

TRADUÇÃO

Proporcionalidade e Justificaçãoⁱ⁻ⁱⁱ⁻ⁱⁱⁱ

Proportionality and Justification

Proporcionalidad y Justificación

Matthias Klatt^{*iv}

Karl-Franzens Universität Graz (Graz, Áustria)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9697-9975>
E-mail: matthias.klatt@uni-graz.at

Tradução do texto:

Flávio Baumgarten^v

Revisão da tradução:

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno^{vi}

ⁱ KLATT, Matthias. Proporcionalidade e justificação. Tradução de Flávio Baumgarten. Revisão da tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 91-140, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a425>.

ⁱⁱ *Copyright Consent for Professor Matthias Klatt from Oxford Publishing Limited with respect to 'Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse'. Reproduced with permission of the Licensor through PLSclear. This article is excluded from and not covered by the CC BY 4.0 license or any form of open access license, all and any reuse requires permission.* Em tradução livre: Consentimento de Direitos Autorais ao Professor Matthias Klatt, da *Oxford Publishing Limited*, referente ao artigo "Proporcionalidade e justificação". Reproduzido com autorização da licenciante por meio de PLSclear. Este artigo está excluído e não é coberto pela licença CC BY 4.0 ou qualquer forma de licença de acesso aberto, toda e qualquer reutilização requer permissão.

ⁱⁱⁱ Este artigo foi originalmente publicado em inglês como: Matthias Klatt, *Proportionality and Justification In: Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*. Edited by: Ester Herlin-Karnell and Matthias Klatt, Oxford University Press (2020), © Ester Herlin-Karnell and Matthias Klatt. DOI: 10.1093/oso/9780190889050.003.0008.

^{*}Nota do autor: esta contribuição baseia-se em minha palestra inaugural proferida na Faculdade de Direito de Graz em 20 de maio de 2016. As versões posteriores foram apresentadas, entre outros, em conferências em Londres e Barcelona e se beneficiaram dos comentários e das perguntas feitas nessas ocasiões. Gostaria, em especial, de agradecer ao meu debatedor em Barcelona, Juan Carlos Bayon, bem como a Samantha Besson, Cristina Lafont e Mattias Kumm.

^{iv} Professor titular de Teoria e Filosofia do Direito, Karl-Franzens Universität Graz, Graz, Áustria. Diretor do centro de pesquisa Graz Jurisprudence. E-mail: matthias.klatt@uni-graz.at.

^v Assistente universitário, Karl-Franzens Universität Graz, Graz, Áustria. Doutorando em Filosofia do Direito. Membro do Centro de Pesquisa Graz Jurisprudence.

^{vi} Professor de teoria e filosofia jurídica na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (Belo Horizonte, Minas Gerais) e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte, Minas Gerais). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7390484026988433>.

Resumo

Em contraste com os relatos descritivos e analíticos, eu defendo neste artigo o uso do teste de proporcionalidade no raciocínio de direitos como normativamente justificado, seguindo na linha do direito moral à justificação de Rainer Forst. Estabeleço aqui uma nova teoria da dimensão diacrônica da análise da proporcionalidade, que está incorporada no que eu chamo de modelo de proporcionalidade como integridade. Meu argumento explica em detalhes o que significa um direito à justificação e explora como ele se relaciona com o teste de proporcionalidade. Isso inclui uma análise de como a pretensão de correção do direito está relacionada às noções de justificação e argumentação. Demonstro como a justificação, enquanto análise de proporcionalidade, integra a forma e a substância da argumentação sobre direitos, portanto institucionalizando um espaço de razões. Também defendo a validade global do direito à justificação contra alegações de relatividade cultural e enfatizo a natureza discursiva do controle de constitucionalidade. Isso me leva a apoiar um meio-termo entre o liberalismo e o comunitarianismo. Logo, não está aberto ao livre arbítrio o emprego ou não da análise de proporcionalidade. Pelo contrário, devemos usá-la porque existe um direito à proporcionalidade. Isso, por sua vez, estabelece o direito à justificação como um fundamento robusto para o constitucionalismo discursivo global.

Palavras-chave

Direito à justificação; proporcionalidade; argumentação jurídica; espaço de razões; constitucionalismo discursivo global.

Sumário

1. Introdução. 2. O Direito à Justificação. 2.1 Sujeitos de Justificação e o Espaço de Razões. 2.2 Reciprocidade e Generalidade. 2.3 Justificação enquanto Discurso. 2.4 O Construtivismo e o Problema entre Ser e Dever-Ser. 2.5 A Necessidade Relativa da Normatividade. 3. O Direito à Proporcionalidade. 3.1 Correção, Justificação e Argumentação. 3.2 Integrando Forma e Conteúdo. 3.3 Institucionalizando o Espaço das Razões. 3.4 Justificação Interna e Externa. 3.5 O Problema da Universalidade. 4. Constitucionalismo Discursivo Global. 5. Conclusão.

Abstract

In contrast to descriptive and analytical accounts, I argue in this article for the use of the proportionality test in reasoning about rights as normatively justified, along the lines of Rainer Forst's moral right to justification. I set out here a new theory of the diachronic dimension of proportionality analysis, which is embodied in what I call the proportionality-as-integrity model. My argument explains in detail what a right

to justification means and explores how it relates to the proportionality test. This includes an analysis of how the right's claim to correctness is related to the notions of justification and argumentation. I demonstrate how justification, as an analysis of proportionality, integrates the form and substance of argumentation about rights, thus institutionalizing a space of reasons. I also defend the global validity of the right to justification against claims of cultural relativity and emphasize the discursive nature of constitutionality control. This leads me to support a middle ground between liberalism and communitarianism. Therefore, it is not open to free will whether or not to use proportionality analysis. On the contrary, we must use it because there is a right to proportionality. This, in turn, establishes the right to justification as a robust foundation for global discursive constitutionalism.

Keywords

Right to justification; proportionality; legal argumentation; space of reasons; global discursive constitutionalism.

Contents

1. Introduction. 2. The Right to Justification. 2.1 Justificatory Beings and the Space of Reasons. 2.2 Reciprocity and Generality. 2.3 Justification qua Discourse. 2.4 Constructivism and the Is-Ought-Problem. 2.5 The Relative Necessity of Normativity. 3. The Right to Proportionality. 3.1 Correctness, Justification, and Argumentation. 3.2 Integrating Form and Substance. 3.3 Institutionalizing the Space of Reasons. 3.4 Internal and External Justification. 3.5 The Universality Problem. 4. Discursive Global Constitutionalism. 5. Conclusion.

Resumen

En contraste con los relatos descriptivos y analíticos, en este artículo defiendo el uso del test de proporcionalidad en el razonamiento de derechos como normativamente justificado, siguiendo la línea del derecho moral a la justificación de Rainer Forst. Establezco aquí una nueva teoría de la dimensión diacrónica del análisis de proporcionalidad, que está incorporada en lo que llamo modelo de proporcionalidad como integridad. Mi argumento explica en detalle lo que significa un derecho a la justificación y explora cómo se relaciona con el test de proporcionalidad. Esto incluye un análisis de cómo la pretensión de corrección del derecho está relacionada con las nociones de justificación y argumentación. Demuestro cómo la justificación, como análisis de proporcionalidad, integra la forma y la sustancia de la argumentación sobre derechos, institucionalizando así un espacio de razones. También defiendo la validez global del derecho a la justificación contra alegaciones de relatividad cultural y enfatizo la naturaleza discursiva del control de constitucionalidad. Esto me lleva a

apoyar un término medio entre el liberalismo y el comunitarismo. Por lo tanto, no está abierto al libre albedrío el empleo o no del análisis de proporcionalidad. Por el contrario, debemos usarlo porque existe un derecho a la proporcionalidad. Esto, a su vez, establece el derecho a la justificación como un fundamento robusto para el constitucionalismo discursivo global.

Palabras clave

Derecho a la justificación; proporcionalidad; argumentación jurídica; espacio de razones; constitucionalismo discursivo global.

Índice

1. Introducción. 2. El Derecho a la Justificación. 2.1 Sujetos de Justificación y el Espacio de Razones. 2.2 Reciprocidad y Generalidad. 2.3 Justificación como Discurso. 2.4 El Constructivismo y el Problema entre Ser y Deber-Ser. 2.5 La Necesidad Relativa de la Normatividad. 3. El Derecho a la Proporcionalidad. 3.1 Corrección, Justificación y Argumentación. 3.2 Integrando Forma y Contenido. 3.3 Institucionalizando el Espacio de las Razones. 3.4 Justificación Interna y externa. 3.5 El Problema de la Universalidad. 4. Constitucionalismo Discursivo Global. 5. Conclusión.

1. Introdução

Entre os problemas mais vitais, tanto na teoria quanto na prática dos direitos humanos, o teste da proporcionalidade ocupa uma posição de destaque. Trata-se de técnica dominante na aplicação de direitos no mundo¹, não se trata apenas de um teste ou de um método entre muitos outros. Ao contrário, a proporcionalidade é o principal meio que permite estruturar processos justificatórios na argumentação sobre direitos com o máximo grau de racionalidade possível². Sua difusão mundial e rápida tornou o teste de proporcionalidade um dos transplantes legais mais bem-sucedidos de todos os tempos³. Diversas abordagens descritivas têm procurado explicar esse desenvolvimento a partir de uma perspectiva sociojurídica ou

¹ Isso é reconhecido, por exemplo, por Kai Moller, que inclui o teste de proporcionalidade nas quatro características centrais do seu modelo global de direitos constitucionais; ver Kai Moller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2012) 21, 3-15.

² Matthias Klatt and Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford University Press 2012) 167-71.

³ *ibid* 1-3.

histórica⁴. Cohen-Eliya e Porat, por exemplo, associaram esse desenvolvimento a uma “cultura da justificação”. Eles afirmam:

O movimento global em direção à proporcionalidade é [...] um movimento global em direção à justificação [...] A difusão global da proporcionalidade é, portanto, *explicada* pela propagação global de uma *cultura* constitucional que coloca a justificação no seu centro. A proporcionalidade é o dispositivo jurídico central para garantir o florescimento dessa cultura jurídica⁵.

Tais abordagens descritivas associam o avanço do teste da proporcionalidade a meros processos factuais de migração de ideias constitucionais. Em contraste, este trabalho discute a base *normativa* do referido teste. Independentemente se as explicações empíricas da disseminação mundial do teste da proporcionalidade são corretas, eu gostaria de me opor à ideia de que ele foi meramente uma questão de cultura. Essa ideia sugeriria que diferentes culturas podem ter diferentes meios de argumentação sobre direitos (*rights reasoning*). Consequentemente, o “avanço triunfante”⁶ da proporcionalidade teria sido meramente um processo contingente, refletindo uma tradição ou convenção particular e conferindo à proporcionalidade apenas validade relativa⁷. Em última instância, essa linha de pensamento apoiaria teses céticas sobre

⁴ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Doron Kalir tr, Cambridge University Press 2012) 175-210; a genealogia alemã e a difusão internacional também são explicadas por Alec Stone Sweet e Jud Mathews, ‘Proportionality Balancing and Global Constitutionalism’ (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72, 97-159. Carlos Bernal, embora em última instância envolvido em uma justificação normativa da migração da proporcionalidade, distingue e descreve seis movimentos migratórios da proporcionalidade em toda a Europa: Carlos Bernal Pulido, ‘The Migration of Proportionality across Europe’ (2013) 11 *New Zealand Journal of Public and International Law* 483, 489-503. Sobre a migração da proporcionalidade para o Brasil, ver João Andrade Neto, *Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil* (Springer 2018). Para um relato empírico, ver também Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017).

⁵ Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, ‘Proportionality and the Culture of Justification’ (2011) 59 *American Journal of Comparative Law* 463, 474, 482 (ênfases acrescentada pelo autor [N.T.]); ver também Moshe Cohen Eliya and Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (Cambridge University Press 2013); Barak, *Proportionality* (n 4) 458-60; conferir, porém, a alegação de Gardbaum de que a proporcionalidade era contingente mesmo dentro do paradigma da justificação, Stephen Gardbaum, ‘Positive and Horizontal Rights: Proportionality’s Next Frontier or a Bridge Too Far?’ in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017) 222.

⁶ Ver 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 *Legisprudence* 197, 210.

⁷ Sobre a noção de validade relativa, ver Robert Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (2017) 37 *Oxford Journal of Legal Studies* 31, 32. O problema de uma validade meramente relativa da proporcionalidade foi discutido no debate Alexy-Jestaedt sobre a contingência da proporcionalidade: Matthias

a proporcionalidade, que a criticam (em sua forma “ortodoxa”) por ser “apenas um tipo de jargão doutrinário pouco sofisticado sobre direitos”, desprovido de qualquer base filosófica mais profunda⁸. Em amplo contraste com essas ideias de relatividade cultural, eu gostaria de defender a visão de que o vínculo entre proporcionalidade e justificação é mais próximo do que as abordagens descritivas consideram. Meu principal objetivo é fornecer uma justificativa normativa acentuada da proporcionalidade como uma ferramenta analítica universalmente válida na aplicação de direitos.

Uma maneira de abordar esse objetivo seria evidenciar a relação estreita entre a estrutura dos direitos e a proporcionalidade e então estendê-la à noção de justificação. Esse modo poderia continuar considerando que o teste de proporcionalidade incorpora padrões fundamentais de justificação, conferindo à relação entre justificação e proporcionalidade um caráter conceitual, necessário e universal – Robert Alexy tem defendido essa perspectiva⁹. Eu denomino esse caminho como *defesa analítica* de uma validade absoluta da proporcionalidade. Se, por um lado, concordo com essa defesa analítica, por outro, eu gostaria de propor que o argumento para a validade absoluta da proporcionalidade pudesse ser fortalecido por meio da adição de uma *defesa normativa* à defesa analítica, tal como farei aqui.

Meu argumento central para a defesa normativa da validade absoluta da proporcionalidade será o de que esta é uma das regras centrais que estabelecem o espaço de razões^{vii}. A proporcionalidade nos possibilita construir uma base bem fundada e justificada para a aplicação racional dos direitos humanos¹⁰. O fundamento normativo da proporcionalidade se encontra em um direito moral à justificação.

Jestaedt, ‘The Doctrine of Balancing: Its Strengths and Weaknesses’ em Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 159, 172; e a resposta de Alexy: Robert Alexy, ‘Comments and Responses’ in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 332f; Garbaum também é a favor da tese da contingência (n 5) 222.

⁸ George Letsas, ‘Rescuing Proportionality’ in Rowan Cruft, SM Liao, and Massimo Renzo (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights* (Oxford University Press 2015) 324.

⁹ Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (n 7) 36-42.

^{vii} A opção de tradução do original “space of reasons” foi escolhida de acordo com a tradução de Denilson Werle do livro de Rainer Forst, *Justificação e crítica, Perspectivas de uma teoria crítica da política*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 5. [N.T.]

¹⁰ Forst refere-se a estas regras, que são conceituadas segundo uma teoria da razão: Rainer Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons: On the Foundation of Morality’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 14.

A fim de explorar essa ideia, vou começar explicando, com mais detalhes, o que significa um direito à justificação (seção II). Em seguida, vou explorar como ele se relaciona ao teste da proporcionalidade (seção III). Isso incluirá uma análise da relação entre a pretensão de correção do direito e as noções de justificação e argumentação. Demonstrarei como justificação, enquanto teste de proporcionalidade, integra tanto a forma quanto a substância da argumentação sobre direitos, portanto institucionalizando o espaço de razões. Partindo da distinção entre justificação interna e externa na argumentação jurídica, também abordarei o problema da universalidade, que consiste em dúvidas sobre a validade global do direito à justificação. Mediante discussão sobre a aplicação dos direitos humanos, eu defendo a validade internacional e transnacional do direito à justificação contra alegações referentes à relatividade cultural. Isso, por sua vez, permitirá que eu defenda o direito à justificação de Forst como um fundamento robusto do constitucionalismo discursivo global (seção IV)¹¹.

2. O direito à justificação

2.1 Sujeitos de justificação^{viii} e o espaço de razões

Rainer Forst desenvolve o direito à justificação como elemento central da justiça:

A base da reivindicação por justiça é a pretensão de ser respeitado como um agente de justificação, ou seja, na sua dignidade de um ser que pode exigir e dar justificação [...]. Defendo a tese de que devemos entender a justiça política e social com base em um único direito - o direito à justificação [...]¹².

¹¹ O teste da proporcionalidade é o meio mais importante no que diz respeito à *aplicação* dos direitos humanos. O direito à justificação também desempenha um papel essencial na justificação da *existência* dos direitos humanos. A presente contribuição diz respeito apenas à relação entre a justificação e a aplicação dos direitos humanos. Eu exploro a relação entre o direito à justificação e a justificação dos direitos humanos em um artigo diferente: Matthias Klatt, Human Rights and the Concept of Law, manuscrito não publicado.

^{viii} A opção de tradução do original “Justificatory Beings” foi escolhida de acordo com a tradução de Denilson Werle do livro de Rainer Forst, *Justificação e crítica, Perspectivas de uma teoria crítica da política*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 200. [N.T.]

¹² Rainer Forst, ‘Introduction: The Foundation of Justice’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 2.

Forst baseia o direito à justificação em uma determinada antropologia, caracterizando os seres humanos como animais discursivos e “sujeitos de justificação”¹³. Seres humanos não apenas têm a habilidade de justificar suas próprias crenças e ações oferecendo razões aos demais, eles também veem isso como um dever em certos contextos e esperam que os demais façam o mesmo. As ações e as crenças humanas pretendem necessariamente ser baseadas em razões, o espaço de razões, no entanto, é inevitavelmente social. A pretensão de que as ações de um indivíduo são baseadas em razões é levantada frente a outros seres humanos. Do mesmo modo, exigimos dos outros que suas ações perante nós também se baseiem em razões. As ações que afetam a nós e a nossos interesses legítimos não devem ser arbitrárias. Segundo Forst, o que é justo é atributo daquilo que é justificado.

Sempre que os seres humanos falam ou agem, estão necessariamente falando e agindo dentro de um “jogo de dar e pedir por razões”, no sentido introduzido por Robert Brandom¹⁴. “Todas as legitimações concretas de determinadas relações sociais [estão constantemente sendo] apresentadas, questionadas, revisadas ou rejeitadas [...]”¹⁵. A pragmática normativa de Brandom e a abordagem teórico-discursiva de Forst coincidem plenamente no que diz respeito a isso, vivemos e agimos em uma rede normativa complexa de compromissos e autorizações^{ix} mútuas¹⁶. Um mecanismo central nessa rede de relações normativas é o direito à justificação, que se origina em nosso reconhecimento mútuo de que estamos socialmente situados em “um espaço de justificação”¹⁷.

¹³ *ibid* 1.

¹⁴ Robert B Brandom, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism* (Harvard University Press 2000) 189-96.

¹⁵ Forst, “Introduction” (n 12) 3.

¹⁶ Sobre a pragmática normativa brandomiana e os mecanismos recíprocos de compromissos e autorizações, ver Matthias Klatt, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation* (Jörg Rampacher and Neil Mussett trs, Hart Publishing 2008) 117-34.

^{ix} O termo “autorizações” foi aqui preferido para concordar com a maioria das traduções de “entitlement” neste contexto, mas pode ser entendido como “prerrogativa”. [N.T.]

¹⁷ Rainer Forst, “Moral Autonomy and the Autonomy of Morality: Toward a Theory of Normativity after Kant” em Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 59. Cf Sellars’ “logical space of reasons”, Wilfrid Sellars, *Empiricism and the Philosophy of Mind* (Harvard University Press 1997) 76.

2.2 Reciprocidade e generalidade

A fim de que as tentativas de justificar uma ação no espaço social de razões sejam bem-sucedidas, não é suficiente apenas apresentar qualquer razão. Um ditador pode ter motivos para empregar medidas opressoras, como preservar sua riqueza pessoal e posição de poder, mas nós não aceitamos que essas medidas sejam justificadas devido a tais razões. É necessário, portanto, fornecer uma teoria normativa capaz de distinguir as razões legítimas das ilegítimas. Forst utiliza dois critérios para isso, a saber, reciprocidade e generalidade. De acordo com o autor, “o próprio direito à justificação recíproca e geral [é] o direito mais básico [...] de ser tratado como um ser que dá e merece razões”¹⁸.

Reciprocidade requer “[...] que a pretensão normativa de validade possa realmente ser mantida reciprocamente (isto é, sem que alguns dos destinatários reivindiquem certos privilégios sobre outros e sem que suas próprias necessidades ou interesses sejam projetados sobre outros)”¹⁹. O critério de generalidade é cumprido se nenhuma objeção de algum afetado for excluída²⁰. Ele exige “que todos os afetados tenham o mesmo direito de exigir justificações”²¹; eles “devem ter chances iguais de prosseguir com suas reivindicações e argumentos”²². Consequentemente, “a ‘comunidade de justificação’ deve ser idêntica à ‘comunidade de validade’”²³. Como a pretensão normativa de validade das normas e ações morais é necessariamente invocada em um âmbito discursivo, o princípio da justificação recíproca e geral torna qualquer justificação um processo discursivo cujos participantes primeiros são aqueles afetados pela norma ou ação em questão²⁴.

¹⁸ Rainer Forst, ‘Toward a Critical Theory of Transnational Justice’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) n 43.

¹⁹ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 20.

²⁰ cf *ibid.*

²¹ Forst, ‘Toward a Critical Theory of Transnational Justice’ (n 18) 258.

²² Rainer Forst, ‘The Rule of Reasons: Three Models of Deliberative Democracy’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 173f.

²³ *ibid.*

²⁴ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 20.

2.3 Justificação enquanto discurso

A abordagem teórico-discursiva e construtivista da justificação de Forst é contrastada com uma abordagem kantiana²⁵, a qual se concentraria em saber se é possível querer a ação em termos universais, sem contradição, ou se o agente pode querer que cada pessoa decida como na situação em questão²⁶. Em contraste, a teoria de Forst procura trazer Kant “de sua cabeça transcendental para seus pés na sociedade [...]”²⁷. Razões só existem em uma prática de justificação mútua e geral. A prática de apresentar razões [*practice of reasoning*] constitui um espaço de justificação, que não se extrai de um inventário de verdades morais estabelecidas. Pelo contrário, constantemente reatualizamos e validamos novamente nossas razões em práticas concretas de justificação²⁸. Conseqüentemente, o direito à justificação exige não apenas um teste hipotético, mas um teste real: “em última análise, somente as pessoas afetadas podem realizar elas mesmas a justificação de suas próprias estruturas sociais básicas”²⁹. Dessa forma, Forst associa a teoria crítica às pretensões levantadas pelos participantes em contextos sociais concretos, práticas concretas de justificação nas quais a força do melhor argumento se legitima.

A sustentação de qualquer justificação de normas, ações e crenças em contextos sociais concretos e discursos reais, em vez de um inventário fixo de verdades morais estabelecidas, torna a construção de procedimentos que permitam a justificação recíproca e geral “a primeira tarefa da justiça”³⁰. É por isso que o direito à justificação é tão bem adequado para esclarecer o conceito de democracia deliberativa, a qual institucionaliza uma ordem de razões [*rule of reasons*]. A característica principal da democracia é “uma prática política de argumentação e de troca de razões entre cidadãos livres e iguais [...] Somente aquelas normas, regras ou decisões que de alguma forma resultam de um acordo baseado na razão dos cidadãos são

²⁵ Em sua substituição do método individualista de Kant pela prática intersubjetiva do discurso racional, a visão de Forst é não-Kantiana”. William J Talbot, “The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice” (2013) 123 *Ethics* 750.754.

²⁶ cf Jürgen Habermas, ‘Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification’ in Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen trs, Polity Press 1990) 66f.

²⁷ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 48.

²⁸ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 21-22.

²⁹ Forst, ‘Toward a Critical Theory of Transnational Justice’ (n 18) 258f.

³⁰ Rainer Forst, ‘Social Justice, Justification, and Power’ in Rainer Forst, *11ze Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 189.

aceitas como legítimas”³¹. Desse modo, a justificação moral e a justificação política estão integradas entre si³².

2.4 O construtivismo e o problema entre ser e dever-ser

O direito à justificação se apoia em uma base antropológica-existencialista. Sua normatividade deriva, em última instância, do fato de que os seres humanos são seres discursivos. Os seres humanos tanto são capazes de apresentar razões quanto precisam recebê-las. Esse argumento parece ser vulnerável à objeção da falácia naturalista³³. Aquilo que deve ser não pode ser justificado por aquilo que é³⁴. Do simples fato de que os seres humanos se envolvem em uma prática de justificação não se segue que eles devem agir assim. Contudo, esse dever precisa ser justificado se a intenção é que exista um direito à justificação – e não apenas uma prática de justificação. Höffe suscitou essa objeção do problema entre ser e dever-ser contra o direito à justificação³⁵.

Essa objeção, no entanto, procura a fonte da normatividade moral no lugar errado. Ela se baseia na premissa de que o direito à justificação tem que ser justificado externamente, fora de nossas práticas morais. Contudo, o próprio sentido de dar ao direito à justificação uma base construtivista é justificar sua normatividade a partir do interior de nossas práticas, recursivamente, como diz Forst. A fundamentação do direito à justificação se origina da nossa perspectiva interna de participante quando exigimos, imanentemente ao contexto, as condições para satisfazer a pretensão de correção que é invocada em nossas práticas discursivas³⁶.

³¹ Forst, ‘The Rule of Reason of Reason’ (n 22) 155. Para uma visão crítica sobre a tentativa de Forst de explicar a tomada de decisão coletiva em uma democracia em termos do direito individual à justificação, ver Eva Erman, ‘The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice’ (24 May 2012) <<https://ndpr.nd.edu/reviews/the-right-to-justification-elements-of-a-constructivist-theory-of-justice/>> acessado em 17 de janeiro de 2019.

³² cf Rainer Forst, ‘The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights’ in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011) 218.

³³ cf GE Moore, *Principia Ethica* (Cambridge University Press 1903) para 10.

³⁴ David Hume, *A Treatise of Human Nature* (David Fate Norton ed, Oxford University Press 2009) book III, part I, section I.

³⁵ Otfried Höffe, ‘Kant ist kein Frankfurter: Rainer Forst begründet das Recht auf Rechtfertigung, allerdings nicht ganz zureichend’ *Die Zeit* (Hamburg, 1 November 2007) <<https://www.zeit.de/2007/45/ST-Forst>> acessado em 17 de janeiro de 2019.

³⁶ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 19, and n 29.

Essa reconstrução recursiva tem uma consequência muito significativa: a normatividade de nossas justificações discursivas não pode ser separada das práticas de justificação, pois, antes de mais nada, ela surge dessas mesmas práticas. Nós construímos o mundo moral normativo de forma intersubjetiva em nossas práticas. A força vinculante de nossas normas morais é instituída “em virtude do fato de que nenhuma boa razão [...] pode ser invocada contra elas”³⁷. Robert Brandom identificou e explicou esse processo intersubjetivo de estabelecer o mundo normativo enquanto discurso em sua pragmática normativa³⁸. Essa explicação do direito à justificação torna explícito o que está implicitamente presente sempre que pedimos e damos razões uns aos outros. Dessa forma, o direito à justificação depende de nossas práticas sociais de justificação. Esse é um importante afastamento do pensamento kantiano que fundamentaria a normatividade das normas morais somente na pessoa moral do indivíduo e sua reflexão sobre sua própria dignidade. Em contraste com essa “forma monológica”³⁹, o direito à justificação é reconstruído como um processo discursivo intersubjetivo que se ocupa da dignidade de outras pessoas⁴⁰.

Enquanto socialidade, o direito à justificação depende de nossa capacidade de conhecer e reconhecer reciprocamente uns aos outros como sujeitos de justificação:

Os seres humanos se reconhecem reciprocamente como membros da comunidade moral de justificação que inclui todos os seres humanos [...], como seres autônomos e responsáveis, dotados de razão, que são membros de um espaço compartilhado (e comumente construído) de razões justificativas⁴¹.

Conhecer e reconhecer são atos cognitivos e volitivos pelos quais entramos no espaço das razões de forma espontânea e por nós mesmos. O direito à justificação depende de nossa disposição de querer que tanto nós mesmos quanto os outros sejamos criaturas discursivas. Por isso, ele depende de decisões existencialistas sobre nossas identidades, de atos construtivos de autointerpretação e autoformação.

³⁷ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 50 (ênfases incluídas pelo autor [N.T.]).

³⁸ Robert B Brandom, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment* (Harvard University Press 1998) 3-66; cf Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 117-22.

³⁹ Erman (n 31) 2.

⁴⁰ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 48.

⁴¹ Forst, ‘Practical Reason and Justifying Reasons’ (n 10) 37f. Cf Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 5, 50-55, 243-53.

Essa dependência da normatividade na socialidade e na decisão existencialista, entretanto, não implica que a normatividade possa ser reduzida a fatos sociais, como supõe a objeção da falácia naturalista. A normatividade é criada no espaço social, mas não se reduz a meros consensos intersubjetivos. Ao contrário, o que está sendo criado no espaço social de razões é um status normativo distinto.

Assim, embora a normatividade de qualquer justificação exista apenas no consenso alcançado nas práticas sociais, não é verdade que o mero consenso seja suficiente, como a objeção da falácia naturalista é propensa a argumentar. O consenso *de facto* bruto não é o critério final das pretensões normativas legítimas. Se fosse de outra forma, a característica distintiva da normatividade, ou seja, sua superveniência antirreducionista, seria perdida⁴². O consenso “deve ser tal que possa obter o apoio de pessoas livres e iguais”⁴³. Dessa forma, a validade das normas morais, embora fundada nas pretensões de fato feitas pelos atores sociais em contextos concretos, ainda está ligada a uma teoria habermasiana de pressupostos contrafactuais e ideais do discurso racional⁴⁴. A normatividade apresenta uma natureza dupla, compreendendo tanto uma dimensão real, factual e social quanto ideal.

A pragmática normativa brandomiana pode ajudar a trazer à luz a diferença decisiva entre uma mera validade de fato e uma autêntica validade moral fundamentada na prática social. Brandom mostra que normas morais são produtos de nossas atitudes práticas normativas, as quais são expressas por meio de nossas ações sempre que impomos significados normativos e os reconhecemos em nossas práticas de avaliação⁴⁵. Atitudes normativas sancionam os comportamentos como corretos ou incorretos. Sancionar, no entanto, não pode ser algo entendido como uma reação puramente factual, já que pode ser algo feito de forma correta ou incorreta⁴⁶. As sanções e as atitudes normativas não podem ser reconstruídas em termos puramente naturalistas. Brandom esclarece esse problema ao cogitar uma comunidade arcaica na qual uma norma prática válida exige que todos exibam uma folha de um determinado tipo

⁴² Sobre a superveniência antirreducionista como condição de normatividade, ver Matthias Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 98f.

⁴³ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 48.

⁴⁴ Forst, ‘Toward a Critical Theory of Transnational Justice’ (n 18) 259, n 39.

⁴⁵ Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 49; cf Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 117-22. Sobre a relevância do reconhecimento recíproco por meio de atitudes normativas compartilhadas em um espaço social, ver Robert Brandom, ‘A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges’ Chain Novel’ em Graham Hubbs (ed), *Pragmatism, Law, and Language* (Routledge 2014) 26-30.

⁴⁶ Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 36.

de árvore sempre que entrarem em uma cabana específica. Qualquer violação dessa norma é punida [*santioned*]^x pela recusa da admissão na cabana e pelo espancamento do transgressor com gravetos. Embora essa punição [*sanction*] possa ser totalmente descrita em termos não-normativos, isso não é verdadeiro para uma resposta de avaliação diferente: a sanção também pode consistir em tornar outras ações inapropriadas, por exemplo, recusando a permissão para participar do festival semanal:

Nesse caso, o significado normativo da transgressão é especificado em termos normativos (do que é apropriado, [ou seja] do que o transgressor tem direito a fazer). A punição por violação de uma norma é uma alteração em outros *status* normativos. Agir incorretamente altera quais outros comportamentos são corretos ou incorretos⁴⁷.

O ponto decisivo aqui é que as atitudes normativas relativas a um tipo de status normativo (por exemplo, a correção da entrada na cabana) são explicitadas por sanções normativas internas que são interpretadas em termos de outro tipo de status normativo (por exemplo, a correção da presença no festival). Esses tipos de sanções normativas internas são passíveis de especificação apenas em termos normativos⁴⁸. Como resultado, a normatividade é instituída pela prática social⁴⁹, ela é “gerada por um procedimento de justificação discursivo que confere às normas razões que não podem ser rejeitadas”⁵⁰. Sem o reconhecimento prático dos participantes no jogo de dar e pedir por razões, os comportamentos não teriam nenhuma propriedade normativa⁵¹. Os comportamentos só podem ser reconstruídos como corretos ou incorretos por referência à sua avaliação como tal pelos participantes de uma prática na qual as normas estão implícitas.

A racionalidade prática é, portanto, socializada, ela continua sendo “uma instituição especificamente humana que se funda sobre a prática dos seres humanos,

^x A expressão “sancionar” é usada em um duplo sentido em partes diferentes do texto. Em um primeiro sentido, ela faz referência ao ato de avaliar, julgar. Em um segundo sentido, ela faz referência ao ato de punir, castigar. Quando aparece no primeiro sentido, optou-se por manter uma tradução literal. Quando aparece no segundo, foram utilizadas expressões não literais que traduzem de forma mais clara o sentido expressado. [N.T.]

⁴⁷ *ibid* 43.

⁴⁸ *ibid* 44.

⁴⁹ cf Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 122.

⁵⁰ Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 51.

⁵¹ Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 63.

em função mútua do status de pessoas morais [...]”⁵². As atitudes prático-normativas dos participantes, que reconhecem os significados normativos das ações, têm uma estrutura social. Qualquer descrição de normatividade, assim, deve incluir regularidades na conduta e disposições. No entanto, o argumento de Brandom sobre a normatividade continua a ser de natureza não-reducionista, já que as regularidades das disposições normativas não fazem parte do que está sendo reivindicado pelas normas, e o normativo não se reduz à disposição⁵³. Dessa forma, a regularidade se torna uma condição necessária, mas não suficiente para a normatividade, a qual depende da socialidade; ela é instituída socialmente, logo, sem disposições sociais não pode haver normatividade. Ainda assim, o normativo não deve ser confundido com a mera regularidade social das disposições normativas⁵⁴. O ponto decisivo no contexto atual é que se a mera conformidade não pode constituir a correção, então a objeção da falácia naturalista está equivocada.

2.5 A necessidade relativa da normatividade

Em contraste com o argumento de Forst, eu gostaria de salientar que o direito à justificação é relativizado pela fundamentação da racionalidade prática na realidade social dos seres humanos de se reconhecerem mutuamente como sujeitos de justificação e de aderirem à força do melhor argumento. Ele é relativizado a uma determinada prática, a saber, a prática de dar e pedir razões. A necessidade de normatividade não é absoluta, mas relativa à nossa prática discursiva como sujeitos de justificação⁵⁵, pois depende de nossas decisões existenciais de aceitar uns aos outros como pessoas discursivas competentes para afirmar, questionar e argumentar⁵⁶.

⁵² Forst, ‘Moral Autonomy and the Autonomy of Morality’ (n 17) 60 (ênfases do autor [N.T.]).

⁵³ Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 46.

⁵⁴ *ibid* 37-42.

⁵⁵ Para o conceito de necessidade relativa, de necessidade “dentro de qualquer esquema conceitual que adotamos ou usamos”, ver HP Grice and PF Strawson, ‘In Defense of a Dogma’ (1956) 65 *The Philosophical Review* 141, 157f.

⁵⁶ cf Robert Alexy, ‘Menschenrechte ohne Metaphysik?’ (2004) 52 *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 15, 24; Robert Alexy, ‘Law, Morality, and the Existence of Human Rights’ (2012) 25 *Ratio Juris* 2, 11; Robert Alexy, ‘Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion’ in Aulis Aarnio e outros (eds), *On Coherence Theory of Law* (Juristförlaget 1998) 43. Sobre a relevância da decisão para justificar a normatividade, ver Robert Alexy, ‘Normativity, Metaphysics and Decision’ em Stefano Bertera and George Pavlakos (eds), *New Essays on the Normativity of Law* (Hart Publishing 2011) 226-28; para uma crítica semelhante, ver Fernando S Millier, ‘Justifying the Right to Justification: An Analysis of Rainer Forst’s Constructivist Theory of Justice’ (2013) 39 *Philosophy & Social Criticism* 1049, 1053-56, 1062-66.

Essa relativização do direito à justificação significa que sua justificação é, em última análise, pouco convincente? Penso que não. A necessidade relativa da justificação significa que esta está condicionada ao jogo de dar e exigir razões. Não se trata de condição muito exigente, por conseguinte, a relativização não é um problema com o qual devemos nos preocupar muito. Além disso, é apenas de caráter externo. Do ponto de vista interno do participante, a necessidade de normatividade permanece absoluta⁵⁷. Ademais, como o direito à justificação é um elemento necessário de qualquer conceito de discurso racional, e como a hipótese de renunciar completamente à ideia de discurso racional não é uma proposta muito tentadora, essa relativização dificilmente seria um grande problema. De todo modo, qualquer tentativa de *argumentar* a favor de tal hipótese é uma *contradictio in adiecto*.

3. O direito à proporcionalidade

Devemos a Mattias Kumm a ideia sobre a relação entre o direito à justificação e o teste da proporcionalidade. Em seu trabalho apresentado na obra *Institutionalized Reason*, ele observou que o controle de constitucionalidade, com a ajuda do teste de proporcionalidade, pode ser interpretado como a tentativa de institucionalizar um direito à justificação⁵⁸. “Tanto a estrutura quanto o escopo dos direitos que Alexy defende se encaixam perfeitamente na função de fornecer um teste a ser usado para estabelecer se as ações das autoridades públicas são ou não justificáveis em termos que a parte afetada possa razoavelmente aceitar”⁵⁹. Alexy destacou especificamente esse ponto em sua resposta⁶⁰. Cada direito fundamental inclui um direito à justificação. Segue-se que o controle de constitucionalidade pode ser considerado como a institucionalização de um direito à justificação.

O teste da proporcionalidade traduz o direito à justificação na prática constitucional. No entanto, podemos perguntar como exatamente a relação entre o direito à justificação e o teste da proporcionalidade pode ser reconstruída. A fim de explorar o problema dessa relação em detalhes, primeiramente eu vou esclarecer o elo entre

⁵⁷ cf Robert Alexy, ‘Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori’ em Robert Alexy e outros (eds), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie* (Nomos 2002) 201.

⁵⁸ Mattias Kumm, ‘Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review’ em Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 213-17; cf Aharon Barak, *Proportionality* (n 4) 458-60.

⁵⁹ Kumm, ‘Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review’ (n 58) 214.

⁶⁰ Alexy, ‘Comments and Responses’ (n 7) 340.

correção, justificação e argumentação (subseção 1). Em segundo lugar, vou demonstrar que a proporcionalidade integra a forma e a substância da justificação (subseção 2). Essa análise implicará, em terceiro lugar, na institucionalização do espaço de razões no direito constitucional (subseção 3), o que, em quarto lugar, permite tanto a justificação interna quanto externa na argumentação sobre direitos (subseção 4). Em quinto lugar, abordarei o problema da universalidade da proporcionalidade em um mundo culturalmente diverso (subseção 5).

3.1 Correção, justificação e argumentação

O teste da proporcionalidade é o meio central para estabelecer se as restrições nos direitos humanos são justificadas. É o principal instrumento para avaliar se o dever do Estado de “justificar suas decisões àqueles que [...] se queixam” foi cumprido⁶¹. O teste da proporcionalidade é um elemento da argumentação jurídica utilizado no contexto de justificar decisões em casos sobre direitos. É importante notar a diferença essencial entre o problema normativo da justificação e o problema empírico de declarar as causas para a gênese ou descoberta de uma decisão jurídica⁶². Justificar uma decisão é um exercício argumentativo, enquanto descobri-la é uma atividade mental. Apesar do fato de existirem muitas relações entre essas duas atividades, a teoria da argumentação jurídica foca no problema da justificação. Em contraste com a descoberta de uma decisão jurídica, o uso público da razão no exercício argumentativo pode ser testado intersubjetivamente. A qualidade do processo de justificação é totalmente independente das verdadeiras causas empíricas de uma decisão. As más motivações não desqualificam os bons argumentos, e as motivações aceitáveis não transformam argumentos errados em verdadeiros argumentos⁶³.

Com base nesse entendimento normativo do contexto da justificação, a análise da proporcionalidade enfrenta os desafios da incomensurabilidade e da necessidade de juízos de valor e ponderação⁶⁴. Muitos autores afirmam que, à luz desses desa-

⁶¹ Alon Harel, *Why Law Matters* (Oxford University Press 2014) 8.

⁶² Sobre o contexto da justificação em contraste com o contexto da descoberta, ver Richard A Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification* (Stanford University Press 1961) 25-31; Jerzy Wróblewski, ‘Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision’ (1974) 5 *Rechtstheorie* 33, 35-37; Hans-Joachim Koch and Helmut Rießmann, *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft* (C.H. Beck 1982) 115-18; Bernhard Schlink, *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft* (1980) 19 *Der Staat* 73, 87-91.

⁶³ cf Koch and Rießmann (n 62) 1, 116.

⁶⁴ cf Klatt and Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 3, 49-73.

fios, seria impossível uma justificação racional das decisões jurídicas em casos de direitos. Para Habermas, “a atribuição de pesos ocorre de forma arbitrária ou irrefletida, de acordo com os padrões e hierarquias costumeiras”⁶⁵. Em uma abordagem semelhante, Schlink critica a ponderação por ser decisionista⁶⁶, e tanto Somek como Poscher reconduzem, de forma bastante contundente, a ponderação a preconceitos intuitivizados⁶⁷. O cerne comum dessas abordagens céticas é que proposições de ponderação não seriam intersubjetivamente testáveis, ainda que talvez pudessem ser explicadas em termos sociológicos ou psicológicos. Essa conclusão teria consequências devastadoras tanto para a legitimidade da tomada de decisões judiciais quanto para o caráter científico da dogmática jurídica orientada normativamente, ainda que os céticos raramente reconheçam estas consequências.

Em profundo contraste com esses pontos de vista céticos, a abordagem teórico-discursiva da argumentação referente a direitos que eu sigo neste artigo destaca que a pedra de toque de qualquer análise racional da argumentação jurídica é a pretensão de correção do direito⁶⁸. A justificação das proposições utilizadas na argumentação sobre direitos está necessariamente ligada ao conceito de correção, porque o que é justificável é correto. A pretensão de correção é fundamental para reconstruir a relação entre proporcionalidade e justificação⁶⁹ e representa a estrutura teórica da argumentação abrangente na qual a relação entre proporcionalidade e justificação deve ser reconstruída.

As proposições jurídicas e suas razões necessariamente reivindicam ser corretas. Qualquer afirmação sobre o direito contém necessariamente um compromisso discursivo no sentido de Brandom de que o julgamento seja substancial

⁶⁵ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg tr, MIT Press 1996) 259.

⁶⁶ Bernhard Schlink, ‘Freiheit durch Eingriffsabwehr: Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion’ (1984) 11 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 457,462.

⁶⁷ Alexander Somek, *Rechtliches Wissen* (Suhrkamp 2006) 135; Ralf Poscher, ‘The Principles Theory: How Many Theories and What Is Their Merit?’ em Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 241.

⁶⁸ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (Neil MacCormick and Ruth Adler trs, Oxford University Press 1989) 214; Matthias Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ em Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press 2012) 5f, 15f.

⁶⁹ cf. TRS Allan, ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ in Grant Huscroft, Bradley W Miller, and Gregoire CN Webber (eds), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (Cambridge University Press 2014) 205: ‘Em virtude de a justiça consistir na regulamentação *correta* de determinadas questões ou na solução de controvérsias de acordo com os princípios morais aplicáveis, ela invoca a noção de proporcionalidade’ (ênfase do autor).

procedimentalmente correto⁷⁰. Esse compromisso discursivo de correção tem três elementos⁷¹. O primeiro é a afirmação de correção. Uma vez que a correção implica justificabilidade, essa afirmação é acompanhada de uma pretensão de justificação. A argumentação jurídica é um jogo de dar e exigir razões no sentido da pragmática normativa brandomiana⁷². Portanto, como terceiro elemento da pretensão de correção, toda afirmação sobre o direito implica a expectativa de que sua correção será aceita por outros. É fácil ver como isso se relaciona com o direito de Forst à justificação, o qual diz respeito ao segundo elemento da pretensão de correção, a pretensão de justificabilidade. Os dois se encaixam perfeitamente entre si. Além disso, há uma observação ainda mais importante: a pretensão de correção é mais fundamental do que o direito à justificação, porque esta é apenas um elemento do conceito mais amplo de correção no direito.

Dizer que a justificação está inserida no contexto mais amplo da pretensão de correção do direito ainda não diz nada sobre os critérios de correção. A abertura destes é uma condição para a validade geral da pretensão de correção em todos os sistemas jurídicos e áreas do direito⁷³. Sistemas jurídicos diferentes têm critérios de correção diferentes e, mesmo dentro de um mesmo sistema jurídico, podem ser aplicados critérios diferentes de correção, por exemplo, para os atos institucionais diversos, como leis, atos administrativos e decisões dos tribunais.

A questão decisiva é se, para toda essa diversidade, existe algo em comum que possa justificar a universalidade da pretensão de correção no direito. O direito à justificação de Rainer Forst opera com dois critérios, generalidade e reciprocidade. Os três elementos da pretensão de correção do direito preenchem esses critérios. Eles endossam a generalidade porque, no jogo de dar e exigir razões, qualquer pessoa tem o direito de levantar objeções contra uma alegada pretensão de correção, qualquer pessoa pode apresentar argumentos que questionam o direito da que levantou essa reivindicação sobre um ato institucional específico.

De acordo com as regras do discurso prático geral, nenhuma pretensão de correção alegada é sacrossanta. “Todos podem problematizar qualquer afirmação”⁷⁴.

⁷⁰ Robert Alexy, ‘Law and Correctness’ (1998) 51 *Current Legal Problems* 205, 208; Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 157; Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 127-29; cf Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68) 5f, 12f, 15f.

⁷¹ Alexy, ‘Law and Correctness’ (n 70) 208.

⁷² Klatt, *Making the Law Explicit* (n 16) 117-22; Brandom, *Making It Explicit* (n 38) 20.

⁷³ Alexy, ‘Law and Correctness’ (n 70) 209.

⁷⁴ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n 68) 193.

Se alguém desafiar uma afirmação, o orador deve dar razões para o que está sendo alegado, de acordo com a regra geral de justificação⁷⁵. Isso ocorre porque a pretensão de correção implica a pretensão de justificabilidade, que vincula normativamente o orador a expor as razões. Tal contexto favorece a reciprocidade do processo discursivo, uma vez que impede qualquer privilégio para falantes específicos. A reciprocidade também é assegurada pela regra do discurso prático geral, segundo a qual nenhum falante pode ser impedido de exercer seus direitos discursivos por qualquer tipo de coerção⁷⁶. Por último, a expectativa normativa de que os destinatários aceitarão a correção de um ato institucional também salienta a orientação recíproca de qualquer alegação. A pretensão de correção, tanto no discurso prático geral quanto no discurso jurídico, tem caráter geral e recíproco, ajusta-se perfeitamente aos dois critérios do direito à justificação.

O argumento acima demonstra que, embora os critérios específicos de correção possam ser diferentes em contextos variados, em sistemas jurídicos distintos ou mesmo dentro de um mesmo sistema jurídico, os elementos que são constitutivos do fato de que, se esses critérios forem cumpridos, então o ato jurídico é correto, são universalmente válidos. Essa validade universal também salienta que a pretensão de correção é fundamental para reconstruir a ligação entre proporcionalidade e justificação. As conexões internas entre correção, justificação e argumentação fornecem uma base sólida para a possibilidade de justificar racionalmente as proposições jurídicas utilizadas na análise da proporcionalidade. A integração entre proporcionalidade e argumentação confere ao teste da proporcionalidade, como tal, seu caráter absoluto⁷⁷.

3.2 Integrando forma e conteúdo

O fato de o direito à justificação estar inserido em uma pretensão teórico-jurídica mais ampla de correção também abre caminho para algumas críticas à perspectiva de Forst. Isso porque a correção é um conceito mais complexo e exigente do que os critérios de reciprocidade e generalidade indicam⁷⁸, os quais são condições

⁷⁵ *ibid* 192.

⁷⁶ *cf.* *ibid* 193.

⁷⁷ Alexy, 'The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights' (n 7) 39. A validade dessa afirmação depende de uma segunda tese, a saber, que não existe nenhuma forma alternativa de argumentação que seja mais racional que o teste da proporcionalidade.

⁷⁸ *cf.* Talbott (n 25) 754.

necessárias para a correção das declarações jurídicas – mas não são condições suficientes, como afirma Forst. A pretensão de correção abrange tanto a correção formal quanto material, tanto as regras formais do discurso quanto o conteúdo da justificação. Em contraste, o direito à justificação de Forst parece estar limitado apenas às exigências formais da reciprocidade e da generalidade. Sendo assim, os aspectos materiais da justificação devem ser adicionados à sua teoria a fim de atender completamente à pretensão de correção que contempla a correção material, determinada principalmente pelos direitos humanos. Em vista disso, os direitos humanos devem ser adicionados à reciprocidade e generalidade como um critério adicional para determinar o direito à justificação.

De fato, o próprio Forst reconhece que uma teoria sobre a justiça não pode ser puramente procedimental. Ele caracteriza o direito à justificação como um “direito moral individual substantivo”⁷⁹. Essa caracterização, no entanto, é equivocada. É mais preciso descrever o direito humano à justificação como um direito humano formal, já que prescreve uma forma específica de discurso jurídico, o de dar e exigir razões. Ainda assim, isso não torna toda a teoria puramente formal, porque o direito formal à justificação está necessariamente relacionado a considerações materiais de justiça – as últimas são simplesmente os objetos da primeira.

A integração entre a forma e o conteúdo da justificação pode ser demonstrada com a ajuda de três elementos distintos. Em primeiro lugar, é vital observar que a pretensão de correção e o direito à justificação pressupõem alguns, embora não todos, direitos humanos materiais. O discurso justificador racional pressupõe, por exemplo, a liberdade de expressão e de informação. Esses direitos humanos materiais limitam significativamente o processo democrático⁸⁰. Ainda mais importante é o fato de esses direitos humanos materiais não se somarem artificialmente ao direito à justificação⁸¹. Antes, decorrem diretamente da ideia de um discurso livre e racional como condição necessária de qualquer prática geral e recíproca de justificação. Em segundo lugar, o conteúdo da justificação é parte integrante do direito à justificação, na medida em que os dois critérios de reciprocidade e generalidade permitem distinguir os melhores dos piores argumentos. A “força crítica desses requisitos” para classificar a qualidade material dos argumentos é uma implicação

⁷⁹ Forst, ‘Introduction’ (n 12) 5.

⁸⁰ Forst, ‘The Rule of Reasons’ (n 22) 185; Joshua Cohen, ‘Procedure and Substance in Deliberative Democracy’ in James Bohman and William Rehg (eds), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (MIT Press 1997) 415.

⁸¹ Forst, ‘The Rule of Reasons’ (n 22) 185.

substantiva do direito à justificação⁸². Em terceiro lugar, o conteúdo da justificação é necessariamente introduzido no discurso quando uma comunidade política se propõe a estabelecer sua estrutura social básica. Esse processo é necessariamente uma construção coletiva, interna e discursiva na prática intersubjetiva, em vez de um acesso cognitivo a alguns princípios externos de justiça ou verdades jusnaturalistas. Nenhuma comunidade política pode evitar esse processo construtivo, já que “não há ‘derivações’ externas que possam superar a construção”⁸³.

Consequentemente, o construtivismo moral é uma parte necessária do construtivismo político e, portanto, este não pode ser separado daquele⁸⁴. Essa é a razão pela qual a argumentação sobre direitos enquanto discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral⁸⁵. As conexões internas entre o construtivismo moral e político, o discurso jurídico e o prático geral, trazem uma integração intrínseca entre a forma e o conteúdo da justificação:

o direito à justificação pode sempre assumir a forma de uma objeção ou argumento substantivo, bem como a forma procedimental de demanda dos discursos de justificação [...] cria-se assim um contexto geral recursivo e reflexivo, que supera velhas divisões entre abordagens procedimentais e materiais não apenas na filosofia moral, mas também na teoria democrática⁸⁶.

Tudo isso soa muito familiar a qualquer pessoa que esteja por dentro do debate sobre o teste da proporcionalidade, a qual também é acusada de ser puramente formal e de tentar evitar discussões materiais de justiça. De fato, o teste da proporcionalidade representa perfeitamente a natureza dual da justiça e a integração entre forma e conteúdo na argumentação sobre direitos⁸⁷.

⁸² cf Forst, ‘Introduction’ (n 12) 6.

⁸³ *ibid* 7.

⁸⁴ *ibid* 6.

⁸⁵ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n 68) 212-20; Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68) 4f, 14. Para uma discussão crítica, ver Habermas, *Between Facts and Norms* (n 65) 204,206, 233 ff; Klaus Günther, ‘Critical Remarks on Robert Alexy’s Special Case Thesis’ (1993) 6 *Ratio Juris* 143. Para as replicas de Alexy, ver Robert Alexy, ‘The Special Case Thesis’ (1999) 12 *Ratio Juris* 374; Robert Alexy, ‘Justification and Application of Norms’ (1993) 6 *Ratio Juris* 157. Ver também, George Pavlakos, ‘The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law’ (1998) 11 *Ratio Juris* 126; Ingrid Dwers, *application Discourse and the Special Case Thesis* (1992) 5 *Ratio Juris* 67.

⁸⁶ Forst, ‘Introduction’ (n 12) 7.

⁸⁷ Veja abaixo, Seção III. 4 Justificação Interna e Externa.

Que o direito à justificação implica alguns direitos humanos, mas não todos, indica que o direito à justificação não é uma base suficiente para justificar a existência de todos os direitos humanos. Esse é um argumento forte contra o reconhecimento de uma prioridade analítica do direito à justificação. É mais convincente reconstruir a relação derivada entre os direitos humanos e o direito à justificação, de tal forma que os direitos humanos materiais sejam analiticamente anteriores. Estes precisam ser institucionalizados e aplicados corretamente, e essa correção implica um direito à justificação, que, por sua vez, implica um direito à proporcionalidade. Este, por outro lado, exige uma argumentação com o conteúdo material dos direitos humanos. Dessa forma, o círculo analítico é fechado: começa e termina com direitos humanos materiais e tem dois elementos formais – o direito à justificação e o direito à proporcionalidade – no meio. Os quatro elementos não são separados uns dos outros, mas, sim, unidos com fortes vínculos necessários. Além disso, fica claro que o direito à justificação funciona como um conceito normativo conector: ele faz a ponte da passagem dos direitos humanos à proporcionalidade.

3.3 Institucionalizando o espaço das razões

É importante notar que nem a pretensão de correção nem o direito à justificação dizem nada sobre os objetos da correção e justificação, os quais têm que ser estabelecidos separadamente. No caso dos direitos, eles decorrem da estrutura dos próprios direitos, que nos diz que os objetos de justificação são três: primeiro, a existência de um direito com escopo específico; segundo, a existência de uma restrição do direito; e terceiro, a justificação da restrição.

O teste da proporcionalidade diz respeito ao terceiro elemento. Ele é o principal instrumento para estabelecer se as ações das autoridades públicas são ou não restrições justificadas. O que Forst diz sobre justiça transnacional também é verdade para a justiça dentro de uma ordem jurídica estatal: a tarefa teórica das instituições é estabelecer estruturas de justificação suficientes que sirvam para perceber a força que vai na direção do melhor argumento. Logo, nenhum aspecto relevante permanece oculto atrás de um véu de não justificação. Essas estruturas são provisões discursivas a fim de se caminhar para níveis mais elevados de argumentação sobre direitos⁸⁸. O teste da proporcionalidade é simplesmente uma dessas estruturas e pro-

⁸⁸ Rainer Forst, 'Dialektik der Moral: Grundlagen einer Diskurstheorie Transnationaler Gerechtigkeit' in Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit* (Suhrkamp 2007) 355f. Cito aqui a edição em alemão porque a tradução em inglês perde as partes relevantes para o meu argumento.

visões, ele cumpre todas as funções que acabamos de mencionar, aumentando, assim, a transparência, a abrangência e a qualidade geral do raciocínio⁸⁹.

Em um nível ainda mais básico, o teste da proporcionalidade pode ser interpretado como uma regra formal que serve para estabelecer o espaço de razões que é habitado conjuntamente pelos seres humanos como sujeitos de justificação⁹⁰. Dessa forma, o teste da proporcionalidade não é uma característica específica da argumentação sobre direitos, mas carrega características mais fundamentais de uma prática compartilhada de argumentação em geral. Como Forst adequadamente colocou:

Uma ação [...] intencional pode ser caracterizada como racionalmente fundamentada se a deliberação prática que a conduz for orientada para regras específicas que se referem tanto à consideração dos fins quanto à escolha dos meios⁹¹.

A proporcionalidade é precisamente uma regra específica nesse sentido⁹². O espaço de razões operado por meio do teste da proporcionalidade é necessariamente um espaço sem fim – discurso nunca chega a um final definitivo; a justificação é potencialmente infinita. Eu rotulo isso como a *dimensão diacrônica* do direito à justificação⁹³. Ronald Dworkin sugeriu, de forma proeminente, reconstruir o desenvolvimento do direito por analogia à escrita de um romance em cadeia⁹⁴. Minha sugestão é que essa metáfora não se aplica apenas à interpretação das regras, mas também aos princípios por meio da análise da proporcionalidade⁹⁵. Cada juiz herda um corpus composto de aplicações anteriores do teste da proporcionalidade, que foram feitas por outros juízes ou doutrinadores da área jurídica. A nova decisão

⁸⁹ Klatt and Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 167-71.

⁹⁰ Forst, 'Practical Reason and Justifying Reasons' (n 10) 14.

⁹¹ *ibid.*

⁹² cf. a caracterização da proporcionalidade de Kumm como estabelecendo "um teste da razão pública": Matthias Kumm, 'Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Solution' em Vicki C Jackson e Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017) 65.

⁹³ Um argumento semelhante pode ser encontrado em Brandom. 'A Hegelian Model of Legal Concept Determination' (n 45) 31; Alexy, 'Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion' (n 56) 48f.

⁹⁴ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Fontana 1986) 228-38.

⁹⁵ Sobre a distinção teórica entre regras e princípios e os métodos jurídicos relacionados de subsunção e equilíbrio, ver Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption' (2003) 16 *Ratio Juris* 433. cf Klatt, 'Robert Alexy's Philosophy of Law as System' (n 68) 7f, 19-21.

tomada pelo juiz visa ampliar esse corpus e se encaixar na cadeia de forma a “tornar o trabalho mais significativo ou melhor”⁹⁶.

Os juízes que decidem casos referentes a direitos operam com base em um romance em cadeia contendo respostas *prima facie* a perguntas como: “Que interesse público conta como um objetivo legítimo?”, “Que tipo de meio é adequado para fomentar um objetivo?” etc. Provavelmente a parte mais importante da dimensão diacrônica do direito à proporcionalidade são os romances em cadeia sobre o resultado de exercícios de ponderação anteriores, ou seja, as relações de preferência condicional entre direitos fundamentais colidentes e outros princípios constitucionais⁹⁷. Isso não significa que o juiz não poderia divergir, modificar ou reescrever as respostas dadas anteriormente a esse tipo de pergunta por outros juízes. Entretanto, significa que algum tipo de estrutura de defeito e contestação (*default-and-challenge*) é um lugar que confere considerável segurança jurídica à análise da proporcionalidade. Ela torna o direito previsível até certo ponto e transfere o ônus argumentativo para qualquer proposta que queira contestar as respostas⁹⁸.

Seguindo o modelo normativo de pontuação deontico (*deontic-scorekeeping model*) de Brandom, as respostas específicas às perguntas do teste da proporcionalidade são consideradas como tendo uma preferência *prima facie*. É exatamente isso que está por trás da afirmação de Alexy de que a proporcionalidade “se apoia em um fundamento maciço de casos esclarecidos”⁹⁹. Para qualquer uma dessas propostas padrão sobre a proporcionalidade, é verdade o que Forst enfatiza para interpretações de direitos fundamentais em geral: “[nenh]uma das formulações ou interpretações de direitos básicos é ‘absoluta’; no entanto, o limiar justificativo de destrinchá-los e criticá-los é alto”¹⁰⁰. O status *prima facie* pode ser contestado por questionamentos, mas estes devem ser novamente fundamentados. Ao tomar uma decisão sobre qualquer um dos quatro elementos da proporcionalidade, um juiz assume um compromisso normativo, de acordo com a pretensão implícita de

⁹⁶ Dworkin (n 94) 233.

⁹⁷ Sobre as relações de preferência condicional entre princípios constitucionais, ver Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers tr, Oxford University Press 2002) 50-54. A natureza diacrônica desses processos judiciais se assemelha aos processos de contestação e deliberação que levam a um acordo constitucional específico, que Benhabib qualificou como “processos democráticos iterativos”: Seyla Benhabib (ed), *Another Cosmopolitanism* (Oxford University Press 2006) 45-80.

⁹⁸ Sobre o conceito da estrutura de “default-and-challenge”, ver: Klatt, *Making the Law Explicit* (n16) 149f, 217.

⁹⁹ Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (n 7) 47.

¹⁰⁰ Rainer Forst, ‘The Justification of Basic Rights: A Discourse-Theoretical Approach’ (2016) 45(3) *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 7, 22.

correção. Esse novo compromisso é encaixado em uma “constelação de compromissos anteriores”, por meio de um “processo de integração racional sequencial”, instituindo, assim, “status normativos de autoridade e responsabilidade de acordo com o modelo de reconhecimento recíproco”¹⁰¹.

Dessa forma, ao longo do tempo, aplicações sucessivas da análise da proporcionalidade criam uma especificação evolutiva dos direitos fundamentais¹⁰². A dimensão diacrônica do direito à justificação leva a cadeias de argumentos, e qualquer conexão dessas cadeias pode ser tomada como uma nova afirmação inicial, que novamente pode ser contestada por contra-argumentos, dando início a uma nova cadeia de argumentos. Desse modo, conjuntos de argumentos evoluem na interação discursiva de dar e exigir razões, os quais têm características importantes: ao contrário do que afirma Raz¹⁰³, eles têm que ser consistentes, abrangentes e conectados. Segue-se que “o conceito de justificação [...] implica o cerne do conceito de coerência”¹⁰⁴. A conexão necessária entre justificação e coerência estabelece outra relação importante entre justificação, correção e proporcionalidade: esta é o melhor instrumento de justificação para promover a coerência na argumentação sobre direitos e, com isso, o princípio da coerência constitucional exige a aplicação do teste da proporcionalidade.

3.4 Justificação interna e externa

O direito à justificação integra a forma e a substância do discurso justificador¹⁰⁵. Nada demonstra melhor essa integração do que o teste da proporcionalidade – seus quatro elementos permitem justificações recíprocas e gerais na argumentação sobre direitos. Estudos recentes sobre a proporcionalidade introduziram a distinção entre a justificação interna e a externa¹⁰⁶. O teste da proporcionalidade *per se* fornece

¹⁰¹ Bandom, ‘A Hegelian Model of Legal Concept Determination’ (n 45) 33.

¹⁰² Julian Rivers, ‘The Presumption of Proportionality’ (2014) 77 *The Modern Law Review* 409, 409f.

¹⁰³ Joseph Raz, ‘The Relevance of Coherence’ (1992) 72 *Boston University Law Review* 273.

¹⁰⁴ Alexy, ‘Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion’ (n 56) 44.

¹⁰⁵ Ver acima, Seção III. 2 Integrando Forma e Conteúdo.

¹⁰⁶ Matthias Klatt e Johannes Schmidt, ‘Epistemic Discretion in Constitutional Law’ (2012) 10 *International Journal of Constitutional Law* 69, 74; Matthias Klatt, ‘An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay’ (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law* 891; Matthias Klatt and Moritz Meister, ‘Proportionality-A Benefit to Human Rights? Remarks on the ICon Controversy’ (2012) 10 *International Journal of Constitutional Law* 687; Klatt e Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2).

uma estrutura formal, um conjunto de cinco perguntas que devem ser respondidas a fim de se desenvolver decisões corretas em casos referentes a direitos. Destaca-se que qualquer decisão jurídica que siga essa estrutura, colocando e respondendo a tais questionamentos, é justificada internamente. Muitos doutrinadores, entretanto, confundem o teste da proporcionalidade com a pura formalidade¹⁰⁷. Luc Tremblay, por exemplo, argumenta que “para fins de controle de constitucionalidade, os juízes não precisam postular a validade ou a verdade de uma teoria material [...] e não precisam usar o processo de interpretação constitucional para esse fim”¹⁰⁸.

O argumento normativo da proporcionalidade de Tremblay se resume a uma tese do alívio: o teste da proporcionalidade, em sua visão, oferece aos juízes alívio do ônus de se engajar em suposições normativas de abrangência ampla: “os juízes podem evitar quase todos os problemas epistemológicos e normativos difíceis [...] e os tribunais não são obrigados a impor certas visões materiais controversas de moral, política ou filosofia”¹⁰⁹. Usando a ponderação, os juízes poderiam, assim Tremblay espera, escapar da inclinação escorregadia de argumentos morais materiais e politicamente contestados.

A tese do alívio representa um mal-entendido comumente aceito sobre o teste da proporcionalidade, o qual alega que ele seria puramente formal¹¹⁰. No entanto, o teste da proporcionalidade não é desvinculado de uma argumentação material. Qualquer decisão de um caso referente a direitos deve empregar uma teoria geral da argumentação jurídica. Em sua forma mais desenvolvida, o teste da proporcionalidade e a ponderação são complementadas por uma teoria discursiva da argumentação jurídica¹¹¹. A aplicação de direitos é um exercício argumentativo que

¹⁰⁷ cf. Letsas que afirma que “a compreensão ortodoxa da proporcionalidade como doutrina de direitos humanos é vazia”: Letsas (n 8) 340 (grifos do autor). O equívoco oposto (interpretar a proporcionalidade como ‘raciocínio moral sem restrições’) está igualmente presente na literatura, ver Francisco J Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing* (Cambridge University Press 2017) 9, 198ff.

¹⁰⁸ Luc B Tremblay, ‘An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing’ (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law* 864, 869. Eu apresentei o argumento seguinte, anteriormente, em Klatt, ‘An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay’ (n 106).

¹⁰⁹ Tremblay (n 108) 23.

¹¹⁰ Gregoire CN Webber, ‘Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship’ (2010) 23 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 179, 191; Stavros Tsakyrakis, ‘Proportionality: An Assault on Human Rights?’ (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 468, 474. Para uma resposta a esse argumento, ver Klatt and Meister, ‘Proportionality-A Benefit to Human Rights? Remarks on the “ICon Controversy”’ (n 106) 694f. Para uma discussão detalhada sobre o impacto da moral na ponderação, ver Klatt e Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 51-56.

¹¹¹ cf. Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68).

requer argumentos materiais¹¹². De acordo com a tese de caso especial, o discurso jurídico o é quanto ao discurso prático geral¹¹³. Portanto, “a ponderação é uma instância de raciocínio moral”¹¹⁴. Ao determinar os graus de satisfação e não satisfação dos princípios em colisão, de acordo com a lei da ponderação, os juízes têm que se engajar em considerações morais e políticas controversas¹¹⁵.

A formalidade e a neutralidade material da proporcionalidade vai somente até a sua estrutura formal, da mesma forma que o silogismo jurídico é formal e neutro. No entanto, a pretensão de correção e o direito à justificação exigem mais do que pura formalidade¹¹⁶. Essa é a razão pela qual qualquer decisão de um caso referente a direitos também deve ser externamente justificada, além de internamente justificada. Juízes devem justificar externamente que, por exemplo, a intensidade de uma interferência em um direito era severa ou que o peso de um princípio concorrente era leve. Tais avaliações só podem ser justificadas externamente por meio de argumentação prática e argumentos materiais¹¹⁷. Em sua consideração da moralidade política material, a ponderação dos princípios jurídicos na análise da proporcionalidade se assemelha muito ao processo justificativo do “direito como integridade” de acordo com a teoria interpretativa de Dworkin¹¹⁸. Eu denomino isso como *proporcionalidade como modelo de integridade*.

¹¹² cf. Virgílio Afonso da Silva, ‘Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision’ (2011) 31 Oxford Journal of Legal Studies 273, 288.

¹¹³ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n 68) 212-20; Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68) 4-5, 14. Para uma discussão crítica da tese de caso especial, ver Habermas, *Between Facts and Norms* (n 65) 204; Günther (n 85). Para as respostas de Alexy, ver Alexy, ‘The Special Case Thesis’ (n 85); Alexy, ‘Justification and Application of Norms’ (n 85). Ver também Pavlakos (n 85); Dwars (n 85).

¹¹⁴ Klatt e Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 53.

¹¹⁵ Afonso da Silva (n 112) 288.

¹¹⁶ cf. Dimitrios Kyritsis, ‘Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine’ (2014) 34 Oxford Journal of Legal Studies 395,414: ‘Formal rationality will not do’.

¹¹⁷ cf. Mattias Kumm, ‘Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirements’ in George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing 2007) 148f; Mattias Kumm, ‘Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice’ (2004) 2 International Journal of Constitutional Law 574, 575. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n 97) 105; Robert Alexy, ‘Thirteen Replies’ in George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing 2007) 344; ver também TRS Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford University Press 2001) 315; Allan, ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ (n 69); Allan, ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ (n 69) 233.

¹¹⁸ cf. Dworkin (n 94) 225-75. Cf. Kumm, ‘Constitutional Rights as Principles’ (n 117) 575: ‘[...] tal perspectiva estrutural é compatível com o tipo de fortes compromissos materiais que caracterizam as teorias normativas [...]’.

Essa perspectiva integrativa do discurso moral e jurídico recebeu críticas. Foi contestado que ela transformaria a ponderação em um “microcosmo de todas as discordâncias encontradas dentro da filosofia política contemporânea”¹¹⁹. Eu aceito essa descrição até o ponto que decorre da primeira parte da tese de caso especial, a qual afirma que a argumentação jurídica é um tipo de argumentação prática geral¹²⁰. Na medida em que a ponderação enquanto argumentação jurídica é um tipo de argumentação moral, ela herda necessariamente o desacordo racional e a falta de segurança epistêmica da argumentação moral. No entanto, a perspectiva integrativa da argumentação de direitos que quero defender não confunde de forma alguma a argumentação moral com a jurídica. Pelo contrário, reconhece que o discurso jurídico não visa responder a questões práticas em um sentido geral ou absoluto, mas, sim, no contexto de um sistema jurídico específico. Esse contexto impõe restrições ao discurso prático, por meio de normas vinculantes, precedentes e doutrina¹²¹. É, portanto, vital notar que a proporcionalidade como modelo de integridade não conduz a “raciocínios morais irrestritos”¹²². Contrariamente, a tese do caso especial reconhece as limitações decorrentes da natureza autoritativa-institucional do direito. A proporcionalidade, embora dependendo da argumentação moral, não sucumbe à política (*politics*)^{xi} ou à moralidade pessoal. A combinação desses elementos autoritativos com os elementos ideais e críticos do discurso jurídico é melhor capturada na tese de que a argumentação jurídica tem uma dupla natureza¹²³. A objecção de uma suposta confusão entre discurso moral e jurídico é errada, porque ignora o carácter institucional e autoritativo da argumentação referente a direitos.

Compreendida no sentido da tese da dupla natureza, a relação entre o discurso moral e o jurídico é inevitável. Tremblay sugere que “nenhum tribunal deve ler uma constituição em termos que tomem partido em questões materiais fundamentais controversas”¹²⁴. Em contraste, a dupla natureza da análise da proporcionalidade insiste que os juízes não podem limitar-se a um tratamento puramente formal e igualitário dos conflitos de direitos. Ao decidir casos de direitos com base na

¹¹⁹ Tremblay (n 108) 16.

¹²⁰ Alexy, ‘The Special Case Thesis’ (n 85).

¹²¹ Klatt, ‘Robert Alexy’s Philosophy of Law as System’ (n 68) 4f, 14.

¹²² Urbina (n 107) 9, 198ff.

^{xi} O termo ‘politics’, aqui, não se refere à política em um sentido mais amplo de convivência social, mas ao sentido ideológico de visões específicas de mundo. [N.T.]

¹²³ Matthias Klatt, ‘The Rule of Dual-Natured Law’ in ET Feteris and others (eds), *Legal Argumentation and the Rule of Law* (Eleven International Publishing 2016) 31, 35f.

¹²⁴ Tremblay (n 108) 18.

proporcionalidade e ponderação, eles estabelecem uma relação condicional de preferência entre os interesses colidentes, declarando qual é o princípio que prevalece no caso concreto. Isso equivale, inevitavelmente, a tomar posições.

A ponderação, última etapa do teste da proporcionalidade, pode ser caracterizada como uma relação de herança entre as premissas e a conclusão. O resultado da ponderação herdará todas as incertezas e incongruências daquelas controversas proposições materiais, políticas e morais que são utilizadas como premissas normativas na aplicação da lei da ponderação. É precisamente devido a essa relação de herança que a tese do alívio de Tremblay é pouco convincente.

Dois pontos adicionais são dignos de menção. Primeiro, a justificação externa no teste da proporcionalidade não deve ser confundida com fornecer um juízo epistêmico objetivo sobre alguma verdade moral ou política eterna¹²⁵. Pelo contrário, a proporcionalidade e a justificação têm natureza discursiva. Em última análise, decidimos sobre a correção de proposições constitucionais nas nossas práticas concretas de justificação, as quais, por meio do teste da proporcionalidade, nunca chegam a um fim definitivo¹²⁶, essa é a dimensão diacrônica do teste da proporcionalidade¹²⁷.

Em segundo lugar, uma das objeções mais frequentes contra a perspectiva teórico-principlológica da proporcionalidade e contra a teoria da ponderação é que não foi fornecida uma teoria sobre a justificação externa nem foi respondida a questão quanto aos critérios de relevância moral nesse processo¹²⁸. Essa objeção só é verdadeira caso se procurem esses critérios na teoria dos direitos fundamentais, desconsiderando a teoria da argumentação jurídica. Como afirmei em outro lugar, a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação jurídica se complementam¹²⁹. Esta última fornece um aporte teórico-discursivo detalhado da argumentação moral e jurídica¹³⁰.

¹²⁵ cf. Forst, 'Practical Reason and Justifying Reasons' (n 10) 21f.

¹²⁶ cf. Forst, 'The Rule of Reasons' (n 22) 185; cf Klatt, 'The Rule of Dual-Natured Law' (n 123) 41.

¹²⁷ Ver página 119 acima.

¹²⁸ Urbina (n 107) 27.

¹²⁹ Klatt, 'Robert Alexy's Philosophy of Law as System' (n 68) 18-21.

¹³⁰ cf. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n 97) 386f.

3.5 O problema da universalidade

O fato de a justificação externa ser, ao mesmo tempo, necessária e externa ao teste da proporcionalidade *per se* tem consequências muito relevantes para o problema da universalidade da proporcionalidade. Se o teste da proporcionalidade é o principal critério para restrições justificadas dos direitos humanos, surge a importante questão se a validade desse critério se limita ao quadro particular de sistemas legais específicos ou se é um critério universal aplicável em escala global. Isso é altamente contestado¹³¹. Se a proporcionalidade é um elemento considerável do constitucionalismo global, como já afirmei, sua universalidade precisa ser defendida¹³².

Eu gostaria de defender que a distinção entre a justificação interna e a externa leva a uma solução clara para esse enigma, podendo explicar por que e em que medida a proporcionalidade pode ser, ao mesmo tempo, universalmente válida e aberta a variações culturais. A justificativa interna, enquanto estrutura formal, é de aplicação universal e culturalmente neutra. A estrutura da justificação interna, enquanto análise da proporcionalidade, decorre da conexão necessária entre os princípios e a proporcionalidade¹³³. A justificação externa, entretanto, é culturalmente sensível e admite diferentes perspectivas culturais sobre o que, por exemplo, conta como um objetivo legítimo ou o que equivale a uma restrição séria. A justificação externa, no teste da proporcionalidade, explica por que ela é tão excepcionalmente adequada para ser aplicada em diversos contextos sociais e jurídicos concretos. O conceito de justificação externa destaca que a proporcionalidade é capaz de fazer “justiça à pluralidade de valores éticos e às diversas esferas e comunidades sociais”¹³⁴.

¹³¹ Veja a exigência de Barak de que “devemos assegurar que a construção jurídica da proporcionalidade permita a compreensão de várias e conflitantes teorias sociais”, uma exigência que pressupõe a possibilidade de fazê-lo: Aharon Barak, ‘A Research Agenda for the Future’, em Vicki C Jackson e Mark V Tushnet (eds), *Proporcionalidade: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017) 335. Ver também João Andrade Neto, ‘The Debatable Universality of the Proportionality Test and the Wide-Scope Conception of Fundamental Rights’ (2016) 12(1) *Revista Brasileira de Direito* 4; Urbina (n 107) 8.

¹³² Klatt and Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 1-4, 171; Matthias Klatt e Moritz Meister, ‘A Proporcionalidade como Princípio Constitucional Universal’ (2015) 1 *Revista Publicum* 30; Matthias Klatt and Moritz Meister, ‘Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip’ em Matthias Klatt (ed), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung* (Mohr Siebeck 2013) 104. Para uma visão crítica do ‘constitucionalismo fundacional’ além do Estado, ver Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (Oxford University Press 2010) 27-68; Martin Loughlin, ‘What Is Constitutionalization?’ in Petra Dobner and Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford University Press 2010); Dieter Grimm, ‘The Constitution in the Process of Denationalization’ (2005) 12 *Constellations* 447.

¹³³ Alexy discute este ponto como “o caráter absoluto do princípio da proporcionalidade”, ver Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (n 7) 36f.

¹³⁴ cf. Forst, ‘Introduction’ (n 12) 7.

No entanto, equiparar justificação interna com universalidade e justificação externa com particularismo seria um retrato muito superficial. Se, além da justificação interna, houvesse apenas relatividade cultural, a proporcionalidade só poderia ser universal em um sentido muito fraco. No entanto, a integração entre justificação externa na análise da proporcionalidade, por um lado, e argumentação racional, por outro, permite proposições universalmente válidas também na justificação externa. A distinção entre o discursivamente necessário, impossível e possível é fundamental aqui. O escopo da diversidade cultural particularista se estende até onde é discursivamente possível, consistindo em áreas nas quais duas proposições normativas incompatíveis podem ser justificadas sem violar nenhuma das regras do discurso racional¹³⁵. Isso pode ser chamado de dimensão relativa da proporcionalidade. No entanto, o escopo da possibilidade discursiva é limitado, várias proposições normativas são “estritamente necessárias” ou “completamente excluídas” pelas regras do discurso racional¹³⁶. São essas proposições discursivamente necessárias e impossíveis que representam a dimensão absoluta da proporcionalidade no âmbito da justificação externa¹³⁷. Por consequência, a universalidade do teste da proporcionalidade está presente não apenas na justificação interna, mas também, em certa medida, na justificação externa.

A proporcionalidade como um parâmetro geral de racionalidade jurídica compartilha essa conciliação tão importante do universalismo e do particularismo com o direito moral à justificação. Tanto o direito à justificação quanto a proporcionalidade são normas universalmente válidas, que são não-rejeitáveis. Ao mesmo tempo, porém, permanecem culturalmente sensíveis e aplicáveis a casos e contextos particulares¹³⁸. A justificação enquanto proporcionalidade enseja uma estrutura universal de justiça capaz de articular uma grande diversidade de discursos de direitos. A justificação externa necessária para qualquer análise de proporcionalidade tem um caráter socialmente relativo, e a justificação externa da proporcionalidade é sensível ao pluralismo das diferentes concepções específicas e locais de justiça¹³⁹.

¹³⁵ cf. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (n 68) 207.

¹³⁶ *ibid.*

¹³⁷ cf. Alexy, ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (n 7) 45f.

¹³⁸ Forst, ‘The Basic Right to Justification’ (n 32) 204.

¹³⁹ cf. Forst, ‘Introduction’ (n 12) 8.

Ainda assim, um crítico pode objetar que a universalidade da proporcionalidade está limitada a uma certa compreensão dos direitos, ou seja, à visão que interpreta os direitos como princípios e estes como mandamentos de otimização. Poderíamos chamar isso de objeção da dependência. A proporcionalidade dependeria de uma compreensão específica dos direitos – e, portanto, não seria aplicável em sistemas jurídicos que adotam diferentes concepções de direitos. Vale ressaltar que essa objeção contesta a universalidade da justificação interna da proporcionalidade em vez de contestar apenas a sua justificação externa. A objeção da dependência, entretanto, está equivocada, porque qualquer concepção alternativa de direitos pode ser demonstrada como incluída no modelo de otimização ou como sendo menos convincente. Isso é verdade, em particular, nas tentativas das mais importantes concepções de direitos discutidas como alternativas ao modelo de otimização, ou seja, direitos como trunfos, direitos como restrições deontológicas e direitos absolutos. A proporcionalidade é capaz de reconstruir os efeitos de trunfo e o caráter absoluto dos direitos a um grau suficiente¹⁴⁰. A noção de restrições deontológicas, por outro lado, desde que possa ser racionalmente justificada, pode ser considerada na justificação externa, quando se limita aos argumentos consequencialistas. A objeção da dependência, por conseguinte, não contesta com sucesso a universalidade da justificação interna da proporcionalidade.

A proporcionalidade é um instrumento essencial para integrar o construtivismo moral e o construtivismo jurídico, em conformidade com a tese de caso especial e a dupla natureza do direito. Os direitos que os sujeitos morais podem alegar e justificar como direitos morais “só podem ser concretamente justificados, interpretados, institucionalizados e realizados em contextos sociais, ou seja, somente dentro de uma ordem política legalmente constituída”¹⁴¹. Isso é precisamente o que o teste da proporcionalidade nos permite alcançar. A proporcionalidade fornece uma estrutura universal para uma pluralidade de moralidades internas, deixando aos participantes de cada contexto social ou cultural específico a determinação de quais razões materiais são adequadas ou quais violações podem ser justificadas¹⁴². O fato de o teste da proporcionalidade ser, ao mesmo tempo, um elemento universal e necessário na argumentação sobre direitos e sensível a circunstâncias concretas e contextos culturais explica por que ele nos permite ir “além do viés particularista e

¹⁴⁰ cf. Klatt and Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (n 2) 23-44.

¹⁴¹ Forst, ‘The Basic Right to Justification’ (n 32) 218.

¹⁴² cf. *ibid* 212.

do globalismo indiferente ao contexto¹⁴³. O teste da proporcionalidade proporciona a melhor combinação de características universais monistas e relativas contextualistas de justificação¹⁴⁴. É precisamente essa capacidade de conciliar universalismo e particularismo que torna o referido teste tão bem adaptado como um elemento do constitucionalismo global¹⁴⁵.

Sua capacidade específica de conciliar universalismo e particularismo, por sua vez, pode explicar o sucesso fático da proporcionalidade, sua difusão mundial e seu triunfante avanço como um transplante jurídico¹⁴⁶. Sob essa perspectiva, o teste de proporcionalidade pode ser caracterizado como um exemplo nuclear da jurisprudência^{xiii} integrativa, ou seja, de uma concepção do direito que combina as perspectivas analítico-normativa e histórica ou sócio-científica¹⁴⁷. A integração entre as perspectivas do observador e do participante desdobra a plena dinâmica da justificação inerente à análise da proporcionalidade e enfatiza que esta representa a gramática normativa mais profunda da justiça constitucional¹⁴⁸. Mais importante ainda, a perspectiva integrativa enfatiza que tanto o direito à justificação quanto a análise da proporcionalidade não são apenas uma quimera racionalista, mas ideias poderosas que são eficazes no mundo real¹⁴⁹.

4. Constitucionalismo discursivo global

O constitucionalismo discursivo é uma teoria que integra os quatro elementos dos direitos fundamentais, o teste da proporcionalidade, o controle de constitucionalidade e a justificação enquanto discurso¹⁵⁰. O constitucionalismo discursivo

¹⁴³ cf. *ibid* 228.

¹⁴⁴ *ibid* 227.

¹⁴⁵ Klatt and Meister, 'Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip' (n 132); Klatt and Meister, 'Proportionality-A Benefit to Human Rights? Remarks on the ICon Controversy' (n 106).

¹⁴⁶ Sobre isso, ver acima, Seção I, Introdução.

^{xiii} O termo *jurisprudence* corresponde no contexto jurídico brasileiro a 'ciência do direito' ou ainda a 'teoria do direito'. Ainda assim, optou-se pela tradução mais literal do termo. [N.T.]

¹⁴⁷ Sobre o conceito de jurisprudência integrativa, ver Matthias Klatt, 'Integrative Rechtswissenschaft: Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts' (2015) 54 *Der Staat* 469.

¹⁴⁸ Para um argumento semelhante, ver Forst, *Introduction* (n 12) 3.

¹⁴⁹ cf. *ibid*.

¹⁵⁰ cf. Robert Alexy, 'Balancing, Constitutional Review, and Representation' (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 572.

institucionaliza o direito moral à justificação em uma forma específica de democracia deliberativa que permite práticas de justificação recíprocas e gerais. Ele fornece a melhor referência para a reconstrução do Estado de direito como ordem da razão, de acordo com a dupla natureza da argumentação jurídica, que integra elementos factuais e normativos¹⁵¹. O constitucionalismo discursivo é o que melhor explica a “argumentatividade da prática jurídica”¹⁵². Isso, por sua vez, permite constituir uma forma legítima de constitucionalismo global¹⁵³.

O direito à justificação proporciona um meio-termo entre liberalismo e comunitarianismo, oferecendo “uma melhor combinação de componentes morais universais e éticos políticos particulares do ethos da democracia”¹⁵⁴. Esse meio-termo, por sua vez, é de vital importância para uma perspectiva híbrida do constitucionalismo global, que une as ideias liberais dos valores fundamentais universais com virtudes republicanas de deliberação, contestação e participação¹⁵⁵.

O teste da proporcionalidade é instrumento-chave para alcançar essa unificação¹⁵⁶. Alguns doutrinadores afirmaram que o crescimento da proporcionalidade como padrão geral de racionalidade havia separado a normatividade do direito constitucional de suas origens locais. Somek acha que a constituição “não está mais firmemente ligada à história de uma determinada comunidade” e culpa a proeminência da proporcionalidade por isso¹⁵⁷. A dimensão real do constitucionalismo discursivo desmente essa afirmação¹⁵⁸, pois está de acordo com a dupla natureza da argumentação jurídica e molda a justificação externa da análise de proporcionalidade. Dessa forma, e ao contrário da afirmação de Somek, permite dar o devido peso a considerações autoritativas, reais e relacionadas à comunidade¹⁵⁹.

¹⁵¹ Klatt, ‘The Rule of Dual-Natured Law’ (n 123) 31; cf C Mac Amhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (2016) 5 Global Constitutionalism 173,177.

¹⁵² John Finnis, ‘On Reason and Authority in “Law’s Empire”’ (1987) 6 Law and Philosophy 357,358.

¹⁵³ Mac Amhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (n 151) 189-92.

¹⁵⁴ Forst, ‘The Rule of Reasons’ (n 22) 179.

¹⁵⁵ MacAmhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (n 151) 192-95, 205.

¹⁵⁶ Sobre o desafio de combinar unidade e totalidade com variedade e pluralismo em um sentido kantiano, ver Arthur Ripstein, ‘Reclaiming Proportionality’ (2017) 34 Journal of Applied Philosophy 1, 11.

¹⁵⁷ Alexander Samek, ‘The Cosmopolitan Constitution’ in Miguel Maduro, Kaarlo Tuori, and Suvi Sankari (eds), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking* (Cambridge University Press 2014) 105.

¹⁵⁸ O constitucionalismo “emerge de uma série de convergentes” práticas jurídicas, ver Mac Amhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (n 151) 190.

¹⁵⁹ Klatt, ‘The Rule of Dual-Natured Law’ (n 123) 31-36; ver também Mac Amhlaigh, ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (n 151) 189.

O controle da proporcionalidade por meio do controle de constitucionalidade exercido por um tribunal constitucional é elemento central de um modelo de constitucionalismo discursivo que institucionaliza adequadamente o direito à justificação¹⁶⁰. Isso se deve ao fato de que todo direito fundamental é “um interesse humano básico de importância suficiente para que qualquer limitação do mesmo por uma autoridade pública justifique a verificação formal da correção por um tribunal”¹⁶¹. O direito à justificação exige uma forma de jurisdição constitucional que controla se os critérios de reciprocidade e generalidade foram satisfeitos¹⁶². O controle de constitucionalidade “requer deliberação sobre a justificabilidade da decisão à luz das circunstâncias específicas”¹⁶³ e “concede aos titulares de direitos uma oportunidade de participar de uma argumentação ou deliberação baseada em direitos”¹⁶⁴.

A natureza discursiva do controle de constitucionalidade, no entanto, não esgota seu caráter. Há também um elemento institucional ou de autoridade, pois o controle de constitucionalidade normalmente envolve a competência de um tribunal constitucional para invalidar uma legislação inconstitucional¹⁶⁵. O controle de constitucionalidade tem uma dupla natureza, consistindo tanto em dimensão ideal ou discursiva quanto em dimensão real ou autoritativa. A dimensão real é igualmente importante: ao contrário do que Somek afirma nos termos de Luhmann, a dimensão real do constitucionalismo põe um fim à “apreciação indefinida da racionalidade do sistema”¹⁶⁶.

É essencial dar a competência de controle sobre questões de direitos a um tribunal constitucional, e não apenas a alguma câmara especial do legislativo ou outra autoridade. Não é suficiente seguir a interpretação de Kyritsis sobre o direito à justificação e limitar seu impacto à participação em processos democráticos de

¹⁶⁰ cf. Robert Alexy, ‘Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat’ in S Gosepath and G Lohmann (eds), *Philosophie der Menschenrechte* (Suhrkamp 1998) 262-64. Cf Allan, ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ (n 69) 210: “Embora a implementação judicial dos direitos fundamentais imponha limites significativos ao escopo da tomada de decisões legislativas e governamentais, ela oferece uma garantia necessária de autonomia individual. As liberdades de expressão, consciência e associação são ingredientes básicos de qualquer política democrática liberal; a proteção judicial de seus requisitos essenciais salvaguarda a independência moral dos cidadãos, assegurando sua contínua capacidade de desafiar o exercício do poder”.

¹⁶¹ Rivers (n 102) 432; ver também Vicki C Jackson, ‘Proportionality and Equality’ em Vicki C Jackson e Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017) 174.

¹⁶² Forst, ‘The Rule of Reasons’ (n 22) 182.

¹⁶³ Harel (n 61) 206.

¹⁶⁴ *ibid* 209.

¹⁶⁵ Alexy, ‘Balancing, Constitutional Review, and Representation’ (n 150) 578.

¹⁶⁶ Somek, ‘The Cosmopolitan Constitution’ (n 157) 100.

estabelecimento de regimes de direitos jurídico-políticos, negando sua relevância para o foro judicial¹⁶⁷. Somente o foro judicial garantirá uma concepção verdadeiramente discursiva da autoridade como uma prática de apresentação de razões¹⁶⁸; somente os tribunais são capazes de acrescentar razão à vontade de forma duradoura, de complementar “um mero ato da vontade, acrescentando-lhe razões”¹⁶⁹. Justifica-se atribuir aos juízes essa tarefa central porque “somente encaixando o direito legislado intencional em uma estrutura assim mais ampla de “razão” é que ele se torna plenamente correto, ou seja, com autoridade”¹⁷⁰. Somente no foro judicial é possível compreender se os atos de uma autoridade realmente possuem ou não a “potencialidade de elaboração fundamentada”, o que os torna “dignos de aceitação”¹⁷¹.

Segundo a crítica, esse conceito de controle de constitucionalidade consiste em transformar a democracia em “juristocracia”¹⁷². Há dois elementos de crítica envolvidos nessa objeção. O primeiro é a alegação de que o controle de constitucionalidade *per se* viola o princípio da democracia¹⁷³. Vale notar que tal objeção não só não aborda, como não desqualifica a concepção plena de democracia, a qual aceita a sua dupla natureza, como, por exemplo, a democracia deliberativa¹⁷⁴.

A segunda objeção dessa crítica suscita preocupações sobre competência. Qualquer consideração sobre a relação entre justificação e proporcionalidade estaria incompleta se não tratasse da questão da competência, a qual é devida a um conflito entre princípios formais. As constituições modernas buscam proteger a competência do legislador democraticamente eleito, mas também se preocupam em

¹⁶⁷ cf. Dimitrios Kyritsis, *Where Our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review* (Oxford University Press 2017) 65.

¹⁶⁸ David Dyzenhaus, ‘Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power’ (2012) 1 *Global Constitutionalism* 229, 258.

¹⁶⁹ Carl J Friedrich, Authority, Reason, and Discretion’ in Carl J Friedrich (ed), *Authority* (Harvard University Press 1958) 30.

¹⁷⁰ *ibid* 31.

¹⁷¹ *ibid* 35.

¹⁷² Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2004); Jeremy Waldron, ‘A Right-Based Critique of Constitutional Rights’ (1993) 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 18, 42; Katharine G Young, *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford University Press 2012) 134; Ernst-Wolfgang Bockenforde, ‘Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwertigen Lage der Grundrechtsdogmatik’ in Ernst-Wolfgang Bockenforde (ed), *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (Suhrkamp 1991) 190.

¹⁷³ Jeremy Waldron, ‘The Core of the Case Against Judicial Review’ (2006) 115 *Yale Law Journal* 1346, 1353.

¹⁷⁴ Matthias Klatt, ‘Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance’ (2015) 13 *International Journal of Constitutional Law* 354, 374-76; Alexy, ‘Balancing, Constitutional Review, and Representation’ (n 150) 579.

proteger direitos por meio de uma competência de controle exercida pelos tribunais. Ambas as competências são princípios constitucionais e devem ser realizadas na maior medida possível.

Nas considerações teóricas sobre os princípios do controle de constitucionalidade que defendi¹⁷⁵, a pergunta não é se o judiciário deve determinar o âmbito de proteção definitivo dos direitos ou, alternativamente, se essa é a tarefa do legislador. O problema do controle de constitucionalidade não é uma questão de um ou de outro, mas uma questão de grau. Se o problema institucional da justiça constitucional é um conflito de princípios formais, e não de regras, então a solução não deve ser encontrada por interpretação de normas de competência nem por meio de relações de preferência incondicionais. Ao contrário, um procedimento de ponderação tem que ser empregado.

Muitos doutrinadores visam a algum tipo de exercício de ponderação em abstrato que estabeleça uma relação de preferência incondicional entre as competências colidentes. Esse é o caso de todas as propostas que sugerem uma intensidade fixa de controle no teste da proporcionalidade. Dixon, por exemplo, propôs um regime geral de revisão fraca por meio do diálogo¹⁷⁶. Harel, em contraste, argumenta a favor do que ele chama de “controle de constitucionalidade restrito”, que aplica um grau moderado ou intermediário de controle a todos os casos. Tais soluções incondicionais para o problema de competência têm uma grande vantagem: institucionalizam melhor o princípio da segurança jurídica. Todos os participantes do sistema jurídico poderão determinar previamente a intensidade do controle que qualquer autoridade aplicará. Se o princípio da segurança jurídica fosse o único critério que importasse para determinar a intensidade correta do controle, o problema estaria resolvido: teríamos que adotar uma solução incondicional para o problema da competência. No entanto, essa premissa não é verdadeira. Há uma série de princípios diferentes que também influenciam a intensidade correta do controle: as considerações epistêmicas, a intensidade da interferência em um direito humano e a qualidade da decisão primária – para citar apenas alguns deles. Ao contrário do princípio da segurança jurídica, esses critérios adicionais exigem uma abordagem mais flexível. Eles permitem uma solução variável para o problema da competência, ao aplicar intensidades de controle flexíveis

¹⁷⁵ Matthias Klatt, ‘Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Conflicts’ (2015) 4 *Global Constitutionalism* 195; Klatt, ‘Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance’ (n 174).

¹⁷⁶ Rosalind Dixon, ‘Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited’ (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 391,393.

que também precisam ser justificadas¹⁷⁷. É preciso salientar que a combinação entre o teste da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade não significa necessariamente, e em todos os casos, uma intensidade de controle rigorosa que anula qualquer deferência. Ao contrário, essa combinação é bem capaz de acomodar toda a gama de intensidades de controle e deferência. Ao ponderar os princípios formais, o problema de competência do controle de constitucionalidade pode ser resolvido em termos constitucionalistas, contrariando o que Somek sustenta¹⁷⁸.

No constitucionalismo discursivo, o direito à justificação não se aplica apenas às questões substanciais de justiça material, mas também às questões institucionais de competência¹⁷⁹. O constitucionalismo discursivo institucionaliza a razão e a correção com respeito tanto à dimensão autoritativa quanto à dimensão substantiva do direito constitucional.

O constitucionalismo discursivo não se limita à esfera do Estado, suas características também são válidas para além do Estado. Em particular, o constitucionalismo discursivo, enquanto constitucionalismo global, permite processos dinâmicos e reflexivos de justificação da legitimidade de uma autoridade na arena internacional¹⁸⁰. Ele pode fornecer orientação normativa por meio do equilíbrio de competências, soberanias e autoridades¹⁸¹.

5. Conclusão

Ao contrário das abordagens descritivas, que explicam a disseminação mundial da proporcionalidade referindo-se a uma cultura de justificação, procurei estabelecer uma base normativa para o teste da proporcionalidade referindo-me a um direito moral à justificação. Essa defesa normativa da proporcionalidade complementa a defesa analítica da Alexy e, assim, reforça o argumento de uma validade

¹⁷⁷ Klatt, 'Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance' (n 174) 364-81; Klatt, 'Balancing Competences' (n 175) 209-17.

¹⁷⁸ De acordo com Somek, o constitucionalismo (na variante particular que ele rotula como "1.0") é "incapaz de chegar a uma resposta conclusiva" para o problema de competência do controle de constitucionalidade: Somek, 'The Cosmopolitan Constitution' (n 157) 97. O modelo de ponderação de competências prova o oposto.

¹⁷⁹ Klatt, 'Robert Alexy's Philosophy of Law as System' (n 68) 21.

¹⁸⁰ MacAmhlaigh, 'Harmonising Global Constitutionalism' (n 151) 178,194.

¹⁸¹ Klatt, 'Balancing Competences' (n 175); Matthias Klatt, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen: Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz* (Mohr Siebeck 2014).

absoluta da proporcionalidade, ao mesmo tempo em que garante uma combinação integradora com propriedades relativas e sensíveis culturalmente da justificação da proporcionalidade.

O direito moral à justificação se apoia na compreensão dos seres humanos como sujeitos de justificação. Baseado nos dois critérios de generalidade e reciprocidade, ele se situa em uma compreensão teórico-discursiva e construtivista a qual enfatiza que as proposições morais devem ser validadas em práticas sociais concretas de justificação. Isso permite uma compreensão da democracia deliberativa como um espaço institucionalizado de razões. A normatividade justificadora ainda depende da socialidade e de uma decisão existencialista, e o direito moral à justificação é relativo à prática de dar e pedir por razões.

O direito moral à justificação é uma parte necessária de qualquer direito fundamental. Essa é a razão pela qual o controle de constitucionalidade, por meio da análise de proporcionalidade, pode ser concebido como institucionalização do direito à justificação. O teste da proporcionalidade nos permite construir aplicações justificadas e racionais dos direitos fundamentais. Tenho me oposto a abordagens céticas, que afirmam que tal aplicação racional é impossível, explorando as relações entrelaçadas entre a pretensão de correção do direito, o direito à justificação e a argumentação discursiva. Em particular, a justificação é um elemento importante da pretensão de correção, e esta última tem um caráter geral e recíproco que se enquadra bem nos dois critérios do direito à justificação. A conexão interna entre correção, justificação e argumentação fornece uma base firme para o caráter absoluto e a validade universal do teste da proporcionalidade.

Ainda assim, a correção é um conceito mais complexo, que exige uma integração entre forma e substância da justificação. O teste da proporcionalidade estabelece um espaço de razões para a argumentação sobre direitos, proporcionando essa integração de acordo com o princípio da coerência. Podemos chamar essa proporcionalidade de integridade, transferindo a teoria interpretativa de Dworkin para o reino dos princípios jurídicos. Como uma estrutura de argumentação, ela serve para realizar a força para o melhor argumento mediante o aumento da transparência, inclusão e qualidade geral da argumentação sobre direitos. Devido à dimensão diacrônica da justificação, a prática argumentativa do teste da proporcionalidade produz um romance em cadeia. Apesar do fato de as modificações de qualquer elemento dessa cadeia serem sempre possíveis, quando surge um argumento melhor, opera uma estrutura de defeito e contestação que permite fortes prerrogativas *prima facie* e, portanto, de segurança jurídica.

A integração vital da justificação interna e externa no teste da proporcionalidade se apoia na dupla natureza do direito. Ela refuta as críticas tanto de muita quanto de pouca moralidade na argumentação sobre direitos. Além disso, ajuda a entender o porquê e até que ponto a proporcionalidade é um princípio absoluto e universalmente válido; é o núcleo universal de toda moralidade interna. Ao mesmo tempo, a proporcionalidade permanece sensível a um amplo grau de variedade cultural. Assim, ela concilia universalismo e particularismo da melhor maneira possível.

Devido às características particulares explicadas neste capítulo, o teste da proporcionalidade é um elemento importante do constitucionalismo discursivo global. Seu controle, por meio do controle de constitucionalidade, dá origem a problemas institucionais de competência que podem ser resolvidos empregando uma ponderação de princípios formais. O direito à justificação não se refere apenas à correção material, mas também à correção formal de competência e autoridade, tanto dentro como fora do Estado.

Seria errado supor que a combinação entre justificação e proporcionalidade levou apenas a um constitucionalismo escasso, caracterizado por pura formalidade e desprendimento de considerações substanciais de justiça. Essa suposição seria correta se o direito à justificação fosse apenas relacionado à justificação interna da proporcionalidade. Entretanto, o direito à justificação é um conceito amplo que integra tanto a justificação interna quanto externa e engloba toda a gama de elementos factuais, normativos, universais e locais de decisão sobre direitos. Assim, ele estabelece a base para a construção de um constitucionalismo abrangente, propriamente dito. O direito moral à justificação é um fundamento robusto do constitucionalismo discursivo global. Seguindo essa teoria do constitucionalismo discursivo, a pretensão de correção do direito implica uma pretensão de proporcionalidade. O direito à justificação é um direito à proporcionalidade, e o primeiro é a base moral do segundo. O direito à proporcionalidade, por sua vez, é controlado no foro judicial, por meio do controle de constitucionalidade. Portanto, o direito à justificação é o fundamento normativo não só do teste da proporcionalidade, como também do controle de constitucionalidade.

Podemos nos perguntar se a passagem de um direito moral à justificação para a proporcionalidade como princípio jurídico foi bem fundamentada. Algum tipo de mecanismo de conexão parece ser necessário para justificar a passagem do mundo moral para o mundo jurídico, o qual pode ser encontrado nos próprios direitos humanos, porque trazem um impulso inerente ao mundo jurídico: os direitos humanos enquanto direitos morais exigem ser institucionalizados e, por isso, exigem

direitos fundamentais. Estes, por sua vez, pressupõem necessariamente o princípio da proporcionalidade. Desse modo, os direitos humanos, enquanto direitos morais, exigem o princípio da proporcionalidade como princípio jurídico. Direitos fundamentais na qualidade de direitos jurídicos institucionalizam os direitos humanos enquanto direitos morais. E o princípio da proporcionalidade, funcionando como princípio jurídico, institucionaliza o direito moral à justificação. Essa é a mais forte defesa normativa concebível da proporcionalidade.

Referências

Afonso da Silva V, 'Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision' (2011) 31 Oxford Journal of Legal Studies 273.

Alexy R, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (Neil MacCormick and Ruth Adler trs, OUP 1989).

———. 'Justification and Application of Norms' (1993) 6 Ratio Juris 157.

———. 'Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion' in Aulis Aarnio and others (eds), *On Coherence Theory of Law* (Juristförlaget 1998).

———. 'Die Institutionalisierung der Menschenrechte im Demokratischen Verfassungsstaat' in S. Gosepath and G. Lohmann (eds), *Philosophie der Menschenrechte* (Suhrkamp 1998).

———. 'Law and Correctness' (1998) 51 Current Legal Problems 205.

———. 'The Special Case Thesis' (1999) 12 Ratio Juris 374.

———. *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers tr, OUP 2002).

———. 'Hans Kelsens Begriff des Relativen Apriori' in Robert Alexy and others (eds), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie* (Nomos 2002).

———. 'On Balancing and Subsumption' (2003) 16(4) Ratio Juris 433.

———. 'Menschenrechte ohne Metaphysik?' (2004) 52 Deutsche Zeitschrift für Philosophie 15.

———. 'Balancing, Constitutional Review, and Representation' (2005) 3(4) International Journal of Constitutional Law 572.

——. ‘Thirteen Replies’ in George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing 2007).

——. ‘Normativity, Metaphysics and Decision’ in Stefano Bertea and George Pavlakos (eds), *New Essays on the Normativity of Law* (vol 3, Hart Publishing 2011).

——. ‘Comments and Responses’ in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

——. ‘Law, Morality, and the Existence of Human Rights’ (2012) 25(1) *Ratio Juris* 2.

——. ‘The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights’ (2017) 37(1) *Oxford Journal of Legal Studies* 31.

Allan TRS, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (OUP 2001).

——. ‘Democracy, Legality, and Proportionality’ in Grant Huscroft, Bradley W Miller and Grégoire C N Webber (eds), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (Cambridge University Press 2014).

Andrade Neto J, ‘The Debatable Universality of the Proportionality Test and the Wide-Scope Conception of Fundamental Rights’ (2016) 12(1) *Revista Brasileira de Direito* 4.

——. *Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil* (Springer 2018).

Barak A, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Doron Kalir tr, Cambridge University Press 2012).

——. ‘A Research Agenda for the Future’ in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017).

Benhabib S (ed), *Another Cosmopolitanism* (OUP 2006).

Bernal Pulido C, ‘The Migration of Proportionality across Europe’ (2013) 11(3) *New Zealand journal of public and international law* 483.

Böckenförde E-W, ‘Grundrechte als Grundsatznormen: Zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik’ in Ernst-Wolfgang Böckenförde (ed), *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (vol 953, Suhrkamp 1991).

Borowski M, '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.

Brandom RB, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment* (Harvard University Press 1998).

———. *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism* (Harvard University Press 2000).

———. 'A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel' in Graham Hubbs (ed), *Pragmatism, Law, and Language* (vol 53, Routledge 2014).

Cohen J, 'Procedure and Substance in Deliberative Democracy' in James Bohman and William Rehg (eds), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (MIT Press 1997).

Cohen-Eliya M and Porat I, 'Proportionality and the Culture of Justification' (2011) 59(2) *American Journal of Comparative Law* 463.

———. *Proportionality and Constitutional Culture* (Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge University Press 2013).

Dixon R, 'Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited' (2007) 5(3) *International Journal of Constitutional Law* 391.

Dwars I, 'Application Discourse and Special Case Thesis' (1992) 5(67-78) *Ratio Juris*.

Dworkin R, *Law's Empire* (Fontana 1986).

Dyzenhaus D, 'Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power' (2012) 1(2) *Global Constitutionalism* 229.

Erman E, 'The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice' (2012) <<http://ndpr.nd.edu/news/31035-the-right-to-justification-elements-of-a-constructivist-theory-of-justice/>> acessado em 14 de março de 2016.

Finnis J, 'On Reason and Authority in "Law's Empire"' (1987) 6(3) *Law and Philosophy* 357.

Forst R, 'Dialektik der Moral: Grundlagen einer Diskurstheorie transnationaler Gerechtigkeit' in Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer Konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit* (Suhrkamp 2007).

———. 'Introduction: The Foundation of Justice' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'Moral Autonomy and the Autonomy of Morality: Toward a Theory of Normativity after Kant' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'Practical Reason and Justifying Reasons: On the Foundation of Morality' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'Social Justice, Justification, and Power' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'The Rule of Reasons: Three Models of Deliberative Democracy' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'Toward a Critical Theory of Transnational Justice' in Rainer Forst, *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (Jeffrey Flynn tr, Columbia University Press 2011).

———. 'The Justification of Basic Rights: A discourse-theoretical approach' (2016) 45(3) *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 7.

Friedrich CJ, 'Authority, Reason, and Discretion' in Carl J Friedrich (ed), *Authority* (Nomos vol 1, Harvard Univ. Press 1958).

Gardbaum S, 'Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far?' in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017).

Grice HP and Strawson PF, 'In Defense of a Dogma' (1956) 65(2) *The Philosophical Review* 141.

Grimm D, 'The Constitution in the Process of Denationalization' (2005) 12(4) *Constellations* 447-463.

Günther K, 'Critical Remarks on Robert Alexy's Special Case Thesis' (1993) 6 *Ratio Juris* 143.

Habermas J, 'Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification' in Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholson trs, Polity Press 1990).

———. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg tr, MIT Press 1996).

Harel A, *Why Law Matters* (OUP 2014).

Hirschl R, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2004).

Höffe O, 'Kant ist kein Frankfurter: Rainer Forst begründet das Recht auf Rechtfertigung, allerdings nicht ganz zureichend' *Die Zeit* (1^o de novembro de 2007) <www.zeit.de/2007/45/ST-Forst>.

Hume D, *A Treatise of Human Nature* (David Fate Norton ed, OUP 2009).

Jackson VC, 'Proportionality and Equality' in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017).

Jestaedt M, 'The Doctrine of Balancing: Its Strengths and Weaknesses' in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

Klatt M, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation* (Hart Publishing 2008).

———. 'Robert Alexy's Philosophy of Law as System' in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

———. 'An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay' (2014) 12(4) *International Journal of Constitutional Law* 891.

——. *Die Praktische Konkordanz von Kompetenzen: Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im Europäischen Grundrechtsschutz (Jus publicum vol 232, Mohr Siebeck 2014).*

——. ‘Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Conflicts’ (2015) 4(2) *Global Constitutionalism* 195.

——. ‘Integrative Rechtswissenschaft: Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts’ (2015) 54(4) *Der Staat* 469.

——. ‘Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance’ (2015) 13(2) *International Journal of Constitutional Law* 354.

——. ‘The Rule of Dual-Natured Law’ in E. T Feteris and others (eds), *Legal Argumentation and the Rule of Law* (Eleven International Publishing 2016).

Klatt M and Meister M, ‘Proportionality - A Benefit to Human Rights? Remarks on the ICon Controversy’ (2012) 10(3) *International Journal of Constitutional Law* 687.

——. *The Constitutional Structure of Proportionality* (OUP 2012).

——. ‘Verhältnismäßigkeit als Universelles Verfassungsprinzip’ in Matthias Klatt (ed), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung* (Mohr Siebeck 2013).

——. ‘A Proporcionalidade como Princípio Constitucional Universal’ (2015) 1 *Revista Publicum* 30.

Klatt M and Schmidt J, ‘Epistemic Discretion in Constitutional Law’ (2012) 10(1) *International Journal of Constitutional Law* 69.

Koch H-J and Rüßmann H, *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft* (Schriftenreihe der Juristischen Schulung, C.H. Beck 1982).

Krisch N, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (OUP 2010).

Kumm M, ‘Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice’ (2004) 2(3) *International Journal of Constitutional Law* 574.

——. ‘Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirements’ in George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart Publishing 2007).

——. ‘Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review’ in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

——. ‘Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Solution’ in Vicki C Jackson and Mark V Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017).

Kyritsis D, ‘Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine’ (2014) 34(2) *Oxford Journal of Legal Studies* 395.

——. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review* (OUP 2017).

Letsas G, ‘Rescuing Proportionality’ in Rowan Cruft, S. M Liao and Massimo Renzo (eds), *Philosophical Foundations of Human Rights* (OUP 2015).

Loughlin M, ‘What is Constitutionalization?’ in Petra Dobner and Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism?* (OUP 2010).

Mac Amhlaigh, Cormac ‘Harmonising Global Constitutionalism’ (2016) 5 *Global Constitutionalism* 173.

Möller K, *The Global Model of Constitutional Rights* (OUP 2012).

Moore GE, *Principia Ethica* (Cambridge University Press 1903).

Müller FS, ‘Justifying the Right to Justification: An Analysis of Rainer Forst’s Constructivist Theory of Justice’ (2013) 39(10) *Philosophy & Social Criticism* 1049.

Pavlakos G, ‘The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law’ (1998) 11(2) *Ratio Juris* 126.

Petersen N, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017).

Poscher R, 'The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?' in Matthias Klatt (ed), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (OUP 2012).

Raz J, 'The Relevance of Coherence' (1992) 72 *Boston University Law Review* 273.

Ripstein A, 'Reclaiming Proportionality' (2017) 34(1) *Journal of Applied Philosophy* 1.

Rivers J, 'The Presumption of Proportionality' (2014) 77(3) *The Modern Law Review* 409.

Schlink B, 'Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft' (1980) 19 *Der Staat* 73.

———. 'Freiheit durch Eingriffsabwehr: Rekonstruktion der Klassischen Grundrechtsfunktion' (1984) 11 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 457-468.

Sellars W, *Empiricism and the Philosophy of Mind* (Harvard University Press 1997).

Somek A, *Rechtliches Wissen* (vol 1802, Suhrkamp 2006).

———. 'The Cosmopolitan Constitution' in Miguel Maduro, Kaarlo Tuori and Suvi Sankari (eds), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking* (Cambridge University Press 2014).

Stone Sweet A and Mathews J, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72.

Talbott WJ, 'The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice' (2013) 123(4) *Ethics* 750.

Tremblay LB, 'An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing' (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law* 864.

Tsakyrakis S, 'Proportionality: An Assault on Human Rights?' (2009) 7(3) *International Journal of Constitutional Law* 468.

Urbina FJ, *A Critique of Proportionality and Balancing* (Cambridge University Press 2017).

Waldron J, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights' (1993) 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 18.

———. ‘The Core of the Case Against Judicial Review’ (2006) 115 Yale Law Journal 1346.

Wasserstrom RA, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification* (Stanford University Press 1961).

Webber GCN, ‘Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship’ (2010) 23 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 179.

Wróblewski J, ‘Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision’ (1974) 5 *Rechtstheorie* 33.

Young KG, *Constituting Economic and Social Rights* (OUP 2012).