

Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade

Giorgio PINO*

(trad. Anna Teresa Bonavita TROTTA)

1. Premissa

O princípio da proporcionalidade é hoje um dos conceitos centrais do constitucionalismo global, de fato, uma parte essencial da gramática de uma nova *lingua franca* que dialoga e interage com atores jurídicos (especialmente juízes) substancialmente em todo o mundo, facilitando a circulação global dos modelos jurídicos e de standards de argumentação.¹ Diante de um sucesso tão difundido, não se pode dizer, porém, que faltem zonas cinzentas na utilização desta técnica argumentativa (assim como, *mutatis mutandis*, não faltem perplexidade e críticas na comparação com outras técnicas argumentativas que chamarei genericamente de “ponderativas”, como a ponderação [*bilanciamento*], o teste de razoabilidade etc.). Algumas questões concernem à estrutura do teste de proporcionalidade: de quantas passagens se compõe, e quais relações há entre estas passagens (são conceitualmente separadas, ou interagem estreitamente entre si?); e que relação há entre os modelos elaborados de proporcionalidade em sede doutrinária e de teoria geral, e os efetivos empregos judiciais do teste de proporcionalidade. Outras questões dizem respeito à legitimidade da utilização judicial do teste de proporcionalidade como instrumento de controle e de revisão de escolhas adotadas pelo legislador democrático: a crítica, neste caso, é que o teste de proporcionalidade invade o âmbito de discricionariedade política que, em uma democracia representativa, é reservado ao legislador. Outras questões, enfim, acometem a relação entre o teste de proporcionalidade e os direitos fundamentais, e deste ponto de vista o teste de proporcionalidade é frequentemente considerado como um instrumento de enfraquecimento, ou até de esvaziamento, dos direitos fundamentais: através da utilização do teste de proporcionalidade, diz-se, os direitos perdem seu caráter absoluto, aquela garantia de inviolabilidade, que deveria, ao revés, ser parte essencial de se ter direitos; no momento em que se legitima limitações aos direitos fundamentais à luz das exigências coletivas e de cálculos em termos de custo-benefício, os direitos perdem seu significado.

* Professor de Filosofia do Direito, Universidade de Palermo.

¹ Stone Sweet, Matthews 2008: 80 (o teste de proporcionalidade é um ‘global constitutional standard’); Beatty 2004: 162 (‘proportionality is a universal criterion of constitutionality’); Barak 2012: cap. 7; Cohen-Eliya, Porat 2013: cap 1.

Neste artigo pretendo discutir exatamente esta última questão: a relação entre o teste de proporcionalidade e os direitos fundamentais. Por motivo de espaço, abandonarei as outras duas questões, que, contudo, não deixaram totalmente de ser tratadas.² Antecipando as conclusões do meu argumento, sustento que entre direitos fundamentais e o recurso ao teste de proporcionalidade podem sim haver tensões, mas não há uma antinomia; ao contrário: é justamente a fenomenologia dos direitos fundamentais nos Estados constitucionais contemporâneos a tornar inevitável o recurso ao teste de proporcionalidade e a técnicas argumentativas ponderativas. Ou, ao menos, isto é o que procurarei demonstrar nas próximas páginas.

2. Proporcionalidade como fator de erosão dos direitos fundamentais?

Trata-se do seguinte problema. Como é sabido, o princípio de proporcionalidade é universalmente aplicado na jurisdição de constitucionalidade [*giurisdizione di costituzionalità*] sobre os direitos fundamentais, e pelas cortes internacionais que se ocupam dos direitos humanos, e diz respeito à apreciação sobre a admissibilidade constitucional de uma certa limitação a um direito fundamental, disposta por uma medida legislativa com a finalidade de perseguir um interesse coletivo ou de proteger um outro direito fundamental. Portanto, a sistemática aplicação do princípio de proporcionalidade por parte das cortes constitucionais, sancionando a admissibilidade de limitações aos direitos, corre o risco de se traduzir como um progressivo enfraquecimento dos direitos fundamentais sancionados pelas constituições e por documentos internacionais. E isto é paradoxal, visto que o reconhecimento solene dos direitos fundamentais por parte de constituições e outros documentos deveria servir exatamente para isto: entrincheirar certos interesses – os direitos fundamentais – tornando-os intangíveis diante do interesse coletivo e insensíveis a cálculos utilitaristas e a avaliações em termos de custo-benefício³. As trabalhosas conquistas da era dos direitos, por conseguinte, seriam então progressivamente corroídas pelo triunfal avanço do princípio da proporcionalidade, que torna aparentemente limitável qualquer direito fundamental desde que a limitação seja “proporcional”, “razoável”; e ao fim aquelas conquistas viriam absorvidas e anuladas, com singular dialética, da *melassa*

² O leitor interessado poderá encontrar algumas observações sobre outras duas questões (análises conceituais do teste de proporcionalidade, e compatibilidade entre proporcionalidade e democracia), e os oportunos aprofundamentos bibliográficos, em Pino 2007; Pino 2004.

³ A ideia de que o juízo de proporcionalidade se traduz *inevitavelmente* em uma comparação do tipo utilitarista entre bens em jogo (de tal modo que distorça gravemente a lógica da inviolabilidade associada aos direitos fundamentais) é uma crítica recorrente à utilização judiciária da proporcionalidade. Cf. Habermas 2013; Tsakyrakis 2009.

indistinta da age of balancing.⁴ A ponderação e a proporcionalidade são, destarte, ameaças para os direitos fundamentais. Esta é, numa extrema síntese, a primeira crítica que pretendo discutir aqui.⁵

Direi logo que esta crítica é útil e salutar. Ela, de fato, nos recorda, diante do entusiasmo que acompanha a prática e a retórica da proporcionalidade e da razoabilidade, que os direitos são tão importantes que não podem ser balanceados indefinidamente com o interesse público, e que nem todos os objetivos e as escolhas políticas que um legislador ou um governo pode querer perseguir merecem ser utilizados como fatores de limitação aos direitos.⁶ Todavia, além desta salutar função de testemunho, a crítica não se mostra muito sólida. Procurarei mostrar o porquê, e também que o uso da ponderação e do teste de proporcionalidade pode, com alguns limites, trazer um fundo de verdade a que estas críticas concluem.

A resposta à crítica segundo a qual a *age of balancing* acaba absorvendo e tornando vã a *age of rights* procederá em duas fases. Em primeiro lugar (§§ 3-3.3.2), mostrarei que a *age of balancing* (ou seja, a inevitabilidade do recurso à ponderação e ao teste de proporcionalidade no tratamento judicial dos direitos fundamentais) está intimamente conexas com a estrutura dos direitos fundamentais proclamados nas constituições e nas cartas de direitos contemporâneos. Segundo esta hipótese, a necessidade da ponderação, ou de técnicas argumentativas análogas como o teste de proporcionalidade (as chamarei genericamente “técnicas argumentativas ponderativas”) descende do mesmo modo pelo qual são codificados os direitos fundamentais a nível constitucional. Em segundo lugar (§4), tentarei delinear um modelo de ponderação e de proporcionalidade que não transforme os direitos em caixas vazias.

3. A inevitabilidade da ponderação

3.1. O direito constitucional “por princípios”

⁴ O feliz sintagma “age of balancing” foi cunhado por Aleinikoff 1987; v. tb. Webber 2010; “era dos direitos” é, por outro lado, um igualmente feliz legado de Norberto Bobbio (Bobbio 1990).

⁵ Para críticas deste tipo, cf. Pace 1993; Pace 2001; Çali 2007; Tsakyrakis 2009; Webber 2009; Webber 2010; Ferrajoli 2013; Schiavello 2013.

⁶ Ecoa aqui a ideia dworliniana dos *rights as trumps* (Dworkin 1977: cap. 5 e 5, 198-199; Dworkin 1984). Uma tese análoga, mas que parte de pressupostos filosófico-jurídicos diversos, é aquela dos direitos como *excluded reasons*: o legislador não pode interferir na área coberta por um direito, a não ser para proteger o mesmo interesse que é objeto do mesmo direito (todos os outros interesses, individuais e coletivos, incompatíveis com o interesse que justifica o direito são excluídos): Pildes 1994; Pildes 2002 (que aplica aos direitos constitucionais a ideia das *exclusionary reasons* desenvolvida em geral no raciocínio prático de Raz 1975); Halberstam 2007.

Começamos pelo primeiro ponto. Se olharmos o modo com o qual são codificados os direitos fundamentais nas constituições contemporâneas, perceberemos tratar-se frequentemente de formulações extremamente amplas, indeterminadas; às vezes, a proclamação de um direito é acompanhada ainda de indícios de um ou mais fatores em vista dos quais é possível limitar aquele direito, mas também estes fatores são, por sua vez, formulados de modo amplo e indeterminado (“ordem pública”, “segurança, liberdade, dignidade humana”...). Às vezes, ainda, é prevista a possibilidade de limitação ou de “regulação” de um direito, mas sem especificar exatamente com base em quais considerações e com quais limites, ou “contralimites”, tal limitação possa ocorrer (pense-se, na constituição italiana, no caso do direito de greve, no art. 40).⁷ Em outras palavras, as normas constitucionais que fundam os direitos fundamentais têm habitualmente a estrutura de princípios (normas caracterizadas por um elevado nível de generalidade e de indeterminação, seja na sua *fattispecie* seja nas suas consequências jurídicas), e não de regras (normas caracterizadas por um certo nível de precisão e determinação seja na sua *fattispecie* seja nas suas consequências jurídicas).⁸

Esta é, de um ponto de vista descritivo, uma característica constante das constituições e das declarações de direitos contemporâneos: característica ligada estreitamente aos seus fundamentos políticos-culturais, fortemente pluralista, e às suas ambições programáticas: fundação global de uma nova ordem social depois de um evento social e politicamente traumático – uma guerra, uma revolução, uma queda de um regime ditatorial...; aspiração de longa duração; dificuldade procedimental para realizar emendas⁹. Diante deste fundamento e destas ambições tipicamente compartilhadas pelas constituições contemporâneas, é bastante difícil que uma constituição seja formulada sem incluir a incorporação de uma série de normas principiológicas.

Pois bem, do fato de que as normas atribuidoras de direitos fundamentais têm caráter de princípio derivam algumas consequências interessantes.

3.2. As implicações da normativa constitucional por princípios

As normas principiológicas aplicam-se a *fattispecie* muito diversas e heterogêneas, e não predetermináveis exclusivamente, e podem dar lugar a várias ordens de

⁷ Para a distinção entre violação, limitação e regulação de um direito, v. Pino 2010: 108-111.

⁸ Per posteriores aprofundamentos sobre a distinção entre regras e princípios, remeto a Pino 2009; Pino 2010: cap. 4; Pino 2013a.

⁹ Sobre estas características das constituições próprias do constitucionalismo contemporâneo, o constitucionalismo dos direitos, ver Prieto Sanchís 2004; Bin 2007; Pino 2008; Pino 2010: cap. 4; Pino 2013a.

consequências jurídicas, mesmo que não predetermináveis exaustivamente.¹⁰ Portanto, em primeiro lugar, as normas principiológicas, e os direitos resultados destas, são destinadas a ter um campo de aplicação muito extenso.¹¹ No constitucionalismo dos direitos, todo o ordenamento, potencialmente, resulta impregnado de princípios constitucionais, não existem zonas cinzentas do ponto de vista dos princípios constitucionais (zonas deixadas a uma plena e incontrolável discricionariedade política, *political questions*); é possível subsumir qualquer pretensão que não seja de todo insensata, ou qualquer situação que não seja radicalmente grotesca, no âmbito de aplicabilidade de um princípio constitucional ou de um direito fundamental.¹²

Em segundo lugar, a individuação das específicas consequências que podem derivar dos princípios nos vários possíveis casos nos quais estes tenham relevância – a individuação das específicas *regras* atuantes nos princípios em consideração – depende de circunstâncias de fato e de direito.¹³ Aliás, não é de modo algum dito que a atuação de um princípio determine exclusivamente a produção de uma regra: um princípio pode “encarnar-se” também em um posterior princípio, menos indeterminado, que se coloca em uma fase de especificação intermediária em relação às sucessivas regras do detalhe. De qualquer modo, as circunstâncias de fato relevantes à finalidade das especificações de um princípio concernem às características do caso concreto ou abstrato a ser regulado, aos recursos disponíveis etc.; as circunstâncias de direito dizem respeito a outras normas presentes no sistema e relevantes para aquele caso concreto ou abstrato – por exemplo, outros princípios.

Em terceiro lugar, e conseqüentemente àquilo acima dito, a presença de múltiplos princípios no texto constitucional ou ainda no horizonte axiológico do estado constitucional torna inevitável o recurso a algumas formas de ponderação e de limitações recíprocas entre princípios e entre direitos. *Neste* sentido tem certamente razão Robert Alexy, quando afirma que a proporcionalidade é logicamente envolvida por princípios, e vice-versa.¹⁴

¹⁰ Creio que uma instituição deste tipo esteja na base da notabilíssima definição de princípio de Emilio Betti como normas caracterizadas “por *um excesso de conteúdo deontológico* (ou *axiológico*, como se queira dizer)”: cf. Betti 1971: 316 (itálico no original); ver também Crisafulli 1941: 249 (sobre a “virtual inesgotabilidade” dos princípios); Zaccaria 1998: 145; Modugno 2000: 98 (os princípios são normas “de virtualidade indefinida” ou “inexaurível”); Zagrebelsky 2008: 219 (um princípio pode gerar “um número [...] imprevisível e não predeterminável de normas particulares”).

¹¹ De fato

¹² Bin 2002; Bin 2007: 29; Prieto Sanchís 2004: 51; Guastini 2006-a: 245-246, 254-257 (sobre a interpretação acima da constituição como uma das condições da “constitucionalização” do ordenamento); Krumm 2006; Krumm 2010: 151-152; Pino 2010: 124-125; Cohen-Eliya, Porat 2013: 113-117.

¹³ Sigo aqui, evidentemente, a construção de Alexy 2000: 294-304; Alexy 2012: 101-137.

¹⁴ Alexy 2010: 24; Alexy 2012: 133.

Entretanto, isto não diz ainda nada sobre qual seja o sujeito competente, situado na posição melhor, para efetuar estas múltiplas ponderações entre princípios fundamentais. Normalmente, estas ponderações são distribuídas em três níveis: algumas ponderações entre princípios fundamentais são já evidentemente presentes no texto constitucional; outras são demandadas ao legislador ordinário; outras ainda serão efetuadas em sede judicial, ou na forma de uma ponderação direta entre princípios em conflito, sem a mediação de uma prévia regra legislativa, ou na forma de uma metaponderação, ou ponderação de segundo grau, quando as cortes “revisam” a ponderação entre princípios assim da forma como foram empregados em uma regra legislativa. E este último é, evidentemente, o campo de escolha específico do teste de proporcionalidade.¹⁵

3.3. Estratégias de contorno

Ora, podemos imaginar vários modos para fazer com que a atividade de ponderação entre princípios fundamentais seja subtraída às cortes. E, se estas operações tivessem sucesso, eliminar-se-ia um dos aspectos mais comumente criticados da *age of balancing*, vale dizer, a atribuição dos juízes (juízes constitucionais, e em certa medida também juízes comuns) da competência de tomar decisões que, pela sua natureza, pelo elevado grau de discricionariedade, pela presença de escolhas políticas no interior desta forma de raciocínio jurídico, pareceria caber exclusivamente ao legislador democraticamente responsável, e que acabariam por enfraquecer a regulamentação dos direitos fundamentais.

Evidentemente, para evitar o recurso ao balanceamento judicial é preciso atuar sobre o modo com o qual são formulados os direitos constitucionais.¹⁶ De fato, um modelo de jurisdição constitucional totalmente privado de técnicas argumentativas ponderativas poderia funcionar somente na presença de direitos fundamentais formulados de maneira muito precisa, com um campo de aplicação bem determinado e, de forma verossímil, bastante restrito: isto é, direitos fundamentais formulados como *regras* e não *princípios*. E um modo de obter este resultado poderia consistir no redigir uma constituição *efetiva* e exclusivamente composta de regras. Ou, um outro modo poderia consistir no fato de que o texto constitucional – de qualquer maneira que seja

¹⁵ Pino 2010: cap. 8.

¹⁶ *A fortiori*, um modo radical para evitar a possibilidade da administração judicial dos direitos fundamentais, ou pelo menos para tentá-lo, consistiria em *eliminar totalmente* a proclamação dos direitos em um texto constitucional: por esta proposta, cf. Waldron 1999; Bellamy 2007.

formulado – seja pelos juízes *tratado* como expressão exclusivamente de regras.¹⁷ Que esperança de sucesso têm estas estratégias para contornar ou ainda evitar o recurso judicial à ponderação? Vejamos.

3.3.1. Primeira estratégia: redação constitucional rigorosa e minimalismo dos direitos

O primeiro modelo de jurisdição constitucional privado de técnicas argumentativas ponderativas remete a uma questão de redação do texto constitucional, e consiste em desejar que isso seja formulado de maneira clara, precisa, com direitos com âmbito de aplicação bem delimitado.¹⁸ Desta maneira, os direitos fundamentais poderiam ser facilmente tratados em sede jurisdicional sem fomentar excessos de discricionariedade interpretativa, e evitando cada possível confusão (ou a maior parte das possíveis confusões) entre aquilo que representa uma ilícita violação de um direito, e aquilo que, ao revés, é uma inócua limitação. Para esta opção de técnica redacional em seguida se pode *por vezes* acrescentar uma questão relativa ao conteúdo, ao tipo e à quantidade de direitos reconhecidos no texto constitucional. Para evitar conflitos entre direitos, e entre direitos e interesses coletivos, poder-se-ia então imaginar uma codificação constitucional “minimalista”, com um elenco de direitos limitado somente aos direitos de liberdade e com exclusão dos direitos a prestações positivas. Isto pressupondo que as liberdades negativas sejam perfeitas em si mesmas, que não conflitem com outros direitos, e não imponham custos a terceiros e à coletividade.¹⁹

É fácil vislumbrar as principais limitações deste modelo. A primeira limitação, relativa à precisão da redação do texto constitucional, é que um texto preciso e detalhado é destinado a envelhecer rapidamente, em relação às mudanças das circunstâncias sociais, econômicas, tecnológicas etc., que o tenham inspirado; por conseguinte, um texto semelhante deverá ser frequentemente atualizado, seja em sede interpretativa (mas isto

¹⁷ A alternativa expressa no texto não quer sugerir uma implausível distinção entre o texto *assim como “objetivamente”* (em hipótese, formulado por regras), e as interpretações que tratam um texto *como se fosse* formulado por regras. Na realidade, a própria distinção entre regras e princípios é dependente da interpretação, e não antecedente desta. Todavia, assumo que haja uma diferença perceptível entre: a) um texto que, pela sua formulação (uso de termos técnicos, precisos, bem definidos talvez da parte do próprio texto normativo, recursos a grandezas numéricas e mensuráveis), seja majoritariamente sujeito a exprimir regras; b) um texto que, pela sua formulação (uso de termos vagos, genéricos, valorativos), seja majoritariamente sujeito a exprimir princípios; e, em fim, c) um texto que, pela sua formulação, seja igualmente sujeito a ambas as leituras. Naturalmente, os interpretes podem sempre decidir entre induzir princípios a um texto do tipo “a”, e de induzir regras de um texto do tipo “b”, mas nestes casos o ônus da argumentação será comumente maior em relação à operação posta, e na falta de um consenso de fundo entre atores jurídicos, a operação poderá resultar mirabolante, inaceitável.

¹⁸ Ferrajoli 2010 (o argumento de Ferrajoli versa sobre um duplo registro: diz respeito seja à técnica de redação do texto constitucional, seja à interpretação das formulações existentes).

¹⁹ O modelo minimalista é eficazmente descrito por Caetano 2013: 131-133. Entre os principais defensores deste modelo, v. Nosick 2005; Ignatieff 2003.

frustraria as próprias razões que inspiram aqueles que sustentam este modelo a propor maior precisão na redação das constituições), seja em sede legislativa (o que se torna difícil pelos procedimentos agravados previstos para a revisão de uma constituição rígida; e, além disso, significaria abrir mão frequentemente do “pacto constitucional”, com todos os riscos que isto comporta). Em outras palavras, um texto constitucional muito preciso e detalhado, formulado por regras, é destinado a tornar-se velozmente obsoleto, e conseqüentemente a sofrer uma igualmente veloz perda de normatividade.²⁰ Um segundo limite concerne à sensatez de um catálogo minimalista dos direitos fundamentais. Na verdade, tratar-se-ia de um catálogo não defensável, de uma pia ilusão, porquanto é mal formulada a própria ideia da nítida separação entre direitos positivos e direitos negativos, entre direitos que custam e direitos que não custam: *todos* os direitos têm elementos de um e de outro tipo, e além também da liberdade negativa necessitam de uma rica bagagem de prestações estatais positivas para serem eficazmente desfrutados.²¹ Tudo isto torna inevitável o recurso ao modelo de redação constitucional “inclusiva”, com formulações amplas e indeterminadas, e com um catálogo “longo” de direitos e princípios – dos quais, a necessidade de operar sucessivamente ponderações, legislativas e judiciais, entre os múltiplos direitos e princípios constitucionais.

3.3.2. Segunda estratégia: direito constitucional por regras

O segundo modelo de jurisdição constitucional privado de técnicas argumentativas ponderativas requer que os intérpretes tratem as normas expressas no texto constitucional como um conjunto (não de princípios, porém) de regras.²² Isto requer empregar, em sede interpretativa, técnicas como as seguintes: definir exatamente seja o âmbito de aplicação da norma constitucional seja as suas conseqüências jurídicas; sujeitar o enunciado constitucional (aparentemente vago e indeterminado) à interpretação restritiva; excluir a possibilidade de introduzir exceções implícitas à norma assim formulada. Obter-se-ia de tal modo um conjunto de direitos fundamentais bem determinados, “fortes”, cuja aplicação aos casos concretos tem as feições de uma subsunção e não de uma ponderação. Este é um modelo de administração dos direitos

²⁰ Sobre a incongruência de uma ordem constitucional cujas prescrições resultem ter um caráter efêmero, cf. Luciani 2006> 1656. Para uma análise das dimensões temporais, especialmente voltada ao futuro, da constituição, cf. Gianformaggio 1997.

²¹ Para posteriores argumentos sobre o tema, cf. Holmes, Sunstein 2000; Bin 2000; Mazzarese 2006; Diciotti 2006: 87-92, 102-111; Pino 2013b, Facchi 2013: 116-121.

²² Cf. neste sentido Pace 2007: 83-113; Ferrajoli 2010 (mas para um recente ajuste desta ideia, v. Ferrajoli 2013: 112-122). Cf. tb. Scalia 1989.

fundamentais efetivamente praticado em algumas jurisprudências constitucionais, em particular a estadunidense.²³

Ao meu modo de ver, esta abordagem tem a desvantagem de permitir reduções, até consistentes, no âmbito de aplicação de direitos, não muito diferentes daquelas que podem ser dispostas por via da ponderação e do teste de proporcionalidade,²⁴ e que, porém, acontecem de forma puramente definidora. Em outras palavras, com este método, ao invés de sopesar a respectiva *importância*, em relação a um caso (concreto) ou tipo de caso (abstrato), de dois direitos ou princípios em conflito, pretende-se definir de forma putativamente abstrata, o *significado* relevante dos direitos ou dos princípios. É evidente que esta não pode ser sensatamente considerada como uma operação somente definidora, semântica: é, ao contrário, uma operação intensamente valorativa. E mais: as limitações trazidas em via definidora não são outra coisa senão o êxito dos mesmos juízos de ponderação entre direitos, princípios e interesses relevantes, conduzidos pela corte de maneira completamente oculta. A ponderação existe (de que outro modo poder-se-ia estabelecer que, no caso da blasfêmia, o *free speech* é mais importante do que a tutela do sentimento religioso, ou vice-versa? Ou que, diante do direito à informação [*diritto di cronaca*], o direito à *privacy* de um homem político é menos resistente que o direito à *privacy* de um cidadão comum?), mas não é explícita: é ocultada atrás de uma operação definidora e, portanto, é subtraída da discussão pública.

Portanto, por um lado, seria um pouco incompatível imaginar uma constituição formada exclusivamente por regras (a ponderação feita somente pelo legislador constitucional) e, por outro lado, não parece muito desejável um modelo de argumentação constitucional no qual os juízes tratem as normas atributivas de direitos fundamentais como regras. Porém, poder-se-ia ainda imaginar uma constituição “por princípios” cuja implementação seja inteira e exclusivamente demandada ao legislador. Nesta hipótese, as cortes seriam excluídas da gestão dos direitos fundamentais, e se preocupariam somente com a aplicação de regras legislativas, sem qualquer competência para contestar a validade em nome de direitos fundamentais. Isto é

²³ Vê-se a propósito Schauer 2005; Weinrib 2007: 83-113; Cohen-Eliya, Porat 2013: cap. 3 e 5. Mas também a jurisprudência constitucional italiana, anteriormente ao propagar da *age of balancing*, adotara uma aproximação deste tipo com a doutrina dos “limites naturais” dos direitos constitucionais (cf. Pino 2010: 158). Este é, aliás, um interessante exemplo da tese de Schauer, segundo o qual a aproximação ponderativa é típica das jurisprudências “jovens”, aquelas que, diferentemente daquela dos EUA, não tiveram ainda o tempo de desenvolver um sofisticado aparato de específica *doctrines*.

²⁴ Veja-se, por exemplo, o elenco de todas as atividades comunicativas que a Corte Suprema dos EUA foi pouco a pouco subtraindo do âmbito de aplicação da proteção constitucional do *free speech* (proteção que também, a julgar pela formulação da *First Amendment*, deveria ser absoluta) in Schauer 2004; sobre o ponto, cf. tb. Halberstam 2007.

certamente imaginável, mas é preciso ver também se seria um modelo útil, normativamente desejável: não me ocuparei deste problema neste artigo, mas em outro trabalho tentei sustentar que uma organização jus-política na qual está presente uma forma de controle judicial de constitucionalidade das leis responde melhor do que as alternativas aos ideais constitucionalistas de poder limitado e também a uma certa declinação da mesma democracia que, segundo Philip Pettit, podemos chamar “democracia contestadora”.²⁵

4. Direitos e técnicas ponderativas: na direção de um modelo integrado

O argumento que estou desenvolvendo é uma prolixa tentativa de resposta à crítica segundo a qual a *age of balancing* acaba por absorver e por tornar vã a *age of rights*. E já admiti que esta crítica não é de todo descabida, parece, ao contrário, conter um fundo de verdade.

De fato, é verdade: os direitos fundamentais assim como concebidos pelo constitucionalismo dos direitos são valores um tanto estranhos, diversas daquela imagem de “escudo”, de perenidade, de barreira protetiva contra intromissões indevidas, e de importância, que intuitivamente associamos à ideia de direitos. Ao contrário, os direitos reconhecidos pelo constitucionalismo dos direitos são valores bastante maleáveis: em duas direções.

Por um lado, os direitos têm uma capacidade de expansão tal que se tornam reclamáveis diante das instituições mais impensadas, com o risco de determinar uma inflação e banalização desses próprios direitos.²⁶

Por outro lado, os direitos são comprimíveis, são direitos somente *prima facie*; e ter um direito *prima facie* não quer dizer muita coisa, pelo menos até quando não se tenha conseguido convencer alguém (uma corte) que, tudo considerado, aquele direito deve efetivamente prevalecer sobre considerações com ele conflitantes.

De acordo. Porém, do fato de que os direitos são comprimíveis não decorre necessariamente que os direitos devam ser concebidos como *indefinidamente* comprimíveis. É perfeitamente possível conjugar o método da ponderação (e o teste de proporcionalidade, que inclui a ponderação em si) com a ideia de que exista uma área

²⁵ Pino 2014; os trabalhos de Pettit a que se faz referência no texto são: Pettit 1999, Pettit 2000.

²⁶ Para alguns exemplos, Kumm 2010: 151; v. tb. Tuzet 2008.

de intangibilidade interna ao direito, uma esfera que é subtraída das posteriores ponderações.²⁷ Isto é exatamente aquilo que diversas cortes constitucionais fazem, como a italiana e a alemã, a Corte Europeia dos Direitos Humanos e o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, quando recorrem à ideia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.²⁸ O núcleo essencial é aquela esfera do direito que, se eliminada, torna o direito irreconhecível, vazio. Destarte, uma ponderação “bem feita”, “razoável”, uma razoável limitação dos direitos em jogo, verificada ao longo do teste de proporcionalidade, são as que ficam de fora do perímetro desta área intangível.

De forma que, na área ao todo relevante de um direito fundamental, haverá zonas “periféricas”, facilmente sacrificáveis em caso de conflito com outros direitos e interesses de ordem constitucional que sejam mais importantes nas circunstâncias dadas (por exemplo, em relação ao direito da liberdade de expressão, é normalmente sacrificável a liberdade de proferir insultos racistas, especialmente em contextos em que se pode esperar uma reação violenta); e haverá zonas “duras”, mais resistentes ao balanceamento ou até mesmo intangíveis (por exemplo, é muito resistente e talvez inviolável a liberdade de expressar opiniões do tipo político).²⁹ Não se pode, do ponto de vista da clareza descritiva e da coerência teórica, descrever uma limitação à liberdade de exprimir opiniões políticas e uma limitação da liberdade de proferir insultos racistas como dois casos *exatamente idênticos*, seja pela ponderação legislativa ou pela judicial.³⁰

Obviamente, também a ideia do núcleo essencial não é, por sua vez, de todo imune à problemática da ponderação. Em primeiro lugar, porque a mesma determinação do núcleo essencial pode ser considerada, a seu turno, como fruto de uma ponderação³¹. Em segundo lugar, porque os contornos do núcleo essencial podem ainda mudar com base nas circunstâncias, e isto é novamente um juízo de ponderação. Em terceiro lugar,

²⁷ Rivers 2006: 180; Kumm 2007: 147-148.

²⁸ Cf. por fim, a Corte Constitucional n.º 85/2013 (c. d. caso Ilva): “A Constituição italiana, como as outras Constituições democráticas e pluralistas contemporâneas, requer uma contínua e recíproca ponderação entre princípios e direitos fundamentais, sem pretensões absolutas para nenhum destes. (...) O ponto de equilíbrio, justamente por ser dinâmico e não fixado previamente, deve ser valorado – pelo legislador no estabelecimento das normas e pelo juiz nas leis em sede de controle – segundo critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, de forma a não consentir um sacrifício do seu núcleo essencial”. Quanto ao Tribunal de Justiça europeu, cf. sentença de 13 de dezembro de 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*. Quanto à Corte Europeia de Direitos Humanos, cf. sentença 17 de outubro de 1986, *Rees c. United Kingdom* (“The limitations thereby [scil., no artigo 12] introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that *the very essence of the right* is impaired”, §50); sentença de 18 de dezembro de 1987, *F. c. Switzerland* (“the disputed measure, which affected *the very essence of the right* to marry, was disproportionate to the legitimate aim pursued. There was, therefore, a violation of Article 12”, §40) (sem grifos no original).

²⁹ Por um ponto de vista semelhante, cf. Feinberg 1973: 79-83.

³⁰ Cf. Hart 1983: 2006-2007; Pintore 2010: 144-145. Sobre a ideia de que a ponderação leva *necessariamente* ao sacrifício de um direito ou princípio em conflito, cf. Guastini 2006b.

³¹ Alexy 2012: 325-326; Tancredi 2006: 692; Pino 2010: 162.

porque não se pode excluir a possibilidade de um conflito entre os núcleos essenciais de dois direitos fundamentais: e então se deverá retornar a ponderar os dois direitos “em igualdade de condições”, com a consciência de que um destes resultará irremediavelmente sacrificado (e este tipo de conflito entre direitos poderá perfeitamente ser qualificado como um caso “trágico”³²). Contudo, isso não apaga o fato de que em muitos casos o núcleo essencial do direito gozará de uma prevalência estável sobre outros direitos e interesses.

Como citar: PINO, Giorgio. Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Trad. Anna Teresa Bonavita Trotta. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/direitos-fundamentais-e-principio-da-proporcionalidade/>>. Data de acesso.

³² Sobre a noção de “caso trágico”, cf. Atienza 1991: 251-252; Atienza 1997; Bomhoff, Zucca 2006.