestação de opinião dos participantes do lado da revista (artigo 5, alínea 1, proposição 1, da Lei Fundamental)[39] e o direito de personalidade geral do oficial de reserva (artigo 2, alínea 1,[40] em união com o artigo 1, alínea 1,[41] da Lei Fundamental). Para essa finalidade é determinada a intensidade do prejuízo desses direitos e posto em relação. A condenação para a indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido é classificada como intervenção "tenaz", portanto, *grave*, na liberdade de opinião.[42] Isso é fundamentado, sobretudo, com isto, que a indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido poderia diminuir a disposição futura dos afetados de configurar a sua revista assim como eles o fizeram até agora.[43] A designação "nascido assassino" é posta, a seguir, no contexto da sátira publicada pela Titanic.[44] Nela mais pessoas, em uma forma "reconhecivelmente não-séria", enformada "pelo jogo de palavras até a parvoíce", são designadas como algo nascido, o presidente federal de então Richard von Weizsäcker, por exemplo, como "nascido cidadão".[45] Esse contexto exclui ver nessa designação uma "violação do direito de personalidade não-permitida, grave, antijurídica".[46] Ao prejuízo do direito de personalidade é, com isso, no máximo, atribuída uma intensidade *média*, talvez até somente uma *pequena*. A isso corresponde uma importância *média*, talvez somente uma *pequena*, da proteção da personalidade do oficial de reserva pela imposição de uma indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido.[47] Segundo essas classificações está assente a primeira parte da decisão. Para justificar a condenação à indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido como uma intervenção grave no direito fundamental da liberdade de opinião, deveria o prejuízo do direito de personalidade,

(33) Entre aspas, no original.

(34) BVerfGE 95, 173.

(35) Entre aspas, no original.

(36) BVerfGE 95, 173, 187.

(37) Entre aspas, no original.

(38) BVerfGE 86, 1, 11.

(39) Nota do tradutor: ver supra, nota 6.

(40) Nota do tradutor: Artigo 2, alínea 1, da Lei Fundamental: Cada um tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade à medida que ele não viola direito de outros e não infringe a ordem constitucional ou a lei moral.

(41) Nota do tradutor: Artigo 1, alínea 1, da Lei Fundamental: A dignidade das pessoas é intangível. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal.

(42) Entre aspas e em itálico, no original.

(43) BVerfGE 86, 1, 10.

(44) Entre aspas, no original.

(45) BVerfGE 86, 1, 11.

(46) BVerfGE 86, 1, 12.

(47) Em itálico, no original.

que deve ser compensado pela indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido, pelo menos, igualmente ser grave. Isso ele, segundo a avaliação do Tribunal Constitucional Federal, contudo, não é. Então, porém, a intervenção na liberdade de opinião é desproporcional.

O conceito de desproporcionalidade representa aqui uma relação entre intervenções concorrentes reais e hipotéticas. Uma intervenção em um direito fundamental é desproporcional quando ela não é justificada por uma outra intervenção hipotética, pelo menos, igualmente intensiva, em um outro princípio – contido na constituição ou por ela admitido como fundamento de intervenção –, a qual, pela omissão da primeira intervenção, iria tornar-se real. Dessa regra – juntamente com as classificações do Tribunal Constitucional Federal – resulta que a condenação à indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido de 12.000 marcos alemães, em todo o caso, viola os direitos da Titanic à medida que ela baseia-se na designação do oficial de reserva como "nascido assassino".[48]

De outra forma devem se situar as coisas, contudo, na designação do oficial de reserva como "aleijado".[49] Essa designação viola o hemiplégico "gravemente em seu direito de personalidade".[50] A importância da proteção do oficial de reserva por imposição de uma indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido é, portanto, grande. Isso é fundamentado com isto, que a designação de um grande inválido como "aleijado", hoje, em geral, é "entendida como humilhação" e expressa um "desprezo".[51] Uma alta importância da proteção da personalidade, com isso, está defronte da intervenção grave na liberdade de opinião. Nessa situação, o Tribunal Constitucional Federal chega ao resultado que "nenhuma ponderação defeituosa por conta da liberdade de manifestação de opinião" deve ser reconhecida.[52] O recurso constitucional da Titanic, por conseguinte, estava fundamentado somente à medida que a indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido havia sido imposto para a designação "nascido assassino". À medida que valia a designação "aleijado" ele era infundado.[53]

Essa decisão é, sem dúvida, uma decisão que segue o modelo da ponderação. É exata a crítica de Habermas a ela? Eu irei, em primeiro lugar, considerar a objeção mais geral e mais fundamental, que o ponderar conduz para fora do âmbito do válido e inválido, do correto e falso e do fundamentar.

A estrutura formal da argumentação do Tribunal Constitucional Federal deixa-se formular em uma regra, que já entrou em consideração:

(48) Entre aspas, no original.

(49) Entre aspas, no original.

(50) BVerfGE 86, 1, 13 – posto entre aspas por Robert Alexy.

(51) Entre aspas, no original.

(52) BVerfGE 86, 1. 13.

(53) BVerfGE 81, 1. 14.

"Uma intervenção em um direito fundamental é desproporcional se ela não é justificada com isto, que a omissão dessa intervenção seria uma intervenção, pelo menos, do mesmo modo intensiva na realização de um outro princípio (ou do mesmo princípio em outros sentidos ou com vista a outras pessoas)".

Essa regra, que pode ser denominada "regra da desproporcionalidade", produz uma relação entre o juízo sobre graus de intensidade e o juízo sobre a proporcionalidade.[54] Os juízos sobre graus de intensidade são os *fundamentos* para o juízo sobre proporcionalidade ou desproporcionalidade.[55] Juízos sobre proporcionalidade fazem, como todos os juízos, uma pretensão de correção, e essa pretensão funda-se em juízos sobre graus de intensidade como fundamentos.

Essa tese geral deixa-se reforçar quando se olha não só a relação entre os juízos sobre graus de intensidade e o juízo de proporcionalidade, mas também a relação entre aqueles juízos sobre graus de intensidade e os fundamentos, que – de certo modo em um próximo grau – são alegados para, outra vez, serem justificados. Habermas afirma que "a ponderação" efetiva-se "ou arbitrariamente ou não-refletidamente, segundo modelos e ordens hierárquicas acostumados".[56] Pois bem, as suposições que estão na base dos juízos sobre a intensidade das intervenções na liberdade de opinião e na personalidade não são arbitrárias. O Tribunal Constitucional Federal trata a intervenção na liberdade de manifestação de opinião como grave, porque a condenação à indenização em dinheiro por um dano imaterial sofrido poderia prejudicar a disposição futura dos afetados de produzirem a sua revista na forma como eles fizeram até agora. Isso é um argumento e não um ruim. É muito debatido se a designação como "nascido assassino" realmente apresenta somente um prejuízo leve ou mediano.[57] Porém, só dificilmente é impugnável que o tribunal alega fundamentos para sua classificação que, pelo menos, são dignos de consideração. O tribunal fundamenta, finalmente, sua concepção, que a designação do hemiplégico como "aleijado" é um prejuízo muito intensivo de sua personalidade, com isto, que ela é humilhante e depreciativa.[58] Isso é, primeiro, um argumento e, segundo, um bom. Não se pode, por conseguinte, dizer que o ponderar tem lugar "arbitrariamente".[59] Também é duvidoso se o tribunal constitucional federal fez seus juízos sobre as intensidades de intervenção "irrefletidamente, segundo modelos e ordens hierárquicas acostumados".[60] É, sem dúvida, verdade que os modelos que o tribunal segue estão embutidos em uma corrente de precedentes, que pode ser remontada às

(54) Entre aspas, no original.

(55) Em itálico, no original.

(56) Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit., S. 315 f.

(57) Entre aspas, no original.

(58) Entre aspas, no original.

(59) Entre aspas, no original.

(60) Entre aspas, no original.

suas origens até a sentença-Lüth. O discurso sobre modelos "acostumados" porém, iria ser justificado se somente a mera existência dos precedentes fosse relevante para a decisão a ser tomada e não também a sua correção. Ademais, poderia-se somente então falar disto, que na ponderação são aplicados modelos ou ordens hierárquicas, sejam quais forem, "não-refletidamente", se essa aplicação não estivesse embutida em uma argumentação.[61] Porque argumentos são a expressão pública da reflexão. Tudo isso também é acertado para a decisão-tabaco.

Resta a questão, se o ponderar conduz a isto, que um "muro de fogo" cai.[62] Novamente é instrutiva a decisão-Titanic. O Tribunal Constitucional Federal considera a designação do oficial de reserva como "aleijado" como humilhante e depreciativa. Pode-se ir ainda mais longe.[63] Uma tal humilhação pública e recusação de consideração toca a dignidade da vítima. Isso é não só uma violação de qualquer modo grave, mas uma muito grave ou até extraordinariamente grave. Com isso, é alcançado um ponto no qual intervenções jamais mal podem ser justificadas por um reforço ainda mais amplo dos fundamentos de intervenção. Isso corresponde à lei da taxa marginal decrescente da subsunção.[64] Direitos fundamentais ganham sobreproporcionalmente em fortidão quando a intensidade das intervenções aumenta. Por meio disso eles têm algo como um núcleo resistente. Isso estabelece o "muro de fogo", do qual Habermas acha que ele deveria faltar na construção da ponderação dos direitos fundamentais.[65] A construção da ponderação, com isso, resiste a ambas as objeções de Habermas.

(61) Entre aspas, no original.

(62) Entre aspas, no original.

(63) Entre aspas, no original.

(64) Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit., S. 147.

(65) Entre aspas, no original.

AUTORES VINCULADOS

Robert Alexy |

MARCADORES

Artigos | Direitos fundamentais |