

Ponderando direitos e interesses: objeções à tese da assimetria de Frederick Schauer

Balancing rights and interests: on Schauer's asymmetry thesis

Matthias Klatt

Chair of Jurisprudence, Faculty of Law, University of Graz, Austria.

E-mail: jurisprudence@uni-graz.at | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9697-9975>

**Tradutor: Fausto Santos de Moraes*

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 17, n. 1, e4495, janeiro-abril, 2021 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: março 18, 2021; Accepted/Aceito: mar. 18, 2021;

Publicado/Published: maio 12, 2022]

Artigo estrangeiro convidado | Guest foreign article

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2021.v17i1.4495>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Fred Schauer sustenta que o último passo do teste de proporcionalidade, a ponderação, está sujeita a uma assimetria significativa. Embora se pudesse ponderar interesses, direitos não poderiam ser ponderados, sob pena do status normativo dos direitos ser destruído. Se essa assimetria existir, a aplicabilidade da ponderação seria significativamente limitada. Inicialmente, será analisada a tese da assimetria e discutidos os seus pontos fortes e fracos. Em seguida, a possibilidade de acomodar os fundamentos da tese de Schauer em consideração à ponderação na teoria dos princípios será apresentada. Por fim, a tese de Schauer será rejeitada. Este artigo confirma que a aplicação da proporcionalidade suporta a ponderação de direitos e interesses.

Palavras-chave: Teoria dos princípios; Ponderação; Direitos e interesses.

Abstract

Fred Schauer has argued that the last step of the proportionality test, balancing, is subject to a significant asymmetry. While we could balance interests against each other, we could not do so with rights, lest we destroy the special normative status of rights. If this asymmetry exists, the applicability of balancing would be significantly limited. I analyse the asymmetry thesis and discuss its merits and weaknesses. I then demonstrate how we can accommodate the rationale behind Schauer's thesis within principles theory's account of balancing. I thus, ultimately, reject Schauer's thesis. My article confirms that proportionality adjudication includes the balancing of rights and interests.

Keywords: Principles Theory; Balancing; Rights and Interests.

1 Introdução

O sucesso mundial da proporcionalidade tornou a ponderação um dos elementos essenciais do direito constitucional.¹ Como último passo da análise da proporcionalidade, a ponderação é um método de raciocínio jurídico ferozmente contestado.

Apesar disso, sustenta-se que a proporcionalidade é o melhor meio para estruturar a justificação das decisões jurídicas com o maior grau possível de racionalidade.² Por boas razões, a proporcionalidade é a técnica dominante de adjudicação de direitos no mundo.³

Fred Schauer apresentou críticas, argumentando contra o uso amplamente compartilhado⁴ da ponderação como um elemento da aplicação do direito através da proporcionalidade. Schauer afirma que essa visão cria uma “equivalência falsa”⁵ entre direitos e interesses.⁶ Tal objeção será denominada como a “tese da assimetria”.

Neste artigo, será desafiada a tese de assimetria de Schauer. Mais precisamente, será proposto um entendimento diferente daquela noção sustentada por Schauer. Para isso, inicialmente, na primeira seção será recapitulada a crítica de Schauer sobre a ponderação, escrutinando os vários elementos da sua tese da assimetria (II). Após, será utilizada a noção de ponderação no contexto da teoria dos princípios para analisar os méritos e as fraquezas do argumento de Schauer (III). Por fim, a dimensão epistemológica da tese de Schauer será analisada (IV), para, então, concluir apresentando as descobertas deste estudo (V).

2 Schauer e a Ponderação

Schauer descreve a assimetria entre direitos e interesses por meio de quatro proposições diferentes (2.1), dois cenários de conflito (2.2) e a tese da restrição (2.3). Essas questões serão apresentadas a seguir.

-
- 1 KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz Meister. *The constitutional structure of proportionality*. Inglaterra: Oxford Univ. Press. 2012. p. 1-3.
 - 2 KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz Meister. *The constitutional structure of proportionality*. Inglaterra: Oxford Univ. Press. 2012. p. 167-171.
 - 3 Isso é reconhecido, por exemplo, por Kai Möller que, inclusive, considera a análise da proporcionalidade entre os quatro centrais elementos do seu modelo constitucional global de direitos, ver Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford University Press. 2012, p. 13-15.
 - 4 ALEXY, Robert. The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, n. 1, 2017.
 - 5 SCHAUER, Frederick. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 174.
 - 6 Nota do tradutor: a expressão “interesse” empregada no texto também pode ser entendida como interesse público. Em conversa com o autor, a expressão é utilizada com referência a um interesse constitucionalmente legítimo que pode ser levado em consideração na ponderação.

2.1 Quatro proposições

As quatro proposições de Schauer são:

(1) Um dado grau de restrição a um direito é entendido como uma privação mais séria do que o mesmo grau de diminuição do interesse público.

(2) “Direitos valem mais que interesses não protegidos por direitos”.⁷

(3) ‘Mas quando os direitos estão de um lado da equação, existe uma preferência em favor do direito, ou, que é mais ou menos a mesma coisa, um ônus argumentativo imposto àqueles que restringiriam o direito [...]’.⁸

(4) Tanto os direitos de liberdade quanto de igualdade podem ser restritos somente quando a razão para impor uma restrição seja de força especial’.⁹

A assimetria entre direitos e interesses, assim descrita, conta contra equiparar proporcionalidade à ponderação, porque essa equação “entra em colapso” e “ignora” essas diferenças cruciais.¹⁰

Antes de abordar detalhadamente o argumento de Schauer em defesa dessa assimetria, duas observações adicionais devem ser feitas. Primeira, a proposição 1 acima reformula a proposição original de Schauer para deixá-la mais genérica, adotando a noção de “direitos e interesses em geral” ao invés de “liberdade de expressão”.¹¹ Segunda, a proposição 2 pode equivocadamente parecer que Schauer assume um status kantiano ou deontológicos de direitos. Contudo, a diferenciação adotada deve ser compreendida num contexto teórico pelo qual direitos teriam um valor maior.¹²

2.2 Dois cenários de conflito

Para explicar as consequências da assimetria entre direitos e interesses, Schauer diferencia dois cenários de conflito: no primeiro cenário, dois interesses competem entre si; no segundo cenário, um direito compete com um interesse. Quero acrescentar que, de uma perspectiva analítica, existe um terceiro cenário, a saber, um conflito entre dois direitos. Schauer reconhece a existência desse terceiro tipo, entretanto ele não considera essa questão, incorrendo numa falha séria, questão essa que será posteriormente abordado.

7 SCHAUER, Frederich. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 177.

8 Ibid., p. 178.

9 Ibid., p. 176.

10 Ibid., p. 177-178.

11 Ibid., p. 176.

12 Ibid., p. 177.

O exemplo de Schauer para o primeiro cenário de conflito é de um formulador de políticas¹³ que deseja deliberar a respeito do aumento do limite de velocidade nas rodovias. Dois interesses competem aqui: por um lado, o interesse em evitar mortes e feridos no trânsito; por outro lado, o interesse em evitar custos em termos de eficácia econômica que a velocidade proporciona. Assim, o formulador de políticas deve avaliar as eficiências líquidas relativas às várias possibilidades ao limite de velocidade.

Por uma questão de argumentação, Schauer assume “contrafactualmente” a existência de um direito não absoluto de dirigir em uma velocidade mais alta, enquanto o interesse em permanecer livre de lesões permanece desprotegido juridicamente. Sob tais circunstâncias, o direito de dirigir rápido ainda pode ser limitado pelo interesse em evitar acidentes. Essa limitação decorre do fato que, por acepção, o direito não é totalmente definido *a priori*, admitindo restrições justificadas. No entanto, o ponto principal de Schauer está no segundo cenário de haver um interesse mais forte para preponderar sobre o direito. Posto isto, somente esse requisito refletirá a diferença de que agora existe um direito de dirigir rápido (cenário 2), ao invés de ser apenas um interesse (cenário 1). A teoria deve considerar, para um interesse superar um direito, “evidências mais fortes ou argumentos mais poderosos [são necessários] que na ausência de um direito”.¹⁴

Schauer argumenta que esse ponto geral é ainda mais plausível em uma variante do segundo tipo de conflito. Nesta variante, o direito está localizado no outro lado da balança, sendo o interesse de dirigir em alta velocidade é um mero interesse, enquanto existe o direito de estar livre de riscos de tráfego. Schauer afirma que nesta variante que:

[...] a quantidade de aumento no risco era mais prejudicial que a quantidade de redução da eficiência, então os argumentos e as evidências necessárias para impor o risco precisariam ser mais fortes que os argumentos e evidências suficientes para impor o risco no caso da ausência do direito de estar livre daquele risco.¹⁵

Essa variante, novamente, é projetada para demonstrar a assimetria entre direitos e interesses.

13 Nota do tradutor: o autor utiliza da expressão “*policy-maker*”. Optou-se por manter a expressão “formulador de políticas”, entendendo que ela contempla o contexto brasileiro pelo qual tanto o legislador (Poder Legislativo) quanto o administrador (Poder Executivo) podem criar políticas públicas.

14 SCHAUER, Frederich. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 175.

15 *Ibid.*, p. 175.

2.3 A Tese de Restrição de Schauer

A explicação de Schauer acerca da assimetria direciona a outro ponto a ser explanado. Com o exemplo do limite de velocidade o autor procura justificar a utilização apropriada da ponderação para o conflito entre interesses, contudo, quando houvesse um direito envolvido, a utilização da ponderação seria algo “enganoso”. Se Schauer estiver certo, a ponderação apenas seria um método apropriado para ponderar interesses somente no momento da formulação de políticas, de caráter constitucional ou não, visto que os interesses não poderiam desfrutar de um *status* legal.

Nessa esteira, seria inadequado para autoridades como a Administração Pública e os Tribunais se valerem da ponderação para apreciar a validade jurídica de uma medida. Essa limitação à utilização da ponderação denomina-se de “tese da restrição”.

A argumentação de Schauer, em suma, consiste em duas premissas: existe uma assimetria essencial entre direitos e interesses (tese de assimetria); a ponderação ignoraria essa assimetria e, portanto, o seu uso deve se restringir à solução de conflitos entre interesses não protegidos por direitos (tese da restrição).

Desta feita, será sustentado que a tese de assimetria é correta, a partir da concepção mais elaborada de ponderação desenvolvida pela teoria dos princípios, embora em um sentido diferente do que Schauer apresenta, bem como que a tese de restrição é falsa.

3 A Teoria dos Princípios

Schauer menciona a razão mais profunda das suas teses da assimetria e da restrição sucintamente: “Os direitos variam em força”¹⁶. Indubitavelmente isso é verdade e, ainda, desafia a questão de como a ponderação ancorada na teoria dos princípios pode explicar essa variação de força. Responder a isso será o problema central, subjacente ao esforço de reconstruir o argumento de Schauer em quatro etapas. Na primeira etapa, será apresentado a relevância limitada da tese. Na segunda, superar-se-á o forte antagonismo entre a ideia de trunfo e ponderação, pressuposto da tese de Schauer, o que permitirá a reconciliação entre as duas noções. Já na terceira etapa, serão apresentados os elementos da Fórmula Peso. Por fim na quarta fase, os elementos da Fórmula Peso serão empregados para reconstruir as quatro proposições de Schauer.

3.1 A relevância limitada da tese de Schauer

Inicialmente, cumpre ressaltar que o exemplo da limitação de velocidade de Schauer apresenta problemas, decorrentes de duas suposições, a saber: “não há direito

16 SCHAUER, Frederich. Proportionality and the Question of Weight. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 174.

à eficiência econômica nem direito a estar livre dos riscos de dirigir”.¹⁷ Com efeito, o autor “contrafactualmente” assume que haveria o direito de dirigir em alta velocidade e argumenta que:

[...] o direito de dirigir a sessenta quilômetros por hora estaria, devido a sua condição não absoluta, sujeito a ser limitado ou superado, mas as evidências ou os argumentos necessários para essa superação deveriam ser mais fortes que a evidência ou os argumentos suficientes para superar o peso dos interesses em dirigir a sessenta milhas por hora não, caso não fosse entendido como protegido por um direito.¹⁸

Do ponto de vista da Europa continental, esse argumento é um tanto quanto intrigante, tendo em vista que na maioria das ordens jurídicas ambas as premissas acima mencionadas serão contrafactuais. Tomando o exemplo da Constituição alemã, em especial o direito geral à liberdade, nos termos do art. 2 (1), a Lei Básica implica o direito de fazer ou não fazer o que lhe aprouver.¹⁹ O escopo do direito geral à liberdade protege questões comuns, como um direito *prima facie* de andar a cavalo em florestas públicas²⁰ ou alimentar pombos em praças públicas.²¹ Também abrange um direito *prima facie* de dirigir em alta velocidade. No que tange ao direito de se libertar dos riscos de dirigir, existe uma obrigação positiva do formulador de políticas de controlar os graves riscos à saúde e à vida, nos termos do art. 2 (2) Lei Básica. O legislador, por conseguinte, não é livre para decidir se protege a vida e a saúde das pessoas contra ferimentos graves decorrentes de acidentes de carros. Os titulares desses direitos previstos, mesmo que não diretamente, podem postular como o seu direito subjetivo a adoção de medidas de proteção, mesmo que o criador de políticas públicas desfrute de um amplo critério na seleção dos meios.²²

Muitas ordens jurídicas tentam evitar lacunas de proteção, como existem no exemplo de Schauer, permitindo amplos escopos de direitos, a fim de maximizar

17 SCHAUER, Frederick. Proportionality and the Question of Weight. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 175.

18 Ibid., p. 175.

19 Art. 2 (1) Lei Fundamental determina: “Toda pessoa tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, até a extensão que não infrinja os direitos dos outros, a ordem constitucional ou a moral pública”. ALEXY, Robert. Postscript. In: *A Theory of Constitutional Rights*. Translation Julian Rivers. Oxford University Press. 2002. p. 223-259.

20 BVerfGE 39, 1; 88, 203.

21 BVerfGE 54, 143.

22 KLATT, Matthias. ‘Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. HJIL 681. 2011.

a proteção *prima facie*.²³ Por outro lado, elas têm catálogos longos e exaustivos de direitos, garantindo que os direitos resguardem todas as ações. Alternativamente, e esta é a terceira opção, as ordens jurídicas envolvem direitos gerais à liberdade e à igualdade, os quais funcionam como direitos de espera, ou seja, como *backup* caso um comportamento específico não se enquadre no escopo de um direito mais especializado. Em todos esses cenários, as duas suposições de Schauer não se mantêm.

Consequentemente, a distinção de Schauer entre os dois tipos de conflito desaparece, posto que quase todos os interesses se enquadram no escopo protetor de um direito. Portanto, o primeiro conflito (interesse versus interesse) se transformará automaticamente em um conflito do segundo tipo (direito versus interesse). Eis o porquê a distinção entre os dois tipos de conflito entra em colapso, fazendo da tese da assimetria de Schauer problemática.

3.2 Trunfo e ponderação combinados

Um defensor do modelo de Schauer, no entanto, poderia conceder a fusão entre o trunfo e a ponderação, mas ainda insistir em que, pelo menos no lado do Estado, exista um interesse não protegido por um direito. Precisamente, este cenário visa justificar a tese de assimetria juntamente com a proposição (2) mencionada acima. Não obstante, esta tréplica perde completamente o seu sentido, na medida em que, em uma última análise, o que importa para obter uma imagem correta da ponderação não está na questão de saber se algo se enquadra no escopo de um direito ou no escopo de um interesse público. O que importa, em vez disso, é em que nível na hierarquia de normas as duas entidades jurídicas estão localizadas²⁴, ponto central para que a ponderação seja utilizada. Isto é, somente é possível ponderar apenas quando as entidades gozarem do mesmo status na hierarquia de normas. Se o status hierárquico de duas entidades concorrentes for diferente, há um efeito de trunfo, em consonância com o antigo princípio *superior lex superior derogat legi inferiori*: a norma de classificação mais alta prevalecerá sobre a norma de classificação inferior. Esse trunfo acontece sem qualquer ponderação e independentemente de qual dos dois é direito ou interesse público.

Se tais trunfos fossem negados em diferentes níveis da hierarquia de normas, então os críticos estariam certos. Desta feita, os direitos de *status* constitucional poderiam ser superados por interesses menores, mesmo sem *status* constitucional,²⁵ incorrendo em uma privação aos direitos constitucionais de seu poder normativo. Parece que essa é uma preocupação subjacente à tese de Schauer.

23 Sobre as várias vantagens da concepção de direito como escopo amplo e a sua generosidade na definição ver KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. Proportionality - A Benefit to Human Rights?: Remarks on the ICon Controversy. 10(3) *Int'l J Const L* 687. 2012. p. 58-127.

24 Sobre a hierarquia entre normas, ver KLATT, Matthias. The Legitimacy of Constitution-Conform Interpretation. 2019. sessão III. B.

25 KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. The constitutional structure of proportionality. Oxford Univ. Press. 2012. ver também Klatt and Meister, *Klatt et al.* 2012 (n 1) 17.

No entanto, é importante salientar que a teoria da ponderação não mantém tal posição, em vez disso, reconhece esse efeito de trunfo. Isso é denominado *a primeira lei do trunfo*: os direitos constitucionais sempre superam todos os outros interesses, exceto aqueles que gozam de *status* constitucional da mesma forma.²⁶ Os interesses que não gozam de *status* constitucional são estritamente excluídos de qualquer ponderação com direitos constitucionais, dado que a teoria da ponderação é capaz de incluir alguns efeitos de trunfos,²⁷ incorrendo, portanto, na rejeição total da prematura tese de Schauer²⁸, no que tange à combinação entre a noção de direitos como trunfos e a ponderação.

Deve-se reconhecer, no entanto, que esse efeito de trunfo não é uma condição muito exigente nem um filtro muito ativo para impedir que os direitos sejam ponderados contra os interesses públicos, visto que as constituições modernas abrigam, além de uma rede flexível de direitos, uma abundância de interesses públicos. As constituições protegem o bem-estar social e a segurança nacional tanto quanto a sustentabilidade e a democracia. Tendo em conta tal cenário, todos esses interesses públicos gozam de *status* constitucional e, portanto, estão – no que diz respeito à sua fonte jurídica - no mesmo nível hierárquico com os direitos constitucionais. Forçoso é concluir que quase sempre será possível que as autoridades públicas argumentem que o interesse público que buscam goza de *status* constitucional, o que permite a restrição de algum direito. Isso seria verdade *a fortiori* se for admitido a distinção entre o *status* constitucional de primeiro e segundo grau.²⁹ Deste modo, um princípio tem *status* constitucional de primeiro grau se a sua validade não depender de uma decisão legislativa, ou seja, seu *status* constitucional decorre, portanto, diretamente da decisão do constituinte de incluir esse princípio na lista de princípios constitucionais.

Por outro lado, um princípio tem *status* constitucional de segundo grau se sua validade deriva de uma decisão legislativa infraconstitucional. Essa decisão legislativa infraconstitucional promulgaria uma norma de *status* comum, perseguindo um objetivo coletivo que não consta da lista de princípios constitucionais de primeiro grau. Ao fazer essa promulgação, o legislador, concomitantemente, aprovaria um princípio

26 Klatt e Meister, *Klatt et al. 2012* (n 1) 23, 27; ver também Klatt e Meister, 'Klatt et al. 2012' (n 22) 690; Alexy (n 18) 185; Martin Borowski, 'Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(2) Charter of Fundamental Rights of the European Union' (2007) 1(2) *Legisprudence* 197, 213.

27 KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford Univ. Press. 2012. p. 26-29.

28 SCHAUER, Frederick. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 18. ver também SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*. v. 31. 2011. p. 281–282. Disponível em: <http://ojls.oxfordjournals.org/content/early/2011/03/17/ojls.gqr004.abstract>

29 ALEXY, Robert. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law*. v. 16. 2018. p. 81.

constitucional de segundo grau capaz de limitar os direitos constitucionais até um certo grau. O pano de fundo dessa competência do legislador para introduzir princípios constitucionais de segundo grau está no fato de que, nas democracias constitucionais, o legislador está habilitado a decidir por si quais objetivos ou fins coletivos buscará. Muitas disposições sobre direitos constitucionais contemplam uma abertura para que restrições sejam realizadas pela busca de outras finalidades. Tal abertura resulta em um tipo específico de discricionariedade estrutural do legislativo, chamada de discricionariedade para a definição de objetivos³⁰, diante da qual, o legislador pode escolher os fins que justificam limitações de direitos e, se os escolhe por legislação infraconstitucional, cria princípios constitucionais de segundo grau. Esta promulgação consiste em um exercício do poder legislativo a fim de estabelecer limites aos direitos constitucionais, perseguindo objetivos políticos na forma de princípios constitucionais de segundo grau. O resultado não pode ser outro que um limite constitucionalmente mediano legitimado pela própria constituição autorizando ao legislador ordinário estabelecer as condições.³¹

Para ilustrar isso com um exemplo: O Tribunal Constitucional Federal alemão aceitou a discricionariedade do poder legislativo para definição de objetivos ao criar o princípio constitucional de “manutenção e apoio ao artesanato”. Esse princípio protetivo não estava listado na constituição como um interesse público absoluto, porquanto não era um “interesse público geralmente reconhecido independente da política atual da sociedade (como a saúde pública)”,³² logo, não era um objetivo que o legislador estava obrigado a perseguir.

No entanto, era um candidato elegível para um interesse público relativo. Um interesse público relativo permite que o legislador opte por seguir de acordo com as “ideias e metas econômicas, sociais e políticas específicas” nas quais trabalha.³³ Além disso, se o legislador assim o escolher, pode um princípio constitucional de segundo grau limitar direitos constitucionais, desde que sejam cumpridos determinados requisitos, dos quais o mais importante é o teste da proporcionalidade.

Esses princípios constitucionais de segundo grau podem ser adicionados aos princípios de primeiro grau, tornando-se, então, ainda mais plausível que, quase sempre, o cenário termine em uma concorrência entre interesses públicos constitucionalmente protegidos.

Ainda assim, Schauer pode responder que tudo isso não refuta a sua preocupação de que a teoria da ponderação reduz a força própria dos direitos. Ele pode ler grande

30 ALEXY, Robert. Postscript. In. *A Theory of Constitutional Rights*. Translation Julian Rivers. Oxford University Press. 2002. p. 395-396.

31 ALEXY, Robert. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law*. v. 16. 2018. p. 189.

32 BVerfGE 13, 97 (*Handwerksordnung*) (1961) 1 BvL 44/55 13 BVerfGE 97 23 (BVerfG).

33 *ibid*

parte do exposto acima como uma confirmação de sua preocupação de que a assimetria entre direitos e interesses seja conflituosa quando se eleva os interesses públicos ao *status* constitucional. Com uma resposta nesse sentido, Schauer se juntaria ao grupo de críticos estabelecidos que afirmam que os direitos na análise da ponderação e proporcionalidade ‘não têm força especial como trunfos’ e são desvalorizados por mero “floreio retórico”.³⁴ Tsakyrakis apresentou esse posicionamento de uma maneira mais forte:

Na [...] ponderação, não pode haver nenhum conceito de direitos fundamentais com prioridade sobre outras considerações. Os interesses protegidos por direitos encontram-se no mesmo nível de qualquer outro interesse que os indivíduos ou o governo tenham. Por esse motivo, os interesses da maioria tendem a superar os interesses de indivíduos e minorias.³⁵

Essa preocupação pode ser verificada também no argumento de Schauer. Diante dessa crítica, a teoria da ponderação deve demonstrar como a proteção completa dos direitos é viável, mesmo quando há ponderação entre direitos contra outros valores constitucionais. Portanto, a teoria da ponderação deve responder a objeção principal de Schauer de que “direitos valem mais do que interesses não protegidos por direitos”³⁶ com a ajuda da Fórmula Peso.

3.3 A Fórmula Peso

A estrutura de ponderação foi elaborada em uma fórmula precisa, a chamada Fórmula Peso, introduzida pela primeira vez por Alexy em seu pós-escrito na edição em inglês da *Teoria dos Direitos Fundamentais*.³⁷ A estrutura básica da Fórmula Peso é:

Fórmula 1 – A estrutura básica da Fórmula Peso.

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i}{W_j \cdot I_j}$$

34 BEATTY, Devid M. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press. 2004. p. 171.

35 TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights?. *International Journal of Constitutional Law*. v.7. i. 3. p. 468-471.

36 SCHAUER, Frederich. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 177.

37 ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translation: Julian Rivers. Oxford University Press. 2002. p. 408–410; ver também a versão mais recente em Robert Alexy, ‘The Weight Formula’ in Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek and Wojciech Zaluski (eds), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the economic analysis of law*. Jagiellonian University Press. 2007.

A fórmula demonstra a ponderação entre dois princípios colidentes, P_i e P_j . A variável que denota o resultado do quociente, $W_{i,j}$, representa o peso concreto de P_i em relação a P_j . Já os indicativos W_i e W_j representam os pesos abstratos de P_i e P_j . O peso abstrato de um princípio é o peso que um princípio tem em relação a outros princípios, independentemente das circunstâncias de qualquer caso concreto. Os pesos abstratos dos princípios concorrentes às vezes diferem um do outro, sendo possível, por exemplo, argumentar que o direito à vida tem um peso abstrato mais alto que o direito à propriedade.³⁸

Muitas vezes, não obstante, os pesos abstratos dos direitos constitucionais concorrentes são iguais, isto é, eles se cancelam e não influenciam o $W_{i,j}$. O quociente resultante $W_{i,j}$ dependerá então exclusivamente de I_i e I_j , dando uma importância particular a essas variáveis. A variável I_i representa a intensidade da interferência com P_i e a variável I_j representa a importância de satisfazer o princípio concorrente P_j . Assim, I_i e I_j são, por definição, variáveis concretas, pois tanto a intensidade da interferência com P_i quanto a importância de satisfazer P_j sempre dependerão das circunstâncias do caso concreto, fazendo com que tanto a ponderação de princípios quanto os seus resultados sejam dependentes do caso em particular.

Após observar as decisões de muitos tribunais constitucionais, a teoria dos princípios empregou uma escala triádica para as quatro variáveis I_i , I_j , W_i e W_j . Essa escala consiste nos valores leve (l), moderado (m) e grave (s), representados respectivamente pelos números 2^0 , 2^1 , 2^2 de uma sequência geométrica não contínua.³⁹

Três regras regem as consequências decorrentes do resultado do quociente:⁴⁰ primeiro, se $W_{i,j}$ obtiver um valor maior que 1, há uma obrigação de dar preferência a P_i nesse caso; segundo, se $W_{i,j}$ obtém um valor abaixo de 1, há uma obrigação de dar preferência a P_j ; terceiro, se $W_{i,j}$ obtiver o valor 1, haverá um impasse. Nesse caso, a constituição não exige dar preferência a P_i ou P_j , uma vez que tanto uma preferência por P_i quanto uma preferência por P_j são constitucionais, exigindo-se uma meta-regra para governar os casos de impasse. Muitos sistemas jurídicos, portanto, permitem ao legislador a discricionariedade estrutural, sendo competência do legislador decidir em favor da preferência a um dos dois princípios. Nesse caso, não caberia ao tribunal constitucional exercer a revisão judicial sobre a decisão, independentemente de qual princípio fosse preferido pelo legislador, já que seria possível adotar diferentes meta-regras, a depender de como o sistema jurídico aloca as competências para decidir e controlar as decisões.

38 Cf. Klatt e Meister, *Klatt et al. 2012* (n 1) 11.

39 Alexy, 'Alexy 2007' (n 36) 20–26.

40 Klatt e Meister, *Klatt et al. 2012* (n 1) 13.

Para refletir o impacto da certeza⁴¹ epistêmica na ponderação, Alexy usou desde o início de sua Fórmula Peso mais variáveis,⁴² tais como R_i e R_j , que representam a certeza epistêmica das premissas usadas na ponderação, pois estão relacionadas aos dois princípios em colisão. Cumpre, no entanto, distinguir entre premissas empíricas e normativas e, conseqüentemente, as respectivas formas de certeza, podendo ser muito confiável no que diz respeito a fatos empíricos, mas ainda altamente não confiável na dimensão normativa - ou vice-versa. De uma perspectiva sistemática, é possível combinar qualquer grau de incerteza empírica com qualquer grau de incerteza normativa. Para poder registrar essas diferenças, Schmidt e eu sugerimos dividir as variáveis R em R^e , denotando a certeza das premissas empíricas, e R^n , representando a certeza das premissas normativas.⁴³ Essa modificação é visível na fórmula 2:

Fórmula 2 – Fórmula peso com elementos da certeza normativa e empírica

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Para as variáveis R , usamos a escala de certeza,⁴⁴ nos seguintes passos: confiável ou certo (c), plausível (a) e não evidentemente falso (u). Os números que podem ser atribuídos a todas as variáveis de certeza são $c = 2^0$, $a = 2^{-1}$, $u = 2^{-2}$. Se a certeza for alta, os valores substanciais na Fórmula Peso não serão afetados, contudo, se a certeza for menor do que certa, isso reduzirá o poder determinante dos valores substantivos W_x e

41 Nota do tradutor: a palavra empregada pelo autor em alemão é “*Sicherheit*”, cuja tradução livre seria “segurança”. Ela foi considerada em inglês pelo autor como “reliability”, que poderia ser traduzida como confiabilidade. Todavia, optou-se por adotar a tradução como “certeza”, seguindo a tradição das traduções já realizadas sobre o assunto no contexto das publicações no Brasil. Por outro lado, a ideia de certeza epistêmica implica numa confiabilidade epistêmica nas avaliações realizadas.

42 Alexy 2002 (n 29) 419 fn. 97; Robert Alexy. Die Gewichtsformel. In. Joachim Jickeli, Peter Kreuzt and Dieter Reuter (eds), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (2003) 789–790; Alexy, ‘Alexy 2007’ (n 36) 24–25.

43 Matthias Klatt and Johannes Schmidt, *Spielräume im Öffentlichen Recht: Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie* (Mohr Siebeck 2010) 51–52; Matthias Klatt and Johannes Schmidt, ‘Epistemic Discretion in Constitutional Law’ (2012) 10(1) *Int’l J Const L* 69, 91 <http://icon.oxfordjournals.org/content/10/1/69.full.pdf#page=1&view=FitH> accessed 27 April 2012; Matthias Klatt and Johannes Schmidt, ‘A discricionariedade epistemica no direito constitucional: Trad. Fausto Santo de Moraes’ in Fausto S d Moraes and José C K Bortoloti (eds), *Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais* (Lumen Juris Editoria 2016); see also Klatt and Meister, *Klatt et al. 2012* (n 1) 132; Carlos Bernal Pulido, ‘On Alexy’s Weight Formula’ in Agustín J Menéndez and Erik O Eriksen (eds), *Arguing Fundamental Rights* (Law and Philosophy Library vol 77. Springer 2006) 109; Johannes Badenhop, *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention* (Nomos 2010) 366–367.

44 Klatt and Schmidt, ‘Klatt et al. 2012’ (n 41) 76 Alexy ainda mantém a sua escala revisada, cf. Robert Alexy, ‘Formal principles: Some replies to critics’ (2014) 12(3) *Int’l J Const L* 511, 515 accessed 28 November 2014; Robert Alexy, ‘Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak’ (2018) 16(3) *Int’l J Const L* 871, 874.

I_x . Outrossim, uma certeza epistêmica muito baixa enfraqueceria significativamente os valores substantivos, por exemplo, uma infração grave, mas não evidentemente falsa ($W_i = I_i \times R_i = 4 \times \frac{1}{4} = 1$), alcançará o mesmo resultado que uma infração meramente leve, mas certa ($W_i = I_i \times R_i = 1 \times 1 = 1$).

3.4 As proposições de Schauer reconstruídas

A Fórmula Peso permite observar algumas ambiguidades nas proposições de Schauer e propicia reconstruí-las analiticamente de forma mais clara.

3.4.1 A primeira proposição

A primeira proposição que caracteriza sua tese de assimetria é, prima vista, intrigante:

- (1) Um determinado grau de restrição a um direito é entendido como uma privação mais séria que o mesmo grau de interferência em um interesse público.

Como um determinado grau de restrição a um direito pode ser “mais sério” do que o “mesmo grau” de diminuição em um interesse público? Isso parece ser autocontraditório.

A restrição de um direito é tanto “mais séria” quanto a importância de um princípio justificado, mas para um direito prevalecer não pode ser o mesmo grau de restrição. Consequentemente, a importância de um princípio justificado possui o mesmo grau que uma restrição a um direito. Contudo, restrição e justificação não podem ser uma “mais séria” que outra, a menos que Schauer estivesse sugerindo escalas diferentes para avaliar direitos e interesses, o que, de fato, evitaria a autocontradição da proposição (1). No entanto, também implicaria em abandonar a noção de ponderação completamente, porque ela pressupõe a aplicação da mesma escala a cada um dos lados da balança.

A proposição de Schauer faria sentido, todavia, se for incluída a distinção da teoria dos princípios entre pesos abstratos e pesos concretos.⁴⁵ Entende-se o que Schauer rotula de “um grau de restrição a um direito” como o peso concreto de uma restrição (I_j) e de “grau de diminuição do interesse público” como a importância concreta de um interesse público (I_j). Isso permite a seguinte reconstrução: um determinado grau de restrição a um direito tomado em conjunto com um peso abstrato

45 Sobre o papel dos pesos abstratos na ponderação, ver Matthias Klatt, ‘An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay’ (2014) 12(4) *Int'l J Const L* 891, 892–894ü.

mais alto desse direito pode atingir uma maior “capacidade de defesa” (e, nesse sentido, “mais séria”) do que o mesmo grau de diminuição do interesse público tomada em conjunto com um menor peso abstrato desse interesse público.⁴⁶

Suponha-se que ocorra o seguinte conflito: uma infração moderada ($I_i = m = 2$) ocorre com um direito P_i de um alto peso abstrato ($W_i = s = 4$); do outro lado da balança, encontra-se um interesse público P_j , protegido constitucionalmente, com um peso abstrato moderado ($W_j = m = 2$), que no presente caso possui um peso concreto moderado ($I_j = m = 2$). Ignorando-se possíveis problemas de certeza, o balanceamento funcionará da seguinte maneira:

Fórmula 3 – Fórmula Peso com capacidade de infração e defesa

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i}{W_j \cdot I_j} = \frac{s \cdot m}{m \cdot m} = \frac{4 \cdot 2}{2 \cdot 2} = 2$$

Essa reconstrução ajuda na comprovação da ambiguidade da proposição de Schauer (1). Como supõe a proposição, I_i e I_j possuem “o mesmo grau”, ou seja, moderado. Ainda assim, devido à inclusão dos diferentes pesos abstratos, que são a favor do direito P_i , a capacidade de defesa do direito ganha um valor mais alto - sua privação é ‘mais séria’, como sustenta a proposição.

Para colocar o mesmo ponto em termos mais abstratos: as noções de “um determinado grau” e “o mesmo grau” na proposição (1) se referem aos pesos concretos dos princípios concorrentes. Por outro lado, a noção de “uma restrição mais séria” refere-se à capacidade de defesa. Este último combina os pesos concreto e abstrato do direito e o compara à possibilidade de violação do interesse público. Entendida dessa maneira, a proposição (1) não é mais autocontraditória e, mais importante do que isso, a teoria da ponderação pode acomodá-la confortavelmente.

3.4.2 A segunda proposição

A diferenciação entre pesos abstratos e concretos que falta no argumento de Schauer também é fundamental para entender sua proposição (2). A proposição (2) sustenta que ‘direitos valem mais que interesses não protegidos por direitos’. Pode-se reconstruir esse aspecto da suposta assimetria atribuindo pesos abstratos mais altos aos direitos do que a outros princípios constitucionais. Certamente, esse mecanismo não garantiria que os direitos sempre superem definitivamente os interesses públicos concorrentes. Em contraste, a ordem estabelecida por Rawls⁴⁷ admite um peso abstrato

46 A expressão “capacidade de defesa” foi utilizada até então somente para indicar o produto do peso concreto e do grau de certeza, ver Klatt and Meister, *Klatt et al.* 2012 (n 1) 118. Aqui, contudo, significa também o produto dos pesos concretos e abstratos na ponderação.

47 RAWLS, John. A. *Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press. 1971; RAWLS, John. *Political liberalism*. The John Dewey essays in philosophy. vol 4. Columbia Univ. Press. 1993. p.296.

maior aos direitos (constitucionais), o que implicaria em uma margem de preferência na ponderação, essa margem deveria ser equalizada ou aprimorada diante da relação com outros princípios concorrentes. O mecanismo que sugiro para entender a proposição (2) de Schauer estabelece um “*trunfo prima facie*” em oposição a um “*trunfo definitivo*”,⁴⁸ consoante a segunda lei do trunfo: quanto maior o peso abstrato de um princípio, maior a probabilidade de ele vencer os princípios concorrentes. Deve-se notar, neste ponto, que tanto a primeira quanto a segunda lei do trunfo demonstram que o suposto antagonismo entre trunfo e ponderação não é rigoroso. A questão de opor as ideias entre trunfo e ponderação não oferece o sentido correto ao raciocínio jurídico, que deveria perguntar sobre qual o papel do trunfo quando se emprega a ponderação.⁴⁹

3.4.3 A terceira proposição

Passando para a proposição (3) de Schauer, o mesmo mecanismo descrito pode ajudar a incorporar a “preferência de Schauer em favor do direito”.⁵⁰ Considerando o exposto, pode-se reconstruir essa preferência atribuindo ao direito um peso abstrato mais alto do que o interesse público, tal qual na fórmula 3 anteriormente abordada. O P_i certo recebe um peso abstrato mais alto ($W_i = s$) do que o interesse público concorrente P_j ($W_j = m$) e, assim, entra na ponderação com uma margem vencedora. Essa margem vencedora, justamente, explica a preferência de Schauer em favor do direito.

De qualquer forma, a tese de assimetria não ajuda em nada a reconstruir o terceiro cenário, negligenciado por Schauer, a saber, um conflito entre dois direitos. Deve-se observar o contraste com os outros dois primeiros cenários, nos quais um interesse público aparece em pelo menos um dos lados. Nessa esteira, o terceiro cenário não cumpre a premissa da proposição (3) de Schauer: os direitos não estão apenas ‘de um lado da equação’, mas em ambos os lados. A noção de “preferência em favor do direito” sobre o interesse não protegido por direitos não é aplicável aqui, a menos que se estabeleça uma ordem preestabelecida entre direitos. Todavia, com essa consideração à parte, a preferência de Schauer “a favor do direito” seria válida para ambos os lados e, de tal modo, neutralizaria a distinção. Essa neutralização ocorre, frequentemente, quando o direito constitucional permite efeitos horizontais, ao irradiar os direitos fundamentais sobre todas as outras áreas do direito, conforme estabelecido na famosa decisão de Lüth do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.⁵¹ Vale dizer, nessa

48 Klatt and Meister, *Klatt et al. 2012* (n 1) 29; Klatt and Meister, ‘Klatt et al. 2012’ (n 22) 690.

49 Klatt and Meister, *Klatt et al. 2012* (n 1) 28.

50 SCHAUER, Frederich. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 178.

51 Para mais detalhes sobre o caso Lüth e os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais, ver Klatt, ‘The Legitimacy of Constitution-Conform Interpretation’ (n 23) section III B.

senda, que este é um cenário corriqueiro, logo, a tese de assimetria é, de certa forma, de aplicabilidade limitada.⁵²

3.4.4 A quarta proposição

Na proposição 4 de sua tese de assimetria, Schauer exige uma “razão de força especial” para a restrição dos direitos de liberdade e igualdade.⁵³ O problema com esta proposição é o seguinte: Schauer não diz exatamente como se pode determinar se um motivo tem uma força “especial” para justificar uma limitação de um direito. Ele também não fornece, alternativamente, ajuda para determinar quando o motivo tem apenas força “não especial”, para que não justifique tal limitação. Dessa forma, a identificação da razão ser “especial” ou não, ao invés de inviabilizar a ponderação, acaba por ser dependente dela.

Assim, a resposta via ponderação requer que se interprete a noção de “força” de Schauer, como referência ao peso concreto de um princípio, e a noção de “especial”, como a relação entre dois pesos concretos entre princípios concorrentes.

Por exemplo, um interesse público de peso concreto moderado terá força suficiente (e será nesse sentido de força “especial”) para limitar um direito de peso concreto leve. Entretanto, ele não terá força suficiente (e será, nesse sentido, apenas de força ‘não especial’) para limitar um direito de peso concreto sério. A teoria da ponderação fornece meios abundantes para chegar a um acordo com as relações de força entre direitos e outros princípios constitucionais. Outrossim, é a melhor maneira de determinar se o requisito de “força especial” da Schauer é ou não atendido.

Neste ponto, uma observação adicional é oportuna, quando ao fato de ser tecnicamente possível atribuir a todos os direitos um valor abstrato mais alto do que outros princípios constitucionais, o que não implicaria que seja justificável fazê-lo se não existir no texto constitucional sinal claro indicando essa estrutura. Como exatamente se poderia justificar que, por exemplo, o direito à liberdade de reunião tenha um peso abstrato mais alto do que o princípio constitucional da democracia? Ou que o princípio do Estado de Direito tem menos peso abstrato do que a liberdade de propriedade? Não se está afirmando que tais diferenciações nos pesos abstratos realmente existam. De fato, adota-se um posicionamento cético quanto a isso,⁵⁴

52 Ver também a seção III. 1 acima.

53 SCHAUER, Frederick. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 176.

54 O ceticismo se refere particularmente a diferenciação abstrata de pesos entre direitos e outros princípios constitucionais, não se aplicando a diferenciações entre classes de direitos. Na verdade, reconhece-se a possibilidade de atribuir um peso abstrato mais forte à dignidade, a seguir um peso abstrato mais baixo ao direito geral da liberdade de agir e um padrão de peso mais baixo aos demais direitos fundamentais.

argumentando o seguinte: presumindo que tais diferenciações em pesos abstratos possam ser racionalmente justificadas, a teoria da ponderação pode reconhecê-las facilmente. Em consequência, o aspecto da tese de assimetria capturada pela proposição (4) não conta contra a ponderação baseada na teoria dos princípios.

4 A dimensão epistemológica

Até agora não foi tratado um elemento da tese da assimetria de Schauer, presente na proposição (3), pela qual se estabelece uma preferência em favor do direito, algo como “um ônus argumentativo imposto àqueles que restringem o direito”. A proposição de Schauer também afirma que essa carga é “mais ou menos a mesma coisa” que uma preferência em favor do direito.⁵⁵ É possível interpretar essas observações de três maneiras distintas.

4.1 Primeira Interpretação

A primeira interpretação relaciona a noção do “ônus argumentativo” de Schauer às certezas epistêmicas na Fórmula Peso, devendo ter cuidado para não misturar questões epistemológicas e substanciais. Em contraste a Schauer, a teoria dos princípios distingue entre as questões de peso enquanto tais e a questão da certeza epistêmica das premissas subjacentes à avaliação dos pesos. As duas perguntas não são de modo algum “mais ou menos a mesma coisa”. Pode-se querer utilizar, por exemplo, um mais alto direito abstrato, de acordo com a preferência de Schauer, contudo, ainda assim, se reconheceria que a certeza epistêmica dessa preferência é apenas média ($R_i = a$).⁵⁶ Alternativamente, como outro exemplo, pode-se usar um peso abstrato moderado de interesse público, mas se estaria do ponto de vista epistêmico muito mais certo com essa avaliação ($R_j = c$).

Portanto, é importante observar que as certezas epistêmicas devem ser consideradas em ambos os lados da equação, como a Fórmula Peso faz ao incluir variáveis epistêmicas no numerador e no denominador.

É impossível impor um certo ônus de certeza epistêmica à autoridade pública que ignore a certeza epistêmica, seja ela alta ou baixa, bem como deve ser considerada do lado do titular de direitos, caso contrário, poderia ocorrer da seguinte situação: suponha que seja bastante incerto ($R_i = u = 2^{-2}$) se, por exemplo, ocorreu uma violação moderada com um direito ($I_i = m = 2$). Ao mesmo tempo, é de certeza média ($R_j = a =$

55 SCHAUER, Frederich. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 178.

56 For reasons of simplification, this argument does not distinguish further between the reliability of empirical (Re) and normative (Rn) premises.

2⁻¹) que o interesse público concorrente tenha um peso concreto sério ($I_j = s = 4$). Aqui, ainda assim, o direito pode ganhar preferência. Sem considerar R_i , enquanto ainda considera R_j , ocorre um impasse. Esse impasse permite dar preferência ao P_i . Por outro lado, uma clara preferência por P_j teria sido o resultado se também fosse considerado R_j .

Além disso, as certezas epistêmicas podem variar em ambos os lados da ponderação, assim, nesses aspectos, não há assimetria. Atribuir-se-á precisamente essas certezas epistêmicas aos princípios concorrentes de forma correta somente em consideração a uma determinada situação epistemológica. Esse dever é denominado como a “tese da simetria epistemológica”.

Dela resulta que não se pode interpretar a assimetria de Schauer do ônus argumentativo nos moldes por ele proposto, sendo impossível exigir requisitos diferentes entre o direito e o interesse público. Não faz sentido com relação ao direito admitir uma condição de incerteza sobre o conhecimento enquanto para o interesse público fosse necessária uma certeza forte.

Se Schauer tivesse essa assimetria em mente, a teoria da ponderação seria obrigada a contradizer sua posição. O que é suficiente ou não, ou seja, o efeito das diferenças na certeza, sempre dependerá de todos os valores da Fórmula Peso tomados em conjunto. Portanto, a assimetria de Schauer no ônus argumentativo do lado do interesse público pode ocorrer em casos individuais, dependendo dos outros valores. Pode haver casos em que as variáveis W e I são tomadas sozinhas, isto é, sem considerar qualquer elemento de certeza, resultando na preferência de P_i . Então R_j deve ser maior que R_i para inclinar a balança. Isso ocorre porque apenas uma certeza muito alta no lado de P_j pode alterar a preferência pelo direito, desde que a certeza no lado do P_i seja menor. Esse mecanismo pode ser rotulado como “ônus argumentativo” do lado do interesse público, sendo aqueles que desejam restringir um direito devem obter maior certeza de suas premissas do que o titular de direitos, exatamente como exige a proposição (3) de Schauer. Poder-se-ia até indicar esse cenário como aquele em que a razão a favor do interesse público deve ser de “força especial”, de acordo com a proposição (4). Ou seja, poder-se-ia interpretar de forma epistêmica a noção de “força especial”, ao invés de considerá-la como um elemento substancial.

Forçoso é concluir, nesta senda, que esta é apenas uma das muitas constelações possíveis, dependendo muito dos valores das outras variáveis, por isso é, em última análise, contingente. A tese de assimetria de Schauer, no entanto, pretende discutir uma questão mais geral.

Daqui resulta que a tese de assimetria de Schauer, além de casos como os fornecidos no exemplo, não pode ser explicada? As considerações acima dependem da interpretação do “ônus argumentativo” de Schauer imposto ao interesse público em relação à certeza epistêmica. Existe, portanto, um ônus argumentativo nesse sentido se R_j deve ser superior a R_i para inclinar a balança em favor do interesse público.

Talvez uma interpretação diferente do argumento de Schauer ajude a resgatar o seu argumento.

4.2 Segunda Interpretação

Uma segunda interpretação vem à mente quando se considera o exemplo do limite de velocidade de Schauer. Pode-se reconstruir este exemplo com a ajuda da Fórmula Peso da seguinte maneira. P_i apresenta o direito de dirigir rapidamente. P_j representa a obrigação constitucional de proteger as pessoas dos riscos causados por libertários frenéticos que dirigem em alta velocidade. Como se pode atribuir os pesos abstratos? Supondo-se que o direito de dirigir rapidamente seja protegido, não por um direito de liberdade especial, por exemplo a liberdade de profissão ou liberdades econômicas, mas apenas pelo direito geral à liberdade.⁵⁷ O direito geral à liberdade pode receber um peso abstrato leve, a fim de refletir seu caráter como um direito subsidiário ($W_i = l$).⁵⁸ Essa avaliação levaria em consideração a opinião de Schauer de que dirigir em alta velocidade poderia ser um mero interesse não protegido por direitos, e não um direito. Ao permitir esse direito geral de liberdade, a ordem jurídica será generosa na seleção de qual comportamento ela concede proteção jurídica. Ainda assim, refletiria, ao reduzir seu peso abstrato, que esse comportamento poderia estar na fronteira, por assim dizer, entre um direito e um mero interesse. Em contrapartida, a obrigação de proteger os titulares de direitos contra os riscos à saúde decorre do direito positivo sob o direito à integridade física, um direito de liberdade especial com peso abstrato moderado ($W_j = m$).

Como se vê, a atribuição de pesos concretos dependerá das circunstâncias do caso concreto. Supondo-se que o motorista dirige realmente muito rápido, a 100 milhas por hora, e o faça por puro prazer, e não por qualquer motivo específico (emergência, interesse econômico etc.), a violação de seu direito ao impor um limite de velocidade de 50 milhas por hora, durante uma parte considerável, mas não toda a parte do seu trajeto diário, será moderada ($I_i = m$).

Supondo-se que o motorista transite em alta velocidade. Isso apresenta um risco muito alto de um acidente grave na estrada, com várias pessoas podendo serem afetadas. Causará, ainda, o perigo de ferimentos graves, porque essa parte específica da rodovia é, por razões separadas, propensa a acidentes. A importância de cumprir a obrigação de prevenir esses acidentes com a introdução do limite de velocidade é séria ($I_j = s$). O resultado do balanceamento será uma preferência de P_j , pois a fórmula 4 demonstra:

57 Sobre um direito geral de liberdade, ver acima.

58 Ver nota 47 acima.

Fórmula 4 – Fórmula Peso no exemplo de limite de velocidade

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i}{W_j \cdot I_j} = \frac{l \cdot m}{m \cdot s} = \frac{1 \cdot 2}{2 \cdot 4} = \frac{1}{4}$$

Agora, o argumento é: para incluir as certezas epistêmicas nessa reconstrução é necessário justificar os valores que se atribuí a R_i e R_j externamente.⁵⁹ E é aqui que entra o argumento do ônus argumentativo de Schauer, em sua segunda interpretação: quanto ao direito de dirigir em alta velocidade, há uma alta certeza, pelo menos no que diz respeito aos fatos empíricos ($= c$).⁶⁰ Pode-se estimar, por exemplo, o tempo adicional que o motorista precisa ir ao trabalho devido à imposição de limites de velocidade. Considerando que, do lado do interesse público para evitar acidentes, se tem apenas uma certeza moderada, porque essa avaliação exigirá hipóteses contrafactuais ($= a$).

Fórmula 5 – Fórmula Peso com a representação da certeza empírica e normativa

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e} = \frac{l \cdot m \cdot c}{m \cdot s \cdot a} = \frac{1 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 2^{-1}} = \frac{1}{2}$$

A comparação entre as fórmulas 4 e 5 revela o seguinte: Ao incluir diferentes certezas epistêmicas, há o enfraquecimento do lado do interesse público. Embora o resultado ainda justifique a preferência de P_j na fórmula 5, esse resultado não é mais tão significativo quanto na fórmula 4. Dependendo dos outros valores, será mais difícil para o poder público, então, manter as escalas em favor da preferência do interesse público. Além disso, esse efeito, precisamente, é o que também pode ser descrito, nos termos de Schauer, como um “ônus argumentativo” em conta da autoridade pública.

Superando o exemplo do limite de velocidade, e se concentrando em um ponto mais geral, é essencial ver que essa diferença de certezas pode ser bastante frequente no cenário central de Schauer, ou seja, o conflito entre um direito e um interesse público. A situação do direito costuma ser condicionada ao tempo presente, ou mesmo ao passado, se o titular de direitos alegar que seus direitos foram violados no passado. O tempo presente ou passado significa que os fatos empíricos, os efeitos sobre o comportamento protegido por direitos, são relativamente claros ou pelo menos facilmente acessíveis. Em contrapartida, o interesse público geralmente é direcionado para o futuro: a autoridade pública viola o direito de promover algum estado (futuro) de coisas. A posição de Schauer é que o ônus do argumento recai sobre a autoridade pública, como forma de proteção ao interesse público. Essa posição pode simplesmente descrever o fato de que, em muitos casos, o direito entra em ponderação com o que poderia ser chamado de “margem de vitória epistêmica”. O “ônus argumentativo da assimetria de Schauer resulta, portanto, em uma responsabilidade epistêmica.

59 Sobre uma vital e frequentemente negligenciada diferença entre justificação interna e externa, ver Klatt and Meister, ‘Klatt et al. 2012’ (n 22) 693–695

60 Para fins de argumentação, I presume que a confiança nas premissas normativas não afeta o resultado, pois tanto e deixam de ser considerados.

Nesta segunda interpretação, a noção do ônus argumentativo nada mais é do que um rótulo de atalho para nossa intuição sobre essa margem epistêmica de vitória no lado do direito. Esta intuição, no entanto, pode ou não ser precisa. Para descobrir se existe de fato uma margem de vitória epistêmica e qual é exatamente o seu efeito na ponderação, se mostra necessário apreciar a ponderação de uma forma mais detalhada. Usar atalhos, no sentido que Schauer o faz, não poupa a necessidade da análise mais detalhada sobre a ponderação.

4.3 Terceira Interpretação

Uma possível terceira interpretação retoma o objetivo por trás da noção do ônus argumentativo de Schauer. Esse objetivo, sem dúvida, em um conflito entre um direito e um interesse público, aduz à autoridade pública o dever de “argumentar melhor” ou “provar mais” do que o titular dos direitos. Esse argumento, todavia, contraria minha ‘tese de simetria epistêmica’, a menos que se interprete o argumento de Schauer de outra forma. O argumento do ônus argumentativo pode não tratar de certeza epistêmica, em vez disso, pode se referir a um mecanismo fundamental: ao estabelecer que um direito tem um certo peso, uma equivalente carga argumentativa para o interesse público é automaticamente definida. A autoridade pública deve, pois, demonstrar que os valores do interesse público atingem pesos mais altos que os valores do direito. É a favor dessa interpretação que Schauer fala repetidamente dos “pontos fortes da evidência ou dos argumentos”.⁶¹ Essa interpretação, outrossim, é compatível com a minha “tese de simetria epistemológica” - na verdade, nem sequer se relaciona à certeza epistemológica.

Se esse é o ponto principal de Schauer sobre o ônus argumentativo, ele se mostra irretocavelmente verdadeiro. Todavia, isso não acrescenta nada à teoria estabelecida, como nada mais é do que uma versão curta para a primeira lei da ponderação: quanto maior o grau de prejuízo para P_i , maior deve ser a importância de satisfazer P_j .⁶²

Sem embargo, no que diz respeito a essa terceira interpretação da noção do “ônus argumentativo” de Schauer, deve ficar esclarecido um crítico mal-entendido. Mais tarde em seu artigo, Schauer, retornando à sua tese de assimetria, diz que:

O fato de a análise ser executada em uma direção, e não na outra, revela o processo de ponderação. Os tribunais não costumam dizer que a perda da ordem pública não pode ser mais do que necessária à luz do objetivo de buscar a liberdade de expressão, mas dizem que a restrição à liberdade de expressão não pode ser mais do

61 SCHAUER, Frederick. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 175. emphasis added.

62 Alexy (n 18) 102; Klatt and Meister, *Klatt et al.* 2012 (n 1) 10.

que necessária à luz do objetivo de perseguir a ordem pública. A assimetria revela que existe uma preferência no trabalho, que o ônus argumentativo recai sobre aqueles que restringem a liberdade de expressão e não sobre aqueles que prejudicam a ordem pública [...].⁶³

A teoria dos princípios deve rejeitar esse entendimento. Primeiro, a consideração de Schauer sobre a ponderação “unidirecional” falha novamente ao considerar o terceiro cenário de conflito, ou seja, um conflito entre dois direitos constitucionais. Certamente nesse cenário, sua consideração não se sustenta. Em segundo lugar, o que os tribunais “normalmente dizem” pode ser verdadeiro em termos de descrição empírica. Em uma perspectiva analítica, no entanto, não importa qual dos dois princípios conflitantes são colocados em que lado da balança. Pode-se analisar cada conflito entre direitos e outros princípios constitucionais a partir das duas perspectivas do titular dos direitos e da autoridade pública. Além do mais, o resultado, isto é, a relação de preferência condicional entre os dois princípios concorrentes, não pode depender de se colocar um interesse público ou um direito público no numerador ou denominador, respectivamente. Nesse sentido, não há assimetria, mas simetria analítica completa. A ponderação não é unidirecional, mas sim um exercício bidirecional. Portanto, Schauer não pode derivar nenhum ônus argumentativo específico desses fundamentos.

Deixando a perspectiva centrada nos tribunais de Schauer e mudando para a perspectiva de um funcionário público. O funcionário sabe que está vinculado aos direitos fundamentais, mesmo assim, ele deseja impor-lhes alguma restrição, a fim de obter algum valor público ao qual, como princípio constitucional, ele próprio está vinculado. Ao considerar diferentes instrumentos regulatórios que ele poderia introduzir, o autor pode perguntar: “Este instrumento está respeitando o direito de maneira suficiente?” Bem como: “Esse instrumento está fazendo o suficiente para desenvolver o interesse público?” Na verdade, ele pode ir e voltar diante dessas duas perguntas. Em virtude disso, ele está vinculado a direitos no mesmo grau que a outros princípios constitucionais, sendo o seu dever considerar as duas perspectivas. Essa consideração equalitária é denominada de “simetria”.

Schauer, no entanto, vai ainda mais longe e afirma que a assimetria é “uma questão estrutural e não substantiva”.⁶⁴ Essa maneira de separar a ponderação de direitos e interesses dos valores substantivos em jogo não é convincente. A assimetria de Schauer é estrutural apenas quando se refere à ordenação entre princípios constitucionais e princípios não constitucionais, seguindo a hierarquia das normas

63 SCHAUER, Frederick. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 180.

64 SCHAUER, Frederick. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press. 2014. p. 180.

- e essa hierarquia não exige, nem permite a ponderação. Contudo, uma vez que se estabelece que os princípios constitucionalmente protegidos competem em ambos os lados da balança não há desoneração a um engajamento às questões substanciais.⁶⁵ Ademais, não há prejuízo, porque se pode confiar, desde que a justificativa externa seja de boa qualidade, que direitos e outros princípios constitucionais recebam os pesos que eles carregam corretamente em um determinado caso. Isso pois, a preferência estabelecida não segue *per se* da estrutura de direitos ou da ponderação.

Conquanto, na medida em que argumentos substantivos justificam uma preferência por direitos, a estrutura da ponderação é excepcionalmente bem equipada para explicar com a maior clareza e transparência possíveis as avaliações consideradas. É tudo o que se precisa para fazer justiça às obrigações morais e legais de proteger os direitos, alocando a eles o lugar na sociedade e a realidade jurídica que eles merecem.

4.4 Resultados

Em uma primeira interpretação, pode-se relacionar o “ônus argumentativo” de Schauer com as certezas epistêmicas na ponderação. Esta análise sublinhou, no entanto, a simetria epistemológica entre direitos e interesses que contradiz a assimetria de Schauer do ônus argumentativo. Admita-se que, em termos práticos, tal assimetria pode ocorrer em casos particulares, ocorrendo quando as outras variáveis carregam pesos de modo que R_j deve ser maior que R_i , para inclinar a balança para o lado do interesse público.

Nada obstante, esse mecanismo é contingente. Em uma segunda interpretação, a posição de Schauer é apenas um atalho para a intuição de que os direitos geralmente entram na ponderação com uma margem de vitória episódica, dado que podem mais facilmente se ater a fatos passados e presentes sobre a violação do direito, do que efeitos futuros sobre o interesse público. A terceira interpretação se dissocia ainda mais das questões de certeza epistêmica. Nesse sentido, a noção de Schauer está relacionada ao mecanismo mais fundamental da ponderação: a autoridade pública deve estabelecer que o interesse público possui um peso maior que o direito. Seu argumento, contudo, simplesmente reformula a primeira lei da ponderação.

Como resultado, não importa qual dessas três interpretações se segue, a noção do ônus argumentativo de Schauer se refere a recursos contingentes ou denota características da ponderação que já fazem parte integrante da ponderação na teoria dos princípios. Conclusivamente, parece claro que a noção do “ônus argumentativo” não prova o que Schauer deseja, a saber, estabelecer uma assimetria entre direitos e interesses que seria contra a inclusão da ponderação na adjudicação pela proporcionalidade. Pelo contrário, confirma a simetria entre direitos e interesses, sendo inteiramente compatível com a primeira lei da ponderação.

65 Um argumento similar foi apresentado à tese de Tremblay. Klatt, ‘An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing’ (n 43) 897–899.

5 Conclusão

Neste artigo, foi discutida a tese sobre a assimetria, que, segundo Schauer, existe entre direitos constitucionais e interesses públicos. Essa assimetria, argumenta Schauer, é ignorada e colapsada ao incluir a ponderação na adjudicação da proporcionalidade. Em consequência, Schauer acrescenta com a sua tese de restrição, que se deve restringir a ponderação a conflitos entre interesses não protegidos por direitos. Assim, a ponderação não teria lugar na adjudicação com a proporcionalidade.

Essa noção de assimetria foi reconstruída com a ajuda de quatro proposições. Todas essas proposições captam diferentes aspectos da premissa central de Schauer de que os direitos valem mais do que interesses não protegidos por direitos.

Para analisar de forma profunda a noção de Schauer, foi empregada a ponderação com base na teoria dos princípios. Observou-se desde o início que a relevância da noção de Schauer é um tanto limitada em dois aspectos importantes. Primeiro, a maioria das constituições modernas protege abundantemente um grande número de direitos e interesses públicos enquanto princípios constitucionais, de modo que a distinção de Schauer entre dois tipos de cenários de conflito entram em colapso. Em segundo, a noção de Schauer falha ao considerar o cenário frequente de conflito entre dois direitos. No que diz respeito aos conflitos entre direitos e interesses, foi sublinhada a importância de respeitar a hierarquia das normas. Isso levou as duas leis do trunfo que incluem efeitos de direitos como trunfo na ponderação.

Usando a Fórmula Peso, foram discutidas as quatro proposições de assimetria de Schauer. A análise revelou que, ao contrário de Schauer, todas as quatro proposições confirmam a ponderação da teoria dos princípios. Os sofisticados instrumentos da teoria dos princípios, em particular a distinção entre pesos concretos e abstratos, não apenas acomodam totalmente todas as quatro proposições de Schauer, mas também ajudam a esclarecer algumas ambiguidades e quebra-cabeças de sua tese de assimetria.

Passando para uma dimensão completamente diferente do debate, concentrou-se na noção do “ônus argumentativo” de Schauer. Contra Schauer, insistiu-se na distinção crucial entre questões epistemológicas e questões substanciais. Para tanto, três interpretações diferentes de sua afirmação de que a assimetria entre direitos e interesses exige impor um ônus argumentativo àqueles que desejam restringir o direito. A análise demonstrou que o argumento de Schauer se refere as características contingentes ou denota características que já fazem parte integrante da teoria da ponderação.

A tese de assimetria, portanto, é precisa, embora em um sentido totalmente diferente do que Schauer sustenta. Está correta, pois realmente as diferenças entre pesos abstratos e concretos e entre diferentes certezas epistêmicas podem produzir efeitos assimétricos. Tais efeitos irão depender exclusivamente das circunstâncias do caso concreto. O melhor meio de registrar tudo isso é a Fórmula Peso. A teoria da

ponderação já nos fornece ferramentas complexas e diferenciadas para determinar a ponderação correta entre direitos e interesses públicos, reconhecendo todas as simetrias e assimetrias entre os vários aspectos substanciais e epistêmicos envolvidos.

Em consequência desse entendimento da assimetria, deve-se rejeitar a tese de Schauer de que a ponderação deve ser restrita a conflitos entre interesses. Essa rejeição, por sua vez, significa que a visão que restringe a ponderação a uma determinação abstrata apenas entre interesses públicos, dissociando-os a direitos, não desqualifica, de fato, a qualidade da ponderação realizada no processo de adjudicação judicial sob a estrutura da proporcionalidade. Na verdade, o emprego da ponderação na adjudicação judicial permanece intocada após as críticas de Schauer.⁶⁶

66 São apresentados novos argumentos para esta equação em: Klatt, 'Proportionality and Justification' (nota 2).

Referencial Bibliográfico

- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translation: Julian Rivers. Oxford University Press. 2002.
- ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, Joachim; KREUTZ, Peter; REUTER, Dieter. (Orgs). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. 2003.
- ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12. 2014.
- ALEXY, Robert. Postscript, *A Theory of Constitutional Rights*. Translation Julian Rivers. Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, 2018.
- ALEXY, Robert. The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, n. 1, 2017.
- ALEXY, Robert. The Weight Formula. In: STELMACH, Jerzy; BARTOSZ, Brozek; ZALUSKI, Wojciech. (Orgs), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the economic analysis of law*. Jagiellonian University Press. 2007.
- BADENHOP, Johannes. *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Nomos. 2010.
- BARAK, Aharon. Proportionality and Principled Balancing. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, 2010.
- BEATTY, Devid M. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004.
- BOROWSKI, Martin. Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(2) Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Legisprudence* 197. 2007.
- BVerfGE 13, 97 (Handwerksordnung)* (1961) 1 BvL 44/55 13 BVerfGE 97 (BVerfG).
- KLATT, Matthias. 'Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. *HJIL* 681. 2011.
- KLATT, Matthias. A discricionariedade epistemica no direito constitucional: Trad. Fausto Santo de Moraes. In: MORAIS, Fausto S d; BORTOLOTTI, José C K (eds). *Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais*. Editora Lumen Juris, 2016.
- KLATT, Matthias. An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay. 12(4) *Int'l J Const L* 891. 2014.
- KLATT, Matthias. Epistemic Discretion in Constitutional Law. 10(1) *Int'l J Const L* 69. 2012.
- KLATT, Matthias. Proportionality and Justification. In: HERLIN-KARNELL, Ester; KLATT, Matthias (eds). *Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*. Oxford University Press, 2019.

- KLATT, Matthias. *The Legitimacy of Constitution-Conform Interpretation*. 2019.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. Proportionality - A Benefit to Human Rights?: Remarks on the ICon Controversy. 10(3) *Int'l J Const L* 687. 2012.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford Univ. Press, 2012.
- KLATT, Matthias; SCHMIDT, J. *Spielräume im Öffentlichen Recht: Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*. Mohr Siebeck, 2010.
- MEISTER, Moritz. *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*. Editora Duncker & Humblot, 2011.
- MÖLLER Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. USA. Oxford University Press, 2012.
- PULIDO. Carlos Bernal. On Alexy's Weight Formula'. In. MENÉNDEZ, Agustín J; ERIKSEN, Erik O. *Arguing Fundamental Rights*. Law and Philosophy Library. Vol 77. Springer. 2006.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- RAWLS, John. *Political liberalism*. The John Dewey essays in philosophy. vol 4. Columbia Univ. Press, 1993.
- RIVERS, Julian. *A theory of constitutional rights and the British constitution*. A Theory of Constitutional Rights. Translation: Julian Rivers. Oxford University Press, 2002.
- SCHAUER, Frederich. Proportionality and the Question of Weight. In. HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W; WEBBER, Grégoire C N. (orgs). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge University Press, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, 2011.
- TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights?. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, i. 3, p. 468-493.