

JOSECLEYTON GERALDO DA SILVA

**PONDERAÇÃO, OTIMIZAÇÃO E DEMOCRACIA: PARÂMETROS
DOGMÁTICOS PARA O CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO RESTRITIVA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Professor Titular Dr. Virgílio Afonso da Silva

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO**

2017

JOSECLEYTON GERALDO DA SILVA

PONDERAÇÃO, OTIMIZAÇÃO E DEMOCRACIA: PARÂMETROS
DOGMÁTICOS PARA O CONTROLE JUDICIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO RESTRITIVA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Prof. Titular Dr. Virgílio Afonso da Silva.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2017

ANEXO I – FOLHA DE APROVAÇÃO

JOSECLEYTON GERALDO DA SILVA

PONDERAÇÃO, OTIMIZAÇÃO E DEMOCRACIA: PARÂMETROS DOGMÁTICOS
PARA O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO
RESTRITIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Prof. Titular Dr. Virgílio Afonso da Silva.

BANCA EXAMINADORA:

AGRADECIMENTOS

A despeito da solidão que no mais das vezes caracteriza a pesquisa acadêmica, é comum a afirmação de que a produção científica é sempre uma obra coletiva. Essa afirmação é justa, porque, mesmo nas hipóteses de trabalhos formalmente com um único autor, o seu resultado nunca depende de apenas uma pessoa. Tantas outras contribuem direta e indiretamente para ele. Por isso, é imprescindível agradecer aqui àqueles que de uma forma ou de outra foram importantes para que esta dissertação se tornasse uma realidade.

Ao meu orientador, Professor Virgílio Afonso da Silva, agradeço não apenas pela confiança, pela orientação neste trabalho e pela disposição para discutir cada um de seus pontos, criticar e fazer sugestões, algo de resto essencial à sua elaboração, mas, para além disso, pelo incentivo à crítica e ao debate sério na academia e pelo exemplo de postura e dedicação à docência.

Agradeço também aos Professores Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo – membros da banca examinadora de qualificação – pelos comentários, críticas e sugestões – seja no próprio exame de qualificação, seja nas oportunidades em que expus e discuti algumas ideias deste trabalho nos seminários de pesquisa do grupo Constituição, Política e Instituições – que me fizeram tanto corrigir alguns rumos quanto aprimorar argumentos. E por isso devo agradecer também a todos os colegas daquele grupo, que, em várias ocasiões, trouxeram importantes contribuições para esta dissertação. Também tive a oportunidade de discutir parte deste trabalho com os colegas do grupo de discussões em direito público e teoria do direito PósDebate, e mais uma vez recebi sugestões e críticas de grande valia, razão pela qual sou grato a todos eles.

Agradeço a Antônio Sérgio de Moraes Pitombo e a todos aqueles que fazem o Moraes Pitombo Advogados por todo o apoio que recebi durante esta empreitada. Gostaria de agradecer também aos funcionários das bibliotecas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que muito me ajudaram durante o período de realização desta dissertação, inclusive mediando a obtenção de obras junto a bibliotecas de outros países. Sem tal auxílio, o acesso a esse material – ou pelo menos a grande parte dele – teria sido impossível.

Não poderia deixar de agradecer aos amigos da Pós Graduação: Henrique Leite, Guilherme Kamitsuji, Virgínia Adami e Rafael Bellem de Lima, com quem também discuti sobre vários pontos desta dissertação ao longo dos últimos anos. Agradeço também aos amigos, de Triunfo e de São Paulo, Rodolfo Costa, Tarcízio Filho, Renato Santos, Paulo Santos, William Araújo e Uilton Araújo, Larissa Lino, Jackeline Kimura e Bruno Zago.

Por fim, agradeço à minha família, em especial aos meus irmãos e à minha mãe, Helena, pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida. Sem esse apoio, não há dúvida, a possibilidade de escrever uma dissertação no âmbito do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo seria algo inimaginável. Por esta razão, este trabalho pertence menos a mim e mais a eles.

RESUMO

Um das objeções mais frequentes ao sopesamento é a suposta ilegitimidade de sua utilização pelo Judiciário. No contexto da sua leitura como otimização, dois aspectos relacionados a essa crítica assumem relevo: sustenta-se tanto que a ponderação otimizante não é capaz de limitar a atuação do legislador e, portanto, não possibilita uma proteção adequada dos direitos fundamentais, por permitir que ele desrespeite diuturnamente a moldura constitucional, quanto que, como ela constitui, no fim das contas, a busca pela única resposta correta, seu uso retira do legislador toda e qualquer liberdade para conformar a Constituição, desfazendo, pois, aquela moldura mediante uma ampliação ao extremo da competência de controle do tribunal constitucional. Para responder a estas críticas, Robert Alexy desenvolve a noção de discricionariedades legislativas no âmbito da sua teoria dos princípios. O objetivo deste trabalho é, precisamente, analisar como as espécies de discricionariedade legislativas podem funcionar como limites ao uso do sopesamento pelo Judiciário quando do controle de constitucionalidade de leis que restringem direitos fundamentais. A partir de algumas premissas que delimitam o marco teórico do trabalho, quais sejam, a teoria dos princípios de Robert Alexy, as teorias do suporte fático amplo e externa dos direitos fundamentais, a noção de Constituição como ordem moldura e o conceito de restrição a direitos fundamentais, procura-se esclarecer as duas formas construir esses limites, a discricionariedade estrutural para sopesar e as discricionariedades epistêmicas. Tomando como ponto de partida as discussões da teoria do direito, sustenta-se que, quando se fala em discricionariedade estrutural para sopesar, a discricionariedade deve ser entendida como um tipo especial de escolha, significativamente restringida pela razão e pelo papel institucional, e que tal discricionariedade, que surge em decorrência do reconhecimento de um empate no sopesamento, incide sobre uma situação que, do ponto de vista estrutural, constitui um verdadeiro dilema moral genuíno e indica um âmbito constitucionalmente não valorado. Considerados tais aspectos, por força do princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado, é necessário que o tribunal adote uma postura de deferência com relação à decisão legislativa. No que se refere às discricionariedades epistêmicas do legislador, tanto de tipo empírico quanto de tipo normativo, surgidas respectivamente em decorrência da insegurança das premissas empíricas e normativas, sustenta-se que a discricionariedade neste contexto deve ser vista de modo conceitualmente diverso da forma como o fora no caso da discricionariedade estrutural para sopesar, qual seja, como a possibilidade de determinar o constitucionalmente devido. Uma vez analisadas a segunda lei da ponderação, suas possíveis interpretações e as diferentes propostas de escala de verificação da insegurança, adverte-se para o fato de que também aqui aquele princípio formal é essencial, razão pela qual se busca analisar seu conceito e as teorias a respeito da sua relação com os princípios materiais para, então, propor que o reconhecimento de discricionariedades epistêmicas em favor do legislador decorra, por força da insegurança, de um controle menos intenso das suas decisões, numa verdadeira presunção de proporcionalidade, mas que essa intensidade aumente conforme aumenta a intensidade da intervenção.

Palavras Chave: sopesamento – empates – discricionariedade estrutural para sopesar – princípios formais – deferência – discricionariedades epistêmicas – intensidade do controle.

ABSTRACT

Balancing faces recurring criticisms, being one of the most common the alleged illegitimacy of its use by the Judiciary Branch. In the context of its reading as optimisation, two aspects can be highlighted: it is claimed that optimisation balancing is unable to limit legislative activity, thus, it does not provide suitable protection to fundamental rights since it allows legislators to disrespect again and again the constitutional framework; and, also, that, as it represents, at the end of the day, the pursuit of the single right answer, its use withdraws from the legislator every single liberty to conform the constitution, thereby undoing that framework with an extreme magnification of the constitutional court's competence to review. So to answer these criticisms, Robert Alexy develops the concept of legislative discretions within his theory of principles. The purpose of this work is, precisely, to analyze how the types of legislative discretion can succeed in limiting the use of the balancing by the Judiciary when performing a review of statutory limitations on fundamental rights. Based upon some premises that demarcate the theoretical framework of this dissertation, namely, Robert Alexy's principles theory, the wide scope and the external theory of fundamental rights, the idea of constitution as framework and the concept of limitation on fundamental rights, it strives for clarifying the two forms of imposing limits to the judicial review, structural discretion in balancing and epistemic discretions. Adopting as starting point the Jurisprudence's discussions, it is argued that, when one speaks of structural discretion in balancing, discretion must be understood as a special type of choice, significantly constrained by reason and institutional role and, also, that discretion – arising as a result of the recognition of a stalemate situation – focuses on a situation that, from a structural point of view, is a genuine moral dilemma and indicates a situation constitutionally not valuated. Having considered such aspects, by virtue of the formal principle of the competence of the legislature democratically legitimized, the court needs to adopt a position of deference with regard to the legislative decision. Regarding the legislator's epistemic discretions, both empirical and normative, respectively arisen from the unreliability of empirical and normative assumptions, it is argued that discretion – in such context – must be seen in a conceptually different manner as it was seen in the structural discretion in balancing – as the possibility of establishing what the Constitution requires. Once the second law of balancing, its possible interpretations, and the different proposals for scale of verification unreliability have been examined, it is argued that such formal principle is also important here, and that is the reason why the concept of the formal principle and the theories about its relation with material principles are also analyzed. Henceforth, it will be proposed that the recognition of epistemic discretions in favor of the legislator results – due to the unreliability – from a less intense control of its decisions, in a true presumption of proportionality, however, this intensity increases accordingly the increase in the intensity of the interference.

Keywords: balancing – stalemates – structural discretion in balancing – formal principles – deference – epistemic discretions – intensity of review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1.1 O objeto da dissertação e seus limites.....	9
1.2 Desenvolvimento do trabalho	15
1.3 Metodologia	16
CAPÍTULO 2 – SOBRE O MARCO TEÓRICO DO TRABALHO	18
2.1 A distinção entre princípios e regras.....	18
2.1.1 Regras, princípios e <i>policies</i>	20
2.1.2 A Teoria dos Princípios de Robert Alexy	22
2.1.2.1 Mandamentos de otimização	22
2.1.1.2 O distinto caráter <i>prima facie</i>	23
2.1.1.3 Conflitos normativos.....	24
2.2 Suporte fático amplo	27
2.3 Teoria externa dos direitos fundamentais	30
2.4 Constituição como ordem moldura.....	32
2.5 Restrições a direitos fundamentais.....	40
CAPÍTULO 3 – A DISCRICIONARIEDADE ESTRUTURAL DO LEGISLADOR PARA SOPESAR.....	49
3.1 A questão terminológica	49
3.1.1 O conceito de discricionariedade.....	51
3.1.2 A discricionariedade como conceito relacional	55
3.1.3 Resultados	58
3.2 Discricionariedade estrutural do legislador para sopesar.....	59
3.3 Discricionariedade para sopesar e âmbitos constitucionalmente não valorados	81
3.4 Impasses no sopesamento como dilemas morais genuínos	88
3.5 Empates no sopesamento, discricionariedade estrutural para sopesar e deferência ..	99
CAPÍTULO 4 – A DISCRICIONARIEDADE EPISTÊMICA DO LEGISLADOR.....	109
4.1 A justificação interna e a justificação externa do sopesamento.....	109
4.2 O problema da insegurança epistêmica.....	112
4.2.1 Insegurança empírica	115
4.2.2 Insegurança normativa.....	117

4.2.2.1 A caracterização da insegurança normativa segundo Alexy	119
4.2.2.2 Insegurança normativa e discricionariedade estrutural para sopesar	120
4.2.2.3 O objeto da insegurança normativa	122
4.2.3 O sentido da discricionariedade legislativa na discussão a respeito da segurança epistêmica	125
4.3 O problema da estrutura da segunda lei da ponderação	128
4.3.1 A segunda lei da ponderação em sua formulação original	128
4.3.2 A crítica e reformulação proposta por Julian Rivers	130
4.3.3 Klatt, Meister e Schmidt e a dependência de perspectiva na segunda lei da ponderação	133
4.3.4 Resultados	134
4.4 O problema das escalas	136
4.4.1 A escala epistêmica de Alexy	136
4.4.2 A escala de segurança de Klatt, Meister e Schmidt	137
4.4.3 Resultados	139
4.5 Discricionariedade epistêmica e princípios formais	141
4.5.1 O problema da relação entre princípios formais e discricionariedades epistêmicas	142
4.5.2 O conceito de princípio formal	145
4.5.2.1 O modelo de combinação	151
4.5.2.2 O modelo das interpretações constitucionais concorrentes	155
4.5.2.3 O modelo de dois níveis de Klatt, Meister e Schmidt	161
4.5.2.4 O modelo epistêmico	165
4.5.2.5 Resultados	170
4.6 Discricionariedades epistêmicas do legislador e intensidade do controle	173
4.6.1 O controle de densidade variável do Tribunal Constitucional Federal Alemão	173
4.6.2 Reconhecimento discricionariedades legislativas epistêmicas como decorrência de um controle de intensidade variável	178
CONSIDERAÇÕES FINAIS	185
BIBLIOGRAFIA	188

INTRODUÇÃO

1.1 O objeto da dissertação e seus limites

A expansão da proporcionalidade como método de controle da atuação estatal ao redor do mundo é inegável. Não por outro motivo ela já foi considerada como uma característica definidora de um eventual “constitucionalismo global”.¹ Seria de se esperar que essa atmosfera de entusiasmo colocasse o modelo de proporcionalidade que emerge da teoria dos princípios acima de críticas. Contudo, não é o que ocorre. As críticas são muitas, mais ou menos relacionadas à teoria dos princípios em si, e especialmente direcionadas à terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito.²

Uma parte importante dessas críticas gira em torno da falta de legitimidade do tribunal constitucional para utilizar o método, que, por sua própria natureza, implicaria valorações e conclusões não passíveis de uma orientação por critérios jurídicos completamente certos, de modo que o intérprete levaria a cabo avaliações subjetivas, e isso seria uma intervenção ilegítima na competência do Parlamento, que, em uma Democracia, é aquele que deve definir as relações de prevalência entre direitos, bens e interesses. Evidentemente, essa redução ilegítima da esfera de atuação do legislador no processo de articulação dos interesses sociais e de configuração da vida política implicaria uma violação do princípio da separação dos poderes. No limite, especialmente tendo em vista a constitucionalização de toda e qualquer questão jurídica que decorreria da noção de

¹ Cf. Alec Stone Sweet e Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008): 73-165.

² Para uma ampla discussão a respeito das críticas e das possíveis respostas, Cf., por exemplo, Paula Gorzoni, *Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial*. São Paulo: Dissertação de Mestrado (Universidade de São Paulo), 2011. Alexy elenca críticas de três ordens: (i) relacionadas à estrutura, (ii) relacionadas à racionalidade e (iii) relacionadas à legitimidade. Como o próprio autor ressalta – e daí o risco de qualquer classificação –, entre elas existem vínculos estreitos, na medida em que a legitimidade da ponderação depende de sua racionalidade, e, para esta, é decisiva a estrutura. Cf. Robert Alexy, “La formula del peso”, trad. Carlos Bernal Pulido, in Miguel Carbonell (org.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 13. Daí a menção às críticas de Habermas e Schlink nesta discussão. Para uma outra divisão dessas críticas, Cf. Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009, pp. 294 e ss.

ponderação otimizante, a consequência seria a formação de um “Estado Judicial” ou “Ponderador”.

Com isso, especialmente no caso controle de constitucionalidade da legislação restritiva de direitos fundamentais³, o sopesamento configuraria perigoso instrumento de intervenção ilegítima do Judiciário, mediante a imposição de suas opções valorativas, na órbita que a Constituição atribui ao legislador, que teria suas competências usurpadas.⁴ “Tolerar o sopesamento judicial significa modificar o padrão democrático.”⁵ Equilibrar os custos e benefícios das intervenções estatais sobre direitos fundamentais constituiria, por definição, uma atividade política, cujo resultado deve ser produto da discussão entre os representantes dos cidadãos.⁶ A função do tribunal constitucional seria, conseqüentemente, aplicar o direito e não arbitrar fórmulas políticas de composição de interesses contrapostos.⁷ Sendo, supostamente, um método subjetivo, a sua utilização deveria ficar a cargo do legislador, que é o órgão que pelo menos possui legitimidade democrática. “Por

³ Ainda que de um modo um pouco mais radical, na medida em que se refere à proporcionalidade em sentido amplo, Forsthoﬀ, por exemplo, não vê a possibilidade de se levantar qualquer objeção à sua aplicação na seara administrativa, mas, no campo constitucional, em que é a atuação do legislador que é objeto de controle, a questão se apresenta de modo diverso, pois o âmbito em que está circunscrita a competência é muito maior, já que não há a “ampla rede de relações entre normas e atos que oferecem apoios à aplicação do direito no âmbito administrativo”. Cf. Ernst Forsthoﬀ, *El Estado de la Sociedad Industrial. El modelo de la República Federal de Alemania*, trad. Luis López Guerra e Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 224 e ss. No mesmo sentido, Schlink ressalta que o sopesamento judicial não é problemático, “contanto que os tribunais corrijam sopesamentos de tribunais inferiores ou agências administrativas”. Nesses casos, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito “não constitui problema algum”, na medida em que sua utilização toma por base os limites fixados pelo legislador. Se, contudo, esse sopesamento não ocorre dentro do espaço que o legislador especificou para o Judiciário e a Administração, ele é e continuará a ser problemático. Pode tanto fortalecer quanto enfraquecer os direitos fundamentais e, em ambos os casos, “ele é um problema para a democracia”. Cf. Bernhard Schlink, “Proportionality (1)”, in Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, pp. 724 e ss e, do mesmo autor, “El principio de la proporcionalidad”, trad. Nuria Pastor Muñoz, in Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro e Luis Felipe Vergara Peña (eds.), *La ponderación en el derecho – Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 140 e ss.

⁴ Cf. Ernst Forsthoﬀ, *El Estado de la Sociedad Industrial*, p. 246.

⁵ Cf. Bernhard Schlink, “Proportionality (1),” p. 734.

⁶ Cf. T. Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal* 96 (1987), pp. 984 e ss. Para o autor, não cabe sustentar que a legitimidade para ponderar princípios decorre da função que os tribunais teriam de corrigir erros de “cálculo legislativo”, pois, na prática, não é possível afirmar com certeza que os tribunais chegarão a uma solução correta em todos os casos, de modo a corrigir apenas as ponderações legislativas incorretas. Não é possível justificar porque os cálculos e a composição de pesos do tribunal estão corretos, de maneira a prevalecerem sobre aqueles efetuados pelo legislador.

⁷ Cf. Santiago Sánchez González, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional* 12-13 (2003), pp. 376-8. No mesmo sentido, Cf. Gustavo Zagrebelsky, “Estado Constitucional”, trad. José Levi Mello do Amaral Júnior e Carlos Bastide Horbach e rev. Ada Pellegrini Grinover, in Carlos Bastide Horbach, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal (orgs.), *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia - Estudos em Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 304.

que a avaliação subjetiva e política dos tribunais deveria importar mais do que a dos legisladores?”⁸

A esse respeito, Bernhard Schlink anota, ao criticar a ideia de direitos fundamentais como princípios objetivos e a construção doutrinária que passou a vê-los como mandamentos de otimização, que, como consequência dessas posições, aumentariam as possibilidades de criticar e controlar o Legislativo e seria alterado o próprio papel do tribunal constitucional, que se tornaria predominantemente um foro adicional para o tratamento de problemas sociais e políticos, “um segundo Poder Legislativo”.⁹ Sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, não poderia o Judiciário “opor à vontade concretizadora do legislador sua própria avaliação”.¹⁰ Seria, portanto, vedado ao juiz ponderar direitos a pretexto de efetuar um controle de constitucionalidade.¹¹ Neste contexto, de modo mais específico, é curioso que o postulado da otimização também acabe tachado de ilegítimo por razões exatamente opostas.

De um lado, a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização faria com que eles perdessem o seu caráter deontológico e, com isso, a sua força justificatória no contexto da argumentação, o que poderia implicar uma insuficiente efetivação dos direitos fundamentais. Com isso, a proporcionalidade não seria capaz de controlar a atuação do legislador, por permitir que ele desrespeite a moldura constitucional diuturnamente e, dessa forma, acabaria por destruir o “muro de fogo” que protege aqueles

⁸ Cf. Bernhard Schlink, “Proportionality (1)”, p. 732.

⁹ Isso implicaria, em termos práticos, que quando uma batalha política contra uma lei fosse perdida e, portanto, o adversário político conseguisse aprová-la, a consequência dessa visão dos direitos fundamentais seria a abertura de uma nova batalha, uma batalha jurídica perante o tribunal. Cf. Bernhard Schlink, “German Constitutional Culture in Transition”, *Cardozo Law Review* 14 (1993), pp. 729 e ss. Renata Camilo de Oliveira aponta que “a adjudicação orientada por valores assume o *status* de uma legislação concorrente” e, “nessa relação de concorrência, embora o legislador faça primeiro movimento, o tribunal constitucional (não legitimado democraticamente) detém prevalência.” Cf. Renata Camilo de Oliveira, “The Balancing of Values and the Compromising of the Guarantee of Fundamental Rights”, in *VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Balancing and proportionality in constitutional review*, Atenas, 2007, pp. 7 e ss. <disponível em http://www.academia.edu/247683/The_Balancing_of_Values_and_the_Compromising_of_the_Guarantee_of_Fundamental_Rights, último acesso em 15.04.2015>.

¹⁰ Cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 228 e ss.

¹¹ Cf. Leonardo Martins, “Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade problemas de sua recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional brasileiros”, *Revista da Ajuris* 33 (2006), pp. 222 e 227 e ss. No mesmo sentido, Cf. Leonardo Martins, “Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, lógicos e teórico-jurídicos”, in George Salomão Leite (org.), *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, 1ª ed. São Paulo: São Paulo: Método, 2008, pp. 344 e ss.

direitos.¹² Para além daquilo que fosse eliminado pelas sub-regras da adequação e da necessidade, “os princípios permitiriam qualquer solução”. “Não haveria nenhuma moldura, já que não existiria nenhum limite.”¹³ O modelo de otimização, portanto, importaria em uma subconstitucionalização, porque deixaria o legislador completamente livre.

De outro, sustenta-se que o sopesamento e a otimização que lhe é inerente teriam o condão de causar efeitos ainda mais nefastos sobre as instituições do Estado Democrático, pois não só reduziriam a nada a liberdade do legislador como também gerariam uma aceleração do processo de “constitucionalização do direito”, no pior dos sentidos possíveis de se atribuir à expressão. Com relação à primeira consequência, a noção de otimização é vista como algo que retira do legislador toda e qualquer liberdade para conformar a constituição, desfazendo, portanto, a moldura constitucional, na medida em que desembocaria em uma contínua a super-revisão judicial.¹⁴ Isso ocorreria porque, na prática, a otimização equivaleria à busca por uma única solução correta: “O postulado da otimização, entendido como comando jurídico-constitucional, torna incompatível uma ampla jurisprudência constitucional com a liberdade de criação do legislador parlamentar”, razão pela qual, se rigorosamente conduzido, “tem que absorver necessariamente aquele campo de criação política”.¹⁵ Se tudo faz parte da moldura, então não há quadro e, com isso, perde sentido inclusive falar em moldura.

Isso importaria – daí o segundo problema – na consequência que Forsthoff, ironicamente, apontou, ao afirmar que a chamada Constituição total corresponderia a “um genoma jurídico, do qual tudo surge, desde o Código Penal até a Lei sobre a fabricação de termômetros”. A Constituição se torna uma ordem total, da qual tudo deriva e que regulamenta toda a vida social, e a legislação se converte em mera execução de suas

¹² Cf. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press, 2006, pp. 253 e ss.

¹³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594.

¹⁴ Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Sobre la situación de ta dogmática de los derechos fundamental em los 40 anos de Ley Fundamental”, trad. Juan Luis Requejo, in *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos, 1993, pp. 127 e ss. e Christian Starck, *Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales*, trad. Maria J. Roca. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 112-3.

¹⁵ Cf. Rainer Wahl, “O primado da Constituição”, trad. Antônio Francisco de Souza, *Revista da Ordem dos Advogados* 47 (1987), pp. 88-90. Em outra passagem, Wahl afirma que, se há uma obrigação de satisfazer uma eficácia ótima, “então só pode existir uma única solução”. No mesmo sentido, Cf. Luis Prieto Sanchís, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991), pp. 176 e ss. e Angel Carrasco Perera, “El ‘juicio de razonabilidad’ en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 11 (1984), pp. 52 e ss.

normas. Todos os problemas jurídicos seriam problemas constitucionais¹⁶, ou, especificamente no que se refere à teoria dos princípios, todos os problemas sociais e políticos poderiam ser reconstruídos como problemas de direitos fundamentais.¹⁷ Na prática, isso significaria que todas as decisões do legislador seriam passíveis de controle, de tal sorte que não haveria qualquer discricionariedade para conformação da Constituição.¹⁸ A ponderação seria, assim, um caminho sem volta para a consolidação de um Estado Judicial, um Estado Ponderador, em que o Judiciário, especialmente o tribunal constitucional, acabaria por se tornar um legislador complementar, um superconductor dos demais poderes, enfraquecendo o Legislativo com a absorção de suas competências.¹⁹ É para responder a essas críticas que Alexy desenvolve a noção de discricionariedades legislativas, que constituem o objeto deste estudo.

É importante notar que o objetivo aqui é analisar o papel das diversas espécies de discricionariedade legislativa como limites ao uso da proporcionalidade em sentido estrito pelo judiciário quando do controle de constitucionalidade da legislação restritiva de direitos fundamentais. Isso esclarece os limites do tema. Em primeiro lugar, o objetivo é analisar restrições legislativas a direitos fundamentais. A razão de ser da escolha reside no fato de que, como a exposição acima demonstra, há certamente mais objeções em relação à utilização do sopesamento no controle de decisões legislativas, especialmente tendo em vista a competência do legislador para conformar a Constituição. Além disso, a escolha permite não só analisar um modelo compatível com a resposta a essas críticas, mas também como isso se relaciona com as formas de reconstrução da autoridade das decisões do legislador. Em segundo lugar, não se trata de uma análise da proporcionalidade como um todo, e, tampouco, da ponderação autônoma – que não faria sentido no caso do controle da legislação restritiva de direitos fundamentais.²⁰ A opção, aqui, mais uma vez decorre do

¹⁶ Cf. Ernst Forsthoff, *El Estado de la Sociedad Industrial*, p. 241.

¹⁷ Essa é a advertência de Schlink: “(...) neste mundo, onde todas as esferas de liberdade são esferas fundamentalmente protegidas e todas as limitações de esferas de liberdade são sancionadas limitações sufragadas pelo Estado, todos os problemas da vida social são essencialmente problemas de direitos fundamentais.” Cf. Bernhard Schink, “German Constitutional Culture in Transition”, p. 721.

¹⁸ Cf. Leonardo Martins, “Da distinção entre regras e princípios”, p. 345.

¹⁹ Conforme anota Böckenförde, “o Tribunal Constitucional se converte no senhor da Constituição”, por força de “uma mudança na ordenação dos poderes e uma troca do centro de gravidade entre eles”, o que produziria “um trânsito escorregadio do Estado Legislativo Parlamentar para o Estado Jurisdicional de justiça constitucional”. Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamental en los 40 anos de Ley Fundamental”, p. 135.

²⁰ Embora tanto a proporcionalidade em sentido estrito quanto a ponderação autônoma constituam sopesamentos, as suas hipóteses de aplicação são diferentes. Muitos casos de colisão entre princípios são solucionados pelo legislador. Nesses casos, ele efetua um sopesamento entre os princípios colidentes, cujo resultado corresponde a uma regra que dá prevalência a um deles. Ocorre que, em muitos casos, não há

fato de que, como ficou claro nas considerações anteriores, em relação à proporcionalidade em sentido estrito as críticas são naturalmente mais intensas. Relativamente à adequação e à necessidade, o são pela sua própria natureza de sopesamento.²¹ Quanto à ponderação autônoma porque, conforme exposto, o que se controla é uma decisão do legislador.²²

A minha hipótese é que, a partir da “dimensão formal dos direitos fundamentais” e, portanto, da noção de “discricionariedade legislativa” e dos chamados “princípios formais”, é possível reconstruir um modelo de sopesamento capaz de superar as críticas expostas acima, e, portanto, compatível com a autoridade das decisões do legislador, na medida em que limita a competência de controle do tribunal quando da realização do sopesamento e exige dele uma certa deferência para com o Parlamento.²³ Com isso, é

concordância em relação à constitucionalidade dessa regra, e, naturalmente, é possível contestá-la. A principal forma de verificar a sua constitucionalidade se dá justamente por meio da regra da proporcionalidade. Nessas hipóteses, é necessário indagar (i) se a regra é adequada para fomentar a realização do princípio promovido, (ii) se (se for o caso) não há medida igualmente eficiente, mas menos restritiva e, por fim, novamente se for o caso, (iii) se o grau de promoção é suficiente para compensar o grau de restrição. No entanto, há casos em que não houve uma ponderação pelo legislador, ou seja, não há uma norma infraconstitucional que discipline a colisão entre os princípios. Nesses casos, mais raros, apenas a ponderação entre os direitos será necessária para resolver o caso concreto, já que não faria sentido utilizar a proporcionalidade em sentido amplo, que tem em suas duas primeiras sub-regras métodos que analisam a medida estatal, e nesses casos não há medida alguma. Como nota Virgílio Afonso da Silva, aqui a restrição decorrente da ponderação não encontra fundamento em nenhuma regra infraconstitucional, mas sim na competência do juiz para decidir o caso concreto. No sentido destas considerações, Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais - Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 142-3 e 178-9 e Rafael Bellem de Lima, *Regras na teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 111 e ss.

²¹ Autores como Pieroth e Schlink (Cf. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 142 e ss.) e Dimoulis e Martins (Cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 228 e ss.), não obstante não tenham nada a objetar em relação às duas (primeiras) regras da proporcionalidade (adequação e necessidade), não aceitam – pelo menos quando se trata do controle da atividade do legislador – a inclusão da proporcionalidade em sentido estrito no exame, ainda que os dois primeiros façam menção a essa possibilidade nos casos (excepcionais) em que, após os testes da adequação e da necessidade, ainda permanece a “impressão de absurdez” da intervenção estatal.

²² Até porque criticar a ponderação autônoma nos mesmos termos seria de um extremismo. É impossível que o legislador resolva todos os possíveis casos de colisões entre direitos fundamentais. A ponderação, nesses casos, decorre da própria competência do Judiciário para solucionar controvérsias. Valem, neste ponto, as observações de Sieckmann, segundo o qual, “quando se trata de decisões sobre conflitos horizontais, entre as partes que se encontram em igualdade – no direito civil, por exemplo –, as ponderações podem se justificar mais facilmente em razão da necessidade de uma decisão oficial”. Cf. Jan-R. Sieckmann, “Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales”, trad. Daniel Oliver-Lalana, in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011, p. 37, nota 67.

²³ Apesar das conclusões – corretas – de que não é possível “formular uma regra simples que separe, com clareza e em todos os casos, a competência decisória do legislador da competência de controle do tribunal constitucional” (Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 546) e de que essa busca “está fadada ao fracasso” (Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais”, in Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. III, p. 963), isso não quer dizer que seja igualmente impossível traçar alguns parâmetros e, assim, esclarecer pelo menos parte das questões acerca do problema.

possível também de fornecer uma constitucionalização adequada, apta a evitar os riscos tanto da subconstitucionalização quanto da hiperconstitucionalização, e compatível, portanto, com a noção da Constituição como ordem-moldura.

1.2 Desenvolvimento do trabalho

A presente dissertação é dividida em cinco capítulos. Após a apresentação e delimitação do tema nesta introdução, esclareço, no segundo capítulo, qual o marco teórico no âmbito do qual trabalho, isto é, quais são as premissas teóricas de que partem os argumentos desta dissertação. Essas premissas são, em síntese, *(i)* a teoria dos princípios de Robert Alexy, *(ii)* a teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, *(iii)* a teoria externa dos direitos fundamentais e *(iv)* a noção de Constituição como ordem moldura. A partir dessas premissas, pretendo esclarecer o conceito de restrição de que parto, e, bem assim, o tipo específico que me interessa aqui.

No terceiro capítulo, abordo a discricionariedade estrutural do legislador para sopesar. Este capítulo possui cinco tópicos. No primeiro, procuro explicitar o conceito de discricionariedade de que parto neste caso, valendo-me das discussões da teoria do direito. No segundo, analiso a ideia de discricionariedade estrutural para sopesar. Nos dois seguintes, passo à análise de duas noções correlatas, que permitem uma melhor compreensão do tema e justificam porque podemos entender que casos de discricionariedade estrutural para sopesar são, do ponto de vista estrutural, dilemas morais genuínos e configuram âmbitos não valorados constitucionalmente. Por fim, sustento que o reconhecimento de uma discricionariedade em favor do legislador exige do tribunal, por força do princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado, uma postura de deferência com relação à decisão legislativa.

No quarto capítulo, trato das discricionariedades epistêmicas do legislador, tanto a de tipo empírico quanto a de tipo normativo. Após ressaltar que a discussão sobre essa espécie de discricionariedade está inserida na problemática da justificação externa do sopesamento e que incide sobre as hipóteses de incerteza, procuro esclarecer em que consistem os objetos da insegurança empírica e da insegurança normativa. Feitos esses esclarecimentos, ressalto que o conceito de discricionariedade aqui é diverso daquele do capítulo anterior e passo à análise da segunda lei da ponderação e suas possíveis interpretações e das diferentes propostas de escala de verificação da insegurança. Deixo

claro, posteriormente, que o princípio formal da competência do legislador é essencial também nesta espécie de discricionariedade e, depois de conceituar essa subespécie normativa, analiso as diferentes propostas de relacionamento daquele princípio formal com os princípios materiais. Proponho, finalmente, que o reconhecimento de discricionariedades epistêmicas em favor do legislador enseje um controle menos intenso das decisões daquele órgão, numa verdadeira presunção de proporcionalidade, mas que essa intensidade aumente conforme aumenta a intensidade da intervenção.

Por fim, no último capítulo, faço, sem qualquer pretensão de retomar ou resumir os argumentos desenvolvidos, algumas considerações finais a respeito do trabalho.

1.3 Metodologia

O enfoque do presente trabalho pode ser considerado essencialmente dogmático. No interior dogmática, partindo da divisão proposta por Robert Alexy, a investigação pode ser caracterizada como analítica, empírica e normativa.²⁴

No que se refere à dimensão analítica – certamente a que prevalece –, que tem por objeto a análise de conceitos elementares, a construção de estruturas jurídicas, o exame da estrutura do sistema jurídico e a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, a sua presença pode ser notada tanto nos pressupostos adotados quanto no objeto do trabalho em si. Quanto aos primeiros, por força da análise dos direitos fundamentais como princípios, do conceito de Constituição como moldura, do suporte fático amplo, da teoria externa desses direitos e do conceito de restrição. Quanto ao segundo, isso é verificado tanto na discussão a respeito discricionariedade estrutural para sopesar quanto na das discricionariedades epistêmicas de tipo empírico e de tipo normativo.

Quanto à dimensão empírica, destinada a tratar tanto da cognição do direito positivo válido quanto da aplicação das premissas empíricas na argumentação jurídica, pode-se dizer que o trabalho a reflete na medida em que buscará, tanto quanto possível, trazer exemplos de utilização da terceira regra da proporcionalidade quando do exame da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais, a fim de explicar a relação

²⁴ Essas são as três dimensões da dogmática jurídica segundo Alexy. A esse respeito, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 33-8 e, de modo semelhante, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford, UK: Oxford University Press, 1989, pp. 151-2.

entre as discricionariedades e o sopesamento e fundamentar os argumentos desenvolvidos a esse respeito, o que, de resto, é primordial para uma correta compreensão do tema.

Por fim, a dimensão normativa, relacionada à ideia de respostas corretas para determinados problemas, constitui o objetivo do trabalho como um todo, uma vez que a investigação pretende fornecer elementos para um modelo adequado de sopesamento, isto é, um modelo de sopesamento compatível com as competências do legislador e com a autoridade de suas decisões.

CAPÍTULO 2 – SOBRE O MARCO TEÓRICO DO TRABALHO

Um aspecto que muitas vezes se pode perceber na pesquisa jurídica é uma certa obscuridade quanto aos pontos de onde parte o pesquisador e o marco teórico em que trabalha. Esses aspectos, embora possam à primeira vista parecer irrelevantes, são, antes, essenciais. A razão para tanto diz respeito não apenas ao fato de que, ao esclarecer essas questões, é possível evitar críticas que seriam feitas se esses pressupostos não estivessem claros, mas também – e principalmente – porque permite uma melhor compreensão do próprio objeto do trabalho e, mais ainda, dos argumentos desenvolvidos. É por isso que pretendo utilizar este capítulo para explicar o marco teórico no âmbito do qual trabalho e as premissas de que parto para construir os argumentos dos capítulos seguintes.

Como esta dissertação tem como objetivo analisar limites para o controle judicial de restrições legislativas a direitos fundamentais – que, ao menos materialmente, constituem colisões entre direitos fundamentais (seja em sentido amplo ou impróprio, seja em sentido estrito²⁵) – é importante analisar alguns elementos relacionados ao conceito e à possibilidade de colisões e restrições a esses direitos. Esses elementos são os seguintes: (i) a teoria dos princípios de Robert Alexy, (ii) a teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais, (iii) a teoria externa dos direitos fundamentais e (iv) a noção de Constituição como ordem moldura. A partir dessas premissas, será possível esclarecer o conceito de restrição de que este trabalho parte, assim como a modalidade que interessa aqui. Expor brevemente essas ideias é o objetivo deste capítulo.

2.1 A distinção entre princípios e regras

A distinção entre regras e princípios constitui ponto essencial para qualquer conclusão a respeito do tema deste trabalho e, por que não dizer, pressuposto inclusive para

²⁵ Sobre essa distinção, Cf., por exemplo, Robert Alexy, “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito”, trad. Luís Afonso Heck, *Revista de Direito Administrativo* 217 (1999), pp. 68-70 e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1270.

o próprio exame do tema, uma vez que, a depender do conceito de princípio adotado, a discussão ora proposta perde todo o sentido.

Não há aqui qualquer pretensão de fixar a *melhor* distinção entre regras e princípios, mesmo porque, em termos de classificações, é relativamente pacífico que descabe propor um maniqueísmo bom/ruim, porquanto uma classificação ou é coerente e metodologicamente sólida, ou contraditória e, portanto, pouco ou nada útil.²⁶ O que deve ficar claro, no entanto, é que, a partir do momento que adotamos uma determinada teoria ou linha doutrinária, estamos – em grande parte, pelo menos – a ela vinculados, de modo que, ou bem aceitamos as suas consequências, ou deixamos claro quais os pontos em que tomaremos outro rumo e assumimos o ônus de desenvolver os argumentos que sustentam essa opção. Do contrário, inevitavelmente recairemos em contrassenso, e, muito provavelmente, no chamado “sincretismo metodológico”, com a adoção pressupostos inconciliáveis entre si.²⁷ Além disso, cumpre ressaltar que a distinção entre regras e princípios não corresponde a algo novo. O problema é que, dada a falta de clareza, em especial quando se adota uma pluralidade de critérios distintivos, muitas vezes a terminologia acaba se tornando obscura e vacilante.

É importante notar, a esse respeito, que o conceito de princípio historicamente difundido e sedimentado no vocabulário jurídico brasileiro não é aquele ora adotado. Nessa acepção, que se convencionou chamar de “distinção fraca”, na medida em que parte do pressuposto de que princípios e regras possuem as mesmas propriedades, princípios são tidos como “ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas”²⁸; um princípio, nesse sentido, é um “mandamento nuclear de um sistema”.²⁹ Em geral essa corrente diferencia os princípios das regras sustentando que aqueles possuiriam um elevado grau de generalidade e abstração, do que decorreria a influência da subjetividade do aplicador na exegese casuística, enquanto que estas denotariam pouco ou nenhum grau de abstração e generalidade, o que implicaria pouca ou nenhuma influência da subjetividade do intérprete quando da aplicação.

²⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 614. Do mesmo autor, *Direitos Fundamentais*, pp. 44-5.

²⁷ Sobre essa ideia, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in (org.). *Interpretação constitucional*, 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143.

²⁸ Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

²⁹ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 942.

A distinção de se parte aqui é o que se pode chamar de “distinção forte”, na medida em que propõe uma diferença estrutural e qualitativa entre regras e princípios, essencialmente nos termos da Teoria dos Princípios de Robert Alexy. Cabe, entretanto, antes de expor a proposta de Alexy em si, efetuar alguns apontamentos a respeito das contribuições de Ronald Dworkin para o tema, porquanto – a despeito das divergências dos autores em muitas das questões decorrentes – sabidamente influenciaram o modelo posteriormente formulado por Alexy.³⁰

2.1.1 Regras, princípios e *policies*

Com a finalidade de fazer um ataque geral ao positivismo jurídico, Dworkin inicia o desenvolvimento do seu modelo a partir da análise de dois casos paradigmáticos em que os tribunais aplicaram padrões diversos das regras, os princípios jurídicos.³¹

Segundo ele, a diferença entre esses padrões e as regras jurídicas é de natureza lógica, uma vez que, a despeito de ambos apontarem para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, distinguem-se quanto à natureza da

³⁰ As diferenças entre as propostas dos dois autores vão muito além da conhecida divergência (que inclui inclusive o igualmente notório debate entre Alexy e Habermas) a respeito a possibilidade de bens e finalidades estatais prevalecerem sobre direitos fundamentais. Ainda que muitos infiram da proposta de Dworkin a possibilidade de ponderação entre direitos fundamentais, até porque o próprio autor admite que eles poderiam ser restringidos para se evitar "um evidente e sério perigo", ainda que apenas "na medida em que [isso] seja absolutamente necessário para preveni-lo" (Cf. Ronald Dworkin, *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 353), como adverte Kai Möller, seria equivocado concluir que Dworkin endossa o sopesamento: “isso distorceria um importante ponto de sua teoria, que é que direitos são uma questão de princípio e não de política e, portanto, são questões de natureza diferente”. Cf. Kai Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007), pp. 454 e ss. Na verdade, o próprio Dworkin tem afastado a ideia de sopesamento, advertindo que a aplicação dos direitos fundamentais não diz com uma ponderação, mas sim com “a questão muito diversa do que a moralidade requer”. Cf. Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles For A New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 27. No mesmo sentido, na medida em que ressalta que a ideia de “direitos como trunfos” é pensada para evitar o sopesamento, Cf. Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, trad. Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 365. Daí porque Alexy enquadra a proposta de Dworkin dentre aquelas construções não positivistas dos direitos fundamentais como regras (Cf. Robert Alexy, “The Construction of Constitutional Rights”, *Law and Ethics of Human Rights* 4 (2010), pp. 21-3).

³¹ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977, pp. 22 e ss. O autor propõe uma terceira espécie de padrão normativo, denominado argumento finalístico (*policy*), que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que alguns objetivos sejam negativos por estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Os princípios, diferentemente, devem ser observados, não porque promovem ou asseguram uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque são exigências de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade. Esse conceito é essencial para uma adequada compreensão da tese de Dworkin a respeito da prevalência dos direitos fundamentais sobre os bens coletivos (direitos fundamentais como “trunfos”).

orientação que oferecem, porquanto as regras são aplicáveis “à maneira tudo-ou-nada”, de tal sorte que, verificado um fato, ou a regra a ele aplicável é válida e a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é e, portanto, em nada contribui para a decisão do caso. Evidentemente, as regras admitem exceções. Todavia, um enunciado correto de uma regra deve levar em conta a exceção e, se não o fizer, será incompleto. Pelo menos em tese, todas as exceções podem ser enumeradas e, quanto mais o forem, mais completa será a regra.³²

Diversamente, os princípios não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, isto é, não visam estabelecer condições que tornam a sua aplicação necessária, mas apenas enunciam razões que conduzem o argumento em certa direção e que devem ser conjugadas com razões provenientes de outros princípios. É possível que haja outros princípios que argumentem em outra direção, e, dessa forma, o princípio em questão pode não prevalecer, o que, no entanto, não significa que não se trata de um princípio do sistema jurídico, uma vez que em outro caso, quando as considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, ele poderá ser decisivo.³³

A partir dessa primeira distinção, Dworkin formula uma segunda, referente ao relacionamento entre as espécies normativas. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm: a dimensão do peso ou importância. “Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que deve resolver o conflito tem de levar em conta o peso relativo cada um”, mediante uma comparação que fornecerá uma resposta que poderá apontar para um ou para outro lado, a depender da força de cada princípio. Se duas regras estão em conflito, uma delas não pode ser válida e a decisão a respeito de qual delas deverá ser considerada válida deve ser tomada com base em considerações que vão além das próprias regras, tais como aspectos temporais ou hierárquicos.³⁴

Percebe-se, assim, que a distinção efetuada baseia-se, basicamente, no modo de aplicação e no relacionamento entre as espécies normativas, critérios que inspiraram a construção proposta por Alexy, que examinarei a seguir.

³² Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 24-5. Criticamente, Cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 104, segundo o qual, “as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis” e “nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção”.

³³ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 25-6.

³⁴ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 26-7.

2.1.2 A Teoria dos Princípios de Robert Alexy

A partir de uma ideia central da teoria de Dworkin, Robert Alexy desenvolve parte da sua Teoria dos Princípios, da qual resulta, em grande parte, a sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Para Alexy, tanto regras quanto princípios são espécies de normas porque ambos dizem o que deve ser, isto é, ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, e são igualmente razões para juízos concretos de dever-ser – ainda que de espécie muito diferente. Assim como em Dworkin, a distinção entre as espécies normativas não é meramente gradativa, uma distinção fraca, mas sim qualitativa, no sentido de que os princípios possuem determinadas características próprias que os distinguem das regras.³⁵

2.1.2.1 Mandamentos de otimização

Segundo Alexy, princípios são mandamentos de otimização, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas, de modo que são caracterizados pela possibilidade de satisfação em variados graus, já que a sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas – determinadas pelos princípios e regras colidentes.³⁶

³⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 87-90.

³⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90. A esse respeito, Aulis Aarnio objetou – em posição a que se juntou Jan-R Sieckmann (Cf. Jan-R Sieckmann, “Las estructuras lógicas de los argumentos normativos”, in *El modelo de los principios Del derecho*, trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 81-2) – que não é correto caracterizar princípios jurídicos como mandamentos de otimização, uma vez que, pela própria natureza do conceito de mandamento, trata-se de regras, já que ou são seguidos ou não; não se pode aplicar um mandamento em maior ou menor grau: “Ou se otimiza ou não se otimiza”. Dessa forma, haveria uma regra a determinar que os princípios, em caso de colisão, devem ser harmonizados de maneira ótima, e apenas dessa maneira. Cf. Aulis Aarnio, “Las reglas en serio”, in Ernesto Garzón Valdés e Jyrki Uusitalo (eds.), *La Normatividad del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, pp. 27 e ss. Segundo Alexy, a crítica, todavia, não afeta a teoria. É necessário distinguir mandamentos de otimização de mandamentos a serem otimizados, ou seja, aquilo que determina a otimização daquilo que é otimizado. Os mandamentos que se otimizam são os objetos da ponderação, que podem ser denominados como um dever ideal que, por meio da otimização, se transforma em um dever ser real. Enquanto o objeto da otimização encontra-se no nível dos objetos, os mandamentos de otimização estão num metanível, em que “determinam o que deve ser feito” com aquilo que se encontra no primeiro, por meio da imposição de uma obrigação, qual seja, a determinação de que os comandos a serem otimizados – que constituem seu conteúdo – “sejam realizados na maior medida possível”. Assim, eles não são otimizados, mas “preenchidos pela otimização”. Com isso, a definição completa de mandamento de otimização passa a ter dois níveis, o nível do objeto da otimização, que é o “mandamento a ser otimizado”, e um metanível que determina o que fazer com aquele objeto. O primeiro é o nível dos princípios e o segundo é o nível das regras. Cf. Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris* 13 (2000), pp. 300-1. A esse respeito, Cf. também Carsten Bäcker, “Rules, Principles, and Defeasibility”, in Martin Borowski (org.), *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Steiner, 2010, p. 80. Sobre o conceito de dever ideal, Cf. Robert

Evidentemente, a ideia é sempre a realização máxima, que, todavia, só é possível se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que raramente ocorre nos casos difíceis. Mesmo que mantida a análise apenas na seara das possibilidades jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreias na realização de outro ou outros princípios, gerando o fenômeno da colisão.³⁷

Por outro lado, as regras são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, de forma que, se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, pois as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.³⁸ Ainda que o autor faça menção ao que é juridicamente possível, a aplicação das regras não depende das condições jurídicas, ou ao menos não no mesmo sentido que os princípios. Isso porque, evidentemente pressupondo uma interpretação correta do caso, haverá uma regra a ele aplicável, que não é passível de contradição com outra, na medida em que, caso isso ocorra, uma delas deverá ser declarada inválida.³⁹

2.1.1.2 O distinto caráter *prima facie*

Enquanto mandamentos de otimização, princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes. Estas são determinadas pelos princípios e regras em sentido contrário. Dessa forma, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Isso porque, da conclusão de

Alexy, “Deber Ideal”, trad. Laura Clérico e Jan-R. Sieckmann, in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (orgs.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011, pp. 15-35. Por uma questão de clareza – diferenciar os mandamentos, quando a maioria dos autores que trata de temas a eles relacionados não o faz, poderia mais causar confusão do trazer qualquer benefício a este trabalho – utilizarei a terminologia inicial, isto é, mandamentos de otimização como aquilo que é objeto da otimização, aquilo que é otimizado. Caso seja necessário em algum momento analisar o metanível composto pelos mandamentos que determinam o que fazer com o objeto da otimização, ressaltarei expressamente a que me refiro. O próprio Alexy adverte, apesar de efetuar a referida reformulação, que é útil falar em princípios como mandamentos de otimização, porque assim se expressa de maneira mais clara e direta a natureza dos princípios. Além disso, diz ele, o dever ser ideal implica o mandamento de otimização e vice-versa: “Essas são duas faces da mesma moeda.” Para ele, a questão de se o comando para ponderar, que necessariamente acompanha um princípio, “está ‘dentro’ ou fora do significado deste princípio”, pode ser respondida apontando-se que “o mandamento de otimização está compreendido no conceito de princípio” e que aboli-lo “significaria que o princípio perderia seu caráter de princípio”. Por isso seria aconselhável, por razões de simplicidade, conceituar os princípios como “mandamentos de otimização” e “empregar distinções mais precisas apenas onde for necessário” (Cf. Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, p. 301). Aleksander Peczenik, a quem Alexy em parte segue em sua conclusão, vai além e afirma que essa diferenciação “não tem nenhuma consequência material para a filosofia moral ou jurídica”. Cf. Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer, 2008, p. 64.

³⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 40 e 46.

³⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91.

³⁹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 46.

que um princípio é aplicável a determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige, na medida em que princípios constituem razões que podem ser afastadas por razões antagônicas e a forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio.⁴⁰ Em outras palavras, não cabe falar em realização sempre total daquilo que a norma prescreve, mas, pelo contrário, em regra a realização é apenas parcial, já que há uma diferença entre aquilo que é garantido ou imposto *prima facie* e aquilo que é garantido ou imposto definitivamente. Os princípios, portanto, garantem ou exigem deveres direitos *prima facie*, que se distinguem do – direito ou dever – que é garantido ou exigido definitivamente. O modo pelo qual um direito ou dever *prima facie* (eventualmente) se torna um direito ou dever definitivo é justamente a ponderação. Dessa forma, princípios não só podem ser aplicados por meio de uma ponderação em relação a outros princípios, mas, por sua própria natureza, requerem essa ponderação.⁴¹

As regras, por seu turno, possuem caráter definitivo e, dessa forma, garantem direitos ou exigem deveres igualmente definitivos, ou seja, caso uma regra seja aplicável a um caso concreto, seu conteúdo deve ser realizado totalmente.⁴² Em decorrência dessa característica, o modo de aplicação das regras é diverso do dos princípios, já que sua individualização se dá por meio da subsunção.⁴³

2.1.1.3 Conflitos normativos

A distinção entre princípios e regras mostra-se mais clara quando da análise dos conflitos normativos, isto é, das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras.⁴⁴ O

⁴⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 91 e ss. e 103-4.

⁴¹ Cf. Carla Huerta Ochoa, “Los conflictos entre normas a luz de la teoría de los principios”, in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (coord.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011, p. 221.

⁴² Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 45.

⁴³ Cf. Carla Huerta Ochoa, “Los conflictos entre normas a luz de la teoría de los principios”, p. 221.

⁴⁴ Se tomarmos a expressão “conflitos normativos” em um sentido amplo, as acepções ora tratadas correspondem apenas a parte do problema. Como salienta Carla Huerta Ochoa, pode-se dizer que há um conflito normativo em sentido amplo quando duas ou mais normas são, em virtude procedimentos de sua criação ou de seus conteúdos, formal ou materialmente, incompatíveis entre si. É possível que o conflito corresponda ou a uma infração ou a uma contradição normativa. No primeiro caso, o conflito deriva de um *problema formal* (incompatibilidade formal) e a norma imperfeita há de ser derogada ou declarada inválida, uma vez que é produto de uma incompatibilidade em relação às normas que regulamentam o procedimento previsto para a sua criação, ou seja, as normas procedimentais não foram cumpridas devidamente e, portanto, a norma em questão não se mostra conforme o direito. No segundo, é possível verificar conflitos normativos autênticos, uma vez que se trata de uma contradição material: duas ou mais normas têm o mesmo âmbito de aplicação e seus conteúdos normativos são incompatíveis, isto é, elas não podem ser satisfeitas ao mesmo

ponto comum entre ambos é que tratam de duas normas que, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis.⁴⁵

Um conflito entre regras pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida e assim extirpada do ordenamento jurídico, já que o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou a norma é válida e sua consequência jurídica também, ou não o é. “Não importa como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”.⁴⁶ A conclusão de que uma das regras deverá ser declarada inválida nada diz a respeito do qual delas será tratada dessa forma, de modo que o problema deve ser solucionado por meio de critérios como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, ou eventualmente de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é que a decisão é uma decisão acerca da validade.⁴⁷

Se dois princípios colidem, um dos dois terá que ceder. Mas isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido ou que deva ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que um princípio tem precedência sobre o outro sob

tempo, já que o cumprimento de uma produz necessariamente a desobediência à outra, como, por exemplo, no caso em que uma norma estabelece que algo é proibido e outra a realização da mesma conduta. As contradições normativas, por seu turno, podem ser classificadas de acordo com dois critérios: (i) de acordo com a estrutura lógica da norma jurídica, integrada por um pressuposto, um nexos atributivo e uma consequência jurídica ou (ii) de acordo com a operatividade da norma, no sentido de sua capacidade de ponderação ou sobrevivência no caso de um conflito. Quanto à primeira hipótese, pode haver dois tipos de conflito, uma vez que a expressão contradição pode ter dois referentes, isto é, pode se referir tanto ao caráter das normas – se é obrigatória, proibida ou permitida – quanto ao seu conteúdo, a conduta propriamente regulada. No primeiro caso, uma vez realizada a identificação dos operadores deonticos por meio da análise do enunciado normativo, é possível saber se as normas que regulam a mesma conduta podem ou não ser satisfeitas simultaneamente. Esse tipo de contradição é denominado *contradição deontica*. Nesta hipótese, os conteúdos das normas aplicáveis a um caso, referindo-se à mesma conduta, estão vinculados a operadores deonticos incompatíveis entre si, de tal sorte que a contradição se produz no âmbito dos caracteres das normas, na medida em que configura uma contradição entre diferentes formas de dever. Se, por outro lado, as condutas diferem, não tanto no sentido de como são reguladas, mas sim de modo que não é faticamente possível a realização simultânea dos atos ou ações prescritos, então se apresenta um problema de contradição entre os conteúdos das normas, que não permitem, por razões lógicas, a realização de ambas. Essa situação pode ser denominada *contradição lógica*. Assim, malgrado as normas sejam prescritas com o mesmo caráter – ou seja, obrigatório, permitido ou proibido – são diferentes de tal forma que não é possível realizá-las ao mesmo tempo, uma vez que as condutas são logicamente incompatíveis. Quanto à segunda hipótese, as contradições normativas podem se apresentar de outras duas formas, que se diferenciam de acordo com sua forma de aplicação no caso de conflito. Uma é o conflito entre regras e a outra é a colisão entre princípios, que se distinguem, conforme exposto, em virtude da operatividade das normas que se encontram em situação de conflito e conseqüentemente da possibilidade de utilizar métodos distintos para solucionar a contradição. Cf. Carla Huerta Ochoa, *Conflictos Normativos*. Ciudad de México: UNAM, 2003, pp. 52 e ss. e, da mesma autora, “Los conflictos entre normas a luz de la teoría de los principios”, pp. 225 e ss.

⁴⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91.

⁴⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 92.

⁴⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 92-3. A própria aplicação dessas metarregras para solucionar conflitos é feita mediante subsunção, “uma subsunção de segunda ordem”. Cf. Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 433 e ss.

determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta, tendo em vista que nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e princípios com maior peso têm precedência. Dessa forma, essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade. A resolução se dará por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo desses sopesamento é definir qual dos interesses – “que abstratamente estão no mesmo nível” – tem maior peso no caso concreto.⁴⁸ Uma relação condicionada de precedência poderia ser enunciada da seguinte forma: “Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 , se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 , sob as condições C , presentes nesse caso concreto”.⁴⁹

Do enunciado de preferência formulado acerca da relação condicionada de preferência advém uma regra – “norma de direito fundamental atribuída” –, que, ante a presença da condição precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente. Isso quer dizer que as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre outro constituem a hipótese de incidência ou suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.⁵⁰

Parto, portanto, da premissa de que os direitos fundamentais – *ou pelo menos a sua maioria*⁵¹ – possuem a estrutura de princípios, tomados como mandamentos de otimização,

⁴⁸ Conforme adverte Alexy, “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”, e, assim, “o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 96.

⁴⁹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 96.

⁵⁰ É justamente essa a ideia que anima a chamada “lei de colisão”. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 99.

⁵¹ A concepção sustentada é a de que o sistema de direitos fundamentais deve ser um sistema de regras e princípio, pois, por um lado, um sistema de direitos fundamentais compostos apenas por princípios não levaria a sério a Constituição escrita, ignorando o seu caráter rígido e teria a potencialidade de gerar indeterminação e a possibilidade de se tornar falho e tendencialmente incapaz de reduzir a sua própria complexidade e, por outro, um sistema composto exclusivamente por regras não teria melhor destino, pois possuiria limitada racionalidade, o que exigiria uma regulamentação legislativa exaustiva e completa que fixasse em termos definitivos as premissas e resultados das regras jurídicas, de modo que, o que se ganharia em segurança jurídica, seria perdido em desenvolvimento do próprio sistema, algo extremamente caro às sociedades pluralistas contemporâneas. A respeito dessas considerações, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 121-3 e 135 e ss. e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1159-62. Não tem fundamento, portanto, a tese da “necessidade lógico-jurídica” da estrutura de princípios, até porque, como aponta Alexy, o contraponto da teoria dos princípios não é uma teoria que aceite que o catálogo de direitos fundamentais *também* contém regras, mas sim uma teoria que afirme que ele contém *apenas* regras. Nesse sentido, Cf. Robert Alexy, “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, p. 75 e Martin Borowski, “Derechos de Defensa Como Principios de Derecho Fundamental”, trad. Eduardo Soderó, in Jan-R.

assumindo, assim, a partir da “teoria dos princípios”, uma “teoria principialista dos direitos fundamentais” como pressuposto neste ponto.⁵²

2.2 Suporte fático amplo

Ainda que não seja tão facilmente perceptível, determinar o que se entende por suporte fático de um direito fundamental constitui premissa essencial para qualquer trabalho que pretenda – ainda que, como neste caso, apenas em parte – tratar de restrições a esses direitos. Como adverte Virgílio Afonso da Silva, não só a forma de aplicação dos direitos fundamentais – para o que mais interessa aqui, especialmente subsunção e sopesamento – depende da extensão do suporte fático, mas também a própria existência de colisões e restrições a esses direitos dependem de uma precisa determinação do conceito e da extensão do suporte fático.⁵³ Essa é a razão pela qual tratarei brevemente do assunto, deixando claro que parto de uma teoria do suporte fático amplo.

O suporte fático de uma norma jurídica pode ser visto tanto de modo abstrato quanto concreto. Em sentido abstrato, compõe-se pelos fatos ou atos do mundo descritos no texto normativo, que prevê uma consequência jurídica para a sua realização, de modo que, uma vez preenchido, é ativada a consequência jurídica. Em sentido concreto corresponde à ocorrência concreta de atos ou fatos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou.⁵⁴ A análise aqui se restringe ao suporte fático em sentido abstrato, isto é, do “conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ele imputa determinada consequência”.⁵⁵ Especificamente no caso dos direitos fundamentais, trata-se

Sieckmann (coord.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 98.

⁵² Para uma distinção entre a teoria dos princípios enquanto tal e a teoria principialista dos direitos fundamentais, Cf. Martin Borowski, “Derechos de Defensa Como Principios de Derecho Fundamental”, pp. 94 e ss.

⁵³ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 68.

⁵⁴ A esse respeito, Cf. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado: parte geral*, vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 4 e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 65-67. “Para que se dê a incidência da regra jurídica, é preciso que todo o *suporte fático* necessário exista.” No mesmo sentido, Cf. Jesús M. Casal H., “¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 82 (2008), p. 91. Especificamente em relação aos direitos fundamentais, Alexy ressalta que “para que a consequência jurídica definitiva ocorra (proteção definitiva) de um direito fundamental ocorra, o suporte fático tem que ser preenchido e a cláusula de restrição, não; para que ela não ocorra é necessário ou que o suporte fático não seja preenchido ou que a cláusula de restrição o seja”. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 308.

⁵⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 65.

das “condições normativas que devem ocorrer para que se seja desencadeada a proteção constitucional de um direito”.⁵⁶

Para definir o suporte fático, portanto, é necessário analisar pelo menos quatro pontos: (i) o que é protegido pela norma, (ii) contra o que se dá essa proteção, (iii) qual a consequência jurídica possível e (iv) o que é necessário para que ela ocorra.⁵⁷ O primeiro ponto refere-se ao que é comumente designado como o âmbito de proteção do direito fundamental: o domínio que a norma jurídica recorta da realidade da vida como objeto de proteção, ou, a partir dos pressupostos traçados, aquilo que é garantido *prima facie* pela norma de direito fundamental, isto é, sem levar em conta as possíveis restrições. Dessa forma, corresponde ao âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental, sendo que estes, por sua vez, seriam “ações, características ou situações, ou ainda posições de direito ordinário, que não podem ser embaraçadas, afetadas ou eliminadas”.⁵⁸ A dúvida a respeito de se, em concreto, tudo que faça parte desse “âmbito temático” é protegido pela norma de direito fundamental ou se, previamente, há uma triagem, é a ideia central da contraposição entre as teorias ampla e restrita do suporte fático.⁵⁹

Apesar de constituir seu componente mais importante, o âmbito de proteção corresponde apenas a parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Há outros elementos a se considerar. Para Alexy, não é recomendável uma construção do suporte fático que contenha apenas o bem jurídico protegido. Segundo o autor, o conceito de intervenção deve ser incorporado ao suporte fático, de forma que a extensão da proteção *prima facie* dependerá da extensão do conceito de bem protegido e da extensão do conceito de intervenção.⁶⁰ Assim, o suporte fático de um direito fundamental corresponderia à soma do âmbito de proteção com a intervenção, que, uma vez verificados, implicam a consequência jurídica prevista pela norma (cessação da intervenção), *desde que não haja uma fundamentação constitucional para a intervenção*.⁶¹

Não obstante seu acerto ao se referir a necessidade de inclusão da intervenção no conceito de suporte fático, o modelo de Alexy merece uma reformulação, conforme

⁵⁶ Cf. Jesús M. Casal H., “¿Deslindar o restringir?”, p. 85.

⁵⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 71.

⁵⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 303.

⁵⁹ Para um debate acerca das teorias do suporte fático dos direitos fundamentais, Cf., dentre outros, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 301 e ss. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 65 e ss. Felipe de Paula, *(De) limitação dos Direitos Fundamentais*, 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 52 e ss., Jesús M. Casal H., “¿Deslindar o restringir?”, pp. 83-117 e Joaquín Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, pp. 32 e ss.

⁶⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 304 e ss.

⁶¹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 74.

proposto por Virgílio Afonso da Silva.⁶² A razão é simples: constituiria contrassenso caracterizar o suporte fático como aquilo que, uma vez preenchido, ativa a consequência da norma e, ao mesmo tempo, sustentar que bastam aqueles dois elementos para que isso ocorra. Ora, se houver fundamentação constitucional para a intervenção a consequência jurídica da norma não será ativada, ou seja, uma restrição evita que se produza “a consequência jurídica consistente na proteção jusfundamental definitiva”⁶³; vale dizer, mais uma vez, caso haja fundamentação constitucional estaremos diante de uma restrição ao direito fundamental e não de uma violação.⁶⁴ Daí porque a fundamentação constitucional deve integrar o suporte fático da norma.

Um esclarecimento final é necessário. Não obstante fique relativamente clara a aplicabilidade do modelo traçado ao aspecto negativo das liberdades públicas, seria possível questionar quanto aos direitos a prestações em sentido amplo e, no âmbito destes, especificamente quanto aos direitos sociais. Na verdade, o modelo é aplicável, apenas com algumas alterações terminológicas. No caso dos direitos a prestações, a questão não é a proteção de direitos, mas sim a sua realização. Dessa forma, “o âmbito de proteção dos direitos a prestações é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”.⁶⁵ Quanto à intervenção, a diferença é que, neste caso, ela corresponde a uma omissão, isto é, um não agir ou um agir de forma insuficiente. Por fim, a fundamentação constitucional deve justificar essa omissão ou atuação insuficiente. Em resumo, se uma ação estatal que poderia fomentar a realização de um direito a prestação não é realizada e, para tanto, não há fundamentação constitucional, há um direito definitivo à realização dessa ação.⁶⁶

A premissa deste trabalho, consoante mencionado, é que um conceito de suporte fático amplo é mais adequado.⁶⁷ Neste caso, tudo aquilo que milite em favor da proteção é

⁶² Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 74.

⁶³ Cf. Jesús M. Casal H., “¿Deslindar o restringir?”, p. 83.

⁶⁴ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 74.

⁶⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 75.

⁶⁶ Na formulação de Virgílio Afonso da Silva, “(...) se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente (-FC), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (Ox).” Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 76 e ss.

⁶⁷ Isso se dá, dentre outras razões, porque, diferentemente do que pode parecer, o suporte fático amplo gera um maior grau de proteção aos direitos fundamentais, já que há, além de um evidente aumento do número de colisões entre direitos fundamentais, uma consequente ampliação do conceito de intervenção estatal, que, para que seja considerada uma restrição e não uma violação, deverá possuir fundamentação constitucional. Ou seja, sempre que se vai do que é protegido *prima facie* ao que é protegido definitivamente, é necessário fornecer razões *constitucionalmente* aceitáveis para tanto. Nesse sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 111-2. É neste contexto que há quem sustente a existência de um direito

incluído no suporte fático dos direitos fundamentais, ou seja, “tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico”, não importando que outras características estejam presentes e, para tanto, deve-se efetuar interpretações amplas no campo semântico.⁶⁸ Mas a definição do que é protegido pelo direito fundamental é apenas um primeiro passo. Em um segundo momento, é necessário efetuar, em cada situação concreta, um sopesamento para definir se essa proteção será definitiva ou não. Nesse sentido, é possível distinguir, de um lado, aquilo que é protegido *prima facie* pelo direito fundamental – que engloba tudo aquilo que pode ser subsumido ao âmbito temático do direito fundamental –, e, de outro, o que é protegido definitivamente – determinado por meio de um sopesamento que exclui determinadas posições da proteção definitiva. Assim, a partir da liberdade geral, há um direito *prima facie* a fazer ou deixar de fazer o que se deseja, o qual, por sua vez, é restringido por determinadas proibições, como o tipo penal de furto.⁶⁹

Em suma, protege-se *prima facie* tudo que faz parte do âmbito temático do direito fundamental, contra ações e omissões, estatais ou de terceiros, que configuram as intervenções naqueles direitos, as quais, a menos que possuam justificção constitucional, serão consideradas violações e, portanto, deverão ser declaradas inconstitucionais.

2.3 Teoria externa dos direitos fundamentais

Para além da determinação do conceito de suporte fático⁷⁰, para se definir o que se entende por restrição, é imprescindível determinar de que teoria dos direitos fundamentais

fundamental à justificção das decisões estatais, que seria, aliás, um argumento decisivo na defesa da existência do próprio controle judicial de constitucionalidade. A esse respeito, Cf. Mattias Kumm, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, pp. 213 e ss. Uma proposta semelhante é defendida por Alon Harel e Tsvi Kahana, para os quais o controle de constitucionalidade se justifica na medida em que protege “um direito a ser ouvido”. Cf. Alon Harel e Tsvi Kahana, “The easy core case for judicial review”, *Law Journal of Legal Analysis* 2 (2010): 227-256. Essa discussão tem íntima relação com a ideia de uma “cultura da justificção”, a qual estaria contraposta a “cultura da autoridade”. A respeito disso, Cf. Etienne Mureinik, “A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights”, *South African Journal on Human Rights* 10 (1994): 31-48 e David Dyzenhaus, “Law as Justification: Etienne Mureinik’s Conception of Legal Culture”, *South African Journal on Human Rights* 14 (1998): 11-37.

⁶⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 322.

⁶⁹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 322.

⁷⁰ Ainda que possa parecer o contrário, como adverte Virgílio Afonso da Silva, não há uma ligação necessária entre suporte fático restrito e teoria interna, isto é, falar em extensão do suporte fático não implica falar na forma da relação entre o direito e suas restrições. Nesse sentido, é plenamente possível partir de um

se parte, se de uma teoria interna ou de uma teoria externa.⁷¹ A premissa aqui são os postulados da teoria externa, que, a rigor, é a única possível se se pretende falar de discutir a questão das restrições a direitos, já que, no âmbito da teoria interna não cabe falar nem em colisões entre direitos fundamentais, nem em restrições a esses direitos, e muito menos em ponderação.⁷²

O pressuposto da teoria externa é de que existem dois objetos, o *direito prima facie* ou não limitado e as suas restrições. O direito definitivo surge justamente como resultado dessas restrições.⁷³ Com efeito, essa é, como exposto, uma decorrência da concepção de princípio como mandamento de otimização, que, de um lado gera uma tendência expansiva, mas, de outro – dada a impossibilidade de haver princípios absolutos –, implica que é possível restringir a realização de um princípio com base em outros princípios, portanto, a partir de fora, justamente mediante um sopesamento, ou, se for o caso, da regra da proporcionalidade. Tais princípios constituem a restrição ao direito fundamental garantido pelo primeiro.

O modelo de direitos fundamentais da teoria externa corresponde a um modelo de intervenção e limites, em que o fundamental é a diferença existente entre o âmbito de

suporte fático restrito e, simultaneamente, aceitar os postulados da teoria externa no que diz respeito à relação entre os direitos e suas restrições. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 158. No mesmo sentido, Cf. Jesús M. Casal H., “¿Deslindar o restringir?”, pp. 87 e ss. e J.J. Gomes Canotilho, “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 347. Exemplos disso são as propostas de Pieroth e Schlink (Cf. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, pp. 115 e ss.), Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (Cf. Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, *Direitos Fundamentais*, pp. 132 e ss.) e Stephen Gardbaum (Cf. Stephen Gardbaum, “Limiting Constitutional Rights”, *UCLA Law Review* 54 (2007), pp. 801 e ss.).

⁷¹ Para um debate acerca da contraposição entre teoria interna e teoria externa, Cf., dentre outros, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 126 e ss., Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 65 e ss., Felipe de Paula, *(De) limitação dos Direitos Fundamentais*, pp. 65 e ss. e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 139 e ss.

⁷² É que é comum às teorias internas o fato de os limites de cada direito constituírem algo interno a ele, ou seja, a fixação desses limites não é determinada por fatores externos e, portanto, não é influenciada por colisões. Toda posição jurídica que exceda o dito direito predeterminado não existe, ou seja, “existe apenas um objeto normativo: o direito com seus limites concretos”, muitas vezes denominados “imanesentes” (Cf. Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, pp. 68-70). Não há a possibilidade de se diferenciar o que é garantido *prima facie* do que é garantido definitivamente e tampouco de determinar este último por meio de ponderações necessárias em face das colisões entre direitos. O que se deve saber é se o conteúdo aparente do direito fundamental é também seu conteúdo verdadeiro; há uma identidade entre o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva e não há espaço para restrições. Em termos de estrutura normativa, os direitos fundamentais são regras, na medida em que valem estritamente (Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 129). É justamente por isso que Borowski acertadamente adverte ser impreciso utilizar a expressão genérica “teoria das restrições” tanto para a teoria interna quanto para a teoria externa.

⁷³ Cf. Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, pp. 66 e ss.

proteção e o âmbito de garantia efetiva e a exigência de que uma restrição só é admissível se satisfizer alguns critérios, não só materiais, mas também formais.⁷⁴ Assim, resume Canotilho, a teoria externa pressupõe que (i) os direitos e as restrições são dimensões separadas, (ii) as restrições são sempre “desvantagens” impostas externamente aos direitos, (iii) o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção.⁷⁵

2.4 Constituição como ordem moldura

Tão importante quanto esclarecer as questões relativas à estrutura dos direitos fundamentais e à forma como eles são restringidos, é deixar claro qual é a ideia de Constituição que se tem como pano de fundo da discussão, que neste caso é a noção de Constituição como ordem moldura⁷⁶, por alguns autores denominada “Constituição aberta”.⁷⁷ Isso se deve não apenas a uma exigência de clareza, mas também ao fato de a discricionariedade legislativa ter sido desenvolvida no âmbito da teoria dos princípios justamente como uma forma de responder aos críticos da otimização e deixar claro que esse postulado é compatível a ideia de Constituição-moldura. Conforme adverte Alexy, a discussão sobre as discricionariedades do legislador constituem um aspecto essencial para a dogmática da Constituição como moldura: um conceito está “estritamente ligado” ao

⁷⁴ Cf. Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, pp. 75-6.

⁷⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”, p. 347.

⁷⁶ Para uma crítica da ideia de Constituição como moldura, seja por não expressar o papel de “diretriz vinculante para toda produção e aplicação do Direito” que desempenha, seja por constituir modelo demasiado “simplista”, na medida em que não consideraria “a permanente ‘mudança da moldura’”, ou ainda por sugerir que a moldura constitucional e sua planificação legal “remeteriam a âmbitos distintos e autônomos claramente delimitáveis”, desconsiderando que Constituição e lei “se referem aos mesmos assuntos refletidos em escalões normativos diferentes”, Cf., respectivamente, Cf. Daniel Sarmiento, “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”, in *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 197, Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pp. 152 e ss. e Josef Isensee, “Los antiguos derechos fundamentales y la Revolución biotecnológica. Perspectivas constitucionales tras el descifrado del genoma humano”, trad. Juan Marrodán Ciordia, *Persona y Derecho* 45 (2001), pp. 141 e ss.

⁷⁷ Nesse sentido é a posição de Gema Marchilla: “Uma constituição ‘fechada’ é considerada aquela que predetermina totalmente o conteúdo da legislação, enquanto que uma constituição ‘aberta’ de certa forma atua como uma restrição ao órgão legislativo, embora se comporte como uma moldura, permitindo um número de decisões legislativas.” Cf. Gema Marchilla, “Balancing as a Guide to Legislative Reasoning”, *Legisprudence* 4 (2010), p. 95. Para uma posição no mesmo sentido – não sem alguns equívocos – igualmente inspirada em Alexy e mantendo a expressão original (“Constituição como moldura”), Cf. Vanessa MacDonnell, “The Constitution as Framework for Governance”, *University of Toronto Law Journal* 63 (2013): 624–654.

outro.⁷⁸ Aqui pretendo esclarecer o que entendo por Constituição como ordem moldura. Esses esclarecimentos são importantes não apenas para desenvolver as bases que permitirão deixar claro, em especial a partir do próximo capítulo, que ela é compatível com o postulado da otimização, mas também como isso ocorre, isto é, chamando atenção para o fato de que o conteúdo da moldura constitucional corresponde justamente ao âmbito da discricionariedade estrutural do legislador, da qual a discricionariedade para sopesar faz parte, e que a discricionariedade legislativa epistêmica incide justamente sobre as hipóteses de incerteza sobre o que compõe aquela moldura.

Trata-se de um conceito puramente formal. Uma constituição é uma ordem moldura – à qual se contrapõem às ideias de Constituição-fundamento ou Constituição total⁷⁹⁻⁸⁰ e

⁷⁸ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, trad. Carlos Bernal Pulido, in *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 54 e 62. Não por outra razão Starck ressalta que “a distinção entre a moldura jurídico-constitucional e a liberdade política de ação é um requisito imprescindível para a delimitação funcional entre legislativo e jurisdição constitucional”. Cf. Christian Starck, *Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales*, p. 35. No mesmo sentido, Cf. Marina Felicia Gascón Abellán e Juan Gómez Castañeda, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 41 (1994), pp. 67 e ss.

⁷⁹ Segundo Alexy, é importante esclarecer que, nesse caso, isto é, como contraponto à noção de ordem moldura, a ideia de Constituição como ordem fundamental diz respeito apenas ao seu aspecto quantitativo. A Constituição pode ser considerada uma ordem fundamental em sentido quantitativo “se não estabelece posições discricionais, isto é, se para tudo está previsto um mandamento ou proibição”. Em sentido qualitativo, uma ordem fundamental não é um conceito oposto à ideia de constituição como moldura. Nesse sentido, a Constituição responde as questões fundamentais que podem e devem ser resolvidas por ela. Segundo Alexy, “uma Constituição pode resolver assuntos fundamentais, e nesse sentido ser uma ordem fundamental, e, no entanto, deixar muitas perguntas sem respostas, e, portanto, ser uma ordem moldura”. Cf. Robert Alexy, *Teoría dos Direitos Fundamentais*, p. 584. Essa distinção, contudo, me parece desnecessária. A própria ideia de ordem moldura já contempla a existência de decisões previamente tomadas, de respostas que já foram dadas pelo Constituinte, que é justamente aquilo que compõe a moldura do quadro constitucional. Em outras palavras, toda ordem moldura é nesse sentido uma ordem fundamento, na medida em que para compor a moldura do quadro constitucional foram tomadas decisões fundamentais e vinculantes ao legislador. Para uma exposição da noção de Constituição como moldura sem essa diferenciação e, portanto, mais próxima do sentido ora adotado, Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 109 e ss.

⁸⁰ Como contraponto à constituição como moldura, a Constituição configuraria a lei fundamental “não apenas de toda a atividade estatal e das atividades relacionadas ao Estado, mas também de toda a vida social”. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do direito*, pp. 111 e ss. Uma visão que, pelas suas consequências, acaba por atribuir à constituição um caráter totalizante é a ideia de Häberle de uma “sociedade aberta dos interpretes da Constituição” (Cf. Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*, trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, pp. 41 e ss). Como nota Virgílio Afonso da Silva (Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do direito*, pp. 112), embora Häberle “não sustente um conceito de constituição total, defende uma concepção de interpretação constitucional que, por expandir de tal forma a abrangência da constituição, acaba refletindo a ideia”. Como para Häberle todo aquele que vive o que é regulado pela norma constitucional é também seu interprete, “praticamente todas as ações humanas seriam ao mesmo tempo reguladas pela constituição e uma manifestação de uma interpretação constitucional”, de modo que “nenhuma área da vida teria independência das normas constitucionais”. De fato, conforme salienta Starck, “como Häberle se baseia em uma noção de interpretação ampla, segundo a qual qualquer um que ‘vive’ a norma, também a (co) interpreta, [com a sua

Constituição-lei⁸¹, dois extremos respectivamente das ideias de hiperconstitucionalização e subconstitucionalização⁸² –, dentro da qual o legislador pode atuar, se proíbe algo, ordena algo e confia o restante à sua discricionariedade, isto é, nem proíbe nem ordena. Nesse sentido, aquilo que é proibido é o “constitucionalmente impossível”, o que é ordenado é “constitucionalmente necessário” e o que é facultado não é nem constitucionalmente necessário nem constitucionalmente impossível, mas “meramente possível”.⁸³ A proposta almeja evitar tanto a Cila da excessiva politização dos direitos fundamentais, que os entrega à livre disposição do legislador infraconstitucional (subconstitucionalização)⁸⁴, quanto a Caríbdis juridicização dos direitos fundamentais, que se manifesta com a tendência de tentar encontrar uma solução para todos os problemas na Constituição (hiperconstitucionalização).⁸⁵ Para além da discussão sobre os direitos fundamentais, o seu objetivo é evitar tanto a Cila da politização da justiça quanto a Caríbdis da judicialização da política.

posição] desaparece o caráter moldura da Constituição". Cf. Christian Starck, *Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales*, p. 44.

⁸¹ Para os defensores dessa acepção, “a constituição em muito pouco se distinguiria da legislação ordinária” (Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, p. 110). Essa posição foi defendida, por exemplo, por Laband e Anschütz. Conforme salienta Wahl, “Laband falou de Constituição (...) como sendo uma lei que não contém qualquer autoridade superior relativamente às outras leis, porque não poderia haver uma vontade mais alta no Estado do que a do Soberano, na qual, quer a validade da Constituição, quer a da lei em geral, estão enraizadas”. Para Laband – continua Wahl –, “a Constituição não é nenhum poder místico que paire sobre o Estado, mas como qualquer outra lei, um ato de vontade do Estado e, assim, alterável pela vontade desse mesmo Estado”. Nesse sentido, a lei deve estar sempre em consonância com a Constituição, mas isso não é mais que um – “desejado” – “postulado da política legislativa e não um princípio de direito”. Ainda segundo Wahl, de acordo com Anschütz, “a Constituição não está acima do poder legislativo, mas à sua disposição”, sendo “apenas uma lei como qualquer outra”, ou seja, não é ela, para as instâncias aplicadoras da lei, “nem mais nem menos do que uma simples lei em sentido formal”, de modo que, “em caso de colisão aplicam-se os princípios gerais da derrogação, isto é, o princípio de que a lei mais recente prima sobre a (Constituição) anterior”. A esse respeito, Cf. Rainer Wahl, “O primado da Constituição”, *Revista da Ordem dos Advogados* 47 (1987), pp. 71 e ss. Como ressalta Virgílio Afonso da Silva, para Anschütz, os dispositivos constitucionais “teriam uma função meramente indicativa, pois apenas indicariam ao legislador um possível caminho, que ele não precisaria necessariamente seguir”.

⁸² A esse respeito, Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 53. No mesmo sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional*. Brasília: Tese de Doutorado (Universidade de Brasília), 2015, p. 246. Isso, do ponto de vista da competência, equivale à oposição efetuada por Klatt entre os extremos da “usurpação judicial” e da “abdicação judicial” (Cf. Matthias Klatt, “Positive rights: Who decides? Judicial review in balance”, *International Journal of Constitutional Law* 13 (2015), p. 361).

⁸³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 583.

⁸⁴ Quanto a isso, vale lembrar a advertência de Guastini, que aponta corretamente que, em um regime de Constituição flexível, a Constituição em si, embora possa ser alterada pelo legislador por meio do processo legislativo ordinário, não pode ser por ele violada. Caso pretenda deixar de observar a Constituição, deve o legislador antes modificá-la. Cf. Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, trad. Miguel Carbonell. Ciudad de México: Fontamara, 2003, pp. 51-3. A relação entre a presente discussão e a dicotomia Constituições x Constituições flexíveis é mencionada por Virgílio Afonso da Silva. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do direito*, p. 116.

⁸⁵ Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 246.

Como adverte Wahl, a “‘compreensão do quadro’ (...) exige sempre uma dupla afirmação: sobre o que está fixado e sobre o que fica em aberto”, de modo que “o que fica dentro do quadro deve ser entendido como uma alternativa dentre as várias possíveis”. É justamente por isso que se costuma dizer que a Constituição está aberta para o que é possível dentro do seu quadro: “Ela pode hoje ser preenchida pelo legislador de uma forma, e amanhã de outra.”⁸⁶ Definir a “largura” da moldura é (a única) tarefa da interpretação constitucional.⁸⁷ Daí a afirmação de Böckenförde no sentido de que, “se a Constituição se limita a estabelecer uma moldura, ao tribunal que deve garantir a Constituição está vedado por princípio a intervenção no processo de [seu] preenchimento”.⁸⁸ A esse respeito, as palavras de Virgílio Afonso da Silva são esclarecedoras:

“A *metáfora da moldura*, no campo da teoria constitucional, é usada para designar uma constituição que apenas sirva de limites para a atividade legislativa. Ela é apenas uma moldura, sem tela, sem preenchimento. À jurisdição constitucional cabe apenas a tarefa de controlar *se* o legislador age dentro da moldura. *Como* o legislador age no interior desses limites é uma questão de oportunidade política.”⁸⁹

Ter a Constituição por uma ordem-moldura para o legislador – que é justamente a causa da sua possibilidade de ação –, portanto, equivale a entender que ela não exige de modo absoluto determinadas regulamentações legais; apenas impõe limites a ele.⁹⁰ Neste caso, o ordenamento jurídico, na medida em que atribui ao legislador uma liberdade, “comporta-se de forma passiva em relação às alternativas de ação”.⁹¹ Como adverte Starck, “o bom da ordem constitucional consiste precisamente em que nem tudo está regulamentado pela Constituição, de modo que com isso fique aberto o necessário campo

⁸⁶ Cf. Rainer Wahl, “O primado da Constituição”, pp. 92, nota 74 e 93. Como lembra Helmut Simon, a atividade legislativa de concretização “deve ser vista como um processo de prova e erro suscetível de ser corrigido adiante”. Cf. Helmut Simon, “La Jurisdicción Constitucional”, in Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Konrad Hesse e Wolfgang Heyde (orgs.), *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 856.

⁸⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do direito*, p. 116 e, do mesmo autor, “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, in Jan-R. Sieckmann (coord.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 246. No mesmo sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caribdis*, p. 266.

⁸⁸ Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamental en los 40 anos de Ley Fundamental”, pp. 137 e ss.

⁸⁹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do direito*, p. 116.

⁹⁰ Cf. Christian Starck, *Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales*, p. 111.

⁹¹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 235.

de ação para os órgãos competentes do Estado”, uma vez que “o político no Estado constitucional exige que as questões substanciais estejam submetidas à decisão da maioria e que nem tudo seja decidido por meio da interpretação da Constituição”.⁹² Dessa forma, a forma como moldura jurídico-constitucional assim fixada é preenchida por leis constitui “uma questão de sensatez política e oportunidade”.⁹³ O tribunal controla *se* o legislador atuou no interior da moldura, mas não cabe a ele analisar *como* se deu essa atuação.⁹⁴ Isso porque a Constituição não é um “código constitucional exhaustivamente regulador”, mas sim uma ordem aberta, parcial e fragmentada, carecida de uma atualização concretizante do legislador.⁹⁵ Quanto a isso, é significativa a lição de Klaus Stern:

“O Direito Constitucional criado pelo Poder Constituinte não representa uma regulamentação acabada e exhaustiva. Contém geralmente apenas o fundamental e importante para a ordem da comunidade jurídica; pretende conscientemente ser completado e preenchido.”⁹⁶

O legislador “atua livremente no quadro da Constituição” e esta livre atuação “requer em muitos casos (ainda que, é claro, não em todos) que o enunciado desses preceitos constitucionais permita um amplo feixe de interpretações diversas”.⁹⁷ Nesse

⁹² Cf. Christian Starck, *Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales*, p. 112. No mesmo sentido é que Hans-Peter Schneider ressalta que “a qualidade de uma Constituição é medida em função de se ela deixa suficiente espaço às forças políticas que configuram o futuro de um povo para que possam realizar seus objetivos”. Cf. Hans-Peter Schneider, “La Constitución – Función y estructura”, trad. K-J. Abiez Dohrmann e M. Saavedra López, *in Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 50.

⁹³ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A Constitucionalização do Direito*, p. 116. “Na medida em que não se oponham mandamentos ou proibições constitucionais – diz Simon – o Parlamento é livre no emprego de suas faculdades legislativas de configuração”. Cf. Helmut Simon, “La Jurisdicción Constitucional”, p. 851.

⁹⁴ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, p. 246. Isso é problemático inclusive porque, como nota Simon, se o tribunal assim não procede e, com isso, “se deixa comprometer com uma única dentre várias alternativas e concretizações possíveis”, “a Constituição perde sua dinâmica abertura e arrisca-se a reduzir o consenso constitucional – bem podem os seguidores da alternativa rechaçada se perguntar se uma tal Constituição continua sendo a sua”. Cf. Helmut Simon, “La Jurisdicción Constitucional”, p. 857.

⁹⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1436-7. No mesmo sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Carídis*, p. 264. O caráter aberto da Constituição consistiria precisamente em deixar conscientemente determinadas questões “nas mãos do livre confronto político”, possibilitando “uma livre discussão em torno das principais alternativas da atividade política”. Cf. Hans-Peter Schneider, “La Constitución – Función y estructura”, pp. 49 e ss. Relacionando o caráter aberto e à ideia de moldura constitucional, Cf. também Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica”, trad. Ignacio Villaverde Menéndez, *in Escritos sobre derechos fundamentales*, 1ª ed. Baden-Baden: Nomos, 1993, pp. 40 e ss.

⁹⁶ Cf. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. Javier Perez Royo e Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 224.

⁹⁷ Cf. Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 609.

sentido, uma ordem moldura configura “um instrumento conscientemente utilizado a fim de não se subtrair das forças políticas, ao legislador ordinário e ao governo, a margem de manobra necessária para as decisões que são de sua responsabilidade”.⁹⁸ Compreender adequadamente os limites do que é exigido pela Constituição é essencial para não se recair no equívoco de atribuir à legislação o papel de mera execução de diretivas constitucionais.⁹⁹

Esse aspecto é uma nota fundamental da noção de “ordem jurídica escalonada” de Kelsen.¹⁰⁰ É que, para o autor, a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica “é uma relação de determinação ou vinculação”, na medida em que a primeira regula o ato através do qual é produzida a segunda, ou seja, “ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar”.¹⁰¹ Ocorre que essa determinação nunca é completa. Como adverte, “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do

⁹⁸ Cf. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, p. 224. De modo semelhante, Dieter Grimm afirma: "Dentro da moldura da Constituição, os órgãos políticos são livres para fazer aquelas escolhas que, de acordo com a sua visão, o bem comum exige. A eleição decide qual das visões conflitantes é preferida pela sociedade e que grupo político pode, portanto, preencher as posições de liderança do Estado e executar o seu programa político." Cf. Dieter Grimm, “Constitutional Adjudication and Democracy”, *Israel Law Review* 33 (1999), p. 210.

⁹⁹ Cf., dentre muitos, Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, p. 224.

¹⁰⁰ A noção de “ordem jurídica escalonada”, na verdade, é uma construção de Adolf Merkl, cujas ideias sabidamente influenciaram a teoria kelseniana, que efetua a distinção entre “proposições jurídicas determinantes” e “proposições jurídicas determinadas”. Segundo Merkl, “a Constituição como regra de produção do direito típica pode indicar o começo mas em nenhuma hipótese o final do processo normativo”, ao mesmo tempo em que “o direito legislado” “se encontra diretamente limitado e gerado pelo direito constitucional”. Cf. Adolf Merkl, “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I)”, trad. Miguel Azpitarte Sánchez e Juan L. Fuentes Osorio, *Revista de derecho constitucional europeo* 2 (2004): 235-262 e, do mesmo autor, “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)”, trad. Miguel Azpitarte Sánchez e Juan L. Fuentes Osorio, *Revista de derecho constitucional europeo* 3 (2005): 301-326. A respeito da noção de ordem jurídica escalonada, Cf. também Heinz Mayer, “Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 244 (2005): 259-270. Neste contexto, Christoph Möllers fala em uma “regra da contínua concretização”. Para ele, faz sentido olhar a relação entre os três poderes do Estado “como uma estrutura cíclica”: “O executivo implementa decisões legislativas – portanto, manifestações da autodeterminação democrática – em vários diferentes níveis da organização burocrática, fazendo-os mais e mais específicos e juridicamente determinados até se dirigirem diretamente a um cidadão e sua esfera individual de autodeterminação. Neste ponto, com uma decisão judicial, o ciclo de produção jurídica chega ao fim.” A produção do direito, dessa forma, exigiria uma contínua concretização, e daí o porquê de sua conclusão no sentido de que: “O legislador não deve bloquear contribuições de outros poderes por meio de regras super detalhadas, o Executivo não deve saltar níveis de hierarquias por meio de intervenções politizadas e o Judiciário deve respeitar o processo de tomada de decisão antes de intervir.” Essa regra seria “um instrumento que deixa todas as diferentes partes de um sistema de separação dos poderes contribuírem para o processo de produção legislativa do seu modo procedimental específico”. Cf. Christoph Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013, pp. 206-9.

¹⁰¹ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed., trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 388.

qual é aplicada”, isto é, “tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação”, de tal sorte que “a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.¹⁰² Essa é uma clara limitação à atividade do interprete aplicador do direito em geral e da Constituição em especial:

“O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.”¹⁰³

Ou seja, como bem nota Moreso, “as normas constitucionais constituem o que Kelsen denominou uma moldura dentro da qual pode haver várias possibilidades”, de modo que “começando pelo sistema originário, pode-se gerar várias sequencias adequadas de sistemas jurídicos”.¹⁰⁴ A sequência de sistemas decorrentes não é linear, mas sim ramificada. Ela, com isso, divide os sistemas jurídicos em dois conjuntos: sistemas jurídicos constitucionalmente possíveis e sistemas jurídicos constitucionalmente

¹⁰² Idem, ibidem.

¹⁰³ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, pp. 390-1. É bem verdade que Kelsen é bastante enfático quanto aos riscos de uma determinação material do conteúdo das leis pela Constituição, que, no seu entender, seria apta a potencializar o poder do Tribunal Constitucional de maneira “insuportável”, de maneira que a regulação dos modos de produção normativa deveria ser preponderantemente formal. Cf. Hans Kelsen, “A Jurisdição Constitucional”, in *Jurisdição Constitucional*, trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 168.

¹⁰⁴ Cf. José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, trad. Ruth Zimmerling. Springer: Dordrecht, 1998, p. 119.

impossíveis ou excluídos. Os primeiros correspondem aos “mundos juridicamente possíveis”, que abarcam não apenas aquilo que é determinado (positiva ou negativamente) pela Constituição, mas também aqueles casos em que ela não possui “valor de verdade” (“*truth-value*”). Isso pode acontecer porque ela é silente sobre determinada questão, porque “ela fala em muitas vozes”, ou mesmo porque “ela fala em uma voz incerta”.¹⁰⁵ O primeiro caso corresponde ao conteúdo da moldura constitucional, enquanto que o último diz respeito à insegurança quanto a esse conteúdo.

Se olharmos a questão de outro ângulo, a metáfora da constituição como moldura corresponde a um meio termo entre um modelo procedimental de Constituição, “em que a Constituição não contém nenhum dever ou proibição substancial que restrinja a competência do legislador”¹⁰⁶, que está autorizado a tudo fazer, ou seja, cujas competências são “substancialmente ilimitadas” (ou, em outras palavras, “a sua discricionariedade é substancialmente ilimitada”) e um modelo puramente material¹⁰⁷, em que a constituição impõe deveres ou proibições “para toda e qualquer decisão legislativa imaginável”, o que implica que “toda e qualquer discricionariedade é eliminada”. O modelo material-procedimental prevê a existência de coisas facultadas e não facultadas, isto é, obrigatórias ou proibidas.

Em suma, a ideia de constituição como moldura adotada é, portanto, de uma constituição que, de um lado, obriga e proíbe algumas coisas, estabelecendo a moldura e, de outro, faculta outras, aceitando a discricionariedade (estrutural). Segundo Alexy, tal discricionariedade é formada justamente pelas alternativas facultadas ao legislador e é de tipo estrutural, já que tem sua extensão determinada “por aquilo que é juridicamente válido em virtude das normas constitucionais”, ou seja, dos limites daquilo que a Constituição definitivamente obriga ou proíbe.¹⁰⁸ Poderíamos dizer, a título de complementação, que a discricionariedade epistêmica, por sua vez, incide justamente sobre as hipóteses em que,

¹⁰⁵ Cf. José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, p. 119.

¹⁰⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos fundamentais*, p. 580. No mesmo sentido, Cf. Gema Marcilla, “Balancing as a Guide to Legislative Reasoning”, p. 95. Como nota Kelsen, a moldura fixada pela norma jurídica geral e dentro da qual é produzida a norma individual “é a mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo.” Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 272.

¹⁰⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos fundamentais*, p. 581. No mesmo sentido, Gema Marcilla, “Balancing as a Guide to Legislative Reasoning”, p. 95-6. Não fica claro se, para Alexy, essa acepção de Constituição corresponde à criticada ideia de Constituição total. Mesmo que a resposta seja negativa, não resta dúvida de que os conceitos se aproximam e pelo menos uma de suas consequências é idêntica: a eliminação de qualquer discricionariedade legislativa.

¹⁰⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 582. No mesmo sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caribdis*, p. 265.

por razões fáticas ou normativas, não estamos seguros a respeito do que compõe a referida moldura.

Em face do exposto, pode-se dizer que o modo de funcionamento da Constituição – e, por via de consequência, da jurisdição constitucional – deve ser análogo a uma *navalha de Ockham*. A premissa para isso é de que os constitucionalistas não possuem a resposta para todos os problemas da sociedade.¹⁰⁹ É importante que a Constituição seja um limite para o legislador. Contudo, ela não pode funcionar como uma “camisa de força” para as suas ações.¹¹⁰ Mesmo em Constituições com amplo rol de direitos e garantias fundamentais, como a brasileira, não podemos supor que todos os problemas relativos a esses direitos e garantias são por ela resolvidos. Isso é verdadeiro com relação aos direitos fundamentais quanto aos quais a discricionariedade legislativa é menor (saúde e educação, por exemplo) e, mais ainda, quanto àqueles com relação aos quais ela é maior (defesa do consumidor, por exemplo).¹¹¹

Essas questões serão retomadas adiante. Feitas essas considerações, passo à análise das restrições a direitos fundamentais. O meu intuito com isso é basicamente esclarecer o conceito de restrição para os fins deste trabalho e a espécie de restrição que será analisada.

2.5 Restrições a direitos fundamentais

¹⁰⁹ Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 262.

¹¹⁰ A crítica à ideia de uma Constituição que funciona como “camisa de força para o governo” é feita por Richard Posner. Cf. Richard A. Posner, “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, *Indiana Law Journal* 59 (1983), p. 15.

¹¹¹ Essa parece ser a visão do Supremo Tribunal Federal a respeito da Constituição Federal de 1988. EM seu voto na ADI 3.937/SP, por exemplo, o Min. Marco Aurélio advertiu que compreender que a Constituição, “ao demandar do Estado certa forma de atuação”, “não deixaria qualquer espaço ao exercício legislativo, que estaria condicionado à ‘resposta correta’ derivada da interpretação constitucional”, seria extrair mais daquela norma do que ela pode oferecer e, com isso, “restariam asfixiados os demais Poderes da República, obstruindo-se a contribuição que podem dar à construção da ordem jurídica justa e democrática”. Por esta razão, “o Supremo não pode filiar-se à corrente que sustenta que todas as políticas públicas estão pré-determinadas na Carta Federal, sob pena de torná-lo – o próprio Tribunal – em governante” (ADI 3.937/SP, voto do Min. Marco Aurélio, pp. 29-30). Por sua vez, na ADI n. 4.650/DF, o Min. Luiz Fux advertiu que, “em matéria relativa ao financiamento de campanhas eleitorais, a Constituição não encerra uma ordem-fundamento em sentido quantitativo”, que institui deveres, imposições ou proibições ao legislador, mas, pelo contrário, “pode-se dizer, sem incorrer em equívocos, que o constituinte conferiu uma competência decisória autônoma ao legislador para tratar da temática”, de modo que “existe uma ampla margem de conformação legislativa na formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento”. Ou seja, “a Constituição, a despeito de não ter estabelecido regras impondo ou proibindo diretamente um dado modelo de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa” (ADI 4.650/DF, voto do Min. Luiz Fux, p. 19).

A partir das premissas do suporte fático amplo e da teoria externa dos direitos fundamentais, sempre que uma ação ou omissão estatal incidir sobre o âmbito temático de um determinado direito fundamental, isto é, sobre aquilo que é garantido *prima facie*, estaremos diante de uma restrição a esse direito. Uma restrição a um direito ou dever *prima facie* – atingindo, portanto, os bens protegidos pelos princípios de direitos fundamentais e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais – origina um direito ou dever definitivo.¹¹² No entanto, para que uma norma possa ser considerada uma restrição a um direito fundamental, é imprescindível que ela seja compatível pela Constituição. Caso seja inconstitucional, “ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição”.¹¹³ Assim, caso não haja – materialmente – fundamento constitucional para efetuar a restrição, estaremos diante de uma intervenção, que, enquanto tal, é inconstitucional.¹¹⁴ A isso é que Aharon Barak se refere quando menciona a necessidade de uma “cadeia de autorização” para limitações a direitos fundamentais, isto é, “a exigência básica de toda democracia constitucional” de que “toda limitação a um direito fundamental seja reportada a uma norma válida”, que desemboca na própria Constituição.¹¹⁵

É importante ressaltar, neste ponto, que a forma como se deve avaliar o caráter restritivo da atuação do legislador é ampla. Em outras palavras, se a legislação que atua no âmbito de um direito fundamental de algum ponto de vista é restritiva, ela permanece restritiva mesmo que, a partir de algum outro ponto de vista, seja também configuradora. É que o fato de “uma norma restritiva seja razoável e exigível para a garantia da liberdade não retira dela a qualidade de restrição”.¹¹⁶

Os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por normas constitucionais como em virtude delas. Na primeira hipótese, trata-se de restrições diretamente

¹¹² Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 285. No mesmo sentido, Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, pp. 77 e ss. Em sentido semelhante, Cf. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003, pp. 192 e ss.

¹¹³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 281.

¹¹⁴ Idem, *ibidem*. No mesmo sentido, Aharon Barak, *Proportionality*, pp. 108 e ss. Como ressalta Borowski, a necessidade de toda restrição a um direito fundamental por meio de uma regra legal estar sustentada por princípios constitucionais “explica igualmente como é possível a restrição de direitos fundamentais por meio de leis”. Cf. Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 82.

¹¹⁵ Segundo Barak, como uma previsão legal que limita um direito fundamental constitui parte do sistema jurídico, que possui uma estrutura hierárquica, ela deve, em última análise, estar conectada com uma autorização encontrada na própria Constituição. Do contrário, “ela constitui uma violação tanto ao direito fundamental quanto à própria constituição”. Cf. Aharon Barak, *Proportionality*, p. 109.

¹¹⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 334-5 e Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, pp. 83 e ss. Do mesmo autor, “La Restricción de los Derechos Fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional* 20 (2000), pp. 36 e ss.

constitucionais; na segunda, de restrições indiretamente constitucionais. No caso das restrições diretamente constitucionais, estamos diante de uma norma restritiva que constitui ela própria – do ponto de vista formal – uma limitação àquilo que é garantido *prima facie* por um princípio de direito fundamental.¹¹⁷ Parece-me que é a essa categoria que Virgílio Afonso da Silva se refere quando fala em restrições baseadas em princípios, isto é, situações de colisão entre direitos fundamentais que não foram objeto de ponderação por parte do legislador e são levadas a cabo pelos juízes na resolução de casos concretos.¹¹⁸ Acredito, contudo, que é possível haver restrições diretamente constitucionais baseadas em regras. Um exemplo claro disso é a regra decorrente da disposição do art. 225, § 1º, inc. VII da Constituição, segundo a qual estão vedadas as práticas que “submetam os animais a crueldade”.¹¹⁹

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas que a Constituição autoriza alguém – em especial o legislador – a fazer. Nesses casos, o legislador, em geral mediante uma regra, resolve uma colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos e bens coletivos e materializa essa solução no âmbito na legislação infraconstitucional.¹²⁰ Em outras palavras, a lei restritiva nada mais é do que a tradução de uma relação de precedência condicionada que soluciona uma colisão entre princípios. Nesses casos, pelo menos no caso das restrições constitucionais, entendo que tem razão Jorge Reis Novais

¹¹⁷ De acordo com Alexy, não devemos confundir o conceito de restrição com o conceito de cláusula restritiva. Enquanto o último pertence à perspectiva da norma (e é justamente nesse sentido que se afirma que é parte de uma norma de direito fundamental completa), o primeiro pertence à perspectiva do direito. Cláusulas restritivas podem ser escritas, como a menção à necessidade de que o exercício da liberdade de reunião se dê “pacificamente e sem armas”, e não escritas, o que diria respeito à possibilidade de restringir direitos de terceiros e valores constitucionais restringirem direitos fundamentais. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 286 e ss. Parece não haver, contudo, diferença entre uma cláusula restritiva não escrita e uma restrição diretamente constitucional. Talvez isso tenha levado Jane Reis Gonçalves Pereira, embora seguindo em grande parte a proposta de Alexy a esse respeito, a entender que restrições diretamente constitucionais “emanam de cláusulas restritivas constitucionais”. Cf. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação Constitucional e Direitos fundamentais*, p. 208.

¹¹⁸ Borowski, por outro lado, ao mencionar as restrições realizadas mediante princípios, faz referência aos princípios que sustentam materialmente regras legais restritivas e que, portanto, constituem o fundamento para a restrição. Ao fim e ao cabo, eles seriam uma restrição ao princípio contrário: “A restrição que se efetua mediante uma regra, implica por sua vez materialmente a restrição que se efetua mediante o princípio que sustenta o conteúdo da regra.” Cf. Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, p. 82. Embora não seja errado ver a questão assim, se postas as coisas dessa forma, na verdade a distinção entre restrições efetuadas mediante regras e restrições efetuadas mediante princípios perde todo o sentido, já que *todas* as restrições, materialmente falando, são realizadas mediante princípios constitucionais, na medida em que sempre buscam neles o seu fundamento. Por outro lado, parece-me difícil, pelo simples fato de ser uma regra a decorrência de uma relação de precedência condicionada, que a restrição *legal* tenha conteúdo de princípio. Em sentido diverso, Cf. Aharon Barak, *Proportionality*, p. 110.

¹¹⁹ Para uma posição que pode ser interpretada nesse sentido, Cf. Wilson Steinmetz, “‘Farra do boi’, fauna e manifestação cultural: uma colisão de princípios constitucionais? Estudo de um acórdão do Supremo Tribunal Federal”, *Direitos fundamentais & justiça* 9 (2009): 260-273.

¹²⁰ Eu me refiro aqui ao aspecto formal da restrição. Materialmente falando, restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios.

quando ressalta que tais normas alteram o próprio âmbito de proteção, “restringindo, com uma intenção de validade geral e abstrata, a primitiva norma de direito fundamental”.¹²¹ É deste tipo de restrição que me ocuparei. Assim, por exemplo, se o legislador proíbe “o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público” (art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.294/96) ou, ao tratar do Sistema Único de Saúde, veda “a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa” (art. 19-T, inc. II, da Lei n. 8.080/90), está ele a impor uma restrição, respectivamente, ao direito geral de liberdade e ao direito à saúde.

Segundo Alexy, “a expressão mais clara da competência para impor restrições indiretamente constitucionais encontra-se nas cláusulas de reserva explícitas”.¹²² É nesse contexto que surge o debate em torno dos sistemas de reserva legal.¹²³ A possibilidade de restrições infraconstitucionais a direitos fundamentais, contudo, não está vinculada à admissão de existência de um sistema de reserva legal nos moldes como tradicionalmente aceita a doutrina – e nem me parece que essa seja a proposta de Alexy, que expressamente adverte que o princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado “é fundamento de uma competência legislativa constitutiva para a imposição de restrições, mesmo que essa competência seja limitada por princípios substanciais”.¹²⁴

Com relação a isso, entendo, nos termos da proposta de Virgílio Afonso da Silva, e ao contrário do que sustenta a doutrina nacional majoritária¹²⁵, que não há um sistema de reserva legal na Constituição brasileira.¹²⁶ Não cabe, portanto, aplicar a teoria triádica da reserva legal e distinguir direitos fundamentais submetidos a reserva legal simples, a reserva legal qualificada e não submetidos a reserva. Isso porque a mera semelhança entre o texto de alguns dispositivos da Constituição brasileira e dispositivos de Constituições que

¹²¹ Cf. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais*, p. 195.

¹²² Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 281.

¹²³ Para uma visão a respeito da noção reserva legal, Cf., por todos, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, pp. 131 e ss. e Lothar Michael e Martin Morlok, *Direitos Fundamentais*, trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, pp. 293 e ss.

¹²⁴ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 294.

¹²⁵ Cf., dentre outros, Suzana de Toledo de Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 163-166, Gilmar Ferreira Mendes, “Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações”, in Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 232 e ss. e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, pp. 210 e ss.

¹²⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, pp. 605-18.

supostamente adotam o modelo não é suficiente para justificar a defesa da existência de um sistema de reservas.¹²⁷ Há algo a mais nessas Constituições que não está presente na Constituição Brasileira: “a previsão de que somente quando autorizado expressamente pela constituição pode o legislador restringir ou regular algum direito fundamental”.¹²⁸ Este ponto tem especial importância devido ao fato de que muitos autores que defendem a existência desse sistema fazem um escalonamento da liberdade de conformação do legislador a partir de cada uma das categorias de reserva legal.¹²⁹ O problema, primeiramente, é que isso só complica uma questão por natureza já complexa, tendo em vista que fica muito difícil determinar o alcance da discricionariedade do legislador na conformação de direitos fundamentais sujeitos a algum tipo de reserva, até porque não se propõe nenhum definir um critério para distinguir o exercício dessa discricionariedade nos diferentes casos.¹³⁰ Em segundo lugar, a posição adotada quanto aos chamados direitos sujeitos a reserva qualificada “não se está muito distante de se deixar ao legislador a mera execução daquilo que o legislador constituinte originário já havia delineado”, rebaixando-o “à mera tarefa de concretizador autômato da constituição, sem grande – ou sem qualquer – margem de conformação”.¹³¹ As menções à lei no art. 5º da Constituição, na verdade, apenas diminuem ônus argumentativo que o legislador tem ao criar leis restritivas de direitos fundamentais, e isso apenas em alguns casos e em relação aos objetivos – e não à extensão e à intensidade.¹³²

Conforme exposto, é necessário haver, partir do que *efetivamente* se busca com a medida, fundamentação constitucional para que se trate de uma restrição. Isso, contudo, não é suficiente. Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível “se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”, razão pela qual pode se dizer que “os direitos fundamentais “são restrições à própria restrição e restringibilidade”.¹³³ Esses dois

¹²⁷ Mesmo em Constituições tidas como modelos do sistema de reserva legal, como a alemã, é discutível se de fato este modelo existe. Quanto à Constituição Alemã, Klaus August Bettermann adverte que, antes de criar um sistema, o que a Lei Fundamental fez foi levar a cabo uma verdadeira “confusão de limites”. Cf. Klaus-August Bettermann, “Los límites de los derechos fundamentales”, trad. Joaquín Brage Camazano, in Francisco Fernández Segado (ed.), *The Spanish Constitution in the European constitutional context: La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 1517.

¹²⁸ Nesse sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Os direitos fundamentais e a lei”, p. 610.

¹²⁹ Nesse sentido, por exemplo, Cf. Suzana de Toledo de Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 164.

¹³⁰ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Os direitos fundamentais e a lei”, p. 613.

¹³¹ Idem, *ibidem*.

¹³² Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Os direitos fundamentais e a lei”, p. 615.

¹³³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 296. Não pretendo discutir aqui a tese de Alexy de que a proporcionalidade decorre logicamente da conceituação dos princípios como mandamentos de

requisitos nos remetem de imediato às exigências da regra da proporcionalidade, que constitui a forma de verificação da constitucionalidade da restrição. Ou seja, uma restrição legislativa de um direito fundamental só merece aceitação caso esteja de acordo com esse postulado e, portanto, seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.¹³⁴

A adequação exige que a medida estatal seja apta a *fomentar* a realização de um fim constitucionalmente legítimo, de modo que, mesmo que não implique a efetiva realização da finalidade, o meio poderá ser considerado adequado, desde que minimamente o promova¹³⁵: “o meio não tem necessariamente de alcançar plenamente o fim, mas precisar facilitar”.¹³⁶

A necessidade, por sua vez, exame eminentemente comparativo, corresponde à verificação da existência de meios alternativos àquele escolhido pelo legislador que possam promover igualmente o fim, sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.¹³⁷ Em muitos casos a legislação passará ilesa nas duas primeiras sub-regras, o que nos leva à terceira delas, a proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, constitui um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental ou bem constitucional que com ele colide e que fundamenta a restrição, estruturado nos termos da chamada primeira lei ponderação, que

otimização. Nesse sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 116 e ss. Para uma crítica dessa tese, Cf. Kai Möller, “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, pp. 459-60. Para uma resposta de Alexy, Cf. Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus* 22 (2014), p. 58.

¹³⁴ Aqui, assumo uma posição quanto aos componentes do teste da proporcionalidade. É que está longe de haver consenso com relação ao número de sub-regras que dele fazem parte. Enquanto para alguns autores (Cf. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, pp. 142 e ss. e Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, pp. 228 e ss.), por exemplo, seriam apenas duas (adequação e necessidade), para outros (Cf., por exemplo, Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional structure of proportionality*. Oxford, UK. Oxford University Press, 2012, pp. 8 e ss., Aharon Barak, *Proportionality*, pp. 243 e ss. e Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, pp. 179 e ss.), seriam quatro (legitimidade do fim, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Alinho-me aos autores que sustentam serem três componentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Nesse sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 116 e ss., Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 34 e ss., Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, pp. 39 e ss. e Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 617 e ss.

¹³⁵ Nesse sentido, Cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, pp. 37 e ss.

¹³⁶ Cf. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos fundamentais*, p. 139.

¹³⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 172 e ss.

determina que “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.¹³⁸

Em um modelo fundamentado de sopesamento, é possível determinar alguns passos.¹³⁹ Numa primeira fase é importante identificar os fatos e argumentos relevantes, ou seja, verificar quais condições do caso e os argumentos que jogam em favor de um e outro direito. É que, não obstante se trate de uma otimização em face das possibilidades jurídicas, as circunstâncias fáticas têm especial relevância para a determinação do peso dos direitos fundamentais. A fase é composta basicamente por três estágios.¹⁴⁰

É necessário analisar, primeiramente, o peso abstrato dos direitos fundamentais, ou seja, se a sua importância material no sistema constitucional é a mesma. Se os pesos abstratos forem os mesmos, eles não jogam em nenhum favor no procedimento de ponderação.¹⁴¹ Posteriormente, se estabelece a intensidade da intervenção no direito

¹³⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 167. Faço referência aqui, e assim procederei ao longo do trabalho, a colisões entre apenas dois princípios, embora não afaste a possibilidade de, especialmente em situações mais complexas, vários princípios colidirem entre si. Isso remete ao problema do relacionamento de argumentos normativos: Nos casos em que colidem vários princípios, como os argumentos que eles trazem para o sopesamento devem ser relacionados? Alexy parece sugerir que isso se dê de forma aditiva (Cf. Robert Alexy, “La formula del peso”, p. 40). Sieckmann, contudo, critica essa solução, sustentando que, para que princípios possam ser agregados aditivamente, é necessário que os pesos determinados sejam aditivamente separáveis. O problema é que é possível que os princípios estejam em uma relação que os faça interdependentes, o que excluiria a possibilidade de separação e, conseqüentemente, de simples adição (Cf. Jan-R. Sieckmann, “Balancing, Optimisation, and Alexy’s ‘Weight Formula’, in *Legal Reasoning: The Methods of Balancing, Proceedings of the Special Workshop “Legal Reasoning: The Methods of Balancing” held at the 24th World Congress of the Association of Legal and Social Philosophy (IVR)*. Beijing: ARSP-Beiheft, 2010, p. 110). Além disso, segundo Portocarrero Quispe, para que se possa realizar uma acumulação aditiva das intensidades de intervenção, é preciso determinar um ponto de referência comum entre elas. Esse ponto de referência, de acordo com o autor, seria o titular dos direitos fundamentais. Isso significa que uma acumulação aditiva só seria possível se em cada lado da equação do sopesamento existisse um titular diferente com relação ao qual se pretende intervir em direitos fundamentais. Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, pp. 92 e ss.

¹³⁹ A proposta aqui defendida é uma síntese de elementos de vários modelos, dentre os quais, sobretudo, as ideias de Robert Alexy (Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 450 e ss.), Ana Paula de Barcellos (Cf. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 92 e ss.) e Humberto Ávila (Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 156 e ss.)

¹⁴⁰ Nesse sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 594 e ss. e Carlos Bernal Pulido, “La Racionalidad de la ponderación”, in Miguel Carbonell (org.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 49 e ss. e, do mesmo autor, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 763 e ss. Aqui não pretendo me valer da chamada “fórmula do peso”, utilizada por Alexy para reconstruir o processo de sopesamento. Muito embora o objetivo do autor com a referida fórmula não seja, certamente, tornar a ponderação um processo racional, mas, antes, demonstrar, por meio dela, que o processo é racional, acredito que a fórmula acaba por gerar confusão, passando a impressão de que o procedimento é mais complexo do que efetivamente é.

¹⁴¹ Cf. Robert Alexy, “La fórmula del peso”, p. 23, e, do mesmo autor, “On Balancing and Subsumption”, p. 336. No mesmo sentido, Cf. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 766-7. Segundo Alexy, o peso abstrato de um princípio é o peso que se atribui a esse princípio em relação aos outros, “independentemente das circunstâncias de qualquer caso concreto” (Cf. Robert Alexy, “La fórmula del peso”, p. 23). De modo semelhante, Klatt e Meister lembram que “podemos

fundamental restringido, o que corresponde a verificar o seu grau de não-satisfação. Relativamente à intensidade da intervenção, é possível construir uma escala de graus, que diferenciará intervenções leves, médias e graves (escala triádica).¹⁴² Segue-se um segundo estágio, no qual é analisada a importância de realizar o direito fundamental fomentado pela medida. Quanto à importância de se satisfazer o direito fundamental promovido igualmente é possível estabelecer graus: pequena, média e grande. O terceiro estágio tem por finalidade responder à questão de se a importância de se satisfazer o direito promovido (D₁) justifica o detrimento ou a não-satisfação restringido (D₂). Neste ponto, a partir das avaliações anteriores, é verificado o peso dos direitos fundamentais colidentes. O objetivo da análise é estabelecer o peso relativo dos direitos fundamentais, isto é, determinar que grau de satisfação de um direito é necessário para justificar um determinado grau de não satisfação ou de restrição do direito colidente.

Como se nota a partir da escala mencionada acima, há casos em que o grau de intervenção em um direito ou de não satisfação desse direito é igual ao grau de importância de realizar o direito fundamental promovido. Ou seja, trata-se de um empate, que gera uma discricionariedade estrutural do legislador para sopesar. Este tipo de discricionariedade constitui um primeiro limite à atuação do Judiciário quando este se vale do teste da proporcionalidade em sentido estrito, e é, conforme mencionado, objeto do próximo capítulo.

Mas este não é o único questionamento possível. Poderíamos também nos perguntar se sempre será possível chegar a uma conclusão a respeito do que a Constituição exige ou faculta. De modo mais específico, poderíamos questionar se é sempre possível

dar prioridade a direitos importantes sobre outras considerações, como outros direitos individuais, bens coletivos, ou interesses públicos”, de modo que eles entrem “no estágio do sopesamento com uma espécie de margem de vitória” (Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 26), o que não é outra coisa senão “uma preferência *prima facie* em face de princípios com peso abstrato menor”. (Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, “A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global”, trad. João Costa Neto, *Observatório da Jurisdição Constitucional* 7 (2014), p. 34) No mesmo sentido, João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caribdis*, pp. 117 e ss. Para Sieckmann, contudo, não fica claro o que Alexy quer dizer com essa independência de casos concretos. De acordo com ele, a ideia de peso abstrato é que são pesos independentes do caso em questão, isto é, do caso que deve ser decidido, mas que permanecem sendo pesos relativos, no sentido de que devem ser determinados com relação a colisões de princípios, muito embora não relativamente à colisão que devemos decidir (Cf. Jan-R. Sieckmann, “Balancing, Optimisation, and Alexy's ‘Weight Formula’”, p. 113). Se esse peso diz respeito a um princípio quando do relacionamento com outros, então a sua aplicação de alguma forma pressupõe a ocorrência de colisões e, portanto, ele não constitui “uma propriedade de um princípio individual” (Cf. Jan-R. Sieckmann, “Concepciones de la ponderación: Optimización y la ‘formula del peso’ de Robert Alexy”, in Gustavo Beade e Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 189-230).

¹⁴² Nesse sentido, Cf., por todos, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 595 e ss.

determinar o peso dos princípios colidentes. A resposta certamente é negativa. Ou seja, no caso mencionado acima, é possível que, seja por razões empíricas, seja por razões normativas, não se consiga determinar o peso dos princípios numa situação de colisão. Isso nos leva à discussão a respeito da discricionariedade epistêmica do legislador, objeto do terceiro capítulo.

CAPÍTULO 3 – A DISCRICIONARIEDADE ESTRUTURAL DO LEGISLADOR PARA SOPEGAR

Uma primeira forma de limitar o uso da proporcionalidade em sentido estrito pelo Judiciário quando do controle de constitucionalidade da legislação restritiva de direitos fundamentais é mediante o reconhecimento de uma discricionariedade estrutural para sopesar ao legislador. Essa estratégia permite, de certa forma, inserir um dever de deferência, baseado no princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado, no âmbito do próprio exame da proporcionalidade, de modo a garantir os devidos espaços decisórios ao Parlamento.

Para justificar essa limitação, este capítulo está dividido em cinco tópicos. No primeiro, procuro explicitar o conceito de discricionariedade de que parto no trabalho e, valendo-me das discussões da teoria do direito, sustento a noção de discricionariedade como um tipo especial de escolha, significativamente restringida pela razão e pelo papel institucional. No segundo, analiso a ideia de discricionariedade estrutural para sopesar em si e procuro esclarecer as hipóteses em que essa modalidade de discricionariedade surge, quais sejam, casos de empate no sopesamento. Nos dois seguintes, passo à análise de dois temas correlatos, que permitem uma melhor compreensão do tema e justificam porque podemos entender que casos de discricionariedade estrutural para sopesar são dilemas morais genuínos e configuram âmbitos constitucionalmente não valorados. Por fim, sustento que o reconhecimento de uma discricionariedade em favor do legislador exige do tribunal, por força do princípio formal da competência do Parlamento, uma postura de deferência com relação à decisão legislativa.

3.1 A questão terminológica

Não apenas por uma questão de clareza conceitual – em especial porque “há pouca concordância a respeito do significado de discricionariedade e menos ainda sobre a sua

conveniência"¹⁴³ –, mas também por haver consequências relevantes para alguns aspectos do trabalho, parece-me importante explicitar o que quero dizer por “discricionariedade” quando sustento que, em alguns casos, o legislador possui “discricionariedade estrutural para soperar”. Isso é especialmente importante neste contexto porque a expressão utilizada por Alexy para se referir ao que aqui denomino “discricionariedade” – “*Spielraum*” – não possui um sentido unívoco¹⁴⁴, e no mais das vezes é traduzida de outras formas, como “campo de ação”¹⁴⁵, “margem de ação”¹⁴⁶, ou, por fim, conforme sustentarei aqui, “discricionariedade”.¹⁴⁷ Com isso, entretanto, *não* quero me referir ao sentido, técnico e específico, que o termo possui para o direito administrativo.¹⁴⁸ Embora fosse possível

¹⁴³ Cf. George C. Christie, “An Essay on Discretion”, *Duke Law Journal* 35 (1986), p. 747. No mesmo sentido, Rosenberg adverte que “falar em discricionariedade com relação ao direito é abrir milhares entradas para discussão”. Cf. Maurice Rosenberg, “Judicial Discretion of the Trial Court, Viewed from above”, *Syracuse Law Review* 22 (1971), p. 635.

¹⁴⁴ Além disso, é importante notar que outras expressões são utilizadas para fazer menção a idéias correlatas existentes em outras teorias ou na jurisprudência constitucional, como é o caso, por exemplo, de “liberdade de conformação” ou “margem de conformação”. O Tribunal Constitucional Federal Alemão e parte da doutrina, por exemplo, costumam falar em “liberdade de configuração do legislador”, embora inicialmente aquela corte tenha se valido do termo “discricionariedade” para fazer referência à mesma figura, isto é, às hipóteses em que não efetua um controle de conteúdo da legislação. O próprio Alexy ressalta, ao tratar da forma como o tribunal aborda a questão, que, em muitos casos, ainda que o órgão não utilize essa expressão, ele se refere à mesma coisa ou pelo menos a algo muito similar, como seria o caso quando fala em “âmbito de configuração”, “competência de configuração” e “liberdade de configuração”. Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinário”, pp. 57-8. Hans-Peter Schneider – contrariamente ao que pretendo defender – sustenta que seria mais adequado manter essa terminologia e não utilizar o termo proveniente do direito administrativo (“discricionariedade”), “a fim de se evitar o máximo de mal-entendidos”. Cf. Hans-Peter Schneider, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, trad. Joaquin Abellan, *Revista Española de Derecho Constitucional* 5 (1982), p. 55. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por outro lado, sustenta posição diametralmente oposta: “em vez de ‘liberdade do legislador’, ‘liberdade do poder regulamentar’, ‘liberdade do poder jurisdicional’, até ‘liberdade do governo’, deve-se preferir ‘discrção do legislador’, ‘discrção regulamentar’, ‘discrção jurisdicional’, e, ainda, ‘discrção governamental’”. Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, pp. 21-2.

¹⁴⁵ Nesse sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 449.

¹⁴⁶ Essa, por exemplo, foi a opção de Carlos Bernal Pulido quando da tradução do posfácio da Teoria dos Direitos Fundamentais para o espanhol. Cf. Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional* 22 (2002): 13-64.

¹⁴⁷ Essa foi a opção de Julian Rivers, ao traduzir a obra de Alexy para o inglês e de Virgílio Afonso da Silva, ao realizar a tradução para o português, Cf. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002, pp. 388 e ss. e Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 12 e 575 e ss. Um argumento importante no sentido da opção ora feita é o fato de o próprio Alexy, em textos publicados em inglês, utilizar o termo “discricionariedade” (“discretion”). Cf. Robert Alexy, “Constitutional Rights, Democracy, and Representation”, *Ricerche giuridiche* 3 (2014), pp. 292-3 e, do mesmo autor, “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), p. 580 e “On Constitutional Rights to Protection”, pp. 15-17.

¹⁴⁸ Nesse sentido também a advertência de Virgílio Afonso da Silva, que ressalta que o termo deve ser entendido como “liberdade de decisão”. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1ª ed., trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 12. Para uma ampla discussão a respeito da conveniência e da correção de uma eventual transposição da noção de discricionariedade administrativa para o direito constitucional (e, portanto, para a construção de uma noção de discricionariedade legislativa), Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 515 e ss.

sustentar simplesmente que se trata de uma liberdade de decisão, por razões que explicitarei adiante, pretendo me valer aqui do conceito de discricionariedade em sentido forte desenvolvido no âmbito da teoria do direito, com uma atenção especial aos trabalhos de HLA Hart¹⁴⁹ e Ronald Dworkin, ou seja, como um tipo especial de escolha, significativamente restringida pela razão e pelo papel institucional.¹⁵⁰

3.1.1 O conceito de discricionariedade

Embora a preocupação principal tanto de Hart quanto de Dworkin tenha sido analisar especificamente a discricionariedade que deveria (ou não) ser conferida aos juízes e, certamente, como o próprio Hart reconhece, os poderes conferidos aos juízes mediante a garantia de uma discricionariedade sejam diferentes dos de um órgão legislativo – principalmente porque são objeto de muitos constrangimentos que restringem a sua escolha, de que este último órgão pode estar consideravelmente liberto¹⁵¹ –, entendo que os elementos conceituais utilizados para caracterizar a discricionariedade são válidos para a discricionariedade em geral, e não apenas no âmbito do direito, já que esse fenômeno da discricionariedade “tem suas raízes e localização preponderante na nossa vida comum”¹⁵² e é um conceito retirado “da linguagem ordinária”.¹⁵³

¹⁴⁹ Parece-me haver um paralelo entre as teorias de Hart e Alexy inclusive no que se refere ao que ambos buscam com a utilização do conceito em suas teorias. Assim como Hart busca o meio termo entre a Cila do formalismo e a Caribdis do ceticismo com relação às regras (Cf. HLA Hart, *The Concept of Law*, 2ª ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 1994, p. 147), Alexy formulou a ideia para responder às críticas em um extremo, segundo as quais a sua teoria implicaria a Cila da subconstitucionalização, e, portanto, uma proteção muito fraca dos direitos fundamentais, e, no outro, de que ela teria como consequência a Caribdis da hiperconstitucionalização, destruindo qualquer espaço de liberdade para o legislador (Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, pp. 50 e ss.). Guardadas as devidas proporções, em ambos há uma tensão entre a vinculação total a uma norma e a total liberdade com relação ao que ela dispõe. Assim como em Hart a discricionariedade [judicial] começa no momento em que a habilidade do direito existente de ser resolver a questão termina (Cf. Roger A. Shiner, “Hart on Judicial Discretion”, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 5 (2011), p. 356), em Alexy a discricionariedade estrutural do legislador tem início no ponto em que termina a normatividade material definitiva da Constituição (Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 59).

¹⁵⁰ A associação entre a discricionariedade estrutural de Alexy e a discricionariedade no âmbito das teorias de Hart e de Dworkin também é feita por Matthias Klatt, que sustenta que as noções de discricionariedade desenvolvidas por Alexy possibilitam uma melhor compreensão da discricionariedade judicial. Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously – A structural analysis of judicial discretion”, *Ratio Juris* 20 (2007), pp. 508 e ss. De certa forma, pretendo fazer o inverso aqui, isto é, não trazer as propostas de Alexy para a discussão entre Hart e Dworkin, mas sim trazer algumas considerações daqueles autores para a teoria de Alexy.

¹⁵¹ Cf. HLA Hart, *The Concept of Law*, p. 273.

¹⁵² Cf. HLA Hart, “Discretion”, *Harvard Law Review* 127 (2013), p. 656. Assumo, portanto, que há um paralelismo conceitual entre as diversas formas de discricionariedade existentes no direito, embora elas certamente não possuam o mesmo âmbito, porque os constrangimentos institucionais e argumentativos não são os mesmos. Um paralelismo conceitual semelhante é assumido por Aharon Barak e Matthias Klatt. Cf.

Mas não é só. A discricionariedade constitui algo ubíquo no direito.¹⁵⁴ Relaciona-se a todos os três poderes do Estado: o Legislativo atua dentro da moldura da Constituição, o Judiciário atua dentro da moldura da Constituição, da legislação e dos precedentes e o Executivo atua dentro da moldura da Constituição, das leis e dos regulamentos.¹⁵⁵ No que se refere ao legislador, para além normatividade constitucional, de fato Parlamentos atuam completamente por meio da discricionariedade: eles podem criar, modificar, ou revogar direitos, além de estabelecer as condições formais para o ser exercício, sendo regidos apenas pela política legislativa.¹⁵⁶ Isso tem como consequência o fato de que inclusive o leque de critérios que estão disponíveis para o legislador efetuar suas escolhas seja mais amplo.¹⁵⁷ Neste capítulo, tratarei da discricionariedade enquanto atuação do legislador no âmbito da moldura constitucional.

Aharon Barak, *Judicial Discretion*, trad. Yadin Kaufmann. New Haven/London: Yale University Press, 1989, p. 12 e Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 507.

¹⁵³ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 31. Isso também é ressaltado por Christie, segundo o qual “a discricionariedade diz respeito à forma como as pessoas interagem umas com as outras no contexto político” e “envolve relações de poder e as maneiras como as pessoas exercitam essas relações em um sistema político em funcionamento”. Cf. George C. Christie, “An Essay on Discretion”, *Duke Law Journal* 35 (1986), p. 747. No mesmo sentido é a advertência de Fletcher: “O processo de tomada de decisão discricionário é um traço comum da vida institucional.” Cf. George P. Fletcher, “Some unwise reflections about discretion”, *Law and Contemporary Problems* 47 (1984), p. 272.

¹⁵⁴ Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 506. No mesmo sentido, Cf. Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 21.

¹⁵⁵ Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 507. No mesmo sentido – valendo-se da expressão “margem de apreciação”, mas tratando do mesmo fenômeno –, Cf. Marcela Peredo Rojas, “El Margen de Apreciación del Legislador y el Control del Error Manifiesto. Algunas Consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés y del Tribunal Constitucional Alemán”, *Estudios Constitucionales* 11 (2013), p. 58. Idênticas são as considerações de Aharon Barak, que, ao tratar do que denomina “zona da legitimidade” inerente à discricionariedade judicial, afirma: “Uma zona similar existe para cada autoridade que exerce discricionariedade, seja ela o órgão legislativo (que atua dentro da moldura da constituição) ou executivo (que atua dentro da moldura da constituição, das leis e dos regulamentos)”. Cf. Aharon Barak, *Judicial Discretion*, p. 12. Aqui vale também transcrever as palavras de Seabra Fagundes: “No *processus*, de expressão da vontade do Estado (manifestação e execução), há sempre que optar entre soluções. Essa escolha constitui o exercício da discricção, como atributo do Estado. Qualquer dos três poderes do Estado, na oportunidade de expressar-lhe a vontade, pode apresentar-se investido do atributo da discricção, ou melhor, de uma competência discricionária. Sendo o Poder Legislativo o criador da norma jurídica, do direito positivo ordinário, somente sujeito à suprema autoridade da Constituição, a sua discricionariedade é a mais ampla. Cabe-lhe, movimentando-se dentro da elasticidade própria das regras constitucionais, criar a ordem legal como, ao seu juízo, se afigure conveniente. As próprias restrições de ordem constitucional são escassas quantitativamente. As diretrizes rígidas, não comportando opção entre critérios, dispensando regulação ampliativa ou complementar, são pouco numerosas. No exercer, porém, a sua atividade discricionária, o legislador não esgota as possibilidades de opção peculiares ao exercício da atividade estatal. Às vezes por abstenção voluntária, outras, as mais dentre elas, pela impossibilidade de abranger satisfatoriamente, no contexto de cânones preestabelecidos, as múltiplas realidades supervenientes.” Cf. Miguel Seabra Fagundes, “O conceito de mérito no direito administrativo”, *Revista de Direito Administrativo* 23 (1951), p. 7.

¹⁵⁶ Cf. Albert Kocourek, “Formal Relation between Law and Discretion”, *Illinois Law Review* 225 (1914-1915), pp. 225-6. Isso não quer dizer, evidentemente, que não possa haver controvérsias a respeito de que constrangimentos a política legislativa gera para o legislador.

¹⁵⁷ Essa é a posição de George C. Christie: “O leque de critérios que as diferentes autoridades públicas podem corretamente recorrer é ditado parcialmente pelo papel desempenhado por cada autoridade e parcialmente

Nos casos em que o tomador de decisão possui discricionariedade em sentido forte – ressalta Dworkin – ele *não* está limitado pelos padrões estabelecidos pela autoridade em questão que *controle*¹⁵⁸ a sua decisão, o que quer dizer, na prática, que esse é um tipo de discricionariedade decorrente da ausência de padrões jurídicos.¹⁵⁹ Daí porque esse sentido da discricionariedade pode ser definido como a possibilidade de se escolher entre diferentes cursos de ação igualmente válidos ou admissíveis do ponto de vista jurídico.¹⁶⁰ De acordo com a maioria dos positivistas, essa espécie de discricionariedade existiria quando houvesse duas ou mais respostas igualmente corretas do ponto de vista jurídico, o que forçaria aquele que decide a efetuar sua escolha a partir de bases extrajurídicas.¹⁶¹ É a este tipo de situação que Rosenberg se refere quando trata do que denomina

pelas expectativas sociais. Nenhuma autoridade tem um rol completamente irrestrito de critérios de escolha. Pode-se sustentar que as escolhas judiciais, não importa quão difíceis, devem ser feitas com base em um rol de critérios circunscritos, enquanto a escolha legislativa pode se basear em um rol de critérios muito mais amplo.” Cf. George C. Christie, “An Essay on Discretion”, p. 753.

¹⁵⁸ A distinção entre a exigência de que os padrões normativos efetivamente controlem a decisão ou apenas pretendam controlá-la é proposta por Wilfrid Waluchow, que sugere que Dworkin parece entender que apenas a ausência da segunda hipótese seria suficiente para estarmos diante de um caso de discricionariedade. Cf. Wilfrid J. Waluchow, “Strong discretion”, *Philosophical Quarterly* 33 (1983), pp. 323 e ss. Para uma distinção no mesmo sentido, Cf. Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Right Answers Revisited*. Dordrecht: Springer, 2010, pp. 19 e ss. Estou de acordo com Waluchow – embora essa não me pareça a melhor leitura do argumento de Dworkin – quanto ao fato de que as duas situações não são equivalentes e que uma coisa é pretender fazer algo e outra é efetivamente fazê-lo, e que a discricionariedade está relacionada com a efetiva existência ou não de um controle e não apenas com uma pretensão. Seu equívoco, contudo, e daí porque não dedicarei mais espaço a essa distinção, reside no fato de analisar a questão a partir do ponto de vista de um controle completo – embora admita que a possibilidade de se interpretar a noção de “controlar” como “controlar parcialmente”, de modo que muito embora o padrão não estabeleça nem procure estabelecer uma única resposta correta ou escolha, ela seja pensada para restringir a gama de respostas aceitáveis. Para ele, um padrão controla uma decisão se, e somente se, esse parâmetro é aquele que o tomador de decisão é do a aplicar ou lhe é exigido que aplique na tomada de decisão e esse parâmetro se aplica a fatos do caso e determina ou dita uma, e apenas uma, resposta ou decisão. Penso – especialmente neste caso, em que discutimos os limites da normatividade da Constituição – que o fato de a discricionariedade ser um conceito relacional ressalta justamente aquele aspecto do controle exercido pelos padrões normativos: eles inicialmente vinculam o tomador de decisão, mas essa vinculação possui um limite e é justamente a partir desse limite que tem início a discricionariedade. Nesse sentido, é possível afirmar que necessariamente a discussão aqui deve ser a respeito de um controle parcial, e não total, da decisão.

¹⁵⁹ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 33-4. Goodin parece entender em sentido contrário quando sugere que é necessário que haja uma norma da qual provenha a discricionariedade e que, embora a leitura ora efetuada da discricionariedade em sentido forte na proposta de Dworkin seja possível, ela é equivocada. Cf. Robert E. Goodin, “Welfare Rights, Law, and Discretion”, *Oxford Journal of Legal Studies* 6 (1986), pp. 234-5. Ocorre, contudo, que o autor confunde duas questões próximas mas distintas quando se trata do exercício de uma discricionariedade. Uma coisa é afirmar, como faço neste ponto, que no caso de decisões discricionárias não há normas determinando em que sentido deve ir a decisão. Outra muito diversa (e parece ser isto que ele contesta) é afirmar que não existem normas que fundamentem o exercício da discricionariedade. São dois planos diversos: o primeiro, material e o segundo, formal. Como ressaltarei abaixo, há sim fundamento normativo para o exercício da discricionariedade estrutural para sopesar pelo legislador (o princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado). Por fim, é importante ressaltar – como procurarei deixar claro adiante – que a afirmação de que se trata de uma “ausência de padrões jurídicos” deve ser interpretada de um modo bastante específico aqui: como ausência de uma “regra de direito fundamental atribuída”.

¹⁶⁰ Cf. Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion*, p. 6.

¹⁶¹ Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 161.

“discricionariedade primária”, isto é, as hipóteses em que o tomador de decisão possui um leque de escolhas quanto ao qual ele pode decidir, livre das restrições que de modo característico se apresentam em processos decisórios: em tal área discricionária, o tomador de decisão “não pode errar, juridicamente falando, uma vez que não há oficialmente nenhuma resposta certa ou errada”.¹⁶² A discricionariedade primária conferiria “uma escolha decisória livre”.¹⁶³ Ou, na definição de Hart e Sachs, corresponderia ao “poder de escolher entre dois ou mais cursos de ação [numa situação em que], cada um dos quais é considerado como facultado”.¹⁶⁴

Segundo Hart, no entanto, “seria equivocado *identificar* a noção de discricionariedade com a noção de escolha (*tout court*)”. Ou seja, há escolhas que nós não devemos classificar como exercício de discricionariedade, especificamente aqueles casos nos quais, quando da escolha, nós meramente satisfazemos nossos caprichos ou desejos pessoais imediatos. Uma escolha pode ser considerada um exercício de discricionariedade apenas se ela possibilita uma defesa fundamentada com base em princípios que “mereçam aprovação racional”.¹⁶⁵ O indivíduo que, ao ser confrontado com um rol de bebidas, escolhe um Martini simplesmente “porque quer” não exerce uma discricionariedade. Isso porque ele não assume nenhum princípio como justificativa para sua escolha. Ele não está tentando fazer algo que ele representaria como sensato ou bom ou algo que daria efeito a um princípio merecedor de aprovação racional e seria apto a suscitar críticas a partir daí. A

¹⁶² Cf. Maurice Rosenberg, “Judicial Discretion of the Trial Court”, p. 637. Menções à relação entre a existência de uma única resposta correta e a discussão a respeito da discricionariedade são recorrentes, seja qual for o contexto da discussão. Alexy, por exemplo, desenvolve a noção de discricionariedade estrutural do legislador com a finalidade (dentre outras) de demonstrar que sua teoria não elimina toda a liberdade legislativa e não equivale à busca por uma única resposta correta. Dworkin – o grande crítico da discricionariedade judicial – é um notório defensor da possibilidade de se encontrar essa resposta. É por isso que a maioria dos autores costuma admitir que a discricionariedade depende da inexistência de uma única resposta correta. Nesse sentido, Cf. Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion*, p. 7 e Aharon Barak, *Judicial Discretion*, p. 10. Há, contudo, exceções. Waluchow, por exemplo, entende que na proposta de Dworkin a questão de se o tomador de decisão possui discricionariedade estrutural é algo distinto da questão de se há uma única resposta correta, ou seja, a existência da primeira não depende da inexistência da segunda e vice-versa. Cf. Wilfrid J. Waluchow, “Strong discretion”, pp. 334 e ss. Acredito que a conclusão de Waluchow é uma consequência da sua distinção entre *possuir* uma discricionariedade e *exercer* uma discricionariedade, sobre a qual, contudo, por razões de espaço, não me debruçarei aqui.

¹⁶³ Cf. Maurice Rosenberg, “Judicial Discretion of the Trial Court”, p. 638. Em sentido contrário, na medida em que considera que o conceito de “discricionariedade primária” de Rosenberg não corresponde ao de “discricionariedade em sentido forte” de Dworkin, Cf. George C. Christie, “An Essay on Discretion”, pp. 750-1.

¹⁶⁴ Cf. Henry Hart Jr. e Albert Sachs, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Cambridge, MA: Tentative Edition, 1958, p. 162.

¹⁶⁵ Cf. HLA Hart, “Discretion”, p. 657. No mesmo sentido, Cf. Geoffrey Shaw, “H.L.A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *Harvard Law Review* 127 (2013), p. 699. É possível extrair a mesma conclusão da caracterização da discricionariedade feita por Dworkin, que adverte que decisões discricionárias estão sujeitas a críticas a partir de determinados padrões de racionalidade. Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 33.

escolha não indica nada além de um capricho pessoal, uma preferência imediata. Seria diferente se o indivíduo que escolhe a bebida fosse capaz de oferecer uma defesa racional da sua escolha, por exemplo, afirmando que escolheu o Martini porque, por experiência, costuma se portar melhor quando bebe Martini do que quando consome outras bebidas (por falar menos e etc), hipótese em que, aí sim, poderíamos eventualmente falar em um exercício de discricionariedade. Nesse sentido, discricionariedade e escolha divergem nos casos em que "a escolha pretende ser não mais do que a expressão de um capricho pessoal, desejo imediato ou preferência".¹⁶⁶ É por essa razão que a discricionariedade, no sentido a que me refiro aqui, não é equivalente à licenciosidade, ao arbítrio e, portanto, não exclui a possibilidade de crítica. Cabe ao tomador de decisão valer-se de determinados padrões de racionalidade e eficácia, daí a afirmação de Dworkin: “Criticamos mutuamente nossos atos nos termos desses padrões [que em geral vinculam as decisões tomadas] e não há razão para não o fazermos quando os atos se encontram no interior da moldura da autoridade especial ao invés de além do seu perímetro.”¹⁶⁷

Os casos de discricionariedade têm, dentre outras características, a especificidade de que não há um “certo” e um “errado”. Pessoas honestas e sensíveis poderiam ter diferentes visões, e embora haja argumentos pesando em favor de um e de outro sentido, estes não são conclusivos, a despeito de terem peso e que há valores constitutivos distinguíveis, “mas não há nenhum princípio ou regra determinando a importância relativa desses valores constituintes ou se eles conflitarem, que harmonização deve ser feita entre eles”. Ou seja, “a característica distintiva do caso de discricionariedade é que lá permanece a escolha a ser feita pela pessoa a quem ela é atribuída e que não é determinada por princípios que possam ser formulados de antemão, embora os fatores que nós devemos levar em conta e conscientemente ponderar possam eles próprios ser identificados”.¹⁶⁸

3.1.2 A discricionariedade como conceito relacional

Para além do fato de não existir uma norma que determine a decisão a ser tomada, um aspecto importante do conceito de discricionariedade ora adotado – e que ficará mais

¹⁶⁶ Cf. HLA Hart, “Discretion”, p. 657. No mesmo sentido, Cf. Geoffrey Shaw, “H.L.A. Hart's Lost Essay”, p. 698.

¹⁶⁷ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 33.

¹⁶⁸ Cf. HLA Hart, “Discretion”, pp. 659-61. No mesmo sentido, Cf. Nicola Lacey, “The path not taken: H.L.A. Hart's Harvard essay on discretion”, *Harvard Law Review*, 127 (2013), pp. 643-4.

claro ao longo deste capítulo – é o fato de se tratar de um conceito relacional (ou relativo).¹⁶⁹ Como adverte Dworkin:

"O conceito de discricionariedade só está perfeitamente à vontade em um tipo de contexto; quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões sujeitas a padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. Faz sentido falar na discricionariedade de um sargento que *está sujeito a ordens de superiores*, ou na discricionariedade de uma autoridade esportiva ou de um juiz de competição *que é governado por um regulamento ou pelos termos da competição*. A discricionariedade, como o espaço vazio em um *donut*, não existe senão como uma área deixada em aberto por um círculo de restrições."¹⁷⁰ (grifei)

É por isso que se costuma afirmar que se trata de um conceito definido negativamente, “uma noção residual, definida nos termos do seu oposto”.¹⁷¹ Assim, muito embora não haja, por exemplo, nenhuma norma determinando de que cor eu devo pintar a minha casa, não faria sentido falar em discricionariedade neste caso. Apenas faz sentido falar em discricionariedade “quando há alguma expectativa *prima facie* de que a decisão será sujeita a restrições”.¹⁷² Se, por exemplo, eu fosse proprietário de um imóvel tombado

¹⁶⁹ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 31, Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 507, Robert E. Goodin, “Welfare Rights, Law, and Discretion”, pp. 233 e ss. e Marisa Iglesias Vila, “Facing Judicial Discretion”, p. 9.

¹⁷⁰ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 31. É preciso, no entanto, tomar muito cuidado na forma de interpretar a afirmação de Dworkin. George Christie, por exemplo, ao analisar as afirmações de que “o conceito de discricionariedade só está perfeitamente à vontade em um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade” e que discricionariedade em sentido forte ocorreria nas hipóteses em que o tomador de decisão “não está do por quaisquer padrões derivados da autoridade” e sustentar haver uma discrepância entre elas, inclusive porque as decisões não estão – segundo o próprio Dworkin – infensas a críticas, mas devem estar de acordo com padrões de racionalidade, equidade e eficácia, para concluir que se nós interpretássemos “padrões” de uma maneira ampla, então todas as decisões seriam discricionárias (Cf. George C. Christie, “An Essay on Discretion”, pp. 750-2), incide em equívoco grave. O que Dworkin quer dizer é justamente o contrário da conclusão de Christie. O argumento levantado por Dworkin é de que não faz sentido discutir a ideia de discricionariedade se não há, *em geral*, nenhum tipo de padrão estabelecido para vincular o tomador de decisão: Em regra o legislador está vinculado à Constituição, mas, em algumas hipóteses, ele possui discricionariedade para atuar justamente porque a sua atuação se encontra em um vácuo constitucional. Se não houvesse uma Constituição ou qualquer outro instrumento normativo vinculante para o legislador, como ocorre, por exemplo, em um modelo de Constituição-lei, então não faria nenhum sentido discutirmos se o legislador possui ou não discricionariedade. Daí o porquê das metáforas que associam a discricionariedade em geral ou a discricionariedade legislativa em especial à parte vazia de um *donut* ou ao interior da moldura de um quadro.

¹⁷¹ Cf. Robert E. Goodin, “Welfare Rights, Law, and Discretion”, p. 233. No mesmo sentido, Cf. Julian Rivers, “Proportionality and Discretion in international and European law”, in Nicholas Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007, p. 110.

¹⁷² Cf. Robert E. Goodin, “Welfare Rights, Law, and Discretion”, pp. 233-4. Nesse sentido, também a posição de Marisa Iglesias Vila, que ressalta que “a discricionariedade em sentido forte se limita à moldura normativa à qual o órgão tomador de decisão está sujeito. Portanto, embora sob um primeiro olhar a

– e, portanto, sujeito a normas específicas e mais restritivas com relação a reformas e etc –, e a regulamentação a respeito de tal categoria de imóveis, apesar de restringir em uma série de aspectos as formas como eu poderia alterá-lo (não mudar a fachada, por exemplo), deixasse em aberto aspectos referentes à cor da pintura, eventualmente seria possível afirmar a existência de uma discricionariedade em meu favor para definir a cor da minha casa. Neste ponto, valem as considerações de Forsthoff, que, ao ressaltar que a discricionariedade deve ser entendida como “um âmbito de ação e decisão, a eleição dentre várias formas de comportamento possíveis: fazer A ou fazer B, ou abster-se de qualquer ação”, adverte:

“Possível significa, neste caso, possível juridicamente, quer dizer, que o Direito não dá a nenhuma dessas formas de comportamento preferência sobre as demais. Se para a discricionariedade é preciso de um âmbito de ação, em seu conceito também aparece outra ideia: A referência a um limite. *Uma decisão tomada fora de qualquer conexão pensável com um limite não é uma manifestação de discricionariedade.*”¹⁷³ (grifei)

Isso quer dizer que, quando tratamos da discricionariedade, sempre devemos questionar “em relação a quê”. Ela sempre se refere a uma dada norma ou autoridade com relação a qual a área de liberdade deixada ao tomador de decisão pode ser mensurada.¹⁷⁴ “Discricionariedade [em sentido forte] é sempre um conceito relacional porque ela se refere ao que o tomador de decisão tem o direito de fazer ou é do a fazer de acordo com o

discricionariedade em sentido forte possa parecer em contradição com a aplicação de normas jurídicas, este termo não é usado quando o tomador de decisão não está sujeito a nenhuma restrição”. Cf. Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion*, pp. 8-9.

¹⁷³ Cf. Ernst Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, pp. 122-3. É por isso que a meu ver não faz sentido falar, como o faz Cass Sunstein, em algo como uma “discricionariedade irrestrita” (“*untrammeled discretion*”). De acordo com Sunstein, “discricionariedade irrestrita” seria “a capacidade de exercer um poder oficial como se preferir, por referência às considerações como se queira levar em conta, ponderando-as como se queira ponderar”. Em outras palavras: “Um sistema com discricionariedade irrestrita existe quando não há limites sobre o que os oficiais podem considerar para chegar a uma decisão, e sobre o quanto de peso os vários fatores considerados merecem; portanto, não há qualquer limite sobre o poder das autoridades de decidir o que fazer e o que não fazer.” Cf. Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, p. 21. Parece-me, contudo, que a nossa divergência se limita à terminologia. Se substituirmos a expressão por algo como “arbítrio”, por exemplo, os argumentos de Sunstein são plenamente aplicáveis aqui, na medida em que em ressaltam, dentre outras coisas, que a discricionariedade é um elemento inevitável do sistema jurídico.

¹⁷⁴ Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 507. Como ressalta Klatt, considerar a discricionariedade como um conceito relacional “é equivalente a aceitar que a discricionariedade é limitada, sejam quais forem esses limites”. Há quem sustente, contudo, que o aspecto relevante para a noção de discricionariedade na escolha é a existência de *accountability*: “*Accountability*, não a existência de padrões, é a característica definidora dos contextos em que a discricionariedade está ‘à vontade’”. Nesse sentido, Cf. George C. Christie, “An Essay on Discretion”, p. 752.

sistema de regras e sua posição institucional dentro desse sistema."¹⁷⁵ Aqui, quando tratar da discricionariedade estrutural para sopesar, a referência será à discricionariedade conferida ao legislador *em relação à Constituição*, que *prima facie* o vincula.

3.1.3 Resultados

Acredito que utilizar o conceito de discricionariedade exposto acima no âmbito desta discussão é útil pelo menos por três razões. A primeira delas é que, ao ressaltar a necessidade de aquele que detém a discricionariedade se utilizar de algum padrão sujeito a aprovação racional para tomar a sua decisão, é possível deixar claro que o legislador, considerando a perda do ponto de vista que guiaria a sua escolha, o “ponto de vista da Constituição”, quando do exercício da sua discricionariedade estrutural para sopesar, deve se valer de algum outro ponto de vista, pois, do contrário, recairá no problema da incomensurabilidade.¹⁷⁶ É que, embora seja plenamente possível efetuar comparações entre princípios, para tanto é necessário dispor de uma espécie de “*covering value*”, que servirá como parâmetro e a partir do qual será feita a escolha.¹⁷⁷ Princípios só são comparáveis em relação a algum ponto de vista comum.

A segunda é que ressalta que, se a função legiferante deve ser exercida de modo racional, é necessário que o legislador fundamente e justifique suas decisões a partir de algum ponto de vista que faça sentido quando sujeito a uma avaliação racional, ainda que se trate de uma avaliação que não determina a constitucionalidade da lei, mas apenas a sua racionalidade, e, portanto, qualidade e legitimidade. Em outras palavras, isso quer dizer que o fato de se reconhecer ao legislador uma discricionariedade não o des de fornecer alguma justificação racional para a sua decisão, ainda que isso não seja feito a partir de considerações constitucionais.¹⁷⁸ Representantes não são eleitos com o objetivo de serem

¹⁷⁵ Cf. Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion*, p. 9.

¹⁷⁶ Não pretendo discutir aqui se o fato de o legislador se utilizar desse ponto de vista implica que há *comensurabilidade* entre os princípios colidentes. Quero apenas dizer – até porque já é o suficiente para justificar o argumento – que isso é necessário para que haja *comparabilidade*. Nesse sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011): 273–301 e Robert Alexy, “La fórmula del peso”, pp. 27-8, e, do mesmo autor, “On Balancing and Subsumption”, pp. 442-3 e “The Reasonableness of Law”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor e Chiara Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, pp. 10-1.

¹⁷⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the Incommensurable”, pp. 284 e ss.

¹⁷⁸ No campo da discricionariedade legislativa, a justificação ou argumentação ofereceria um bônus ou adicional valor à legislação, enriquecendo a sua qualidade. Consequentemente, como adverte Gema Marcilla, não se pode dizer que há duas teorias da legislação racional, uma a governar a adaptação da

investidos com poder político para fazer o que quiserem. Eles recebem esse poder a fim de realizar o que é de interesse dos cidadãos e é pleiteado por eles.¹⁷⁹ Justamente por isso é sempre necessário uma justificação das suas decisões.

Por fim, o conceito de discricionariedade que adoto evita uma crítica, comumente feita àqueles que aceitam como consequência da noção de dilemas morais – que, como mencionarei abaixo, são análogos às situações de que trato aqui – a ideia de discricionariedade na escolha, de que isso implicaria uma decisão arbitrária, porque, como não haveria razões para se decidir em um ou outro sentido, isso poderia causar prejuízos injustificados a indivíduos ou categorias. As restrições institucionais inerentes à noção de discricionariedade, e, para o que mais importa aqui, de discricionariedade legislativa, especialmente a necessidade de fundamentar as decisões tomadas, tem como consequência o fato de que sempre haverá alguma razão, decorrente de algum parâmetro de comparação, que justificará a escolha legislativa no âmbito de sua discricionariedade.

Determinado sentido da noção de discricionariedade, é possível passar à análise do objeto propriamente dito deste capítulo, a discricionariedade estrutural do legislador para sopesar. Ao longo dessa análise procurarei explicar como o conceito funciona no âmbito desta discussão específica.

3.2 Discricionariedade estrutural do legislador para sopesar

legislação ao que é constitucionalmente necessário, e a outra entrando em jogo apenas na esfera do que é constitucionalmente possível, isto é, onde impera a discricionariedade legislativa. Ao invés disso, é mais correto conceber apenas uma teoria da racionalidade legislativa, correspondendo a duas diferentes funções. Uma função normativa interna e uma função externa crítica. As regras de argumentação exercem um papel interno normativo, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade pode basear-se nelas. Além disso, elas exercem um papel crítico externo para guiar ou avaliar a racionalidade da legislação para além da sua constitucionalidade. Em outras palavras, haveria única teoria da racionalidade legislativa baseada na teoria da argumentação, a qual em alguns estágios é perceptiva ou determinante de validade e em outros estágios, quando uma margem de liberdade política existe – ou seja, quando estamos diante de uma discricionariedade estrutural – exerce o papel de qualificador capaz adicionar legitimidade à lei. Cf. Gema Marcilla, “Balancing as a Guide to Legislative Reasoning”, pp. 97-8. Para uma exposição mais ampla a respeito da (s) racionalidade (s) legislativa e das possibilidades e limites de uma argumentação parlamentar, Cf. Gema Marcilla, “Razón práctica, creación de normas y principio democrático”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* 47 (2013): 43-85. Alexy parece assumir o contrário ao afirmar que onde o legislador é livre “não existe nenhuma necessidade de justificação” (Cf. Robert Alexy, “Formal principles: Some replies to critics”, *International Journal of Constitutional Law* 12 (2014), p. 519). Estou de acordo com isso na medida em que aceitemos que a justificação a que o autor faz menção seja tomada como justificação constitucional. Neste caso, de fato, o legislador não é obrigado a justificar sua decisão.

¹⁷⁹ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Legislative Argumentation and Democratic Legitimation”, *Legisprudence* 4 (2010), p. 73.

A discricionariedade estrutural diz respeito aos casos em que a Constituição nem obriga nem proíbe o legislador *de modo definitivo*.¹⁸⁰ O caráter definitivo das obrigações e proibições é de grande importância aqui. Isso porque a ausência de mandamentos ou proibições *prima facie* não é indispensável para a existência desse tipo de discricionariedade. É plenamente possível que esteja proibido *prima facie* ao legislador intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental, mas que a intervenção seja constitucional, do ponto de vista formal e material, e, portanto, esteja permitida definitivamente.¹⁸¹ Mais do que isso, o que em geral ocorre – pelo menos na medida em que haja uma vinculação à Constituição – é que o legislador está *prima facie* proibido de intervir nos direitos fundamentais, situação esta que só se altera a partir do momento em que ele tem a favor de sua atuação outro direito fundamental ou fim constitucional. Seja como for, o fato é que apenas a partir da verificação daquilo que é obrigatório ou permitido definitivamente é que devemos passar à questão da existência de uma discricionariedade estrutural.¹⁸² A sua extensão é “idêntica àquilo que a Constituição deixa definitivamente livre”.¹⁸³ Essa discricionariedade, em síntese, “decorre daquilo que é válido em virtude dos direitos fundamentais”¹⁸⁴, ou, de modo mais preciso, decorre da ausência de uma determinação daquilo que é válido definitivamente em face dos direitos fundamentais.

Se a Constituição não o obriga a nada, nem proíbe que ele faça nada, forçoso concluir que, dentro desse âmbito, o legislador é livre para agir ou não agir: aquilo que a Constituição não decide fica confiado ao legislador. O início da discricionariedade estrutural corresponde ao ponto em que termina a normatividade material definitiva da Constituição, e, por via de consequência, “todo tipo de controle de constitucionalidade”.¹⁸⁵

¹⁸⁰ A discricionariedade estrutural não difere do que Rivers denomina, no âmbito internacional, de “discricionariedade de escolha política”, isto é, “o conjunto de opções políticas que são tanto necessárias quanto proporcionais em sentido estrito”. Cf. Julian Rivers, “Proportionality and Discretion in international and European law”, p. 114. A exigência de satisfazer ambos (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), contudo, apenas faz sentido e não se torna redundante se não assumirmos – como faço neste trabalho – que há uma sequência lógica e uma relação de subsidiariedade entre as sub-regras da proporcionalidade. Assumidas estas premissas, toda medida que se encontra no âmbito da discricionariedade estrutural do legislador para sopesar é necessária, já que se não o fosse não seria o caso de adentrar no teste da proporcionalidade em sentido estrito. Uma interpretação possível da posição de Rivers seria de que a discricionariedade política exigiria que a medida se encontrasse tanto no âmbito da discricionariedade para escolha dos meios quanto no da discricionariedade estrutural para sopesar, mas não consigo ver qual seria o ganho, mesmo no âmbito do direito internacional, dessa abordagem. Pelo contrário, ela parece muito mais gerar confusão.

¹⁸¹ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 58, nota 66.

¹⁸² Idem, *ibidem*.

¹⁸³ Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 519.

¹⁸⁴ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 608.

¹⁸⁵ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 59. É nesse sentido que Konrad Hesse menciona a existência de uma “margem de discricionariedade do legislador não sujeita a controle de

Nesses casos, “a única resposta correta é que não há uma única resposta correta”, pois, “segundo a melhor interpretação da Constituição, diversas soluções parecem igualmente boas”¹⁸⁶, e justamente por isso poderá o legislador resolver a questão mediante considerações políticas.¹⁸⁷ Há mais de uma resposta compatível com a Constituição.¹⁸⁸ Se estabelecemos que uma questão está inserida no âmbito da discricionariedade estrutural – diz Alexy – a “discussão a respeito de qual é a melhor solução deixa de ser uma discussão de direito constitucional”.¹⁸⁹

Há três tipos de discricionariedade estrutural, cada qual delas relacionada aos limites de uma das sub-regras da proporcionalidade (respectivamente, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito): (i) a discricionariedade estrutural para determinação dos fins, (ii) a discricionariedade estrutural para escolha dos meios e (iii) a discricionariedade estrutural para sopesar.¹⁹⁰ Na medida em que a dissertação destina-se a tratar apenas de limites à proporcionalidade em sentido estrito, interessa aqui apenas a última delas. Neste caso, como o que se discute é a decisão legislativa global, isto é, aprovar ou não aprovar a lei, ou, especificamente, dar prevalência ao princípio que é promovido pela lei (e, portanto, aprová-la), ou dar prevalência àquele que seria por ela restringido (e, assim, não aprová-la), pode-se dizer que aqui estamos diante de uma discricionariedade global – diferentemente do que ocorre no caso da discricionariedade epistêmica, como ficará claro no próximo capítulo.¹⁹¹

constitucionalidade”, o que evita “que o Tribunal Constitucional invada as margens discricionais que correspondem à fixação de objetivos e à configuração legislativa”. Cf. Konrad Hesse, “Significado dos direitos fundamentais”, trad. Carlos dos Santos Almeida, in *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

¹⁸⁶ Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 323.

¹⁸⁷ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 72.

¹⁸⁸ Cf., nesse sentido, ainda que utilizando o termo “deferência” ao invés de discricionariedade, Alan Brady, *A structural institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*. London: PhD Thesis (London School of Economics and Political Science), 2008, p. 75.

¹⁸⁹ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 85. Isso, evidentemente, restringe-se apenas ao aspecto material da decisão – *Que princípio prevalece?* – e não ao formal – *Quem deve decidir?*

¹⁹⁰ Por um lado, o legislador possui uma discricionariedade estrutural para definir objetivos se o direito fundamental “contiver uma autorização de intervenção ou, embora mediante essas razões, apenas permita, mas não obrigue, a essa intervenção se essas razões estiverem ausentes”. Por outro, possui uma discricionariedade estrutural para escolher os meios (que entra em cena no caso dos deveres positivos) nas hipóteses de medidas igualmente adequadas para fomentar o fim e que restringem em igual medida o princípio colidente, dentre as quais poderá ele escolher a que melhor lhe aprouver. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 586 e ss. e, do mesmo autor, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, pp. 60 e ss. e “On Constitutional Rights to Protection”, *Legisprudence* 3 (2009), pp. 15-7. A esse respeito, Cf. também Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, pp. 79 e ss. e Aharon Barak, *Proportionality*, pp. 400 e ss.

¹⁹¹ A distinção entre decisão legislativa global e decisões legislativas parciais – e, como consequência, entre discricionariedade global e discricionariedades parciais – é efetuada por Martin Borowski. Cf. Martin

Essa espécie de discricionariedade surge nos casos de empate, ou seja, naquelas hipóteses em que a Constituição não resolve a colisão entre os princípios. São situações de impasse, uma vez que o sopesamento não determina um resultado¹⁹², razão pela qual não é possível construir qualquer enunciado de preferência condicionada e, portanto, extrair uma regra de direito fundamental atribuída da colisão¹⁹³, de modo que, *do ponto de vista material*, não há uma determinação constitucional a respeito da questão. Aqui, a impossibilidade de construção – *a partir da Constituição* – de um enunciado de preferência condicionada é um reflexo importante do caráter dos princípios como razões: a impossibilidade de extrair uma regra de direito fundamental atribuída – ou, de modo mais amplo, regra constitucional atribuída – para o caso, que representaria a razão definitiva para o juízo concreto de dever-ser efetuado, esclarece o fato de que em situações de impasse nenhum dos princípios pode ser – *do ponto de vista constitucional* – fundamento ou razão (mediata) daquele juízo.¹⁹⁴ E isso ocorre na medida em que o caminho que vai daquilo que é exigido ou proibido *prima facie* até aquilo que o é de modo definitivo – isto é, a relação de precedência condicionada – é precisamente a definição de uma regra.¹⁹⁵

Borowski, “La Sujeción a Determinaciones del Legislador en la Ponderación de Derechos Fundamentales”, trad. Daniel Oliver-Lalana, in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011, pp. 133 e ss.

¹⁹² Isso se deve precisamente ao fato de a Constituição não resolver a colisão entre os princípios (Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 72) e, nesse sentido, não determinar nenhum resultado (Cf. Robert Alexy, “La fórmula del peso”, p. 29 e, do mesmo autor, “On Balancing and Subsumption”, p. 443).

¹⁹³ Toda ponderação destina-se à construção de uma regra (na expressão de Alexy, uma “regra de direito fundamental atribuída”) que resolverá o caso: estabelecer uma relação de precedência condicionada “é sempre estabelecer uma regra produzida por ocasião do caso concreto”. Assim, “resolver um caso mediante um sopesamento significa decidi-lo por meio de uma regra fundamentada mediante a atribuição de prioridade ao princípio que prevalece” e, nesse sentido, “os princípios são necessariamente razões para regras” (Cf. Robert Alexy, “On the Structure of Legal Principles”, p. 297). Como adverte Prieto Sanchís: “A ponderação configura-se, pois, como um passo intermediário entre a declaração de relevância de dois princípios em conflito para regular *prima facie* um certo caso e a construção de uma regra para regular definitivamente esse caso (...)” (Cf. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 194) Isso fica muito claro a partir da leitura da lei de colisão: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.” (Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 99) Esse aspecto também é ressaltado por Rivers, que menciona que o sopesamento visa produzir um “resultado normativo”, “uma regra específica para a situação”. (Cf. Julian Rivers, “Proportionality and discretion in international and European law”, p. 112)

¹⁹⁴ Dentre outros motivos, é justamente porque não se pode construir uma “regra de direito fundamental atribuída” neste caso que faz sentido aqui a aplicação da noção de discricionariedade da teoria do direito, que, conforme exposto acima, ressalta a ausência de padrões jurídicos aplicáveis ao caso nas hipóteses em que incide. Assim, a exigência de uma “ausência de padrões jurídicos aplicáveis ao caso” deve ser lida como “ausência de uma regra de direito fundamental atribuída construída a partir do sopesamento”.

¹⁹⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 108. Há, contudo, uma incongruência no âmbito das considerações que Alexy faz a respeito. O autor afirma que “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” (Cf. Robert

Aqui é válido um esclarecimento a fim de afastar uma determinada crítica que, a meu ver, decorre justamente de uma incompreensão a respeito da ausência de resultados – e, portanto, de regra de direito fundamental atribuída – em casos de empate no sopesamento. Jestaedt aponta que a doutrina da ponderação supostamente “destrói os diferentes níveis do sistema jurídico” e gera a sua completa constitucionalização.¹⁹⁶ O catalisador dessa alteração – sustenta – é justamente a noção de norma de direito fundamental atribuída, que, conforme ressalta acertadamente, possui *status* constitucional. Antes de tudo, é preciso advertir que não é justificado o temor do autor quanto ao fato de que por trás desta ideia está o argumento de que “não são apenas os interesses protegidos pelos direitos fundamentais (...), e o próprio princípio da proporcionalidade, que possuem *status* constitucional, mas, para além disso, os resultados do processo de sopesamento igualmente o possuem”. Ora, o resultado de um sopesamento é justamente a exigência do princípio que prevalece. Sendo assim, é evidente que esse resultado é uma decorrência do que é exigido pelo interesse protegido pelo princípio. Em outras palavras, afirmar que os resultados que decorrem de sopesamentos possuem *status* constitucional não é diferente de afirmar que os interesses protegidos por esses direitos possuem tal *status*. Não satisfeito, Jestaedt continua em seu argumento e afirma que, a partir daquela noção, toda relação jurídica poderá ser reconstruída com argumentos baseados em direitos fundamentais e, com isso, os resultados de todos os sopesamentos que o legislador efetuou para, por exemplo, promulgar o Código Civil, seriam normas de direitos fundamentais atribuídas – portanto, com *status* constitucional –, transformando o modelo de otimização da teoria dos princípios numa espécie de Rei Midas do direito constitucional: tudo que entra em contato com o sopesamento se torna questão constitucional. Isso – continua – é incompatível com a concepção de constituição como ordem moldura e “escamoteia a distinção entre mera constitucionalidade (em outras palavras, o constitucionalmente permitido) e *status* constitucional, em outras palavras, o que é exigido ou garantido pela constituição”. Essa

Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 102). Essa afirmação radical deve ser afastada ou levará a uma contradição, porque, de duas uma: ou a otimização (que constitui a essência do sopesamento) admite os empates (o que implica a conclusão pela proporcionalidade da medida nesses casos) e, portanto, que alguns sopesamentos não levam à formulação de uma regra a que o caso será subsumido, ou todo sopesamento deve levar à formulação de uma regra e, portanto, impasses não podem ser considerados decorrentes de sopesamentos corretos, porque não podem ser consideradas situações abarcadas pela otimização. Se aceitássemos essa formulação radical, pelo menos parte da crítica de Jestaedt estaria correta, já que, como afirma este autor, assumir que existe um único resultado é precisamente a consequência de considerar os resultados de sopesamentos como regras de direito fundamental atribuídas. Sobre a crítica de Jestaedt, Cf. Matthias Jestaedt, “The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses”, in Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. New York: Oxford University Press, 2012, pp. 166 e ss. Para esclarecimentos a esse respeito, Cf. a discussão no corpo do texto.

¹⁹⁶ Cf. Matthias Jestaedt, “The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses”, pp. 166-9.

crítica, no entanto, não atenta para o fato de que o diferencial dos casos de empate na ponderação – e, portanto, de discricionariedade estrutural do legislador para sopesar – é precisamente que não é possível extrair uma regra de direito fundamental atribuída do exercício de sopesamento. E daí a afirmação de Alexy, já mencionada, de que a discussão sobre a melhor solução deixa de ser uma questão de direito constitucional e o legislador resolve o caso por meio de considerações políticas. É por esta razão que aquilo que ele decidiu *não pode* ser atribuído às normas constitucionais. O que é exigido ou vedado pela Constituição diz respeito aos casos em que o sopesamento produz um resultado (e, portanto, uma regra de direito fundamental atribuída) e o que é apenas constitucionalmente permitido são justamente os casos de empate – que, *materialmente*, são questões de direito ordinário. Não por outro motivo a conclusão, melhor desenvolvida adiante, de que decisões nesse âmbito são passíveis de revisão pelo legislador a qualquer tempo.

Nesses casos, como não é possível determinar, mediante um discurso racional a respeito do que é válido a partir da Constituição, qual dos princípios tem precedência, o legislador perde inclusive o ponto de vista comum que outrora possibilitaria a escolha, o ponto de vista da Constituição. É justamente por isso que se afirma que a decisão se dará mediante considerações políticas: o legislador decidirá a colisão a partir de outro ponto de vista que não o da Constituição. E isso se dá inclusive por uma exigência lógica, pois, sem o ponto de vista da Constituição, o legislador perde o ponto de vista comum (*covering value*) que poderia guiar a sua escolha e, sem outro ponto de vista, ele recairia inevitavelmente no problema da incomensurabilidade.¹⁹⁷ Essa necessidade de fundamentação, decorrente inclusive do papel institucional desempenhado pelo legislador e que integra, conforme mencionado anteriormente, o conceito de discricionariedade, deixa claro que o exercício da discricionariedade estrutural para sopesar está longe do arbítrio. Neste ponto, é válido mencionar as considerações de Alexy:

“A ‘valoração do complexo de interesses’ por meio do legislador – incluindo-se aí a ‘quantificação’ por ele realizada – não é, *per definitionem*, uma valoração e uma quantificação jurídicas no âmbito da discricionariedade estrutural, mas uma valoração e uma quantificação políticas. Seu resultado é juridicamente facultativo. Os princípios de direitos fundamentais podem constituir objetos do sopesamento na

¹⁹⁷ Sobre a noção de “ponto de vista da Constituição”, Cf. Robert Alexy, “La fórmula del peso”, p. 27 e Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 60. Sobre a necessidade de um ponto de vista comum para que não haja incomensurabilidade na comparação de itens, Cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the Incommensurable”, pp. 284 e ss.

discricionariade estrutural, mas, em razão do impasse estrutural, eles não podem determinar o sopesamento.”¹⁹⁸

Isso é assim porque o mandamento de otimização dos princípios colidentes equivale à exigência de que sejam evitados sacrifícios desnecessários, isto é, “exige que os sacrifícios indispensáveis sejam justificados pelo menos com um grau equivalente de satisfação do princípio que em cada caso jogue em sentido contrário”.¹⁹⁹ Dito de outra forma, isso quer dizer que o sopesamento também admite um conjunto de possíveis opções, aquelas em que o custo para um princípio é compensado pelo ganho do outro, do qual os impasses fazem parte.²⁰⁰ Aqui fica clara a noção de que o conceito de mandamento de otimização não se confunde com a busca pelo “ponto máximo” de realização. Para todos os efeitos, ele não é nada além da exigência de uma “concordância prática” entre os princípios constitucionais.²⁰¹ Trata-se de uma ideia regulativa, isto é, uma ideia que serve para guiar a argumentação em determinado sentido, deixando, portanto, margem para várias respostas, vez que não apenas uma delas irá satisfazer as suas exigências.²⁰² Como ressalta Virgílio Afonso da Silva, “a ideia de otimização indica *uma zona* e não apenas *um ponto*”: “pode indicar *respostas corretas* e não necessariamente uma única resposta”.²⁰³ Ao

¹⁹⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 622.

¹⁹⁹ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 77. Há casos em que a própria Constituição ressalta essa exigência relativamente às restrições a direitos fundamentais. Conforme nota Barak, no caso de Israel, por exemplo, “direitos fundamentais não podem ser limitados a menos que tal limitação seja feita por uma lei que obedeça a uma serie de condições”, dentre as quais a de que o legislador “apenas pode limitar o direito ‘em uma medida não maior do que o exigido’”. Essa é claramente uma positivação da exigência da proporcionalidade em sentido estrito. Ainda me valendo das considerações de Barak, nos casos de impasse, “uma vez que as escalas são iguais, a limitação em questão é ‘não maior’ do que é exigido, uma vez que é ‘igual’ ao que é exigido”. Cf. Aharon Barak, *Proportionality*, p. 366.

²⁰⁰ Cf. Julian Rivers, “Proportionality and discretion in international and European law”, p. 115.

²⁰¹ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 77. No mesmo sentido, Cf. Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, pp. 265 e ss.. A respeito da noção de concordância prática, Cf. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1998, pp. 66-7, que fala na necessidade de uma otimização como decorrência do postulado da unidade da Constituição, o que se dá por meio do teste da proporcionalidade, que traça limites às normas colidentes apenas na medida do que é necessário “para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos”. Seria possível também tomar a otimização como proibição de desproporcionalidades flagrantes, o que – diz Alexy – “não é nada além de uma conexão entre o terceiro subprincípio da proporcionalidade, entendido como uma exigência de otimização, com a discricionariade em casos em que a desproporcionalidade não é flagrante”. Cf. Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, p. 59. Sobre a crítica de que a proporcionalidade não precisaria ser tomada como otimização e que bastaria a noção de proibição de desproporcionalidade flagrante, Cf. Ralf Poscher, “The Principle Theory: How Many Theories and What is Their Merit?”, in Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. New York: Oxford University Press, 2012, pp. 232 e 239.

²⁰² Nesse sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, pp. 121-2.

²⁰³ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Direitos Fundamentais e liberdade legislativa”, p. 936. Uma incompreensão relativa a isso é a razão pela qual autores que defendem posições que se enquadram perfeitamente no que é exigido pela otimização a criticam. Além de Wahl, que ressalta que, com a otimização, “não apenas devido

mesmo tempo em que possibilita a manutenção da moldura que limita a atividade do legislador, levando a sério os direitos fundamentais, ela preserva a sua discricionariedade para conformar a Constituição.²⁰⁴

Assumindo – conforme exposto no capítulo anterior – uma escala triádica, no caso de uma intervenção em um direito fundamental D_1 com o objetivo de promover um direito fundamental D_2 (ou finalidade constitucional F), pode ocorrer de, no momento de se aferir o peso dos direitos colidentes, isto é, de verificar que grau de satisfação de um direito é necessário para justificar um determinado grau de não-satisfação do direito colidente, o grau de intervenção em um direito ou de não satisfação desse direito seja igual ao grau de importância de realizar o direito fundamental promovido: (i) o grau de satisfação é leve, mas o de intervenção também é leve (l/l); (ii) o grau de satisfação é moderado e o de intervenção também é moderado (m/m) ou (iii) o grau de satisfação é alto ou sério e o de intervenção também o é (s/s). Em outras palavras, configura-se um empate na ponderação quando a intensidade da restrição sobre o exercício de um princípio e o peso dos fundamentos que justificam a restrição apresentam-se no mesmo nível, ou seja, não há nenhum sobrepeso entre as razões contrapostas.²⁰⁵

às exigências de uma boa política, mas também devido ao direito constitucional, o legislador deve estar do a uma solução ótima de conflitos e não apenas a um equilíbrio ‘defensável’” (Cf. Rainer Wahl, “O primado da Constituição”, pp. 88-90), dois exemplos claros disso são Luis Prieto Sanchís e Angel Carrasco Perera. Segundo Prieto Sanchís, “a missão da justiça constitucional não é tanto de precisar a melhor interpretação correta, mas sim a de indicar que interpretações resultam intoleráveis”, de modo que, quanto às possíveis variantes de interpretação da Constituição, não pode ele impor “arbitrariamente uma delas”. A interpretação constitucional busca a “delimitação de um campo de licitude dentro do qual outros operadores jurídicos adotaram a solução com base em critérios políticos (legislador) ou jurídicos (juiz)” e por isso deve ficar em um meio termo entre a dedução estrita própria da justiça ordinária e o juízo de otimização política: não cabe ao tribunal levar a cabo “um juízo de otimização que implicaria decidir qual é a 'melhor' interpretação do texto constitucional”, o que equivaleria a “asfixiar a margem de apreciação do Parlamento”. Cf. Luis Prieto Sanchís, “Notas sobre la interpretación constitucional”, pp. 51 e ss. Para Carrasco Perera, o juízo de razoabilidade não se confunde com o juízo de otimização: o primeiro seria mais amplo do que o segundo. Assim, “a margem que vai do razoável até o ótimo é o campo em que qualquer medida examinada será considerada constitucionalidade 'válida' e "qualquer medida dos poderes públicos no âmbito desta margem exige um pronunciamento favorável”. Cf. Angel Carrasco Perera, “El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional”, pp. 190 e ss. Ora, a ponderação não exige mais do legislador do que um “equilíbrio defensável”. Como ficará claro adiante, o que ela faz é justamente “indicar que interpretações resultam intoleráveis” e, nesse sentido, delimitar os limites do razoável.

²⁰⁴ Como ressalta Virgílio Afonso da Silva, uma vez que a teoria dos princípios “não defende que para todos os problemas envolvendo direitos há uma única resposta correta” e tampouco que “é possível encontrar as respostas a todos os esses problemas na própria constituição”, na medida em que “ela e os direitos fundamentais nela consagrados deixam ‘espaços abertos’, não há dúvida de que a noção de direitos fundamentais como mandamentos de otimização se compatibiliza com a ideia de Constituição como ordem moldura. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 122.

²⁰⁵ Cf. Martin Borowski, “Derechos de Defensa Como Principios De Derecho Fundamental”, p. 107.

Esse impasse gera uma discricionariedade estrutural do legislador para sopesar.²⁰⁶ Uma possibilidade de escolha racional entre opções proporcionais e, portanto, juridicamente aceitáveis.²⁰⁷ Como notam Klatt e Meister, “se dois princípios colidentes tem o mesmo peso, então há discricionariedade e pode ser dada prioridade a qualquer um”, o que, se olharmos a questão a partir de outro ângulo, quer dizer que “qualquer decisão no âmbito da discricionariedade está correta”.²⁰⁸ Ele implica um âmbito em que cabe ao legislador decidir em caráter definitivo.²⁰⁹ Implica, além disso, de certa forma, a necessidade de inclusão na equação do problema uma regra de ônus argumentativo por força da equivalência das razões em favor dos princípios colidentes, que, contudo, não determina aquele a que devemos dar preferência a partir de considerações a respeito dos princípios em si, mas sim de um aspecto formal: casos de impasse ensejam uma regra de ônus argumentativo em favor da solução adotada pelo legislador, isto é, que dá prevalência ao princípio promovido pela decisão legislativa.²¹⁰ Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva ressalta que:

²⁰⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 603.

²⁰⁷ Cf. Julian Rivers, “Proportionality and discretion in international and European law”, p. 114. Borowski é preciso a este respeito: “Um âmbito de discricionariedade ponderativa é aquele âmbito jurídico dentro do qual se encontram os resultados ponderativos aceitáveis.” Cf. Martin Borowski, “Principios formales y fórmula del peso”, trad. Jorge Portocarrero Quispe, in Jorge Portocarrero Quispe (ed.), *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 112.

²⁰⁸ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 69.

²⁰⁹ Cf. Martin Borowski, “La sujeción a determinaciones del legislador en la ponderación de derechos fundamentales”, p. 112.

²¹⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 603. Essa não é, contudo, uma decorrência clara da primeira lei da ponderação. Como nota Lopera Mesa, a lei da ponderação sugere pelo menos duas interpretações: pode-se tanto entender que “a medida legislativa só estará justificada se as razões a favor da intervenção tiverem um peso maior que o do princípio fundamental afetado com a mesma, o que supõe uma carga de argumentação a favor deste último que levará, em caso de empate, a considerar que a medida legislativa carece de justificção suficiente e é, portanto, inconstitucional”, quanto que “a lei da ponderação tão somente exige que o princípio que justifica a intervenção tenha um peso maior ou igual ao princípio fundamental afetado pela medida” e, “assim entendida, a carga de argumentação beneficiaria as razões do Legislador, resolvendo o empate em favor da constitucionalidade da norma impugnada”. Segundo a autora, “é claro que a eleição entre uma ou outra forma de dirimir os empates entre razões a favor e contra a intervenção legislativa expressa, definitivamente, a opção entre uma concepção liberal dos direitos fundamentais como ‘trunfos contra a maioria’ (que leva a entender a argumentação de custos e benefícios própria da ponderação como a exigência de que os benefícios de uma medida legislativa superem, e não simplesmente iguaem, seus custos em termos de liberdade individual) e, por outro lado, o convencimento de que em um sistema democrático o Tribunal Constitucional apenas pode invalidar as decisões do Legislador quando as razões contrárias à constitucionalidade da lei são mais fortes do que as razões a seu favor” (Cf. Gloria Patricia Lopera Mesa, “El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 73 (2005), pp. 403-4). Essa questão está relacionada com duas soluções que já aventadas pelo próprio Alexy para o caso de empates no sopesamento. Na Teoria dos Direitos Fundamentais, o autor menciona que, nesses casos, deveria haver um *in dubio pro libertate*, enquanto que no Posfácio da mesma obra desenvolve a noção de discricionariedade do legislador para sopesar, o que equivale a sustentar um *in dubio pro legislatore*, o que poderia sugerir uma contradição entre as posições. A esse respeito, Bernal Pulido adverte que a aparente contradição, que só se apresenta em caso de colisão entre a

"Isso significa que se pode certamente identificar uma razão para ambas as opções. Isto – a identificação das razões equivalentes para duas razões conflitantes – é um campo para uma discricionariedade na decisão. Em uma democracia, essa discricionariedade deve ser exercida pelo legislador."²¹¹

Seria possível, contudo, argumentar que a ideia de discricionariedade decorrente de classificações baseadas numa escala triádica apenas mascararia o fato de que não existem – ou existem poucos – empates, já que alguma diferença, por mínima que seja, sempre haverá. Em outras palavras, o argumento contra a possibilidade de refinamento da escala não seria convincente, pois não decorreria do fato de a linguagem ordinária não ser capaz de realizar distinções mais refinadas que não haja distinções mais refinadas a serem

liberdade ou igualdade jurídica de um lado e outro princípio de direito fundamental de outro, pode ser interpretada em dois sentidos: (i) por um lado, seria possível assumir que Alexy mudou sua posição e que, quinze anos depois, reviu sua posição liberal para passar a dar privilégio ao princípio democrático ou que (ii) ele persiste em conceder a carga de argumentação a favor da liberdade e igualdade jurídicas, e então, que em princípio os empates jogam em favor do determinado pelo legislador, a menos que se trate de uma intervenção na liberdade ou na igualdade, hipótese em que favoreceria estes princípios. A conclusão do autor neste trabalho é de “a contradição entre as cargas de argumentação *in dubio pro libertate* e *in dubio pro legislatore* também constitui um limite à racionalidade da ponderação”, porque “uma Constituição abarcaria qualquer delas” (Cf. Carlos Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa* 26 (2003), pp. 27-8). Em trabalho posterior, o autor menciona novamente que a discussão só surge “quando o princípio que justifica a intervenção não é outro direito fundamental, mas um bem coletivo”. Quando se trata de uma colisão entre direitos fundamentais, o princípio *in dubio pro* direitos fundamentais – conceito até então não discutido pelo autor – “se anula porque joga da mesma forma em favor dos dois direitos fundamentais em conflito”. Em seguida, admite que seria possível pensar em outras possibilidades, por exemplo, assumir-se que, no caso da colisão entre dois direitos de liberdade, ele não exerceria nenhum papel, mas que, quando de uma colisão entre liberdade e igualdade, ele atuaria em favor da primeira, mas que isso não seria compatível com a ideia de Estado Social. Por fim, o autor conclui que “a defesa de uma regra argumentativa que prescreva que a ponderação deve dirimir-se em favor do direito fundamental e não em favor da determinação legislativa de proteger um bem coletivo violaria princípios básicos da democracia representativa”, não só porque “reduziria em demasia a discricionariedade política”, contrariando um dos maiores significados do princípio democrático, “segundo o qual é ao Parlamento que compete harmonizar o grau em que os direitos individuais e os bens coletivos devem ser realizados”, como também porque ampliaria por outro lado a competência do tribunal constitucional (Cf. Carlos Bernal Pulido, “Tribunal Constitucional, Legislador y Principio de Proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 74 (2005), pp. 432 e ss.). Assumo aqui uma interpretação a esse respeito que é a primeira sugerida por Bernal Pulido: o que ocorreu foi um abandono, por parte de Alexy, da posição inicial, a partir do desenvolvimento da noção de discricionariedade legislativa. Não quero afirmar, com isso, que esta última noção não é compatível com uma posição que dê prevalência aos direitos fundamentais sobre bens coletivos em casos de empate. Apenas não me parece que essa tenha sido a opção de Alexy, que sempre assumiu que direitos fundamentais e bens coletivos competem em pé de igualdade quando da ponderação. O máximo de concessão que Alexy fez a respeito, pelo menos até onde tenho conhecimento, foi admitir, quando da discussão a respeito da objeção de Habermas quanto à possibilidade de argumentos funcionalistas terem preferência sobre direitos fundamentais, que seria possível aceitar que, tendo em vista os valores vinculados aos direitos fundamentais e a constante posição de superioridade hierárquica do Estado em relação ao indivíduo, esses direitos possuem uma precedência *prima facie* em relação aos bens coletivos (Cf. Robert Alexy, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, trad. Carlos Bernal Pulido, *in Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 137).

²¹¹ Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the Incommensurable”, p. 300.

feitas.²¹² Ou seja, a partir da Constituição, a balança sempre acabaria pendendo para um dos lados. Embora de fato seja possível, por exemplo, adotar um modelo triádico duplo em alguns casos, a adoção do modelo por si só não elimina a possibilidade de empates e, para além disso, o aumento da sofisticação da escala traria problemas para a sua aplicação, na medida em que dificultaria a cognição.²¹³ Isso é importante especialmente porque, como condição de racionalidade, a classificação em graus exige uma justificativa da intensidade da intervenção, mas só é possível justificar aquilo que se compreende.²¹⁴ Se muitas vezes é difícil diferenciar intervenções leves de intervenções moderadas, ou intervenções moderadas de intervenções sérias, imagine-se diferenciar, por exemplo, “intervenções moderadas quase sérias” de “intervenções moderadas propriamente ditas”.

Além disso, para basear a crítica é preciso admitir que os direitos fundamentais e as formas de argumentação ligadas à sua aplicação tem uma estrutura tão precisa que pudesse fazer com que quase sempre houvesse uma diferença de grau que diminuiria o número de empates. Isso só seria assim se as intensidades de intervenção, os graus de importância e os pesos abstratos estivessem de fato em condição de serem representados por uma escala com infinitos níveis, o que na prática é impossível.²¹⁵ Essa observação vale para o direito constitucional como um todo²¹⁶ e, por que não dizer, para o direito como um todo. Com relação ao direito constitucional, Alexy ressalta que se trata de uma seara cheia de complicações e lacunas e, portanto, não é uma matéria que possa ser dividida em segmentos tão refinados a ponto de suprimir a possibilidade de empates e da consequente discricionariedade estrutural para sopesar.²¹⁷ Por fim, esse entendimento pressupõe que sempre seria possível, a partir da Constituição, extrair uma resposta para os casos, o que

²¹² Nesse sentido, por exemplo, Cf. Matthias Kumm, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, pp. 210-1.

²¹³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 610.

²¹⁴ Cf. Robert Alexy, “The Construction of Constitutional Rights”, p. 31 e, do mesmo autor, “Constitutional Rights, Democracy, and Representation”, p. 203. No mesmo sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 610 e, do mesmo autor, “On Constitutional Rights to Protection”, pp. 8-9.

²¹⁵ Cf. Robert Alexy, “La fórmula del peso”, pp. 29-30.

²¹⁶ Alexy adverte que, embora como argumento geral a crítica esteja correta – “a física seria impossível sem a possibilidade de se superar os limites da linguagem ordinária” – “no direito constitucional as coisas são diferentes”, pois nós não temos, por exemplo, um instrumento de medida que seja capaz de determinar o grau de intensidade de uma intervenção em um direito fundamental. A conclusão de se uma intervenção é leve, moderada ou séria só é possível por meio da argumentação e “a natureza do direito como empreendimento argumentativo exclui qualquer refinamento irrestrito das escalas pressupostas pela análise da proporcionalidade.” Cf. Robert Alexy, “Comments and Responses”, in Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 339 e ss. Para uma análise da noção de direito como argumentação e dessa ideia especificamente no âmbito do direito constitucional, Cf., por exemplo, Manuel Atienza, “Constitución y argumentación”, *Anuario de filosofía del derecho* 24 (2007): 197-228.

²¹⁷ Cf. Robert Alexy, “La fórmula del peso”, p. 30.

não só não é verdadeiro como também é incompatível com a noção de Constituição ordem moldura.

Tendo em vista as peculiaridades do direito, é possível aplicar aqui a noção de “igualdade aproximada” de que se valem alguns autores no âmbito da filosofia dos valores.²¹⁸ Trata-se da ideia de que, quando comparamos determinados valores, “às vezes o máximo que nós podemos dizer é que uma coisa é aproximadamente igual à outra” e, pelo menos em parte desses casos, “o caráter aproximado pode não estar na nossa compressão do que está diante de nós, mas nos próprios objetos analisados”, ou seja, trata-se de uma dificuldade de natureza ontológica e não epistemológica.²¹⁹ Nessas hipóteses, caso tenhamos que fazer uma escolha, devemos tratar os itens “simplesmente como iguais”, já que nós “somos indiferentes em relação a eles”, no sentido de que somos indiferentes em relação a qual deles será escolhido.²²⁰ Daí porque podemos escolher qualquer deles: a escolha é moralmente indiferente.²²¹ O mesmo é válido para os casos de empate. Pela própria natureza dos princípios constitucionais em geral, e dos direitos fundamentais em especial, em alguns casos não é possível chegar a uma precisão exata no sentido de concluir que uma solução que dá prevalência a um deles é melhor do que uma solução que dá prevalência ao outro, ou seja, que a intensidade da intervenção é maior ou menor do que a importância de satisfação. “Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada (...)”²²² Sendo assim, é mais adequado admitir que eles são aproximadamente iguais, tratá-los como iguais, e concluir que cabe ao legislador fazer a escolha sobre qual deles deve prevalecer.

A discricionariedade estrutural para sopesar possui duas dimensões: uma “igualdade dos empates” e uma “igualdade nos empates”.²²³ Isso quer dizer que ela “se

²¹⁸ Há discussões a respeito do significado da ideia de “igualdade aproximada”. A referência aqui é à mais simples: apenas uma versão aproximada da categoria “igualmente bom” e não como uma quarta categoria unida às hipóteses “melhor que”, “pior que” e “igualmente bom”. Sobre a distinção entre as duas leituras, Cf. Ruth Chang, “The Possibility of Parity,” *Ethics* 112 (2002), p. 661, nota 5. Não pretendo, por isso, me utilizar da noção de “paridade”, defendida, por exemplo, por Ruth Chang e Virgílio Afonso da Silva a partir da ideia de igualdade aproximada. Cf. Ruth Chang, “The Possibility of Parity”, pp. 659-668 e Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the Incommensurable”, pp. 273-301.

²¹⁹ Cf. James Griffin, *Well-Being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1986, pp. 80–1.

²²⁰ Cf. James Griffin, *Well-Being*, p. 97. No mesmo sentido, Thomas Hurka, *Perfectionism*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 87.

²²¹ Cf. Thomas Hurka, *Perfectionism*, p. 87. Como nota Hurka, essa discussão remete à tese lógica das superavaliações. A esse respeito, Cf. Bas C. van Fraassen, “Singular Terms, Truth-Value Gaps, and Free Logic”, *The Journal of Philosophy* 63 (1966): 481-495

²²² Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 601.

²²³ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 76 e, do mesmo autor, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 608.

desenvolve sobre a linha em que se apresentam os diferentes empates”.²²⁴ Dito de outra forma, de um lado, ocorre que casos de empate devemos tratar ambas as soluções como possíveis, isto é, tanto a atribuição de prioridade a um princípio quanto a atribuição de prioridade ao princípio colidente como indiferentes (nenhuma delas tem preferência sobre a outra):

“Se a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional. O mesmo vale para o oposto da intervenção: a não-garantia de proteção. Se as razões em favor de uma não-proteção são tão fortes quanto as razões para a proteção, a não proteção não é desproporcional.”²²⁵

De outro, não há uma distinção qualitativa entre as situações de empate, ou seja, dos empates decorrentes de restrições leves que promovem pouco um dos princípios, até os empates decorrentes de restrições graves que promovem muito o fim buscado, continuamos no âmbito da discricionariedade estrutural para sopesar, ou seja, os empates “são equivalentes nos diferentes níveis da escala”.²²⁶ Em síntese, o legislador pode escolher o nível de realização do princípio promovido que pretende buscar com a medida adotada. Contudo, esse nível deve ser pelo menos igual ao da intervenção sobre o princípio restringido.²²⁷ Respeitados esses limites, pode ele escolher tanto o nível de proteção quanto a intensidade da intervenção. Se os níveis forem iguais, estaremos diante de um caso de discricionariedade estrutural para sopesar, independentemente de qual deles – leve, moderado ou sério – estiver presente. A escolha de um ou outro empate, por sua vez, “é uma decisão a respeito do alcance dos fins que se pretende buscar”.²²⁸

Acredito que para compreender adequadamente a noção ora exposta são úteis alguns elementos da teoria do discurso em geral e da teoria da argumentação jurídica em especial, quais sejam, as questões relacionadas às chamadas “modalidades discursivas”. A partir de uma teoria discursiva da argumentação jurídica²²⁹, resta amplamente aceito que

²²⁴ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 76

²²⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 608. No mesmo sentido, Cf. Martin Borowski, “La sujeción a determinaciones del legislador en la ponderación de derechos fundamentales”, p. 128.

²²⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 608.

²²⁷ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, pp. 75-6.

²²⁸ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 76.

²²⁹ Assumo aqui, essencialmente nos termos propostos por Alexy, que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral. Ambos tem comum o fato de, além de lidarem com questões práticas (o que deve ou não deve ser feito), tratarem da correção de enunciados normativos. Contudo, o discurso jurídico constitui um caso especial porque ocorre sob condições limitadoras, dentre as quais a vinculação à lei, a

regras e formas de argumentação em muitos casos não levam a nenhum resultado e, mesmo quando levam, elas de forma alguma garantem sempre uma certeza conclusiva.²³⁰ Ou seja, as regras do discurso racional não determinam a conclusão em todos os casos, “excluem algumas (como conclusões ‘discursivamente impossíveis’) da classe das possíveis proposições normativas, e, portanto, estabelecem a validade (como conclusões ‘discursivamente necessárias’) das opostas àquelas excluídas”.²³¹ Ocorre que, para além dessas duas situações, há casos em que tanto as proposições normativas quanto as suas negações são completamente compatíveis com as regras do discurso: trata-se dos “enunciados discursivamente possíveis”. Dessa forma, o discursivamente possível se refere aos casos em que “dois enunciados normativos ou regras podem ser justificados sem a violação de nenhuma regra do discurso”.²³² Partindo de uma noção regulativa de única resposta correta, “todos os enunciados discursivamente possíveis devem ser qualificados como ‘corretos’”.²³³ Isso quer dizer, em outras palavras, que, nos termos expostos, “duas

necessária consideração dos precedentes, a relação com os estudos doutrinários desenvolvidos pelos teóricos do direito e a sujeição às exigências do ordenamento processual. Cf., dentre outros trabalhos, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 14 e ss. e 211 e ss. e, do mesmo autor, “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris* 12 (1999): 374-38.

²³⁰ De acordo com Alexy, a razão de ser para isso é que a teoria do discurso racional não determina as premissas das quais os participantes partirão, as suas regras não estabelecem todos os passos da argumentação e algumas delas tem caráter ideal e por isso podem ser satisfeitas apenas de modo aproximado. Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 17-21 e 287 e, do mesmo autor, “Interpretación jurídica y discurso racional”, trad. Luis Villar Borda, in *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 51-2. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 513.

²³¹ Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 17.

²³² Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 207 e 288. Alexy fornece o seguinte exemplo: “Vamos supor que duas pessoas, a1 e a2, tentem responder a uma questão prática por meio de um procedimento definido por meio das regras do discurso. No momento t1, a1 sustenta N1, e a2 sustenta N2, e N1 e N2 são incompatíveis. No momento t2, que marca o fim do procedimento, por exemplo, as seguintes soluções para os participantes são possíveis: (1) ambos concordam sobre Ni, que pode ser idêntica a N1 ou N2, mas não precisa ser; (2) ambos rejeitam Ni; (3) a1 sustenta Ni e a2 sustenta Nj, sendo i diferente de j. Parece fazer sentido nomear esses três casos. No primeiro caso, Ni é, com relação às regras do discurso, ao seu grau de cumprimento, aos participantes e ao momento t2, discursivamente necessária. No segundo caso, em relação a isso, Ni é discursivamente impossível. No terceiro caso, Ni e Nj são, relativamente às regras do discurso, ao seu grau de realização, aos participantes e ao momento t2, nem discursivamente impossíveis nem discursivamente necessárias, mas apenas discursivamente possíveis.” Cf. Robert Alexy, “Problems of Discourse Theory”, *Crítica* 20 (1988), p. 60.

²³³ Cf. Robert Alexy, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, trad. Carlos de Santiago, in *Derecho y razón práctica*. Ciudad de México: Fontamara, 2010, p. 79 e, do mesmo autor, “Problems of Discourse Theory”, p. 60. A ideia de correção aqui possui uma natureza procedimental absoluta. Isso quer dizer que uma norma N é correta se, e somente se, ela pode ser o resultado do procedimento P, que respeita as regras do discurso. Nesse sentido, a noção de única resposta correta deve ser vista como ideal regulativo e um objetivo a ser buscado. Os participantes do discurso jurídico devem, independentemente de haver ou não uma única resposta correta, sustentar a pretensão de que a sua resposta é a única correta: “Como ideia regulativa, o conceito de correção não pressupõe que já existe sempre uma resposta certa ou correta para cada questão prática, que apenas precisa ser encontrada. (...) apenas pressupõe que é possível que existam questões práticas para as quais uma única resposta correta pode ser encontrada em um discurso, e não se sabe questões são essas, de modo que vale a pena tentar encontrar a única resposta correta para cada questão.” Não se trata, portanto, da noção de “única resposta correta” em termos *dworkinianos* – que, segundo Alexy, configura

normas contraditórias podem ser corretas simultaneamente".²³⁴ Desacordos no âmbito do discursivamente possível são “desacordos razoáveis”.²³⁵

Se uma norma é apenas discursivamente possível, então não podemos falar, ainda que haja consenso, em uma fundamentação definitiva. A interpretação das necessidades pode mudar. O conhecimento empírico utilizado até o momento da decisão pode mostrar-se insuficiente. Talvez não se tenha considerado determinadas consequências diretas e indiretas. Por esta razão, as normas discursivamente possíveis devem “ser consideradas como justificadas apenas provisoriamente”: “Na medida em que os resultados do discurso não podem pretender qualquer certeza definitiva, é necessário que eles devam sempre estar abertos a revisão.”²³⁶ Exige-se “um caráter não final dos resultados” (permanente falseabilidade).²³⁷ Além disso, a possibilidade discursiva faz com que sejam necessárias regras que permitam decidir entre duas situações contraditórias e discursivamente possíveis, como é o caso, por exemplo, das regras emanadas do Poder Legislativo, “que se baseiam no princípio da representação e no princípio da maioria”.²³⁸

Dessa forma, é necessário “fixar precisões no âmbito do discursivamente possível através da legislação positiva”.²³⁹ Isso, contudo, por si só, não afasta a associação ora efetuada entre discricionariedade estrutural para sopesar e possibilidade discursiva. Certamente a legislação positiva em geral e a Constituição em especial limitam o campo do discursivamente possível. É sem dúvida necessário que seja assim. No entanto, isso não quer dizer que, após a entrada em cena do discurso jurídico, não permaneça ainda um âmbito – mais restrito, é bem verdade – discursivamente possível. O âmbito discursivamente possível que permanece após as restrições decorrentes da Constituição é justamente a discricionariedade estrutural, da qual a discricionariedade estrutural para sopesar faz parte.

“uma ficção ontológica injustificável”. A esse respeito, Cf., além das obras mencionadas acima, Robert Alexy, “Legal Certainty and Correctness”, *Ratio Juris* 28 (2015), pp. 442 e ss.

²³⁴ Cf. Robert Alexy, “Problems of Discourse Theory”, p. 57.

²³⁵ Cf. Robert Alexy, “Legal Certainty and Correctness”, p. 443 e, do mesmo autor, “The Reasonableness of Law”, pp. 12-3. Embora a teoria do discurso não exclua o desacordo razoável, ela é capaz de afastar a ideia de que todos os desacordos são razoáveis. Nesse sentido, o controle judicial de constitucionalidade constitui “um processo de aproximação da verdade”, pois é “nossa melhor maneira de nos aproximarmos do discursivamente necessário”. Cf. Robert Alexy, “Constitutional Rights, Democracy and Representation”, p. 208.

²³⁶ Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 207.

²³⁷ Cf. Robert Alexy, “Problems of Discourse Theory”, p. 62. No mesmo sentido, Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 126.

²³⁸ Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 207 e 288.

²³⁹ “Ao campo do discursivamente possível não pode corresponder um campo igualmente amplo do juridicamente permitido.” Cf. Robert Alexy, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, p. 84.

Ressaltar esse aspecto é importante não só porque adverte para relação entre os limites do discurso racional e os limites da materialidade da Constituição, mas também porque realça a revisibilidade permanente das decisões autoritativas tomadas pelo legislador em casos de impasse. É evidente que, se o legislador não está vinculado pela Constituição, ele pode decidir esses casos hoje em um sentido e amanhã em outro. A revisão daquilo que foi decidido é sempre possível. Trata-se apenas de uma questão de oportunidade e conveniência políticas. Aqui resta clara a equivalência entre conteúdo da moldura constitucional, a possibilidade discursiva e discricionariedade estrutural (para sopesar). Em síntese, no que se refere à argumentação jurídica, qualquer proposição na argumentação sobre direitos pode ser enquadrada em um dos três âmbitos referentes à teoria do discurso: (i) o constitucionalmente necessário, (ii) o constitucionalmente impossível e (iii) o constitucionalmente possível.²⁴⁰ A discricionariedade estrutural para sopesar, por sua vez, faz parte do constitucionalmente possível.

Uma observação é necessária neste ponto. A utilização de “possível” ao longo deste trabalho teve em geral alguma uniformidade, mas pode ainda assim causar confusão. Ressaltei no capítulo anterior que o conjunto de decisões do legislador que fazem parte da moldura constitucional se enquadram no que Moreso denomina “mundos constitucionalmente possíveis”. Como consequência lógica, a discricionariedade estrutural para sopesar (uma parcela do discursivamente possível) também faz parte do que se encontra no âmbito dessa categoria. No entanto, ela não esgota aquilo que compõe os mundos juridicamente possíveis. Estes englobam tudo que é compatível com a Constituição, seja por constituírem a materialização, em nível ordinário, do que a Constituição (vedando ou exigindo), seja porque constituem questão quanto a qual a Constituição não fornece resposta e, assim sendo, não incompatível com a sua normatividade. Em outras palavras, eles são compostos não só por aquilo que a Constituição deixa em aberto, remetendo à discricionariedade do legislador, mas também por aquilo que ela determina. A discricionariedade estrutural para sopesar, portanto, é apenas *um* dos mundos constitucionalmente possíveis, a hipótese em que “a Constituição é silente”, o que faz necessário que verifiquemos – nota Moreso – “o que outras regras

²⁴⁰ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 69.

inferiores dizem, a fim de avaliar o valor de verdade (“*truth-value*”) das proposições jurídicas”.²⁴¹

A premissa do raciocínio neste ponto é que, como se trata de um empate e, portanto, uma questão não determinada pela Constituição, a restrição é admissível. Mas, pela própria natureza da ideia de discricionariedade, pode ele optar entre impor ou não essa restrição, ou seja, “ele tem a liberdade de decidir se impõe, ou não, essa restrição”.²⁴² A competência do legislador para impor a restrição é, assim, constitutiva.²⁴³ Mais do que isso, é autoritativa, porquanto não pode ser questionada pelo aplicador do direito.²⁴⁴ Essa observação é importante porque chama a atenção para o fato de que se trata de uma decisão que não apenas, por assim dizer, “cumpre” algo decorrente da argumentação jurídica baseada na Constituição, mas que propriamente resolve uma questão que a partir dessa argumentação – e, nesse sentido, a partir da Constituição – não é possível solucionar. Ao decidir, em um caso de empate, fomentar um princípio à custa de outro, o que na prática faz o legislador é decidir “por uma restrição interpretativamente possível em face do peso dos princípios colidentes”.²⁴⁵ E ele pode fazê-lo na medida em que milita a seu favor uma razão institucional, o princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado, conforme esclarecerei adiante.

Nos casos de empate, tanto a escolha por um dos princípios quanto a escolha pelo outro se encontram abarcadas pelo que Barak denomina “zona de proporcionalidade”, o que implica que – ainda me valendo das expressões do autor – a discricionariedade daí decorrente confere uma “zona de legitimidade” para a opção decisória do legislador.²⁴⁶ Por

²⁴¹ Cf. José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, p. 119. Não quero dizer, evidentemente, que Moreso – um positivista – estaria de acordo com tudo que sustento aqui, o que é altamente improvável, especialmente considerando as suas divergências em relação às posições de Alexy – sabidamente crítico do positivismo. A esse respeito, Cf., por exemplo, José Juan Moreso, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, in Pedro Grández Castro e Miguel Carbonell (eds.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 59-70.

²⁴² Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 293-4.

²⁴³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 294.

²⁴⁴ Cf. Martin Borowski, “La sujeción a determinaciones del legislador en la ponderación de derechos fundamentales”, p. 127.

²⁴⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 295.

²⁴⁶ Cf., respectivamente, Aharon Barak, *Proportionality*, pp. 416 e ss. e, do mesmo autor, *Judicial discretion*, p. 12. No mesmo sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 265. É importante ressaltar que as conclusões de Barak parecem contraditórias. Ao tratar dos casos de empate, em alguns momentos o autor reconhece uma “zona de proporcionalidade”, em termos perfeitamente compatíveis com a proposta deste trabalho, mas em outros afirma tratar-se de uma escolha de cada democracia constitucional (poderia dar prevalência aos direitos fundamentais, ou eventualmente aos objetivos estatais legítimos), mencionando, por fim, que nesses casos seria necessário haver um *in dubio pro liberdade*. Embora seja possível defender essa última tese sem abandonar a noção de discricionariedade estrutural para sopesar (em caso de colisão entre direitos fundamentais e objetivos estatais os primeiros prevaleceriam, mas em caso de colisão entre dois

esta razão a proporcionalidade – diz Barak – “reconhece a zona de discricionariedade legislativa que satisfaz as suas exigências”.²⁴⁷ Zonas de discricionariedade legislativa “são áreas em que o legislador possui uma margem de manobra para atuar”.²⁴⁸ Segundo o autor:

"A zona de proporcionalidade é o reino do legislador. Dentro da zona de proporcionalidade o legislador é livre para escolher se legisla e quais objetivos ele quer buscar, e para selecionar qualquer meio que queira utilizar para obter esse objetivo. O juiz não tem qualquer opinião sobre essas escolhas. O papel do juiz é apenas verificar os limites da proporcionalidade e evitar a escolha de meios desproporcionais".²⁴⁹

Postas as coisas nesses termos, os sopesamentos que levam a impasses se enquadram no âmbito da zona de proporcionalidade que a terceira de suas sub-regras (proporcionalidade em sentido estrito) admite, e, conseqüentemente, no âmbito da zona de discricionariedade e legitimidade decisória do legislador. Essa zona de proporcionalidade, em que as várias possíveis respostas não são incompatíveis com a Constituição, corresponde ao que para alguns autores seriam os limites da razoabilidade. Quando o tribunal avalia uma decisão legislativa, ele não deve questionar-se se concorda ou não com o que foi decidido, mas apenas se a decisão é razoável.²⁵⁰ A proporcionalidade diz respeito

ou mais direitos abrir-se-ia espaço para a discricionariedade do legislador para sopesar), a ideia de que a questão fica a cargo de cada arranjo institucional não se compatibiliza com a pretensão generalizante presente tanto aqui quanto no próprio trabalho do autor.

²⁴⁷ Cf. Aharon Barak, *Proportionality*, pp. 415-6.

²⁴⁸ Cf. Aharon Barak, *Proportionality*, p. 416.

²⁴⁹ Cf. Aharon Barak, *Proportionality*, p. 417. É por isso que, “na medida em que o legislador atue no âmbito proporcional da discricionariedade”, “não há espaço para que o Judiciário substitua a discricionariedade legislativa pela discricionariedade judicial”. Cf. Aharon Barak, *Proportionality*, p. 12.

²⁵⁰ Nesse sentido, Cf. Mattias Kumm, “Democracy is Not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers* 118 (2009), pp. 34 e ss. e, do mesmo autor, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, pp. 208 e ss., Stephen Gardbaum, “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, in Grant Huscroft, Bradley Miller e Grégoire Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014, pp. 274 e ss., Giovanni Sartor, “Doing Justice to Rights and Values: Teleological reasoning and proportionality”, *Artificial Intelligence and Law* 18 (2010), pp. 177 e ss. e Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, pp. 199 e ss. Isso não quer dizer, contudo, diferentemente do que sustenta Kumm, nem que devemos abandonar, quando do controle de constitucionalidade por meio da proporcionalidade, a noção de correção da decisão legislativa, substituindo-a pela ideia de razoabilidade, nem tampouco que seria necessário distinguir a correção política (verificação da resposta correta para a questão) da correção constitucional (verificação de se a resposta corresponde a uma tentativa razoável de estabelecer a resposta correta). A noção de correção adotada (correção procedimental absoluta) é suficientemente flexível tanto para deixar espaço para a discricionariedade do legislador quanto para ser lida em termos de razoabilidade, pelo menos nos limites do que me proponho a discutir aqui, a discricionariedade do legislador para sopesar. Rivers parece atentar para isto quando afirma que “se nós seguirmos a teoria de Alexy, há um sentido no qual o padrão é sempre correção”, porque “há um conjunto de decisões corretas (discricionariedade estrutural)”. Cf. Julian Rivers, “Fundamental Rights in the UK Human

“ao poder dos legisladores de sopesar argumentos válidos sobre direitos contra objetivos públicos significantes com sujeição aos constrangimentos da razoabilidade substantiva”.²⁵¹ É necessário que o julgamento racional coletivo convertido em legislação seja justificável de um modo que mesmo aqueles que discordam dele possam razoavelmente aceitá-lo.²⁵² O papel do tribunal é “fiscalizar os limites do razoável”²⁵³: “(...) escolhas legislativas que, de acordo com o revisor, não obtém sucesso na consecução do melhor resultado, podem mesmo assim ser mantidas quando permanecem dentro dos limites do 'razoável'.”²⁵⁴ Nesse caso, mesmo que o tribunal discorde da medida adotada, ele deve aceitá-la e respeitar a margem de apreciação – “uma incorporação da exigência de razoabilidade no âmbito dos direitos fundamentais”²⁵⁵ – de que dispõe o legislador. Como nota Kai Möller, o Tribunal Constitucional Alemão se vale de uma terminologia diferente para chegar ao mesmo resultado, utilizando uma formulação negativa para indicar que o teste do sopesamento foi satisfeito se a interferência é “não desproporcional” ou “não [está] fora de proporção”, ou seja, “ao invés de exigir positivamente que a política seja proporcional, a corte exige negativamente que ela não seja desproporcional”, gerando “uma necessária margem de manobra para os órgãos eleitos”.²⁵⁶

Pelo menos a partir de uma determinada concepção de razoabilidade²⁵⁷, é perfeitamente possível integrar a ideia à noção de proporcionalidade, de modo que a exigência da otimização possa ser lida em termos de um mandamento de razoabilidade e que, nesse sentido, nos casos de impasse ambas as opções de que dispõe o legislador sejam

Rights Act”, in Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006, p. 156. Klatt e Meister, por outro lado, advertem que o sopesamento não é uma questão de adequação ou razoabilidade, mas de correção. Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 69. Não me parece, contudo, que os autores estejam considerando a concepção de razoabilidade mencionada aqui.

²⁵¹ Cf. Stephen Gardbaum, “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, p. 283.

²⁵² Cf. Mattias Kumm, “Democracy is Not Enough”, p. 34. No mesmo sentido, Mattias Kumm, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, p. 214.

²⁵³ Cf. Mattias Kumm, “Democracy is Not Enough”, p. 35. No mesmo sentido, Mattias Kumm, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, pp. 209 e 215.

²⁵⁴ Cf. Giovanni Sartor, *Doing Justice to Rights and Values*, p. 177.

²⁵⁵ Cf. Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, p. 202.

²⁵⁶ Idem, *ibidem*. Embora a formulação de Möller em geral esteja correta, não me parece acertada a sua distinção entre uma avaliação de se a lei é proporcional e de se ela é “não desproporcional” (uma decorrência de sua visão da proporcionalidade como um teste que não avalia a correção). Pelo menos quanto à proporcionalidade em sentido estrito, a forma como proposta a noção de otimização (exigência de que sacrifícios indispensáveis sejam justificados pelo menos com um grau equivalente de satisfação do princípio que em cada caso jogue em sentido contrário) torna desnecessária essa diferenciação.

²⁵⁷ Cf. Robert Alexy, “The Reasonableness of Law”, pp. 5 e ss. Alexy traça uma relação entre razoabilidade e possibilidade discursiva. Isso, unido a outras considerações, como a importância do sopesamento e a necessidade de decisões autoritativas que estipulem definições no âmbito do que é razoável, além das considerações feitas no corpo do texto, militam no sentido da associação que faço aqui.

consideradas razoáveis. No sentido assumido aqui, a ideia de razoabilidade exige primeiramente que todos os fatores que podem ser relevantes para responder a questão prática sejam considerados e, em segundo lugar, que eles sejam agregados em uma correta relação uns com os outros a fim de justificar o julgamento que fornece a resposta. A razão para se recorrer à razoabilidade é a existência de uma pluralidade de fatores que exigem avaliação com relação a sua relevância para um objeto de interesse comum. Essa pluralidade de valores consiste em uma classe de pelo menos duas razões conflitantes que representam resposta incompatíveis para uma questão prática. A razoabilidade exige tanto que todas as razões que possam ser relevantes sejam consideradas quanto que um equilíbrio seja atingido de acordo com o peso relativo ou importância de forma dependentemente do contexto – daí o papel central desempenhado pelo sopesamento na definição do razoável.²⁵⁸

A partir dessa noção é possível sustentar, nos termos e limites aqui propostos, que afirmar que o legislador pode decidir em casos de empate porque ambas as soluções que ele tem à sua disposição são ótimas (e, portanto, corretas), porque ambas se encontram numa “zona de proporcionalidade”, ou porque ambas são razoáveis, é essencialmente dizer a mesma coisa. Uma importante consequência disso, no entanto, é esclarecer o fato de que os casos discursivamente possíveis em geral e, no que mais interessa aqui, os casos de discricionariedade estrutural para sopesar, configuram desacordos morais razoáveis. Não parece necessário tecer maiores considerações a respeito do porquê de serem desacordos. Faz sentido supor que nesses casos – mais do que em outros – indivíduos discordem a respeito da solução que deve ser adotada. As considerações feitas acima, por sua vez, esclarecem o caráter “razoável” de tais desacordos. Eles o são justamente na medida em que efetuam uma consideração das razões opostas a partir de todos os fatores relevantes de acordo com a sua importância, mas chegam – respeitando as regras do discurso – a conclusões contraditórias.²⁵⁹ Tomadas as coisas nesses termos, caberia ao tribunal fiscalizar os limites entre os desacordos morais que são razoáveis e aqueles que não são.²⁶⁰ A proporcionalidade, assim, se torna um mecanismo racional de verificação de quais desacordos são efetivamente razoáveis.

²⁵⁸ Cf. Robert Alexy, “The Reasonableness of Law”, pp. 7 e ss.

²⁵⁹ A conclusão de que os casos de impasse constituem desacordos morais razoáveis terá especial relevância na discussão a respeito do dever de deferência decorrente dos empates.

²⁶⁰ Cf. Mattias Kumm, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, pp. 208 e ss.

Um exemplo de reconhecimento de discricionariedade estrutural do legislador para sopesar é o caso Stern (BVerfGE 71, 206).²⁶¹ A controvérsia dizia respeito a reportagens publicadas em 1982 e 1983 pela revista Stern, de Hamburgo, a respeito de investigações da promotoria da cidade em um caso envolvendo doações de empresas a um partido político e nas quais eram feitas citações textuais retiradas dos autos do processo sobre a oitiva das testemunhas e o interrogatório de um dos acusados, além de peças produzidas pela defesa antes dos autos se tornarem públicos. Uma conduta como esta é passível de pena privativa de liberdade de um ano ou multa, nos termos do § 353, “d”, 3, do Código Penal Alemão. O juízo de primeiro grau considerou o dispositivo inconstitucional, por não ser adequado para alcançar os objetivos por ele almejados. Em razão disso, foi apresentada uma prejudicial de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal, que, por seu turno, identificou dois objetivos da referida norma legal: o primeiro é a proteção dos envolvidos em um processo e da presunção de inocência; o segundo, a proteção da imparcialidade dos envolvidos no processo, exigida pelo juízo do princípio do juízo imparcial.²⁶²

O problema mais importante era o fato de que apenas a citação textual era punível, mas não uma citação mais sensacionalista que, contudo, não citasse textualmente informações do processo. O tribunal concluiu que as citações textuais, por força da sua autenticidade, ameaçam mais os dois objetivos mencionados do que aquelas sem transcrições. Embora uma proteção mediante uma proibição de citações textuais seja “incompleta” e em razão disso “pequena” e “menos eficaz”, as liberdades de expressão e imprensa são “restringidas em reduzida medida”, pois permanece a possibilidade de noticiar o assunto sem a transcrição literal de parte dos autos. Por essa razão, o Tribunal conclui que a restrição “não é desproporcional em relação ao que se pretende alcançar”.²⁶³ Segundo Alexy, esta última afirmação é importante porque indica que o tribunal “aceita uma intervenção na liberdade de imprensa como compatível com a Constituição não somente se a importância das razões para a intervenção forem maiores que a intensidade da intervenção, mas também quando há uma equivalência”, ou seja, nos casos de empate. Por essa razão é permitido ao legislador tanto agir quanto não agir. Essa faculdade constitui a sua discricionariedade estrutural.²⁶⁴

²⁶¹ A respeito do caso, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 608 e ss., que é a base para a presente exposição.

²⁶² Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 609.

²⁶³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 609.

²⁶⁴ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 609.

Não obstante a forma obscura, contraditória e muitas vezes meramente retórica como aplica o princípio da proporcionalidade²⁶⁵, e, em especial, o discutível uso que faz do conceito de liberdade legislativa, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu expressamente – embora não tenha aplicado no caso concreto – a existência de uma discricionariedade estrutural para sopesar em favor do legislador.²⁶⁶ No caso, tratava-se de Habeas Corpus (HC 122.694/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, pp. 5 e ss.) impetrado pela Defensoria Pública da União contra decisão do Superior Tribunal Militar e em favor de militar condenado pelo crime de furto de uma motocicleta de outro militar (art. 240, *caput*, do Código Penal Militar). O impetrante sustentava a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, entre a data do fato e do recebimento da denúncia, diante da pena em concreto aplicada ao paciente. Para tanto, argumentava que deveria ser declarada “a inconstitucionalidade parcial da Lei n. 12.234/10, quanto à alteração do § 1º do artigo 110 do Código Penal e à exclusão do § 2º do mesmo artigo”, dentre outras coisas, porque a referida alteração legislativa seria desproporcional. A discussão, portanto, girava em torno da chamada prescrição retroativa, assim chamada por ser contada do final para o começo: o tribunal efetua o cálculo da publicação da sentença condenatória para trás, ou seja, da condenação até a pronúncia ou o recebimento da denúncia ou queixa. Com a modificação levada a cabo pela Lei n. 12.234/2010, passou a ser vedada a incidência da prescrição retroativa sobre o período entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, período sobre o qual apenas poderia incidir a prescrição baseada na pena máxima em abstrato prevista para o delito.

Diante da restrição à liberdade perpetrada pela inovação legislativa, com a finalidade de “promover uma maior efetividade das normas penais incriminadoras e da tutela jurisdicional Penal” e o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, e do argumento do impetrante, o tribunal julgou necessário verificar a proporcionalidade da limitação. O meio escolhido foi considerado adequado a promover a finalidade em questão e necessário, porquanto, embora houvesse outros meios que poderiam promover o objetivo

²⁶⁵ Para uma crítica do uso da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, pp. 23-50. Contrariamente e em uma tentativa de reconstruir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de modo coerente, Cf. Lucas Catib de Laurentis, *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Tese de Doutorado (Universidade de São Paulo), 2015, pp. 83 e ss.

²⁶⁶ A ideia é aceita também em outros tribunais. Embora ela própria discorde da abordagem, Marcela Peredo Rojas ressalta que o controle de proporcionalidade exercido pelo Conselho Constitucional Francês se baseia nos argumentos indicados por Alexy, na medida em que admite a existência de uma liberdade de escolha do legislador quando a análise de uma restrição a direitos fundamentais indica que a relação entre os princípios colidentes “não é manifestamente desequilibrada”. Cf. Marcela Peredo Rojas, “El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto”, p. 78.

em igual medida, todos importariam em uma maior restrição sobre a liberdade. De acordo com o tribunal, o grau de intervenção no direito de liberdade “pode ser considerado médio”, pois “o grau mais alto da escala (grave) somente seria atingido se as penas cominadas aos crimes e/ou todos os prazos prescricionais fossem majorados”. Por sua vez, o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais inerente à promoção da efetividade do Direito Penal “pode ser classificado como intenso ou forte”, de modo que “as fortes razões para a intervenção legislativa (...) justificam o grau de restrição imposta ao direito de liberdade”. O mais relevante, aqui, contudo, é que o tribunal foi além e afirmou que, “ainda que se reputasse forte o grau de afetação da liberdade de locomoção, haveria uma equivalência com o grau de importância da realização dos princípios colidentes”, para – com menção expressa a Alexy – concluir que “se, a razão para uma intervenção é tão forte quanto a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional”.²⁶⁷ Com essa afirmação, o tribunal reconhece a existência de uma discricionariedade estrutural para sopesar em favor do legislador, que “tem competência para configurar ou conformar as disposições constitucionais e a faculdade de escolher o conteúdo das leis, dentre um amplo número de alternativas de ação” e “representa, ainda, o órgão que, em princípio, deve solucionar as colisões de direitos fundamentais e harmonizar as diversas exigências normativas que emanam da Constituição”.

Uma vez desenvolvida a forma como surge a discricionariedade estrutural para sopesar, pretendo tratar nos próximos dois pontos de dois aspectos relacionados ao tema que, segundo me parece, podem ajudar a esclarecer e solidificar a conclusão relativamente à necessidade de respeito às decisões legislativas tomadas em hipóteses de empate no sopesamento. O primeiro deles se refere à característica da discricionariedade estrutural para sopesar de estar relacionada ao que se poderia denominar âmbitos constitucionalmente não valorados. O segundo, por sua vez, diz com o fato de que os casos de empate no sopesamento constituem, do ponto de vista estrutural, verdadeiros dilemas morais genuínos.

3.3 Discricionariedade para sopesar e âmbitos constitucionalmente não valorados

²⁶⁷ Uma das estratégias do tribunal para fortalecer esse argumento é o fato de não haver, na legislação penal de uma série de países, previsão de algo como a “prescrição retroativa”, e isso não ter levado a uma declaração de inconstitucionalidade da legislação em decorrência de uma eventual desproporcionalidade.

Uma decorrência das considerações feitas anteriormente diz respeito ao conteúdo material da Constituição, ou, dito de outra forma, àquilo sobre o que a Constituição não decide de modo definitivo. Na medida em que indicam um limite para a normatividade definitiva da Constituição, os casos de discricionariedade estrutural para sopesar constituem espaços não valorados (ou não regulados, a depender do ponto de vista) pela Constituição. Em outras palavras, a discricionariedade estrutural para sopesar corresponde a um “âmbito constitucionalmente não regulado” ou “constitucionalmente não valorado” – um desenvolvimento da ideia “espaços livres de regulação jurídica” da dogmática penal ou de “âmbito juridicamente não valorado”, conforme a interpretação de Arthur Kaufmann.²⁶⁸ Há pelo menos duas ordens de considerações que auxiliam na sustentação de um argumento nesse sentido. A primeira diz respeito a uma interpretação específica da liberdade de configuração do legislador, de cujo conceito a discricionariedade não é nada além de uma reinterpretação – e desenvolvimento – a partir da teoria dos princípios. A segunda relaciona-se com a estrutura dos problemas que originam, no direito penal, aquilo que os autores denominam “espaços livres de regulação jurídica” (não regulados juridicamente), “âmbitos livres de direito” ou “âmbitos não valorados” – de que a ideia de “âmbito constitucionalmente não regulado” ou “não valorado” constitui uma releitura. Explicarei esta última e, em seguida, a primeira.²⁶⁹

²⁶⁸ Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofía Del Derecho*, trad. Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 407 e ss.

²⁶⁹ Tenho consciência de que a utilização desse conceito no âmbito do direito penal pode ensejar críticas. Hans Joachim Hirsch, por exemplo, embora admita que o conceito pode ter aplicação em geral, “porque o ordenamento jurídico nas situações de conflito duvidosas retira suas normas e, com isso, renuncia a uma valoração”, é crítico da sua utilização no direito penal, em que ele “não apresenta soluções adequadas para nenhuma das situações duvidosas” que pretende resolver. Ele ensinaria, antes, “um caos jurídico em um âmbito que exige muito especificamente regulações claras”. O que teríamos nos casos vistos como juridicamente não regulados (ou não valorados) seria a criação de uma causa de justificação. (Cf. Hans Joachim Hirsch, “El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica”, trad. Patricia Ziffer, *Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales* 39 (1987), pp. 412 e ss.) No mesmo sentido, José Luis Guzmán Dalbora menciona que não seria adequado que deixemos que os indivíduos tomem decisões sem saber o que é correto ou errado e que, “para evitar a guerra interna instaurada em nome da tolerância, é preciso tomar partido sobre as questões”, “é necessário que fazer uma opção”; se há uma colisão de deveres, “o direito deve decidir qual dever prevalece”. (Cf. José Luis Guzmán Dalbora, “La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en el Derecho Penal”, *Dereito e Ciudadania* 16/17 (2003), p. 29) Zitelmann, por sua vez, adverte que um mesmo fato poderia estar regulado positivamente por um rol de preceitos e não estar por um rol distinto: um ato por ser considerado apto a gerar um dever de indenização no direito civil, mas não ser objeto do direito penal, de modo que teríamos então um ato que, para o direito civil é um “espaço juridicamente regulado”, mas que para o direito penal compõe o “espaço juridicamente vazio”, o que nos ria a ter que admitir tantas classes de “espaços vazios” no direito penal que “chegaríamos ao caos”. Cf. Ernst Zitelmann, “Las lagunas del Derecho”, trad. Carlos G. Posada, in Friedrich Carl von Savigny, *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: LOSADA, 1949, p. 309. Como não tenho como objetivo defender noção como um todo, mas apenas demonstrar o paralelismo com a discussão sobre a discricionariedade estrutural para sopesar, não pretendo rebater essas críticas aqui.

Há no direito penal uma grande discussão relacionada a se todos os comportamentos penalmente relevantes podem ser adequadamente concebidos por meio da dicotomia *jurídico* x *antijurídico*. Para uma parcela da doutrina, a resposta é negativa, pois ela seria fundamentalmente ineficaz nos casos de conflitos trágicos ou de necessidade existencial, isto é, nas situações-limite.²⁷⁰ Haveria, além dessas duas categorias, uma outra – os chamados “espaços livres de direito”, “âmbitos juridicamente não regulados” ou “âmbitos juridicamente valorados”. Essa categoria diria respeito tipicamente nos casos de estado de necessidade e/ou naqueles de colisão de deveres jurídicos.

Segundo Ernst von Beling, nos casos de estado de necessidade, isto é, de situações “em que um bem jurídico de alguém se encontra ameaçado de destruição ou de uma lesão”, o alcance da possibilidade real de conservar o próprio bem jurídico à custa de um bem jurídico de outro apresenta um problema jurídico especial de saber quando e em que medida é permitido juridicamente fazer uso daquela possibilidade, a chamada “reação necessária”.²⁷¹ Nestes casos, haveria três hipóteses a respeito de como avaliar – a partir do “princípio do ‘balanceamento de bens’” – essa reação. Ela poderia: (i) ser permitida, pois a lesão do outro bem representa juridicamente um dano menor do que o dano que ameaça o bem jurídico que se encontra em necessidade; (ii) ser antijurídica, caso se vincule a um dano comparativamente maior ao bem jurídico alheio e (iii) não ser permitida mas também não antijurídica, e sim juridicamente irrelevante, pois “ambos os danos são de igual valor”.²⁷² Estes últimos seriam casos que o direito escolheu não regular. Esse seria o caso de dois naufragos que disputam uma tábua de salvação que suporta apenas uma pessoa. Ante o risco iminente de ambos acabarem morrendo em decorrência do rompimento da tábua, para salvar a própria vida, um deles mata o outro.

²⁷⁰ Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofía Del Derecho*, p. 409. No mesmo sentido, Cf. Rafael Márquez Piñero, *Teoría de la Antijuridicidad*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 81. Uma crítica comumente feita é a de que um espaço não jurídico é logicamente impossível, porque antijurídico e adequado ao direito são opostos contraditórios, que excluem uma terceira possibilidade. A questão é, como Hirsch mesmo reconhece, que a controvérsia que está relacionada com a contraposição de conceitos sem atenção prévia ao seu conteúdo. De fato, se “conforme o direito” (...) “é concebido *a priori* como contendo uma norma jurídica permissiva, e simultaneamente se diz que é conforme o direito tudo que não é antijurídico, então, de fato, nada resta para um âmbito não regulado pelo direito”. Nesse caso, um comportamento ou se choca com um dever jurídico ou é objeto de uma permissão jurídica. Caso entendamos, ao contrário, “conforme o direito” simplesmente como “não antijurídico”, então “o conceito apenas indica que um comportamento não está em contradição com o ordenamento jurídico”. Mas isto pode ser assim “tanto porque a ordem jurídica prevê uma regra jurídica de permissão, como porque essa mesma ordem jurídica não se encarrega da sua regulação”. Cf. Hans Joachim Hirsch, “El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica”, pp. 403-4.

²⁷¹ Cf. Ernst von Beling, *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*, trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 51.

²⁷² Cf. Ernst von Beling, *Esquema de derecho penal*, p. 51.

Há quem sustente, por outro lado, que esse âmbito não regulado manifestar-se-ia primordialmente nos casos de caso de colisão de deveres de atuar de igual valor, em que o autor resta absolvido pela infração ao dever que não cumpriu.²⁷³ Quando se trata da colisão de deveres seria necessário distinguir os casos em que é possível realizar uma gradação da gama de deveres em conflito daqueles em que isso não é possível. Se, sopesados os deveres, verifica-se que há diferença entre os seus pesos, o bem jurídico superior deverá cumprir-se à custa do inferior. Em caso de deveres equivalentes, isto é, deveres que resultam de igual valor, “o ordenamento jurídico de certo modo 'deixa livre' a decisão, de tal sorte que “o autor estaria justificado de qualquer forma, tanto se cumprisse um como outro dever”: “deve permanecer em um 'âmbito juridicamente livre’”.²⁷⁴ Seria o caso do médico que se vê numa situação em que, para salvar um de dois indivíduos envolvidos em um acidente, tem de deixar morrer o outro: seja qual for a sua decisão, a legislação não lhe inflige qualquer sanção, mas isso se dá não porque prefira a vida do que foi salvo à do que morreu, mas antes porque não conhece uma solução melhor.²⁷⁵

Outros autores, mormente Arthur Kaufmann, veem a questão de um modo um tanto diverso. Embora Kaufmann concorde com parcela da doutrina que defende que o fenômeno analisado manifestar-se-ia especialmente nos casos de estado de necessidade e de colisão de deveres, ele não deveria ser tido como “juridicamente não regulado” ou “livre de direito”, mas “juridicamente não valorado”.²⁷⁶ Segundo ele, o que por vezes se denomina “espaço livre de direito”, diz com ações relevantes e reguladas juridicamente, que, no entanto, “não podem ser valoradas adequadamente nem enquanto conforme o direito nem enquanto antijurídicas”.²⁷⁷ Nesses casos, portanto, “a ordem jurídica renuncia a

²⁷³ Cf. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal: parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed. Granada: Comares, 1993, p. 497. Segundo o autor, a colisão de deveres de diferente valor diferencia-se do estado de necessidade corrente em que o autor irá lesionar um dos deveres de atuar ou de se omitir, qualquer que seja a forma como se comporte, pois um dos deveres em conflito deve obrigá-lo a um fazer positivo para que possa chegar a surgir uma colisão de deveres.

²⁷⁴ Cf. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*, pp. 498-500. É bem verdade que, no fim das contas, Jescheck parece censurar essa posição, na medida em que ressalta que essas situações de colisão de deveres equivalentes constituem “uma causa de exclusão da culpabilidade”.

²⁷⁵ Cf. Lothar Philips, “Teoria das normas”, trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, in Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer (org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 358.

²⁷⁶ Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofía Del Derecho*, pp. 414 e ss.

²⁷⁷ Arthur Kaufmann, *Filosofía Del Derecho*, p. 408. Segundo Kaufmann, não se pode negar que a expressão “livre de direito” é bastante inapropriada e constitui, por tal razão, motivo de confusões. A expressão não é capaz de esclarecer a diferença entre não punível e não regulável penalmente. As formas de comportamento que não são reguladas juridicamente, na medida em que o direito de modo algum se interessa por eles – a que muitos autores de referem quando tratam da noção de “espaço livre de direito” – são denominados, na teoria do direito, “vazios jurídicos”. Trata-se de atividades que estão juridicamente irrelevantes: comer, beber, dormir, passear. Essa também é a advertência de Castanheira Neves, segundo o qual nós não devemos

valorar a respectiva conduta” e “quem atua é responsável por si mesmo quanto ao grau de correção de sua conduta”²⁷⁸, ao mesmo tempo em que se erige como destinatário ou centro de atração das responsabilidades decorrentes dela.²⁷⁹ A ordem jurídica prefere abster-se de efetuar uma valoração – pois não diz se algo é correto ou incorreto –, garantindo certa liberdade ao agente, que, contudo, pode ser exercida “tão somente dentro de uma determinada moldura”.²⁸⁰ “Se a quem aborta está permitido fazer o que faz é algo que tem que ele próprio decidir, de acordo com a sua consciência, com a sua religião, com as suas representações sobre a moralidade. A lei tolera sua decisão, seja lá qual for.”²⁸¹ É necessário, contudo, que atue de modo responsável, isto é, que “todos estes pontos de vista sejam levados em conta seriamente para a decisão”.²⁸² Passo agora à segunda.

Na esteira na noção de abertura constitucional e Constituição como ordem moldura, o que se sustenta é que em alguns casos “a própria constituição a deixar intencionalmente por regular certos domínios da realidade social ou a remeter a sua disciplina normativa para o legislador”, uma “*incompletude normativa intencional*” apta a “permitir a luta política, a liberdade de conformação do legislador, a adaptação da disciplina normativa à

confundir o problema do “espaço livre do direito” com a determinação dos verificáveis e muitas vezes desejáveis “espaços de non-droit”, (no sentido de Carbonnier), porque, na verdade, o que há aqui “é retração, a abdicação ou abandono do direito (...) relativamente a domínios humano-sociais que caberiam (...) na sua vocação regulativa, domínios que em princípio se não teriam assim de excluir do campo e do objeto da sua normatividade.” Cf. Antônio Castanheira Neves, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 208. Ler a noção de “âmbito livre de regulação jurídica” nesse sentido seria, portanto, um “equivoco geral”. Esta doutrina, na verdade, “entende por âmbito livre de regulação jurídica uma zona que o ordenamento jurídico deixa sem regular, porque uma regulação jurídica não é nem adequada nem necessária” (Cf. Hans Joachim Hirsch, “El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica”, p. 398). Uma posição no sentido criticado parece ser de Karl Larenz (Cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamago, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 536-7), que trata do “espaço livre de Direito” como aquilo que não seria possível de regulação jurídica. Essa também parece ser a ideia de Karl Engisch quando trata do que denomina “espaço ajurídico” para se referir a algo que se encontra “completamente fora do Direito”, algo “além e em volta do jurídico”. Cf. Karl Engisch, *Introdução Ao Pensamento Jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 279. Para uma ampla discussão do autor a respeito, Cf. Karl Engisch, *El ámbito de lo no jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1960, pp. 11 e ss.

²⁷⁸ Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofía Del Derecho*, p. 416.

²⁷⁹ Cf. Rafael Márquez Piñero, *Teoría de la Antijuridicidad*, p. 85.

²⁸⁰ Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofía Del Derecho*, p. 416. Há quem critique a doutrina do “espaço livre” porque entre a juridicidade e a antijuridicidade não poderia existir, de acordo com o princípio do terceiro excluído, “um âmbito do ‘não proibido’, pois se trataria de um oposto contraditório”. Para Kaufmann, contudo, quando se trata de avaliações, além das valorações “jurídico” e “antijurídico” existe também uma terceira possibilidade: “o abster-se de valorar”. Quando se valora, isso se dá conforme a medida de categorias “jurídico-antijurídico”, mas não há uma toriedade de se valorar. Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofía Del Derecho*, p. 414-5. Essa discussão possui íntima relação com a questão do chamado princípio geral negativo do ordenamento jurídico, segundo o qual “lícitas todas as ações, uma vez que não se tenha disposto em contrário”. A esse respeito, Cf. Ernst Zitelmann, “Las lagunas del Derecho”, p. 303. A respeito, Cf. também as considerações de Lothar Philipps, que o menciona (sem necessariamente concordar) como na ideia de que “o que não é proibido é permitido”. Cf. Lothar Philipps, “Teoria das normas”, p. 356.

²⁸¹ Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofía Del Derecho*, p. 416.

²⁸² Cf. Arthur Kaufmann, *Filosofía Del Derecho*, p. 417.

evolução da vida (realidade) constitucional”.²⁸³ Esse âmbito não regulado faria parte dos “espaços jurídicos livres”, “situações extrajurídicas” ou “extraconstitucionais” que são “deixadas à decisão política ou à discricionariedade do legislador ordinário”²⁸⁴ Nesses casos – sustentam alguns – estaríamos diante de lacunas jurídicas absolutas, às quais não seria possível oferecer qualquer regra de valoração, e que indicam o “limite normativo-imanente do direito Constitucional”, razão pela qual “uma eliminação da lacuna violaria o Direito Constitucional existente e, portanto, “resulta impossível uma solução legal para a questão apresentada com base na situação normativa positiva”.²⁸⁵ Essas questões são decididas “com base numa opção indiferente à validade axiológico-normativa do direito” e “excluem do mesmo modo a justiciabilidade (a possibilidade de um juízo jurídico jurisdicional)”, de modo que “terão que ser remetidas ao legislador, a um imperativo ato legislativo”. Especialmente naquelas “grandes questões”, seria o caso de o tribunal valer-se de um *self-restraint* em favor do legislador, abstendo-se de “impor uma solução juridicamente decisória”.²⁸⁶

Em que medida esse instrumental teórico pode se refletir na discussão a respeito da discricionariedade estrutural para sopesar? Não é difícil perceber a relação entre os temas. Conforme em alguma medida já exposto, discricionariedade estrutural é a leitura da liberdade de configuração do legislador a partir da teoria dos princípios. Por força disso, a despeito de suas especificidades, ela busca esclarecer as possibilidades de que dispõe o legislador quando concretiza a Constituição, e, assim como em geral se sustenta quando o assunto é essa configuração, há de haver âmbitos e questões que não estão determinadas (ou completamente determinadas) pela normatividade da Constituição. A

²⁸³ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1236. Para Canotilho, essa hipótese não se confunde com os casos de lacuna, pois nestas nós estaríamos necessariamente diante de uma incompletude contrária ao plano regulativo constitucional. De modo semelhante, Castanheira Neves distingue o espaço livre de regulação das lacunas: “num caso o direito encontra seus limites no objeto, no outro em si mesmo”. Cf. Antônio Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, p. 209.

²⁸⁴ Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. II, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 316.

²⁸⁵ Cf. Hermann Heller, *Teoría del Estado*, 3ª ed. trad. Luis Tobío. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económico, 1955, pp. 287-8, que associa a ideia de lacuna absoluta na forma como mencionado à noção de lacuna proposta por Zitelmann. Não estou certo, contudo, se seria possível extrair essa consequência da noção de lacunas autênticas desenvolvida por Zitelmann. Segundo este, lacunas autênticas são aquelas em que “a lei permanece em geral devedora de uma resposta, não possibilita uma decisão quando, por outro lado, esta se fazia necessária”: “a lei nos apresenta uma regra positiva segundo a qual ele precisa ser resolvido, mas nos deixa dentro dela uma margem sem determinar”, ou seja, “a vontade expressa na lei de que uma relação jurídica ocorra de uma certa maneira é indubitável, mas dentro desses limites existem muitas possibilidades e a lei não diz nada sobre qual dessas possibilidades e que ela quer”. Neste caso, mantém uma indeterminação “com a intenção de que o Juiz tenha um espaço de desenvolvimento para considerar em suas decisões a peculiaridade de cada caso concreto”. Embora Zitelmann mencione a existência de uma peculiaridade quando se trata do direito constitucional, não me parece que ele afaste essas considerações gerais. Cf. Ernst Zitelmann, “Las lagunas del Derecho”, p. 312.

²⁸⁶ Cf. Antônio Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, pp. 236-7.

discricionariedade estrutural para sopesar está para a Constituição assim como os âmbitos juridicamente não regulados ou não valorados estão para a ordem jurídica. Assim como a discricionariedade estrutural para sopesar diz respeito com os limites da normatividade definitiva da Constituição, os âmbitos juridicamente não regulados ou não valorados dizem com o fim (da normatividade) do direito. Da mesma forma que compõem os âmbitos juridicamente não regulados ou não valorados aquilo que o direito optou por não regular/valorar, fazem parte da discricionariedade estrutural para sopesar aquelas colisões que a Constituição houve por bem não resolver. Se a questão dos âmbitos juridicamente não regulados ou não valorados diz respeito ao problema geral dos limites da juridicidade, a da discricionariedade estrutural para sopesar em especial diz com os limites da constitucionalidade material definitiva. Em ambos, como se verá adiante, exige-se do tribunal um *self-restraint*.

Com relação à discussão específica do direito penal, também não parece haver dúvida a respeito do paralelismo. A estrutura dos fenômenos analisados lá e aqui é exatamente a mesma. Colidem bens (ou deveres) jurídicos ou princípios, que, sopesados, apresentam o mesmo peso. A solução é o reconhecimento de um âmbito de liberdade, no primeiro caso para o agente, no segundo para o legislador – nesta última hipótese lido neste trabalho em termos de discricionariedade. Neste caso, ademais, há um adicional relativamente a clareza e racionalidade, que se deve ao fato de deixar-se claro, *a priori*, as premissas e o procedimento que indicam como verificar e determinar os limites da normatividade da Constituição. Sabe-se, desde logo, que tratamos de colisões entre princípios – tomados como mandamentos de otimização. A partir da conclusão de que estamos diante de princípios e que há uma restrição, analisa-se a constitucionalidade da medida, para a qual é necessário ir da normatividade *prima facie* até a normatividade definitiva. Em alguns casos, conforme exposto, como os pesos dos princípios colidentes são iguais, não há que se falar em normatividade definitiva.

Aqui, no entanto, surge uma dúvida. Os âmbitos de que faz parte a discricionariedade estrutural para sopesar são “âmbitos juridicamente não regulados” (ou “vazios de direito”) ou “âmbitos juridicamente não valorados”? Acredito que as duas opções fazem sentido, a depender do ângulo pelo qual olhemos o problema, mas vou adotar a segunda. Como o sopesamento não fornece (um único) resultado, ou seja, como não decorre regra de direito fundamental atribuída apta a solucionar o caso, é possível sustentar que no fim das contas a situação não está regulada pela Constituição porque ela

não determina um direito ou dever definitivo *no caso*; a solução será dada pelo legislador. No entanto, falar em âmbito constitucionalmente não valorado também faz sentido, desde que assumamos que a Constituição tratou dos princípios colidentes sem, contudo, valorar *aquela situação específica* de empate de modo a dar prevalência a um ou a outro.

Adotarei a segunda porque ela é capaz de ressaltar um aspecto muito importante: aqui *não há normatividade definitiva da Constituição*, mas isso não quer dizer que *não haja normatividade* *prima facie*. Haver normatividade *prima facie* é um requisito essencial para que consideremos que há uma restrição. Não podemos olvidar o fato de que a ponderação entre princípios inerente ao teste da proporcionalidade em sentido estrito corresponde à busca pela solução de um conflito entre *normas* – ainda que normas com destacado caráter *prima facie*. Princípios são normas e, ainda que devido a seu caráter *prima facie* eles não determinem necessariamente a solução dos casos a que se aplicam, eles continuam a ser normas. Sua validade permanece intacta mesmo nos casos em que as exigências de outro princípio se sobrepõem às suas. Isso é importante porque deixa claro que, enquanto normas, os princípios – em condições ideais – podem obter uma realização máxima. Tomadas as coisas nesse sentido, não seria complementemente preciso falar em um “âmbito não regulado”, já que os princípios colidentes fazem parte da ordem constitucional. Igualmente não seria preciso falar em não regulação ou espaço vazio, na medida em que há uma normatividade, ainda que *prima facie*. Mais preciso seria falar em âmbito constitucionalmente não valorado, já que, embora tenha reconhecido os princípios colidentes, a Constituição em alguns casos não valorou qual deles há de prevalecer em caso de colisão e é justamente por isso que chegamos a um impasse no sopesamento.

Feitas essas considerações, passo à análise do segundo aspecto importante desta discussão, a questão dos dilemas morais genuínos.

3.4 Impasses no sopesamento como dilemas morais genuínos

Neste ponto, pretendo esclarecer porque acredito que os casos de empate no sopesamento configuram verdadeiros dilemas morais.²⁸⁷ Trata-se, contudo, de um conceito determinado de dilemas morais, que tem como nota característica a impossibilidade de

²⁸⁷ Para uma associação nesse sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the Incommensurable”, p. 292, David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Barcelona: Tesis Doctoral (Universitat Pompeu Fabra), 2004, pp. 394-5 e 417 e, do mesmo autor, “Dilemas morales y derecho”, *Discusiones* 7 (2008), p. 38.

uma das razões conflitantes superar a outra – neste caso, em decorrência do fato de ambas possuírem a mesma força²⁸⁸ –, os chamados “dilemas morais genuínos”.²⁸⁹ Quando o legislador que restringe um direito fundamental em uma intensidade que corresponde à mesma com que promove o direito fundamental ou objetivo estatal cujo fomento entende necessário, ele faz uma opção diante de uma situação com estrutura de dilema moral genuíno. Acredito que essas considerações são importantes na medida em que esclarecem as dificuldades inerentes às situações de empates no sopesamento e fortalecem o argumento no sentido de que deve caber ao legislador decidir nesses casos.

Dilemas morais, no sentido que é relevante e ao qual vou me referir neste ponto, não se confundem com qualquer conflito moral, muito embora esta última categoria muitas vezes seja tomada nesse sentido. Um agente se encontra em um conflito moral se possui razões morais para cada uma de duas (ou mais) ações ou inações, mas realizar ambas ou todas as ações (ou deixar de realizá-las) não é possível: “Se um agente se depara com um dilema moral, ele tem uma obrigação de fazer A e uma obrigação de fazer B, mas não pode fazer ambas.”²⁹⁰ Um exemplo comumente mencionado é o caso do indivíduo que pede uma arma emprestada a um amigo e promete que, tão logo este amigo solicite, ele a devolverá. Algum tempo depois, o amigo solicita a arma de volta e afirma que pretende matar a sua esposa porque ela o traiu. Nesta situação, o primeiro indivíduo se encontra em um conflito moral: ao mesmo tempo em que ele possui uma obrigação ou exigência moral de cumprir a promessa feita, também possui a de não contribuir para a ocorrência de um homicídio. No

²⁸⁸ Dois outros argumentos muito comuns para fundamentar a noção de dilemas morais, que, em especial no caso do segundo, costumam aparecer (embora isso não ocorra sempre) juntamente com aquele que pretendo explorar: são as ideias de resíduo e incomensurabilidade (o que, para alguns, equivale a incomparabilidade) das opções. A ideia por trás do primeiro argumento é de que quando está diante de um dilema moral e escolhe um dos cursos de ação ou inação conflitantes, o agente se depara com sentimentos como o remorso, pois sente que violou algum tipo de obrigação, dever ou exigência moral (resíduo moral) ou com a permanência de uma obrigação no sentido de desculpar-se pelo descumprimento ou de compensar os afetados pela escolha (resíduo normativo). No caso do segundo, trata-se da ideia de que as razões morais em conflito muitas vezes possuem uma natureza incomensurável, o que implicaria que não podemos compará-las, e é justamente por isso que o dilema é considerado insolúvel. Não pretendo, contudo, discutir esses dois argumentos. Para uma discussão ampla a respeito dessas posturas, Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*. Oxford, UK: Basil Blackwell, 1988, pp. 53 e ss. e David Martinez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, pp. 305 e ss. e 381 e ss.

²⁸⁹ As denominações do fenômeno variam bastante. Para alguns, seriam, na expressão de que irei me utilizar, dilemas morais genuínos. Há, contudo, quem utilize outras expressões, como dilemas morais em sentido forte (Ruth Marcus), ou simplesmente dilemas morais (Walter Sinnott-Armstrong e David Martinez Zorrilla) – que se diferenciariam dos conflitos morais em geral.

²⁹⁰ Cf. David O. Brink, “Moral Conflict and Its Structure”, in H. E. Mason (org.), *Moral dilemmas and moral theory*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 102 e Terrance McConnell, “Moral Dilemmas”, in Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, sem paginação. <disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/moral-dilemmas>, último acesso em 20.01.2016>.

caso, no entanto, é evidente que as razões subjacentes à segunda obrigação superam aquelas que subjazem a primeira e, portanto, a obrigação ou exigência moral de não devolver a arma prevalece.²⁹¹ Como mencionei, entretanto, não é desta acepção que tratarei.²⁹²

Tampouco se trata de uma outra leitura da ideia de dilema, segundo a qual essas situações diriam respeito a conflitos entre razões definitivas e não *prima facie*. Seriam dilemas morais, portanto, apenas os conflitos entre obrigações definitivas.²⁹³ Neste caso, seja em decorrência de obrigações, seja em decorrência de proibições, o agente acabaria por perpetrar uma infração inevitável ao código moral. O mais problemático, contudo, é que esses casos teriam como consequência o fato de envolverem fatalmente alguma inconsistência moral, na medida em que constituem hipóteses em que algo é tanto definitivamente obrigatório quanto definitivamente errado.²⁹⁴

Em dilemas morais genuínos, nenhuma das obrigações ou exigências morais é mais importante do que a outra e daí porque se trata de um conflito insolúvel. Nenhuma das razões morais tem força suficiente para prevalecer sobre a outra.²⁹⁵ “Há princípios de acordo com os quais se deve fazer x e se deve fazer y, enquanto fazer y exige que se deixe

²⁹¹ O exemplo (adaptado de Platão) é dado por Lemmon. Cf. E. J. Lemmon, “Moral dilemmas”, in Christopher W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas*. New York: Oxford University Press, 1987, p. 105 e Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 17.

²⁹² Uma defesa dos dilemas morais que inclui esses casos (conflitos morais solúveis) é feita por E. J. Lemmon e Ruth Marcus, embora no primeiro não fique claro se os casos mais complexos seriam, na verdade, decorrentes de um problema epistêmico e, no caso da segunda, o fundamento para tanto decorra também da sua visão a respeito do problema do resíduo moral. Cf. E. J. Lemmon, “Moral dilemmas”, pp. 105 e ss. e Ruth Marcus, “Moral Dilemmas and Consistency”, in Christopher W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas*. New York: Oxford University Press, 1987, pp. 189 e ss. Para uma crítica dessa posição, Cf. Patricia S. Greenspan, “Moral dilemmas and guilt”, *Philosophical Studies* 43 (1983), p. 117, Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, pp. 17 e ss. e David O. Brink, “Moral Conflict and Its Structure”, p. 106.

²⁹³ Nesse sentido, por exemplo, é a crítica de Zimmerman, que sustenta – embora, como nota David Martínez Zorrilla, não sem alguma obscuridade, na medida em que a certa altura dá a entender que se trata de um problema epistêmico – que dilemas morais são impossíveis, mas parte de um conceito de dilemas morais como conflitos entre *obrigações morais definitivas*, admitindo, contudo, a possibilidade dos chamados *quandaries*, isto é, conflitos entre obrigações morais *prima facie* de mesmo peso ou importância: “Um *quandary* é uma situação em que o agente não sabe o que é correto ou obrigatório de modo definitivo para ele fazer.” Cf. Michael J. Zimmerman, *The Concept of Moral Obligation*. New York: Cambridge University Press, 1996, pp. 208-9. A respeito, Cf. também David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, pp. 383-4.

²⁹⁴ A esse respeito, Cf. Michael J. Zimmerman, *The Concept of Moral Obligation*, pp. 208 e ss. Para uma crítica da defesa da existência de dilemas morais com base nesta acepção, Cf. David O. Brink, “Moral Conflict and Its Structure”, pp. 106 e ss.

²⁹⁵ Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, pp. 53 e ss. e, do mesmo autor, “Moral Dilemmas and Rights”, in H. E. Mason (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*. New York: Oxford University Press, 1996, pp. 49 e ss. e Bas C. van Fraassen, “Values and the Heart’s Command”, *The Journal of Philosophy* 70 (1973), pp. 8 e ss.

de fazer x, isto é, deve-se fazer não-x.”²⁹⁶ Como ressalta McConnell, para que um conflito moral seja considerado um dilema moral genuíno, “as obrigações ou exigências conflitantes devem estar postas de modo que nenhuma delas seja capaz de superar a outra”.²⁹⁷ Esse é o conceito fornecido inclusive pelos autores que não aceitam completamente a ideia de dilemas morais ou mesmo a refutam. Dentre os primeiros, Nagel ressalta que “os casos mais difíceis de conflitos são os dilemas genuínos, em que há um suporte decisivo para dois ou mais cursos de ação ou inação incompatíveis”, “cada escolha parece correta por razões que parecem ser decisivas e suficientes” e a escolha por uma delas “significará agir contra algumas outras razões sem que se seja capaz de afirmar que elas são superadas”.²⁹⁸ Junto aos últimos, Conee adverte que, para os defensores da noção de dilema moral, “quando uma alternativa igualmente valiosa está disponível, cada uma delas é permitida”, já que “ambas tem exatamente a mesma força”.²⁹⁹ Aqui, vale transcrever as palavras de Martínez Zorrilla:

“(…) em situações de equivalência entre alternativas, qualquer curso de ação dentre as mutuamente incompatíveis e de mesmo valor que seja escolhido está moralmente permitido (...). Isso porque, em hipóteses deste tipo, seja qual for a opção escolhida dentre as conflitantes, dar-se-á lugar a uma situação quanto à qual não existe nenhuma alternativa deontologicamente melhor; isto é, nenhuma situação em que se escolha outra alternativa será melhor, uma vez que, como são de valor equivalente, no máximo serão do mesmo valor. Deste modo, a situação se ajusta à definição de 'permissão moral', mas não à de 'ção moral', uma vez que com nenhuma das alternativas se dá lugar a uma situação deontologicamente melhor do que com as demais.”³⁰⁰

Há uma exigência de se adotar uma alternativa em uma situação real se, e somente se, for moralmente errado não adotar essa alternativa em qualquer situação similar em

²⁹⁶ Cf. Ruth Marcus, “Moral Dilemmas and Consistency”, p. 189. Não obstante isso costume ser relacionado aos casos em que um agente se depara com um dilema, seria possível também que o mesmo ocorresse entre diferentes agentes. Na leitura de Marcus, por exemplo, na famosa tragédia de Sófocles, as obrigações de irmã de Antígona colidem com as obrigações de Creonte de manter a sua palavra e preservar a paz. Antígona é da a providenciar o funeral para Polínice. Creonte é obrigado a evitar isso. Embora neste caso possamos discutir se de fato as duas razões possuem o mesmo peso (algo que a própria Marcus não afirma expressamente), faz sentido falar que de fato há uma colisão entre razões morais.

²⁹⁷ Cf. Terrance C. McConnell, “Moral Residue and Dilemmas”, in H. E. Mason (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 36.

²⁹⁸ Cf. Thomas Nagel, “The Fragmentation of Value”, in *Mortal Questions*, 15ª ed. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 128-9.

²⁹⁹ Cf. Earl Conee, “Against moral dilemmas”, in Christopher W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas*. New York: Oxford University Press, 1987, pp. 243-5.

³⁰⁰ Cf. David Martínez Zorrilla, “Dilemas morales y derecho”, pp. 41.

todos os aspectos moralmente relevantes, sem nenhuma justificacão moral para essa não adoo.³⁰¹ Isso pode ser esclarecido a partir de um exemplo extraído da tragédia grega “Agamenon”, de  squilo. Agamenon é o líder das tropas gregas que estão indo atacar Troia. No caminho para esta cidade, os navios gregos não conseguiram partir em razão da ausência de ventos favoráveis, e, questionado por Agamenon, um vidente afirma que os ventos não retornariam até que Agamenon sacrificasse sua filha, Efigênia. Todos os gregos acreditam na sua previsão, de modo que estão certos de que Agamenon não pode liderar as suas tropas até Troia a menos que sacrifique a sua filha. Eles também acreditam que Agamenon tem um dever de liderar as suas tropas para Troia em razão “das suas responsabilidades enquanto comandante, das muitas pessoas envolvidas, de considerao de honra, e assim por diante”.³⁰² Isso é um dilema moral porque Agamenon deveria liderar as suas tropas até Troia e também deveria proteger (ou pelo menos não matar) a sua filha, mas ele não pode liderar as suas tropas se não sacrificar a sua filha. Neste caso, seria moralmente errado para Agamenon matar sua filha se ele não tivesse justificacão para tal ato; da mesma forma, seria moralmente errado para ele se recusar a liderar suas tropas se ele não tivesse nenhuma justificativa para isso.³⁰³

É importante ressaltar, como notado por Sinnott-Armstrong, que a ideia de exigência moral sempre indica algum tipo de razão a ela subjacente. Conseqüentemente, “dizer na definio de dilemas morais que um agente deve adotar cada uma de duas alternativas implica pelo menos que há uma razão moral para que o agente adote cada alternativa”.³⁰⁴ Por outro lado, afirmar que um conflito entre exigências morais é um dilema moral genuíno significa dizer que, diante do conflito, nenhuma das exigências pode ser classificada abaixo da outra em nenhum aspecto moralmente relevante. Isso quer dizer que a realizao do comportamento, a partir do sistema moral em questão e consideradas todas as alternativas empiricamente possíveis, não é pior, isto é, não tem menor valor deôntico, do que a sua não realizao.³⁰⁵ Na medida em que parte de um aspecto da estrutura do conflito, essa definio considera como dilemas morais mesmo as situao em que as exigências morais conflitantes são triviais: a estrutura dos dilemas morais é a

³⁰¹ Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 39.

³⁰² Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 5.

³⁰³ Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 40.

³⁰⁴ Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 7.

³⁰⁵ Cf. David Martínez Zorrilla, “Dilemas morales y derecho”, p. 41.

mesma independente de estar muito ou pouco em jogo. Além disso, podem estar em jogo tanto alternativas positivas quanto as negativas, que podem também conflitar entre si.³⁰⁶

Na hipótese de dilemas morais genuínos, trata-se, portanto, de conflitos simétricos: “Em qualquer conflito simétrico, nenhuma razão supera a outra, porque não há nenhuma diferença relevante entre elas.”³⁰⁷ É possível pensar em vários exemplos.³⁰⁸ Talvez o caso mais extremo desse tipo de situação seja a hipótese em que as vidas de gêmeos idênticos estão em perigo e por força das circunstâncias só é possível salvar um deles. Um caso semelhante seria o relato de uma mãe na Etiópia que, incapaz de alimentar seus dois filhos com os recursos de que dispunha, viu-se da a abandonar uma das crianças. O exemplo mais comumente mencionado, contudo, certamente é o da tragédia “A Escolha de Sofia”, de William Styron.

Sofia, uma polonesa não judia, é presa por soldados alemães carregando carne contrabandeada e enviada com seus dois filhos para um campo de concentração nazista. Uma vez no campo de concentração, um guarda determina que ela escolha um filho para ser morto e o outro para viver nos barracões das crianças. Sofia não quer escolher de modo algum, mas o guarda lhe garante que, caso ela não escolha, ambas as crianças serão mortas. Embora física e psicologicamente ela possa se recusar a escolher, moralmente ela não pode, já que o preço disso é muito alto. Sofia tem uma razão moral para não escolher cada uma das crianças. Ela pode prevenir a morte de seu primeiro filho, e uma mãe tem razão moral para prevenir a morte de um filho, pelo menos tanto quanto possa. Escolher a primeira criança seria cooperar com um esquema altamente diabólico, e, mais precisamente, com o assassinato do seu próprio filho. Esses fatos fornecem fortes razões morais fortes para ela não escolher a primeira criança. Fatos similares constituem razões morais para não escolher também o segundo filho. Dessa forma, ela tem razões morais para não escolher cada criança. Seu conflito moral é, portanto, um dilema moral, pois nenhuma

³⁰⁶ Essa ideia pode também ser generalizada de modo a abarcar o conflito entre razões não morais com igual força. Seria possível, então, falar em dilemas epistêmicos, dilemas de prudência, dilemas religiosos e etc. Por outro lado, poderíamos nos deparar com um conflito entre razões morais de um lado e razões não morais do outro. Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, pp. 7-8 e 23-4.

³⁰⁷ Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 58. Walter Sinnott-Armstrong, no entanto, parece sustentar que há duas possibilidades quando tratamos de dilemas morais genuínos decorrentes de exigências morais de mesma importância, diferenciando os casos simétricos, que “envolvem quantidades iguais do mesmo tipo de valor ou dano”, de casos de conflitos entre exigências morais de igual força não-simétricos, muito embora enquadre ambos no conceito de dilema moral. Não me debruçarei de modo mais detalhado sobre essa distinção não só porque Sinnott-Armstrong não a desenvolve profundamente, mas também (e principalmente) porque ela não me parece ter relevância para os objetivos deste ponto. A respeito disso, Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, pp. 57-8.

³⁰⁸ Sobre os exemplos mencionados, Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 57.

das exigências morais supera a outra, na medida em que não há nenhuma diferença moralmente relevante entre as crianças ou entre as exigências de não escolher cada uma delas.³⁰⁹

Importa ressaltar que a questão das razões equivalentes não diz apenas com uma questão epistêmica, isto é, com o fato de elas parecerem equivalentes. Não se trata de o agente não saber qual das razões é mais forte. Trata-se, na verdade, de uma “equivalência metafísica”, pois de fato “nenhuma das razões pode ter mais peso do que a outra”.³¹⁰ Dilemas morais genuínos, portanto, como inclusive seus críticos reconhecem, dizem respeito a algo ontológico, e não epistêmico.³¹¹

Para muitos defensores dessa leitura dos dilemas morais, as razões que conflitam devem, ou pelo menos podem³¹², ser vistas como razões *prima facie*.³¹³ A partir dessa perspectiva, “dilemas morais devem envolver conflitos insolúveis de obrigações *prima facie*”, em que não seria gerada a obrigação definitiva a partir das obrigações *prima facie*

³⁰⁹ O livro em si sugere que há alguma diferença. O filho mais novo é mais dependente e, portanto, tem menos chances de sobreviver no barracão das crianças. Contudo, os autores que se valem da situação supõem um caso em que não haja qualquer diferença moralmente relevante entre as crianças, o que é possível, como se pode ver a partir do exemplo dos gêmeos. Um argumento contrário (nesse sentido, por exemplo, é a crítica de Greenspan à conclusão de que o caso é um dilema moral) seria de que Sofia tem uma exigência moral disjuntiva de escolher uma das crianças, já que se ela não o fizer ambas serão mortas. Isso, entretanto, não implica que não haja exigências morais não disjuntivas de não escolher cada criança. Pode haver três distintas exigências: (i) uma exigência moral disjuntiva de escolher uma ou outra criança; (ii) uma exigência moral não disjuntiva de não escolher uma criança e (iii) uma exigência moral não disjuntiva de não escolher a outra criança. Uma forma de sustentar a objeção disjuntiva seria afirmar que a exigência moral disjuntiva supera as exigências morais não disjuntivas de não se escolher nenhuma das crianças. Contudo, a exigência moral disjuntiva não pode superar as exigências não disjuntivas porque elas não estão em conflito. Ademais, o aspecto mais importante é que uma exigência moral disjuntiva para escolher uma criança *não resolve* o problema porque não diz qual das crianças deve ser escolhida. No sentido das considerações feitas, Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, pp. 55 e, no sentido criticado, Patrícia S. Greenspan, “Moral dilemmas and guilt”, pp. 118-120. Para uma defesa da existência de uma obrigação moral disjuntiva nos casos de dilemas morais genuínos (que seria a obrigação definitiva), Cf. David O. Brink, “Moral Conflict and Its Structure”, p. 119.

³¹⁰ Cf. David O. Brink, “Moral Conflict and Its Structure”, p. 105.

³¹¹ Cf. Terrance McConnell, “Moral Dilemmas”, sem paginação, David O. Brink, “Moral Conflict and Its Structure”, p. 105, Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, pp. 36 e ss., Ruth Marcus, “Moral Dilemmas and Consistency”, p. 124 e David Martinez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, pp. 327 e ss. e 384 e ss.

³¹² Sinnott-Armstrong, embora não inclua a distinção razões obrigações *prima facie* e obrigações definitivas em seu conceito de dilema moral, ao responder a crítica da existência de dilemas morais baseada nessa distinção (o argumento de que o que se costuma chamar de dilemas morais seriam meros conflitos entre obrigações *prima facie*, que não seriam mais do que obrigações aparentes; o que valeria, na verdade, seria a obrigação definitiva surgida do conflito, essa sim uma verdadeira obrigação) salienta que pelo menos uma leitura da distinção de David Ross – que, como nota o autor, não é clara – é plenamente compatível com a noção de dilema moral. Trata-se da visão que contrasta obrigações *prima facie* com obrigações absolutas. A partir dessa leitura, seria possível dizer que dilemas morais são conflitos ente obrigações *prima facie* que, contudo, por possuírem a mesma força, não geram uma obrigação absoluta (ou definitiva). Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, pp. 97 e ss.

³¹³ Cf., dentre outros, David O. Brink, “Moral Conflict and Its Structure”, p. 105 e ss. e David Martinez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, pp. 327 e ss. e 384 e ss.

em conflito³¹⁴, o que geraria – sustentam alguns – uma indeterminação normativa.³¹⁵ Esses casos pressupõem que a aplicação dos critérios ou regras de valoração previstas pelo sistema moral a duas obrigações *prima facie* às vezes dá lugar a um resultado idêntico, razão pela qual não se pode afirmar, a partir dessas regras, que uma alternativa seja melhor ou pior do que a outra. Nesse sentido, ressalta Martínez Zorrilla que:

"Em uma situação de equivalência, e carecendo de regras ou critérios para optar por uma das alternativas em conflito, nós estaríamos frente a uma situação de dilema, uma vez que não podemos determinar, dentre as várias obrigações *prima facie*, qual é o comportamento definitivamente obrigatório, com o que parece que carecemos de uma guia (moral) para a ação."³¹⁶

Uma vez verificado que o agente se encontra em um dilema moral genuíno, a escolha entre as alternativas inconciliáveis, se encontra “dentro do âmbito de opções do agente”.³¹⁷ Quando confrontado com opções simétricas, o agente, no fim das contas, escolhe.³¹⁸ Neste caso, contudo, ele não poderá fazer a sua escolha a partir de padrões morais, na medida em que o reconhecimento da exigência de um dilema moral no sentido explicitado indica justamente que o código moral *não* possui solução para o caso. Daí porque se afirma que não temos, nesses casos, um guia moral para ação. Princípios morais não são capazes de resolver todas as controvérsias morais.³¹⁹ O agente, assim, terá que buscar em outras formas de valoração um caminho para decidir. Isso é assim na medida em que reconheçamos que nem todas as questões de valor são questões morais e há opções que podem refletir outros valores.³²⁰ É nesse sentido que deve ser lida a afirmação de que, em um dilema moral genuíno, “um exercício de vontade pode resolver o conflito, mas não um cálculo de valores”.³²¹ Há, dessa forma, “uma discricionariedade por parte do agente para

³¹⁴ Cf. David O. Brink, “Moral Conflict and Its Structure”, p. 105. Essa é a posição daqueles que sustentam que dilemas morais genuínos de fato são algo possível. Brink, contudo, a fim de afastar-se dessa posição, defende que surge uma obrigação definitiva de escolher uma das obrigações *prima facie*.

³¹⁵ Cf. David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, pp. 381 e ss.

³¹⁶ Cf. David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, p. 387.

³¹⁷ Cf. Ruth Marcus, “Moral Dilemmas and Consistency”, p. 194.

³¹⁸ Cf. Ruth Marcus, “More about Moral Dilemmas”, in H. E. Mason (org.), *Moral dilemmas and moral theory*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 33.

³¹⁹ Cf. Ruth Marcus, “More about Moral Dilemmas”, pp. 24 e 35. Diz a autora que negar a existência de dilemas morais “consiste em sustentar que, em cada situação em que o código moral se aplica, há uma única escolha correta de acordo com o código”.

³²⁰ Cf. Ruth Marcus, “More about Moral Dilemmas”, p. 35.

³²¹ Cf. Bas C. van Fraassen, “Values and the Heart’s Command”, p. 9.

escolher que curso de ação tomar, sem que se possa dizer que há uma 'resposta correta', ou que a decisão tomada seja, estritamente falando, incorreta", isto é, uma discricionariedade decorrente da impossibilidade de se determinar uma resposta unívoca para o conflito.³²² Se nenhuma exigência moral supera a outra, então ao indivíduo é permitido escolher por ele próprio e ninguém poderá afirmar que ele está errado.³²³

Imaginemos um comandante que se vê diante da seguinte situação: Seu país foi invadido e ele – no comando das forças de defesa – determina que um contingente se dirija a um vilarejo amigo para fornecer proteção.³²⁴ Após ordenar isso, o comandante descobre que as tropas inimigas prepararam uma emboscada e que seus homens serão mortos se entrarem no vilarejo desavisados. Não há nenhuma forma de avisar aos seus soldados, então a única maneira de salvá-los é bombardear o vilarejo. Felizmente, muitos dos moradores estão trabalhando no campo, de modo que ele não matará a todos. Contudo, alguns deles serão mortos e suas casas serão destruídas. Essa situação é um conflito de exigências morais. De um lado, há uma exigência moral para o comandante não ordenar o bombardeio porque ele matará inocentes e destruirá suas casas; de outro, ao comandante cabe salvar os soldados sob sua autoridade. Vamos supor que o comandante decida bombardear o vilarejo nessa situação. Algum tempo depois, outro comandante passa pela mesma situação e decide não fazê-lo. Se a situação constitui um dilema moral no sentido assumido aqui, então embora o primeiro comandante que tenha escolhido outra opção não estivesse errado em proceder assim, isso não implica que o segundo comandante esteja. Seria equivocado julgar o segundo comandante questionando o que ele deveria ter feito – pelo menos do ponto de vista moral.

³²² Cf. David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, p. 395. É bem verdade que Martínez Zorrilla demonstra, posteriormente, que poderia haver uma certa inconveniência na adoção dessa alternativa, na medida em que se daria a entender que estaríamos diante de uma decisão arbitrária, já que não haveria razões mais fortes pra escolher um curso de ação ao invés do outro. Para o autor, especificamente no âmbito jurídico, deveríamos dar prioridade à segurança jurídica, isto é, “estipular uma regra que ofereça uma solução clara todas as situações deste tipo, ainda que se saiba que essa regra não é melhor do que outra que aponte em sentido contrário”. O receio de Martínez Zorrilla, no entanto, não tem razão de ser, pelo menos se assumidas as premissas deste trabalho. O conceito de discricionariedade utilizado aqui tem como nota essencial a necessidade de justificação no momento do seu exercício, ainda que a partir de elementos não morais (no caso dos dilemas) ou políticos e não somente constitucionais (na hipótese dos empates no sopesamento). Mais do que isso, a solução proposta pelo autor é apenas uma forma diferente de sustentar aquilo defendo aqui: nos casos de empates, o legislador exercita sua discricionariedade mediante uma decisão autoritativa – com estrutura da regra – que dá prioridade a um dos princípios.

³²³ Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 223.

³²⁴ O exemplo é explorado por Sinnott-Armstrong. Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, pp. 216 e ss.

O que ocorre nos empates em um sopesamento não é nada além de um dilema moral genuíno. Não é difícil justificar essa associação.³²⁵ Assim como no caso de dilemas morais genuínos, os casos de empate entre princípios envolvem colisões entre razões *prima facie* que, pelo fato de ambas possuírem o mesmo peso, não geram razões definitivas. A estrutura do conflito é a mesma. Além disso, tanto no caso dos dilemas morais genuínos quanto no dos empates no sopesamento, a questão não é meramente epistêmica, isto é, não se trata apenas de o agente ou tomador de decisão não saber qual das alternativas possui mais força. O essencial é que ambas possuem a mesma força.

O mesmo pode ser afirmado em relação à consequência do reconhecimento do fenômeno: em ambos os casos, atribui-se àquele que se vê diante do conflito sem solução a possibilidade de fazer uso de sua discricionariedade para determinar o curso de ação a seguir. No caso dos dilemas, o agente decidirá. No caso dos empates no sopesamento, essa atribuição cabe ao legislador. Por fim, assim como não é possível extrair a resposta para um dilema moral genuíno a partir do código moral, não é possível extrair, a partir da Constituição, uma conclusão no sentido da prevalência de um dos princípios colidentes nos casos de empate no sopesamento, de modo que, se no primeiro caso o agente busca razões não morais para decidir, no segundo o legislador busca um fundamento político.³²⁶

A relação entre a noção de dilemas morais genuínos e a ideia de empates no sopesamento na teoria de Alexy, no entanto, não é algo novo. Outros autores já fizeram especificamente essa associação.³²⁷ Nesse sentido, ao tratar dos dilemas morais genuínos, sustenta Martínez Zorrilla que:

"(...) as conclusões a que temos chegado se adaptam perfeitamente ao ponto de vista de Alexy em relação aos casos de empate: quando em um conflito constitucional, em sede de ponderação, o 'peso' de das alternativas é idêntico, não existe uma solução

³²⁵ Outros aspectos ajudam a justificar essa posição. Por exemplo, a possibilidade de dilemas envolverem (assim como colisões entre direitos fundamentais, que podem dizer respeito a abstenções ou prestações positivas por parte do Estado) obrigações positivas e negativas e o fato de, a partir do conceito de dilema moral assumido, não haver nenhuma dependência relativa ao grau de importância do que está em jogo (da mesma forma ocorre em uma abordagem dos direitos fundamentais que parte de um suporte fático amplo).

³²⁶ É significativo para fortalecer essa associação que, por exemplo, Marcus utilize suas premissas relativamente aos dilemas morais – que, como procurei deixar claro, indicam que nem sempre a moralidade poderá fornecer uma resposta para os conflitos morais – para efetuar uma crítica à visão de Dworkin no sentido da existência de uma única resposta correta. Cf. Ruth Marcus, “More about Moral Dilemmas”, p. 35. Assim como a moralidade não é completa, o direito em geral e o direito constitucional em especial também não o são.

³²⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Comparing the Incommensurable”, p. 292, David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, pp. 394-5 e 417 e, do mesmo autor, “Dilemas morales y derecho”, p. 38.

unívoca ou correta acerca de qual é a decisão a adotar, mas [o que existe é] discricionariedade.”³²⁸

A própria literatura a respeito dos dilemas morais, muito mais do que subsídios, traz fundamento expreso para a associação. Sinnott-Armstrong, por exemplo, é categórico ao afirmar que governos frequentemente se encontram diante de dilemas morais:

“Se uma lei restringindo determinado comportamento é aprovada, alguns valores podem ser alcançados, mas outros serão perdidos, pelo menos em termos de liberdade. Se o governo se encontra em um dilema moral real, não há na prática nenhuma exigência moral que se sobrepõe tanto no sentido de aprovar a lei quanto no sentido de não aprová-la. Em tais casos, algumas pessoas sustentam que deve ser permitido à maioria da sociedade enquanto grupo decidir que tipo de sociedade construir, muito embora a sua escolha restrinja a liberdade de alguns indivíduos.”³²⁹

Se o governo realmente se encontra em um dilema moral – continua Sinnott-Armstrong – “a perda de liberdade caso a lei seja aprovada já deve estar contrabalanceada pelos benefícios autônomos decorrentes da aprovação da lei, de modo que as razões para não restringir a liberdade não sejam mais importantes”.³³⁰ Por fim, o autor menciona:

"Essas considerações também são importantes porque fornecem uma justificação geral para a democracia limitada por proteções básicas. Nós precisamos de proteções básicas porque os governos nem sempre se encontram em dilemas morais. Algumas leis ou políticas na prática violariam exigências morais mais importantes, algumas das quais restringem a liberdade dos indivíduos em dilemas morais. Nós precisamos de algumas restrições sobre as leis que a maioria pode aprovar a fim de assegurar que

³²⁸ Cf. David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, p. 394.

³²⁹ Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 223. Tenho consciência de que Sinnott-Armstrong, umas das principais bases teóricas de que me valho para abordar os dilemas morais, é contrário à possibilidade de dilemas morais genuínos no direito. Isso, contudo, decorre de uma concepção própria do autor a respeito do conceito de direito em geral e de norma jurídica em especial que não corresponde àquela que subjaz este trabalho. Em especial, a distinção entre normatividade jurídica *prima facie* e normatividade jurídica definitiva, essencial no âmbito da discussão ora tratada, não se encontra no horizonte teórico de Sinnott-Armstrong – muito embora o autor aborde a discussão entre obrigações morais *prima facie* e obrigações definitivas. É altamente provável que, assumidas as premissas deste trabalho quanto ao conceito de norma e de norma de direito fundamental, Sinnott-Armstrong chegaria a outra conclusão a respeito da possibilidade de dilemas genuínos no âmbito do direito. Sobre a posição de Sinnott-Armstrong a respeito da (im) possibilidade de dilemas morais no âmbito do direito, Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, pp. 37 e ss. e, em especial, “Moral Dilemmas and Rights”, pp. 56 e ss.

³³⁰ Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 224.

efetivamente exigências morais mais importantes não sejam violadas." (...) O que dilemas morais acrescentam é, portanto, uma justificação para a democracia enquanto método de tomada de decisão quando nenhuma exigência moral mais importante for efetivamente violada."³³¹

Passo agora à análise da consequência do reconhecimento de que a atuação do legislador que restringiu um direito fundamental se encontra no âmbito de sua discricionariedade estrutural para sopesar: uma obrigação de deferência do tribunal que analisa a constitucionalidade da legislação impugnada.

3.5 Empates no sopesamento, discricionariedade estrutural para sopesar e deferência

Não obstante em alguma medida já tenha sido mencionada a consequência das hipóteses de empate, pretendo neste ponto desenvolver melhor essa ideia. Nos casos de empate, é necessário que o tribunal exerça uma autocontenção (*self-restraint*), porque do reconhecimento do empate surge uma obrigação de deferência com relação à decisão do legislador.³³²⁻³³³ Isso permite que a noção de deferência seja inserida na própria estrutura do teste da proporcionalidade.³³⁴ Como há um sem número de abordagens diversas a

³³¹ Cf. Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, p. 227-8.

³³² Nos casos de empate, é necessário que o tribunal exerça uma autocontenção (*self-restraint*). A proposta de Alexy já foi considerada (em geral) uma possível abordagem institucional apta a fundamentar um autocontrole judicial. Nesse sentido, Cf. Jeff King, "Institutional Approaches to Judicial Restraint", *Oxford Journal of Legal Studies* 28 (2008), pp. 427 e ss. A razão de ser para a caracterização seria que a ideia de direitos fundamentais como mandamentos de otimização, portanto, com um caráter *prima facie* diverso das regras (que eventualmente poderia não gerar um direito ou dever definitivo), permitiria uma contenção judicial, na medida em que nem sempre o que é proibido ou exigido *prima facie* corresponderia ao proibido ou exigido de modo definitivo. Essa caracterização me parece equivocada na medida em que não considera o aspecto importante de que aquilo que é constitucionalidade devido (obrigatório ou proibido) é avaliado a partir do direito (ou dever) definitivo e não *prima facie*. O caminho do *prima facie* até o definitivo é a forma de definir o que a Constituição determina, e não um mecanismo para que os tribunais intervenham mais ou menos nas decisões do legislador.

³³³ Nesse sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable", pp. 292 e ss., Alan Brady, *A structural institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*, p. p. 74. Julian Rivers tem posição diversa e associa deferência à discussão sobre capacidade institucional e *self-restraint* à discussão sobre legitimidade constitucional. Cf. Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal* 65 (2006), pp. 177 e ss. Portocarrero Quispe, por sua vez, contrapõe a noção de *self-restraint* à abordagem baseada na ideia de princípio formal e dá preferência a esta última. Cf. Jorge Portocarrero Quispe, "El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad", *Revista Derecho del Estado* 27 (2011), pp. 82 e ss. No entanto, o autor trata como conflitantes idéias que não necessariamente o são. É possível sustentar tanto cada uma delas separadamente quanto uni-las – como faço aqui.

³³⁴ Cf. Alan Brady, *A structural institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*, p. 77 e ss. A abordagem de Brady, contudo, é mais ampla, não só porque considera a proporcionalidade como um todo e com relação a medidas tanto do Legislativo quanto do Executivo, mas

respeito daquilo que configuraria essa autocontenção – e, bem assim, a noção de deferência – é necessário determinar, antes de tudo, a que me refiro quando utilizo os conceitos.³³⁵

A ideia de autocontenção diz respeito à postura judicial que pretende de certa forma reduzir o próprio poder relativamente aos outros Poderes do Estado.³³⁶ A autocontenção judicial se refere, mais especificamente, à extensão em que os tribunais estão dispostos a mudar e desenvolver o direito e bem assim à sua percepção de quando seria adequado fazê-lo.³³⁷ Isso pode levar o tribunal tanto a deixar completamente de pronunciar-se a respeito de uma situação quanto dispor-se a julgá-la, mas fazê-lo de um modo menos intenso do que poderia.³³⁸ Uma das formas pelas quais se dá essa autocontenção é justamente a obrigação de deferência, empregada aqui no sentido de se evitar contradizer, ou procurar preservar, as decisões de outros poderes.³³⁹ Assim, quando me refiro aqui a uma obrigação

também por avaliar outras razões para deferência que não apenas – como farei aqui – a legitimidade democrática.

³³⁵ Posner menciona, além daquela de que irei me valer, mais quatro sentidos em que a ideia de contenção judicial é utilizada: (i) um juiz autocontido não permite que suas próprias visões políticas influenciem as suas decisões; (ii) ele é prudente e cauteloso quando se trata de introduzir tais visões; (iii) ele é consciente das restrições políticas existentes, na prática, com relação ao exercício do poder judicial (autocontenção judicial por prudência política); (iv) suas decisões são influenciadas por uma preocupação com a possibilidade de criação judicial de direitos de modo indiscriminado e a consequente inundação dos tribunais com litígios de modo a tornar impossível o seu funcionamento adequado (autocontenção judicial por prudência funcional). Cf. Richard Posner, “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, p. 10. Daley, por sua vez, menciona nada menos do que dezesseis doutrinas da contenção. Cf. John Daley, “Defining Judicial Restraint”, in Tom Campbell e Jeffrey Goldsworthy (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate, 2000, pp. 280 e ss.

³³⁶ Cf. Richard Posner, “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, p. 10. O conceito de deferência de que Posner se vale, contudo, parece-me equivocado. Para uma crítica, Cf. John Daley, “Defining Judicial Restraint”, p. 311, nota 31.

³³⁷ Cf. Aileen Kavanagh, “Judicial Restraint in the Pursuit of Justice”, *University of Toronto Law Journal* 60 (2010), p. 25.

³³⁸ Cf. Aileen Kavanagh, “Judicial Restraint in the Pursuit of Justice”, p. 26.

³³⁹ Em sentido semelhante, Cf. John Daley, “Defining Judicial Restraint”, p. 268. Kavanagh se refere a algo muito próximo, mas denomina em geral como autocontenção judicial. Cf. Aileen Kavanagh, “Judicial Restraint in the Pursuit of Justice”, p. 26. Por outro lado, de certa forma, a situação também se enquadra na definição de deferência mínima de Kavanagh, uma questão de “compromisso interinstitucional”. Segundo Kavanagh, deferência mínima é atribuição pelo tribunal de algum peso presumido à decisão tomada pelo órgão eleito, de que ela seja tratada com respeito, no sentido de que ser levada a sério como uma tentativa de boa fé de resolver a questão de que pretendeu tratar, de modo que, para que possa invalidá-la, é preciso que a corte tenha uma boa razão. O tribunal não pode declarar a lei incompatível com a Constituição simplesmente porque ele discorda dela ou porque se estivesse no lugar do legislador teria tomado uma decisão diferente. O erro na legislação deve ser suficientemente grave para superar o peso presumido em favor da legislação. Uma das funções da deferência na argumentação judicial, diz Kavanagh, é alocar os vários graus de peso presumíveis em favor da decisão do legislador, de modo que uma alegada violação da Constituição deve ser substancial ou claramente demonstrada para prevalecer sobre o peso presumido atribuído àquela. No entanto, para a autora, a deferência mínima é sempre devida, de modo que não poderíamos falar em uma obrigação de deferência surgida em decorrência do reconhecimento do empate, mas apenas da premissa de que o tribunal, enquanto tomador de decisão secundário, deve respeitar a decisão do legislador. Cf. Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act 1998*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009, pp. 181 e ss. e, da mesma autora, “Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, in Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008, p. 191 e ss.

de deferência quero dizer a necessidade de o tribunal preservar a decisão do legislativo, na medida em que fora ela tomada no âmbito da sua discricionariedade estrutural para sopesar. Se assim não proceder, o tribunal estará substituindo uma concepção procedente a respeito do direito por outra igualmente procedente, sem uma razão que justifique racionalmente a substituição.³⁴⁰ A legitimidade do legislador faz com que lhe seja transferida a prerrogativa para decidir.³⁴¹ Como ressalta Virgílio Afonso da Silva, ao tratar da discricionariedade estrutural para sopesar:

"(...) essa discricionariedade deve ser entendida como uma justificativa para uma deferência judicial nos casos envolvendo sopesamento de direitos fundamentais. (...) se nas situações de empate o sopesamento não determina um resultado porque os 'trade-offs' são equivalentes para as várias respostas a um dado problema constitucional, os tribunais não podem alegar ter uma resposta melhor do que a do legislador (mesmo se a resposta hipotética da corte for diferente da resposta real, isto é, a do legislador)."³⁴²

Se o tribunal, não obstante instado, não pode substituir a decisão do legislador, é necessário que haja um fundamento para tanto. Em outras palavras, é necessário que haja uma razão para a deferência do tribunal, uma forma de justificar também o seu contraponto, a discricionariedade estrutural do legislador para sopesar. Isso é especialmente verdadeiro aqui, uma vez que a prevalência da opção do legislador em caso de empate não é algo que decorre da estrutura da ponderação em si.³⁴³ É decisivo neste caso o princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado para configurar a Constituição e, conseqüentemente, restringir direitos fundamentais.³⁴⁴ Em uma democracia constitucional, decisões importantes para a sociedade que não se

³⁴⁰ Cf. Virgílio Afonso da Silva, "Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes", pp. 252.

³⁴¹ Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 243.

³⁴² Cf. Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable", p. 292.

³⁴³ Com isso quero dizer que não decorre diretamente da primeira lei da ponderação, que, como destacado acima, comporta mais de uma interpretação. A esse respeito, Cf. a nota 210.

³⁴⁴ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 139. Sobre o conceito de competência, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 235 e ss. Aqui ficam claros os dois lados da questão. Os direitos fundamentais, como se sabe, constituem limites – para usar a terminologia de Alexy, "limites ponderativos" – à competência do legislador. É justamente por isso que é possível afirmar que "normas de direitos fundamentais são normas negativas de competência", isto é, normas que restringem uma norma positiva de competência, especificamente neste caso, colocando o Estado "numa posição de não competência e o cidadão numa posição de não sujeição". Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 247-8 e 513. A respeito da noção de limites ponderativos, Cf. Robert Alexy, "Constitutional Rights, Democracy, and Representation", p. 204.

encontram determinadas positiva ou negativamente pela Constituição devem ficar a cargo do legislador, que foi escolhido pela maioria da população. É justamente por força desse princípio que o Tribunal Constitucional Alemão costuma conceder ao legislador discricionariedades.³⁴⁵ Como explicarei de modo mais aprofundado no próximo capítulo, princípios formais têm natureza puramente procedimental, pois não determinam conteúdo, apenas dizem quem deve fazê-lo, razão pela qual se costuma dizer que são princípios relativos a competências. Eles fornecem razões para a aplicação de uma norma sem considerações sobre o seu conteúdo.

Como ressalta Alexy, “na medida em que a garantia de uma discricionariedade faz com que haja uma menor proteção aos direitos fundamentais do que haveria se não

³⁴⁵ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 139 e Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, p. 248. A maioria dos signatários da teoria dos princípios rejeita a necessidade desse princípio para fundamentar a discricionariedade estrutural. Ele, quando muito, teria papel apenas na construção da discricionariedade epistêmica – embora para alguns deles, como explicarei no próximo capítulo, nem naquela discussão ele seja fundamento para discricionariedades. Afirma-se que, quanto à discricionariedade estrutural, os princípios formais “não exercem nenhum papel” (Cf. Robert Alexy, *Formal Principles*, p. 519), que esse tipo de discricionariedade “não tem nada a ver com os princípios formais” (Cf. Martin Borowski, “Principios formales y fórmula del peso”, p. 91, nota 48) ou que, sem que haja insegurança epistêmica, “os princípios formais não são levados em conta” (Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 197). É curioso – e não deixa de ser contraditório – que os mesmos autores que sustentam essa irrelevância dos princípios formais para a fundamentação da discricionariedade estrutural entendam que princípios formais exercem algum papel sopesamento em alguns casos em que pode não haver insegurança alguma (como na discussão a respeito da colisão entre os princípios da justiça e da segurança jurídica e na justificação da autoridade das regras jurídicas) (Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 177), que o princípio formal da competência do legislador é “o fundamento para as diversas formas de discricionariedade que o Tribunal Constitucional Federal garante ao legislador” e se coloca ao lado das regras jurídicas, fortalecendo a sua autoridade e também o “fundamento de uma competência legislativa constitutiva para a imposição de restrições” (Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 294), que em caso de empate no sopesamento devemos “decidir em favor do legislador”, com uma “consideração normativa que se acrescenta à estrutura da ponderação e que é resultado o princípio da democracia” (*in dubio pro legislatore*) (Cf. Martin Borowski, “La Sujeción a Determinaciones del Legislador en la Ponderación de Derechos Fundamentales”, p. 128). Se o tribunal sempre deve considerar a autoridade jurídica da decisão do legislador possui quando efetua o controle (Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, pp. 114-5) e o princípio formal representa “uma carga de argumentação em favor da decisão autoritativa” (Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 177), qual é o sentido de sustentar que ele não exerce nenhum papel aqui? Se esse princípio não exercesse nenhum papel, o que impediria o tribunal de simplesmente dar prevalência à solução oposta àquela escolhida pelo legislador, já que tal solução não seria materialmente contrária à Constituição? Uma exceção dentre os defensores da teoria dos princípios parece ser Virgílio Afonso da Silva. Como, de acordo com o autor, a cada espécie de discricionariedade legislativa corresponde um diferente princípio formal, é possível dizer que de certa forma a sua posição é bastante próxima da que se defende aqui, na medida em que considera a relevância do princípio formal da competência do legislador inclusive no âmbito da discricionariedade estrutural. A respeito da posição do autor, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, pp. 249 e ss. Uma posição que, a despeito das peculiaridades do seu modelo de interpretações constitucionais concorrentes, parece militar no mesmo sentido é a ideia de Sieckmann segundo a qual nos casos em que “o resultado da ponderação material produz um empate entre os princípios em conflito”, “torna-se relevante a ponderação de princípios formais” (Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, trad. Francisco Campos Zamora, in Jorge Portocarrero Quispe (ed.), *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 276.).

houvesse essa discricionariedade, é possível qualificar aquele princípio como uma razão autônoma para restrição.”³⁴⁶ Ainda que esse princípio formal desempenhe função essencial e o tribunal deva aceitar a ponderação efetuada pelo legislador como correta, mesmo que tenha uma resposta diversa para a colisão, não há que se falar, *estritamente*, de uma ponderação com os princípios materiais garantidores de direitos fundamentais.³⁴⁷ Ou seja, ainda que essa ponderação não ocorra, o sopesamento de alguma forma restaria incompleto se o esse princípio formal não fosse levado em consideração.³⁴⁸ É importante deixar muito claro isto, porque esse aspecto dos princípios formais é comumente apequenado, inclusive pelos seus defensores: a razão para a deferência, do ponto de vista normativo, ou imediato, é um princípio formal. Do ponto de vista mediato, contudo, o que há como fundamento desse princípio é *um aspecto* da legitimidade democrática.

Esses princípios, contudo, conforme esclarecerei adiante, não alteram o peso dos princípios materiais, mas apenas dizem qual decisão relativa ao sopesamento de razões deve prevalecer nas hipóteses em que não sabemos de modo definitivo o que esse sopesamento exige, seja porque há insegurança do conhecimento, seja porque, como aqui, esse sopesamento não exige definitivamente nada. Esse é um aspecto muito importante porque, se fosse possível ao princípio formal alterar os pesos que, a partir de uma argumentação jurídica baseada na Constituição, os princípios materiais possuem, a maioria das considerações anteriores perderiam sentido. Considerar casos de empate como parte do interior moldura constitucional, como sujeitos a decisões a partir de considerações políticas, como hipóteses que efetivamente separam o direito constitucional do direito ordinário, tudo isso seria impossível se aquele princípio pudesse alterar os pesos dos princípios materiais. Seria discutível mesmo se ainda seria possível considerar a existência de empates, já que, com esse princípio formal, o peso do princípio promovido pelo legislador, sempre que os aspectos materiais não solucionassem a colisão, acabaria com o impasse. O legislador teria a possibilidade de alterar o constitucionalmente devido.

Parece-me uma abordagem que simplifica a questão, no entanto, a fim de justificar a existência e relevância desse princípio, afirmar apenas que há legitimidade democrática por parte do Parlamento e não há por parte do Judiciário. Um conceito adequado de democracia não pode conter simplesmente as ideias centrais de eleições e regra da maioria

³⁴⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 139.

³⁴⁷ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, pp. 247 e ss.

³⁴⁸ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, p. 153.

mas também o argumento, ou seja, não deve compreender apenas a decisão, mas também a argumentação: “A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar tanto quanto possível o discurso como um meio de tomada de decisões públicas”.³⁴⁹ Por esta razão, a conexão entre povo e Parlamento deve ser determinada não apenas por manifestações expressas em eleições e votos, mas também pelos argumentos apresentados para sustentar as decisões. Por isso, a representação do povo pelo Parlamento é ao mesmo tempo volitiva ou decisional e argumentativa ou discursiva. Por outro lado, em Constituições que determinam que “todo poder emana do povo” e que preveem a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, surge a questão a respeito de como justificá-lo como legítimo. Na sua leitura, isso quer dizer que o controle de constitucionalidade judicial só poderia ser considerado legítimo se pudesse ser concebido de algum modo como uma representação do povo. A partir das considerações, Alexy fornece uma resposta que é, na melhor das hipóteses, bastante problemática. É que, para ele, essa representação efetivamente existe. Ocorre que, diferentemente daquela do Parlamento, a representação do tribunal constitucional seria *essencialmente* argumentativa.³⁵⁰ Apesar de possuir uma dimensão volitiva, a representação do tribunal constitucional seria predominantemente argumentativa. Assim, a diferença seria que, no controle de constitucionalidade judicial, a dimensão argumentativa não é “simplesmente

³⁴⁹ Cf. Robert Alexy, “Balancing, constitutional review and representation”, p. 579. No mesmo sentido, Cf. Robert Alexy, “Constitutional Rights, Democracy, and Representation”, p. 206. Alexy concebe a democracia ao mesmo tempo como “um procedimento de decisão” e “um procedimento de argumentação”. O primeiro, desenvolvido mediante a regra da maioria, é o lado real da democracia. O segundo, como “discurso público”, o seu lado ideal. A única forma de realização política dos ideais da teoria do discurso seria a união de ambos os lados, que se dá justamente por meio da ideia de “democracia deliberativa”. Cf. Robert Alexy, “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris* 23 (2010), pp. 177-8.

³⁵⁰ Cf. Robert Alexy, *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, p. 207. Na formulação original da tese, Alexy sustentava que a representação do povo pelo tribunal constitucional seria “puramente” argumentativa (Cf. Robert Alexy, “Balancing, constitutional review, and representation”, pp. 579 e ss.). A esse respeito, Matthias Kumm objetou que, não obstante Alexy estivesse correto em não reduzir a ideia de representação do povo a elementos volitivos, “não há lugar em uma democracia para uma instituição que possa arrogar-se tão somente representação argumentativa”, de modo que “para que uma instituição represente o povo é necessário que ambos os elementos estejam presentes, ainda que esses elementos tomem diferentes formas em diferentes instituições”. Segundo ele, é necessário, portanto, que se enfatize também o aspecto volitivo dessa representação, constante, por exemplo, no fato de os juízes dos tribunais constitucionais comumente serem indicados por representantes eleitos e, bem assim, de o seu processo de tomada de decisão envolver algum tipo de procedimento majoritário (Cf. Matthias Kumm, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, pp. 204-6). Tanto em resposta ao trabalho de Kumm (Cf. Robert Alexy, “Comments and Responses”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 338) quanto no trabalho mencionado acima, Alexy, apesar de ressaltar que a crítica não atingia a essência da tese, concluiu que Kumm estava com razão e de fato não é possível falar em uma representação “puramente argumentativa”, mitigando a ideia com a conclusão de que a ela é “essencialmente argumentativa”.

uma segunda dimensão junto à decisionista”. Ela é a “dimensão essencial”, e, portanto, “dominante”.³⁵¹

Não seguirei integralmente essa linha de argumento, não apenas porque ela é problemática o bastante para suscitar questionamentos que iriam além do objeto deste trabalho, mas também porque penso que não é necessário. Acredito que, a partir das suas premissas, não será necessário que Alexy desse um passo tão longo. Com isso quero dizer que as suas premissas são suficientes para justificar que os tribunais possuem legitimidade democrática para o exercício do controle de constitucionalidade e que essa legitimidade – diferentemente da do Parlamento, que é mesmo tempo volitiva e discursiva – é essencialmente argumentativa.

É que, como se pode também extrair das considerações de Alexy, além do elemento formal, a democracia de fato inclui um componente substancial. Em outras palavras, além da legitimidade democrática formal, isto é, decorrente do voto popular, um modelo de democracia deliberativa deve incluir um elemento material (legitimidade democrática material), a razoável aceitação das decisões políticas por todos os cidadãos envolvidos, que só se mostra possível de ser alcançada por meio do discurso racional.³⁵² Qualquer concepção plausível de representação política deve reconhecer isso. Representantes não são eleitos e investidos de poder político para fazer o que quiserem, mas sim para realizar o que é do interesse dos cidadãos. Dadas as características das duas instituições, os tribunais estão mais bem posicionados na estrutura constitucional para alcançar essa legitimidade material do que os Parlamentos.³⁵³ Se é assim, o controle de constitucionalidade realizado

³⁵¹ Cf. Robert Alexy, “Constitutional Rights, Democracy, and Representation”, p. 207. Borowski, embora não sufrague a posição de Alexy a esse respeito, parece entender necessária alguma construção nesse sentido, na medida em que alerta para o fato de o modelo de discricionariedade e princípios formais não fornecer “um fundamento” para contestar a objeção democrática ao controle de constitucionalidade, mas apenas uma “reconstrução” do próprio controle. Cf. Martin Borowski, “Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy's Three Main Works”, *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought* 2 (2011), p. 587. Para uma crítica da tese de Alexy, Cf. Mattias Kumm, “Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, pp. 201 e ss., Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 321 e ss. e Daniel Oliver-Lalana, “Representación argumentativa y legitimidad democrática en las decisiones judiciales”, in Laura Clérico Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011, pp. 147 e ss. Para uma discussão dessas ideias no contexto brasileiro, Cf. Luís Roberto Barroso, “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 5 (2015), pp. 39 e ss. Para uma defesa da possibilidade de representação por meio do discurso, Cf. John S. Dryzek e Simon Niemeyer, “Discursive Representation”, *American Political Science Review* 102 (2008): 481-493.

³⁵² Cf. Jan-R. Sieckmann, “Legislative Argumentation and Democratic Legitimation”, *Legisprudence* 4 (2010), pp. 74 e ss.

³⁵³ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Legislative Argumentation and Democratic Legitimation”, p. 90. Sieckmann ressalta que os tribunais, além de serem dotados de garantias de independência e possuírem dever de

pelos tribunais cumpre uma função democrática, não apenas porque ele garantiria direitos fundamentais, mas também porque o princípio da democracia exige esse controle. O controle de constitucionalidade consegue compensar os defeitos do procedimento parlamentar com relação à legitimidade democrática material, por isso (também) ele faz sentido em uma democracia.³⁵⁴ Uma vez que a democracia não apenas exige a legitimidade formal, mas também uma ampla integração de todos os interesses legítimos envolvidos e o processo parlamentar cumpre essa exigência apenas de modo insuficiente, então as cortes podem quanto a isso estar em melhor posição para cumprir as exigências da democracia. A superioridade democrática do legislador em relação aos tribunais, assim, não deve ser tomada como autoevidente.³⁵⁵ Ela precisa ser justificada. E aqui há justificativa para isso.

Nos casos de empate, a argumentação racional levada a cabo pelo tribunal levou a um impasse. A situação encontra-se no âmbito da possibilidade discursiva. Trata-se, do ponto de vista estrutural, de um dilema moral genuíno e de uma situação que a própria Constituição não valora e, portanto, não decide a respeito de modo definitivo. Deve haver uma discricionariedade estrutural do legislador, ou, em outras palavras, deve ser decisivo o princípio formal da sua competência, porque não é possível falar em *déficit* de legitimidade material neste caso. Reconhecer que há um empate é reconhecer que a decisão do legislador está de acordo com os padrões exigidos pelo discurso racional, e, portanto, nada deixa a dever a uma eventual posição divergente do tribunal. A argumentação jurídica levada a cabo pelo tribunal quando do controle de constitucionalidade demonstrou que a decisão do legislador não está errada. Se ambas estão em pé de igualdade, torna-se decisiva a legitimidade formal, que é mais forte no Parlamento, que foi eleito democraticamente. Isso quer dizer que, nesses casos, em um primeiro nível de discussão, os princípios materiais possuem o mesmo peso, e, portanto, nenhum deles é decisivo. O mesmo ocorre quando comparamos as legitimidades materiais das duas instituições. Resta, assim, a

imparcialidade, tem suas decisões criticadas primariamente no discurso jurídico, que é orientado por padrões relativamente altos de racionalidade. Ou seja, suas decisões, nesse sentido, são direcionadas para uma audiência que segue padrões mais exigentes no que se refere à argumentação racional.

³⁵⁴ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Legislative Argumentation and Democratic Legitimation”, pp. 89 e ss. Segundo Sieckmann, três fatores que influenciam a atuação dos Parlamentos e estão em conflito com as exigências de argumentação racional e de um justo compromisso dos interesses envolvidos: (i) a necessidade de representação das vontades reais e desejos dos eleitores (considerando possíveis reeleições), (ii) necessidade de dar lugar a interesses organizados a fim de realizar projetos políticos e (iii) a necessidade de cooperar com o próprio partido político a fim de ser capaz de realizar esses projetos políticos e fortalecer e estender a própria posição nessas organizações. Como esses fatores, embora em conflito com as exigências do discurso racional, são inerentes à atividade do Legislativo, inevitavelmente esses órgãos estarão diante de um dilema, pois, mesmo que funcionem bem e cumpram sua função adequadamente, seu trabalho será objeto de crítica.

³⁵⁵ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Legislative Argumentation and Democratic Legitimation”, p. 90.

legitimidade formal, que configura a razão que subjaz o princípio formal da competência do legislador para configurar a Constituição e, por isso, justifica a deferência com relação à decisão tomada no âmbito da discricionariedade estrutural para sopesar. Dessa forma, tomado o princípio democrático apenas sob o seu aspecto formal, há de se concordar com a conclusão de Alexy no sentido de que a teoria da discricionariedade "estabelece os casos em que a interferência sobre o princípio da democracia é impedida pela Constituição", ou seja, "casos de não interferência".³⁵⁶

Pode-se dizer que esse princípio traz consigo uma razão institucional para a deferência, porque diz respeito à visão do tribunal a respeito do seu papel na estrutura constitucional. Isso chama a atenção para o fato muitas vezes esquecido de que os tribunais que efetuam controle de constitucionalidade da legislação são tomadores de decisão secundários, e não primários, de modo que, "mesmo se eles pudessem chegar a uma decisão diferente se fossem o tomador de decisão primário, isso, por si só, não lhes daria a prerrogativa de declarar que a legislação é inconstitucional".³⁵⁷ Para a reconstrução da discricionariedade no sopesamento é essencial que consideremos duas perspectivas: a perspectiva do tomador de decisão original e a perspectiva daquele que revisa essa decisão.³⁵⁸ Ainda que as perspectivas – e decisões delas decorrentes divirjam –, caso as razões que as justificam sejam equivalentes, deve prevalecer a posição do legislador. Em um Estado que se pretenda democrático, para além daquilo que estiver determinado pela Constituição, questões importantes devem ser decididas pelo legislador, concordemos ou não com as soluções adotadas.³⁵⁹ Na verdade, a premissa de que haverá essa divergência é essencial para justificar a relevância da discricionariedade estrutural para sopesar. Se o tribunal concordasse com a opção do legislador em todos os casos de empate, então discutir essa discricionariedade perderia o sentido, já que ela nunca seria aplicada. É plausível supor que haverá, pelo menos em uma parcela dos casos de empate, divergência

³⁵⁶ Cf. Robert Alexy, "Constitutional Rights, Democracy, and Representation", p. 205.

³⁵⁷ Cf. Aileen Kavanagh, "Deference or Defiance?", pp. 191-2.

³⁵⁸ Cf. Martin Borowski, "Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality", p. 586.

³⁵⁹ Para uma posição nesse sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 138 e, do mesmo autor, "Formal principles", p. 516 e João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Carídis*, pp. 245-6. No mesmo sentido, No mesmo sentido, Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 334. Entendimento diverso transformaria o tribunal constitucional, conforme a metáfora e crítica de Habermas (Cf. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, p. 280), em um "regente" que assume o lugar do sucessor do trono ainda menor de idade e passa a tomar todas as decisões. Por isso, assumir que tudo, ou praticamente tudo, está determinado pela Constituição, equivale a negar "a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas". Nesse sentido, Cf. Daniel Sarmento, "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", in *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, 1ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 144.

entre as instituições e, não estando qualquer das opções nem vedada nem determinada pela Constituição e sendo ambas razoáveis, deve o tribunal aceitar a solução legislativa. Dentro desses limites, estaria justificado o argumento contrário ao controle de constitucionalidade baseado na noção de “desacordo razoável”.³⁶⁰

Essa não deixa de ser uma forma de levar a sério e respeitar a concepção do outro. Para tanto, é imperioso que o Tribunal tenha uma espécie de “humildade constitucional”, isto é, o hábito de duvidar que a Constituição resolve questões políticas ou sociais controversas e considerar a possibilidade de que em alguns casos ela tenha deixado tais questões para serem debatidas por meio do processo político ordinário, que se manifesta “mediante o contínuo reconhecimento de que a Constituição é principalmente um moldura para argumentação e decisão políticas e não uma ferramenta para eliminação do debate”.³⁶¹ Para me valer da terminologia utilizada neste trabalho, ter humildade constitucional é reconhecer que a Constituição é uma moldura e que, portanto, nem pra tudo há uma resposta constitucional, pois uma parcela considerável das questões importantes de uma comunidade devem ser decididas pelos representantes do povo, por meio do processo político.³⁶² Isso chama a atenção para a necessidade de mitigarmos a visão do legislador como inimigo dos direitos fundamentais e ressalta o fato de que tais direitos, para além de limites para a legislação, constituem seu objeto.³⁶³

³⁶⁰ Cf. Jeremy Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115, (2006): 1346-1406. As considerações de Alexy me parecem militar no sentido desta conclusão. Segundo ele: “se todos os desacordos sobre direitos fossem razoáveis, o argumento de Waldron contra o controle de constitucionalidade judicial, que se baseia essencialmente na existência do desacordo, seria, de fato, bastante forte”. Cf. Robert Alexy, “Constitutional Rights, Democracy, and Representation”, p. 208.

³⁶¹ Cf. H. Jefferson Powell, “Constitutional Virtues”, *Sixth Annual Walter F. Murphy Lecture in American Constitutionalism – James Madison Program in American Ideals and Institutions*. Princeton University, April 24, 2006, sem paginação. <disponível em: http://www.greenbag.org/v9n4/v9n4_powell.pdf, último acesso em 20.03.2016>.

também é ressaltado por Michael W. McConnell, que, ao criticar a ideia de Dworkin de uma “leitura moral da Constituição”, adverte que “um elemento essencial da atividade de julgar é o respeito pelas opiniões e julgamentos de outros, e uma disposição para barrar, pelo menos provisoriamente, a crença nas próprias opiniões, especialmente quando elas conflitam com as decisões de outros que tem, não menos do que os juízes, um juramento solene de dar suporte e defender a Constituição”. Para ele, já ouvimos muito sobre de “princípio”, “padrão correto”, “integridade” e “precisamos ouvir mais a respeito de humildade judicial”. Cf. Michael W. McConnell, “The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's Moral Reading of the Constitution”, *Fordham Law Review* 65 (1997), pp. 1291-3.

³⁶² “Entender a Constituição como ordem-moldura, entre a demasia e a insuficiência, entre o *Übermaßverbot* e o *Untermaßverbot*, significa ser deferente ao Parlamento, sem anular a superioridade hierárquica da Constituição em face das normas infraconstitucionais.” Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Carídis*, pp. 245-6.

³⁶³ Ressaltando este duplo caráter, Cf. Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 131.

CAPÍTULO 4 – A DISCRICIONARIEDADE EPISTÊMICA DO LEGISLADOR

Uma segunda forma de limitar o uso da proporcionalidade em sentido estrito pelo Judiciário quando do controle de constitucionalidade da legislação restritiva de direitos fundamentais se dá mediante o reconhecimento de discricionariedades epistêmicas em favor legislador. Isso permite calibrar o referido teste a partir de graus adequados de deferência judicial, novamente em decorrência do princípio formal da competência do legislador. É disto que tratarei neste capítulo.

Nele, inicialmente abordarei os conceitos de justificação interna e justificação externa do sopesamento com o objetivo de esclarecer que a discussão sobre a segurança das premissas diz respeito justamente à problemática da justificação externa. Em seguida, procurarei deixar claro em que consiste a insegurança epistêmica no sopesamento e as suas espécies, a insegurança empírica e a insegurança normativa. Tratarei, posteriormente, da relação entre discricionariedade epistêmica e incerteza, deixando claro que o conceito de discricionariedade utilizado aqui é diverso daquele de que me vali no capítulo anterior e que para a sua atribuição ao legislador os princípios formais exercem efetivamente um papel central. Após abordar a discussão a respeito das escalas e da melhor interpretação da segunda lei da ponderação, passarei à questão do conceito de princípio formal e da forma como o princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado se relaciona com os princípios materiais para, por fim, sustentar que o reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica seja lido como decorrência de um controle de constitucionalidade menos intenso por parte do tribunal.

4.1 A justificação interna e a justificação externa do sopesamento

Discursos jurídicos constituem a forma de justificação de uma modalidade especial de proposições normativas, aquelas que expressam decisões jurídicas.³⁶⁴ Para justificar uma decisão, no entanto, não é suficiente que as premissas das quais ela decorre logicamente sejam estabelecidas. As próprias premissas devem ser justificadas.³⁶⁵ Nesse sentido, é possível distinguir dois aspectos dessa justificação, uma justificação interna e uma justificação externa.³⁶⁶ Enquanto a justificação interna lida com a validade daquilo que se infere das premissas das quais partiu uma determinada conclusão³⁶⁷ – isto é, se verifica se a decisão decorre logicamente das premissas expostas como fundamento –, o objeto da justificação externa é justamente a correção dessas premissas.³⁶⁸ Ou seja, o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas utilizadas no processo de justificação interna.³⁶⁹ Tais premissas podem ter naturezas bastante diversas.³⁷⁰ Interessam aqui especialmente a chamada “argumentação empírica”, desenvolvida por meio de enunciados sobre determinados fatos, ações, eventos ou estados de coisas e, bem assim, enunciados sobre regularidades das ciências naturais ou sociais e a “argumentação dogmática”³⁷¹, que correspondem às duas formas de incertezas que são relevantes na discussão a respeito da discricionariedade epistêmica.

Não obstante essa distinção tenha sido desenvolvida no âmbito da discussão a respeito da subsunção – e, especificamente, do silogismo jurídico – ela é plenamente aplicável ao objeto desta análise, o sopesamento.³⁷² Em ambos os casos podemos identificar um conjunto de premissas das quais o resultado pode ser inferido, isto é, em ambos há uma “relação inferencial de dedução de um resultado a partir de premissas

³⁶⁴ Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 221.

³⁶⁵ Cf. Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption”, p. 435.

³⁶⁶ A distinção entre justificação interna e justificação externa foi desenvolvida por Jerzy Wróblewski. Cf. Jerzy Wróblewski, “Legal syllogism and rationality of judicial decision”, *Rechtstheorie* 5 (1974): 34-46 e, do mesmo autor, “Legal decision and its justification”, *Logique et Analyse* 53-54 (1971): 409-19.

³⁶⁷ Cf. Jerzy Wróblewski, “Legal syllogism and rationality of judicial decision”, pp. 39 e ss. e, do mesmo autor, “Legal decision and its justification”, p. 412.

³⁶⁸ Cf. Jerzy Wróblewski, “Legal syllogism and rationality of judicial decision”, pp. 41 e ss. e, do mesmo autor, “Legal decision and its justification”, p. 412, Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 221 e, do mesmo autor, “On Balancing and Subsumption”, p. 435.

³⁶⁹ Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 230.

³⁷⁰ Para uma análise a respeito, Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 230 e ss.

³⁷¹ Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 222-3 e 250 e ss. Para Alexy, dogmática jurídica, em um sentido estrito, “é a classe de proposições que relacionada a normas promulgadas e à jurisprudência, mas que não são idênticas à sua descrição, e [que] se colocam em coerente inter-relação mútua, são compostas e discutidas no âmbito de uma ciência jurídica institucionalmente organizada, e tem conteúdo normativo”.

³⁷² Cf. Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption”, p. 448. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 54 e Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, p. 90.

dadas", mas nem a estrutura formal da subsunção nem a do sopesamento contribuem diretamente para o conteúdo dessas premissas.³⁷³

A questão da justificação interna pode ser respondida a partir da aplicação da estrutura formal do sopesamento, ou seja, ela se refere à questão de se o resultado do sopesamento pode ser inferido ou deduzido das premissas relativas às intensidades de intervenção. Dito de outra forma, uma vez que os valores atribuídos às variáveis tenham sido determinados, o resultado poderia ser deduzido a partir da estrutura formal nos termos das regras da aritmética.³⁷⁴ Isso, entretanto, nem sempre é assim, como podemos extrair a partir da discussão do capítulo anterior. Em alguns casos, a aplicação da estrutura formal do sopesamento pelo tribunal não fornece resposta, hipóteses em que se confere uma discricionariedade estrutural para sopesar ao legislador.

A justificação externa do sopesamento se refere à correção das premissas relacionadas às intensidades utilizadas na sua estrutura, isto é, à atribuição de razões para os valores de intensidades nela inseridos, como, por exemplo, a conclusão de que uma intervenção sobre um direito fundamental é séria e a promoção do direito ou bem que com ele colide é leve. Como adverte Alexy, o mecanismo da proporcionalidade é "uma estrutura formal que depende essencialmente de premissas fornecidas a partir de fora".³⁷⁵ Dessa forma, é imprescindível que os julgamentos a respeito das intensidades de intervenção e importâncias de satisfação possam ser estabelecidos de modo racional, ou seja, determinados a partir de razões compreensíveis, a fim de que, em seguida, eles sejam colocados em relação um com o outro para justificar um resultado. Esses julgamentos, no entanto, conforme em alguma medida já adiantado, não podem ser extraídos da primeira lei da ponderação enquanto tal.³⁷⁶

A discussão do presente capítulo está inserida justamente no âmbito da justificação externa. Parte do que aquele que exercita um sopesamento precisa justificar do ponto de vista externo corresponde precisamente às premissas empíricas e normativas nele utilizadas. Como, nos termos já mencionados, nem sempre há certeza com relação a essas premissas, mas essa justificação é indispensável, é necessário estabelecer uma estratégia

³⁷³ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 54. No mesmo sentido, Cf. Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption", p. 448.

³⁷⁴ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 54.

³⁷⁵ Cf. Robert Alexy, "Thirteen Replies", in George Pavlakos (org.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2007, p. 344. No mesmo sentido, Cf. Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption", p. 448 e Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 54.

³⁷⁶ Cf. Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption", p. 439.

para compatibilizar essas exigências. Essa estratégia é a atribuição de uma discricionariedade epistêmica ao legislador. A forma como essa discricionariedade é concedida, o fundamento para essa concessão, os elementos necessários e as consequências disso, contudo, estão longe de ser unanimidade. Esclarecer essas questões e, em especial, como isso pode ser utilizado para limitar a atuação judicial no controle de constitucionalidade da legislação restritiva de direitos fundamentais por meio da proporcionalidade em sentido estrito, é o objeto deste capítulo.

4.2 O problema da insegurança epistêmica

Decidir diante da incerteza está longe de ser algo incomum. Tomadores de decisão diuturnamente se deparam com situações em que não possuem a completa segurança a respeito das variáveis envolvidas e dos pressupostos necessários para o juízo efetuado. Aqui, na medida em que tratamos das competências e dos limites do controle do legislador, essas questões assumem especial importância. Como o conhecimento a respeito dos aspectos relevantes para o sopesamento nem sempre alcança um patamar de certeza aceitável, no mais das vezes aquele que pondera princípios constitucionais não está completamente seguro a respeito das premissas de que parte no exercício decisório que realiza e mesmo do peso dos princípios que participam desse exercício.³⁷⁷ Com isso, surge – para o tribunal que efetua o controle de constitucionalidade – a questão de como proceder ao avaliar uma decisão do legislador tomada sob as circunstâncias referidas. A resposta para essa questão envolve a discussão a respeito da possibilidade de se atribuir ao legislador uma discricionariedade epistêmica. A partir dela, podemos entender como é possível que o legislador e o tribunal constitucional continuem dos pela Constituição e, mesmo assim, mantenham um certo grau de flexibilidade na forma de atuar nos casos sob sua apreciação.³⁷⁸

A discricionariedade legislativa epistêmica se manifesta nos casos em que, direta ou indiretamente, “é incerta a cognição em face daquilo que é obrigatório, permitido ou

³⁷⁷ Alexy ressalta precisamente esse ponto ao afirmar que tanto discurso prático geral quanto no discurso jurídico “o conhecimento empírico necessário frequentemente não está disponível com o grau de certeza desejável”. Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 230. Poderíamos estender essa consideração para abarcar também o conhecimento normativo.

³⁷⁸ Cf. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012) p. 69.

facultado em virtude dos direitos fundamentais”.³⁷⁹ Especialmente se admitirmos as premissas expostas no capítulo 2 e, além disso, aceitarmos que princípios de direitos fundamentais e outros princípios constitucionais competem em condições de igualdade em casos de colisão, é possível estender essa conclusão para o âmbito da Constituição como um todo: a discricionariedade epistêmica se manifesta nas hipóteses em que é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, permitido ou facultado pela Constituição.³⁸⁰ Trata-se – aqui no âmbito específico do direito constitucional – do problema geral da diferença entre o ôntico e o epistêmico.³⁸¹ Isso porque a insegurança epistêmica consiste basicamente na divergência entre as propriedades reais de um determinado objeto e aquilo que podemos chegar a saber sobre esse mesmo objeto. Ou seja, diz respeito ao problema da “não correspondência entre o que ‘é’ (pressupostos ontológicos) e ‘o que racionalmente pode ser deduzido a partir desse ser’ (pressupostos epistemológicos)”.³⁸² Como lembra Alexy:

³⁷⁹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 612 e, do mesmo autor, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 82.

³⁸⁰ Para uma conclusão nesse sentido, Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 81, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 70. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 80, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, *Espaços no Direito Público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios*, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015. p. 26 e Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 517.

³⁸¹ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 82. No mesmo sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 623. Alguém poderia sustentar a necessidade de uma convergência permanente entre aquilo que é válido em virtude dos direitos fundamentais e aquilo que pode ser identificado como válido e, portanto, entre o ôntico e o epistêmico. Essa exigência constitui expressão postulada “segundo o qual só se deve agir com base em uma situação ideal de cognição”. Mas isso não é compatível com a realidade das coisas. Por isso, quem “defende esse postulado no âmbito da ação tem que pagar um alto preço”, que, no direito constitucional, “é uma considerável incapacidade de ação do legislador”. Constituições que garantem direitos fundamentais são tentativas de, ao mesmo tempo, organizar ações coletivas e garantir direitos individuais. Esse duplo caráter pode ser percebido justamente pela possibilidade de que o legislador efetue restrições a direitos fundamentais. Dessa forma, como nos lembra Alexy: “À restrição material as discricionariedades cognitivas acrescentam um limite epistêmico. Esse limite é requerido pela Constituição como um todo, ou seja, por um argumento sistemático-constitucional. Isso faz com que, da perspectiva daquilo que a Constituição como um todo exige, a divergência desapareça. A discricionariedade cognitiva integra-se ao direito constitucional. Ela é internalizada. Embora a divergência permaneça no princípio material de direito fundamental como um espinho, esse espinho é um tributo que o ideal dos direitos fundamentais tem necessariamente que pagar em razão do ganho dificilmente superestimável decorrente de sua institucionalização no mundo tal como ele é.” A respeito, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 626-7.

³⁸² Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 142. Cabe notar, neste ponto, que o grau de divergência entre o ôntico e o epistêmico “é, em geral, limitado e controlável” (Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 626). Isso é muito importante porque, se assim não fosse, ao atribuir uma discricionariedade cognitiva ao legislador, correríamos um sério risco de gerar um turbilhão de subjetivismo que minaria por completo o caráter vinculante da Constituição.

“(...) a segurança é um fator que não se refere às coisas, neste caso, a intensidade da interferência e o peso abstrato, isto é, não é um fator ôntico. Ao invés disso, ela é um fator que se refere ao conhecimento sobre coisas, ou seja, é um fator epistêmico.”³⁸³

De modo mais específico, essa espécie de “lacuna” entre o ôntico e o epistêmico equivale à diferença entre o que o sopesamento das razões efetivamente exige e aquilo que, de acordo com a decisão da autoridade, esse sopesamento exige.³⁸⁴ Nesses termos, faz sentido afirmar que estamos diante de verdadeiros “limites epistêmicos da ponderação”, que correspondem aos limites do próprio conhecimento humano.³⁸⁵ Dessa forma, “uma discricionariedade epistêmica está necessariamente associada ao problema da divergência entre aquilo que é de fato obrigatório, proibido e facultado pelos direitos fundamentais”, por um lado, “e aquilo que por meio deles pode ser demonstrado como sendo obrigatório, proibido ou facultado”.³⁸⁶ De modo mais amplo, trata-se da divergência entre aquilo que a Constituição obriga, proíbe ou faculta e aquilo que é possível demonstrar que ela obriga, proíbe ou faculta, de modo que, para me valer das premissas adotadas nesta dissertação, a questão não é outra senão a dificuldade em determinar os limites da moldura constitucional.³⁸⁷ Neste contexto, faz sentido a afirmação de que a discricionariedade epistêmica “decorre dos limites da capacidade de se conhecer os limites da

³⁸³ Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 514.

³⁸⁴ A respeito dessa distinção, Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 15. <disponível em: [http://idv.sinica.edu.tw/philaw/documents/Formal%20Principles%20as%20Second%20Reasons%20\(WANG%20final\).pdf](http://idv.sinica.edu.tw/philaw/documents/Formal%20Principles%20as%20Second%20Reasons%20(WANG%20final).pdf), último acesso em 15.08.2016>.

Isso fica mais claro se lembrarmos da distinção de Perry entre o “sopesamento objetivo de razões” e a “determinação subjetiva sobre o que deve ser feito”. Uma determinação subjetiva de uma pessoa pode ser entendida como sua decisão de sopesamento com fundamento em suas crenças sobre os fatos normativamente relevantes. Se essas crenças forem todas verdadeiras e ela argumentar corretamente no processo de sopesamento, a determinação subjetiva coincidirá com o sopesamento objetivo de razões. Se essas crenças forem falsas, a determinação subjetiva pode ser contrária ao sopesamento objetivo de razões. Ou seja, em casos de determinação subjetiva, como lembra Wang, não é possível “saber o que definitivamente sopesamento de razões exige”. Sobre isso, Stephen Perry, “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *Southern California Law Review* 62 (1989), pp. 922 e ss. e Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, pp. 15-7.

³⁸⁵ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 144. Como ressalta Wang, em casos envolvendo incerteza epistêmica, uma vez que no momento da decisão não sabemos o que o sopesamento objetivo de razões exige, nós não podemos determinar *ex ante* também se a diferença entre ôntico e epistêmico existe. Nós podemos no máximo dizer que pode haver uma diferença porque nosso julgamento subjetivo sobre o que o sopesamento de razões exige pode estar errado. Por conta disso, diferença (entre ôntico e epistêmico) e incerteza são dois lados da mesma moeda: a possibilidade de uma diferença entre o ôntico e o epistêmico não é nada além da falibilidade das concepções nas quais nossos julgamentos sobre o sopesamento de razões estão baseados. Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 18.

³⁸⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 623.

³⁸⁷ Nesse sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 265.

constituição”.³⁸⁸ Conforme adverte Virgílio Afonso da Silva, a insistência na simplória contraposição entre “constitucionalidade” e “inconstitucionalidade” decorre justamente da não consideração dessas dificuldades de natureza cognitiva.³⁸⁹ É possível que a questão da constitucionalidade da lei se encontre numa espécie de zona de penumbra. É por isso que reconhecer essa discricionariedade cognitiva ao legislador equivale a conceder a ele, direta ou indiretamente, a competência, em certa extensão, para determinar aquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude da Constituição.³⁹⁰ Conforme mencionado, as dificuldades para se determinar o peso dos princípios podem decorrer tanto de fatores empíricos (discricionariedade epistêmica de tipo empírico) quanto de fatores normativos (discricionariedade epistêmica de tipo normativo).³⁹¹ Nos próximos tópicos tentarei esclarecer em que cada uma dessas modalidades consiste.

4.2.1 Insegurança empírica

O primeiro caso de insegurança epistêmica que pretendo analisar é aquele relacionado às premissas empíricas necessárias à realização do sopesamento. Como se

³⁸⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 583.

³⁸⁹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Direitos fundamentais e liberdade legislativa”, pp. 926 e ss. No mesmo sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 265. Uma incompreensão a respeito dessa dificuldade é justamente a razão pela qual Átria critica a noção de discricionariedade (estrutural) de Alexy, que ignoraria o que ele chama de “caráter polêmico dos conceitos constitucionais”. Segundo Átria, Alexy, muito preocupado em responder às objeções Habermas e Böckenförde, não se pergunta o porquê de a mesma ideia ser criticada por razões perfeitamente opostas. A explicação para isso, continua, é precisamente esse caráter polêmico, que implicaria tanto a impossibilidade de adjudicação imparcial quanto a infalibilidade da interpretação defendida em primeira pessoa. Ou seja, implica tudo e nada, algo que Habermas e Böckenförde conjuntamente demonstram. Com isso, oscila-se (no neoconstitucionalismo e, ao que parece, também na teoria de Alexy) “arbitrariamente entre uma Constituição de conceitos e uma de concepções: entre uma que não decide nada e outra que decide tudo”. Deixando de lado a discussão sobre até que ponto visão *schmittiana* de Átria sobre a aplicação do direito é compatível com a própria existência de uma jurisdição constitucional nos termos que pressupõe a discussão sobre a discricionariedade legislativa, acredito que a crítica desconsidera justamente o problema que é inerente à discricionariedade epistêmica, a dificuldade no conhecimento a respeito do que a Constituição exige ou faculta. Sobre a crítica, Cf. Fernando Átria, *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 286 e ss.

³⁹⁰ Nesse sentido militam os argumentos de Klatt e Meister, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 125. No mesmo sentido, ainda que com referência especificamente aos direitos fundamentais, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 620.

³⁹¹ Klatt, Meister e Schmidt distinguem subespécies de insegurança, tanto no seu aspecto empírico quanto no normativo. A primeira se refere às premissas subjacentes à intervenção: a intensidade da intervenção seria certa, mas as premissas empíricas ou normativas de que ela parte não. Na segunda situação de incerteza, por razões fáticas ou normativas, a própria intensidade da intervenção seria incerta. A respeito da posição dos autores, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, pp. 113 e ss., Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, pp. 77 e ss. Acredito, no entanto, que essa diferenciação é descabida. A insegurança epistêmica só é relevante na medida em que possa interferir sobre os pesos dos princípios envolvidos. Se assim não fosse, não faria sentido tomar essas situações como parte de uma discussão a respeito da diferença entre o ôntico e o epistêmico no direito constitucional.

sabe, muitas vezes a aplicação do direito, e, neste âmbito, a determinação do juridicamente correto, pode estar em grande medida dependente de informações técnicas de outras áreas do conhecimento, fatos ou estados de coisas que, no limite, podem determinar a conclusão a respeito da decisão correta. É exatamente isso que ocorre aqui. Aquele que efetua o sopesamento, ao efetuar a sua justificação externa, necessariamente assume determinadas premissas, que muitas vezes não são seguras. Neste caso, o tomador de decisão encarregado de solucionar a colisão entre princípios não tem certeza a respeito de pontos de partida e prognoses empíricas e demais juízos fáticos que configuram premissas da intervenção. Sua veracidade não é demonstrável.³⁹² Isso quer dizer, em outras palavras, que as premissas de que se parte não são as únicas que podem ser relevantes para o juízo correspondente. Isso restringe a possibilidade de uma fundamentação empírica no sopesamento e abre espaço para uma argumentação baseada em conhecimentos empíricos inseguros.³⁹³

Como sempre se parte de alguma premissa empírica para justificar intervenções em direitos fundamentais, tais premissas exercem um papel importante não apenas na determinação final dos pesos dos princípios, mas na própria determinação das intensidades com que eles são restringidos ou promovidos. Dessa forma, uma vez que estejamos inseguros a respeito das premissas empíricas da intervenção, fatalmente serão incertas as intensidades de intervenção sobre os princípios envolvidos no sopesamento, dada a sua dependência em relação àquelas premissas, o que dificulta o estabelecimento da relação de precedência condicionada, ou pelo menos o seu estabelecimento com a certeza de que se trata da relação de precedência correta. É por isso que aqui estamos diante da incerteza indireta a respeito do constitucionalmente devido.³⁹⁴

De fato, o conhecimento empírico frequentemente não é suficientemente seguro para determinar precisamente a extensão e as consequências do prejuízo a um princípio. Os dados existentes, principalmente com relação a potenciais efeitos a longo prazo, podem certos muito incertos.³⁹⁵ É o que ocorre, por exemplo, na discussão que emerge da decisão

³⁹² Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 82.

³⁹³ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 144.

³⁹⁴ Como afirma Alexy, no caso da discricionariedade epistêmica de tipo empírico “não se trata diretamente, mas apenas de modo indireto, do que a Constituição ordena, proíbe ou confia à discricionariedade dos poderes públicos”. Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 84.

³⁹⁵ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 114. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 78.

do caso *Cannabis*, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 90, 145).³⁹⁶ Com a proibição da posse de *cannabis*, a classificação da intervenção sobre a liberdade geral de ação como moderada é empiricamente certa. O legislador, por sua vez, almeja proteger a população contra danos relacionados à substância narcótica. Os efeitos negativos à saúde, causados pelo consumo de *cannabis*, assim como a questão de quais os efeitos protetivos que podem ser atribuídas à proibição criminal quando comparada a outros meios de proteção, são, do ponto de vista fático, incertos. Consequentemente, a intensidade da “intervenção pela não satisfação” do dever estatal de proteção é empiricamente insegura. Se os efeitos da *cannabis* para a saúde se mostrassem de menor extensão, a intensidade da intervenção poderia ser considerada *leve*. Contudo, se eventualmente se tornassem disponíveis evidências científicas demonstrassem os sérios efeitos do seu consumo, considerando, por exemplo, que se trata da porta de entrada para outras drogas, a intervenção por não satisfação no dever estatal de proteção deveria ser considerada como *séria*.³⁹⁷

A qual intensidade de intervenção no princípio do dever estatal de proteção da saúde devemos dar precedência? Essa questão supõe uma outra: De que premissas empíricas vamos nos valer no sopesamento? As respostas a estas questões são da mais alta relevância, pois podem nos levar a conclusões completamente diversas, e, portanto, alterar o resultado do sopesamento. Elas podem, por exemplo, nos levar à conclusão de que a intensidade da promoção do princípio do dever estatal de proteção da saúde também é moderada e que "a proibição da *cannabis* não é nem determinada nem proibida pelos direitos fundamentais".³⁹⁸ Como se vê, a conclusão a respeito do constitucionalmente devido pode depender das respostas fornecidas àquelas questões. Voltarei a isso adiante. Por ora, é importante esclarecer o objeto da segunda forma de insegurança, a insegurança normativa, cujos conteúdos e limites são mais controversos.

4.2.2 Insegurança normativa

³⁹⁶ Cf. Jürgen Schwabe e Leonardo Martins, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira, 1ª ed. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, pp. 248 e ss.

³⁹⁷ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 114.

³⁹⁸ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 115 e Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 79.

O segundo caso de insegurança epistêmica a ser analisado refere-se às premissas normativas do sopesamento. Assim como ocorre com os aspectos empíricos, o sopesamento parte de determinadas premissas a respeito dos princípios envolvidos e assume determinadas intensidades com que esses princípios são restringidos ou promovidos. Essas premissas normativas e intensidades, no entanto, nem sempre são seguras.

A discussão a respeito da avaliação das premissas de acordo com a sua segurança epistêmica é muito mais problemática aqui do que no caso das premissas empíricas. Há a possibilidade de surgimento de incerteza normativa sempre que for necessário recorrer a argumentos normativos, isto é, argumentos de tipo prático com afirmações a respeito do que é bom ou correto, ou seja, que “contém um determinado juízo de valor”.³⁹⁹ A questão do acesso epistêmico a proposições normativas, por sua vez, está diretamente conectada com um dos problemas mais fundamentais e complexos da epistemologia, a saber, a “veracidade condicionada de proposições normativas”.⁴⁰⁰ De modo mais específico, está relacionada aos limites da possibilidade de conhecimento a respeito do significado das normas constitucionais.⁴⁰¹ Como lembra Rivers, ainda que estejamos certos quanto às premissas fáticas, “podemos mesmo assim permanecer inseguros sobre quão séria uma limitação a um direito efetivamente é”.⁴⁰² Neste segundo caso de insegurança, portanto, a discricionariedade epistêmica está relacionada à “incerteza acerca da melhor qualificação dos direitos fundamentais em jogo” e ao reconhecimento, por parcela dos autores, em favor do legislador, “de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações”.⁴⁰³

As incertezas, neste caso, podem se apresentar pelo menos sob dois aspectos: (i) a forma de graduação das diferentes intensidades de intervenção e de importância de realização dos princípios e (ii) a incerteza quanto ao peso abstrato desses princípios. Há quem sustente, no entanto, que esse tipo de insegurança pode estar relacionado também ao peso concreto dos princípios, quando do seu relacionamento com outros.⁴⁰⁴ Acredito que

³⁹⁹ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 145.

⁴⁰⁰ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 131.

⁴⁰¹ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 403 e Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 89.

⁴⁰² Cf. Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, in George Pavlakos (org.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2007, p. 177.

⁴⁰³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 612 e 621 e ss.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, Cf. Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 178.

essa conclusão é um reflexo da forma confusa como Alexy determina o objeto da discricionariedade epistêmica no âmbito do sopesamento, praticamente igualando-a à discricionariedade estrutural para sopesar. Por isso, antes de adentrar na discussão a respeito dessa modalidade de insegurança, é importante expor a forma como Alexy a caracteriza e o porquê de, a meu ver, ele estar equivocado neste ponto. Isso também será útil para diferenciar a discricionariedade epistêmica normativa da discricionariedade estrutural para sopesar.

4.2.2.1 A caracterização da insegurança normativa segundo Alexy

Ao tratar do objeto da insegurança normativa, Alexy afirma acertadamente que neste caso se trata *diretamente* da incerteza a respeito do que a Constituição exige.⁴⁰⁵ Segundo ele, os casos mais importantes – muito embora não identifique nenhum outro – de incerteza normativa no âmbito dos direitos fundamentais são aqueles de incerteza quanto ao sopesamento, hipóteses em que – continua – não é suficientemente certo como ele deve ser realizado. Como ele próprio reconhece, “a questão decisiva é saber como deve ser definida a relação entre as discricionariedades estrutural e epistêmica para sopesar”.⁴⁰⁶ Na tentativa de diferenciar as duas espécies de discricionariedade, Alexy afirma que as duas se afastariam na medida em que na primeira estaríamos diante de uma escolha *política* do legislador que verifica o empate no sopesamento, enquanto que na segunda a escolha seria *jurídica*, ou seja, “a diferença está somente na não-eliminação do elemento jurídico”. A discricionariedade epistêmica para sopesar seria formada “pelas diversas possibilidades jurídicas”.⁴⁰⁷ Seriam casos em que é “impossível reconhecer qual dessas possibilidades pode ser mais bem fundamentada”, pois entre os princípios envolvidos há “um impasse epistêmico”, já que nenhum deles possui força suficiente para decidir a contenda. Por isso, diz ele, a situação substancial é “neutra”.⁴⁰⁸

Embora Alexy esteja correto quanto à tese de que na discricionariedade estrutural para sopesar estamos diante das diferentes escolhas políticas deixadas nas mãos do legislador e nas hipóteses de insegurança normativa – e, portanto, de discricionariedade epistêmica normativa para sopesar – as diferentes opções de que ele dispõe são jurídicas, o

⁴⁰⁵ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 85.

⁴⁰⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 621.

⁴⁰⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 622.

⁴⁰⁸ Idem, *ibidem*.

seu diagnóstico quanto ao objeto da incerteza normativa é não apenas contraditório como também efetivamente equivocado. Como lembram Klatt, Meister e Schmidt, no fim das contas, para Alexy, “a insegurança normativa está relacionada com o resultado de um sopesamento, isto é, com um empate”.⁴⁰⁹ Isso, por um lado, contradiz todos os seus esforços para desenvolver a ideia de que o legislador possui uma discricionariedade estrutural para sopesar nos casos de empate no sopesamento, conforme procurei esclarecer no capítulo anterior. Além disso, vai de encontro à natureza das coisas, pois, se o sopesamento constitui uma operação aritmética, não faz sentido falar em incerteza quanto ao seu resultado, uma vez que “uma operação aritmética nunca pode ser normativamente insegura”.⁴¹⁰

Isso nos leva a pelo menos dois questionamentos básicos. O primeiro diz respeito à questão de se há algo que diferenciaria, além do aspecto já mencionado (natureza jurídica ou política da escolha), a discricionariedade estrutural para sopesar da discricionariedade epistêmica normativa no sopesamento. O segundo, por sua vez, está relacionado à dúvida a respeito de qual seria, uma vez afastada a proposta de Alexy, o objeto da insegurança normativa. Tratarei dessas duas questões nos próximos tópicos.

4.2.2.2 Insegurança normativa e discricionariedade estrutural para sopesar

O problema da discricionariedade epistêmica normativa decorre do fato de que qualquer autoridade que dispõe de uma discricionariedade epistêmica normativa é competente para estabelecer os limites precisos das três áreas do constitucionalmente possível, do constitucionalmente impossível e do constitucionalmente necessário, limites que demarcam exatamente a discricionariedade estrutural. Isso quer dizer que a discricionariedade epistêmica normativa “dissolve os limites da discricionariedade estrutural”.⁴¹¹ Embora não possamos afastar a possibilidade de, pelo menos em certos

⁴⁰⁹ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 127, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, *Espaços no Direito Público*, p. 77 e, dos mesmos autores, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 87. Acredito que é essa forma obscura como Alexy explica a discricionariedade epistêmica normativa que faz com que tanto Kumm (Cf. Matthias Kumm, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, pp. 211 e ss.) quanto Portocarrero Quispe (Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 145) associem a noção de desacordo razoável, diferentemente do que propus no capítulo anterior, a casos de insegurança normativa.

⁴¹⁰ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 127 e Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 87.

⁴¹¹ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 125. No mesmo sentido, Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 525. Como afirma Alexy, “o reconhecimento da

casos, ser difícil distinguir essas duas espécies de discricionariedade, isso não quer dizer que não haja diferenças.

Uma primeira distinção entre elas, já mencionada e bastante enfatizada por Alexy, reside no fato de que a escolha decorrente de uma discricionariedade epistêmica normativa é uma escolha política, enquanto que a escolha decorrente de discricionariedade estrutural é uma escolha entre duas possibilidades jurídicas, escolha esta que só é necessária devido aos limites do nosso conhecimento normativo.⁴¹² Como ressalta Alexy, as discussões a respeito da discricionariedade epistêmica normativa “não devem ser resolvidas como dissensos políticos no âmbito das discricionariedades, mas, no direito constitucional, como dissensos sobre os limites de tais discricionariedades”.⁴¹³ Neste caso, “a insegurança se refere apenas ao conhecimento a respeito da escolha correta, que deve ser juridicamente determinada no nível estrutural da Constituição”.⁴¹⁴ Ou, se quisermos ser mais precisos, trata-se da insegurança sobre se há uma resposta correta e, em caso positivo, qual seria ela.

Mas isso não é suficiente. A distinção entre essas duas espécies só se mostra possível se a discricionariedade estrutural preceder analiticamente a discricionariedade epistêmica normativa, e, portanto, for independente dela, e esta condição só é preenchida se for possível sustentar que há alguns casos em que absolutamente não há discricionariedade epistêmica normativa (casos “normativo-epistemicamente claros”), sem que isso implique não haver discricionariedade estrutural. Nesses casos, o que ocorre é que resta claro a qual das três áreas (possível, impossível ou necessário) o caso constitucional pertence em nível estrutural.⁴¹⁵ É possível, assim, que um caso seja claro do ponto de vista epistêmico, mas que se encontre meramente no âmbito do constitucionalmente possível e, portanto, haja discricionariedade estrutural.⁴¹⁶

existência de uma discricionariedade cognitiva de tipo normativo significa realmente que os poderes vinculados decidem sobre a sua própria vinculação”. Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 86.

⁴¹² Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 125 e Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 525.

⁴¹³ Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 86.

⁴¹⁴ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 125.

⁴¹⁵ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 126 e Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, p. 526.

⁴¹⁶ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 127. Não cabe negar, evidentemente, como lembram os autores, que, na medida em que há, ao menos em teoria, infinitas possibilidades de escalas de gradação, não é possível estabelecer com caráter absoluto casos claros do ponto de vista epistêmico-normativo. Ao invés disso, hipóteses assim “são estabelecidos com relação aos princípios de um determinado caso”.

É claro que essa afirmação, por si só, não é capaz de *provar* a existência de casos claros do ponto de vista normativo. Comprovar isto demandaria uma análise descritiva que ultrapassaria os limites deste trabalho – eminentemente analítico. A resposta para a questão da existência de casos epistêmico-normativamente claros depende, dentre outras coisas, do conteúdo concreto, da complexidade e da coerência dos sistemas jurídicos existentes.⁴¹⁷ De toda forma, há boas razões para assumir que qualquer sistema jurídico necessariamente inclui pelo menos alguns casos epistemicamente claros. Um sistema jurídico eficiente em que incerteza epistêmica ocorra em absolutamente todos os casos é difícil de imaginar.⁴¹⁸ Feitos os esclarecimentos e distinções necessários, é possível analisar propriamente o objeto da insegurança epistêmica normativa.

4.2.2.3 O objeto da insegurança normativa

Neste caso, estamos diante da hipótese de insegurança *direta* a respeito da própria gradação dos fatores que integram o sopesamento. Aqui, em razão da insegurança do conhecimento normativo, o grau da intensidade da intervenção sobre o princípio promovido pela medida estatal ou daquele por ela restringido é incerto ou o é peso abstrato de um ou ambos os princípios. Ou seja, aquele que realiza o sopesamento não está seguro sobre os juízos de valor que efetua para atribuir graus de restrição e promoção ou pesos abstratos aos princípios que participam do sopesamento. A característica de tratar-se de modo direto do que constitucionalmente decorre justamente do fato de a incerteza incidir diretamente sobre aquelas variáveis e não sobre premissas empíricas de que parte a intervenção.

Esse tipo de insegurança está em grande parte relacionado ao grau de refinamento da escala utilizada no sopesamento. Nossa habilidade para efetuar diferenciações normativas e, portanto, nossa possibilidade de conhecimento de pequenas diferenças normativas diminui com o aumento do refinamento das escalas.⁴¹⁹ Isso quer dizer, em síntese, que a limitada possibilidade de conhecimento ou capacidade de cognição das

⁴¹⁷ Matthias Klatt, “Taking Rights Less Seriously”, 526.

⁴¹⁸ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 126 e Matthias Klatt, “Taking Rights less Seriously”, p. 526.

⁴¹⁹ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 124, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 86. Essa questão dos limites do conhecimento normativo está intimamente relacionada com o problema da exigência, como regra, de escalas relativamente rudimentares no direito, discutida anteriormente.

escalas de classificação é uma das mais importantes razões para a incerteza normativa.⁴²⁰ Dessa forma, quanto mais refinada for a escala, maior a tendência à insegurança normativa.

No que se refere aos pesos abstratos, é possível afirmar, por exemplo, que é importante considerar o significado das posições relevantes dos princípios, a partir do conceito de pessoa que qualquer sistema jurídico e político deve pressupor. Há quem sustente que, numa sociedade liberal no sentido de Rawls, direitos de liberdade intimamente relacionados às capacidades morais das pessoas devem ter mais peso: quanto mais conectado com as capacidades morais da pessoa uma posição ou princípio está, mais importância lhe deve ser atribuída.⁴²¹ Essa discussão a respeito dos pesos abstratos é especialmente relevante, na medida em que exige que se tome uma posição, por exemplo, sobre o papel do Estado em uma dada sociedade. Um individualista tenderá a atribuir um peso especialmente alto à liberdade, enquanto que um comunitarista tenderá a fazer o mesmo em relação ao bem comum.⁴²² Essa insegurança pode assumir uma série de facetas. É possível que estejamos certos de que, por exemplo, a vida é em geral mais importante do que a liberdade, mas podemos, em determinados contextos, não saber o quanto. Ou pode ser duvidoso se, quando tratamos da liberdade de expressão em contextos de manifestação política, dada a importância desse tipo de discurso para o regime democrático, deveríamos conferir um peso abstrato maior a esse direito do que a manifestações da liberdade de expressão em geral.

Um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão pode esclarecer a insegurança relativa às intensidades de intervenção (BVerfGE 115, 320).⁴²³ Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, tornou-se de conhecimento geral que parte dos terroristas envolvidos tinha frequentado universidades alemãs sem atrair a atenção das autoridades. Por esta razão, polícia e agências de inteligência tentaram identificar possíveis

⁴²⁰ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 124, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 86. Os autores sustentam que isso pode ser demonstrado assumindo uma escala de classificação que consista em um único valor. Nós teríamos que determinar apenas se existe uma intervenção em um princípio. Se uma medida é considerada uma intervenção, o seu grau de intensidade é certo, porque se a escala contém apenas um valor, apenas um valor pode ser atribuído. Esse seria um modelo “unidimensional”. Um modelo unidimensional não dá origem a qualquer incerteza normativa. Podemos nos deparar apenas com incertezas empíricas.

⁴²¹ Cf. Carlos Bernal Pulido, “On Alexy’s Weight Formula”, in Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006, p. 107.

⁴²² Cf. Carlos Bernal Pulido, “On Alexy’s Weight Formula”, p. 108.

⁴²³ A análise tem por base a exposição de Felix Müller e Tobias Richter, Cf. Felix Müller and Tobias Richter, “Report on the Bundesverfassungsgericht’s Jurisprudence in 2005/2006”, *German Law Journal* 9 (2008): 161-194. e Gabriele Kett-Straub, Cf. Gabriele Kett-Straub, “Data Screening of Muslim Sleepers Unconstitutional”, *German Law Journal* 7 (2006): 967-975, além da análise de Klatt e Meister e Schmidt, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 133 e ss e Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 92 e ss.

fundamentalistas mulçumanos que tivessem passado despercebidos mediante o procedimento de investigação destinado a traçar o perfil de possíveis futuros criminosos, com coleta de informações de diferentes instituições a fim de compará-las com informações coletadas de outros órgãos (“*dragnet investigation*”). No caso em questão, o departamento de polícia de Düsseldorf requereu autorização para uma investigação nesse sentido de acordo com o § 31 da Lei de Polícia do estado da North Rhine-Westphalia perante o tribunal local. O requerimento foi deferido porque o tribunal pôde identificar a “presente ameaça” exigida pelo dispositivo, embora um ataque terrorista não pudesse ser previsto com absoluta certeza. De acordo com a corte local, o grau de dano de um ataque terrorista deveria ser levado em conta quando se considerasse a “presente ameaça”.

O procedimento previsto era simples. Por meio dele, conjuntos de dados que combinavam certos critérios eram automaticamente filtrados e enviados para o departamento federal de polícia, que instituiu um arquivo com dados de todo o país. Esse conjunto de arquivos era comparado com outros arquivos que o escritório já tinha coletado. Os resultados eram integrados em outro arquivo de dados que era entregue aos departamentos de polícia dos estados. Inconformado com o procedimento, um cidadão marroquino de religião islâmica que estudava na Universidade de Duisburg impugnou a decisão do Tribunal de Düsseldorf. O Tribunal Regional, contudo, negou provimento ao recurso e confirmou a decisão do tribunal local. Também o Tribunal Superior Regional confirmou a existência de uma “presente ameaça” para atenuar os parâmetros exigências na situação em questão. O estudante então recorreu das decisões alegando uma violação do direito fundamental à “autodeterminação informativa” – que de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal é um reflexo dos direitos da personalidade.

A maioria dos juízes do tribunal acolheu os argumentos do recorrente para declarar que as decisões dos tribunais inferiores eram incompatíveis com o direito fundamental à autodeterminação informativa. Ressaltou que uma investigação como a levada a cabo no caso é uma *séria* intervenção no referido direito. Para a maior parte dos juízes, com o dispositivo legal em questão, a polícia poderia requerer um vasto âmbito de medidas de monitoramento de dados e combinar os dados encontrados de várias formas, de modo que, no fim das contas, novas informações com grande relevância pessoal poderiam ser criadas. Além disso, os dados teriam um grande potencial estigmatizante, com a possibilidade de ampliação de determinados estereótipos. A Juíza Haas, no entanto, divergiu. Embora ela

também entendesse pela existência de uma intervenção no direito fundamental a autodeterminação informacional, ela não a descreveu como uma intervenção grave. Para ela, o monitoramento de dados em geral constitui uma intervenção de intensidade *leve*, pois os dados coletados já tinham sido divulgados e o impacto estigmatizante, neste caso, era nulo. Como notam Klatt e Meister, essa divergência decorre de visões opostas sobre como avaliar fatos que são conhecidos *com certeza*, ou seja, enquanto as premissas empíricas são seguras, há incerteza com relação às premissas normativas referentes ao direito fundamental à autodeterminação informacional.⁴²⁴

4.2.3 O sentido da discricionariedade legislativa na discussão a respeito da segurança epistêmica

Com os esclarecimentos feitos nos tópicos anteriores e tendo em mente as considerações do capítulo 3 – embora alguns aspectos daquela ideia de discricionariedade lá retratada também estejam presentes aqui, em especial a noção de caráter relacional –, parece claro que não podemos neste caso falar em uma discricionariedade legislativa no mesmo sentido com que falamos naquele capítulo, isto é, como um tipo especial de escolha, significativamente restringida pela razão e pelo papel institucional. Se pretendemos continuar a falar em discricionariedade legislativa, precisamos então esclarecer a que sentido do termo discricionariedade estamos a nos referir.

Acredito que a noção de discricionariedade utilizada por alguns autores no âmbito da teoria do direito pode ser útil aqui. Quando falamos em discricionariedade epistêmica do legislador, a referência *está próxima* do que Dworkin denominou como um primeiro sentido da “discricionariedade em sentido fraco” quando se referia às hipóteses em que os padrões normativos que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente e exigem “o uso da capacidade de julgamento”.⁴²⁵ São casos em que contexto não é em si esclarecedor. A título exemplificativo, o autor lembra o seu exemplo

⁴²⁴ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 133, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, *Espaços no Direito Público*, p. 86 e, dos mesmos autores, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 92. Há dois pontos interessantes aqui. O primeiro é que ambas as posições apresentam numerosos argumentos para as suas respectivas classificações, o que ilustra que a ponderação não é simplesmente uma questão de classificação, gradação ou categorização, mas essencialmente de argumentação. O segundo é que os argumentos podem não só conduzir a um acordo, mas também a um desacordo. Nesse sentido, Cf. Robert Alexy, “Constitutional Rights, Democracy, and Representation”, p. 202.

⁴²⁵ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 31-2. No mesmo sentido dessa associação, Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights less Seriously”, p. 517.

do tenente que ordenara ao sargento que levasse em patrulha seus cinco homens mais experientes, mas fora difícil para este último determinar quais eram os mais experientes.

Nesse sentido, a existência de discricionariedade depende da dificuldade em identificar o curso de ação exigido pelos padrões normativos aos quais a autoridade está vinculada.⁴²⁶ Nos termos deste trabalho, ela se refere à dificuldade que no mais das vezes o legislador encontra em determinar aquilo que a Constituição exige, proíbe ou faculta de modo definitivo. Como ressalta Iglesias Vila, uma das abordagens da discricionariedade em sentido fraco diz respeito justamente à capacidade epistêmica do intérprete – ou, de modo mais preciso, aos limites da capacidade epistêmica do intérprete – de determinar aquilo que é exigido juridicamente.⁴²⁷ É desta dificuldade que se cuida aqui: os limites de nossa capacidade de conhecer o constitucionalmente devido.

De modo diverso do que ocorre no capítulo anterior, o conceito em si não esclarece tanto. Contudo, as explicações anteriores a respeito do âmbito de incidência desse tipo de discricionariedade, isto é, hipóteses em que, no direito constitucional, o ôntico não converge com o epistêmico e seu objeto, qual seja, as inseguranças empírica e normativa, fornecem um panorama mais claro da categoria.

Com esses esclarecimentos, podemos dizer que, no caso da discricionariedade epistêmica empírica, reconhece-se ao legislador a possibilidade de, em determinados casos, efetuar suas próprias valorações a respeito das premissas fáticas da intervenção. Isso quer dizer que se trata de “uma discricionariedade em relação à cognição dos fatos relevantes”.⁴²⁸ Como essas premissas podem influenciar a conclusão a respeito daquilo que a Constituição ordena, proíbe ou confia à discricionariedade dos poderes públicos, a atribuição dessa discricionariedade confere ao legislador, ainda que de modo *mediato*, a competência para efetivamente determinar o constitucionalmente devido.

As coisas ficam mais claras no caso da discricionariedade epistêmica normativa. Neste caso, como é incerta a melhor qualificação dos direitos fundamentais em jogo, a atribuição de uma discricionariedade dessa feita ao legislador no limite o torna competente para, *diretamente*, estabelecer as fronteiras precisas das três áreas do constitucionalmente possível, do constitucionalmente impossível e do constitucionalmente necessário, os quais demarcam exatamente a discricionariedade estrutural. Ela equivale à concessão de uma

⁴²⁶ Cf. Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion*, p. 32.

⁴²⁷ Cf. Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion*, p. 77.

⁴²⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 612.

“competência da competência”.⁴²⁹ Daí porque se afirma que a discricionariedade epistêmica normativa dissolve os limites da discricionariedade estrutural.

Em certo sentido, essa atribuição de discricionariedade epistêmica ao legislador é capaz de solucionar a questão do ônus da prova no controle de decisões restritivas de direitos fundamentais por meio do teste da proporcionalidade.⁴³⁰ Isso se deve ao fato de que essa atribuição gera uma espécie de transferência no ônus da prova para aquele que pleiteia a inconstitucionalidade da lei – retirando o fardo de provar a constitucionalidade da lei dos ombros do legislador. Isso não é outra coisa senão uma presunção de proporcionalidade, questão intimamente relacionada à intensidade do controle, conforme explicarei adiante.⁴³¹

Além disso, como neste caso o que se discute são as decisões legislativas parciais, isto é, em condições de insegurança, decisões relativas à questão de que premissas fáticas partir e que pesos abstratos e intensidades de intervenção considerar no sopesamento, aqui estamos diante de discricionariedades parciais – diferentemente do que ocorre no caso da discricionariedade estrutural para sopesar, como ficou claro no capítulo anterior.⁴³² Essas discricionariedades parciais podem ou não culminar em uma discricionariedade global. Ou seja, nem sempre que houver discricionariedade epistêmica haverá discricionariedade estrutural.

A despeito dos esclarecimentos anteriores, permanecem as questões a respeito de como exatamente a insegurança influencia o sopesamento, qual o fundamento e quais as consequências do reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador. Para esclarecer a primeira questão, é essencial analisar a chamada “segunda lei

⁴²⁹ Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights less Seriously”, pp. 524-5. Como lembra Sieckmann, “não se trata de decidir o que é correto, mas quem tem a competência para decidir definitivamente [sobre] o que é correto”. Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 333.

⁴³⁰ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 109.

⁴³¹ Uma posição no sentido de que milita uma presunção de proporcionalidade em favor da decisão legislativa nos dois últimos estágios do teste da proporcionalidade é sustentada por Julian Rivers. Cf. Julian Rivers, “The Presumption of Proportionality”, *Modern Law Review* 77 (2014): 409-433. Essa ideia parece estar inserida numa noção mais ampla de presunção de validade das leis, que, dentre outros, é defendida por Thayer, para quem há um dever de respeito devido pelo tribunal ao legislador quando controle de constitucionalidade, materializado na necessidade de uma presunção de validade da lei aprovada, de tal sorte que, para que haja a invalidação, a inconstitucionalidade deve estar comprovada “além de qualquer dúvida razoável”. Cf. James Thayer, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 7 (1893), pp. 142, nota 1, 144 e 149-50. Parece-me que isso se adéqua à observação de Alexy de que o problema da insegurança empírica exige que sejam assumidas regras de presunção racional (Cf. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 233). Aqui se trata apenas de uma generalização dessa ideia para as duas espécies de insegurança e no âmbito específico da regra da proporcionalidade.

⁴³² Sobre essa distinção, Cf. Martin Borowski, “La Sujeción a Determinaciones del Legislador en la Ponderación de Derechos Fundamentales”, pp. 133 e ss.

da ponderação”, tanto na sua formulação original quanto na forma como interpretada e reconstruída pelos autores que tratam do tema. A isto serão dedicados os próximos tópicos. Em seguida abordarei as demais questões.

4.3 O problema da estrutura da segunda lei da ponderação

Pode-se dizer que há pelo menos um relativo consenso quanto ao fato de a insegurança das premissas empíricas e normativas desempenhar algum papel na avaliação da legislação promulgada diante da incerteza e, além disso, de alguma forma estar relacionada à intensidade com que o legislador intervém em direitos fundamentais. No entanto, muitos aspectos além desses postulados, que em alguma medida são até intuitivos, são objeto de grande controvérsia. Dessa forma, está longe de haver consenso sobre qual seria exatamente o papel da incerteza, a forma como ele é exercido e como isso influencia a discussão material, questões que, diferentemente do que pode parecer, tem grande importância para além da discussão teórica.

4.3.1 A segunda lei da ponderação em sua formulação original

A segunda lei da ponderação é sem dúvida o principal elemento da discussão a respeito da insegurança epistêmica na teoria dos princípios. A sua formulação almeja ressaltar justamente a tensão subjacente às situações de insegurança envolvendo direitos fundamentais que exigem uma tomada de decisão. Por um lado, os direitos fundamentais enquanto mandamentos de otimização exigem *prima facie* que só sejam efetuadas intervenções com base em premissas seguras, ou seja, eles exigem também a sua “otimização epistêmica”.⁴³³ Isso, contudo, vai claramente de encontro à realidade prática, pois poderia facilmente levar a uma completa paralisia do legislador, que no mais das vezes precisa agir a despeito de encontrar-se diante de situações de incerteza. Se, contudo, aceitarmos que ele atue de maneira ilimitada a partir de premissas inseguras, não há dúvida de que acabaremos por minar o próprio caráter vinculante da Constituição em geral e dos direitos fundamentais em especial.

Afastados os extremos, só nos restam as soluções intermediárias. Soluções intermediárias podem ou exigir o mesmo grau de certeza para todas as intervenções em

⁴³³ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 651, nota 87.

direitos fundamentais, ou diferentes graus de certeza, dependentes das diferentes intervenções. De acordo com Alexy, apenas a última alternativa é compatível com os direitos fundamentais como princípios. Enquanto princípios, “eles exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção”.⁴³⁴ O mesmo vale para as premissas normativas. Isso nos remete à exigência da segunda lei da ponderação, que, conforme formulada por Alexy, reza que “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.”⁴³⁵

Diferentemente do que ocorre com a primeira, a segunda lei da ponderação não está associada à importância material das razões que sustentam a intervenção, mas à sua qualidade epistêmica.⁴³⁶ Por isso, a primeira lei pode ser chamada de “lei material da ponderação” e a segunda de “lei epistêmica da ponderação”. Em ambas a estrutura sintática expõe uma relação de proporcionalidade entre prótase (“quanto mais”) e apódose (“tanto maior”). É bem verdade que a lei material da ponderação menciona a “intensidade” da intervenção, enquanto aqui se fala em “peso”. No entanto, trata-se apenas da questão de quão amplamente nós queremos formular as exigências epistêmicas relativas ao sopesamento. Isso porque o conceito de peso da intervenção engloba a intensidade da intervenção e o peso abstrato dos princípios. Como os pesos abstratos costumam ser os mesmos, em geral eles acabam por se anular quando do sopesamento. Isto posto, seria possível retirar a parte relativa ao peso abstrato da segunda lei da ponderação e reformulá-la nos seguintes termos: “Quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.”⁴³⁷

Para Alexy, a identidade entre os antecedentes (prótases) de ambas as fórmulas tem grande importância sistemática, na medida em que “expressa o fato de que os princípios materiais de direitos fundamentais envolvidos constituem um ponto de Arquimedes”. Trata-se de um “ponto de referência comum” que “torna possível combinar elementos materiais e epistêmicos no âmbito das razões para intervenção”.⁴³⁸ Isso, segundo o autor, expressa ideia segundo a qual a importância concreta da satisfação de um princípio (P₁) por

⁴³⁴ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 617.

⁴³⁵ Idem, *ibidem*.

⁴³⁶ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 617. No mesmo sentido, Cf. Robert Alexy, “Thirteen Replies”, p. 345.

⁴³⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 618.

⁴³⁸ Idem, *ibidem*.

meio de uma determinada medida legislativa (M) pode justificar cada vez menos a intensidade da intervenção sobre o princípio restringido por M (P_2) à medida que diminui a certeza de que M efetivamente alcança a satisfação de P_1 . Com isso, o peso concreto de P_2 cresce na medida em que o grau de incerteza empírica no âmbito da realização de P_1 também cresce.⁴³⁹

4.3.2 A crítica e reformulação proposta por Julian Rivers

Uma importante crítica à descrição original da lei epistêmica da ponderação é feita por Julian Rivers, que, a partir dela, propõe uma substancial reformulação.⁴⁴⁰ Segundo Rivers, a segunda lei da ponderação é incompleta, pois a insegurança pode afetar ambos os lados da equação do sopesamento. Tanto o grau de realização do princípio promovido por uma determinada medida estatal pode ser inseguro, quanto o pode o grau de intervenção sobre o princípio por ela restringido. Por esta razão, seria necessário reformular a segunda lei da ponderação de modo que o fator segurança possa aparecer em ambos os lados da equação. Com isso, a formulação correta seria: "quanto maior a possibilidade de que um princípio possa ser seriamente infringido, maior deve ser a possibilidade (*chance*) de que o outro princípio seja realizado em um grau alto".⁴⁴¹

Por sua vez, o reconhecimento de que a insegurança pode afetar ambos os lados da equação do sopesamento suscitaria dúvidas a respeito de se um princípio formal efetivamente tem um papel a desempenhar na questão. O objetivo da proporcionalidade é otimizar a satisfação dos princípios colidentes, e, de acordo com Rivers, a otimização é assegurada quando a incerteza é levada em conta no grau de intervenção e promoção de um princípio. O dever de qualquer tomador de decisão é otimizar os princípios "à luz do que é conhecido", "considerando os riscos e incertezas relevantes".⁴⁴² Se um tomador de

⁴³⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁰ Cf. Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing", pp. 170 e 181 e ss. Rivers entende que a segunda lei da ponderação "pressupõe que os tribunais são exemplares da razão pública e que outros órgãos tomadores de decisão são substitutos imperfeitos dos tribunais". Embora essa possa ser uma possível interpretação da forma como Alexy vê os tribunais, mormente aqueles que exercem controle de constitucionalidade (em especial se considerarmos a sua tese da "representação argumentativa"), isso está longe de decorrer da segunda lei da ponderação enquanto tal. Parece mais uma decorrência da forma como o próprio Rivers vê a proporcionalidade, separando um controle baseado na correção de um controle baseado na razoabilidade – o que, como tentei explicar no capítulo anterior, pelo menos a partir da proposta de Alexy, não é nem necessário nem adequado. A respeito dessa posição, Cf. Julian Rivers, "Fundamental Rights in the UK Human Rights Act", pp. 157-8.

⁴⁴¹ Cf. Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing", p. 181.

⁴⁴² Cf. Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing", p. 182.

decisão só agisse com base em certeza, ele, no fim das contas, não otimizaria. Disso decorre que quanto maior for o grau da intervenção sobre um princípio, maior deverá ser a possibilidade de realização do princípio que com ele colide em uma alta intensidade e tanto o peso desse princípio como a possibilidade de ele ser realizado devem ser levados em conta. Isso, de acordo com Rivers, independe de qualquer questão procedimental e da aplicação de qualquer princípio formal quando do controle da legislação.

Rivers, no entanto, vai além. Segundo ele, neste contexto, é necessário distinguir “probabilidade” de “segurança” ou “confiabilidade” (“*reliability*”).⁴⁴³ Um julgamento é seguro ou confiável se os tribunais podem aceitá-lo como correto.⁴⁴⁴ Isso pressupõe que os tribunais, a despeito de poderem efetuar suas próprias avaliações, insistam que o legislador tome cuidados suficientes para assegurar que suas avaliações a respeito da possibilidade de um resultado sejam não apenas subjetivamente persuasivas, mas também objetivamente vinculantes para a corte. Caso compreendamos a segunda lei da ponderação em termos de probabilidade, teremos a seguinte formulação: "quanto mais séria for uma intervenção sobre direitos, maior deve ser a possibilidade (“*chance*”) objetiva de realização de algum interesse colidente em uma intensidade suficientemente alta”.⁴⁴⁵ Por outro lado, se a interpretarmos a partir da noção de segurança, chegaremos à seguinte conclusão: "quanto mais séria for uma intervenção sobre direitos, maior deve ser a segurança da avaliação do legislador de que um interesse conflitante será realizado em uma medida suficientemente alta".⁴⁴⁶

Para Rivers, a leitura de Alexy seria uma formulação em termos de probabilidade, mas isso seria problemático porque uma proposta nesse sentido constrói a discricionariedade epistêmica como se ela exigisse que assumíssemos que há um princípio formal de que o legislador tem o “direito” de tomar decisões importantes, isto é, "um direito de arriscar", que, supostamente, colidiria com um “direito” do tribunal de efetuar o controle da legislação. Não estaria claro, entretanto, porque isso deveria dar origem a um controle variável de acordo com a intensidade da intervenção. Contudo – continua – não é razoável "assumir que uma decisão é mais importante se interfere seriamente em direitos". Para explicar uma proposta como essa nós precisaríamos recorrer a um princípio formal a

⁴⁴³ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁴ Rivers afirma, como que a título exemplificativo, que os tribunais apenas aceitam restrições a direitos com base em premissas empíricas que sejam suficientemente seguras ou confiáveis a ponto de que eles próprios poderiam tê-las adotado.

⁴⁴⁵ Cf. Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 182.

⁴⁴⁶ Cf. Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 183.

determinar que os tribunais deveriam controlar com mais cuidado intervenções sérias, o qual deveria ser sopesado com o princípio formal da competência do legislador (que fundamentaria suas avaliações).⁴⁴⁷

No que se refere à distinção entre probabilidade e segurança, Rivers certamente está correto, muito embora não haja razão de ser para a atribuição de uma leitura em termos de probabilidade a Alexy⁴⁴⁸ e ele próprio fundamente parte de suas considerações em uma visão que parece baseada em uma visão probabilística.⁴⁴⁹ Mesmo que aceitássemos uma formulação em termos de probabilidade, chegaríamos a uma formulação incompleta, porque só seríamos capazes de alcançar situações de insegurança relacionadas a questões empíricas, mas não a questões normativas.⁴⁵⁰ De qualquer forma, é certo que discussão quanto à discricionariedade epistêmica diz respeito à qualidade da segurança das premissas empíricas e normativas que subjazem a intervenção e não com a probabilidade de um princípio ser promovido ou restringido em uma determinada intensidade. Trata-se de uma propriedade epistêmica gradual das premissas utilizadas no sopesamento. É por isso que permanece possível uma afirmação como “x é com certeza absoluta 20 por cento provável”.⁴⁵¹ A probabilidade é uma discussão inerente à avaliação da medida do ponto de vista material, porque diz respeito a quão intensa é uma intervenção sobre um princípio, enquanto a segurança das premissas é uma avaliação epistêmica.⁴⁵²

Não é correta, por outro lado, a conclusão de que princípios formais são teriam relevância para a questão. O equívoco dessa crítica reside na suposição de que a otimização só pode ser assegurada quando se leva em conta a insegurança existente. A insegurança não deve ser levada em conta na otimização, mas sim na avaliação a respeito

⁴⁴⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁸ Cf. Robert Alexy, "Thirteen Replies", p. 346.

⁴⁴⁹ A despeito da diferenciação que propõe, as considerações de Rivers, por exemplo, a respeito da suposta desnecessidade de consideração do princípio formal (como decorrência do reconhecimento de que a insegurança pode afetar ambos os lados da equação do sopesamento) parecem estar baseadas numa leitura da insegurança em termos de probabilidade. Talvez isso tenha levado Klatt, Meister e Schmidt a censurarem-no pela utilização do termo “*chance*”, que não refletiria adequadamente a natureza da questão discutida. Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 121 e Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 74.

⁴⁵⁰ Cf. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 74. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 111.

⁴⁵¹ Cf. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, *Espaços no Direito Público*, p. 36 e, dos mesmos autores, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 74.

⁴⁵² Nesse sentido, Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 327-8. Carlos Bernal Pulido parece sustentar algo muito similar quando afirma que um dos fatores que determina a importância de um princípio do ponto de vista empírico, além da eficiência, velocidade, alcance e duração da intervenção, é a sua probabilidade. Cf. Carlos Bernal Pulido, “On Alexy’s Weight Formula”, pp. 107-8.

de se houve uma otimização.⁴⁵³ O tribunal deve considerar a insegurança ao avaliar se a decisão do legislador otimizou os princípios. O legislador não deve levar essa insegurança em conta em sua decisão pelo simples fato de que, do seu ponto de vista, isso não muda nada. É inevitável que ele parta de alguma premissa empírica ou normativa, ainda que esteja consciente de que há insegurança a respeito dela. Isso esclarece o equívoco da conclusão de que se ele só agisse com base em certeza ele não otimizaria os princípios. Se só agisse com base em certeza o legislador com frequência simplesmente não poderia atuar. Como tentarei esclarecer adiante, o princípio formal constitui justamente uma razão para que ele atue, a despeito da insegurança, e por isso deve ser levado em consideração pelo tribunal. Note-se que a insegurança diz respeito, direta ou indiretamente, à incerteza sobre o que a Constituição obriga, veda ou faculta, e, portanto, ao que é ótimo de acordo com a Constituição. Em alguma medida não se sabe o que é ótimo. A afirmação de Rivers implica algo como “só otimizaremos os princípios se considerarmos a insegurança sobre o que é ótimo”. Isso não faz sentido. E é justamente por isso que se afirma que a intensidade do controle deve aumentar proporcionalmente ao aumento da intensidade da intervenção: o aumento da intensidade da intervenção, sob condições de insegurança, aumenta a possibilidade de que o princípio não tenha sido otimizado e a cognoscibilidade a respeito de se isso ocorreu ou não.⁴⁵⁴

Mais complexa é a análise da primeira crítica e da sua consequência proposta de reformulação. Para tanto, é necessário antes apresentar a leitura da segunda lei da ponderação conforme proposta de Klatt, Meister e Schmidt.

4.3.3 Klatt, Meister e Schmidt e a dependência de perspectiva na segunda lei da ponderação

Tanto a forma original da lei epistêmica da ponderação quanto a sua reformulação proposta por Rivers são objeto de crítica de Klatt, Meister e Schmidt. De acordo com eles, a formulação dessa lei em si não é clara. A proposta de Rivers, por sua vez, negligenciaria o caráter epistêmico da variável *segurança* introduzida no sopesamento. Além disso, a

⁴⁵³ Aqui, vale lembrar as palavras de Borowski: “Incumbe ao legislador encontrar a solução correta na ponderação de princípios materiais, enquanto que o Tribunal Constitucional deve levar em consideração *prima facie*, no nível do controle de constitucionalidade, a autoridade jurídica que o legislador possui com relação à lei objeto de controle.” Cf. Martin Borowski, “Principios formales y fórmula del peso”, pp. 114-5.

⁴⁵⁴ Não tratarei aqui da questão da necessidade de um princípio formal também com relação ao controle dos tribunais porque essa discussão aparecerá mais à frente, em um contexto mais adequado.

proposta teria o efeito de fazer com que a relação entre a segurança e a intensidade da intervenção, a que o sopesamento deve ser sensível, não fosse mais representada. Para os autores, mesmo que refinássemos essa proposta a fim de compensar essa deficiência, isso não levaria a nada além de uma descrição do próprio formato do sopesamento, o que não nos traria qualquer ganho, uma vez que a principal função da aplicação da segunda lei da ponderação é trazer à baila a questão de que incertezas em que lado da equação do sopesamento devem ser consideradas. Para eles, a segunda lei da ponderação depende da perspectiva, isto é, ao contrário da primeira, ela considera apenas um lado da equação de cada vez. Ela sopesa a intensidade da intervenção sobre um princípio e a certeza das premissas subjacentes à intervenção sobre mesmo princípio. Isso implica que, a fim de aplicar adequadamente o sopesamento, a segunda lei da ponderação precisaria ser aplicada duas vezes, isto é, para cada lado da equação.

Dessa forma, "o sopesamento da intensidade da interferência sobre um princípio com a certeza das premissas empíricas relevantes para um princípio *diferente* é inadmissível".⁴⁵⁵ Isso equivaleria a um sopesamento cruzado, que, embora matematicamente possível, não é adequado, porque aspectos que pertencem a um lado do quociente são relacionados ao outro. O equívoco nesse sopesamento cruzado decorreria da equívoca expressão "as premissas nas quais essa intervenção se baseia" ("premissas subjacentes à intervenção", nas palavras dos autores) da segunda lei da ponderação. Essa expressão pode induzir ao erro de relacionarmos a um princípio às premissas que devem ser consideradas apenas com relação ao princípio colidente. A correta interpretação da segunda lei da ponderação diria respeito apenas àquelas premissas a partir das quais as intensidades de intervenção são deduzidas. Com o objetivo de eliminar esse equívoco e expressar a dependência de perspectiva mais claramente, os autores sugerem a reformulação da segunda lei da ponderação, que deveria lida da seguinte forma: "Quanto mais séria for uma interferência sobre um princípio P_1 , mais certas devem ser aquelas premissas que justificam a classificação da intensidade de interferência I_1 ".⁴⁵⁶

4.3.4 Resultados

⁴⁵⁵ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 122 e Matthias Klatt e Johannes Schmidt, "Epistemic discretion in constitutional law", p. 84.

⁴⁵⁶ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 123, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, "Epistemic discretion in constitutional law", p. 85 e, dos mesmos autores, *Espaços no Direito Público*, p. 50.

Não obstante Klatt, Meister e Schmidt estejam corretos quando ressaltam que a segunda lei da ponderação não é clara, sua proposta também não é aceitável. O que a segunda lei da ponderação implica é uma interação entre um argumento em favor da intervenção sobre um princípio e um contra. O seu objetivo é relacionar o grau de intervenção sobre um princípio com o grau de segurança das premissas que fundamentam essa intervenção. Essas premissas são as mesmas que justificam o grau de importância de satisfação do princípio contraposto.⁴⁵⁷

A própria lei material da ponderação leva a uma ponderação “cruzada”, na medida em que relacionada justamente princípios contrapostos. O que Alexy quer dizer ao afirmar que a lei epistêmica da ponderação “deve ser formulada paralelamente à lei [material] da ponderação” é, na verdade, que aquela também deve ser formulada de maneira “cruzada”, “o que significa que quanto maior for a intensidade da intervenção sobre um princípio, maior deverá ser a segurança das premissas subjacentes ao princípio colidente”.⁴⁵⁸ A expressão “deverá ser”, presente na formulação de ambas as leis da ponderação, exige uma aplicação aos dois princípios contrapostos, ou seja, ela tem a função de relacionar o grau de restrição de um com o grau de promoção do outro, no caso da primeira lei e de relacionar o grau de restrição sobre um princípio com a segurança das premissas subjacentes à promoção do outro e vice-versa, no caso da segunda. O “deverá ser”, na interpretação de Klatt, Meister e Schmidt, pelo contrário, tem um significado completamente distinto, que só pode ser relacionado com um único princípio.⁴⁵⁹ Uma estrutura como a ponderação em paralelo, portanto, “não é possível de ser deduzida a partir da segunda lei da ponderação”.⁴⁶⁰ O verdadeiro objetivo daqueles autores com essa

⁴⁵⁷ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 150.

⁴⁵⁸ Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, p. 99, nota 60. Sobre a afirmação de Alexy, Cf. Robert Alexy, “La formula del peso”, p. 38.

⁴⁵⁹ Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, p. 99, nota 60.

⁴⁶⁰ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 149. Não me parece correta, contudo, a leitura que Portocarrero Quispe tem da proposta de Borowski. Embora sua reformulação dessa proposta, qual seja, “quanto mais grave ou intensa for a intervenção em um princípio, tanto mais segura deve ser a qualidade epistêmica das premissas que justificam a intervenção”, esteja correta, o que o autor extrai dessa noção de relação entre a intensidade da intervenção e a segurança das premissas não se justifica. A proposta de Borowski não difere em nada do que o próprio Portocarrero Quispe sustenta, isto é, que uma intervenção mais grave em um direito fundamental exige um alto grau de segurança epistêmica. Isso não significa dizer – diferentemente da leitura de Portocarrero Quispe a respeito das considerações de Borowski – que “o grau dessa segurança dependa de alguma maneira da intensidade da intervenção”. O equívoco de Portocarrero Quispe é ler a expressão “deve ser” como “será”, transformando uma relação condicional em uma relação causal, como se, por exemplo, uma intensidade de intervenção alta necessariamente implicasse uma segurança alta, quando, na verdade, o que ocorre é que um aumento na intensidade da intervenção pressupõe um aumento proporcional da qualidade epistêmica das premissas. O que se sustenta, para usar as palavras do próprio Portocarrero Quispe, é que “o grau de intensidade com que se afeta um direito fundamental implica uma exigência de justificação, que deverá ser satisfeita em um nível epistêmico”. A

reconstrução é empregar essa tese a fim de justificar sua teoria do sopesamento classificatório e o desenvolvimento de uma escala de certeza própria para essa teoria.⁴⁶¹

Por fim, diferentemente do que sugerem os Klatt, Meister e Schmidt, é convincente a reformulação de Rivers quanto à possibilidade de ambos os lados da equação do sopesamento serem afetados pela insegurança. Considerar apenas a insegurança referente às premissas subjacentes ao princípio promovido pela medida legislativa de fato implicaria a inclusão apenas parcial do problema da incerteza na discussão e poderia levar, pelo menos em alguns casos, à concessão de uma discricionariedade demasiadamente ampla ao legislador.

4.4 O problema das escalas

Assim como em relação à melhor interpretação da segunda lei da ponderação, não há consenso a respeito de como estabelecer uma medida para a insegurança, ainda que, no fim das contas, as duas propostas para tanto, quais sejam, a escala epistêmica de Alexy e a escala de certeza de Klatt, Meister e Schmidt, acabem por se equivaler. O objetivo dos próximos pontos é expor que propostas são essas e tomar uma posição com relação a eventuais divergências entre elas.

4.4.1 A escala epistêmica de Alexy

Como reconhece o próprio Alexy, toda a discussão a respeito da segurança epistêmica das premissas fáticas e normativas utilizadas no sopesamento, assim como a consequente questão da discricionariedade epistêmica do legislador, pressupõe que de alguma forma faça sentido e seja procedente falar em graus de segurança e insegurança dessas premissas. Isso nos leva à discussão a respeito da questão da utilização de escalas também na parte epistêmica da lei da ponderação.

Em função disso é que, a partir do modelo de três níveis de controle do Tribunal Constitucional Federal Alemão – que divide as possíveis formas de controle da legislação em um “controle intensificado de conteúdo”, um “controle de plausibilidade” e um

respeito das considerações de Portocarrero Quispe, Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 151.

⁴⁶¹ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 149.

“controle de evidência” –, Alexy constrói o seu modelo triádico de níveis de certeza, especialmente porque aquele modelo “compartilha a grande plausibilidade intuitiva do escalonamento material em três níveis”.⁴⁶² Dessa forma, do ponto de vista epistêmico, a escala triádica simples aplicada às premissas do sopesamento, de modo decrescente em termos grau de segurança, é dividida em (i) seguro ou certo, (ii) plausível ou defensável e (iii) não evidentemente falso. Não vou adentrar à discussão a respeito da intensidade do controle aqui, embora ela seja central para o argumento que pretendo sustentar neste capítulo. Por hora, é importante notar que, para Alexy, a despeito de em alguns casos não haver influência da qualidade epistêmica das premissas sobre os valores substantivos que integram o sopesamento, em outros há efetivamente um impacto sobre aqueles valores de acordo com o grau de segurança das premissas, até o ponto em que esse grau não chega nem mesmo a ser “não evidentemente falso”, estágio em que “essa qualidade epistêmica extremamente ruim destrói quase por completo o poder mesmo das mais fortes razões substantivas para interferir em direitos fundamentais”.⁴⁶³

Isso tem razão de ser inclusive no fato de que “à medida que aumenta a intensidade de uma intervenção em um direito fundamental, cresce não só o seu poder de resistência substancial, mas também a possibilidade de cognição de diferenças graduais”.⁴⁶⁴ Ou seja, intervenções sérias são mais facilmente identificáveis. O mesmo vale para o fim da escala de intervenção. Intervenções muito leves são mais facilmente identificáveis. Assim, é possível dizer que quanto menos intensa a intervenção em um princípio, mais segura a possibilidade de conhecimento. Embora essas ideias pareçam em contradição, elas partem do mesmo princípio básico, qual seja, de que “a segurança de classificações normativas aumenta nas duas áreas limítrofes da escala de intensidade”.⁴⁶⁵

4.4.2 A escala de segurança de Klatt, Meister e Schmidt

⁴⁶² Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 612 e ss. e, do mesmo autor, “Formal Principles”, p. 515 e “La fórmula del peso”, p. 38. No mesmo sentido, Cf. Martin Borowski, “Derechos de Defensa Como Principios De Derecho Fundamental”, pp. 113 e ss.

⁴⁶³ Cf. Robert Alexy, “Formal Principles”, p. 515.

⁴⁶⁴ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 619. Segundo Alexy, “à lei material da taxa marginal decrescente de substituição corresponde algo como uma lei epistêmica da taxa marginal crescente de discriminação”. Se em nosso cotidiano muitas vezes é possível que não saibamos quão intensa é uma intervenção, “quando se vai em direção ao núcleo aumenta a capacidade de diferenciação”.

⁴⁶⁵ Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 125, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 86.

Klatt, Meister e Schmidt sustentam que a escala epistêmica proposta por Alexy não é adequada. Segundo eles, ela não se apresenta como uma escala para verificar a segurança, mas sim como uma escala de controle, porque a autoridade que aplica as categorias, isto é, a autoridade revisora, “é capaz de examinar, por meio desses critérios, apenas a plausibilidade da avaliação de uma autoridade diferente”. Com isso, o tribunal constitucional, por exemplo, “controlaria meramente a avaliação do legislador quanto à intensidade da interferência”.⁴⁶⁶ Como não é o próprio tribunal que efetua a avaliação, isso conferiria ao legislador uma discricionariedade excessivamente ampla. Para além disso, os autores vêem basicamente dois problemas nessa escala. O primeiro seria que ela foi desenvolvida especificamente para descrever a relação entre legislador e tribunal constitucional. Entretanto, na ausência de uma autoridade revisora ou em casos em que a relação de controle é de uma natureza diferente, a escala seria falha. Isso diminuiria a universalidade da segunda lei da ponderação. O segundo, e mais importante, seria que o fato de ela não ser capaz de cumprir as exigências da segunda lei da ponderação por basear-se em meras predições de plausibilidade antes que em uma relação de influência recíproca entre a segurança das premissas que justificam a intervenção e a sua intensidade. Isso porque, para os autores, a segurança das premissas subjacentes à intervenção deve ser sopesada com a intensidade da intervenção e não meramente com a plausibilidade das respectivas avaliações. A questão do grau de intensidade do controle, por outro lado, deveria ser visita de modo separado da questão da segurança.

Em oposição à escala de Alexy, os autores propõem uma escala triádica de segurança com três possíveis níveis: (i) seguro ou certo, (ii) relativamente seguro ou certo e (iii) inseguro ou incerto. Essa escala teria a vantagem de possuir validade universal e, bem assim, de ser independente de relações específicas de controle. Para que ela funcione, no entanto, é necessário que o órgão tomador de decisão seja capaz de determinar cada um dos graus da escala em função de um certo método.⁴⁶⁷ Esse método é o chamado sopesamento classificatório. Para eles, é necessário efetuar, *separadamente* para cada princípio, um sopesamento classificatório entre as intensidades de intervenção e seus respectivos graus de segurança, a fim de determinar o valor de intensidade de intervenção

⁴⁶⁶ Cf. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 76 e, dos mesmos autores, *Espaços no Direito Público*, p. 52. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 111-2.

⁴⁶⁷ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 155.

que será considerado.⁴⁶⁸ Dentre as possíveis classificações relativas à segurança epistêmica, trata-se de um sopesamento entre a solução mais segura e a solução mais pessimista. A partir daí, eles desenvolvem a chamada lei de classificação: “Quanto mais segura for uma classificação mais intensa da intensidade da interferência, mais segura deve ser uma classificação menos intensa da intensidade da interferência.”⁴⁶⁹ Quando a intensidade da intervenção é incerta, essa regra faz com que seja possível decidir, com relação a uma determinado princípio, uma dentre várias intensidades de intervenção e seus respectivos graus de segurança. Essa escala seria capaz de superar os defeitos que, para os autores, a escala de Alexy apresenta. Ela teria validade universal e, por conseguinte, seria aplicável a qualquer situação de insegurança epistêmica, sem referência a uma determinada relação de controle. Por meio dela, qualquer órgão tomador de decisão poderia realizar um procedimento orientado a determinar a qualidade epistêmica das premissas empíricas e normativas.

4.4.3 Resultados

Acredito que as críticas dos autores não procedem. Como ressalta Portocarrero Quispe, tanto a escala de Klatt, Meister e Schmidt quanto a de Alexy expressam o mesmo, isto é, “a qualidade epistêmica que se tenha a respeito das premissas que justificam a intervenção”.⁴⁷⁰ Com exceção do fato de Alexy relacionar especificamente a discussão da segurança das premissas com a questão da intensidade do controle, não há qualquer diferença substancial entre as duas escalas. É discutível, de toda forma, a crítica de que a escala de Alexy não é passível de universalização, em especial se nós pensarmos na possibilidade de uma aplicação, por exemplo, à relação entre jurisdição constitucional e

⁴⁶⁸ Klatt, Meister e Schmidt buscam também manter a coerência com a sua leitura da segunda lei da ponderação (e neste ponto já fica difícil dizer se o sopesamento classificatório surge para justificar essa leitura ou se ocorre o inverso). É por isso que o sopesamento classificatório sempre trata do mesmo princípio e é realizado em um número de vezes igual ao número de princípios que participarão do sopesamento material. Como, conforme procurei deixar claro acima, a leitura dos autores da segunda lei da ponderação não é acertada, essa é mais uma razão para, aqui, rechaçar a proposta.

⁴⁶⁹ Para os autores, se o resultado da ponderação é um empate, isso origina uma discricionariedade de classificação, que é genuinamente uma espécie de discricionariedade epistêmica, e surge no exame de um mesmo princípio, razão pela qual precede a discricionariedade estrutural, que só pode surgir quando examinamos um segundo princípio. Cf. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 83. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 119.

⁴⁷⁰ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 155.

jurisdição ordinária.⁴⁷¹ De qualquer modo, como pretendo tratar da relação específica entre legislador e jurisdição constitucional, não me parece necessário desenvolver o tema aqui.

Na verdade, essa escala de certeza, ao fim e ao cabo, soa muito mais como uma premissa necessária para fundamentar a necessidade e a racionalidade do seu sopesamento classificatório do que como um método que se justifica quando comparado à proposta de Alexy.⁴⁷² Vale notar, além disso, que não faz sentido especificamente a crítica à adoção do que para os autores seria a abordagem que privilegia a “intensidade afirmada” – neste caso, pelo legislador. Ora, é na aceitação da intensidade afirmada pelo legislador que reside o coração da discricionariedade epistêmica. Tanto assim que, para não eliminar por completo a categoria, Klatt, Meister e Schmidt são obrigados a recorrer à ideia de que a genuína discricionariedade epistêmica surge nos casos de empate no sopesamento classificatório.

Esse método, por sua vez, suscita um sem número de perguntas e problemas. Mormente se considerarmos o fato de que a aferição da segurança epistêmica, com a determinação de categorias, é algo no mais das vezes bastante difícil, poderíamos questionar, considerando a existência de diferentes intensidades de intervenção dentre as quais se pode efetuar uma seleção, “se existe apenas uma intensidade de intervenção concreta que pode ser determinada mediante o emprego do sopesamento classificatório”.⁴⁷³ A impressão que se tem é que os autores pretendem considerar a insegurança epistêmica no sopesamento, mas que, para isso, se valem de um método que, pela sua própria natureza, está fadado a buscar de modo infrutífero a eliminação dessa insegurança.

Não deixa de ser contraditório, por outro lado, considerar a segurança das premissas no sopesamento classificatório e, posteriormente, considerá-la mais uma vez no sopesamento material.⁴⁷⁴ O que os autores fazem, no fim das contas, é complicar demais o procedimento, trazendo para consideração em um momento anterior algo que seria considerado necessariamente depois, sem, contudo, suprimir essa consideração subsequente. Mais do que isso, se analisarmos o sopesamento classificatório de modo detido, vamos verificar que a eleição entre as distintas intensidades de intervenção e seus correspondentes graus de segurança, que constitui seu sentido e sua finalidade, não é outra

⁴⁷¹ Para uma crítica nesse sentido, Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 155.

⁴⁷² Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 155.

⁴⁷³ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 156-7.

⁴⁷⁴ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 158. Não obstante isso possa parecer não tão claro aqui, se lembrarmos da fórmula do peso, das quais os autores se utilizam em sua análise, perceberemos que, embora seja feito o sopesamento classificatório, a segurança epistêmica permanece como variável a ser inserida na fórmula.

coisa senão a uma variante da sub-regra da necessidade e na verdade não constitui, estritamente, um sopesamento. Não é nada além da aplicação do ótimo de Pareto entre todas as possíveis intensidades de intervenção a fim de realizar uma eleição entre elas.⁴⁷⁵

4.5 Discricionariedade epistêmica e princípios formais

Como de certa forma já mencionado anteriormente, reconhecer uma discricionariedade cognitiva ao legislador, seja de tipo empírico, seja de tipo normativo, pelo próprio fato dessa discricionariedade enquadrar-se justamente no espaço entre o ôntico e o epistêmico, pode conduzir a violações a direitos fundamentais não-constatáveis. Se uma decisão é tomada com base em premissas inseguras, não podemos afastar a possibilidade de que ela simplesmente esteja incorreta. Isso porque esse reconhecimento pode implicar que diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes esses direitos não sejam realizados na extensão que seria possível. O problema é que os direitos fundamentais afetados exigem, enquanto mandamentos de otimização, que não seja reconhecida qualquer discricionariedade cognitiva. Consoante ressaltai acima, a noção de otimização inerente ao conceito de princípio de direito fundamental adotado exige também a otimização epistêmica. Por isso, se fossem os únicos fatores relevantes, os direitos fundamentais só poderiam ser restringidos em virtude de premissas cuja veracidade fosse certa, ou, em hipóteses em que não fosse possível esse grau de segurança, a partir de premissas que fossem mais vantajosas a eles, quais sejam, aquelas sobre cuja base a intervenção não pode ser justificada.⁴⁷⁶ É aqui que, mais uma vez, entram em cena os princípios formais, ou, de modo mais preciso, uma determinado princípio formal – o princípio da competência do legislador democraticamente legitimado.

Enquanto os direitos fundamentais excluem *prima facie* a competência do legislador para fundamentar decisões lhes sejam desvantajosas em premissas inseguras, este princípio formal “requer *prima facie* exatamente essa competência”.⁴⁷⁷ O seu papel é proporcionar um contraponto aos princípios materiais de direitos fundamentais, a fim de que evitemos a posição extrema de exigir que o legislador, sempre que pretendesse restringir direitos fundamentais, tivesse que se basear em premissas cuja veracidade fosse comprovada. Como conhecimentos empíricos e normativos com esse nível de qualidade

⁴⁷⁵ Nesse sentido, Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, pp. 159-160.

⁴⁷⁶ Para considerações nesse sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 615-7.

⁴⁷⁷ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 615.

difícilmente estão disponíveis em casos minimamente complexos, essa solução geraria uma incapacidade de ação quase total do legislador, o que não seria compatível nem com a separação dos poderes nem com a democracia.⁴⁷⁸ Isso não quer dizer, no entanto, que devemos pender para o outro extremo e aceitar que o legislador pode basear em premissas inseguras mesmo as mais intensas intervenções sobre direitos fundamentais. Isso elevaria o poder do legislador ao máximo e não seria compatível com uma Constituição que protege os direitos fundamentais, na medida em que acabaria por esterilizar o próprio caráter vinculante de suas normas.⁴⁷⁹ A solução, conforme adiantei acima e de modo compatível com a exigência da segunda lei da ponderação, é atribuir uma discricionariedade epistêmica ao legislador, mas relacionar o seu âmbito à intensidade da intervenção. Isso ficará mais claro adiante.

Por hora, é importante notar que a forma como os princípios formais se relacionam com os princípios materiais, entretanto, suscita uma séria de questões e divergências. Esclarecê-las é de suma importância aqui e requer, antes de mais nada, uma explicação a respeito do conceito e da função dessa subespécie normativa. Só assim poderemos entender como eles podem fundamentar a atribuição de discricionariedades – para o que interessa neste capítulo – cognitivas ao legislador. Contudo, não há consenso sequer a respeito de se os princípios formais são necessários para o estabelecimento dessa espécie de discricionariedade. Por isso, preliminarmente, é válido explicar porque faz sentido sustentar que os princípios formais também fundamentam discricionariedades cognitivas, para apenas depois ingressar na discussão a seu respeito.

4.5.1 O problema da relação entre princípios formais e discricionariedades epistêmicas

Mesmo dentre autores que aceitam em alguma medida a existência e relevância dos princípios formais, há quem conteste que eles sejam o fundamento da discricionariedade epistêmica do legislador. Essa é a posição de Klatt, Meister e Schmidt, que consideram que a ideia de que o fundamento para a discricionariedade epistêmica seria um princípio formal decorre de uma inadequada junção efetuada por Alexy entre o nível dos princípios materiais – neste caso, com relação à insegurança epistêmica – e o nível das competências

⁴⁷⁸ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 616 e, do mesmo autor, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, p. 83. No mesmo sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Carídis*, p. 216.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 617.

e do controle – representado pelos princípios formais.⁴⁸⁰ Para eles, muito embora a necessidade de consideração das inseguranças epistêmicas no sopesamento dos princípios materiais esteja bem justificada por meio da segunda lei da ponderação, esta “de modo algum leva em conta o princípio formal”, ou seja, “não há qualquer sopesamento entre princípios materiais e formais a ser encontrado na segunda lei da ponderação”.⁴⁸¹ A razão dessa incongruência residiria em um passo intermediário implícito dado por Alexy, consistente na identificação entre insegurança epistêmica e o princípio formal. A determinação da discricionariedade epistêmica deveria, na verdade, ser efetuada apenas por meio de argumentos materiais, isto é, argumentos relacionados ao sopesamento, enquanto que as questões de competências seriam determinadas em um metanível por meio do recurso a princípios formais.⁴⁸²

Os autores, por isso, sustentam que os princípios formais não são necessários para a construção da discricionariedade. A própria incerteza epistêmica fundamentaria a competência para restringir os direitos fundamentais.⁴⁸³ Segundo eles, Alexy não utiliza a competência do legislador como princípio, mas como uma regra. Essa regra simplesmente diz que o legislador, e não tribunal constitucional, tem competência para decidir dentro do âmbito da discricionariedade epistêmica. Portanto, o princípio formal seria posterior ao

⁴⁸⁰ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 119, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, *Espaços no Direito Público*, p. 97 e, dos mesmos autores, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 82.

⁴⁸¹ Cf. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 98. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 140. Borowski, ainda que de modo menos claro, parece sustentar algo semelhante quando afirma que Alexy confunde duas questões na sua reconstrução dos princípios formais, a primeira relacionada a se a segurança do conhecimento das premissas empíricas relevantes representa um fator a ser levado em conta para a determinação do peso dos princípios materiais colidentes, algo que pode ser reconstruído com a ajuda da variável S na fórmula do peso completa e a segunda referente a se no controle exercido por um órgão externo sobre uma decisão ponderativa pode se conferir um âmbito de discricionariedade a quem tomou a decisão ponderativa originalmente por meio do recurso ao critério de que essa decisão possui uma natureza autoritativa relativa, o que pode ser feito com o auxílio de um princípio formal a ser incluído naquela fórmula. As duas questões, segundo Borowski, compartilham o fato de que o nível epistêmico exerce um papel similar, dado que o peso dos princípios formais, no sentido da segunda questão exposta, depende no fim das contas do grau de insegurança do conhecimento da decisão ponderativa, conhecimento que por sua vez depende da segurança que se tenha com relação às premissas relevantes. Contudo, “este paralelismo parcial não modifica nada com relação à necessidade e possibilidade de realizar uma distinção entre as duas questões apresentadas”. Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, pp. 119 e ss.

⁴⁸² Sobre isso, Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 199.

⁴⁸³ Klatt, Meister e Schmidt afirmam que assumir, a partir do princípio formal, que o legislador deve ter a última palavra quanto ao estabelecimento das premissas em casos de incerteza significa que intervenções em direitos fundamentais são vistas como justificadas embora com base em premissas verdadeiras não o fossem. Essa “injustificada justificação” não decorreria de qualquer princípio formal, mas sim da discricionariedade que decorre da insegurança epistêmica, que independe de qualquer competência para tomada de decisão final. Cf. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, pp. 98 e ss. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, pp. 140 e ss. Aqui fica claro mais uma vez que os autores tratam da discricionariedade como se a discussão a seu respeito não tivesse nada a ver com questões de competência, quando na verdade estas são o cerne da discussão.

estabelecimento da discricionariedade, e teria a função de esclarecer as questões de competência que resultam da discricionariedade previamente estabelecida.⁴⁸⁴ Ele não seria relevante, no entanto, para a construção dessa discricionariedade.

O argumento dos autores, contudo, não é convivente. Se o princípio formal da competência do legislador não é relevante para a construção da discricionariedade epistêmica, por que se trata de uma discricionariedade que é atribuída ao legislador e não ao tribunal? Isto é, por que, em condições de insegurança, cabe ao legislador e não ao tribunal definir as premissas empíricas e normativas? Afirmar que a função dos princípios formais é “esclarecer as questões de competência” não é, de modo algum, algo diverso de afirmar que eles fundamentam discricionariedades epistêmicas. Se os princípios formais esclarecem a quem caberá o exercício da discricionariedade (ou seja, a quem cabe decidir em hipóteses de insegurança) eles são efetivamente o fundamento para a discricionariedade epistêmica do legislador. Isso se deve ao fato de que é precisamente essa a questão problemática e relevante aqui, ou seja, a quem cabe decidir em condições de incerteza. O fato de haver algo como uma discricionariedade epistêmica é menos importante. Certamente em condições de insegurança haverá discricionariedade, na medida em que caberá a alguém decidir que premissas deverão ser utilizadas e quais intensidades serão consideradas. O que importa é saber a quem será atribuída essa discricionariedade e, para isso, os princípios formais são fundamentais. Como ressalta Wang, “qualquer um que deve efetuar um sopesamento sob condições de incerteza pode considerar suas próprias premissas empíricas ou normativas” e efetuar o sopesamento “sem abrir mão de seu julgamento em favor de uma autoridade”.⁴⁸⁵ Como estrutura formal, o sopesamento “não nos diz quem tem a competência para tomada de decisão em questões de incerteza epistêmica, nem nos diz ao julgamento de quem nós devemos deferir em face de incerteza epistêmica”.⁴⁸⁶ É por isso que podemos afirmar que os princípios formais constituem razões para concessão de discricionariedades, que, neste caso, terão o alcance determinado pela segunda lei da ponderação.

⁴⁸⁴ Isso é diferente de afirmar, por exemplo, como o faz Wang, que “a incerteza epistêmica é conceitual ou ontologicamente prévia aos princípios formais”. Isso é verdadeiro, mas não quer dizer que a discricionariedade legislativa seja anterior aos princípios formais. Sobre a afirmação de Wang, Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 24.

⁴⁸⁵ Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 10. Sieckmann também ressalta esse aspecto ao pontuar que a insegurança não é suficiente para criar uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador, pois o fato de o julgador não estar seguro em suas determinações empíricas ou normativas não lhe impede de formar seu juízo. Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 324.

⁴⁸⁶ Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 10.

Acredito que essa proposta tem como objetivo funcionar como ponto de partida para a construção do modelo dos autores a respeito do funcionamento dos princípios formais, o chamado modelo de dois níveis, que separa o nível material do nível de controle. Tratarei desta questão adiante.

4.5.2 O conceito de princípio formal

O conceito de princípio formal ou procedimental, mesmo dentre os autores que reconhecem a existência e relevância da categoria, assume uma série de facetas. Isso torna mais difícil uma conceituação precisa. Apesar dessa dificuldade, dada a sua importância para o objeto desta dissertação, tentarei esclarecer os aspectos essenciais do conceito neste ponto.⁴⁸⁷

Como os princípios materiais ou substantivos, princípios formais são normas que possuem uma dimensão de peso e um objeto de otimização nos termos da teoria dos princípios. No nível do objeto da otimização é que se encontra a diferença entre as espécies.⁴⁸⁸ Consoma-se dizer que a ideia de “formal” decorre do fato de serem eles de natureza puramente procedimental, pois não determinam conteúdo, mas tão somente dizem quem deve fazê-lo.⁴⁸⁹ Eles não possuem um conteúdo substancial.⁴⁹⁰ Por isso, diferentemente dos princípios materiais, que tem como objeto de otimização determinados conteúdos, como, por exemplo, vida, liberdade de expressão e proteção do ambiente, os objetos de otimização dos princípios formais são decisões jurídicas, independentemente do seu conteúdo.⁴⁹¹ O que se busca otimizar, portanto, são decisões tomadas pelos órgãos

⁴⁸⁷ Essa dificuldade é reconhecida pelo próprio Alexy (Cf. Robert Alexy, “Formal Principles”, p. 512). Não por outro motivo a conclusão de Borowski no sentido de que os princípios formais permanecem “como uma peça estranha e enigmática” e “constituem a última grande mancha branca no mapa da teoria dos princípios” (Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, p. 60) e a afirmação de Virgílio Afonso da Silva de que eles configuram uma “ideia embrionária” (Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Direitos Fundamentais e liberdade legislativa”, p. 921).

⁴⁸⁸ Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, p. 129.

⁴⁸⁹ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 615. No mesmo sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Direitos Fundamentais e liberdade legislativa”, p. 922. Diferentemente de Alexy, que sustenta que esses princípios não “determinam nenhum conteúdo”, Borowski sustenta que os princípios formais não possuem “nenhum conteúdo fixo”. Eles seriam uma moldura dentro da qual a autoridade pode determinar os objetivos que serão otimizados. Para a visão de Alexy, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 615. Sobre a posição de Borowski, Cf. Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles”, in *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Steiner, 2010, p. 29, nota 61.

⁴⁹⁰ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 136, Matthias Klatt e Johannes Schmidt, *Espaços no Direito Público*, p. 91 e, dos mesmos autores, “Epistemic discretion in constitutional Law”, p. 96. Isso não é aceito por Borowski, que entende que o conteúdo substancial desses princípios seria o conteúdo da decisão tomada pela autoridade – no que mais interessa aqui, o legislador.

⁴⁹¹ Cf. Robert Alexy, “Formal Principles”, p. 518.

estatais ou outros atores no âmbito jurídico, que deverão de ser, na maior medida possível, vinculantes.⁴⁹² No que mais interessa para esta discussão, o seu objeto de otimização “consiste no respeito às decisões ponderativas tomadas previamente, especialmente as decisões provenientes de uma colisão entre princípios materiais”.⁴⁹³ Daí porque se afirma que eles fornecem razões para aplicação de uma norma ou decisão – ou, o que não é em

⁴⁹² Nesse sentido, Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 264. Daí porque Portocarrero Quispe caracteriza os princípios formais como “mandamentos de otimização que exigem que as decisões autoritativas, independente da correção do seu conteúdo, sejam realizadas na maior medida possível em função das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto”. Segundo o autor, se partirmos da premissa de que os princípios formais exigem o cumprimento *prima facie* das decisões provenientes de um processo autoritativo de tomada de decisão, chegaremos à conclusão de que todo órgão de tomada de decisão dotado de autoridade pode aspirar que suas decisões possuam uma validade *prima facie*. Em razão disso, não apenas as decisões emitidas pelo legislador se encontrariam dotadas do mandamento de otimização dos princípios formais. Também outros órgãos de tomada de decisão como os próprios tribunais constitucionais, os tribunais ordinários e também o Poder Executivo contrariam com tal mandamento de otimização em favor de suas decisões. Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, pp. 169-170 e 254. Isso, ao que parece, não quer dizer que, no âmbito da tensão entre controle de constitucionalidade e legislação, haja, como sustentam outros autores, algo como “um princípio formal da competência de controle do tribunal”, porque, segundo o que sustentou Portocarrero Quispe em outro trabalho, neste caso o princípio formal “estará do lado do órgão que tenha tomado a decisão, isto é, do lado do legislativo, e não do órgão jurisdicional, já que este, no momento de controlar a decisão do legislador, ainda não tomou decisão alguma”. Cf. Jorge Portocarrero Quispe, “El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad”, p. 89.

⁴⁹³ Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, p. 136. É importante ressaltar que isso se refere apenas à posição de Borowski quanto aos princípios formais por ele denominados acessórios ou dependentes. Para o autor, princípios formais conferem o poder para criar um objetivo a ser otimizado, o qual representa o seu conteúdo substantivo quando ele é em seguida sopesado com princípios colidentes. Enquanto os princípios materiais possuem um conteúdo de otimização determinado, independentemente da decisão de outros órgãos ou pessoas, os princípios formais caracterizam-se pelo fato de seu conteúdo de otimização ser determinado por um órgão ou uma pessoa com competência para tanto. A diferença, portanto, seria de que o conteúdo da otimização de um princípio formal não está determinado previamente, mas depende do exercício de uma competência, faculdade ou poder jurídico de um órgão ou pessoa. Eles seriam, nos termos de Portocarrero Quispe, “princípios dinâmicos”. Há, na visão de Borowski, dois tipos de princípios formais: os princípios formais não acessórios ou independentes e os princípios formais acessórios ou dependentes. Os primeiros, dos quais a liberdade de religião e consciência e a discricionariedade do legislador para o estabelecimento de fins seriam exemplos, são aqueles em que, após o exercício de uma competência, que determina o seu conteúdo de otimização, assumem basicamente a estrutura de um princípio material. Os últimos, como, por exemplo, a competência do legislador democraticamente legitimado, são aqueles que “exigem que se respeite *prima facie* uma decisão autoritativa referente a uma ponderação”. A esse respeito, Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, pp. 131 e ss. e, do mesmo autor, “The Structure of Formal Principles”, pp. 31 e ss. e Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, pp. 190 e ss. Criticamente, Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 266 e, do mesmo autor, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 334, nota 38. O conceito de princípio formal sustentado por Borowski é claramente uma tentativa de superar essa crítica baseada na suposta ausência de conteúdo – e, com isso, peso – dos princípios formais. Os princípios formais ingressariam no sopesamento com os princípios materiais com o conteúdo determinado pelo legislador a partir de sua decisão. Isso permitiria que houvesse um sopesamento entre os dois conteúdos, e não entre conteúdo e forma. Entretanto, lembram Klatt, Meister e Schmidt, isso equivale a um sopesamento entre o princípio material constitucional e a decisão tomada pelo legislador, algo contrário ao direito constitucional. A decisão legislativa, embora hierarquicamente inferior às normas constitucionais, faria parte do sopesamento “disfarçada” de princípio formal. Ela seria parte do sopesamento como se decisão e direitos fundamentais estivessem no mesmo grau hierárquico no sistema jurídico, o que evidentemente não é correto. Essa proposta amplia demasiadamente os limites da discricionariedade epistêmica do legislador e confunde e mistura direito constitucional e direito ordinário. Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 139 e Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 97 e, dos mesmos autores, *Espaços no Direito Público*, p. 26.

nada diverso, fundamentam o seu caráter vinculante – independentemente da correção do conteúdo.⁴⁹⁴ Quanto a isso, ressalta Virgílio Afonso da Silva:

“Princípios formais são princípios que não são normas de conduta, mas *normas de validade*. A característica fundamental desses princípios é, por isso, o fato de que eles fornecem razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última.”⁴⁹⁵

De modo mais estrito, eles podem ser caracterizados como princípios que tornam, em procedimentos subsequentes, obrigatório o resultado de um procedimento prévio de produção ou reconhecimento de normas.⁴⁹⁶ Eles são, nesse sentido, razões interprocedimentais. Ou seja, atribui-se peso a algumas decisões “não por causa do seu conteúdo substantivo, mas porque elas representam um certo procedimento utilizado por uma autoridade jurídica”.⁴⁹⁷ Trata-se de um compromisso *prima facie* com o resultado – isto é, uma decisão – de um procedimento produzido por pessoas ou instituições outras que não aquelas que, no final, estão comprometidas com os resultados.⁴⁹⁸ Com isso, eles emergem como uma forma de explicar as estruturas autoritativas no âmbito de um sistema jurídico, que constituem decorrências de suas exigências.⁴⁹⁹ Por isso é possível dizer

⁴⁹⁴ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 278 e, do mesmo autor, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 334. No mesmo sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Direitos Fundamentais e liberdade legislativa”, p. 922 e Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 254.

⁴⁹⁵ Nesse sentido, Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 148.

⁴⁹⁶ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 265 e, do mesmo autor, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 334. No mesmo sentido, Cf. Jan-R Sieckmann, *The Logic of Autonomy. Law and Practical Reason*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2012, pp. 167-8.

⁴⁹⁷ Cf. Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles”, p. 499.

⁴⁹⁸ Cf. Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles”, p. 27. No mesmo sentido, Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 170. “Procedimento”, neste caso, não deve ser entendido em sentido estrito. Ele pode se referir a um processo jurídico de legislação ou simplesmente à decisão de uma pessoa ou instituição considerada como uma autoridade.

⁴⁹⁹ Cf. Jan-R. Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, pp. 167-8 e Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles”, p. 26. No mesmo sentido, afirma Klatt: “Princípios formais descrevem a dimensão autoritativa de certas decisões no âmbito do sistema jurídico.” Cf. Matthias Klatt, “Balancing competences: How cosmopolitan institutionalism can manage jurisdictional conflicts”, *Global Constitutionalism* 4 (2015), p. 211. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt, “Positive Rights”, p. 364. Embora seja possível – como tenho tentado fazer nesta dissertação – explicar a vinculação a decisões autoritativas por meio do recurso aos princípios formais, é discutível se, conforme sustenta Sieckmann, “a fim de construir autoridade jurídica, um sistema jurídico deve incluir não apenas princípios substantivos ou materiais, mas também princípios formais que estabelecem tal autoridade” (Cf. Jan-R. Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, p. 167), ou seja, que sistemas jurídicos necessariamente contêm princípios formais. Não há dúvida de que o direito necessariamente possui uma dimensão autoritativa e me parece correto empregar os princípios formais para descrevê-la. Mas constitui um passo demasiado longo afirmar que eles são o único meio para reconstrução dessa dimensão. Não seria possível, por exemplo, efetuar essa reconstrução mediante o emprego de regras? Portanto, a tese sustentada aqui deve ser lida no sentido de que a dimensão autoritativa do direito *pode* ser

também que eles funcionam como razões institucionais que exigem a observância de decisões autoritativas.⁵⁰⁰

Estamos aqui, portanto, diante de princípios relativos a competências.⁵⁰¹ Eles exigem o reconhecimento da competência de certos órgãos para estabelecer – sob certas condições – normas ou determinações normativas. Neste caso, especificamente a competência para sopesar, o que, em alguns casos, implica “estabelecer normas definitivas com base na ponderação de princípios”⁵⁰², mas em todos significa efetuar um julgamento normativo que é, pelo menos *prima facie*, vinculante para outros. Essa competência, por sua vez, enquanto objeto de otimização do princípio, deve ser realizada na maior medida possível. Muitos são os exemplos de princípios formais fornecidos pelos autores que se debruçam sobre o tema, como a vinculação aos precedentes⁵⁰³, a segurança jurídica⁵⁰⁴ ou mesmo a autonomia.⁵⁰⁵ Aqui, entretanto, interessa apenas um deles, o princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado.

O peso das decisões do legislador “não decorre do *conteúdo* da lei por ele elaborada, pois as decisões do legislador não são válidas e devem ser seguidas porque são materialmente boas, mas ‘porque se baseiam no princípio formal de sua competência democrática e da separação dos poderes’”.⁵⁰⁶ A sua exigência é que, na maior medida possível, caiba ao legislador decidir questões relevantes para a comunidade.⁵⁰⁷ Essa competência, portanto, pode ser realizada em diferentes medidas, dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso. Com essa exigência, esse princípio faz

reconstruída com o auxílio de princípios formais e não que *deve* ser assim. No sentido dessas considerações, Cf. Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles”, p. 25, nota 36.

⁵⁰⁰ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 237.

⁵⁰¹ Cf., dentre muitos, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 331. Daí a afirmação de Sieckmann de que a introdução dos princípios formais transfere o foco da interpretação para a competência para tomada de decisões vinculantes. Cf. Jan-R. Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, p. 194.

⁵⁰² Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 316. É importância notar, como lembra Sieckmann, que essas determinações podem se referir não apenas a uma norma completa, mas também aos fatores do sopesamento, como o peso abstrato de um princípio ou a intensidade da intervenção sobre ele. Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 333, nota 33. A diferenciação entre o primeiro e o segundo tipo de determinação normativa corresponde justamente à distinção entre discricionariedade global e discricionariedades parciais, mencionadas no início deste capítulo e no anterior.

⁵⁰³ Cf., dentre outros, Virgílio Afonso da Silva, “Direitos Fundamentais e liberdade legislativa”, p. 922 e Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 237.

⁵⁰⁴ Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 517 e, do mesmo autor, “The Dual Nature of Law”, p. 177, Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 334 e Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 237.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, Cf., por exemplo, Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, pp. 152-3. Essa também parece ser a conclusão de Sieckmann quando trata da autonomia do povo, Cf. Jan-R. Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, p. 168.

⁵⁰⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, p. 513.

⁵⁰⁷ Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 516. No mesmo sentido, Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 138.

referência não apenas à autoridade das decisões tomadas no âmbito das competências do Parlamento. Ele também exige que esse âmbito seja tão amplo quanto possível.⁵⁰⁸ Isso quer dizer que a sua otimização possui dois aspectos: "ele exige não apenas que decisões do legislador democraticamente legitimado sejam observadas na maior medida possível, mas também que 'o legislador democraticamente legitimado deve tomar tantas decisões para a sociedade quanto possível'".⁵⁰⁹ O que é necessário que seja otimizado "não é apenas a deferência à, mas também o âmbito da autoridade jurídica".⁵¹⁰ É necessário otimizar, portanto, tanto a competência para a tomada de decisão quanto a autoridade ou o caráter vinculante das decisões decorrentes do exercício dessa competência. Em consonância com a solução intermediária materializada na segunda lei da ponderação, confere-se à decisão legislativa uma autoridade relativa, exigindo "a atribuição de peso relativo às decisões do Parlamento decorrentes de sopesamentos".⁵¹¹ Isso importa em uma exigência de "reflexão intersubjetiva do ponderador", isto é, de inclusão, por parte daquele que efetua o sopesamento – neste caso, o tribunal –, "em suas reflexões, decisões baseadas em sopesamentos que tenham sido realizadas por outras pessoas".⁵¹² Dessa forma é possível atribuir à decisão do legislador em si – ou seja, pelo simples fato de tratar-se de uma decisão do legislador – um peso a ser de algum modo considerado no sopesamento.

As considerações acima a respeito do princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado inevitavelmente nos levam à questão a respeito de

⁵⁰⁸ Cf. Robert Alexy, "Formal principles", p. 516.

⁵⁰⁹ Cf. Peng-Hsiang Wang, "Formal Principles as Second-Order Reasons", p. 3.

⁵¹⁰ Cf. Peng-Hsiang Wang, "Formal Principles as Second-Order Reasons", p. 3. Um órgão com competência para criar normas, diz Borowski, pode ter maior ou menor autoridade jurídica, no sentido de que as regras estatuídas por ele demonstrem ter maior ou menor resistência diante das possíveis modificações provenientes de decisões de controle emitidas por outros órgãos competentes. Cf. Martin Borowski, "Principios formales y formula del peso", p. 88. No mesmo sentido, Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, pp 169 e ss. Como ressalta Klatt, "a autoridade jurídica admite graus". Cf. Matthias Klatt, "Balancing competences", p. 212. No mesmo sentido parece ser a conclusão de Rivers, Cf. Julian Rivers, "Constitutional Rights and Statutory Limitations", in Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 254-5.

⁵¹¹ Cf. Martin Borowski, "The Structure of Formal Principles", p. 34. No mesmo sentido, Cf. Martin Borowski, "Principios formales y formula del peso", pp. 72 e ss. As decisões legislativas possuem autoridade absoluta, por exemplo, em sistemas em que nenhum tribunal tem o poder de controlar as decisões do Parlamento. No outro extremo estariam os sistemas em que os tribunais, ao controlar as decisões do legislador, pudessem fazê-lo sem qualquer consideração sobre a decisão parlamentar enquanto tal, que, portanto, não teria nenhum peso por si própria. Neste caso, ela não teria também qualquer autoridade. O caminho traçado pelas discricionariades e, para o que mais interessa aqui, pela discricionariade epistêmica, é o da autoridade relativa, algo que fica muito claro a partir da segunda lei da ponderação.

⁵¹² Cf. Jan-R Sieckmann, "La ponderación de los derechos fundamentales como aplicación del derecho: el problema de la restricción de la tributación", in Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro e Luis Felipe Vergara Peña (eds.), *La ponderación en el Derecho – evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2014, p. 75. Isso, segundo Sieckmann, implica inclusive um ganho em termos de objetividade social ou intersubjetividade.

esse princípio é capaz de justificar o respeito a qualquer decisão do legislador, independentemente da compatibilidade de suas razões com a Constituição. Não é difícil perceber que isso não é possível, já que, do contrário, estaríamos a conferir uma competência para tomada de decisões inconstitucionais. Isso não seria compatível com a vinculação do legislador à Constituição e minaria a proteção dos direitos fundamentais. Corresponderia a uma inversão da lógica do direito constitucional comprometido com a garantia dos direitos fundamentais consagrada na célebre frase de Krüger, pois faria com que esses direitos passassem novamente a valer apenas no âmbito das leis e não mais que as leis valessem apenas no âmbito dos direitos fundamentais.⁵¹³ Além disso, na medida em que esse princípio formal possui natureza constitucional, tratar-se-ia de uma espécie de autorização constitucional para violação da Constituição, o que configuraria um enorme contrassenso. Ao mesmo tempo, esses princípios são, com exceção dos casos de decisões inseridas no âmbito da discricionariedade estrutural do legislador para sopesar, supérfluos para as hipóteses de decisões compatíveis com a Constituição, já que tais decisões, por razões materiais, já não poderiam ser declaradas inconstitucionais. Assim, como anota Sieckmann, os princípios formais possuem uma natureza problemática. Por um lado, não podem funcionar como fundamento para decisões inconstitucionais e, por outro, são irrelevantes nas hipóteses de decisões que estejam de acordo com a Constituição.⁵¹⁴

Isso nos remete à questão a respeito do campo de aplicação para os princípios formais. Parece-me que a resposta para isso é que seu campo de aplicação engloba tanto as situações em não valoradas de maneira definitiva pela Constituição (e, portanto, de discricionariedade estrutural do legislador para sopesar) quanto as hipóteses de insegurança empírica e normativa. Mas não é só isso. A sua aplicabilidade e, bem assim, o grau de relevância para a questão, depende também da intensidade da intervenção sobre o princípio restringido pela medida estatal. Com isso, surge o problema a respeito de como exatamente esses princípios se relacionam com os princípios materiais quando do sopesamento. Dentre os signatários da teoria dos princípios, há pelo menos quatro formas de explicar esse relacionamento e, com isso, incluir a autoridade das decisões do legislador no sopesamento. Essas formas podem ser divididas em dois grandes grupos. De um lado, os

⁵¹³ Como lembra Bachof, ao tratar da mudança efetuada na Alemanha pela Lei Fundamental de Bonn em relação à de Weimar, Herbert Krüger ressaltara que “antes 'os direitos fundamentais valiam apenas no âmbito da lei', hoje 'as leis valem apenas no âmbito dos direitos fundamentais'”. Cf. Otto Bachof, *Jueces y constitución*, trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Civitas, 1987, p. 41.

⁵¹⁴ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 267-8. No mesmo sentido, Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 336.

modelos de um único nível, cujo mais importante é sem dúvida o modelo da conexão ou combinação. De outro, os modelos multinível, dos quais fazem parte: (i) o modelo das interpretações constitucionais concorrentes, (ii) o modelo de dois níveis e (iii) o modelo epistêmico. Nos próximos pontos, analisarei, em linhas gerais, as propostas de cada um deles.⁵¹⁵

4.5.2.1 O modelo de combinação

O primeiro modelo de reconstrução da relação entre princípio materiais e princípios formais é aquele proposto originalmente por Alexy e parcialmente seguido Martin Borowski⁵¹⁶, o chamado modelo substantivo formal misto ou modelo de combinação.⁵¹⁷ De acordo com este modelo, a consideração do princípio formal tem o feito de adicionar peso a um dos dois princípios materiais colidentes. Ele funciona como um “intensificador” (“*intensifier*”), isto é, uma consideração que aumenta o peso de um princípio material.⁵¹⁸ A

⁵¹⁵ Para uma discussão a respeito de alguns desses modelos, ainda que no âmbito específico da questão relativa à autoridade das regras, Cf. Rafael Bellem de Lima, *Regras na teoria dos princípios*, pp. 135 e ss. Não obstante os autores costumem justificar o modelo assumido quanto à relação entre competência do legislador e controle de constitucionalidade com considerações de caráter geral que seriam inerentes aos princípios formais, essa postura é digna de crítica. A razão de ser para isso é o fato de que muitos desses autores assumem que, em outros contextos, princípios formais podem, isoladamente, colidir de modo direto e, com isso, restringir princípios materiais, como seria o caso do problema do conflito entre segurança jurídica e injustiça, com especiais considerações a respeito da fórmula de Radbruch, reconstruído como um conflito entre um princípio formal (segurança jurídica) e um princípio material (justiça). A pergunta que fica é: Por que em alguns casos princípios formais podem isoladamente colidir com princípios materiais e com isso restringi-los e em outros não? Para posições no sentido criticado, Cf., por exemplo, Cf. Robert Alexy, “The Dual Nature of Law”, pp. 174 e ss. e, do mesmo autor, “Formal principles”, pp. 516 e ss. e Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, pp. 228 e ss.

⁵¹⁶ Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, pp. 140 e ss. e, do mesmo autor, “La Sujeción a Determinaciones del Legislador en la Ponderación de Derechos Fundamentales”, pp. 129 e ss.

⁵¹⁷ A despeito de haver quem entenda que Virgílio Afonso da Silva também adota esse modelo (Cf., por exemplo, Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 272), isso parece ser afastado pelo próprio autor, que afirma que, não obstante nesses casos o princípio formal da competência do legislador tenha importância, um sopesamento entre ele e os princípios materiais nem sempre é necessário. Como mencionei acima, Virgílio Afonso da Silva entende que a cada tipo de discricionariedade legislativa corresponde um diferente princípio formal, que atua como fundamento para as decisões legislativas em casos de paridade. A confusão de quem o associa ao modelo de combinação, a meu ver, decorre de sua posição no sentido de que, embora não haja um sopesamento direto entre princípios materiais e o princípio formal, em caso de insegurança, uma decisão menos vantajosa para um direito fundamental só pode ser aceita porque “um princípio formal lhe confere um peso adicional”. Se por “peso adicional” o autor quer dizer que o princípio formal aumenta o peso do princípio material, no essencial sua posição equivale ao modelo de combinação. Se, no entanto, esse “peso adicional” não se confunde com um aumento de um dos pesos materiais – o que me parece mais coerente com suas considerações –, então é certo que ele não pode ser incluído entre os defensores daquele modelo. Sobre a posição do autor, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, pp. 249 e ss. A respeito, Cf. também Virgílio Afonso da Silva, “Direitos Fundamentais e liberdade legislativa”, pp. 921 e ss.

⁵¹⁸ Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 11.

qual dos princípios substantivos o peso é adicionado é algo que depende simplesmente da decisão do legislador.

Com isso, o modelo parece sugerir que, como princípio formal exige *prima facie* a competência decisória do legislador também em casos de insegurança e os princípios materiais exigem *prima facie* que o legislador decida – pelo menos quando o fizer a fim de restringir esse princípio – apenas com base em premissas seguras, esses princípios efetivamente *colidem*. Dessa forma, o princípio formal ingressaria no sopesamento original e conferiria mais peso ao princípio promovido pelo legislador, proporcionando autoridade à sua decisão. Como ressalta Borowski:

“Uma decisão original é tomada por meio do sopesamento de dois ou mais princípios substantivos. Se há boas razões para atribuir autoridade jurídica a essa decisão original, essa autoridade jurídica é representada por um princípio formal no sopesamento que é levado a cabo pelo tribunal que tem o poder de efetuar a revisão daquela decisão. O princípio formal é adicionado do lado que teve preferência na decisão original, e adiciona peso ao princípio substantivo no seu lado do sopesamento.”⁵¹⁹

Reconstruir a questão como uma colisão entre os princípios, entretanto, faz com que nos deparemos diante do problema de que, eventualmente, poderíamos verificar situações em que o princípio formal da competência do legislador afastasse por completo direitos fundamentais, ou seja, que, independentemente da força das razões substantivas, esse princípio formal superasse direitos fundamentais. Isso seria o mesmo que conferir ao Parlamento uma autorização para violar direitos fundamentais, porque faria com que esse princípio fosse capaz de transformar decisões desproporcionais em decisões proporcionais. Ciente dessa objeção, Alexy sustenta que esse argumento “ignora que o princípio formal da competência decisória do legislador, considerado em si mesmo, não é suficiente para superar um princípio material de direito fundamental”.⁵²⁰ Esses princípios “só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais”. Esse postulado, denominado “lei de conexão” ou “lei de combinação”, diz

⁵¹⁹ Cf. Martin Borowski, "Robert Alexy's Reconstruction of Formal Principles", in Júlio Aguiar de Oliveira, Stanley L. Paulson e Alexandre T. G. Trivisonno (orgs.), *Alexy's Theory of Law*. Stuttgart: Steiner, 2015, p. 104.

⁵²⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 625.

Alexy, esclarece "como é fácil levar os princípios formais *ad absurdum* quando eles são contrapostos de forma isolada aos princípios materiais".⁵²¹ Dessa forma:

“Se um princípio substantivo P₁ não é capaz de justificar uma interferência sobre o princípio substantivo P₂, então a adição do princípio formal P₃, digamos, o princípio o princípio da competência do legislador democraticamente legitimado para tomada de decisões, não pode servir para justificar a interferência.”⁵²²

Dessa forma, os princípios formais não exercem um papel independente, porque eles podem fazer a balança pender apenas com a colaboração de um princípio material.⁵²³ Conforme lembra Borowski, “o princípio formal que exige *prima facie* que a decisão de sopesamento do legislador parlamentar seja respeitada se refere, por sua natureza, a um conflito entre dois ou mais princípios”; se não houvesse uma colisão entre pelo menos dois princípios materiais, então não haveria uma decisão tomada por meio de sopesamento.⁵²⁴ É por isso que “esse princípio formal pode apenas adicionar peso a um lado do conflito entre princípios”, mas “não pode se apresentar independentemente de um lado do conflito”.⁵²⁵

Por força do efeito de intensificação do princípio formal, o princípio material subjacente à decisão, que estabelece o objetivo que o legislador pretende alcançar por meio dela, irá adquirir um maior peso do que ela teria se não tivesse o apoio do princípio formal. Por isso, se torna mais difícil superar a decisão de sopesamento do legislador – isto é, superar os princípios material e formal que contam a favor dessa decisão – pelos princípios materiais conflitantes. Isso quer dizer que “a dimensão autoritativa das decisões do legislador é reforçada pelo princípio formal”.⁵²⁶ Além disso, implica, pelo menos, uma relativização leitura de que há uma colisão entre o princípio formal da competência

⁵²¹ Idem, *ibidem*.

⁵²² Cf. Robert Alexy, “Comments and Responses”, p. 331.

⁵²³ Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 4.

⁵²⁴ Cf. Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles”, p. 35. De acordo com Borowski, como um princípio como este necessariamente se refere ao sopesamento de outros princípios, seria possível caracterizá-lo como um princípio de segunda ordem (em contraposição aos princípios de primeira ordem, dentre os quais estariam os princípios materiais e os princípios formais independentes). Isso não significa, para ele, “que se deve distinguir dois diferentes sopesamentos, primeiro o sopesamento de princípios de primeira ordem e, posteriormente, o sopesamento de princípios de segunda ordem”. Na medida em que esses princípios formais sejam colocados em conjunto com os princípios materiais em uma ponderação, eles configuram uma conexão entre o nível material e o nível formal. Essa conexão entre os planos formal e material desde o início do sopesamento é, para Borowski, uma vantagem desse modelo. Ademais, seria justamente por isso que a lei de conexão se aplicaria apenas a este tipo de princípio formal: o diferencial seria o conteúdo e a consequente referência a um sopesamento e não o fato de tratar-se de um princípio formal.

⁵²⁵ Cf. Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles”, p. 35.

⁵²⁶ Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 12.

decisória do legislador e o princípio material restringido pela medida estatal. Se o sopesamento entre princípios formais e princípios materiais pressupõe a conexão com um princípio material, então essa colisão, na melhor das hipóteses, se dá de modo *indireto*.⁵²⁷

Essa proposta, entretanto, não é infensa a críticas. Com esse modelo, afirma Sieckmann, de fato é possível reconstruir “a vinculação a normas estabelecidas autoritativamente”, decorrente “dos motivos materiais para a norma em questão em conjunto com os princípios formais que fundamentam a autoridade da instância que estabelece as normas”.⁵²⁸ No entanto, como se modifica efetivamente a situação jurídica material, ele não se ajustaria “quando se trata da construção de um limite para as competências de controle judicial”. Aos tribunais caberia determinar o peso das razões para a intervenção de acordo com a Constituição e seria justamente por isso que os princípios formais não poderiam “oferecer peso adicional às razões de afetação”. Do contrário, estaríamos a conferir a tais razões um peso maior do que aquele que lhes corresponde de acordo com a Constituição.⁵²⁹ Uma solução poderia ser “‘propriamente’ inconstitucional” – quando são ponderados apenas os princípios materiais – e, contudo, uma vez adotada pelo legislador, “resultar ‘definitivamente’ de acordo com a Constituição devido a autoridade especial de suas decisões”.⁵³⁰ Essa posição – ironiza Borowski – lembra o Barão de Münchhausen, que teria tentado escapar de um pântano em que afundava puxando-se para fora de lá pelos próprios cabelos.⁵³¹

Para os defensores do modelo, no entanto, esse argumento não levaria em conta a natureza epistêmica que o problema das competências de controle exhibe. Trata-se da

⁵²⁷ Nesse sentido parecem militar as considerações de Portocarrero Quispe, Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 175.

⁵²⁸ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 273. No mesmo sentido, Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 338-9. Um exemplo a que esse modelo seria aplicável seria a hipótese em que as razões para a interferência sobre direitos fundamentais não são de natureza constitucional e “mantém relevância constitucional unicamente por meio da decisão do legislador de perseguir o correspondente objetivo”. Seu peso depende da decisão do legislador, naturalmente no âmbito do constitucionalmente admissível. A intervenção sobre os direitos fundamenta-se em uma decisão autoritativa. Embora afirme que cumpre saber se essa determinação de adéqua à Constituição, segundo Sieckmann, essa não é uma questão de competência de controle. O que Sieckmann denomina fundamentação autoritativa de normas corresponde a um princípio formal independente ou não acessório para Borowski e à discricionariedade estrutural para escolha de fins de Alexy. Nesse sentido, Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, pp. 76-7, nota 19. De qualquer forma, em todos, é discutível até que ponto a ideia de ser possível ao legislador restringir direitos com base em finalidades que não são, estritamente, constitucionais, é compatível com o primado da Constituição.

⁵²⁹ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 274. No mesmo sentido, Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 339-340.

⁵³⁰ Cf. Martin Borowski, “La Sujeción a Determinaciones del Legislador en la Ponderación de Derechos Fundamentales”, pp. 133.

⁵³¹ Cf. Martin Borowski, “La Sujeción a Determinaciones del Legislador en la Ponderación de Derechos Fundamentales”, pp. 133.

questão sobre até que ponto o tribunal tem a faculdade de, em condições em que exista insegurança a respeito do conhecimento do que é definitivamente devido de acordo com a Constituição, sobrepor o resultado do seu sopesamento àquele do legislador. Além disso, o princípio formal da competência do legislador está ancorado na Constituição, na medida em que se baseia no princípio da democracia. Ainda que esse peso adicional material que, para Sieckmann, é impossível, na verdade não seja um peso material, mas sim formal, ele continua a ser um peso constitucional.⁵³² Em síntese, na medida em que concedamos à decisão legislativa “força autoritativa no momento de determinar o juridicamente devido, então essa força altera necessariamente o juridicamente devido ou, pelo menos, o seu conhecimento”.⁵³³

Há também quem sustente que o modelo seria problemático também pelo fato de exigir algo difícil ou mesmo impossível de ser realizado. Não haveria como sopesar o princípio formal com os princípios materiais porque um princípio de tal ordem “carece de qualquer peso independente”.⁵³⁴ Por isso, afirma Allan, “é difícil ver como um princípio meramente formal poderia ter peso em conflito com um princípio substantivo”.⁵³⁵ Para Alexy, contudo, essa crítica também não merece aceitação. O caráter formal do princípio da competência do legislador não implicaria a ausência de peso. Segundo o autor, ele adquire peso independente nas hipóteses em que há incerteza epistêmica, o que é expresso pela própria segunda lei da ponderação, que reflete precisamente o fato de aquele princípio possuir diferentes pesos em diferentes situações.⁵³⁶

4.5.2.2 O modelo das interpretações constitucionais concorrentes

O primeiro modelo multinível – ainda que este caráter, aqui, não fique tão evidente quanto nos demais – é o chamado modelo das interpretações constitucionais concorrentes, desenvolvido por Jan-R. Sieckmann e segundo o qual o problema dos limites das competências de controle inerente à tensão entre legislador e tribunal constitucional deve

⁵³² Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, pp. 76-7, nota 19. No mesmo sentido, na medida em que ressalta que é incorreto afirmar que não é possível extrair o princípio formal da competência do legislador da Constituição, Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 138.

⁵³³ Cf. Martin Borowski, “La Sujeción a Determinaciones del Legislador en la Ponderación de Derechos Fundamentales”, p. 133.

⁵³⁴ Cf. Trevor Allan, “Constitutional Rights and the Rule of Law” in Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 149.

⁵³⁵ Cf. Trevor Allan, “Constitutional Rights and the Rule of Law”, p. 136.

⁵³⁶ Cf. Robert Alexy, “Comments and Responses”, p. 331.

ser resolvido por meio de um sopesamento entre as interpretações levadas a cabo por aqueles dois órgãos.

Sieckmann sustenta que todo aquele que interpreta o direito constrói a sua concepção jurídica a respeito daquilo que é exigido, proibido ou facultado juridicamente e, quando efetua os julgamentos normativos inerentes a essa atividade, pretende que sua decisão seja a juridicamente correta. Como não apenas os tribunais, mas também os demais órgãos a quem o direito está endereçado, devem interpretá-lo⁵³⁷ – e, neste âmbito, efetuar sopesamentos –, estes devem pretender a correção jurídica e o caráter vinculante de sua interpretação.⁵³⁸ Eles pretendem que sua concepção constitucional seja vinculante.

Para o autor, “o legislador e as cortes ou tribunais se encontram em uma posição simétrica com relação à ponderação dos direitos fundamentais”, porque “ambos podem ponderar e procurar realizar os direitos fundamentais de maneira ótima, isto é, no grau mais alto possível com relação às possibilidades fáticas e jurídicas”.⁵³⁹ Caso as interpretações construídas por eles diverjam, surge a questão a respeito de qual delas há de ser decisiva. De fato, afirma Sieckmann, como o legislador “está sujeito aos princípios do Direito Constitucional”, a sua decisão, decorrente de um sopesamento de princípios, “possui também um caráter constitucional” sempre que puder “ser entendida como interpretação da Constituição”.⁵⁴⁰ Especificamente com relação ao controle de constitucionalidade, a consequência dessa posição é que a concepção do legislador a respeito da constitucionalidade de uma lei “pode ser relevante quando um tribunal deve

⁵³⁷ Sieckmann assume um sentido amplo da interpretação jurídica, que inclui não apenas a determinação do significado de previsões jurídicas, mas também a determinação do seu conteúdo e a aplicação do direito a casos particulares. Daí porque ela exige o sopesamento de argumentos normativos. Cf. Jan-R Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, p. 188.

⁵³⁸ Embora haja quem sustente que o legislador não está obrigado a efetuar uma interpretação constitucional, Sieckmann entende que essa concepção se baseia em um ideal de legislador que está superado desde o advento do Estado Constitucional: “Na medida em que haja vinculações constitucionais para o legislador, este deve cumpri-las. Na medida em que o conteúdo de tais vinculações não seja unívoco, o legislador está do – pelo menos implicitamente – a dar uma interpretação constitucional que possa legitimar suas medidas.” Cf. Jan-R Sieckmann, “La ponderación de los derechos fundamentales como aplicación del derecho”, p. 85.

⁵³⁹ Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 318. É importante notar que, na concepção de Sieckmann, a razão para a utilização dos princípios formais que exigem o respeito às decisões do legislador não reside na insegurança, “mas na legitimidade do legislador para tomar tais decisões sobre interpretação constitucional”. Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 270. Isso implica que seu modelo pretende uma aplicação geral, e não apenas às hipóteses de incerteza.

⁵⁴⁰ Cf. Jan-R Sieckmann, “La ponderación de los derechos fundamentales como aplicación del derecho”, p. 85.

fazer um julgamento a respeito de se essa lei é ou não constitucional”.⁵⁴¹ Em síntese, esclarece Sieckmann:

“Tanto os tribunais quanto o legislador elaboram (seja de maneira explícita, seja de maneira implícita), para justificar suas decisões, uma interpretação da Constituição. Enquanto os tribunais a tomam como fundamento de sua decisão, o legislador pretende que a lei que aprova seja adequada à Constituição, ou ao menos que haja uma interpretação correta da Constituição com a qual sua lei é compatível. Se os tribunais respeitam a decisão do legislador não é por falta de certeza em sua interpretação da Constituição, mas sim porque a interpretação do legislador é outra posição defensável. Os princípios formais dispõem – em um caso a favor das decisões dos tribunais, em outro, das do legislador – que se deve atribuir a estes órgãos a competência para efetuar tais interpretações, e que estas, em consequência, devem ser consideradas vinculantes.”⁵⁴²

Isso quer dizer que, diferentemente do que sustenta o modelo da combinação⁵⁴³, na verdade, os princípios formais “não apenas intervêm em favor do legislador, mas também fundamentam as competências para tomada de decisões do tribunal”, e, portanto, “se encontram em ambos os lados da ponderação”. Ou seja, no modelo das interpretações constitucionais concorrentes o conflito entre o tribunal constitucional e o legislador é formulado como uma colisão entre princípios formais.⁵⁴⁴ Neste contexto, é preciso

⁵⁴¹ Cf. Jan-R. Sieckmann, *The Logic of Autonomy*, p. 199. Sieckmann sustenta que não é procedente a objeção de que não haveria nada a estabelecer que os tribunais considerem a concepção jurídica do legislador em seus sopesamentos. Embora isso não decorra explicitamente dos padrões estabelecidos para as decisões judiciais, é possível fundamentar essa consideração a partir do princípio da democracia: “Se o legislador enquanto órgão legitimado democraticamente expressa uma determinada compreensão da Constituição, isso não é irrelevante do ponto de vista do direito constitucional.” Cf. Jan-R Sieckmann, “La ponderación de los derechos fundamentales como aplicación del derecho”, p. 83.

⁵⁴² Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 337.

⁵⁴³ Borowski resume bem a distinção entre os modelos: “o modelo de Sieckmann põe em primeiro plano a dimensão formal e leva em conta a dimensão material apenas de modo incidental, enquanto que o modelo da ponderação de princípios materiais e formais põe em primeiro plano a dimensão material e considera a dimensão formal apenas de maneira incidental”. Cf. Martin Borowski, “Principios formales y formula del peso”, pp. 75-6.

⁵⁴⁴ As considerações de Sieckmann quanto a isso são bastante confusas. Em alguns trabalhos o autor afirma expressamente que “não é correto afirmar que o modelo de interpretações constitucionais concorrentes constrói espaços de configuração como uma colisão de princípios meramente formais”, porque o tribunal “deve introduzir princípios materiais também no segundo nível, isto é, no nível da ponderação das concepções colidentes” (Cf. Jan-R Sieckmann, “La ponderación de los derechos fundamentales como aplicación del derecho”, p. 86, nota 58). Em outros, contudo, afirma exatamente o contrário: “A concepção das interpretações constitucionais concorrentes (...) constrói esse conflito como um conflito entre princípios formais” (Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 340). Nos últimos trabalhos a respeito, por fim, ressalta que o modelo de interpretações constitucionais concorrentes trata da fundamentação da atribuição das competências para a tomada de decisão, isto é, dos princípios formais, mas tem de específico o fato de que nele os princípios formais podem fundamentar a atribuição de competências apenas “para as decisões que se apresentem como interpretação jurídica e não só como simples decisão

diferenciar os dois planos.⁵⁴⁵ O primeiro plano se refere ao sopesamento entre os princípios materiais, relacionado à justificação constitucional da restrição, e a partir do qual são desenvolvidas as interpretações constitucionais concorrentes. O sopesamento entre princípios formais diz respeito ao problema de quem é competente para resolver a questão constitucional e, portanto, qual das interpretações constitucionais deve ser seguida. Uma vez que o objeto deste sopesamento está conformado por princípios formais sobre competências, ele pressupõe o resultado do sopesamento de primeiro nível. Isso é assim porque “os princípios discriminados nesse sopesamento devem basear-se em interpretações que apresentem sopesamentos dos correspondentes princípios materiais”.⁵⁴⁶

Isso é importante porque deixa claro que o modelo não pretende, estritamente, uma separação completa entre os níveis. Quanto a isso, entretanto, Borowski objeta que, embora a relevância dos princípios materiais para o sopesamento de segundo nível não deva necessariamente consistir em que “os princípios materiais sejam incluídos na ponderação junto com os princípios formais” e que de fato pode também “consistir em que os princípios materiais influenciem na valoração do peso dos princípios formais”, como sugere Sieckmann, isso suscita a questão de até que ponto seu modelo difere do modelo de combinação, pois, ao fim e ao cabo, “tratar-se-ia unicamente de qual é a formulação adequada do princípio ou dos princípios formais que são incluídos dentro da ponderação dos princípios materiais”.⁵⁴⁷

Consciente dessa dificuldade, Sieckmann procura estabelecer qual o papel da perspectiva material no sopesamento de segundo nível. Segundo ele, os princípios materiais são relevantes para o sopesamento dos princípios formais, mas não de maneira direta, e sim indireta, como fundamentação dos princípios formais ou como determinação dos fatores no sopesamento daqueles princípios. No primeiro caso, essa relevância “só pode decorrer do fato de que a partir deles são fundamentados princípios formais”, ou seja,

política” e conclui que “um sopesamento isolado dos princípios formais simplesmente não é possível” (Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 302). Uma leitura no sentido de que o modelo tem por base um sopesamento entre princípios formais é sustentada por Martin Borowski e Portocarrero Quispe. Cf. Martin Borowski, “Robert Alexy's Reconstruction of Formal Principles”, p. 105 e Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 186.

⁵⁴⁵ É importante notar que, nesse modelo, o conteúdo definitivo da proteção só é fixado após o sopesamento de segundo nível, que leva em consideração concepções distintas, ou seja, “a compreensão do tribunal no primeiro nível só produz uma garantia *prima facie* dos direitos fundamentais”. Isso afastaria a eventual crítica de que a tese não é compatível com a vinculação aos direitos fundamentais. Cf. Jan-R Sieckmann, “La ponderación de los derechos fundamentales como aplicación del derecho”, p. 87.

⁵⁴⁶ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 287.

⁵⁴⁷ Cf. Martin Borowski, “La Sujeción a Determinaciones del Legislador en la Ponderación de Derechos Fundamentales”, p. 131, nota 64.

eles “são relevantes no sopesamento apenas na medida em que cumpram uma função de fundamentação dos princípios formais”.⁵⁴⁸ No segundo, seria a hipótese de uma influência dos princípios materiais sobre o peso dos princípios formais, como é o caso do fator “intensidade da intervenção”, que, como se sabe, faz parte do sopesamento de primeiro nível, mas que configuraria um argumento relevante em favor da competência dos tribunais – o que, no entanto, diz Sieckmann, não quer dizer que o princípio material se aplica no metanível, “mas sim que o grau de interferência do princípio material constitui um elemento para estabelecer o peso do princípio formal”.⁵⁴⁹

Como qualquer sopesamento, aplicação de princípios formais exige critérios para a delimitação das competências dos tribunais e de outros órgãos, ou seja, critérios para determinação dos pesos dos princípios formais que subjazem as competências que sustentam as concepções jurídicas.⁵⁵⁰ Segundo Sieckmann, embora isso suscite muitas questões, além dos pesos abstratos, a princípio seria possível determinar três linhas de argumentos para estabelecer tais critérios: (i) a proteção dos direitos fundamentais, (ii) a legitimação procedimental que alcançam os processos políticos e judiciais e (iii) a garantia da correção ou objetividade da decisão. Quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, mais peso terá o princípio formal que sustenta a competência de controle dos tribunais: “Quanto mais importante for um direito fundamental, mais

⁵⁴⁸ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 280.

⁵⁴⁹ Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 341. No mesmo sentido, Cf. Jan-R. Sieckmann, “Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales”, p. 62.

⁵⁵⁰ O próprio Sieckmann admite que esses critérios são problemáticos. Quanto ao grau da intervenção, um possível questionamento diz respeito a qual deveria ser o ponto de referência, a extensão do princípio formal em sua totalidade ou a competência para a tomada de decisões considerada em concreto. A princípio, apenas a última poderia conduzir a resultados razoáveis. Se adotarmos como ponto de referência a competência pretendida em concreto, entretanto, então a interferência decorrente da declaração de inconstitucionalidade de uma lei seria sempre alta. Mas isso é discutível, pois, por um lado, assumiríamos um peso abstrato alto do princípio democrático, e um alto grau de interferência sobre um princípio tão importante dificultaria sua limitação, ou mesmo a tornaria praticamente impossível. Isso dificultaria a restrição à competência do legislador. Se, por outro lado, assumíssemos uma abordagem abstrata e tomássemos como referência a extensão das competências do legislador democraticamente legitimado, faríamos com que o grau da interferência da declaração de inconstitucionalidade de uma lei dependesse das competências atribuídas ao legislador. No entanto, a determinação das competências de controle do tribunal constitucional não pode depender apenas desses fatores. Além disso, reconhece Sieckmann, “a determinação do peso abstrato dos princípios formais também apresenta problemas”. O autor, por fim, assume mesmo que “o sopesamento das competências para a tomada de decisões só é possível recorrendo a princípios materiais”. Isso faria com que a competência do legislador tivesse peso não pelo fato de o legislador gozar de uma espécie de respeito, mas sim porque por meio dela ele põe em vigor, da melhor maneira, a vontade e os interesses da cidadania. Em última instância, a questão seria a efetivação da autonomia política do cidadão: “As competências para a tomada de decisões, atribuídas a diferentes órgãos em função do princípio democrático, serão então sopesadas para determinar em que medida contribuem para a realização desse princípio. Por isso, o sopesamento dos princípios formais depende de premissas sobre a maneira como deveria se realizar a autonomia política em um sistema democrático, e portanto, de uma teoria material do Estado Constitucional. Uma ponderação isolada dos princípios formais simplesmente não é possível.” Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, pp. 300 e ss.

importante é também o controle judicial de seu cumprimento.”⁵⁵¹ Além disso, o princípio formal em favor da competência do legislador será tão mais importante quanto mais importante for a sua legitimidade democrática em comparação com os tribunais constitucionais. Por fim, é relevante até que ponto os sopesamentos podem ser decididos objetivamente, já que, evidentemente, “se se pode provar que uma solução é objetivamente correta, não há razão para que os tribunais não deverem aplicá-la”.⁵⁵² O ponto aqui é que em muitos casos se discute qual é a solução correta e, nestes, devemos questionar “qual órgão está melhor habilitado para aproximar-se do ideal da solução correta.”⁵⁵³ Como se pode notar, os dois primeiros são relevantes para um dos lados do sopesamento – ou pelo menos tendem a sê-lo –, enquanto que o último teria relevância para ambos.

A reconstrução de Sieckmann também suscita dúvidas. A primeira é até que ponto não haveria uma contradição entre a sua concepção de princípios jurídicos, que os toma como mandamentos de validade reiterados, e a seu modelo de interpretações constitucionais concorrentes.⁵⁵⁴ Ou mesmo até que ponto esse conceito é compatível com a própria ideia de princípios formais. Como compatibilizar o ciclo de fundamentação sem fim inerente ao seu conceito de princípio com o caráter autoritativo dos princípios formais?

Além disso, mesmo se deixarmos de lado esse problema, o âmbito de aplicação do modelo parece ensejar contradições. Sieckmann pretende que o modelo não dependa da existência de insegurança epistêmica. No entanto, sustenta que é premissa da aplicação a impossibilidade de uma determinação objetiva do sentido da Constituição. A questão é que a abordagem epistêmica procura, pelo menos em grande parte, esclarecer justamente essa questão, isto é, os casos em que há uma diferença entre ôntico e o epistêmico e que, portanto, não sabemos o constitucionalmente devido de maneira definitiva.

Quanto ao peso das concepções jurídicas, poderíamos sustentar uma infinidade de outros critérios relevantes para sua atribuição de peso a uma concepção jurídica.⁵⁵⁵ Isso torna o modelo pouco factível. Conforme mencionei acima, essa é uma dificuldade em alguma medida reconhecida pelo próprio Sieckmann. Parece-me, enfim, que o seu modelo, na verdade, apenas inverte, de modo demasiadamente complexo, a lógica da reconstrução

⁵⁵¹ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, pp. 299-300.

⁵⁵² Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 343.

⁵⁵³ Idem, *ibidem*.

⁵⁵⁴ Nesse sentido, Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, pp. 188-9. Sobre o conceito de princípio de Sieckmann, Cf. Jan-R Sieckmann, “Las estructuras lógicas de los argumentos normativos”, pp. 84 e ss.

⁵⁵⁵ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 189.

do modelo da combinação, ao afirmar que os princípios materiais são relevantes para a definição da competência decisória e, portanto, para o sopesamento dos princípios formais.

4.5.2.3 O modelo de dois níveis de Klatt, Meister e Schmidt

O segundo multinível é o chamado “modelo de dois níveis”, defendido por Matthias Klatt, Moritz Meister e Johannes Schmidt. Conforme em alguma medida já mencionado, a premissa dos autores é que a função dos princípios formais estaria limitada à regulação das relações de entre discricionariedade e competências de controle e não ao estabelecimento propriamente dito da discricionariedade. Seria equivocado, por isso, fundamentar a discricionariedade epistêmica do legislador mediante uma ponderação entre princípios formais e princípios materiais.⁵⁵⁶

Eles sustentam, a partir disso, que o sopesamento entre princípios materiais, incluindo as incertezas epistêmicas, e princípios formais, competências e controle de constitucionalidade devem ser “estritamente separados”.⁵⁵⁷ A questão da competência deve ser excluída do sopesamento enquanto parte do teste da proporcionalidade, o qual exige apenas que a gravidade da intervenção em um direito fundamental não seja desproporcional à importância dos interesses que a justificam, ou seja, apenas a consideração dos princípios materiais. Isso decorreria do fato de que a constituição é vinculante para todas as autoridades públicas. Por força do *Rule of Law*, o legislador deve chegar a uma decisão constitucional muito antes do controle de constitucionalidade levado a cabo pelo tribunal constitucional entrar em cena.

Seria preciso, portanto, distribuir os princípios materiais e as questões de competência em dois níveis diferentes. O primeiro nível é o do sopesamento. Esse nível é exclusivamente determinado pelos princípios materiais colidentes, que são sopesados um com o outro. Nele os princípios formais não exercem qualquer função. Toda autoridade

⁵⁵⁶ Um dos argumentos dos autores para sustentar esse modelo é a ideia de que princípios materiais e princípios formais são incomensuráveis. Com isso, Klatt, especificamente, parece ter abandonado seu posicionamento anterior, em que considerava a discricionariedade epistêmica (ainda que se referindo especificamente à judicial) em si um princípio formal, que deveria ser sopesado com os princípios materiais a fim de se estabelecer (ou não) uma discricionariedade definitiva (Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights less Seriously”, pp. 519 e ss.). Contrariamente ao argumento da incomensurabilidade entre princípios materiais e princípios formais, Cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, “Direitos Fundamentais e liberdade legislativa”, pp. 928 e ss.

⁵⁵⁷ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 139. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, *Espaços no Direito Público*, p. 101 e, dos mesmos autores, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 97.

pública que aplica o direito tem não apenas prerrogativa, mas também o dever de pôr à prova a sua decisão com relação aos direitos fundamentais, independentemente de qualquer relação de controle. O nível do sopesamento inclui tanto a justificação interna, relativa à questão de se a decisão decorre das premissas, quanto a externa, referente à própria correção das premissas. Tanto a justificação dessas premissas quanto o seu sopesamento fica sob a responsabilidade da própria autoridade, independentemente de relações de controle. Neste nível, as incertezas epistêmicas são levadas em conta por meio das variáveis relativas à insegurança empírica e à insegurança normativa no sopesamento, nos termos da segunda lei da ponderação.

No segundo nível, o chamado “nível de controle”, como o próprio nome indica, é realizado o controle de constitucionalidade referente tanto à justificação interna quanto à justificação externa do sopesamento. É aqui que os princípios formais desempenham o seu papel. É neste metanível que eles exibiriam a sua exigência de validade *prima facie*.⁵⁵⁸ Controlar a justificação interna do sopesamento equivale a controlar se a autoridade sujeita à revisão o efetuou corretamente. Isso inclui a verificação de se todos os aspectos relevantes foram levados em conta e se o resultado decorre das premissas. Esse tipo de controle pode ser designado “controle procedimental”.⁵⁵⁹ Ele deixa a mais ampla discricionariedade para a autoridade controlada, já que ela é livre para determinar as premissas subjacentes quando sopesa os diferentes aspectos. A justificação interna equivale ao mínimo de revisão em qualquer relação de controle. Isso decorre do fato de que erros na justificação interna (na estrutura do sopesamento) são tão fundamentais que devem ser incluídos em qualquer tipo de relação de controle. Portanto, se o órgão revisor não possui a competência para controlar a justificação interna, não se pode falar propriamente numa relação de controle.

O controle de constitucionalidade da justificação externa é muito mais problemático. A questão da competência aqui leva à decisão final sob análise. A questão é se e em que medida a autoridade controladora pode anular a decisão da autoridade controlada. A principal diferença com relação à justificação interna reside no fato de que o sopesamento de princípios materiais não exerce qualquer função aqui. A classificação dos

⁵⁵⁸ Daí porque Portocarrero Quispe denomina esse modelo “tese da conexão”: o que se busca é que os princípios formais representem um elemento de conexão entre o resultado do sopesamento dos princípios materiais e a atribuição de competências. Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 200.

⁵⁵⁹ Cf. Matthias Klatt e Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, p. 143. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt e Johannes Schmidt, “Epistemic discretion in constitutional law”, p. 100.

valores e da segurança das premissas deve ser feito anteriormente ao sopesamento. É possível que à instância de controle seja dado substituir a classificação original da autoridade controlada, o que inclui também a revisão do sopesamento classificatório. Este tipo de controle, diferentemente do anterior, não exige um tudo ou nada. É possível efetuar gradações, por exemplo, com a hipótese de uma competência para substituir uma decisão estar relacionada a um certo grau de intensidade de intervenção. Essa substituição, entretanto, só pode ser efetuada se a classificação original não puder ser justificada pela autoridade sujeita à revisão.

Para os seus defensores, esse modelo tem pelo menos duas vantagens. A primeira seria que nele não é mais necessário levar a cabo um problemático sopesamento entre princípios formais e princípios materiais para entender a discricionariedade epistêmica. A segunda, que ele permitiria acomodar as várias relações de controle entre diferentes autoridades em diferentes jurisdições, eliminando o foco exclusivo na relação entre tribunal constitucional e legislador. Isso configuraria um passo para a universalização da teoria de Alexy, já que se asseguraria a aplicabilidade universal do nível do sopesamento (relacionado aos princípios materiais), o que é necessário a fim de refletir a vinculação de todas as autoridades públicas aos direitos fundamentais e ajustaria o modelo aos mais diversos conceitos de controle, que podem variar em grau e quanto à autoridade controlada. Com isso, ele seria capaz de rebater muitas das críticas ao uso da proporcionalidade para controlar o legislador, porquanto separa analiticamente de maneira destacada o nível do controle de constitucionalidade do nível do sopesamento. Todas as discussões controversas a respeito de controle de constitucionalidade se referem ao nível do sopesamento. Isso permitiria que o grau de controle – e, conseqüentemente, a amplitude da discricionariedade do órgão controlado – fosse definido individualmente sem comprometer o conceito de proporcionalidade.

Um primeiro problema que não é difícil de ser percebido no modelo é o caráter pouco profundo e obscuro como os autores explicam o papel específico dos princípios formais na discussão de segundo nível. Embora haja uma série de esclarecimentos sobre a que se propõe esse nível, a forma exata como os princípios formais funcionam é quase que deixada de lado. Um caminho para entender o modelo de maneira mais completa pode ser analisarmos os escritos mais recentes de Klatt a respeito do tema.⁵⁶⁰ Nesses trabalhos, o

⁵⁶⁰ Cf. Matthias Klatt, “Balancing competences”, pp. 195-226 e, do mesmo autor, “Positive Rights”, pp. 354-382. Essa ideia já consta de modo embrionário nos primeiros trabalhos de Klatt a respeito. Ao tratar da

autor tem sustentado que as competências de legislador e tribunal constitucional são garantias por princípios formais, que exigem “que a competência garantida seja otimizada”.⁵⁶¹ O seu objeto de otimização, portanto, seria “o poder autoritativo de estabelecer conteúdo material”. Dessa forma, por exemplo, como tanto a competência do legislador para decidir quanto a competência do tribunal para exercer o controle de constitucionalidade “devem ser realizados na maior medida possível”, um sopesamento faz-se imprescindível a fim de se estabelecer o grau definitivo de realização de ambos os princípios formais.⁵⁶²

Para tanto, seria aplicável a escala triádica e a primeira lei da ponderação, a partir das quais poderíamos construir a relação de precedência condicionada entre as competências. A justificação das intensidades dos valores atribuídos nos termos da referida escala e a partir da qual seria possível justificar os pesos das competências e a própria relação de precedência seria efetuada a partir de uma série de fatores, quais sejam: (i) legitimidade democrática de cada autoridade (quanto maior for a legitimidade democrática de uma autoridade, mais importante é sua competência), (ii) importância dos princípios materiais (quanto mais intensamente uma decisão interferir em um princípio material, menos importante é a competência da autoridade para decidir de modo autônomo e maior peso deve ser atribuído à competência de um tribunal para controlar a decisão), (iii) qualidade da decisão (quanto melhor a qualidade da decisão, mais peso deve ser atribuído à competência do tomador de decisão e mais séria será qualquer interferência sobre essa competência por meio do controle de constitucionalidade) e (iv) subsidiariedade (quanto mais uma determinada autoridade for protegida pelo princípio da subsidiariedade, mais peso deve ser atribuído à sua competência e mais séria será qualquer interferência nessa

discricionariedade judicial, o autor sustentara que nós podemos entender tanto a discricionariedade estrutural como a epistêmica como distintas competências dos juízes, o que permitira diferenciar uma competência estrutural de uma competência epistêmica. Cf. Matthias Klatt, “Taking Rights less Seriously”, p. 518.

⁵⁶¹ Cf., por exemplo, Matthias Klatt, “Balancing competences”, p. 212. Segundo Klatt, qualquer decisão material é não apenas uma decisão a respeito da matéria substantiva em questão, mas, ao mesmo tempo, é também uma decisão sobre a atribuição de competências para decidir. Isso quer dizer que a adjudicação de casos não diz apenas com o correto sopesamento entre princípios materiais, mas também com o estabelecimento do correto sopesamento entre princípios formais. Por isso, a pretensão de correção do direito, que surge de qualquer decisão judicial, abarca tanto a correção material, relacionada aos interesses substanciais, quanto a correção formal, que exige o sopesamento entre as competências em questão. Essa pretensão formal de correção poderia também ser descrita em termos *razianos* de pretensão de autoridade, que, por sua vez, vincula uma pretensão de justificabilidade, de modo que é necessário determinar que tipos de razões podem ser fornecidas pelos tribunais a fim de justificar a sua autoridade para controlar os outros órgãos do governo. Cf. Matthias Klatt, “Positive Rights”, p. 365.

⁵⁶² Cf. Matthias Klatt, “Balancing competences”, p. 212. No mesmo sentido, Cf. Matthias Klatt, “Positive Rights”, p. 364.

competência).⁵⁶³ Esses critérios, no entanto, não são *numerus clausus*, tanto que em outra oportunidade Klatt menciona também a segurança das premissas utilizadas na decisão⁵⁶⁴ e a específica função que a competência relevante opera em um sistema com uma divisão do trabalho entre cortes e tribunais.

É duvidoso se esse modelo de fato traz todas essas vantagens.⁵⁶⁵ A suposta contribuição inovadora decorrente da separação entre os níveis é, em si, contestável. Essa separação já estava presente, por exemplo, no modelo das interpretações constitucionais concorrentes, ainda que neste caso essa separação não seja estrita e se preveja uma forma de relacionar os dois níveis.⁵⁶⁶ Isso nos leva a uma primeira objeção, que diz respeito ao fato de que, embora se pretenda separar os níveis, o que implica necessariamente excluir aspectos materiais da determinação de competências, os autores sustentam que o peso das competências depende, dentre outras coisas, da intensidade da intervenção, que é uma consideração decorrente da perspectiva material.⁵⁶⁷ Não me parece acertado também o argumento de que considerações em torno da atribuição de competências devem ser completamente excluídas do sopesamento de princípios materiais. Elas podem e devem permanecer no nível material, neste caso, sob a condição de que exista insegurança epistêmica de natureza empírica ou normativa⁵⁶⁸ ou que o sopesamento não conduza a um um resultado (hipóteses de impasse).

4.5.2.4 O modelo epistêmico

Por fim, o último modelo multinível de relacionamento entre princípios materiais e princípios formais é aquele que tem sido defendido por Alexy nas últimas oportunidades em que se debruçou sobre o tema. Este modelo propõe a realização de um sopesamento de segunda ordem, em que se realiza a “otimização epistêmica” dos princípios materiais, a

⁵⁶³ Cf. Matthias Klatt, “Balancing competences”, pp. 213 e ss.

⁵⁶⁴ Cf. Matthias Klatt, “Positive Rights”, p. 372. Klatt estabelece pelo menos duas regras para situações de insegurança epistêmica. Segundo a primeira: “Quanto maior for a insegurança das premissas, maior peso deve ser atribuído à competência da instituição que tem autoridade especial tanto para resolver essa insegurança quanto para decidir apesar dela.” Especificamente com relação à insegurança normativa, que diz mormente com questões políticas controversas, sustenta que “quanto maior o consenso que existe a respeito das questões normativas, menor peso deve ser atribuído à discricionariedade legislativa e maior a importância do exercício do controle pelo tribunal”.

⁵⁶⁵ Não discutirei aqui o argumento da possibilidade de universalização, embora já tenha adiantado que ele é pouco sólido.

⁵⁶⁶ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 284.

⁵⁶⁷ Para uma crítica nesse sentido, Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 288.

⁵⁶⁸ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho*, p. 202.

fim de determinar que grau de segurança epistêmica será considerado no sopesamento material.⁵⁶⁹ O autor, com isso, abandonou seu posicionamento anterior com relação à questão. Embora não exclua a possibilidade de uma colisão – e, conseqüentemente, um sopesamento, seja diretamente (“modelo substantivo-formal puro”), seja por meio de uma combinação (“modelo substantivo-formal misto” ou “modelo de combinação”) – entre princípios formais e princípios materiais, ele sustenta que a utilização desses modelos para tratar da relação entre tribunal constitucional e legislador é bastante problemática.⁵⁷⁰

Com relação ao modelo substantivo-formal puro, Alexy afirma que se o princípio da competência do legislador por si só fosse capaz de justificar a intervenção em um direito fundamental seria possível sustentar algo como uma intervenção não justificada por nenhuma razão substantiva, mas ainda assim permitida, por ter sido tomada pelo legislador democraticamente legitimado. Mas “uma interferência que não é justificada por nenhuma razão substantiva é não apenas desproporcional, mas também arbitrária”. Isso dificilmente seria compatível com a vinculação à Constituição: “Reconhecer a competência do legislador democraticamente legitimado para interferir sobre direitos fundamentais simplesmente porque ele é democraticamente legitimado comprometeria a prioridade da Constituição sobre a legislação parlamentar ordinária.”⁵⁷¹

As coisas são mais complexas no caso do modelo de combinação, mas os resultados não são melhores. Ele teria os mesmos defeitos do modelo formal substantivo puro. Se inseríssemos princípios formais no sopesamento seriam possíveis situações como a seguinte. De um lado, a intervenção sobre um direito fundamental é seria. De outro, a importância de satisfação do princípio colidente é média. Esse é um caso claro de desproporcionalidade, e, portanto, de inconstitucionalidade. Contudo, se incluíssemos um princípio formal no sopesamento e a ela atribuíssemos um peso “alto”, isso transformaria

⁵⁶⁹ Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, pp. 520 e ss. Sobre o modelo, Cf. também Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, pp. 289 e ss., Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, pp. 7 e ss. e Jorge Portocarrero Quispe, “El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy: Del *in dubio pro libertate* al *in dubio pro legislatore*”, in *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 227 e ss.

⁵⁷⁰ Um exemplo de utilização do primeiro modelo seria a explicação da relação entre segurança jurídica e justiça nos termos da fórmula de Radbruch, enquanto que um exemplo do segundo seria a forma de justificar decisões *contra legem*. Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, pp. 517-8. Aqui vale novamente a crítica feita anteriormente com relação aos modelos de reconstrução em geral. Além do modelo epistêmico, Alexy assume um modelo diverso para explicar a forma de Radbruch (substantivo-formal puro) e um outro para tratar da possibilidade de tomada de decisões *contra legem* (modelo de combinação). A questão é: Por que o princípio formal da competência do legislador se comporta de diferentes formas nas hipóteses mencionadas acima?

⁵⁷¹ Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 518.

uma decisão inconstitucional em uma decisão constitucional. Se isso fosse possível, “interferências desproporcionais sobre direitos fundamentais seriam permitidas, pelo fato de que o legislador democraticamente legitimado pode tomar mais decisões quando lhe é permitido tomar decisões como essa do que quando não é”.⁵⁷² O modelo igualmente comprometeria a prioridade da Constituição, a qual estaria por completo nas mãos do legislador.

A solução seria fornecida por um terceiro modelo a respeito do papel dos princípios formais no sopesamento, um modelo que está entre o modelo substantivo formal puro e o modelo de combinação. Esse modelo, cuja base reside na ideia de “um sopesamento de segunda ordem”, é o chamado “modelo epistêmico”. Neste, o sopesamento dos princípios materiais colidentes é um sopesamento de primeira ordem. O sopesamento de segunda ordem “diz respeito à justificação da incorporação da segurança epistêmica” no sopesamento de primeira ordem. Direitos fundamentais como mandamentos de otimização exigem uma realização na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Conforme mencionei anteriormente, isso inclui a otimização epistêmica. O que ocorre no sopesamento de segunda ordem é precisamente que “os direitos fundamentais como mandamentos epistêmicos de otimização colidem com o princípio formal do legislador democraticamente legitimado”.⁵⁷³ Se essa colisão fosse resolvida por meio do estabelecimento de uma precedência absoluta dos princípios materiais de direitos fundamentais, em amplas áreas do direito as consequências seriam inaceitáveis, na medida em que levariam a uma radical paralisia do legislador. Isso, por sua vez, “seria uma interferência desproporcional sobre o princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado”. Essa desproporcionalidade “é estabelecida por meio de um sopesamento de segunda ordem”.⁵⁷⁴ Esse é um sopesamento entre um princípio substantivo com um princípio formal, o que quer dizer que ele corresponde, neste segundo nível, ao modelo substantivo formal puro. Mas se trata de um “caso especial do sopesamento substantivo formal puro”, pois ele é levado a cabo não no âmbito do sopesamento dos princípios materiais em si, mas em um metanível, que diz respeito a que variáveis e com que tipo de escalas devem ser inseridas no sopesamento material.⁵⁷⁵

⁵⁷² Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 519.

⁵⁷³ Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 521.

⁵⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁷⁵ Isso indicaria, como o próprio Alexy reconhece, que o princípio formal, pelo menos neste caso, estabelece apenas indiretamente a discricionariedade do legislador.

Como em qualquer sopesamento, precisamos determinar como será construída a relação de precedência condicionada. Aqui, Alexy recorre à sua escala epistêmica. Caso o valor epistêmico de uma premissa empírica seja “seguro” ou “certo”, “os princípios de direitos fundamentais aos quais essa classificação é favorável tem precedência sobre o princípio formal.”⁵⁷⁶ Isso significa que “o resultado substantivo para o direito fundamental não é influenciado por quaisquer considerações formais ou procedimentais como exigido pelos princípios formais”. Se, no entanto, o valor epistêmico é apenas “plausível” ou mesmo “não evidentemente falso”, “o princípio formal tem precedência no sopesamento de segunda ordem sobre o princípio substantivo, que, tomado isoladamente, exige o valor ‘seguro’ ou ‘certo’ em casos de interferência”. Contudo, essa precedência, enquanto tal, “não determina o peso concreto do princípio substantivo colidente”. A precedência do princípio formal nos casos de premissas meramente plausíveis ou mesmo não evidentemente falsas “significa apenas que essas premissas não estão excluídas do sopesamento”.⁵⁷⁷ Elas são admitidas com base no princípio formal.⁵⁷⁸ Essa admissão, entretanto, está ligada ao seu poder de reduzir o peso dos valores substantivos das variáveis materiais às quais eles estão ligados. O sopesamento de segunda ordem, nesse sentido, não faz nada além de abrir as portas para premissas abaixo do nível da certeza ou da completa segurança no sopesamento de primeira ordem.⁵⁷⁹ Que papel eles desempenham nesse sopesamento com relação ao resultado final é algo que depende dos outros fatores. Segundo Wang, na prática, isso implicará, no sopesamento material, que os valores substantivos de um dos lados da equação serão reduzidos e, nesse sentido, que o princípio formal funciona como um atenuador (“*attenuator*”), isto é, uma consideração diminui o peso de um princípio.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 521.

⁵⁷⁷ Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 522.

⁵⁷⁸ A fim de não contradizer completamente o que defendera nos trabalhos anteriores, Alexy sustenta que a lei de conexão ou combinação deve ser lida no seguinte sentido: “A expressão ‘combinação com’ se refere a uma relação de segunda ordem de um princípio formal com uma relação de primeira ordem entre princípios substantivos, esta última marcada por incerteza epistêmica.” Cf. Robert Alexy, “Comments and Responses”, p. 331. Como afirma Portocarrero Quispe, “Alexy passa de sua conexão material original a uma conexão epistêmica”. Cf. Jorge Portocarrero Quispe, “El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy”, p. 229.

⁵⁷⁹ Isso, segundo Alexy, fornece argumentos contra abordagens, como o modelo de “interpretações constitucionais concorrentes” de Sieckmann e o modelo de “dois níveis” de Klatt, Meister e Schmidt, “que separam o sopesamento dos princípios substantivos do sopesamento dos princípios formais”. Se o princípio formal da competência do legislador não existisse, os princípios materiais de direitos fundamentais “ou excluiriam interferências com base apenas em premissas plausíveis ou não evidentemente falsas, ou exigiriam que as premissas mais favoráveis fossem sempre adotadas”. Cf. Robert Alexy, “Formal principles”, p. 522.

⁵⁸⁰ Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 11.

Esse modelo provavelmente suscita ainda mais questionamentos do que o modelo da combinação. Uma primeira crítica, formulada por Sieckmann, é que a legitimidade para utilizar premissas inseguras é, na verdade, uma consequência dos princípios em conflito com os direitos fundamentais, que servem como razões para interferência, e não do princípio formal. Trata-se de parte do argumento geral de Sieckmann no sentido de que sopesamentos racionais devem trabalhar sempre com as premissas melhor fundamentadas. Isso ressalta o fato de que, para Sieckmann, não apenas as premissas seguras podem ser relevantes para o sopesamento, mas daí não decorre que não outras premissas não possam ser justificadas com base em uma argumentação racional sobre o nível de fundamentação possível. Em síntese, afastar-se “da premissa melhor fundamentada apenas porque o legislador assim deseja, e sem trazer razões materiais para isso, é irracional”.⁵⁸¹

Um segundo ponto importante diz respeito à ausência de critérios precisos para definir o peso dos princípios formais. Isso já era problemático no modelo de combinação, tanto que foi em parte objeto da crítica de Allan⁵⁸², mas neste ele se torna ainda mais, uma vez que aqui estamos diante de uma colisão direta entre um princípio formal e um princípio material. A utilização da escala desenvolvida para aplicação relativamente à insegurança sem dúvida não é suficiente. Tampouco é útil a referência à explicação da fórmula de Radbruch como um uma colisão entre o princípio formal da segurança jurídica com o princípio material da justiça para “demonstrar que os princípios formais possuem um peso que lhes confere relevância no discurso jurídico e que comprova sua natureza de princípio ponderável”.⁵⁸³ A formulação de critérios úteis para o desenvolvimento de uma relação de precedência condicionada exige muito mais do que isso, como é possível notar a partir das propostas inerentes aos modelos das interpretações constitucionais concorrentes e de dois níveis, expostos acima. Se no modelo de combinação isso poderia ser atenuado pela ideia de não haver propriamente uma colisão direta entre princípios materiais e princípios formais, aqui esse argumento não faz sentido. Neste ponto, não há dúvida de que a emenda efetivamente saiu pior do que o soneto.

Outro problema reside no fato de o sopesamento de segunda ordem não ser nada além de uma aplicação do modelo substantivo-formal puro, algo que o próprio Alexy reconhece. Isso, se não é uma contradição com o enunciado da lei de combinação em si,

⁵⁸¹ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 296.

⁵⁸² Cf. Trevor Allan, “Constitutional Rights and the Rule of Law”, pp. 135-6 e 148-9.

⁵⁸³ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, “El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy”, p. 234-5.

sem dúvida alguma o é quanto à explicação fornecida inicialmente por Alexy para a referida lei, isto é, que princípios formais não entram em conflito direto com princípios materiais e só participam do sopesamento em conexão com os princípios materiais que dele fazem parte. O sopesamento efetuado no nível epistêmico é uma clara negação desse postulado.⁵⁸⁴ O mais questionável, no entanto, é que com isso o modelo epistêmico acaba sujeito às mesmas críticas efetuadas tanto ao modelo substantivo-formal puro.⁵⁸⁵ Mais do que isso, fica sujeito também àquelas semelhantes feitas ao modelo de combinação. Conforme ressalta Wang, se princípios formais como atenuadores reduzem o peso de um princípio substantivo colidente, como o modelo epistêmico contorna as mesmas críticas efetuadas ao modelo de combinação, isto é, a possibilidade de transformar intervenções desproporcionais sobre direitos fundamentais em intervenções proporcionais.⁵⁸⁶

Na prática, conforme adverte Portocarrero Quispe, o modelo epistêmico lembra muito a noção de sopesamento classificatório de Klatt, Meister e Schmidt, ou seja, um passo prévio em circunstâncias nas quais exista insegurança epistêmica. O problema dessa ideia, como procurei ressaltar acima, que a primeira vista pode parecer plausível, é que, de duas uma: ou representa uma duplicidade na valoração da segurança sobre as premissas que justificam as limitações primeiro no nível do sopesamento classificatório e posteriormente no nível do sopesamento material, ou representa a eliminação da variável segurança por torná-la irrelevante por meio da valoração no nível do sopesamento classificatório.⁵⁸⁷

4.5.2.5 Resultados

⁵⁸⁴ Cf. Jorge Portocarrero Quispe, “El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy”, p. 245.

⁵⁸⁵ Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 296.

⁵⁸⁶ Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 12.

⁵⁸⁷ Acredito que isso se aproxima da ideia de Sieckmann quando o autor afirma que o sopesamento de primeira ordem, ainda que com a inclusão das premissas, “não conduz à fundamentação da discricionariedade em matéria legislativa”. Segundo Sieckmann, se o grau de segurança pode ser determinado, então o sopesamento conduz a um resultado inequívoco e não há fundamento para a discricionariedade do legislador. Se, pelo contrário, os fatores não podem ser determinados de maneira clara, esse sopesamento não conduz a um resultado claro e o tribunal “deve então considerar distintas soluções como constitucionalmente possíveis”. Embora Alexy pareça estar consciente dessa dificuldade, e talvez por isso tenha tentado se afastar da ideia de um sopesamento prévio entre graus de certeza, ele de certa forma aceita o fato de que deve existir algum tipo de mecanismo para determinar quais serão os graus de certeza no sopesamento e mediante que variáveis deverão ser incorporados no sopesamento material. A respeito dos argumentos de Sieckmann, Cf. Jan-R. Sieckmann, “Principios formales”, p. 294. No sentido das considerações feitas, Cf. Jorge Portocarrero Quispe, “El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy”, p. 246.

Embora todos os modelos expostos e examinados acima lancem luzes sobre o tema dos princípios formais e da sua relação com os princípios materiais, em especial no que diz respeito ao princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado, e tragam importantes contribuições, considerando as dificuldades enfrentadas por todos eles, é mais factível um caminho com menos pretensões do que aqueles modelos.

Isso não equivale a negar as considerações conceituais a respeito dos princípios formais, que permanecem como razões *prima facie* que exigem o respeito a uma decisão, resultado de um procedimento prévio, independentemente do seu conteúdo, e que, por isso, dizem respeito a competências. Como de alguma forma todos os modelos reconhecem, eles funcionam como razões de segunda ordem. Contudo, especialmente no caso da discussão a respeito da tensão entre controle de constitucionalidade e democracia, não assumo aspectos essenciais daqueles modelos. Quanto aos modelos das interpretações constitucionais concorrentes e de dois níveis, além das críticas já feitas, não assumo aqui que o princípio da competência do legislador democraticamente legitimado de algum modo colida com algo como um princípio formal que garantiria a competência de controle do tribunal. Assumir que os tribunais têm sua competência de controle garantida por um princípio formal suscitaria a questão de justificar porque, então, o limite dessa competência vai até a moldura constitucional e não adentra ao seu conteúdo. A autoridade das decisões de controle dos tribunais, diferentemente da do legislador, depende da sua possibilidade de correção substantiva a partir da argumentação constitucional. Aceitar a existência de algo como um princípio formal como esse implicaria considerar que é possível ao tribunal, pelo menos em algumas situações, tomar decisões contrárias ao constitucionalmente exigido ou facultado por força do peso daquele princípio. Isso é incompatível com a noção de Constituição como ordem moldura e, conseqüentemente, com qualquer modalidade de discricionariedade estrutural. Tampouco assumo a ideia inerente aos modelos de combinação e epistêmico de que os princípios formais alteram (aumentam ou diminuem) o peso dos princípios materiais. Isso geraria todos os problemas e contradições já mencionados.

Princípios formais exigem que um agente defira para a decisão de uma autoridade sobre o que deve ser feito sempre que o agente não saiba definitivamente o que o sopesamento objetivo de razões exige.⁵⁸⁸ O princípio formal da competência do legislador exige, portanto, que o tribunal que efetua o controle de constitucionalidade defira para a

⁵⁸⁸ Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, pp. 19-20.

decisão legislativa sempre que ele não saiba o que o sopesamento efetuado entre o princípio promovido pela medida e o princípio restringido por ela exige. Com isso, o princípio formal exige tanto a deferência a decisões que promovem princípios na mesma medida com que restringem outros princípios (porque o sopesamento de razões não exige nada em definitivo), quanto a decisões em que há insegurança epistêmica e, conseqüentemente, não se sabe o que o sopesamento exige de modo definitivo. Ele exige que o tribunal considere a decisão autoritativa do legislador ao invés da sua própria decisão a respeito de qual dos princípios deve ser promovido (na hipótese de empate) ou quanto ao que a Constituição exige. Princípios formais são, nesse sentido, tanto razões para agir de acordo com a decisão de alguma autoridade, quanto razões para não agir de acordo com o próprio julgamento sobre o que o sopesamento objetivo de razões exige.⁵⁸⁹ O fundamento mediato para isso é, conforme adiantei no capítulo anterior, o aspecto formal da legitimidade democrática do legislador. No caso de incerteza, entretanto, diferentemente da hipótese da discricionariedade estrutural para sopesar, não é que os aspectos materiais da legitimidade da atuação do legislador se equivalham aos da competência de controle do tribunal, mas sim que, diante da insegurança a respeito do que a Constituição exige, esse aspecto torna-se irrelevante, na medida em que a argumentação constitucional que se leva a cabo se depara com a barreira dos limites da nossa possibilidade de conhecimento a respeito do que é devido de modo definitivo a partir a Constituição.

Princípios formais são aquilo que Perry denomina "razões exclusionárias subjetivas", que constituem "razões para não agir com base na própria (atual) decisão sobre o que uma razão objetiva exige", isto é, com base na própria decisão sobre que ação uma razão exige e que peso deve ser atribuído a ela⁵⁹⁰, ou, de modo mais preciso, "razões para ignorar a própria avaliação subjetiva do sopesamento de razões".⁵⁹¹ Sua característica é determinar qual será o julgamento sobre o que exige o sopesamento de razões deve prevalecer, sem, contudo, alterar o sopesamento objetivo de razões. Ainda nos termos de Perry, eles são "razões de reponderação", ou seja, razões para tratar uma razão como se ela possuísse um peso maior ou menor do que o agente julgaria que ela possui na sua

⁵⁸⁹ Cf. Peng-Hsiang Wang, "Formal Principles as Second-Order Reasons", p. 20.

⁵⁹⁰ Sobre a concepção de Perry, Cf. Stephen Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", pp. 628-9. A inspiração de Perry é o conceito de "razão exclusionária" desenvolvido por Joseph Raz, segundo o qual ela "é uma razão de segunda ordem para deixar de agir com base em uma razão". Cf. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1999, pp. 35 e ss. Para uma associação no sentido da que faço aqui, Cf. Peng-Hsiang Wang, "Formal Principles as Second-Order Reasons", pp. 20 e ss.

⁵⁹¹ Cf. Peng-Hsiang Wang, "Formal Principles as Second-Order Reasons", p. 20.

determinação subjetiva sobre o que o sopesamento objetivo de razões exige.⁵⁹² Dessa forma, “o efeito dos princípios formais não é sobre o peso substantivo das razões *pro tanto* no sopesamento objetivo, mas, ao invés disso, sobre a nossa avaliação dele”. Eles promovem “uma tendência sistemática em favor da avaliação da autoridade sobre o peso relativo das razões relevantes na deliberação do agente sobre como essas razões devem ser ponderadas”.⁵⁹³ Na hipótese do controle de constitucionalidade da legislação, eles, sem alterar o constitucionalmente devido, exigem que o tribunal ignore a própria avaliação a respeito do sopesamento dos princípios materiais e considere as razões em favor da decisão do legislador como se elas possuíssem um peso maior.

No caso da discricionariedade epistêmica, essa tendência encontra um limite, que, por sua vez, depende essencialmente do nível de insegurança presente. Isso nos permite utilizar o princípio formal da competência do legislador como fundamento para um controle mais ou menos intenso da legislação, que implicará uma maior ou menor discricionariedade conferida ao Parlamento, a depender do aumento do grau de intervenção sobre o princípio restringido.⁵⁹⁴

4.6 Discricionariedades epistêmicas do legislador e intensidade do controle

Como adiantei anteriormente, acredito que a função do reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador é introduzir um controle de constitucionalidade mais ou menos intenso, que será calibrado de acordo com a intensidade da intervenção no direito fundamental e, a partir dela, irá se conformar com graus menores ou exigir graus maiores de segurança epistêmica. Explicarei melhor isso nos próximos pontos.

4.6.1 O controle de densidade variável do Tribunal Constitucional Federal Alemão

⁵⁹² Cf. Stephen Perry, "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", p. 932. Cf. Peng-Hsiang Wang, "Formal Principles as Second-Order Reasons", p. 24. No mesmo sentido, Cf. Peng-Hsiang Wang, "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?", in Martin Borowski (org.), *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Steiner, 2010, pp. 47-8.

⁵⁹³ Cf. Peng-Hsiang Wang, "Formal Principles as Second-Order Reasons", pp. 24-5.

⁵⁹⁴ A relação entre aumento da insegurança epistêmica e aumento da intensidade do controle é algo que, conforme ressaltai acima, aparece em todos os modelos que tratam do tema.

Conforme em alguma medida já mencionado, um importante aspecto do controle de constitucionalidade levado a cabo pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão é o fato de a corte admitir a possibilidade de efetuar uma análise da legislação com diferentes graus de rigidez. Essa postura é, consoante adiantei anteriormente, a inspiração da escala epistêmica de Alexy e, como tentarei explicar aqui, tem um papel fundamental na compreensão do papel da discricionariedade epistêmica do legislador, na medida em que nos permite entender o exercício do controle em diferentes níveis de intensidade como o contraponto dessa discricionariedade e calibrar a escolha dentre eles a partir da intensidade da intervenção sobre o princípio restringido pela medida legislativa.

Qualquer relação de controle necessariamente apresenta a questão do alcance e da intensidade: sobre o que deve decidir o órgão de controle e que aspectos da decisão devem ficar reservados ao órgão controlado?⁵⁹⁵ Foi para responder ao segundo aspecto desse questionamento que o Tribunal Constitucional Federal Alemão passou a dividir as possíveis formas de controle da legislação, de acordo com a sua densidade, em: (i) um “controle intensificado de conteúdo”, (ii) um “controle de plausibilidade” e (iii) um “controle de evidência”. Como bem lembra Sieckmann, essa diferenciação se refere “ao esforço que o tribunal realiza para determinar os fatores da ponderação e para encontrar equívocos”.⁵⁹⁶ O caráter inovador da proposta reside precisamente no fato de que com ela o tribunal submetia não apenas o processo de sopesamento, mas também a avaliação fática e de prognósticos, a uma gradação.⁵⁹⁷ Isso permite também, como ficará claro, que formulemos uma gradação da própria discricionariedade epistêmica do legislador, que tende a diminuir proporcionalmente ao aumento da intensidade do controle.

Quando se vale de um controle de evidência, o grau menos intenso de controle, a lei só será julgada inconstitucional se for considerada de modo manifesto como arbitrária ou equivocada. Esta é a hipótese em que o legislador possui a mais ampla discricionariedade epistêmica.⁵⁹⁸ Apenas e tão somente a lei “infringe a Constituição 'à primeira vista', de modo reconhecível para todo homem', 'abertamente', 'inequivocamente', 'sem dúvida', ela é declarada inconstitucional”. Em todos os demais casos, o legislador pode “apelar à

⁵⁹⁵ Cf. Lothar Michael e Martin Morlok, *Direitos Fundamentais*, p. 477.

⁵⁹⁶ Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 352.

⁵⁹⁷ Cf. Klaus Meßerschmid, “The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court”, *Legisprudence* 6 (2012), p. 366.

⁵⁹⁸ Cf., ainda que tratando da discricionariedade legislativa em geral, Hans-Peter Schneider, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, p. 44 e João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caribdis*, pp. 220.

presunção de 'correção funcional' a seu favor".⁵⁹⁹ Assim, afirma o tribunal que a discricionariedade atribuída ao legislador "pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo" (BVerfGE 77, 170).⁶⁰⁰

O controle de plausibilidade exige apenas que a instância controlada tenha se conduzido por uma ponderação dos elementos de julgamento disponíveis que seja objetiva e 'defensável', isto é, "que possa ser reconstruída de modo concreto pelo Tribunal Constitucional".⁶⁰¹ Não é necessário que seja a decisão seja a melhor possível.⁶⁰² O conteúdo da lei não é, como no caso do critério anterior, analisado de maneira pormenorizada e detida. Antes, o tribunal demonstra respeito à prerrogativa de avaliação do legislador. A questão aqui é "se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma".⁶⁰³

Por fim, no caso do controle de conteúdo, o poder exercido pelo tribunal constitucional alcança a sua máxima expressão, na medida em que se procede com a maior rigidez a verificação da constitucionalidade da lei. Isso naturalmente reduz ao máximo a discricionariedade legislativa.⁶⁰⁴ Não seria desarrazoado sustentar – desde que nos limitemos ao aspecto epistêmico – que efetivamente não resta qualquer discricionariedade ao legislador.⁶⁰⁵ Por controle de conteúdo, devemos entender "o exame global das decisões dos poderes públicos com base em sua conformidade objetiva com as normas da Lei Fundamental e a partir do ponto de vista de sua correção material".⁶⁰⁶ O tribunal analisará e julgará cuidadosamente as premissas de que o legislador partiu para tomar a sua decisão.⁶⁰⁷ Neste caso, poderia o tribunal desconsiderar as avaliações e as valorações fáticas e jurídicas realizadas pelo legislador para então fiscalizar a intervenção está

⁵⁹⁹ Cf. Hans-Peter Schneider, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", p. 44.

⁶⁰⁰ Cf. Jürgen Schwabe e Leonardo Martins, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 308. A respeito, Cf. também Gilmar Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 466.

⁶⁰¹ Cf. Hans-Peter Schneider, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", p. 43.

⁶⁰² Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 219.

⁶⁰³ Cf. Gilmar Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 464.

⁶⁰⁴ Cf., não obstante falando em discricionariedade em geral, Hans-Peter Schneider, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", p. 42.

⁶⁰⁵ Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 217. O autor, contudo, se refere à discricionariedade em geral, e não apenas à epistêmica.

⁶⁰⁶ Cf. Hans-Peter Schneider, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", p. 42.

⁶⁰⁷ Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 217.

justificada. Ele, portanto, examina “se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes”.⁶⁰⁸ Foi dessa modalidade de controle que se valeu o tribunal ao analisar a possibilidade de restrições à liberdade de profissão, ressaltando que uma intervenção grave (como no caso) sobre esse direito “só poderá ser legitimada com base na defesa de *provados ou muito prováveis* e graves perigos de perecimento de bens jurídicos coletivos muito importantes” (BVerfGE 7, 377).⁶⁰⁹

Esses padrões lembram muito os chamados “*standards of review*” do direito constitucional americano.⁶¹⁰ Como se sabe, há muito a Suprema Corte Americana tem se valido de dos chamados “*levels of scrutiny*” quando do controle de constitucionalidade, que servem como “uma instrução para o sopesamento” e mensuram a deferência devida ao legislador ou à administração pública.⁶¹¹ Especificamente com relação ao legislador, nível mínimo de controle é o chamado “*rational basis test*”, que exige que o Parlamento prove tão somente que existe uma relação racional entre um objetivo estatal legítimo e a medida restritiva adotada. Ou seja, verifica-se apenas se a lei “está racionalmente relacionada a uma finalidade estatal legítima”.⁶¹² Por sua vez, no caso do “*intermediate scrutiny*”, a constitucionalidade da lei depende de ela estar relacionada substancialmente a um interesse a um importante objetivo estatal. Com isso, não basta que o objetivo seja legítimo, ele também precisa ser considerado “importante” pelo tribunal, dessa forma, avaliará não apenas a se a lei constitui uma forma razoável de alcançar o fim, mas também se ela está substancialmente relacionada à consecução desse fim. Por fim, o nível mais denso de controle ocorre no chamado “*strict scrutiny*”, a lei será considerada constitucional se for necessária para a obtenção de um interesse estatal imperioso. Em outras palavras, o tribunal deve considerar o interesse estatal como vital, “imperioso” e que a lei constitui um meio necessário para obtenção do fim – o que exige que se prove que ela “é a menos restritiva”.⁶¹³ Como se pode notar, o paralelo é evidente.

⁶⁰⁸ Cf. Gilmar Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 469.

⁶⁰⁹ Cf. Jürgen Schwabe e Leonardo Martins, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 593 e ss. A respeito, Cf. também Gilmar Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 462 e ss.

⁶¹⁰ Nesse sentido, Cf., por exemplo, Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 352, nota 62. Em sentido semelhante, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, pp. 200 e ss.

⁶¹¹ Cf. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 3ª ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 539. No mesmo sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, pp. 202 e ss.

⁶¹² Cf. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, p. 540.

⁶¹³ Cf. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, p. 541.

Voltando ao modelo alemão, uma das dificuldades com que o tribunal desde o início se deparou foi a necessidade de determinar os critérios que orientariam a escolha entre uma ou outra intensidade de controle. Para além de questões relacionadas à matéria em discussão, a escolha entre os padrões tem dependido tanto de fatores jurídicos quanto empíricos.⁶¹⁴ Dentre os primeiros, destaca-se a intensidade da intervenção decorrente da medida legislativa.⁶¹⁵ No âmbito dos últimos, além de outras coisas, a dificuldade de avaliação legislativa e prognoses devem ser levadas em conta para essa determinação.⁶¹⁶ Essas duas hipóteses correspondem justamente ao âmbito de incidência das discricionariedades epistêmicas empírica e normativa.⁶¹⁷ Por isso, como tentarei explicar a seguir, é possível falar em um reconhecimento de discricionariedade epistêmica que é variável e decorre, de modo próximo, da variação da intensidade do controle e,

⁶¹⁴ Cf. Klaus Meßerschmid, “The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court”, p. 366.

⁶¹⁵ Esse é o aspecto mais ressaltado quando se fala em determinação da intensidade do controle. Vários autores mencionam a exigência de que a intensidade aumente conforme aumenta a intensidade da intervenção. Isso talvez seja uma decorrência do fato de que, na verdade, como ressaltava Meßerschmid, a exigência de um controle mais intenso é anterior à própria especificação do modelo de três níveis de intensidade: o primeiro foi mencionado inicialmente em 1958, no famoso caso das farmácias (BVerfGE 7, 377), enquanto que o sistema de controle com três possíveis níveis de intensidade surgiu em 1979, no caso da Cogestão dos trabalhadores (BVerfGE 50, 290). Sobre a necessidade de um controle tão mais intenso quanto maior for a intensidade da intervenção sobre os direitos fundamentais, Cf., dentre outros, Lothar Michael e Martin Morlok, *Direitos Fundamentais*, p. 480, Helmut Simon, “La Jurisdicción Constitucional”, p. 856, Hans-Peter Schneider, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, p. 42, Klaus Meßerschmid, “The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court”, p. 366 e Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, p. 186. Como lembra Alexy, quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão “faz com que a ‘prerrogativa do legislador para fazer estimativas’ e, com isso, a competência de controle do tribunal dependam, dentre outros, ‘da importância dos bens jurídicos em jogo’”, isso significa “que o peso dos princípios materiais relevantes é fator que desempenha um papel na determinação da medida da competência de controle nos casos concretos”. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 546.

⁶¹⁶ Cf. Klaus Meßerschmid, “The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court”, p. 366.

⁶¹⁷ Ávila ressaltava que é necessário conceder ao legislador uma espécie de “prerrogativa de avaliação”, que incluiria tanto a “prerrogativa de escolher as premissas empíricas”, quanto “uma margem de prognose”. Cf. Humberto Ávila, “Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis”, *Revista de Direito Administrativo* 236 (2004), p. 381. Às corretas considerações do autor caberia adicionar apenas que há também uma “prerrogativa para escolher premissas normativas”. Essa abordagem também é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Como lembrou o Min. Marco Aurélio, em seu voto na ADI n. 3.937/SP, “especialmente em contextos de incerteza científica”, “o Supremo deve adotar postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores” e “observar o predicado da autocontenção”. Sustentar “que o legislador não pode intervir em tais searas seria paralisar o Estado”, pois cabe à sociedade, por intermédio de seus representantes, “adotar posição quanto aos riscos advindos da incerteza”, algo que – conforme o que sustento aqui – decorre não de “um juízo sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário, mas sim da “legitimação institucional para a tomada de decisão em contextos de incerteza”. No entanto, conforme defendo neste ponto, “nos casos de intervenção gravíssima em direitos fundamentais”, seria “admissível exigir do legislador grau maior de certeza quanto às premissas empíricas adotadas” (ADI 3.937/SP, voto do Min. Marco Aurélio, pp. 4 e 31-2). Isso equivale exatamente ao argumento defendido aqui: o reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica de tipo empírico em favor do legislador, que, contudo, diminui conforme aumenta a intensidade da intervenção, justamente em decorrência de uma maior intensidade do controle.

remotamente, do princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado.

4.6.2 Reconhecimento discricionariades legislativas epistêmicas como decorrência de um controle de intensidade variável

Como ressaltai anteriormente, a lei epistêmica da ponderação exige uma maior segurança das premissas empíricas e normativas que fundamentam a restrição a um princípio conforme aumentar a intensidade da intervenção sobre esse princípio. Isso quer dizer, a despeito de haver outras interpretações, que as premissas subjacentes a um princípios devem ser tão mais seguras quanto maior for a intervenção sobre o princípio que com ele colide. Além disso, o inverso é igualmente verdadeiro, já que a insegurança pode afetar ambos os princípios envolvidos. Considerando a possibilidade de o controle do sopesamento efetuado pelo legislador ser realizado de modo ou menos intenso⁶¹⁸, é possível reformular a segunda lei da ponderação no sentido de uma exigência não apenas de maior segurança epistêmica em hipóteses de restrições com intensidade alta, mas também de um controle mais intenso do tribunal. Desse modo, especialmente no caso do controle de constitucionalidade da legislação, como bem salienta Rivers, o papel adequado da segunda lei da ponderação "é guiar os tribunais na determinação da intensidade do controle, considerando que o tribunal tem o poder de controlar mais ou menos intensamente": "quanto mais intensa for uma limitação a direitos, mais intenso deve ser o controle empregado pelo tribunal".⁶¹⁹

⁶¹⁸ Como pontua Rivers, a proteção judicial de direitos fundamentais é caracterizada por dois tipos de flexibilidade: (i) a flexibilidade substancial: direitos podem ser sopesados com outros interesses conflitantes e (ii) a flexibilidade institucional: o controle de constitucionalidade levado a cabo a fim de determinar se direitos e interesses foram corretamente sopesados pelo tomador de decisão primário pode ser realizado de modo mais ou menos rigoroso. Cf. Julian Rivers, "The Presumption of Proportionality", p. 410.

⁶¹⁹ Cf. Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing", p. 177. No mesmo sentido, Cf. Julian Rivers, "Constitutional Rights and Statutory Limitations", p. 252, em que ressalta que essa é a solução procedimental equilibrada para a potencial incerteza a respeito de se um direito foi ou não desproporcionalmente restringido. No mesmo sentido é a posição de Sieckmann, que, também a partir de uma releitura da segunda lei da ponderação, sustenta que "quanto mais grave for a interferência sobre um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle judicial a respeito da justificação dessa interferência". Cf. Jan-R. Sieckmann, *La teoría del derecho de Robert Alexy*, p. 349. É importante ressaltar que a opção por uma ou outra intensidade de controle não implica necessariamente inconstitucionalidade, embora aumente a probabilidade de a declaração ocorrer. Nesse sentido, Cf. João Costa Ribeiro Neto, *Entre Cila e Caríbdis*, p. 203. Isso fica claro se atentarmos para o fato de que, quando tratamos das discricionariades epistêmicas, estamos falando daquele espaço de liberdade para decisões parciais do legislador – daí porque elas podem ser consideradas discricionariades parciais –, que, como procurei esclarecer anteriormente, embora influenciem a resposta para a questão sobre se a lei é inconstitucional, não a determinam. Daí porque é

Conforme adiantei anteriormente, isso equivale a aceitar uma presunção de proporcionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. Como lembra Rivers, essa presunção “se revela como sendo uma característica da intensidade variável do controle”. Quando se efetua um controle de conteúdo, “não há nenhuma presunção de proporcionalidade, porque em tais casos o tribunal concede o benefício de qualquer dúvida ao titular do direito” – ou, diria eu, mais genericamente, a quem sustenta a inconstitucionalidade da lei. Quando, por sua vez, o controle é menos intenso, surge a presunção de proporcionalidade, “porque nesses casos o benefício de qualquer dúvida é dado à autoridade pública”.⁶²⁰

A melhor interpretação da segunda lei da ponderação é, portanto, que ela implica um controle de intensidade variável. Isso é assim porque, dada a nossa limitada possibilidade de conhecimento a respeito do constitucionalmente devido, é possível que uma restrição séria a direitos não seja compensada pelo grau de promoção do princípio promovido pela medida estatal. Mesmo uma medida moderada pode ou não, em condições de insegurança, ser compensada pelo grau de restrição.⁶²¹ Essa ideia, generalizada, quer dizer que quanto mais intensamente se intervém em direitos em condições de insegurança, maior a tendência a que ôntico e epistêmico não se sobreponham e que, portanto, estejamos em desacordo com aquilo que a Constituição determina. De modo similar, conforme pontua Wang, “quanto maior a incerteza das premissas subjacentes, mais forte a convicção do agente de que um erro foi cometido”.⁶²² Parece-me que é essa a razão pela qual Lothar Michael e Martin Morlok afirmam que se “os conteúdos jurídico-fundamentais são incontestáveis e não subsistem dúvidas sobre as consequências de sua aplicação, não se suscita a questão da intensidade do controle”, de modo que caso se “afiguem indubitáveis

possível (mas não necessário) conceder ao legislador, em um mesmo caso, discricionariedades estruturais e epistêmicas.

⁶²⁰ Não por outro motivo Rivers afirma que “a principal função do ônus da prova é alocar o trabalho procedimental, e, bem assim, os custos de incerteza e riscos de erro”. Cf. Julian Rivers, “The Presumption of Proportionality”, pp. 412 e 418.

⁶²¹ Cf. Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 177. Assim é possível relacionar as duas leis da ponderação: Restrições mais sérias a direitos exigem tanto justificações mais sérias quanto um controle judicial mais intenso a fim de assegurar que essas justificações de fato estão presentes conforme alegado. Cf. Julian Rivers, “Constitutional Rights and Statutory Limitations”, p. 252.

⁶²² Cf. Peng-Hsiang Wang, “Formal Principles as Second-Order Reasons”, p. 26, nota 68. É isso que justifica a afirmação de Alexy no sentido de que níveis de qualidade epistêmica abaixo do não evidentemente falso destroem quase que por completo a força das razões substantivas. A isso Wang denomina, a partir de Perry, “fronteira epistêmica”, ou seja, “um certo grau de certeza abaixo do qual deve-se deixar de deferir para o julgamento prático de outra autoridade com relação a um determinado tipo de situação”.

os resultados da ponderação”, não há que se falar em intensidade de controle.⁶²³ O seu âmbito de aplicação se restringe aos casos de incerteza.

Isso, embora menos evidente, é verdadeiro antes de mais nada para a insegurança empírica. Quanto mais intensa a intervenção sobre um princípio, mais recursos procedimentais deve o tribunal utilizar para estabelecer as bases fáticas da medida legislativa.⁶²⁴ Ou seja, quanto mais intensa for a restrição sobre o direito fundamental, mais fundo poderá ir o tribunal no exame das premissas fáticas a fim de determinar a sua correção. Se o grau da intervenção no princípio restringido pela medida é leve, basta um controle de evidência, o que equivale a aceitar tanto premissas plausíveis quanto não evidentemente falsas. Se, contudo, a restrição é moderada, cabe ao tribunal realizar um controle de plausibilidade, que só aceitará premissas plausíveis e que, portanto, possam ser reconstruídas racionalmente pelo tribunal. Por fim, se a intensidade da intervenção for séria, o tribunal analisará de modo detido as premissas assumidas e aceitará apenas aquelas consideradas seguras.

Um exemplo pode ajudar a esclarecer esses argumentos. O legislador, com o intuito de promover a saúde das crianças, restringe a publicidade de produtos alimentícios com altos teores de sódio, açúcar, gorduras saturadas e gorduras trans e de bebidas não alcoólicas com baixo valor nutritivo voltada ao público infantil.⁶²⁵ A opção é de que esse tipo de publicidade não pode ocorrer durante, logo antes ou logo após programas de TV direcionados ao público infantil e que não pode se valer de personagens do imaginário das crianças ou de apresentadores daqueles programas. Uma lei com esse teor configura certamente uma restrição ao direito à publicidade (que poderia ser tomado como decorrência das normas dos arts. 5º, incs. IV e IX e 170, *caput* da Constituição).

O legislador, em um raciocínio como esse, assume duas premissas. A primeira é a de que a publicidade influencia os desejos alimentares das crianças. Não há dúvida de que avaliar uma premissa como essa é algo difícil, não só pelo fato de que não há uma tradução fácil da quantidade de publicidade vista para as consequências sobre a dieta, mas também porque poucas pesquisas tem avaliado a importância relativa da propaganda de alimentos

⁶²³ Cf. Lothar Michael e Martin Morlok, *Direitos Fundamentais*, p. 478.

⁶²⁴ Cf. Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, p. 187. No mesmo sentido, Cf. Julian Rivers, “Constitutional Rights and Statutory Limitations”, p. 252.

⁶²⁵ Para uma discussão a respeito desse tipo de restrição, Cf. Virgílio Afonso da Silva, “A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil”, <disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_Virgilio_Afonso_6_7_12.pdf, último acesso em 22.11.2016>.

sobre ela.⁶²⁶ No entanto, é certo que essa publicidade, dentre outros fatores, em alguma medida contribui para as escolhas alimentares e, conseqüentemente, para hábitos alimentares ruins e potencialmente danosos.⁶²⁷ A segunda premissa é a de que restrição à publicidade provoca uma melhoria dos hábitos alimentares das crianças e que promove a sua saúde. Essa premissa é mais duvidosa. Como ressalta Livingstone, "as evidências de que banimentos são efetivos na alteração da dieta das crianças estão longe de ser claras".⁶²⁸ Embora não possamos qualificá-la como segura, porque não sabemos dizer se de fato a medida é capaz de gerar esses benefícios, sustentar que isso ocorrerá é pelo menos *plausível*.

A restrição à publicidade se dá em duas frentes: a primeira diz respeito aos horários em que a sua realização é possível e a segunda está relacionada à forma como ela será realizada. Se considerarmos que, antes de mais nada, a maioria dos produtos atingidos pela restrição tem como público alvo a população em geral e não apenas as crianças e que a restrição atinge apenas uma faixa do horário (durante, logo antes ou logo após programas de TV direcionados ao público infantil) e um aspecto muito diminuto do seu modo de realização (vedação ao uso de personagens do imaginário das crianças ou de apresentadores de programas infantis), podemos dizer que se trata de uma restrição *média* sobre o direito à publicidade. Se é assim, é cabível um controle de plausibilidade, no qual premissas como estas, isto é, aquelas que sejam ao menos justificáveis e passíveis de reconstrução racional pelo tribunal, serão aceitas. A fim de terminar a proporcionalidade da medida, resta saber o grau com que se promove a saúde das crianças, mas não é o caso de fazer esse tipo de análise aqui. O objetivo era apenas ressaltar que o controle é mais ou menos intenso e, com isso, aceita mais ou menos as premissas assumidas pelo legislador, de acordo com a intensidade da interferência.

O mesmo vale para as premissas normativas. Quanto mais intensa for a intervenção sobre um princípio, mais preocupado deverá estar o tribunal em determinar pequenas diferenças entre os graus de intervenção e promoção dos princípios colidentes.⁶²⁹ Isso não é outra coisa senão a exigência de um controle tão mais intenso conforme aumente a intensidade da intervenção. Essa questão se apresenta de modo mais claro aqui porque a

⁶²⁶ Cf. Sonia Livingstone, "Does TV advertising make children fat?" *Public Policy Research* 13 (2006), p. 59.

⁶²⁷ As conclusões de Sonia Livingstone parecem militar nesse sentido. Cf. Sonia Livingstone, "Does TV advertising make children fat?", pp. 57 e ss.

⁶²⁸ Cf. Sonia Livingstone, "Does TV advertising make children fat?", p. 56.

⁶²⁹ Cf. Julian Rivers, "Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing", p. 187. No mesmo sentido, Cf. Julian Rivers, "Constitutional Rights and Statutory Limitations", p. 252.

insegurança epistêmica normativa relaciona-se diretamente – e não indiretamente, como no caso da empírica – com o que a Constituição exige. Se o legislador intervém de maneira leve sobre um direito fundamental, tanto qualidades epistêmicas plausíveis quanto não evidentemente falsas serão suficientes, isto é, basta que seja possível considerar como plausível a classificação da intervenção como leve (controle de evidência). Se, contudo, a intervenção for classificada como moderada, será necessário que pelo menos a sua segurança seja plausível, ou seja, que no mínimo seja plausível essa classificação (controle de plausibilidade). Por fim, em caso de intervenções sérias, é necessário que se esteja seguro a respeito da classificação da intensidade da intervenção (controle de conteúdo).

Aqui também podemos imaginar vários exemplos. Para esclarecer o argumento, no entanto, basta um. Pensemos numa hipótese em que uma lei que veda o sacrifício de animais, mesmo que para fins de práticas religiosas. O objetivo da medida é promover a proteção da fauna e o dever estatal de garantir a dispensação de tratamento adequado a qualquer animal, independentemente da situação. Em um ordenamento sem regra constitucional específica para uma situação como essa⁶³⁰, estaríamos diante de uma restrição à liberdade religiosa destinada a promover o dever estatal de proteção da fauna. Com isso, a medida precisa passar pelo teste da proporcionalidade para que possa ser considerada constitucional. Não há dúvida de que a medida é adequada e necessária, de modo que nos resta avaliar se ela é proporcional em sentido estrito. Parte deste exame requer que determinemos em que medida a liberdade religiosa é restringida com uma proibição como essa.

Como se sabe, sacrifícios de animais fazem parte dos dogmas de uma série de religiões. Religiões de matriz africana, tais como o Candomblé, o Batuque, o Omolokô e a Santeria realizam esse tipo de sacrifício.⁶³¹ Neste caso, o sacrifício possui um caráter simbólico e litúrgico para o contexto religioso afro-brasileiro. Por se tratar de religiões de iniciação e não de conversão, “a imolação de animais é parte integrante desse processo e serve também para realizar uma comunicação e troca de benefícios religiosos entre os adeptos e as entidades”.⁶³² Em geral a destinação da carne dos animais sacrificados é a alimentação, que em alguns casos faz parte do ritual. O mesmo vale para o Judaísmo

⁶³⁰ Se uma Constituição, como é o caso da brasileira, prevê uma norma com estrutura de regra que veda práticas que submetam animais a crueldade, a discussão em um caso como este seria “apenas” se tal regra se subsume ou não à hipótese e não uma aplicação da proporcionalidade.

⁶³¹ Há religiões de matriz africana que não realizam esse tipo de sacrifício, como é o caso da Umbanda. Cf. Marcelo Tadvald, “Direito litúrgico, direito legal: a polêmica em torno do sacrifício ritual de animais nas religiões afro-gaúchas”, *Revista Caminhos* 5 (2007), p. 144, nota 1.

⁶³² Cf. Marcelo Tadvald, “Direito litúrgico, direito legal”, p. 130.

(“shehita”) e para o Islamismo (“dhabihah”). No primeiro caso, ocorre o abate de acordo com a Torá por parte do chamado “Shochet”, uma autoridade religiosa treinada especificamente para isso. No Islamismo, por sua vez, há a chamada “Festa do Sacrifício” (“Eid al-Adha”), em que animais são levados a um determinado local e sacrificados para depois serem consumidos. Em ambos os casos os sacrifícios são realizados principalmente “a fim de fornecer carne apta ao consumo humano”, muito embora, a despeito de haver o posterior consumo, ele surja “como um ato religioso em si” no caso da Festa do Sacrifício.⁶³³ Ou seja, como regra o abate está relacionado com o que pode ser consumido de acordo com os dogmas religiosos e a forma como deve se dar a sua preparação. Com que intensidade a medida intervém na liberdade religiosa? A classificação da intensidade como *moderada* é pelo menos plausível, pois, mesmo se argumentarmos no sentido de que esses sacrifícios não tem um papel central para as religiões que dele se utilizam, mas constituem apenas mais um dogma dentre os muitos seguidos, não podemos simplesmente excluir que eles desempenhem, pelo menos em algumas, uma função de mais peso. Não obstante esse peso seja de difícil determinação, é pelo menos justificável um argumento nesse sentido. Como se trata de uma intervenção com intensidade moderada, o controle de plausibilidade que essa intensidade suscita permite a aceitação dessa classificação – embora não aceitasse, por exemplo, essa classificação na hipótese de sua segurança ser não evidentemente falsa. Se essa intensidade justifica a intervenção, contudo, é uma outra questão, que não será abordada aqui.

Como se vê, o âmbito da discricionariedade do legislador é proporcionalmente menor conforme aumenta a intensidade da intervenção, até o ponto em que, sendo séria a intensidade da intervenção, não há qualquer discricionariedade epistêmica.⁶³⁴ O mesmo vale para o grau de deferência do tribunal.⁶³⁵ Como bem ressalta Rivers, discricionariedade

⁶³³ Cf. Gerhard van der Schyff, “Ritual Slaughter and Religious Freedom in a Multilevel Europe: The Wider Importance of the Dutch Case”, *Oxford Journal of Law and Religion* 3 (2014), pp. 77-8.

⁶³⁴ Acredito que, de certa forma, é possível extrair essa conclusão da afirmação de Alexy de que a segunda lei da ponderação, ao contrapor a um aumento da intensidade da intervenção um aumento nas exigências na certeza das premissas que sustentam tal intervenção, permite reduzir as discricionariedades epistêmicas empírica e normativa do legislador. Cf. Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario”, pp. 85-6.

⁶³⁵ Isso é reconhecido expressamente por Brady: “onde houver um prejuízo substancial a um direito, a deferência epistêmica atribuída ao tomador de decisão será menor do que quando houver uma intervenção mais leve no direito.” Cf. Alan Brady, *A structural institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*, p. 84. No sentido de que o grau de deferência é inversamente proporcional à intensidade do controle, Cf. Julian Rivers, “Constitutional Rights and Statutory Limitations”, p. 253. Aqui poderíamos dizer também que a deferência significa, para usar os termos de Rivers, que “juízes razoavelmente aceitem como verdadeiro aquilo que eles próprios não podem estabelecer como verdadeiro”. E aqui a deferência pode igualmente ser vista como modalidade de autocontenção, já que esta, conforme

legislativa e deferência judicial "tem o efeito de reduzir a intensidade do controle e, portanto, o papel dos tribunais no âmbito do Estado".⁶³⁶ Com o aumento da intensidade da intervenção, peso do princípio formal – que, como ressaltai anteriormente, promove uma tendência sistemática em favor da avaliação do legislador sobre as premissas empíricas e normativas – diminui cada vez mais, até o extremo em que ele não exibe peso algum (intervensões sérias). Neste ponto, desaparece a presunção de proporcionalidade em favor da medida legislativa.

Isso nos permite, pelo menos em alguma medida, atribuir uma autoridade às decisões tomadas pelo legislador sob condições de insegurança, que, contudo, diminui conforme aumenta a intensidade da intervenção sobre o princípio restringido pela medida estatal. Esse aspecto torna ainda mais claro o caráter relativo dessa autoridade, cuja variação corresponde justamente à variação no peso do princípio formal.

adiantei, pode levar o tribunal tanto a deixar completamente de pronunciar-se a respeito de uma situação quanto dispor-se a julgá-la, mas fazê-lo de um modo menos intenso do que poderia. Nesse sentido, Cf. Aileen Kavanagh, "Judicial Restraint in the Pursuit of Justice", p. 25.

⁶³⁶ Cf. Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", p. 191.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste último ponto, a pretensão não é listar as conclusões a respeito de todos os aspectos da investigação. Um enfoque como esse seria provavelmente empobrecedor e repetitivo, além de apto a simplificar – equivocadamente – um fenômeno por natureza complexo. Este capítulo limita-se à exposição de algumas considerações finais a respeito do trabalho.

O objetivo desta dissertação era, no contexto da acusação de ilegitimidade que incide sobre o uso da proporcionalidade em geral e da proporcionalidade em sentido estrito pelo Poder Judiciário quando do controle de constitucionalidade de leis que restringem direitos fundamentais e da resposta da teoria dos princípios calcada em uma teoria das discricionariedades legislativa, explicar em que exatamente consistem essas discricionariedades, em que hipóteses incidem e que consequências geram e, com isso, esclarecer como elas limitam a atuação dos tribunais. Essa limitação, por sua vez, deixa claro que não há qualquer incompatibilidade entre a proporcionalidade em sentido estrito e a Constituição como ordem moldura.

Isso se aplica, antes de tudo, à discricionariedade estrutural para sopesar, que incide sobre os casos de empate no sopesamento, em que, portanto, o aplicador se encontra diante de um impasse. O legislador, diante de uma situação que do ponto de vista estrutural pode ser considerada um verdadeiro dilema moral genuíno, opta por promover um dos princípios constitucionais em detrimento do outro mediante uma decisão autoritativa que, para além das restrições inerentes ao conceito de discricionariedade, é livre, na medida em que diz respeito a situações constitucionalmente não valoradas. A autoridade desse tipo de decisão decorre justamente do princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado, que justifica, em contrapartida, a deferência devida pelo tribunal ao Parlamento neste caso.

O mesmo pode ser dito quanto à discricionariedade epistêmica, seja de tipo empírico, seja de tipo normativo, que se aplica às hipóteses de incerteza a respeito do

constitucionalmente devido. Como no mais das vezes, a despeito da insegurança, uma decisão se faz necessária, o princípio formal da competência do legislador lhe confere a possibilidade de decidir a partir de suas próprias valorações fáticas e normativas, o que nada mais é do que uma espécie de presunção de proporcionalidade assumida pelo tribunal. Aqui, no entanto, pela própria natureza da questão, que justifica inclusive a utilização de um conceito de discricionariedade diverso, o aumento da intensidade da intervenção sobre o princípio restringido justifica uma maior exigência de segurança epistêmica, o que, por sua vez, é fundamento para um controle mais intenso da decisão do legislador. Desse modo, aqui, a discricionariedade legislativa e a sua contraparte deferência judicial possuem um caráter relativo, e tem seu âmbito cada vez menor conforme aumenta a intensidade da intervenção, até o ponto em que, dado alto grau de detrimento do princípio restringido, elas efetivamente desaparecem.

A limitação da atuação dos tribunais e a consequente garantia da autoridade das decisões ponderativas do legislador, desse modo, é promovida tanto mediante a previsão de que naquelas situações em que a argumentação constitucional não leva a uma solução e que, por conseguinte, a própria Constituição não decidiu de modo definitivo deve prevalecer a opção do legislador, quanto por meio do esclarecimento de que em caso de insegurança epistêmica devemos aceitar as valorações do legislador, ainda que apenas até o limite em que a intensidade da intervenção atinge um grau em que a presunção em favor do legislador perde o sentido porque a chance de tratar-se de uma violação da Constituição é maior.

Com essas considerações, podemos, enfim, colocar a proporcionalidade em seu devido lugar. Por um lado, não se recai na tentadora visão de buscar nela uma fórmula mágica para resolver todos os problemas do mundo e, a partir dos seus postulados, localizar na Constituição a solução para toda e qualquer questão social, transformando o tribunal constitucional no oráculo da cidadania. Por outro, não se opta por perfilhar-se junto daqueles que veem na proporcionalidade um cavalo de Tróia inserido no Estado Democrático, como se um método de controle, por si só, fosse capaz de desvirtuar a Democracia. Afastados, como em regra é sempre o melhor caminho, os arroubos extremistas do otimismo ingênuo e do pessimismo injustificado, a proporcionalidade (em geral e em sentido estrito) assume o posto que lhe pertence por natureza: um dentre muitos métodos de verificação do acerto de uma decisão legislativa, que, se tiver seus pressupostos de aplicação e limites respeitados, tenderá a

conduzir a bons resultados. Não exigirá nem demais, nem de menos, mas apenas o suficiente para garantir a prevalência da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

Aarnio, Aulis. “Las reglas en serio”, in Ernesto Garzón Valdés e Jyrki Uusitalo (eds.), *La Normatividad del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, pp. 17-33.

Aleinikoff, T. Alexander. “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal* 96 (1987): 943-1005.

Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002.

_____. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trad. Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford, UK: Oxford University Press, 1989.

_____. “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005): 572-581.

_____. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito”, trad. Luís Afonso Heck, *Revista de Direito Administrativo* 217 (1999): 67-79.

_____. “Comments and Responses”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012: 319-356.

_____. “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus* 22 (2014): 51-65.

_____. “Constitutional Rights, Democracy, and Representation”, *Ricerche giuridiche* 3 (2014): 197-209.

_____. “Deber Ideal”, trad. Laura Clérico e Jan-R. Sieckmann, in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011: 15-35.

_____. “Derecho constitucional y derecho ordinario”, trad. Carlos Bernal Pulido, in Robert Alexy, *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003: 41-92.

_____. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional* 22 (2002): 13-64.

_____. “Formal principles: Some replies to critics”, *International Journal of Constitutional Law* 12 (2014): 511-524.

_____ “Interpretación jurídica y discurso racional”, trad. Luis Villar Borda, in Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995: 35-61.

_____ “La fórmula del peso”, trad. Carlos Bernal Pulido, in Miguel Carbonell (org.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008: 13-42.

_____ “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, trad. Carlos de Santiago, in Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*. Ciudad de México: Fontamara, 2010: 59-73.

_____ “Legal Certainty and Correctness”, *Ratio Juris* 28 (2015): 441-451.

_____ “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16 (2003): 433-449.

_____ “On Constitutional Rights to Protection”, *Legisprudence* 3 (2009): 1-17.

_____ “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris* 13 (2000): 294-304.

_____ “Problems of Discourse Theory”, *Crítica* 20 (1988) 43-65.

_____ “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, trad. Carlos Bernal Pulido, in Robert Alexy, *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003: 93-137.

_____ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ “The Construction of Constitutional Rights”, *Law and Ethics of Human Rights* 4 (2010): 465-477.

_____ “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris* 23 (2010): 167-182.

_____ “The Reasonableness of Law”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor e Chiara Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009: 5-15.

_____ “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris* 12 (1999): 374-384.

_____ “Thirteen Replies”, in George Pavlakos (org.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2007: 333-366.

Allan, Trevor. “Constitutional Rights and the Rule of Law”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012: 132-151.

Atienza, Manuel. “Constitución y argumentación”, *Anuario de filosofía del derecho* 24 (2007): 197-228.

Átria, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

Ávila, Humberto. “Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis”, *Revista de Direito Administrativo* 236 (2004): 369-384.

_____. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Bachof, Otto. *Jueces y constitución*, trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Civitas, 1987.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Barak, Aharon. *Judicial Discretion*, trad. Yadin Kaufmann. New Haven/London: Yale University Press, 1989.

_____. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, trad. Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012.

Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Barros, Suzana de Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Barroso, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 5 (2015): 24-50.

Bäcker, Carsten. “Rules, Principles, and Defeasibility”, in Martin Borowski, *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Steiner, 2010, pp. 79-91.

Beling, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*, trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

Bellem de Lima, Rafael. *Regras na teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2015.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa* 26 (2003): 225:238.

_____. “La Racionalidad de la ponderación”, in Miguel Carbonell (org.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008: 43-68.

_____. “On Alexy’s Weight Formula”, in Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006: 101-110.

_____. “Tribunal Constitucional, Legislador y Principio de Proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 74 (2005): 417-444.

Bettermann, Klaus-August. “Los límites de los derechos fundamentales”, trad. Joaquín Brage Camazano, in Francisco Fernández Segado (ed.), *The Spanish Constitution in the European constitutional context: La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003: 1515-1535.

Borowski, Martin. “Derechos de Defensa Como Principios de Derecho Fundamental”, trad. Eduardo Soderó, in Jan-R. Sieckmann (coord.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011: 93-118.

_____. “Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy's Three Main Works”, *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought* 2 (2011): 575-595.

_____. *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. “La Restricción de los Derechos Fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional* 20 (2000): 29-56.

_____. “La Sujeción a Determinaciones del Legislador en la Ponderación de Derechos Fundamentales”, trad. Daniel Oliver-Lalana, in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011: 111-146.

_____. “Principios formales y fórmula del peso”, trad. Jorge Portocarrero Quispe, in Jorge Portocarrero Quispe (ed.), *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016: 59-158.

_____. “Robert Alexy's Reconstruction of Formal Principles”, in Júlio Aguiar de Oliveira, Stanley L. Paulson e Alexandre T. G. Trivisonno (orgs.), *Alexy's Theory of Law*. Stuttgart: Steiner, 2015: 95-109.

_____. “The Structure of Formal Principles”, in Martin Borowski (org.), *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Steiner, 2010: 19-35.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica”, trad. Ignacio Villaverde Menéndez, in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, 1ª ed. Baden-Baden: Nomos, 1993: 13-43.

_____. “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamental en los 40 años de Ley Fundamental”, trad. Juan Luis Requejo, in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, 1ª ed. Baden-Baden: Nomos, 1993: 95-138.

Brady, Alan. *A structural institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*. London: PhD Thesis (London School of Economics and Political Science), 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI n. 3.937/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento de mérito pendente.

<disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3937relator.pdf>, último acesso em 15.04.2016>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI n. 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 24.02.2016.

<disponível em
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>, último acesso em 15.04.2016>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, HC n. 122.694/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE 19.02.2015

<disponível em
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>, último acesso em 10.10.2016>.

Brage Camazano, Joaquín. *Los limites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

Brink, David O. “Moral Conflict and Its Structure”, in H. E. Mason (org.), *Moral dilemmas and moral theory*. New York: Oxford University Press, 1996: 102-126.

Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003: 341-359.

Carrasco Perera, Angel. “El ‘juicio de razonabilidad’ en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 11 (1984): 39-106.

Casal H., Jesús M. “¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 82 (2008): 83-117.

Castanheira Neves, Antônio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

Chang, Ruth. "The Possibility of Parity," *Ethics* 112 (2002): 659-688.

Chemerinsky, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*, 3ª ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

Christie, George C. "An Essay on Discretion", *Duke Law Journal* 35 (1986): 747-778.

Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

Conee, Earl. "Against moral dilemmas", in Christopher W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas*. New York: Oxford University Press, 1987: 239-249.

Daley, John. "Defining Judicial Restraint", in Tom Campbell e Jeffrey Goldsworthy (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate, 2000: 314-334.

Dimoulis, Dimitri / Leonardo Martins. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Dryzek, John S. / Simon Niemeyer. "Discursive Representation", *American Political Science Review* 102 (2008): 481-493.

Dworkin, Ronald. *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *Is Democracy Possible Here? Principles For A New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

Dyzenhaus, David. "Law as Justification: Etienne Mureinik's Conception of Legal Culture", *South African Journal on Human Rights* 14 (1998): 11-37.

Engisch, Karl. *El ámbito de lo no jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1960.

_____. *Introdução Ao Pensamento Jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Fletcher, George P. "Some unwise reflections about discretion", *Law and Contemporary Problems* 47 (1984): 269-286.

Forsthoff, Ernst. *El Estado de la Sociedad Industrial. El modelo de la República Federal de Alemania*, trad. Luis López Guerra e Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

Gardbaum, Stephen. "Limiting Constitutional Rights", *UCLA Law Review* 54 (2007): 789-854.

_____. "Proportionality and Democratic Constitutionalism", in Grant Huscroft, Bradley Miller e Grégoire Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014: 259-283.

Gascón Abellán, Marina Felicia / Juan Gómez Castañeda. "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional* 41 (1994): 63-87.

Goodin, Robert E. "Welfare Rights, Law, and Discretion", *Oxford Journal of Legal Studies* 6 (1986): 232-261.

Gorzoni, Paula. *Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial*. São Paulo: Dissertação de Mestrado (Universidade de São Paulo), 2011.

Greenspan, Patricia S. "Moral dilemmas and guilt", *Philosophical Studies* 43 (1983): 117-125.

Griffin, James. *Well-Being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1986.

Grimm, Dieter. "Constitutional Adjudication and Democracy", *Israel Law Review* 33 (1999): 193-215.

Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*, trad. Miguel Carbonell. Ciudad de México: Fontamara, 2003.

Guzmán Dalbora, José Luis. "La actividad libre de valoración jurídica y el sistema de las causas de justificación en el Derecho Penal", *Direito e Cidadania* 16/17 (2003): 23-36.

Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg. Cambridge, MA: MIT Press, 2006.

Harel, Alon / Tsvi Kahana. "The easy core case for judicial review", *Law Journal of Legal Analysis* 2 (2010): 227-256.

Hart, HLA. "Discretion", *Harvard Law Review* 127 (2013): 652-665.

_____. *The Concept of Law*, 2ª ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 1994.

Hart Jr. Henry / Albert Sachs. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Cambridge, MA: Tentative Edition, 1958.

Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*, trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos*

fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley, trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

Heller, Hermann. *Teoría del Estado*, 3ª ed. trad. Luis Tobío. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económico, 1955.

Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1998.

_____. “Significado dos direitos fundamentais”, trad. Carlos dos Santos Almeida, in Konrad Hesse, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva: 56-192.

Hirsch, Hans Joachim. “El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica”, trad. Patricia Ziffer, *Doctrina Penal: Teoria y Practica en las Ciencias Penales* 39 (1987): 397-424.

Huerta Ochoa, Carla. *Conflictos Normativos*. Ciudad de México: UNAM, 2003.

_____. “Los conflictos entre normas a luz de la teoría de los principios”, in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (coord.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011: 219-232.

Hurka, Thomas. *Perfectionism*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1993.

Iglesias Vila, Marisa. *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Right Answers Revisited*. Dordrecht: Springer, 2010.

Isensee, Josef. “Los antiguos derechos fundamentales y la Revolución biotecnológica. Perspectivas constitucionales tras el descifrado del genoma humano”, trad. Juan Marrodán Ciordia, *Persona y Derecho* 45 (2001): 139-173.

Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed. Granada: Comares, 1993.

Jestaedt, Matthias. “The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012: 152-172.

Kaufmann, Arthur. *Filosofía Del Derecho*, trad. Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

Kavanagh, Aileen. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act 1998*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.

_____. “Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, in Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008: 184-215.

_____. “Judicial Restraint in the Pursuit of Justice”, *University of Toronto Law Journal* 60 (2010): 23-40.

Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*, trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

Kett-Straub, Gabriele. “Data Screening of Muslim Sleepers Unconstitutional”, *German Law Journal* 7 (2006): 967-975.

King, Jeff. “Institutional Approaches to Judicial Restraint”, *Oxford Journal of Legal Studies* 28 (2008): 409-441.

Klatt, Matthias. “Balancing competences: How cosmopolitan institutionalism can manage jurisdictional conflicts”, *Global Constitutionalism* 4 (2015): 195-226.

_____. “Positive rights: Who decides? Judicial review in balance”, *International Journal of Constitutional Law* 13 (2015): 354-382.

_____. “Taking Rights Less Seriously – A structural analysis of judicial discretion”, *Ratio Juris* 20 (2007): 506-529.

Klatt, Matthias / Meister Moritz. “A Máxima da Proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global”, trad. João Costa Neto, *Observatório da Jurisdição Constitucional* 7 (2014): 23-41.

_____. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford, UK. Oxford University Press, 2012.

Klatt, Matthias / Johannes Schmidt. “Epistemic discretion in constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012): 69-105.

_____. *Espaços no Direito Público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios*, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

Kocourek, Albert. “Formal Relation between Law and Discretion”, *Illinois Law Review* 225 (1914-1915): 225-246.

Kumm, Matthias. “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, in Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012: 201-217.

_____. “Democracy is Not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers* 118 (2009): 1-38.

Lacey, Nicola. “The path not taken: H.L.A. Hart's Harvard essay on discretion”, *Harvard Law Review* 127 (2013): 636-651.

Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Laurentis, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Tese de Doutorado (Universidade de São Paulo), 2015.

Livingstone, Sonia. “Does TV advertising make children fat?” *Public Policy Research* 13 (2006): 54-61.

Lemmon, E. J. “Moral dilemmas”, in Christopher W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas*. New York: Oxford University Press, 1987: 101-114.

Lopera Mesa, Gloria Patricia. “El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 73 (2005): 381-410.

McConnell, Michael W. “The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's Moral Reading of the Constitution”, *Fordham Law Review* 65 (1997): 1269-1293.

McConnell, Terrance. “Moral Dilemmas”, in Edward N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014, sem paginação.

<disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/moral-dilemmas>, último acesso em 20.01.2016>.

_____. “Moral Residue and Dilemmas”, in H. E. Mason (org.), *Moral dilemmas and moral theory*. New York: Oxford University Press, 1996: 36-47.

MacDonnell, Vanessa. “The Constitution as Framework for Governance”, *University of Toronto Law Journal* 63 (2013): 624–654.

Marcilla, Gema. “Balancing as a Guide to Legislative Reasoning”, *Legisprudence* 4 (2010): 93-104.

_____. “Razón práctica, creación de normas y principio democrático”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* 47 (2013): 43-85.

Marcus, Ruth. “Moral Dilemmas and Consistency”, Christopher W. Gowans (ed.), *Moral Dilemmas*. New York: Oxford University Press, 1987: 188-204.

_____. “More about Moral Dilemmas”, in H. E. Mason (org.), *Moral dilemmas and moral theory*. New York: Oxford University Press, 1996: 23-35.

Martínez Zorrilla, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Barcelona: Tesis Doctoral (Universitat Pompeu Fabra), 2004.

_____. “Dilemas morales y derecho”, *Discusiones* 7 (2008): 17-54.

Martins, Leonardo. “Da distinção entre regras e princípios e seus problemas epistemológicos, lógicos e teórico-jurídicos”, in George Salomão Leite (org.), *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, 1ª ed. São Paulo: São Paulo: Método, 2008: 327-350.

_____. “Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade problemas de sua recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional brasileiros”, *Revista da Ajuris* 33 (2006): 193-234.

Mayer, Heinz. “Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 244 (2005): 259-270.

Márquez Piñero, Rafael Márquez Piñero. *Teoría de la Antijuridicidad*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Mendes, Gilmar. “Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações”, in Gilmar Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (orgs.), *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000: 210-240.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Merkl, Adolf. “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I)”, trad. Miguel Azpitarte Sánchez e Juan L. Fuentes Osorio, *Revista de derecho constitucional europeo* 2 (2004): 235-262.

_____. “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)”, trad. Miguel Azpitarte Sánchez e Juan L. Fuentes Osorio, *Revista de derecho constitucional europeo* 3 (2005): 301-326.

Meßerschmid, Klaus. “The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court”, *Legisprudence* 6 (2012): 347-378.

Michael, Lothar / Martin Morlok. *Direitos Fundamentais*, trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva.

Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. II, 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Moreso, José Juan. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, in Pedro Grández Castro e Miguel Carbonell (eds.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010: 59-70.

_____. *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, trad. Ruth Zimmerling. Springer: Dordrecht, 1998.

Möller, Kai. “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007): 453-468.

_____. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

Möllers, Christoph. *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013.

Mureinik, Etienne. “A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights”, *South African Journal on Human Rights* 10 (1994): 31-48.

Müller, Felix / Tobias Richter. “Report on the *Bundesverfassungsgericht*’s Jurisprudence in 2005/2006”, *German Law Journal* 9 (2008): 161-194.

Nagel, Thomas. “The Fragmentation of Value”, in Thomas Nagel, *Mortal Questions*, 15^a ed. New York: Cambridge University Press, 2012: 128-141.

Neves, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

Novais, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

Oliver-Lalana, Daniel. “Representación argumentativa y legitimidad democrática en las decisiones judiciales”, in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011: 147-176.

Oliveira, Renata Camilo de. “The Balancing of Values and the Compromising of the Guarantee of Fundamental Rights”, in *VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Balancing and proportionality in constitutional review*, Atenas, 2007, <disponível em http://www.academia.edu/247683/The_Balancing_of_Values_and_the_Compromising_of_the_Guarantee_of_Fundamental_Rights, último acesso em 15.04.2015>.

Paula, Felipe de. *(De) limitação dos Direitos Fundamentais*, 1^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Peczenik, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Springer, 2008.

Peredo Rojas, Marcela. “El Margen de Apreciación del Legislador y el Control del Error Manifiesto. Algunas Consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés y del Tribunal Constitucional Alemán”, *Estudios Constitucionales* 11 (2013): 47-94.

Pereira, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Perry, Stephen. “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *Southern California Law Review* 62 (1989): 913-994.

Philips, Lothar. “Teoria das normas”, trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, in Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer (org.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009: 353-365.

Pieroth, Bodo / Bernhard Schlink. *Direitos Fundamentais*, trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*, vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

Portocarrero Quispe, Jorge. “El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy: Del *in dubio pro libertate* al *in dubio pro legislatore*”, in Jorge Portocarrero Quispe, *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016: 221-260.

_____ “El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad”, *Revista Derecho del Estado* 27 (2011): 75-102.

_____ *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

Poscher, Ralf. “The Principle Theory: How Many Theories and What is Their Merit?”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012: 218-247.

Posner, Richard A. “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, *Indiana Law Journal* 59 (1983): 1-24.

Powell, H. Jefferson Powell, “Constitutional Virtues”, *Sixth Annual Walter F. Murphy Lecture in American Constitutionalism – James Madison Program in American Ideals and Institutions*. Princeton University, April 24, 2006, sem paginação. <disponível em: http://www.greenbag.org/v9n4/v9n4_powell.pdf, último acesso em 20.03.2016>.

Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

_____ “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991): 175-198.

Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1999.

Ribeiro Neto, João Costa. *Entre Cila e Caribdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional*. Brasília: Tese de Doutorado (Universidade de Brasília), 2015.

Rivers, Julian. “Constitutional Rights and Statutory Limitations”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012: 248-275.

_____. “Fundamental Rights in the UK Human Rights Act”, in Agustín J. Menéndez e Erik O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006: 141-154.

_____. “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, in George Pavlakos (org.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2007: 167-188.

_____. “Proportionality and Discretion in international and European law”, in Nicholas Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007: 107-131.

_____. “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal* 65 (2006): 174-207.

_____. “The Presumption of Proportionality”, *Modern Law Review* 77 (2014): 409-433.

Rosenberg, Maurice. “Judicial Discretion of the Trial Court, Viewed from above”, *Syracuse Law Review* 22 (1971): 635-668.

Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Sarmiento, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in Daniel Sarmiento (org.), *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, 1ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009: 113-146.

_____. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”, in Daniel Sarmiento (org.), *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006: 113-148.

Sartor, Giovanni. “Doing Justice to Rights and Values: Teleological reasoning and proportionality”, *Artificial Intelligence and Law* 18 (2010): 175-215.

Sánchez González, Santiago. “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional* 12-13 (2003): 351-382.

Schlink, Bernhard. “El principio de la proporcionalidad”, trad. Nuria Pastor Muñoz, in Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro e Luis Felipe Vergara Peña (eds.), *La ponderación en el Derecho – evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2014: 117-147.

_____. “German Constitutional Culture in Transition”, *Cardozo Law Review* 14 (1993): 711-736.

_____. “Proportionality (1)”, in Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012: 719-736.

Schneider, Hans-Peter. “La Constitución – Función y estructura”, trad. K-J. Abiez Dohrmann e M. Saavedra López, in Hans-Peter Schneider, *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991: 35-52.

_____. “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, trad. Joaquin Abellan, *Revista Española de Derecho Constitucional* 5 (1982): 35-62.

Schwabe, Jürgen / Leonardo Martins. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira, 1ª ed. Montevidéo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

Seabra Fagundes, Miguel. “O conceito de mérito no direito administrativo”, *Revista de Direito Administrativo* 23 (1951): 1-16.

Shaw, Geoffrey, “H.L.A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *Harvard Law Review* 127 (2013): 666-727.

Shiner, Roger A. “Hart on Judicial Discretion”, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 5 (2011): 341-362.

Sieckmann, Jan-R. “Balancing, Optimisation, and Alexy's ‘Weight Formula’”, in Jan-R Sieckmann, *Legal Reasoning: The Methods of Balancing, Proceedings of the Special Workshop "Legal Reasoning: The Methods of Balancing" held at the 24th World Congress of the Association of Legal and Social Philosophy (IVR)*. Beijing: ARSP-Beiheft, 2010: 103-119.

_____. “Concepciones de la ponderación: Optimización y la ‘formula del peso’ de Robert Alexy”, in Gustavo Beade e Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011: 189-230.

_____. “Principios formales”, trad. Francisco Campos Zamora, in Jorge Portocarrero Quispe, *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016: 261-309.

_____. “Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales”, trad. Daniel Oliver-Lalana, in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann e Daniel Oliver-Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011: 37-71.

_____. “La ponderación de los derechos fundamentales como aplicación del derecho: el problema de la restricción de la tributación”, in Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro e Luis Felipe Vergara Peña (eds.), *La ponderación en el Derecho – evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el Derecho alemán*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2014: 63-92.

_____. *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

_____ “Las estructuras lógicas de los argumentos normativos”, trad. Carlos Bernal Pulido, in Jan-R Sieckmann, *El modelo de los principios Del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006: 81-114.

_____ “Legislative Argumentation and Democratic Legitimation”, *Legisprudence* 4 (2010): 69-91.

_____ *The Logic of Autonomy. Law and Practical Reason*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2012.

Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Silva, Virgílio Afonso da. “A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil”, <disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Parecer_Virgilio_Afonso_6_7_12.pdf, último acesso em 22.11.2016>.

_____ *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____ “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011): 273-301.

_____ *Direitos Fundamentais - Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____ “Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais”, in Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. III: 915-937.

_____ “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143.

_____ “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

_____ “Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?”, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbajm (orgs.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009: 605-618.

_____ “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

_____ “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, in Jan-R. Sieckmann (coord.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011: 243-259.

Simon, Helmut. “La Jurisdicción Constitucional”, trad. Antonio López Pina, in Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Konrad Hesse e Wolfgang Heyde (orgs.), *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001: 823-861.

Sinnott-Armstrong, Walter. *Moral Dilemmas*. Oxford, UK: Basil Blackwell, 1988.

_____. “Moral Dilemmas and Rights”, in H. E. Mason (org.), *Moral dilemmas and moral theory*. New York: Oxford University Press, 1996: 48-65.

Starck, Christian. *Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales*, trad. Maria J. Roca. Madrid: Dykinson, 2011.

Steinmetz, Wilson, “Farra do boi’, fauna e manifestação cultural: uma colisão de princípios constitucionais? Estudo de um acórdão do Supremo Tribunal Federal”, *Direitos fundamentais & justiça* 9 (2009): 260-273.

Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. Javier Perez Royo e Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Sweet, Alec Stone / Jud Mathews. “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008): 73-165.

Sunstein, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

Tadvald, Marcelo. “Direito litúrgico, direito legal: a polêmica em torno do sacrifício ritual de animais nas religiões afro-gaúchas”, *Revista Caminhos* 5 (2007): 129-147.

Thayer, James. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 7 (1893): 129-156.

van der Schyff, Gerhard. “Ritual Slaughter and Religious Freedom in a Multilevel Europe: The Wider Importance of the Dutch Case”, *Oxford Journal of Law and Religion* 3 (2014): 76-102.

van Fraassen, Bas C. “Values and the Heart's Command”, *The Journal of Philosophy* 70 (1973): 5-19.

_____. “Singular Terms, Truth-Value Gaps, and Free Logic”, *The Journal of Philosophy* 63 (1966): 481-495.

Wahl, Rainer. “O primado da Constituição”, trad. Antônio Francisco de Souza, *Revista da Ordem dos Advogados* 47 (1987): 61-106.

Waldron, Jeremy. “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115, (2006): 1346-1406.

Waluchow, Wilfrid J. “Strong discretion”, *Philosophical Quarterly* 33 (1983): 321-339.

Wang, Peng-Hsiang. “Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?”, in Martin Borowski (org.), *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Steiner, 2010: 37-48.

_____. “Formal Principles as Second-Order Reasons”, <disponível em: [http://idv.sinica.edu.tw/philaw/documents/Formal%20Principles%20as%20Second%20Reasons%20\(WANG,%20final\).pdf](http://idv.sinica.edu.tw/philaw/documents/Formal%20Principles%20as%20Second%20Reasons%20(WANG,%20final).pdf), último acesso em 15.08.2016>.

Wróblewski, Jerzy. “Legal decision and its justification”, *Logique et Analyse* 53-54 (1971): 409-19.

_____. “Legal syllogism and rationality of judicial decision”, *Rechtstheorie* 5 (1974): 34-46.

Zagrebelsky, Gustavo. *Estado Constitucional*, trad. José Levi Mello do Amaral Júnior e Carlos Bastide Horbach e rev. Ada Pellegrini Grinover, in Carlos Bastide Horbach, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal (orgs.), *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia - Estudos em Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2011: 291-315.

Zimmerman, Michael J. *The Concept of Moral Obligation*. New York: Cambridge University Press, 1996.

Zitelmann, Ernst. “Las lagunas del Derecho”, trad. Carlos G. Posada, in Friedrich Carl von Savigny, *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: LOSADA, 1949: 287-322.