

Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*

Virgílio Afonso da Silva

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

363↓

Neste breve texto,¹ pretendo discutir alguns dos déficits de objetividade e racionalidade imputados ao sopesamento como forma de aplicação do direito. Para tanto, dividi a análise em quatro partes principais. A primeira delas pretende apresentar o problema, por meio de algumas questões; a segunda estabelece um conceito possível de objetividade (como conceito de trabalho para fins deste artigo); a terceira, e principal, diz respeito aos aspectos sob os quais, na minha opinião, a objetividade em geral, e a objetividade do sopesamento em especial, devem ser avaliadas e garantidas; por fim, a última parte consiste em uma brevíssima conclusão.

1. Problema e questões

O principal problema a ser aqui analisado tem sua origem em um fenômeno às vezes chamado de axiologização dos direitos funda-

↑ 363 | 364 ↓

* Gostaria de agradecer à Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, na pessoa do organizador dos "Colóquio Interpretação, desenvolvimento e instituições" e "Colóquio Internacional de Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições", Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Jr., a oportunidade de poder debater algumas idéias sobre objetividade e interpretação, especialmente com os participantes das duas mesas de que participei sobre o tema, os professores Celso Fernandes Campilongo, Carlos Ari Sundfeld, José Reinaldo de Lima Lopes e Conrado Hübner Mendes.

¹ O presente texto tem origem nas exposições orais que fiz nos colóquios acima mencionados. Ainda que seja um texto mais desenvolvido do que aqueles apresentados oralmente, ele mantém um certo caráter de informalidade.

mentais. E o produto desse fenômeno que aqui de perto mais interessa é a elevação da ponderação ou do sopesamento como a forma de aplicação por excelência dos direitos fundamentais.

Embora seja menos forte no Brasil, há no exterior, especialmente na Alemanha, uma forte vertente crítica contra uma suposta hipertrofia do sopesamento, uma hipertrofia dos princípios.² Segundo essa vertente, os direitos fundamentais, compreendidos como princípios, valeriam para qualquer coisa e não teriam nenhum conteúdo determinado. Essa linha de argumentação critica tanto um recurso exagerado aos princípios, quanto um recurso exagerado à ponderação ou ao sopesamento como forma de aplicação do direito. E o principal traço comum entre essas críticas é a referência a uma suposta *subjetividade* e a uma suposta *irracionalidade* do sopesamento.

Na Alemanha, três são os principais autores dessa vertente crítica, que foram depois seguidos por vários outros, seus discípulos ou não. O primeiro deles é Friedrich Müller, que afirma que o sopesamento nada mais seria do que a expressão das pré-compreensões mal-explicadas daquele que decide e de suas ligações afetivas com o caso concreto;³ segundo ele, ponderar seria mais sugestão do que decisão.⁴ E Müller utiliza palavras muito semelhantes às usadas por Carlos Ari Sundfeld: o sopesamento seria a expressão de uma certa preguiça em face do trabalho interpretativo.⁵

Num sentido muito semelhante aponta a crítica do segundo autor, Ernst-Wolfgang Böckenförde, que alia a crítica teórica à crítica prática, por ter sido juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão.

² Para um exemplo recente de fora do debate alemão, cf., dentre outros, Juan Antonio García Amado, "Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo", in Miguel Carbonell (org.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid/México: Trotta/UNAM, 2007, pp. 237 ss.

³ Cf. Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 209.

⁴ Idem.

⁵ Cf. Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, p. 209: "O sopesamento entre diversos pontos de vista acerca da concretização normativa não pode substituir a exaustiva tarefa de interpretação". De forma semelhante, Carlos Ari Sundfeld, "Princípio é preguiça?", texto apresentado no *Colóquio Internacional de Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Direito GV, 2008 [publicado na presente coletânea]: "O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio [...]. É um preguiçoso, usando fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão".

↑ 364 | 365 ↓

Aqui também as palavras são semelhantes às usadas por Sundfeld.⁶ Böckenförde afirma que o sopesamento é a saída fácil para se obter qualquer resposta que se queira. Um dos exemplos usados por Böckenförde ilustra bem isso. Segundo ele, nas provas que aplicava a seus alunos, se algum problema tivesse que ser resolvido por meio da máxima da proporcionalidade, seus alunos sentiam-se seguros de ter elaborado uma resposta correta sempre que chegavam na terceira etapa - a do sopesamento -, porque sentiam que, neste ponto, qualquer resposta seria justificável.⁷ Além disso, Böckenförde afirma que, com o sopesamento como forma primordial de aplicação dos direitos fundamentais, a constituição deixa de ser uma constituição normativa e vinculante, sendo rebaixada a mero material de sopesamento do juiz.⁸

O terceiro autor, também nessa mesma linha crítica, é Jürgen Habermas, que afirma que o sopesamento, além de irracional, implica um enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, que perderiam o seu caráter vinculante.⁹ Segundo ele, os direitos fundamentais perderiam o seu caráter deontológico e passariam a ter um caráter sobretudo axiológico e teleológico. As normas deixariam de veicular o que deve ser, e passariam a ser uma material para se decidir o que é bom ou o que é ruim.¹⁰

Existem vários outros autores que, mais recentemente, também têm criticado o sopesamento - como Hain,¹¹ Jestaedt,¹² Pos-

↑ 365 | 366 ↓

⁶ Cf. Carlos Ari Sundfeld, "Princípio é preguiça?": "[...] princípios vagos podem justificar qualquer decisão".

⁷ Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte", in Peter Siller & Bertram Keller (orgs.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 85-86.

⁸ Cf. o voto vencido de Böckenförde na decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre objeção de consciência (BVerfGE 69, 61 [65]).

⁹ Cf. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 311.

¹⁰ Idem. Para uma análise um pouco mais detalhada da crítica de Habermas, cf. Virgílio Afonso da Silva & Conrado Hübner Mendes, "Habermas e a jurisdição constitucional", in Marcos Nobre & Ricardo Terra (orgs.), *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 199 e ss.

¹¹ Cf. Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden: Nomos, 1999.

¹² Cf. Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999; do mesmo autor, "Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen", in Otto Depenheuer et al. (orgs.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg: Müller, 2007, pp. 253-275.

cher,¹³ Ladeur,¹⁴ Fischer-Lescano e Christensen¹⁵ -, mas os três mencionados anteriormente fornecem um bom panorama do problema.

Diante dessa avalanche crítica, sempre baseada no conceito de objetividade, é óbvia a necessidade de se indagar, antes de mais nada, se existe alguma possibilidade de racionalidade ou de objetividade no direito, seja no âmbito sopesamento ou não. O que significa objetividade no direito? Como transformar aquilo que Carlos Ari Sundfeld chamou de "geléia geral"¹⁶ em algo objetivo e racional? Relacionada a essa indagação está a pergunta acerca da existência de métodos de interpretação mais objetivos do que outros. Por fim, seria necessário indagar se existe uma forma de se mensurar a objetividade na interpretação em geral e na interpretação jurídica em particular.

Essas são algumas questões que, na maioria das vezes, não são muito bem resolvidas no debate sobre a racionalidade na interpretação. Fala-se muitas vezes em falta de objetividade, em irracionalidade, sem que se defina o que de fato seria objetividade, qual seria a objetividade possível dentro do direito e quais seriam os parâmetros para mensurá-la. Diante disso, parece-me plausível iniciar com a seguinte indagação: no âmbito jurídico, que tipo de objetividade é possível?

2. A objetividade possível

O ponto de partida para se responder a essa pergunta, ou seja, o ponto de partida para qualquer debate sobre objetividade e racionalidade na aplicação e na interpretação do direito é a constatação de que não é possível buscar uma racionalidade ou uma objetividade que exclua por completo qualquer subjetividade na interpreta-

↑ 366 | 367 ↓

¹³ Cf. Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen: Mohr, 2003; do mesmo autor, "Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie", in Jan-R. Sieckmann (org.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2007, pp. 59-79.

¹⁴ Cf. Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr, 2004.

¹⁵ Cf. Ralph Christensen & Andreas Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

¹⁶ Cf. Carlos Ari Sundfeld, "Princípio é preguiça?": "Vive-se hoje um ambiente de geléia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão".

ção e na aplicação do direito.¹⁷ Seria simplesmente uma ingenuidade imaginar que existe uma forma de aplicação que exclua a subjetividade do intérprete. Exigir isso de qualquer método é exigir algo impossível. Mas muitos daqueles que vêm no sopesamento um método irracional e subjetivo de aplicação do direito parecem supor que outros métodos seriam capazes de garantir uma racionalidade quase perfeita.

Meu pressuposto aqui é outro: eu rejeito essa possibilidade. Não existe método totalmente objetivo, no sentido mais forte da palavra, isto é, em um sentido que pressuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação do direito. No direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável. Por isso, não é possível falar, na argumentação jurídica, em ônus que não seja ônus *argumentativo*. Ou seja: não existe ônus da *prova* na argumentação (a não ser, claro, em questões fáticas), não existe um ônus de *demonstração*, existe um ônus *argumentativo*.¹⁸

Assim, para tentar escapar de conceitos por demais exigentes (e, talvez, ingênuos), pretendo desdobrar a idéia de objetividade em *duas variáveis*, que abordarei a partir de *três aspectos*. Esse será o fio condutor deste texto a partir daqui. Essas duas variáveis são aquilo que, na minha opinião, poderia conferir uma maior objetividade a *qualquer forma* de interpretação do direito.

A primeira delas é a possibilidade de *controle intersubjetivo*. A segunda, a possibilidade de *previsibilidade da decisão*. No caso dessa última, embora seja óbvio que não se pode imaginar uma previsibilidade absoluta, alguma possibilidade de previsibilidade é necessária, e isso traz consigo idéias como as de segurança jurídica, coerência e consistência.

↑ 367 | 368 ↓

¹⁷ Sobre isso, com mais detalhes, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 146 e ss. e Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 89 e ss.

¹⁸ Em sentido semelhante, cf. Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 1-2, 14-15, 76-77 [há tradução brasileira: Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 2 e 19 ss.]. Feteris, por sua vez, utiliza o termo "ônus da prova", mas com o mesmo sentido que aqui foi dado ao conceito de "ônus argumentativo" (cf. Eveline Feteris, "Weighing and Balancing in the Justification of Judicial Decisions", *Informal Logic* 28 (2008), pp. 20 ss.).

Em outras palavras: garantir ou aumentar a objetividade na interpretação do direito e, também, no sopesamento, significaria garantir ou aumentar a realização dessas duas variáveis, ou seja, *garantir ou aumentar a possibilidade de controle intersubjetivo e a possibilidade de previsibilidade*.

Parece-me que essas duas variáveis, no âmbito do sopesamento (mas talvez em outros âmbitos também), podem ser analisadas a partir de três aspectos: um *metodológico*, um *teórico* e um *institucional*, os quais eu gostaria de abordar a seguir.

3. Sopesamento e garantia de objetividade

Essa divisão em duas variáveis - controle intersubjetivo e previsibilidade - a partir de três enfoques - metodológico, teórico e institucional - é uma tentativa de fugir de um certo maniqueísmo que costuma permear a discussão acerca da objetividade na interpretação do direito, que poderia ser resumido na frase "o meu método é mais objetivo do que o seu". Parto aqui do pressuposto de que - felizmente - essa frase deixa de fazer sentido quando se divide a abordagem a partir desses três aspectos.

3.1. Aspecto metodológico

O sopesamento não pode ser compreendido como uma relação de preferência simples e sem qualificativos ("eu prefiro isso àquilo"). É claro que sopesamentos necessariamente implicam relações de preferências ("algo é preferível a outra coisa"), mas - e isso constitui o que aqui se chama de aspecto *metodológico* - essas relações de preferência têm que ser fundamentadas, o que implica a fixação de um escalonamento na relação entre a restrição de um direito e realização de outro.¹⁹

Utilizarei dois exemplos simples de sopesamento, e penso que eles são suficientes para mostrar essa diferença entre relações de preferências simples e sem qualificativos e relações de preferências fundamentadas, escalonadas e condicionadas.

↑ 368 | 369 ↓

¹⁹ Quando se fala em "relação de preferência", portanto, quer se fazer menção a esse tipo de comparação, isto é, à comparação entre graus de realização, de um lado, e graus de restrição de outro. Sobre essa questão, cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 167 e 593.

O primeiro exemplo não é um sopesamento feito por um juiz, em uma decisão judicial, mas por um jurista, em um parecer, em um caso no STF: o caso do chamado estatuto do desarmamento. Em uma das ações diretas de inconstitucionalidades ajuizadas contra essa lei, um dos pareceres apresentados é particularmente interessante como exemplo. Nele, lia-se o seguinte:

"Trata-se de saber, então, se ao lume dos valores constitucionais, cabe considerar preferível que os marginais andem armados (como o fazem ao arremesso da lei), oferecendo toda espécie de riscos para os cidadãos de bem *ou se é preferível* que estes últimos andem desarmados, condenados à indefensão perante os bandidos, sob o argumento de que assim prevenir-se-ão os riscos de vida a que podem se assujeitar no confronto com os marginais".²⁰

Esse suposto sopesamento baseia-se exclusivamente na pergunta "o que você prefere?" Essa forma de argumentar em nada difere daquela levada a cabo no horário gratuito à época do referendo sobre o estatuto do desarmamento. Esse debate fundava-se, em sua essência, em um maniqueísmo resumido pela alternativa "você prefere ficar indefeso diante do bandido armado ou você prefere estar preparado (armado) para reagir?" Que a política seja feita dessa forma, a partir desse tipo de argumentação, não é algo que está aqui em discussão. Mas que o sopesamento - que, como forma de argumentação e aplicação do direito, pressupõe um certo grau de racionalidade - seja baseado nesse tipo de argumento é algo no mínimo questionável. Nesse ponto, e a partir desse exemplo, vale a pena mencionar uma crítica feita por Bernhard Schlink. Segundo ele, já que o sopesamento é irracional, talvez seja melhor deixá-lo para a esfera da política.²¹ Se realizar um sopesamento é fazer o que se faz na transcrição acima, essa crítica (e, de certa forma, as outras três apresentadas anteriormente) é inteiramente procedente. Mas vejamos antes o segundo exemplo, extraído de um caso do Tribunal Constitucional Federal alemão,²² e que depois chegou à Corte Européia de Direitos Humanos.²³

↑ 369|370 ↓

²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, "Parecer sobre o projeto de lei do Estatuto do Desarmamento", anexado à ADI 3535, 2003, p. 12 (sem grifos no original).

²¹ Cf. Bernhard Schlink, "Freiheit durch Eingriffsabwehr", *EuGRZ* (1984), p. 461.

²² Cf. BVerfGE 101, 361.

²³ Cf. *Caroline von Hannover v. Germany*, no 59320/2000.

Esse caso envolvia fotos da princesa Caroline de Mônaco, publicadas em uma revista alemã.²⁴ Em todas as fotos, tratava-se da mesma pessoa, Caroline de Mônaco. Também se tratava sempre da mesma revista. Mesmo assim, o tribunal alemão decidiu por um escalonamento: de forma resumida, segundo a decisão, algumas fotos restringiam mais do que outras a privacidade da princesa. As fotos que a retratavam andando de bicicleta no parque seriam menos problemáticas e restringiriam menos a sua privacidade (já que ela estava em local público)²⁵ do que a foto tirada com uma teleobjetiva quando ela jantava em uma parte reservada de um restaurante, onde pressupunha estar em local privado.²⁶ E um terceiro grupo de fotos mereceria um tratamento ainda diferente, porque não apenas envolvia sua privacidade, mas também a imagem de seu filho.²⁷

De forma resumida, o que o tribunal fez foi um escalonamento. Segundo ele, algumas fotos implicavam uma restrição maior, outras, uma menor. De uma certa forma, é basicamente a esse tipo de situação que Alexy quer fazer menção quando propõe uma classificação das restrições a direitos fundamentais (e, também, da realização desses direitos) em pequenas, médias e grandes.²⁸

É óbvio que esse escalonamento e essa classificação não impedem a discordância em relação ao resultado, nem mesmo em relação aos próprios argumentos. Ou seja, alguém poderia escalonar de forma diferente e afirmar, por exemplo, que o fato de algumas fotos terem sido feitas com uma teleobjetiva não seria suficiente para que fossem tratadas de forma distinta. Isso, desde que fundamentado, seria perfeitamente possível. A discordância em relação ao escalonamento e, nesse sentido, à intensidade da proteção é tão plausível que foi exatamente isso o que ocorreu quando a Corte Européia de Direitos Humanos reavaliou o caso. Segundo a CEDH, a forma escolhida pelo Tribunal Constitucional alemão para tratar as fotos não

²⁴ Para mais detalhes sobre esse caso, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional", in Marcelo Neves (org.), *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo: Quartier Latin, 2009 (no prelo).

²⁵ Cf. BVerfGE 101, 361 (396).

²⁶ Cf. BVerfGE 101, 361 (395).

²⁷ Cf. BVerfGE 101, 361 (396).

²⁸ Cf. Robert Alexy, "Posfácio", in *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 599 e ss.

↑ 370|371 ↓

foi a mais adequada. Com base em vários argumentos, a Corte decidiu que a privacidade da princesa Caroline de Mônaco não fora garantida de forma suficiente na decisão do tribunal alemão.²⁹ O que aqui importa é apenas uma coisa: o que houve não foi uma simples divergência quanto ao resultado da decisão (um tribunal teria *preferido* a liberdade de imprensa, o outro teria *preferido* a privacidade), mas uma divergência *na fundamentação* de algumas relações de precedência, em razão de uma série de variáveis expostas pela corte européia.³⁰

Esse exemplo demonstra, de forma resumida, que o sopesamento não pode ser uma questão de "preferir isso àquilo", porque *simples preferências são infensas a qualquer controle intersubjetivo*. E é exatamente o diálogo ou controle intersubjetivo o que está em questão aqui.

Assim, se se faz um escalonamento - e esse escalonamento pode ser de tipo simples, como o já mencionado, baseado em classificações como pequeno, médio e grande -, é possível comparar o grau de restrição a um direito fundamental (pequeno, médio ou grande) com o grau de realização do direito que com ele colide (pequeno, médio ou grande). Embora isso pareça extremamente trivial, ele abre a possibilidade de um diálogo intersubjetivo, especialmente se comparado com o diálogo possível na situação "eu prefiro isso, você prefere aquilo". A partir dessa constatação, pode-se perceber que a objetividade possível não é algo assim tão distante. Um bom passo inicial é não se contentar com a facilidade do "prefiro isso, prefiro aquilo".

Em alguns trabalhos recentes, Alexy tem usado uma série de fórmulas - às vezes complexas - para ilustrar esse escalonamento simples.³¹ Mas não se pode imaginar - como às vezes se faz - que são as fórmulas que conferem objetividade à argumentação (como se a objetividade estivesse ligada à aparência de proximidade com a lógica ou com a

²⁹ Cf. *Caroline von Hannover v. Germany*, no 59320/2000, *passim*.

³⁰ Cf., por exemplo, os §§ 53, 60, 63, 65 e 77 da decisão.

³¹ Cf., por exemplo, Robert Alexy, "Posfácio", in *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 600 e ss.; do mesmo autor, "Die Gewichtsformel", in Joachim Jickeli et al. (orgs.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: de Gruyter, 2003, pp. 771 e ss.

matemática). As fórmulas não conferem objetividade ao sopesamento ou possibilidade de diálogo intersubjetivo, elas apenas ilustram esse escalonamento básico: pequeno, médio

↑ 371 | 372 ↓

e grande. É o escalonamento que é o passo inicial para uma maior objetividade.

Ou seja, qualquer escalonamento - seja o da decisão Caroline de Mônaco, seja um ainda mais simples, seja algum um pouco mais complexo, com fórmulas com mais variáveis - confere uma maior objetividade ao sopesamento, porque mostra com clareza na argumentação os passos decisivos que fundamentaram o sopesamento e levaram àquela determinada decisão. Recorrendo mais uma vez à decisão no caso Caroline de Mônaco: a decisão do tribunal foi aquela porque ele considerou um grupo de fotos como uma restrição pequena à privacidade da reclamante; outro grupo, como uma restrição média e, ainda outro grupo, como uma restrição grande. Como já se salientou, é perfeitamente possível discordar do resultado da decisão, porque se pode discordar da correção daquele escalonamento. Mas - e isso é o que é relevante - o que importa é ter a oportunidade de saber que aquela determinada apreciação daquele determinado grupo de fotos foi o que levou àquele resultado. Isso cria uma possibilidade de diálogo e controle intersubjetivos.

3.2. Aspecto teórico

O segundo aspecto, que chamo aqui de aspecto *teórico*, consiste na explicitação de pontos de partida teóricos na argumentação jurídica. Métodos, em si mesmos considerados, são vazios, isto é, são instrumentos que têm que ser preenchidos com alguma substância.³² E uma importante variável que confere certa substância a esse instrumento são os pressupostos teóricos do aplicador e intérprete do direito, que não podem nunca ser escondidos. É possível dizer que dificilmente poderá existir método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sem uma teoria dos direitos fundamentais que esteja por trás desse método. E se essa teoria fica escondida, o método se obscurece.

³² Cf., nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 176.

Assim, no aspecto teórico, o problema principal não está relacionado à análise do caso concreto, mas às premissas teóricas de que se parte para solucioná-lo. O problema, aqui, surge quando não se explicita de que premissas se parte, ou qual é a teoria dos direitos fundamentais que fundamenta a interpretação em questão, ou, ainda, quando há falta de honestidade na exposição dessas premissas.

↑ 372|373 ↓

Utilizarei aqui duas indagações como ponto de partida para ilustrar o que quero dizer com "exposição de premissas" no âmbito dos direitos fundamentais. A primeira delas é a pergunta que deve preceder qualquer sopesamento: qual é o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e na aplicação do direito em geral? A segunda diz respeito à existência de alguma hierarquia entre os direitos fundamentais: há direitos fundamentais mais importantes do que outros? Em caso afirmativo, por quê?³³

De forma simplificada, essas duas perguntas são a expressão da necessidade de uma resposta a uma terceira pergunta, já mencionada: qual é a teoria dos direitos fundamentais de que se parte?

Há uma decisão do STF que, em alguns momentos, resume bem essa falta de disposição para a exposição de premissas teóricas: a decisão no caso *Ellwanger*.³⁴ Nessa decisão, embora alguns ministros tenham recorrido ao mesmo método de aplicação do direito - a proporcionalidade (e o sopesamento que ela implica) - alguns chegam a uma conclusão a favor de uma maior liberdade de imprensa, enquanto outros vêem alguns valores que, naquele caso, justificariam uma restrição a essa liberdade. Essa divergência - que, em si, não é um problema - poderia simplesmente decorrer de uma discordância dentro do aspecto metodológico, analisado no tópico anterior. Ou seja: poderia decorrer de uma divergência em relação ao problema do escalonamento. Mas ela pode também ter razões *teóricas*.

³³ É claro que, neste ponto, o rol de perguntas poderia ser muito maior, e envolver questões que vão além do escopo de uma teoria jurídico-dogmática dos direitos fundamentais. Seria possível, por exemplo, fazer menção a perguntas ligadas à relação dos direitos fundamentais com uma determinada teoria da justiça, dentre outras. Para os fins deste texto, contudo, as perguntas formuladas são suficientes.

³⁴ HC 82.424 (RTJ 188, 858).

Nesse caso concreto, essa razão teórica residiria, sobretudo, no status que se pode ou deve conferir à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa em um Estado Democrático de Direito e em uma teoria dos direitos fundamentais. Têm essas liberdades precedência (*prima facie*) em relação a outros direitos?³⁵ Ou a honra e a

↑ 373 | 374 ↓

dignidade, como direitos subjetivos individuais, devem exercer uma função de bloqueio em face de direitos de caráter mais funcional?

Se se parte, por exemplo, do pressuposto de que, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão tem, ao menos *prima facie*, uma fundamentalidade maior do que outros direitos, e se essa premissa teórica é fundamentada de forma consistente - o que é perfeitamente possível - há aí um bom começo para um sopesamento e para justificar a decisão no sentido de que alguém pode publicar o que quiser, não importa o conteúdo. Se, como era o caso dos livros escritos ou publicados por Ellwanger, a idéia era, entre outras, negar o holocausto, poder-se-ia concluir que não se deve proibir essa possibilidade, porque é a própria liberdade de expressão e o livre fluxo da comunicação (e não um tribunal) que devem, eventualmente, mostrar que o autor do livro está errado. A partir dessa premissa teórica, quanto mais livre for o fluxo da comunicação, melhor. De acordo com ela, não é necessário um Estado paternalista que defina o que pode e o que não pode ser dito.³⁶

Essa é uma premissa teórica que se ocupa com o valor dos direitos fundamentais (em especial com o valor da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa). É uma premissa teórica que se ocupa com um eventual grau de paternalismo associado aos direitos fundamentais, ao direito em geral e ao próprio Estado.

A necessidade de explicitação de uma premissa teórica como essa fica também clara em vários exemplos que envolvem os direitos fundamentais nas relações entre particulares.

³⁵ Para teorias que eventualmente poderiam seguir essa idéia, cf. a exposição que Böckenförde faz das teorias por ele denominadas como "democrático-funcionais". Nelas, seria possível criar uma precedência dos direitos de liberdade de orientação e motivação públicas e políticas em face de direitos de orientação meramente privada. Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", in *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 135.

³⁶ Em um certo sentido, essa foi uma das principais linhas argumentativas do Min. Marco Aurélio Mello.

Todo o debate jurídico sobre programas televisivos conhecidos como *reality shows* é um exemplo disso. Programas como esses restringem a privacidade, a imagem, a liberdade, dentre outros direitos fundamentais. Apesar disso, milhares de pessoas querem deles participar ou, ao menos, ser expectadoras. Seria tarefa dos direitos fundamentais (e do Estado) proteger essas pessoas contra uma suposta ameaça à sua privacidade, à sua imagem e à sua liberdade, partindo-se do pressuposto de que essas pessoas não conseguiriam se proteger sozinhas? Se se parte dessa premissa mais paternalista, o sopesamento tende a ter um resultado mais paternalista e tenderia, assim, a apontar para uma não-admissibilidade de programas como esse.

Em sentido oposto, seria possível pressupor que esses programas não suscitam grandes problemas. Eles podem ser considerados

↑ 374 | 375 ↓

de mau gosto e expor as pessoas a situações ridículas, mas se elas querem conscientemente estar expostas a esse tipo de situação, não seria tarefa dos direitos fundamentais impedi-las, porque quanto mais paternalista for uma teoria dos direitos fundamentais, menos espaço sobra para a autonomia privada. No limite, muito paternalismo significa nada de autonomia privada.

Esses exemplos simples apenas demonstram o quanto o resultado de um sopesamento - e, sobretudo, o controle intersubjetivo sobre ele e a sua previsibilidade - dependem da teoria de que se parte. Em conseqüência, quanto maior for a clareza na exposição dessa teoria, mais facilmente será possível compreender por que o sopesamento levou àquele resultado e não a outro. Isso confere mais objetividade a esse método e à interpretação em geral.

É claro que a própria opção por uma determinada teoria dos direitos fundamentais pode estar associada a um certo grau de subjetivismo. Por mais que dependa de fundamentação, essa é uma escolha subjetiva.³⁷ Mesmo assim - e isso é importante -, ainda

³⁷ O que não significa, no entanto, que qualquer teoria de direitos fundamentais seja compatível com qualquer texto constitucional em qualquer época. Parto, aqui, de alguma compatibilidade entre pressupostos teóricos e material constitucional vigente.

que, em um cenário mais pessimista, a escolha dessa ou daquela teoria não seja fundamentada a contento, a simples explicitação do ponto de partida já confere mais objetividade ao sopesamento, porque conhecer os pontos de partida é um passo importante para a possibilidade de diálogo e controle intersubjetivos.³⁸

3.3. Aspecto institucional

Por fim, o terceiro aspecto, que aqui chamarei de *institucional*. Esse aspecto não tem apenas importância no debate sobre a objetividade do sopesamento ou da ponderação, mas sobre a objetividade

↑ 375 | 376 ↓

de qualquer método. Ele está, além disso, mais fortemente ligado à questão da previsibilidade, nos termos mencionados anteriormente.

Várias das linhas críticas ao sopesamento, mencionadas anteriormente, partem do pressuposto de que, porque o sopesamento seria algo irracional e subjetivo, ele geraria insegurança, na medida em que não existiria nenhuma possibilidade de previsibilidade e controle. Isso significa, então, que objetividade é algo necessariamente associado a um certo grau de previsibilidade (e a um menor grau de insegurança). Para que isso ocorra, ou seja, para que haja mais previsibilidade e menos insegurança, parece-me importante distinguir dois aspectos institucionais fundamentais nesse âmbito: *respeito a precedentes* e *controle social*.

Respeito a precedentes pode ser compreendido da seguinte forma: quanto maior for o respeito a decisões judiciais tomadas em casos semelhantes, menor será a liberdade subjetiva do aplicador do direito ao realizar um sopesamento. Ou seja, quanto mais aplicações de uma determinada norma ao longo da história de um tribunal, maior é o ônus argumentativo

³⁸ Em um cenário mais otimista - em cuja realização a comunidade acadêmica deve ter um papel decisivo -, a escolha de uma teoria deve estar escorada não apenas na sua possível compatibilidade com o texto constitucional (visto que um texto constitucional pode ser compatível com inúmeras teorias, extremamente conflitantes entre si), mas também em um profundo debate sobre o papel do Estado, do direito, e dos direitos fundamentais em cada uma delas, como já foi salientado acima. Isso pressupõe uma certa familiaridade com os debates contemporâneos no âmbito da filosofia política, especialmente com o intuito de conectá-los com a fundamentação de determinadas opções argumentativas no âmbito dos direitos fundamentais.

para se chegar a uma decisão que se desvie das decisões anteriores. Quando existe um histórico coerente de decisões jurisprudenciais, há um grande ônus argumentativo para que esse histórico seja contrariado. Com isso se pretende, com todas as letras, deixar claro que, ao contrário de uma crença muito difundida no Brasil, precedentes judiciais devem ser respeitados também nos países de tradição continental européia, e independente de legislação que faça algum tipo de exigência nesse sentido.³⁹ Ou seja,

↑ 376|377 ↓

também no Brasil devem ser levadas a sério as seguintes regras de argumentação: "(1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado; e (2) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto".⁴⁰

Nesse sentido, a possibilidade de decisões irracionais e exclusivamente subjetivas em um sopesamento *diminui na proporção em que se aumenta o respeito a precedentes*. Não é algo diferente que Alexy quer dizer quando afirma, por exemplo, que as normas de direitos fundamentais - os chamados princípios - não decorrem simplesmente do texto dos artigos de uma constituição. Essas normas decorrem também de décadas de jurisprudência de um tribunal constitucional.⁴¹

Neste ponto, a diferença de graus de racionalidade e objetividade entre esses dois cenários (sopesar apenas com base em textos *vs.* levar em consideração precedentes) fica

³⁹ Cf., de forma clara, Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 247: "[nos países de tradição continental européia] o juiz também não pode simplesmente passar por cima dos precedentes; ele só pode fazê-lo se sua discordância puder ser fundamentada 'de forma especialmente apurada e convincente' (*Wolff*). E isso não vale apenas na relação dos tribunais inferiores com as decisões de tribunais superiores, mas também na relação da jurisprudência dos tribunais superiores com seus próprios precedentes. Nesse sentido, *a relação dos juízes continentais europeus com os precedentes não é, em sua essência, diversa daquela dos juízes anglo-saxões*" (sem grifos no original). No mesmo sentido, cf. Conrado H. Mendes, "Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF", texto apresentado no *Colóquio Internacional de Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Direito GV, 2008 [publicado na presente coletânea], especialmente nota de rodapé 20. Sobre precedentes em geral, em uma perspectiva comparada, cf., por todos, Neil MacCormick & Robert Summers, *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot: Ashgate, 1997.

⁴⁰ Cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 339 e, do mesmo autor, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 556.

⁴¹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 27.

clara. Sopesar apenas com base em textos extremamente abstratos e, em muito casos, vagos - como, de um lado, "é garantida a livre manifestação do pensamento", e, de outro, "é garantida a privacidade"; ou, ainda, entre princípios como o da livre iniciativa e o da proteção do consumidor - inevitavelmente leva a uma abertura subjetiva quase incontrolável. A constituição utiliza-se de fórmulas lapidares para garantir direitos ou impor deveres em questões extremamente complexas. Por isso, um sopesamento que leva em consideração apenas o texto constitucional sempre tenderá a ser mais subjetivo se comparado a um sopesamento que inclua, como variável fundamental, a história jurisprudencial e os precedentes judiciais.

Por fim, o segundo sub-aspecto do aspecto institucional poderia ser chamado de *controle social*. Coerência e consistência (geradoras de previsibilidade e segurança) nas decisões judiciais são aumentadas se houver controle dessas decisões. E aqui não quero fazer menção a um controle por meio de instâncias judiciárias superiores ou de um conselho da magistratura, mas sim a um controle social, exercido por todos, mas sobretudo pela comunidade acadêmica e jurídica e pela imprensa.

↑ 377 | 378 ↓

Imprevisibilidade e insegurança jurídica estão intimamente ligadas à idéia de decisão *ad hoc*, algo que só é possível quando não há controle. Quanto maior for o controle, quanto maior for a transparência, quanto maior for a publicidade das decisões de um determinado tribunal (na internet, por exemplo), tanto menor será a possibilidade de decisões *ad hoc*. Com isso, aumenta-se a segurança, a previsibilidade e, parece-me ser possível afirmar, a *objetividade*.

Para isso que isso possa ocorrer, contudo, é necessário um acompanhamento isento da história e da atividade dos tribunais superiores, o que é muito pouco freqüente no Brasil, mas muito comum em outros países. Em vários países - não importa de que família jurídica - a relação entre a literatura jurídica (doutrina) e a atividade dos tribunais não é uma relação autista. Sempre que uma determinada decisão desvia-se do histórico de um tribunal, inúmeros autores estão a postos para apontar isso.

Por mais banal que isso pareça ser, essa é uma forma de controle que pode aumentar a previsibilidade das decisões judiciais (e dos sopesamentos) e diminuir cada vez mais a possibilidade de decisões *ad hoc*. Com isso, mais uma vez, aumenta-se o grau de objetividade.

4. Conclusão

Como conclusão, e retomando o que já foi afirmado no início deste breve texto, parece-me possível afirmar que não existe objetividade absoluta e demonstrável, mas que existe, sim, a possibilidade de uma objetividade em um sentido mais fraco. Essa "objetividade possível" depende, a meu ver, da conjugação dos três aspectos que tentei brevemente analisar aqui: o metodológico, o teórico e o institucional. Parece-me que essa conjugação é imprescindível para escapar do maniqueísmo expresso pela frase "o método *a* é melhor do que o método *b*". Se se levam a sério os argumentos desenvolvidos quando da análise dessas três premissas, parece-me que é possível, sim, que o sopesamento possa desempenhar um papel preponderante - e, sobretudo, racional e objetivo - na interpretação constitucional. Aquele que imagina que objetividade tem que ser algo mais do que isso, ou que há métodos mais objetivos e racionais do que o sopesamento e que, ao mesmo tempo, sejam adequados para a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais em um Estado constitucional contemporâneo tem o ônus para demonstrar a viabilidade metodológica, teórica e institucional dessa suposição.

↑ 378 | 379 ↓

5. Bibliografia citada

Alexy, Robert. "Die Gewichtsformel", in Joachim Jickeli / Peter Kreuz / Dieter Reuter (org.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: de Gruyter, 2003: 771-792.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. (tradução de Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 3.. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991: 115-145.

- _____. "Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte", in Peter Siller / Bertram Keller (org.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden: Nomos, 1999: 83-86.
- Christensen, Ralph / Fischer-Lescano, Andreas. *Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
- Feteris, Eveline. "Weighing and Balancing in the Justification of Judicial Decisions", *Informal Logic* 28 (2008): 20-30.
- García Amado, Juan Antonio. "Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo", in Miguel Carbonell (org.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid/México: Trotta/UNAM, 2007: 237-264.
- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- Hain, Karl-Eberhard. *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- Jestaedt, Matthias. "Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen", in Otto Depenheuer (org.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg: C. F. Müller, 2007: 253-275.
- _____. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- Kriele, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- Ladeur, Karl-Heinz. *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*. Tübingen: Mohr, 2004.
- MacCormick, Neil / Summers, Robert. *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Aldershot: Ashgate, 1997.
- _____. *Rhetoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005 [tradução brasileira: Neil MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica* (tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo), Rio de Janeiro: Elsevier, 2008].
- Mendes, Conrado Hübner. "Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF", texto apresentado no *Colóquio Internacional de Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Direito GV, 2008 [publicado na presente coletânea].
- Müller, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- Poscher, Ralf. "Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie", in Jan-R. Sieckmann (org.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden: Nomos, 2007: 59-79.
- _____. *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen:

Mohr, 2003.

Schlink, Bernhard. "Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion", *EuGRZ* (1984): 457-468.

Silva, Virgílio Afonso da. "Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional", in Marcelo Neves (org.), *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo: Quartier Latin, 2009 (no prelo).

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

Silva, Virgílio Afonso da / Conrado Hübner Mendes. "Habermas e a jurisdição constitucional", in Marcos Nobre / Ricardo Terra (orgs.), *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*, São Paulo: Malheiros, 2008: 199-222.

Sundfeld, Carlos Ari. "Princípio é preguiça?", texto apresentado no *Colóquio Internacional de Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, São Paulo: Direito GV, 2008 [publicado na presente coletânea].