

ARGUMENTÔMETRO

c) Ponderação e argumentação

Matthias Jestaedt opôs à fórmula peso que “sua afirmada ou então, pelo menos, insinuada exatidão” em olhar circunstanciado resulta “ser mera exatidão-aparência, como quimera metodológica”.¹ Em linhas semelhantes fala Stavros Tsakyrakis do “mito da precisão matemática”. Esse mito tem de, quando se trata de “raciocínio judicial”, ser rejeitado.² A objeção que com a fórmula peso é empreendida a tentativa de substituir argumentação por calculação e que isso está condenado ao fracasso, portanto, nunca poderia ascender na dimensão absoluta, é, à primeira vista, de fato, natural. Os elementos fundamentais da fórmula peso são números, os do discurso jurídico são argumentos. Números deixam-se enlaçar facilmente com instrumentos de medição, por exemplo, com um termômetro. No lado do termômetro, porém, não existe nenhum argumentômetro. A resposta a isso diz como segue. Os números, que devem ser empregados nas variáveis da fórmula peso, representam classificações, no caso das variáveis I_i e G_i , do mesmo modo como em seus equivalentes, as classificações como “leve”, “médio” e “grave”. Um exemplo é uma intervenção na liberdade de manifestação de opinião (P_i), que serve a proteção do direito de personalidade (P_j). Se a intervenção na liberdade de manifestação de opinião deve ser classificada como grave, I_j , portanto, recebe o valor 4, então o número 4 representa nada mais que a proposição: “A intervenção na liberdade de manifestação de opinião é grave.” Análogo vale quando a intensidade da intervenção no direito de personalidade por não proteção é classificada como leve. O número 1 representa então a proposição: “A intervenção no direito de personalidade por não proteção é leve.” O ponto decisivo é agora que tais proposições – podem denominar-se elas “proposições de

¹ Matthias Jestaedt, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und Schwächen, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 267.

² Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, in: International Journal of Constitutional Law 7 (2009), S. 472.

classificação” -, como proposições ou afirmações bem genericamente, são necessitadas de uma fundamentação. A questão diz se elas são suscetíveis de fundamentação.

Ralf Poscher afirma, semelhantemente como Alexander Somek,³ que a ponderação “baseia-se em instituições não mais aclaráveis sobre o peso abstrato dos princípios a serem ponderados”.⁴ Pode indicar-se isso como “tese do intuicionismo”. À tese do intuicionismo, do mesmo modo como à tese do decisionismo de Bernhard Schlink⁵ e à tese do arbítrio de Jürgen Habermas,⁶ deve ser oposta a tese da argumentação.

A tese da argumentação faz valer que proposições sobre intensidades de intervenção e graus de importância deixam fundamentar-se racionalmente. Um exemplo oferece a decisão do tribunal constitucional federal, do ano de 1997, sobre o dever dos produtores de produtos de tabaco de apresentar em seus produtos referências aos perigos do fumo para a saúde.⁷ Isso é uma intervenção leve na liberdade de profissão. Uma proibição completa de todos os produtos de tabaco deveria, em contrapartida, ser classificada como intervenção grave. Entre tais casos leves e graves deixam classificar-se casos de intensidade de intervenção mediana. Um exemplo para isso seria a proibição de automáticos de cigarros juntamente com a limitação da venda de produtos de tabaco a determinados negócios. Se proposições de classificação expressassem somente intuições, decisões ou atos de arbítrio, poderia, a uma classificação do dever de alusão à advertência como intervenção grave e da proibição de tabaco completa como leve na liberdade de profissão dos produtores de tabaco, ser reagido somente com intuições contrárias, antidecisões ou atos de arbítrio opostos. É para a racionalidade da ponderação de significado decisivo que a tais classificações absurdas podem ser opostos argumentos. Esses não são em todos os casos tão decisivos como aqui. Porém, isso pertence ao campo

³ Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, Frankfurt am Main 2006, S. 135.

⁴ Ralf Poscher, *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*, in: Jan-R. Sieckmann (Hg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden 2007, S. 76.

⁵ Bernhard Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, in: *EuGRZ* 1984, S. 462.

⁶ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 315 f.

⁷ BVerfGE 95, 173.

da absolutidade e relatividade da aplicação do princípio da proporcionalidade. Sob o aspecto da fundamentação da absolutidade do princípio da proporcionalidade, como tal, está, com a comprovação que a fórmula peso é uma forma de argumento⁸ do discurso jurídico, feito um primeiro passo importante.

A mera alusão ao carácter argumentativo da ponderação como parte do exame da proporcionalidade ainda não fundamenta, contudo, sua necessidade e, com isso, ainda não sua absolutidade. Poderiam existir outras formas de argumentação que são mais racionais ou, pelo menos, do mesmo modo racional como a ponderação explicitada pela fórmula peso.⁹ Isso é o problema da alternatividade. Deve ser dada uma olhada nas três alternativas: (1) a subsunção ou classificação, (2) teste da razoabilidade e (3) proteção da posição mínima.

A teoria da subsunção tenta deslocar o exame de violações de direitos fundamentais completamente na interpretação das palavras empregadas na determinação de direitos fundamentais. O artigo 5, alínea 3, lei fundamental, garante sem cláusula de barreira a liberdade de ciência e, segundo o artigo 20a, lei fundamental, o estado tem de, no quadro da ordem constitucional, proteger os animais. Isso leva em experimentos com animais a um conflito de normas. Tome-se um experimento com animal que “segundo conteúdo e forma deve ser considerado como tentativa séria, conforme o plano, para a averiguação da verdade”¹⁰ em que, certamente, trata-se de uma questão bem insignificante tanto para a ciência como para a sociedade. Mais além, têm de, para a realização do experimento, muitos animais de grau de evolução altos ser expostos a muitas dores graves. Como deve esse caso por mera subsunção ser resolvido? Que se trata de ciência mal se deixa na luz dos fatos, que existem mais ou menos questões importantes, que por cientistas na procura da verdade séria e conforme o plano são perseguidas, pôr em dúvida. Em contrapartida, o artigo 20a, lei fundamental, põe o mandamento da proteção dos animais no quadro da ordem constitucional e dessa faz parte a liberdade de ciência, garantida sem reservas, pelo artigo 5, alínea 3, lei fundamental. Portanto, teria de o experimento, se se considera ambas as determinações como regras, sob as quais deve ser subsumido, ser permitido. Agora, seja suposto que uma proibição seria uma limitação admissível da liberdade de ciência.

⁸ Para esse conceito, Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2012, S. 123.

⁹ Bernal Pulido, *The Migration of Proportionality Across Europe* (Fn. 1), S. 508.

¹⁰ BVerfGE 35, 79 (113).

Diante desse fundo, restaria à alternativa de subsunção somente o recurso, ou não considerar questões científicas menos significativas como científicas ou qualificar a cláusula “no quadro da ordem constitucional” no artigo 20a, lei fundamental, primeiro, não existente e, então, classificar o artigo 20a, lei fundamental, ou como exceção para o artigo 5, alínea 3, lei fundamental, ou perante o artigo 5, alínea 3, fundamental, hierarquicamente mais elevado. Ambos mal teriam a ver algo com argumentação racional. Serve somente a finalidade, aquilo que no caminho da subsunção não se deixa fundamentar racionalmente, certamente porém por ponderação,¹¹ mesmo assim fundamentar por subsunção. A uma tal rabulística o jogo aberto de fundamento e fundamento contrário é, em conformidade com a fórmula peso, sob o aspecto da racionalidade muito superior.

A segunda alternativa é o teste da razoabilidade. O conceito de razoabilidade é entedido muito diferentemente. Uma formulação estreita encontra-se na decisão-Wednesbury britânica, do ano 1948.

Segundo isso, algo é irrazoável, quando “tão absurdo” é, “that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority” [que nenhuma pessoa racional jamais poderia sonhar que isso situa-se dentro dos poderes da autoridade].¹² Um tal teste de absurdidade é um teste muito fraco. A formulação ampla de razoabilidade, reasonableness ou ragionevolezza abarca, fundamentalmente, tudo que pode valer como critério da correção prática no conceito. Se isso também abrange a proporcionalidade e sua relação com os outros elementos é claramente determinada, o teste de razoabilidade não é nenhuma alternativa real para o exame da proporcionalidade. Também esse está, em virtude da tese da argumentação, em união com as outras regras e formas do discurso jurídico racional. Se, porém, só difusamente é referido a um feixe de locuções firmes, o teste de razoabilidade é uma alternativa ruim para o exame de proporcionalidade. A fórmula peso torna claro quais elementos, poderia-se quase dizer: quais forças, têm importância na limitação de direitos fundamentais e como esses comportam-se um com o outro. Com isso, ela traz, nas palavras de Barak “order into legal thought” [ordem no pensamento jurídico].¹³ A terceira alternativa a ser aqui considerada é da proteção da posição mínima, como ela é,

¹¹ Comparar para isso, OVG Bremen, DVBl 2013, S. 669.

¹² Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation (1948) 1 KB 229.

¹³ Aharon Barak, The Judge in a Democracy, Princeton, 2006, S. 173.

por Schlink¹⁴ e Poscher,¹⁵ trazida ao jogo. Essa alternativa tornaria no direito constitucional uma frase possível como: “A intervenção no direito fundamental é de acordo com a constituição, embora ela seja grave e somente é justificada por um fundamento que pesa levemente, porque a posição mínima é reconhecida.” Para a tese da posição mínima basta para a constitucionalidade de uma intervenção idônea e necessária que a posição mínima seja reconhecida. Intervenções constitucionais, porém, são intervenções justificadas.¹⁶ Agora vale, porém, que então, quando está fixado que uma intervenção em um direito fundamental desde o ponto de vista da constituição é grave e o fundamento que justifica ela desde o ponto de vista da constituição somente tem peso leve, não justifica essa intervenção. Isso significa que, segundo a tese da posição mínima, não existem intervenções justificadas. Isso conduz ao “regno delle assurdità”,¹⁷ ao reino do absurdo. Nenhuma lista de alternativas é, sob o aspecto da definitividade, completa. Pode aparecer coisa nova. Contudo, as reflexões até agora dão lugar à presunção que à proporcionalidade como tal irá caber uma estabilidade no tempo que não está situada atrás da silogística aristotélica. Caso essa presunção seja exata, o princípio da proporcionalidade teria validade necessária e, por conseguinte, como princípio, um carácter absoluto.

Obs.: pontuação no original.

Fonte: Alexy, Robert. Die absolute und die relative Dimension der Grundrechte, in: Vlastimil Göttinger (Hg.), European Constitutionalism in the Context of Judicial Dialogue, Prag 2016, S. 80 ff.

¹⁴ Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976, S. 76–78, 192–199.

¹⁵ Poscher, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie (Fn. 34), S. 67. 74.

¹⁶ Ou devem existir intervenções constitucionalmente não justificadas, em que “não justificadas” significa “jurídico-constitucionalmente não justificadas”?

¹⁷ Federico Pedrini, Colloquio su Princìpi, Diritto e Giustizia. Intervista, in: Lo Stato, 2 (2014), S. 151.