

GABRIEL CALIL PINHEIRO

**Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de
poderes**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2019

GABRIEL CALIL PINHEIRO

Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2019

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

PINHEIRO, Gabriel Calil

Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes / Gabriel Calil Pinheiro – São Paulo: Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito, 2019.

121 p.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientadora: Profa. Anna Candida da Cunha Ferraz

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia.

1. Proporcionalidade. 2. Separação de poderes. 3. Discricionariedade. 4. Judiciário. 5. Legislativo.

Nome: Gabriel Calil Pinheiro

Título: Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a): _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Agradecimentos

Fazer pesquisa é uma atividade muitas vezes solitária e que, apesar de exigir uma dedicação intensa, é extremamente desvalorizada em nosso país. Percorrer esta jornada não foi fácil e, se cheguei até aqui, foi somente porque tive o privilégio de contar com uma boa dose de ajuda ao longo do caminho.

A começar pela minha orientadora, Professora Anna Candida da Cunha Ferraz, que com extrema generosidade abriu as portas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para mim. Meu trabalho muito se beneficiou de suas observações precisas e da constante disponibilidade para discutir minhas ideias, nos diversos estágios da pesquisa.

Agradeço aos professores Roberto Dias e Dimitri Dimoulis, que acompanham minha trajetória acadêmica desde o começo e sempre me instigaram com suas provocações. Sua solicitude e abertura para o diálogo são fontes de inspiração.

Devo meus agradecimentos também a Eduardo, Valéria e Thiago, colegas de trabalho de Pannunzio, Trezza, Donnini Advogados. Seu reconhecimento sobre o valor da pesquisa e o incentivo para pesquisar foram imprescindíveis para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço ao Núcleo de Justiça e Constituição da Fundação Getúlio Vargas e a todos os seus integrantes. As reuniões, sempre com debates intensos e, ao mesmo tempo, respeitosos, mudaram minha forma de perceber a academia e me motivam a seguir trilhando este percurso. Não poderia deixar de agradecer meus amigos que – direta ou indiretamente – estiveram comigo nesta jornada: Nicola Tommasini, Nikolay Bispo, Caio Leão, Felipe Ramalho, Rebecca Groterhorst, Gabriel Del Manto, Rafael Machado, Alice Alonso, Fernanda Grillo, Luca Grecco, Fernando Fambrini e Vitor Santos.

Agradeço a meus pais, Ana e Marcos, que nunca mediram esforços para me permitir sonhar. Sem o cuidado e dedicação de vocês, não só este trabalho, como também boa parte de minha vida seriam inimagináveis.

Agradeço, por fim, à Gabriela, pela alegria de poder compartilhar os dias contigo e pela certeza reconfortante de que o caminho, qualquer que seja ele, é ao seu lado.

Resumo

PINHEIRO, Gabriel Calil. **Proporcionalidade**: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Desde o final da segunda guerra mundial, o Poder Judiciário vem aumentando sua participação na vida constitucional dos países. Expressões como “juristocracia” e “governo de juízes” se tornaram relativamente comuns, denotando um incômodo na mudança de paradigma que atingiu a separação de poderes. Se antes da segunda guerra predominava uma soberania do parlamento, o pós-guerra revelou um novo cenário, com o protagonismo do Judiciário. A proporcionalidade se tornou, a partir de então, a ferramenta dominante de proteção de direitos fundamentais pelas cortes constitucionais no mundo, trazendo consigo um outro modo de compreender os direitos fundamentais e suas limitações. Enquanto alguns falam na instauração de uma “cultura da justificação”, que submete todos os atos do governo a uma avaliação detida, outros apontam uma interferência indevida do Judiciário nos demais poderes. Meu objetivo com este trabalho é investigar como a proporcionalidade, ao verificar a justificação da intervenção em um direito fundamental, delimita as competências dos poderes envolvidos. Tomo como objeto de análise o controle judicial de constitucionalidade das interferências legislativas em direitos fundamentais. Ao final, apresento uma avaliação crítica da forma pela qual a proporcionalidade delimita as zonas de atuação do Judiciário e do Legislativo.

Palavras-chave: 1. Proporcionalidade. 2. Separação de poderes. 3. Discricionariedade. 4. Judiciário. 5. Legislativo.

Abstract

PINHEIRO, Gabriel Calil. **Proportionality**: impacts and possibilities on the dynamics of the separation of powers. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, 2019.

Since the end of the second world war, the judicial branch has increased its participation on the constitutional life of the countries. “Juristocracy” and “government of judges” have become common expressions, illustrating a paradigm shift on the notion of separation of powers. If before the second world war prevailed the idea that the parliament was sovereign, the post war scenario put the judicial branch on the spotlight. Since then, proportionality has become the dominant technique of rights adjudication in the world, giving rise to a new way of understanding fundamental rights and its limitations. While some pointed the beginning of a “justification culture”, others complained about an undue and excessive intervention of the judicial branch on the other branches of the government. My aim with this research is to investigate how proportionality, as a technique used on the judicial review of legislative intervention of fundamental rights, demarcates the boundaries of the judicial and legislative branches.

Keywords: 1. Proportionality. 2. Separation of powers. 3. Discretion. 4. Judiciary. 5. Legislative.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO E METODOLOGIA	13
3. PRESSUPOSTOS DE ANÁLISE	15
3.1. O modelo “global” de direitos constitucionais.....	15
3.2. Duas concepções de proporcionalidade	20
3.2.1. Proporcionalidade enquanto maximização.....	24
3.2.2. Proporcionalidade como canal para argumentação moral.....	26
3.2.3. A incompatibilidade das duas concepções	27
4. A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO NA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO MAXIMIZAÇÃO.....	30
4.1. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy	30
4.1.1. Premissas de Alexy.....	31
4.1.1.1. A distinção entre regras e princípios.....	31
4.1.1.2. A teoria dos princípios	33
4.1.1.3. Restrições a direitos fundamentais: suporte fático amplo e teoria externa....	34
4.1.1.4. Constituição como ordem moldura.....	37
4.1.2. A demarcação dos espaços de atuação do Legislativo e do Judiciário segundo Alexy	38
4.1.2.1. Discricionariedade estrutural.....	41
4.1.2.1.1. Discricionariedade estrutural para definir fins	41
4.1.2.1.2. Discricionariedade estrutural para definir meios	41
4.1.2.1.3. Discricionariedade estrutural para sopesar.....	42
4.1.2.2. Discricionariedade epistêmica	44
4.1.2.2.1. Discricionariedade epistêmica empírica	45
4.1.2.2.2. Discricionariedade epistêmica normativa	46
4.1.2.2.3. Segunda lei do sopesamento	47
4.1.2.2.4. Princípios formais	49
4.2. A proporcionalidade de Aharon Barak	57
4.2.1. Premissas de Barak.....	58
4.2.2. Proporcionalidade e separação de poderes	60

4.2.3. Zona de proporcionalidade: o legislador e o juiz nos subtestes da proporcionalidade	65
4.3. Beatty e a essência do estado de direito	69
5. A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO NA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO CANAL PARA A ARGUMENTAÇÃO MORAL	72
5.1. Möller e o modelo global de direitos constitucionais	72
5.1.1. Proporcionalidade, autonomia pessoal e direitos fundamentais	73
5.1.2. Modelo global, controle de constitucionalidade e democracia	77
5.2. Kumm: proporcionalidade e a contestação socrática	83
6. PROPORCIONALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES: REFLEXOS E POSSIBILIDADES	88
6.1. Proporcionalidade enquanto maximização	88
6.1.1. Incomensurabilidade	88
6.1.2. A quantificação de direitos fundamentais	93
6.1.3. As incongruências analíticas de Alexy	94
6.1.3.1. Discrecionabilidade e incomensurabilidade	94
6.1.3.2. A relação entre a discrecionabilidade epistêmica e a discrecionabilidade estrutural	98
6.2. Proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral	106
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	112
BIBLIOGRAFIA	115

1. INTRODUÇÃO

Desde o final da segunda guerra mundial, o Poder Judiciário vem aumentando sua participação na vida constitucional dos países. Expressões como “juristocracia”¹ e “governo de juízes”² se tornaram relativamente comuns, denotando um incômodo na mudança de paradigma que atingiu a separação de poderes. Se antes da segunda guerra predominava uma soberania do parlamento³, o pós-guerra revelou um novo cenário, com o protagonismo do Judiciário. Decisões tomadas pelos representantes democraticamente eleitos vão perdendo a sacralidade e passam, cada vez mais, a ser questionadas por juízes não eleitos.

Os constitucionalistas muito se debruçaram e, ainda hoje, se debruçam intensamente sobre o controle de constitucionalidade e a discussão sobre seus limites, buscando estabelecer parâmetros para o exercício desse poder⁴. Paralelamente, o controle de constitucionalidade se torna presença quase obrigatória nas constituições dos mais diversos países ao redor do mundo. Se em 1900 cerca de 25% dos sistemas constitucionais adotavam esse mecanismo, em 2011 o número salta para surpreendentes 83%⁵.

Expandem-se também as previsões de direitos fundamentais nas constituições⁶ e, conseqüentemente, o terreno de atuação do Judiciário⁷. Tendo agora um maior número de direitos dentro de seu escopo, o controle de constitucionalidade passa a ser acionado para protegê-los com maior frequência.

Neste cenário, a proporcionalidade se tornou a ferramenta dominante de proteção de direitos fundamentais pelas cortes constitucionais no mundo⁸, trazendo consigo

¹ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

² SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

³ Ibidem.

⁴ Para uma avaliação deste debate, conferir MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2007 e MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries Adopt Constitutional Review?. **Journal of Law, Economics and Organization**, v. 30, 587, 2014.

⁶ Dados do Comparative Constitutions Project evidenciam uma expansão da previsão dos mais variados direitos em diversas constituições. Disponível em: https://www.comparativeconstitutionsproject.org/files/motion_chart.html?iframe=true&width=810&height=570&6c8912. Acesso em 12 jul. 2019.

⁷ Tão importante quanto a extensão do catálogo de direitos é a amplitude pela qual o escopo dos direitos fundamentais é definido.

⁸ Mencionando o protagonismo da proporcionalidade, ver, dentre outros, JACKSON, Vicki. Being Proportional about Proportionality. **Constitutional Commentary**, v. 21, p. 803-859, 2004; URBINA, Francisco. A Critique

um outro modo de compreender os direitos fundamentais e suas limitações. Partindo de um modelo de dois níveis, primeiro se verifica se houve, de fato, uma interferência no direito fundamental, para depois aferir se essa interferência é justificável do ponto de vista constitucional.

Este modo de compreender os direitos fundamentais impacta também a forma como o controle de constitucionalidade passa a ser exercido neste âmbito. O modelo de dois níveis mencionado acima enfatiza o segundo nível, ou seja, a justificação da intervenção, tendendo a aceitar as mais variadas situações como intervenções em direitos fundamentais, ainda que sejam aparentemente distantes⁹. Enquanto alguns falam na instauração de uma “cultura da justificação”¹⁰, que submete todos os atos do governo a uma avaliação detida, outros apontam uma interferência indevida do Judiciário nos demais poderes¹¹. A questão é bem colocada por Kumm¹²:

O princípio da proporcionalidade se tornou um elemento estrutural central da proteção de direitos nas democracias liberais mundo afora. Uma das principais questões que essa prática suscita é institucional: considerando a

of Proportionality. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 57, p. 49-80, 2012, SWEET, Alec Stone, MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 72-164, 2008, KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 e ALENIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, v. 96, p. 943-1005, 1987. No Brasil, em particular, diversos trabalhos também discutem o assunto. Ver, por exemplo, DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo. Editora Malheiros, 2017, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, GORZONI, Paula. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, LIMA, Rafael Scabonve Bellem de. **Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica: o conflito entre princípio e regra**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, GROTERHORST, Rebecca. **Direitos Sociais e Proporcionalidade: Análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000 e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁹ São características do modelo global de direitos constitucionais, do qual tratarei mais adiante.

¹⁰ KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010 e COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

¹¹ Conferir, dentre outros, DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014 e LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. São Paulo. Editora Malheiros, 2017.

¹² KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, p. 142;

estrutura aberta da proporcionalidade, que razões temos para acreditar que as cortes estão melhor posicionadas institucionalmente do que os atores políticos, se elas são guiadas apenas pelos critérios abstratos da proporcionalidade? E independentemente de assegurar melhores resultados, o empoderamento das cortes em uma tarefa dessas, que inevitavelmente envolve o engajamento com questões morais e empíricas controvertidas e não raro requer um julgamento sobre *trade-offs* difíceis, é compatível com a democracia? O debate sobre o controle de constitucionalidade pode ser um clichê, mas a onipresença da proporcionalidade eleva as apostas e aparenta aprofundar o problema. Qual é a função do controle de constitucionalidade nesse tipo de estrutura?

O que aparenta convergir nos discursos dos defensores e detratores da proporcionalidade é que ela realmente traz um outro modo de enxergar os direitos fundamentais e uma nova proposta para avaliar violações a esses direitos. Partindo deste ponto em comum, meu objetivo com este trabalho é investigar como a proporcionalidade, ao verificar a justificação da intervenção em um direito fundamental, delimita as competências dos poderes envolvidos.

No capítulo 2, delimito meu objeto de estudo e esclareço a abordagem metodológica pela qual levarei adiante a investigação proposta. Tratarei, a partir de um enfoque analítico e conceitual, somente do controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos que intervenham em direitos fundamentais.

No capítulo 3, estabeleço algumas premissas centrais do trabalho, como o modelo global de direitos constitucionais e a noção bifurcada de proporcionalidade. O modelo global entende que os direitos fundamentais (i) têm seu escopo ampliado e não fornecem proteções definitivas de antemão, (ii) abrangem também obrigações positivas do estado, (iii) são aplicáveis não apenas na relação estado e indivíduo, mas também entre particulares e (iv) têm a proporcionalidade e o sopesamento como seu método central de proteção¹³. A bifurcação da proporcionalidade compreende a ideia de que a proporcionalidade pode ser subdividida em uma concepção que valoriza a maximização de alguma propriedade ou que valoriza a argumentação moral¹⁴.

¹³ Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹⁴ Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 9.

No capítulo 4, abordo a forma pela qual as teorias que concebem a proporcionalidade enquanto maximização distribuem poder entre o Judiciário e o Legislativo no âmbito do controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos que intervenham em direitos fundamentais. No capítulo 5, adoto a mesma estratégia para verificar como a divisão de trabalho entre juízes e legisladores é feita pelas teorias que concebem a proporcionalidade como um canal para a argumentação moral. No capítulo 6, por fim, avalio as propostas desses dois modos de conceber a proporcionalidade, no intuito de verificar como a delimitação das zonas de atuação do Judiciário e do Legislativo é feita, apontando também eventuais problemas nesses métodos.

2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO E METODOLOGIA

A proporcionalidade é, como visto, um mecanismo responsável por avaliar a constitucionalidade das intervenções em direitos fundamentais. Com isso em mente, o objetivo deste trabalho é investigar como a proporcionalidade, ao realizar esse juízo de constitucionalidade, delimita as competências dos poderes envolvidos.

Apesar de existirem esforços teóricos que procuram compreender a relação da proporcionalidade com os demais poderes¹⁵, minha análise cuidará apenas da relação entre Judiciário e Legislativo, pautada no controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos que intervenham em direitos fundamentais.

O modo de compreender direitos fundamentais no qual a proporcionalidade está inserida possui implicações específicas com a separação de poderes e o espaço ocupado pelo Judiciário e pelo Legislativo no controle de constitucionalidade. Os diferentes modelos de proporcionalidade¹⁶ que serão estudados neste trabalho possuem maneiras distintas de demarcar os espaços desses dois poderes na avaliação da constitucionalidade de direitos fundamentais. Meu objeto de análise são esses modelos teóricos, de modo que escapam ao escopo da pesquisa análises empíricas de julgados.

A partir do estudo desses distintos modelos, procurarei esclarecer como, em cada um deles, são delimitadas as competências entre Judiciário e Legislativo no âmbito do controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos que intervenham em direitos fundamentais.

Para levar adiante a investigação proposta, lançarei mão de uma abordagem conceitual, por ser esta uma pesquisa “na qual conceitos, suas características e relações com outros conceitos são esclarecidos”¹⁷.

Sendo o objetivo do trabalho a compreensão de como distintos modelos de proporcionalidade demarcam a competência entre Judiciário e Legislativo, minha atenção se ocupará das construções teóricas e conceituais desses modelos de proporcionalidade. É

¹⁵ BRADY, Alan David. **A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998**. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, London School of Economics, Londres, 2009.

¹⁶ Cf. capítulos 4 e 5.

¹⁷ NUOPPONEN, Anita. Methods of concept analysis – a comparative study, **LSP Journal**, Vol.1, No.1, 2010, p. 4.

possível dizer também, nesse sentido, que se trata de uma pesquisa com viés majoritariamente analítico, pois é na análise sistemática dos conceitos que despenderei maiores esforços¹⁸.

Novamente, análises empíricas de julgados não fazem parte do objeto da pesquisa. Utilizarei casos concretos apenas em uma tentativa de ilustrar, com maior clareza, os conceitos sob análise. Nesses exemplos, não há qualquer pretensão comparativa¹⁹ ou mesmo reconstrutiva²⁰.

¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 33.

¹⁹ Hirschl adverte sobre as exigências que uma pesquisa empírica comparativa deve cumprir, não sendo esta a abordagem escolhida pelo trabalho. Cf. HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

²⁰ Möller analisa julgados de diversos países para tentar extrair uma construção teórica consistente e moralmente adequada à prática constitucional. É o que ele denomina de abordagem reconstrutiva. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

3. PRESSUPOSTOS DE ANÁLISE

Este trabalho parte fundamentalmente de dois pressupostos para levar adiante a investigação que propõe: o modelo global de direitos constitucionais e a identificação de duas grandes maneiras de compreender a proporcionalidade. O modelo global de direitos constitucionais é uma forma distinta de conceber os direitos fundamentais que ganhou prestígio em diversos lugares do mundo²¹. As duas visões da proporcionalidade, por sua vez, enquadram-se no modelo global e têm a pretensão de dar conta do universo conceitual da proporcionalidade a partir deste recorte²².

3.1. O modelo “global” de direitos constitucionais

A expressão “modelo global de direitos constitucionais” é utilizada por Kai Möller²³, referindo-se à uma forma específica de resolver casos envolvendo direitos constitucionais que se espalhou pelo mundo.

O modelo global possui algumas características distintivas e se contrapõe a uma outra maneira relevante de conceber os direitos fundamentais, que Möller denomina de “narrativa dominante”. A “narrativa dominante” sustenta que os direitos cobrem apenas um escopo limitado, só protegem interesses efetivamente importantes e possuem uma força normativa especial, que autoriza que sejam preteridos apenas em circunstâncias excepcionais. Além disso, entende que os direitos somente impõem obrigações negativas ao estado e que operam apenas na relação entre estado e indivíduo²⁴.

No modelo global, por sua vez, há uma inversão dos quatro elementos mencionados anteriormente. Aqui, os direitos fundamentais: (i) têm seu escopo ampliado e não fornecem proteções definitivas de antemão, (ii) abrangem também obrigações positivas do estado, (iii) são aplicáveis não apenas na relação estado e indivíduo, mas também entre particulares e (iv) têm a proporcionalidade e o sopesamento como seu método central de proteção²⁵.

²¹ MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²² Ao menos das concepções mais utilizadas de proporcionalidade. Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 10.

²³ MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²⁴ *Ibidem*, p. 2.

²⁵ Essas características são identificadas por Kai Möller, na descrição daquilo que concebe como um modelo global de direitos constitucionais. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

A ampliação do escopo dos direitos fundamentais significa que esses direitos não cobrem apenas alguns interesses importantes, de tal modo que qualquer conduta que possa se relacionar com algum direito recebe proteção. Um artista que deseje pintar um quadro no meio da Avenida Paulista, às 18h de um dia de semana, tem, então, seu interesse protegido pelo direito à liberdade artística. O mesmo vale para indivíduos de alguma crença que realizem sacrifícios humanos, que são protegidos pelo direito à liberdade religiosa.

Ao adotar essa noção de suporte fático amplo, o modelo global impede que condutas sejam excluídas do âmbito de proteção dos direitos de antemão. Argumentar que situações que tumultuam a rotina da cidade não são abrangidas pela liberdade artística e que não é dado a nenhuma religião dispor da vida humana é, portanto, inviável. Essas condutas, ainda que aparentem ser distantes das prescrições dos direitos, são por eles protegidas.

Isso não significa que tais condutas mereçam uma proteção definitiva, pois o suporte fático amplo assegura apenas uma proteção *prima facie*. Esta distinção é central para compreender o modelo de dois níveis da proporcionalidade. Nem toda intervenção em um direito fundamental será considerada uma violação a esse direito. Na avaliação da existência de interferência em um direito, todas as condutas que guardem o mínimo de relação com algum direito são por ele protegidas, o que amplia as possibilidades de que exista uma interferência nesse direito. Contudo, somente haverá uma violação se essa interferência não for justificável do ponto de vista constitucional.

Assim, pelo modelo de dois níveis, primeiro deve se verificar se há interferências no direito fundamental. Depois, constatando-se a interferência, é avaliada sua constitucionalidade. O âmbito de proteção do direito fundamental somente é definido após esta segunda etapa.

O oposto ocorreria se fosse adotado o suporte fático restrito da “narrativa dominante”. Seria viável sustentar, por exemplo, que como direitos só protegem interesses realmente importantes, a conduta do artista apenas tumultuaria a cidade, não sendo protegida pelo direito à liberdade artística. Aqui, o âmbito de proteção do direito é definido de antemão, pela exclusão de algumas condutas de seu escopo.

Passando agora ao segundo elemento do modelo global, temos que direitos também impõem obrigações positivas do estado. Para além de impedir que um direito

fundamental seja violado a partir da anulação de determinado ato, cabe agora ao estado criar condições para que direitos não sejam violados²⁶.

Um exemplo é o caso *Osman v. Reino Unido*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Um professor antigo de Osman, que à época possuía cerca de quinze anos, era obcecado por ele e acabou ferindo-o e assassinando seu pai. Discutia-se a violação do artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que assegura o direito à vida²⁷ e, muito embora a CEDH tenha concluído pela inexistência de violação a este dispositivo, sustentou em diversos momentos que ele pode ensejar uma “obrigação positiva das autoridades de tomar medidas operacionais preventivas para proteger um indivíduo cuja vida esteja em risco em razão de atos criminosos de outro indivíduo”²⁸.

O caso *von Hannover v. Alemanha*, julgado também pela CEDH, também é ilustrativo. A princesa de Mônaco alegou violação ao seu direito à privacidade por fotografos que tiravam fotos de sua vida privada. A CEDH argumentou que além de não violar o direito à privacidade dos indivíduos, “podem existir obrigações positivas inerentes ao respeito pela vida privada ou da família”²⁹.

Se ambos os casos fossem decididos a partir da perspectiva da “narrativa dominante”, não se atribuiria ao estado o dever do estado de tomar medidas operacionais preventivas para proteger a vida ou a privacidade. O estado possuiria o dever de não violar, ele mesmo, tais direitos, mas não lhe seriam imputáveis outras condutas para além desse dever de não intervenção.

A característica dos direitos fundamentais que permite sua aplicação entre particulares é chamada de eficácia horizontal – terceiro elemento do modelo global. Contrapõe-se à eficácia vertical, sustentada pela “narrativa dominante”, em que direitos fundamentais somente são aplicáveis na relação entre estado e indivíduo.

²⁶ MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 5.

²⁷ Convenção Europeia de Direitos Humanos. Art. 2º. Direito à vida. 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.

²⁸ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Osman vs. Reino Unido*, julgado em 1998, p. 33.

²⁹ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Von Hannover vs. Alemanha*, julgado em 2004, p. 22.

O caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, é um famoso exemplo em que foi atribuída eficácia horizontal aos direitos fundamentais. Lüth propôs um boicote a um filme do diretor Harlan, pela associação deste último com o regime nazista. Chegando no Tribunal Constitucional, a corte precisou decidir se o direito à liberdade de opinião impactaria também relações entre particulares. Concluiu fazendo menção à existência de um sistema objetivo de valores que deve ser aplicado em todo o sistema jurídico, de modo que “naturalmente influencia o direito privado também”³⁰.

Por fim, direitos fundamentais não gozam, via de regra, de uma força normativa especial. De acordo com o modelo global, há um modelo de dois níveis em que primeiro se verifica se há interferências no direito fundamental e depois, constatando-se a interferência, é avaliada sua constitucionalidade. Esta avaliação a ser realizada pela segunda etapa é levada adiante pela proporcionalidade e pelo sopesamento e pressupõe as noções que foram objeto dos três últimos itens.

Retomo alguns exemplos já mencionados anteriormente. No caso do artista que deseja pintar um quadro no meio da Avenida Paulista, às 18h de um dia de semana, seu interesse de pintar é protegido pelo direito à liberdade artística. Eventual restrição a este direito somente será legítima se houver uma justificativa constitucional suficiente para tanto – isto é, se essa restrição for proporcional. No caso do ritual religioso que realiza sacrifícios humanos, terá que ser avaliada, igualmente, a proporcionalidade da justificativa para a eventual restrição da liberdade religiosa, que protege *prima facie* o sacrifício.

Direitos fundamentais deixam de ser trunfos e não repelem, de pronto, interferências em seu âmbito de proteção – como sugere a “narrativa dominante”. Não há, nesse sentido, uma força normativa especial. Pelo modelo global, eles serão sopesados uns com os outros para avaliar se as restrições havidas em seu âmbito de proteção são constitucionalmente justificáveis. Isso significa que, via de regra³¹, esses direitos poderão sim ser restringidos, se houver justificativa para tanto.

³⁰ Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 7, 198, julgado em 1958.

³¹ O caso da dignidade da pessoa humana ostenta certa peculiaridade aqui. Alexy esclarece que muito embora passe a impressão de ser um princípio absoluto, é possível sim restringi-lo. Esclarece que a dignidade da pessoa humana possui uma dimensão normativa de regra e outra de princípio. Do sopesamento do princípio, decorrerá uma regra que não necessita de limitação em face alguma possível relação de preferência. Alexy esclarece também que as circunstâncias na qual a dignidade da pessoa humana cederá diante de outro princípio podem se mostrar extremamente raras na prática. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 111-114;

Apresentados brevemente os elementos caracterizadores do modelo global, uma clarificação terminológica se faz oportuna. Muito embora utilize o nome de “modelo global de direitos constitucionais”, Möller analisa apenas casos da CEDH, Alemanha, Reino Unido, África do Sul e Canadá³². Ciente desta realidade, Möller argumenta que a expressão não busca afirmar uma aceitação ampla e generalizada do modelo em todas as jurisdições do mundo, mas apenas que ele não estaria limitado a regiões ou países específicos e que possuiria maior potencial de migração em escala global do que outras concepções de direitos fundamentais³³.

Este hábito dos estudos comparativos é criticado por Hirschl justamente porque não reflete a prática global daquilo que se está analisando³⁴. Para ilustrar seu ponto, o autor utiliza o caricato exemplo das finais da *Major League Baseball* que, apesar de contar com a participação apenas de times norte-americanos, é denominada *The World Series*. Com isso, Hirschl pretende demonstrar seu incômodo com análises generalizantes que partem de um universo restrito – comumente o mesmo – de países³⁵.

Ainda que não seja adequado nomear a construção de Möller de “global”, sua obra é bem-sucedida em identificar uma tendência crescente nas jurisdições constitucionais de vários países, não sendo ele o único que faz este apontamento³⁶.

³² Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, tabela de casos. O autor deixa os Estados Unidos de fora, por julgar que a “narrativa dominante” possui peculiaridades que impedem que se fale efetivamente do uso do modelo global pelos estadunidenses. *Ibidem*, p. 17-19. Sustentando que a Suprema Corte dos Estados Unidos utiliza, por vezes, a essência do teste da proporcionalidade, ver SCHLINK, Bernhard. Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here?. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 22, p. 291-302, 2012.

³³ *Ibidem*, p. 15.

³⁴ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 16.

³⁵ Cf. HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014. O incômodo é compartilhado por Silva, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. How Global is Global Constitutionalism?: Comments on Kai Moller's The Global Model of Constitutional Rights. **Jerusalem Review of Legal Studies**, v. 10, p. 175-186, 2014.

³⁶ Virgílio Afonso da Silva destaca o êxito de Möller em justificar a prática constitucional de cortes de um número crescente de países, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. How Global is Global Constitutionalism?: Comments on Kai Moller's The Global Model of Constitutional Rights. **Jerusalem Review of Legal Studies**, v. 10, p. 175-186, 2014, p. 12. Mencionando o protagonismo da proporcionalidade, ver, dentre outros, JACKSON, Vicki. Being Proportional about Proportionality. **Constitutional Commentary**, v. 21, p. 803-859, 2004; URBINA, Francisco. A Critique of Proportionality. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 57, p. 49-80, 2012; SWEET, Alec Stone, MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 72-164, 2008; KUMM, Matthias. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010; COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 e ALENIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, v. 96, p. 943-1005, 1987. No Brasil, em particular, diversos trabalhos também discutem o assunto. Ver, por exemplo, DIMOULIS, Dimitri e

3.2. Duas concepções de proporcionalidade

A ubiquidade da proporcionalidade no debate constitucional acaba sendo terreno fértil para as confusões de método, em que coisas distintas são tratadas como se fossem iguais. Isso porque, as diversas construções teóricas que estampam o rótulo da proporcionalidade nem sempre possuem o mesmo conteúdo ou partem das mesmas premissas. Há uma dificuldade, portanto, em precisar quais seriam os elementos constitutivos da proporcionalidade.

Como lidar com este problema? É possível realizar um estudo mais amplo das proporcionalidades ou este exercício estaria fadado ao fracasso, por inevitavelmente se distanciar de questões contextuais definitivas para a análise? Pelo fato de a proporcionalidade ser utilizada como técnica de proteção a direitos fundamentais em diversos lugares, haveria dificuldades em tentar transportar suas construções teóricas para diferentes contextos, já que questões particulares de cada ordenamento jurídico e de cada sociedade afetariam o modo pelo qual ela é idealizada e utilizada³⁷.

É justamente por esta razão que Alexy, ao delimitar o objeto de sua teoria dos direitos fundamentais, esclarece que ela *diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição Alemã*³⁸. O autor não estende suas conclusões para o restante do mundo e é enfático ao destacar que sua pretensão se atém ao contexto alemão.

Bomhoff adverte para os riscos de embarcar em jornadas comparativistas a partir de uma noção universal de proporcionalidade, argumentando que, pelo fato de a

MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo. Editora Malheiros, 2017, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, GORZONI, Paula. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, LIMA, Rafael Scabonve Bellem de. **Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica**: o conflito entre princípio e regra. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, GROTERHORST, Rebecca. **Direitos Sociais e Proporcionalidade**: Análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000 e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁷ BOMHOFF, J. **Balancing Constitutional Rights**: the origins and meanings of postwar legal discourse. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 2 e 6.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 31.

proporcionalidade significar coisas distintas em lugares distintos, esta jornada estaria fadada ao fracasso³⁹. O fato de teóricos ou juízes dizerem que usam a proporcionalidade não significa que todos eles a utilizam da mesma maneira. Há, portanto, uma importante diferença entre o *discurso* da proporcionalidade e sua *teoria*⁴⁰. Com relação a este ponto, a cautela de Alexy parece extremamente oportuna.

Não obstante, sendo a maneira dominante pela qual as cortes constitucionais enfrentam questões relativas a direitos fundamentais, a proporcionalidade acabou transcendendo as fronteiras alemãs⁴¹. Por conta disso, apesar das dificuldades e riscos existentes nessas abordagens expansivas, há elementos comuns na proporcionalidade que são mais amplos e que distinguem este teste das demais formas de proteção a direitos.

Francisco Urbina, em estudo minucioso sobre as críticas feitas à proporcionalidade, após identificar as dificuldades mencionadas acima, sustenta que é preciso compreendê-la como um método único. Em suas palavras⁴²:

Considerando a diversidade de jurisdições onde o teste da proporcionalidade é aplicado, é natural que existam diferenças em como o teste é aplicado e compreendido em cada uma dessas jurisdições. Não obstante, teóricos

³⁹ BOMHOFF, J. **Balancing Constitutional Rights**: the origins and meanings of postwar legal discourse. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 2 e 6.

⁴⁰ Ibidem, p. 1.

⁴¹ Mencionando o protagonismo da proporcionalidade, ver, dentre outros, JACKSON, Vicki. Being Proportional about Proportionality. **Constitutional Commentary**, v. 21, p. 803-859, 2004; URBINA, Francisco. A Critique of Proportionality. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 57, p. 49-80, 2012, SWEET, Alec Stone, MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 72-164, 2008, KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 e ALENIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, v. 96, p. 943-1005, 1987. No Brasil, em particular, diversos trabalhos também discutem o assunto. Ver, por exemplo, DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo. Editora Malheiros, 2017, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, GORZONI, Paula. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, LIMA, Rafael Scabonve Bellem de. **Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica**: o conflito entre princípio e regra. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, GROTERHORST, Rebecca. **Direitos Sociais e Proporcionalidade**: Análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000 e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴²Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, 8.

e práticos estão corretos em tratá-la como um método jurídico único que é essencialmente o mesmo em diferentes jurisdições. As questões apresentadas a corte são formuladas essencialmente do mesmo modo a de acordo com as diferentes formulações do teste da proporcionalidade. O tipo de argumentação exigida dos juízes e de outros que usam o teste é o mesmo: racionalidade meio-fim e sopesamento para pesar os interesses, valores ou princípios em jogo. E o teste desempenha a mesma função nas diferentes jurisdições: determinar se os efeitos negativos de uma medida governamental negativa em interesses protegidos por direitos humanos são aceitáveis ou se eles são de algum modo excessivos e, conseqüentemente, uma violação de direitos humanos.

Esta postura não trata a proporcionalidade como técnica universal. Ao contrário, ao indicar os elementos comuns presentes no *discurso* e na *teoria* da proporcionalidade, o jurista chileno confere espaço às diferentes conformações que o teste poderá vir a ter na prática, sustentando, no entanto, que a proporcionalidade deve ser vista como um método jurídico único, de forma mais ampla. Isso porque a forma pela qual as demandas são elaboradas nas diferentes cortes pela proporcionalidade é essencialmente a mesma, assim como o tipo de argumentação que é exigido dos juízes e a função exercida por ela.

Urbina identifica, a partir daí, dois grandes modos de enxergar a proporcionalidade: um que enfatiza a maximização de princípios, valores ou interesses e outro que valoriza a argumentação moral⁴³. Essas duas concepções de proporcionalidade compartilham os pressupostos do modelo global, que sustenta que direitos fundamentais (i) têm seu escopo ampliado e não fornecem proteções definitivas de antemão, (ii) abrangem também obrigações positivas do estado, (iii) são aplicáveis não apenas na relação estado e indivíduo, mas também entre particulares e (iv) têm a proporcionalidade e o sopesamento como seu método central de proteção⁴⁴.

Essas duas concepções de proporcionalidade são permeadas por uma outra dicotomia. Urbina argumenta que a proporcionalidade pode ter falhas de natureza moral ou de natureza técnica⁴⁵. A perspectiva moral tem por objetivo descobrir as considerações

⁴³ A distinção foi elaborada por Urbina. Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 9.

⁴⁴ Essas características são identificadas por Kai Möller, na descrição daquilo que concebe como um modelo global de direitos constitucionais. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁴⁵ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 10.

morais relevantes em um problema particular. Ela tenta estabelecer o que seria uma solução correta ou razoável para o caso e quais seriam as razões corretas para justificar sua conclusão. Enfatiza, assim, os diferentes tipos de razões que devem ser consideradas nos diferentes tipos de casos⁴⁶. Já a perspectiva técnica, tem por objetivo analisar o (in)sucesso das categorias legais em expressar as demandas de moralidade através do direito, considerando as circunstâncias dos casos no mundo real, para que a aplicação dessas categorias aumente o máximo possível a probabilidade de uma decisão razoável dos casos⁴⁷. Em resumo, uma foca no conteúdo das razões e outra no desenho da categoria jurídica.

As duas proporcionalidades partem da mesma estrutura analítica, muito embora seu modo de lidar com ela seja consideravelmente distinto. Essa estrutura é composta pelos seguintes subtestes⁴⁸:

a) Objetivo legítimo: a medida que interfere em um direito deve ter um objetivo suficientemente importante. O que conta como tal objetivo é comumente estabelecido em termo gerais pelo instrumento garantindo o direito afetado.

b) Adequação: a medida que interfere em outro direito deve ser apta a alcançar o objetivo legítimo.

c) Necessidade: a medida deve impactar o mínimo possível o direito afetado.

d) Proporcionalidade em sentido estrito: quando a redução no aproveitamento do outro direito é sopesada com a importância de realização do objetivo da medida, ela deve representar um ganho em rede.

A sistematização do debate nesses termos evita algumas confusões frequentemente presentes⁴⁹. Como ficará claro, as virtudes da concepção maximizadora não

⁴⁶ Ibidem, p. 10.

⁴⁷ Ibidem, p. 10-11.

⁴⁸ Cf. URBINA, Francisco. A Critique of Proportionality. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 57, p. 49-80, 2012, p. 49. Muito embora exista uma lógica em se seguir estes subtestes na ordem listada, este não deve ser o elemento central a pautar a análise. Pode ser que um ou outro elemento possua maior destaque em algum caso concreto e que seja conferida maior ênfase a ele. O que importa é que a essência do raciocínio reste preservada, sendo essa ordenação de menor importância. Cf. SCHLINK, Bernhard. Proportionality (1). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 718-737, 2012, p. 725-726.

⁴⁹ URBINA, Francisco. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 10.

são imputáveis à concepção moral e vice-versa. Cada qual tem seus pontos fracos e fortes e, por privilegiarem aspectos distintos, são suscetíveis a diferentes tipos de críticas.

3.2.1. Proporcionalidade enquanto maximização

A proporcionalidade enquanto maximização é possivelmente a que goza de maior prestígio no cenário internacional⁵⁰. Autores como Barak⁵¹, Beatty⁵², e, principalmente, Robert Alexy⁵³, possuem trabalhos relevantíssimos no tema e muito contribuíram para o debate no direito constitucional. A teoria dos princípios idealizada por Alexy é tão bem-sucedida e discutida, dentro e fora da Alemanha, que Augsberg chega a falar na existência de uma “indústria da teoria dos princípios”, questionando, provocativamente, se não haveria também, *a contrario sensu*, uma *indústria da crítica à teoria dos princípios*⁵⁴.

Orientada para estabelecer qual alternativa realiza mais das propriedades relevantes no caso, sejam elas princípios, interesses ou importância social marginal, a proporcionalidade enquanto maximização tem como premissa⁵⁵:

[...] a visão que conflitos sobre direitos humanos são conflitos cuja solução requer que se relacione o direito em jogo com o bem público ou outro direito concorrente, e que se determine se a perda no lado do direito afetado é, de algum modo, compensada pelos benefícios no lado do direito ou bem público concorrentes.

Eventuais interferências em direitos fundamentais precisam ser justificadas a partir de ganhos em outros princípios, interesses ou importância social. A questão elementar aqui é se os ganhos de um lado são suficientes para compensar as perdas do outro. É este exercício de comparação quantitativa que caracteriza a maximização.

⁵⁰ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 17.

⁵¹ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁵² David Beatty. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011.

⁵⁴ AUGSBERG, Ino. A Desunidade da Razão na Multiplicidade de suas Vozes – A Teoria da Ponderação e a sua Crítica como um Programa Jurídico-Teórico, in CAMPOS, Ricardo (Org.), **Crítica da Ponderação**. São Paulo: Saraiva, p. 19-36, 2016, p. 19-20.

⁵⁵ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 35.

Cada um dos modelos de proporcionalidade que analisarei escolhem um elemento determinante para ser maximizado. Para Alexy, são os princípios⁵⁶; para Barak, a importância social marginal⁵⁷; para Beatty, os interesses das partes⁵⁸. Todos eles seguem essa lógica de comparação quantitativa, em que para uma medida legislativa que interfira em um direito fundamental possa ser considerada proporcional, é preciso que os ganhos superem as perdas. Se este ganho em rede não for comprovado, a medida legislativa é tida como desproporcional.

A comparação quantitativa pressupõe, evidentemente, a própria possibilidade de comparação entre esses elementos. Para tanto, é preciso que exista um elemento comum para servir como parâmetro dessa comparação. Numa escolha entre X e Y, a opção é sempre feita em favor daquele que realizar mais dessa propriedade comum, maximizando-a.

Sob as luzes da perspectiva moral, esta concepção de proporcionalidade enfatiza a maximização de algo, já que o que é moralmente relevante para ela é eger a opção que mais realiza alguma propriedade. Centrada neste aspecto, a proporcionalidade enquanto maximização acaba negligenciando o conteúdo das razões morais em casos envolvendo direitos fundamentais⁵⁹. Não questiona, por exemplo, a legitimidade dos meios de determinada intervenção legislativa, indagando apenas se essa intervenção persegue um objetivo legítimo. Esta investigação da qualidade moral dos meios da intervenção não é feita, a não ser de modo indireto e insuficiente quando da análise da legitimidade do fim perseguido pela medida⁶⁰.

No caso do artista que deseja pintar um quadro no meio da Avenida Paulista, às 18h de um dia de semana, a proporcionalidade apenas analisa se o fim perseguido pelo artista ao menos fomenta um objetivo legítimo – como a liberdade artística. Não é relevante discutir, por si só, se é legítimo pintar um quadro em uma rua movimentada, que foi o meio escolhido para perseguir este fim. Ao dizer que caso o artista pintasse o quadro de madrugada no mesmo lugar se interferiria menos no direito de ir e vir dos outros cidadãos, nada é dito sobre a legitimidade do primeiro ou do segundo meio. A legitimidade somente é relevante

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011.

⁵⁷ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁵⁸ David Beatty. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁵⁹ Para uma avaliação crítica, ver TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights?. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, 2009.

⁶⁰ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 37.

para saber se ambos os caminhos têm respaldo em algum objetivo legítimo, como a promoção da liberdade artística. Depois disso, não se fala mais em legitimidade, pois a discussão passa a ser sobre qual das medidas representa maior ganho em rede perante uma propriedade relevante, em um viés quantitativo⁶¹.

Se a perspectiva técnica é definida pela capacidade de uma categoria expressar as considerações morais relevantes, a análise sobre a proporcionalidade enquanto maximização deve ser levada adiante a partir de uma avaliação de sua capacidade em efetivamente maximizar as propriedades que julga relevante, já que isso é o que é moralmente relevante para ela.

Seu modo de lidar com os quatro subtestes é pensado para atingir este fim. Busca-se sempre a maximização de algo, culminando na avaliação daquilo que representa o maior ganho em rede entre as alternativas possíveis. Primeiro ela investiga se há algum objetivo legítimo que se relaciona com a medida que interfere no direito fundamental (objetivo legítimo); em seguida, questiona se a medida é apta a fomentar este objetivo legítimo (adequação); depois, verifica se existe alguma outra medida menos intrusiva para realizar esse direito com a mesma intensidade (necessidade); e, por fim, analisa se esta medida produz mais satisfação desse direito do que se perde com a limitação do outro direito. Ou seja, deve-se ganhar ao máximo e perder o mínimo possível⁶².

3.2.2. Proporcionalidade como canal para argumentação moral

No caso da proporcionalidade vista como canal para a argumentação moral, a preocupação maior é com a justificação da interferência legislativa no direito fundamental, deixando as categorias analíticas dos subtestes em segundo plano. Muda-se o paradigma da “cultura de autoridade”, tendente a sobrepor os fins aos meios, para a “cultura de justificação”, que exige do estado, de modo geral, justificativa razoável para qualquer ação governamental⁶³.

⁶¹ O exemplo toma como base o modelo de Alexy. A linguagem seria ligeiramente distinta se utilizasse outros autores, embora a lógica da maximização permanecesse inalterada.

⁶² URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 36.

⁶³ Cf. COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Ver também URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 126.

Embora lance mão da mesma estrutura analítica, composta pelos quatro subtestes da proporcionalidade, ao contrário do modelo maximizador, a concepção moral permite que os juízes enfrentem diretamente as razões dadas pelas partes a partir de uma argumentação não constrangida por um método legal ou categorias jurídicas. Este ponto é esclarecido por Urbina⁶⁴:

(...) proporcionalidade é entendida como permitindo que qualquer razão moral relevante seja avaliada para estabelecer qual dos valores, princípios ou interesses em conflito devem prevalecer; particularmente, o último estágio demandará não a aplicação de um método concreto (como aquele proposto pelas teorias da concepção maximizadora de proporcionalidade), mas um método em que o juiz engaje diretamente com as razões fornecidas pelas partes e as avalie através da argumentação prática, sem limitações de um método específico ou outras categorias jurídicas. A ideia de justificação está no centro das principais teorias da proporcionalidade enquanto canal para argumentação moral.

A proporcionalidade é vista como uma exigência de justificação em sentido mais amplo e desprendido das amarras das categorias analíticas. Se na concepção maximizadora predominava a perspectiva técnica, aqui predomina a perspectiva moral. Sem o rigor das categorias analíticas, os juízes podem argumentar de modo mais livre sobre as questões morais relevantes dos casos. Sob a perspectiva técnica, é justamente a ausência dessas amarras analíticas o elemento marcante nesta concepção de proporcionalidade.

Não há uma preocupação em buscar a maximização de alguma propriedade. Na concepção moral, as interferências legislativas nos direitos fundamentais devem apenas oferecer uma justificativa razoável para que possam ser reputadas como proporcionais⁶⁵.

3.2.3. A incompatibilidade das duas concepções

Perspectivas distintas marcam as duas concepções de proporcionalidade apresentadas até aqui. Para a proporcionalidade enquanto maximização, o sopesamento consiste numa comparação quantitativa dos direitos envolvidos, enquanto para a

⁶⁴ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 126.

⁶⁵ Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012 e KUMM, Mattias, WALEN, Alec. D. Human Dignity and proportionality: Deontic pluralism in balancing. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper no. 13-03, 2013.

proporcionalidade como canal para a argumentação moral, o que importa é a análise qualitativa das razões a favor ou contra alguma medida.

Como ficará claro no decorrer deste trabalho, por partirem de premissas substantivamente distintas, as duas concepções de proporcionalidade não podem ser analisadas sob a mesma ótica⁶⁶. É preciso reconhecer as nuances e particularidades de cada uma. As virtudes e os vícios delas não são, portanto, reciprocamente imputáveis. Ao contrário, são mutuamente excludentes. De acordo com Urbina⁶⁷:

Mas quanto as duas concepções são claramente definidas, fica evidente que elas são incompatíveis. A proporcionalidade não pode ser estreita e técnica e, ao mesmo tempo, permitir que qualquer consideração seja avaliada através de uma argumentação moral livre e desprendida das categorias analíticas.

Em virtude deste cenário, a sistematização do debate constitucional nesses termos é de extrema relevância. Afinal, trata-se do método dominante de proteção a direitos fundamentais no mundo⁶⁸, o que eleva ainda mais o ônus de precisão daqueles que estudam e aplicam a proporcionalidade.

⁶⁶ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 9.

⁶⁷ Ibidem, p. 10.

⁶⁸ Mencionando o protagonismo da proporcionalidade, ver, dentre outros, JACKSON, Vicki. Being Proportional about Proportionality. **Constitutional Commentary**, v. 21, p. 803-859, 2004; URBINA, Francisco. A Critique of Proportionality. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 57, p. 49-80, 2012, SWEET, Alec Stone, MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 72-164, 2008, KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013 e ALENIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, v. 96, p. 943-1005, 1987. No Brasil, em particular, diversos trabalhos também discutem o assunto. Ver, por exemplo, DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo. Editora Malheiros, 2017, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, GORZONI, Paula. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, LIMA, Rafael Scabonve Bellem de. **Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica**: o conflito entre princípio e regra. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, GROTERHORST, Rebecca. **Direitos Sociais e Proporcionalidade**: Análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000 e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Com efeito, temos em jogo duas características que cultivam valores opostos. O apreço pela estruturação aprofundada das categorias analíticas, encontrado na perspectiva técnica impossibilita, por si só, que falemos em uma argumentação moral livre. Ora, se há um grande número de parâmetros e categorias guiando a argumentação, ela naturalmente não poderá ser livre. Deverá respeitar esses parâmetros.

O inverso ocorre com a concepção moral. Cultuando essencialmente a liberdade na argumentação, a fim de permitir que juízes enfrentem diretamente os pontos substantivos dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto, é inviável pensarmos em parâmetros detalhados guiando a argumentação. A inserção de balizas argumentativas para guiar o debate terá o inevitável efeito de torná-lo menos livre.

Assim, muito embora as duas concepções estejam sob o rótulo da proporcionalidade, não é possível tratá-las da mesma forma. São nítidas as diferenças entre elas.

4. A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO NA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO MAXIMIZAÇÃO

A característica marcante da proporcionalidade enquanto maximização é o exercício de comparação que ela propõe. Em uma colisão entre direitos fundamentais, deve-se, no final das contas, escolher a medida interventiva que representa o maior ganho em rede. Isto é, terá preferência a opção que trouxer maiores ganhos ao direito privilegiado e menores perdas ao direito preterido.

Neste capítulo, abordarei de modo central o pensamento Robert Alexy⁶⁹, Aharon Barak⁷⁰ e David Beatty⁷¹ – três autores que ilustram bem a ideia de proporcionalidade enquanto maximização. Muito por conta do rico debate encontrado no âmbito da teoria dos princípios⁷², conferirei certo destaque ao pensamento de Alexy.

Procurarei relatar como esses modelos teóricos distribuem competências entre o Judiciário e o Legislativo na realização do controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos que intervenham em direitos fundamentais. O fato de seguirem a lógica da maximização trará consequências similares, sob uma perspectiva mais ampla, no modo como operam essa alocação de poder. Isso será abordado mais adiante no trabalho⁷³.

4.1. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

A teoria de Alexy é a que mais despendeu esforços na estruturação analítica de seu arcabouço conceitual⁷⁴. Aqui, vemos a perspectiva tecnicista em sua máxima potência. Repleta de categorias e parâmetros para guiar a argumentação e com um notável esforço de coerência interna, esta teoria segue detidamente a lógica da maximização. Para ela, a

⁶⁹ Tomando por base sua obra central. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011.

⁷⁰ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁷¹ David Beatty. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁷² Sobre o protagonismo da teoria dos princípios – tanto para abraça-la como para criticá-la - ver AUGSBERG, Ino. A Desunidade da Razão na Multiplicidade de suas Vozes – A Teoria da Ponderação e a sua Crítica como um Programa Jurídico-Teórico, in CAMPOS, Ricardo (Org.), **Crítica da Ponderação**. São Paulo: Saraiva, p. 19-36, 2016.

⁷³ Cf. capítulo 6 deste trabalho.

⁷⁴ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, Urbina, p. 21.

propriedade a ser maximizada são os princípios, equiparáveis, segundo seus próprios termos, a noção de direitos fundamentais⁷⁵.

Na construção de seu modelo, Alexy parte de algumas premissas, imprescindíveis para compreendê-lo adequadamente. São as seguintes: a distinção estrutural entre regras e princípios, a teoria dos princípios, o suporte fático amplo, a teoria externa, a ideia de constituição como ordem moldura e a possibilidade de restrição a direitos fundamentais.

Delimitado este ponto de partida, Alexy trabalha a noção de princípios formais e de discricionariedade, que são as principais categorias responsáveis pela delimitação do espaço de atuação entre o Judiciário e o legislativo em sua teoria.

4.1.1. Premissas de Alexy

No intuito de possibilitar a adequada compreensão do modelo teórico de Alexy, sobretudo dos conceitos de princípio formal e discricionariedade, abordarei, de modo objetivo, as premissas de que o autor parte em seu pensamento.

4.1.1.1. A distinção entre regras e princípios

É possível distinguir regras e princípios de diversas formas. No Brasil, por exemplo, popularizaram-se distinções que tomam por critério o grau de importância ou a generalidade. Regras seriam menos importantes e mais concretas, enquanto princípios seriam os mandamentos nucleares relevantes do sistema, veiculados em comandos abstratos⁷⁶.

Alexy, contudo, parte de um critério estrutural. Inspirado no modelo de Dworkin⁷⁷, o jurista alemão defende que regras e princípios protegem estruturas de direitos

⁷⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 575.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 53-59. Conferir também os apontamentos feitos por Silva, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002.

⁷⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014, p. 23 e ss. e 73 e ss. Apesar de partirem deste ponto em comum, as teorias de Dworkin e Alexy são marcadas por profundas diferenças. Um aspecto central do pensamento de Dworkin é a defesa da tese da única resposta correta, rechaçada por Alexy. O jurista alemão sustenta a possibilidade de inúmeras respostas ótimas. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 91. Contrapondo os modelos de Dworkin e outros autores com modelos como os de Alexy, ver TREMBLAY, Luc. B. An

qualitativamente distintas. Para Alexy, regras garantem direitos definitivos e princípios garantem direitos *prima facie*.

Quando lemos os dizeres “é proibida a entrada de animais no metrô” em uma placa, estamos diante de uma regra, o que significa dizer que este comando deve ser obedecido em sua integralidade. É uma relação de tudo ou nada: se você está com seu animal de estimação, não pode entrar no metrô; se não está, pode entrar.

E se duas regras conflitarem? Às pessoas cegas, por exemplo, é assegurado o direito de estarem acompanhadas de um cão-guia. Nesta situação, temos duas regras prescrevendo deveres de conduta distintos e contrapostos: uma proíbe a entrada do animal e a outra permite. Quem está habituado a lidar com normas jurídicas logo percebe que há aqui um conflito parcial entre as regras, que deve ser resolvido a partir da máxima “lei especial derroga lei geral”, instituindo uma exceção. Eventuais exceções devem ser lidas como se integrassem a própria regra⁷⁸.

No caso do cão-guia, o conflito foi apenas parcial. É possível, no entanto, que haja um conflito total entre regras. Suponhamos que uma nova lei autorize a entrada de animais no metrô de modo generalizado ou, ainda, que a Constituição seja emendada para autorizar a entrada de animais no metrô. Nos dois casos, fica evidente a incompatibilidade entre os dois comandos normativos. Aqui, os conflitos são resolvidos a partir das máximas “lei posterior derroga lei anterior” e “lei superior derroga lei inferior”, respectivamente. Sendo a incompatibilidade total, não há margens para a instauração de uma cláusula de exceção e uma das regras terá que ser declarada inválida. O que é importante notar do exemplo é que os conflitos de regras se resolvem sempre no âmbito da validade.

Os princípios, ao contrário das regras, não garantem direitos definitivos, mas apenas *prima facie*. Alexy afirma que princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes⁷⁹. Um artista que deseje pintar um quadro no meio da Avenida Paulista no horário de pico tem seu direito *prima facie* garantido pela liberdade artística. Isso não quer dizer que a liberdade

egalitarian defense of proportionality-based balancing. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n.4, p. 864-890, 2014.

⁷⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 92. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 45 e DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014, p. 39-40.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 90.

artística respaldará, definitivamente, sua conduta. Há uma diferença entre aquilo que é garantido *prima facie* e aquilo que é garantido definitivamente. A definição do âmbito de proteção do direito é tarefa da teoria dos princípios.

4.1.1.2.A teoria dos princípios

O conflito entre regras se resolve no âmbito da validade, com a declaração parcial ou total de invalidade de uma delas. Sendo os princípios mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, o conflito entre eles se resolve a partir da fixação de uma relação condicionada de precedência⁸⁰. Isso decorre da própria natureza dos princípios e significa dizer que, em um caso concreto, será definido qual deles prevalecerá.

No caso do artista, por exemplo, seu desejo de pintar o quadro na Avenida Paulista está protegido pela liberdade artística (P1), ao mesmo tempo que interfere no direito de ir e vir dos demais indivíduos (P2). Se a obra for realizada no horário de pico (C1), P2 prevalecerá sobre P1. Agora, se o artista quiser pintar o quadro de madrugada (C2), P1 prevalecerá sobre P2. Esta é a chamada lei de colisão, que, de acordo com Alexy⁸¹:

(...) é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.

O contexto dado pelas diferentes condições (C1 ou C2) resultará na precedência da liberdade artística do artista (P1) ou do direito de ir e vir dos indivíduos (P2). Daí decorre a primeira lei do sopesamento, estabelecendo 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*⁸².

Prevalecendo um ou outro princípio, não há uma declaração de invalidade daquele que fora preterido, nem mesmo a instituição de uma cláusula de exceção. Ambos seguem garantindo inúmeros direitos *prima facie*. O que ocorre é que, a partir da fixação da

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 94-103.

⁸¹ Ibidem, p. 99.

⁸² Ibidem, p. 167.

relação condicionada de precedência a partir da lei de colisão, é criada uma norma de direito fundamental atribuída, que funcionará como uma regra específica para aquele caso concreto⁸³. Pelo fato de possuírem esta natureza expansiva, a colisão entre princípios será algo comum e esperado. É preciso, então, saber como resolvê-la.

4.1.1.3. Restrições a direitos fundamentais: suporte fático amplo e teoria externa

Para Alexy, existe uma diferença entre a restrição e a violação de um direito fundamental. Contanto que haja uma justificativa constitucional, é possível restringir um direito fundamental. No entanto, inexistindo justificativa constitucional, a interferência se transforma em uma violação ao direito. Isso porque a proporcionalidade está inserida em um modelo de dois níveis, em que primeiro se analisa se houve alguma interferência em um direito fundamental, para depois verificar se essa interferência é justificável. As noções de suporte fático amplo e de teoria externa auxiliarão a compreender o conceito de restrição de Alexy.

O suporte fático é a estrutura analítica responsável pela ativação da consequência jurídica da norma, quando preenchidos certos requisitos. Ele pode ser abstrato ou concreto. O abstrato diz respeito à descrição dos fatos feita pela norma e à imputação de consequências jurídicas pela eventual ocorrência desse fatos, enquanto que o concreto se refere à própria ocorrência desses fatos que a norma juridicizou⁸⁴.

Com isso em mente, a noção de suporte fático amplo está intimamente ligada à natureza expansiva dos princípios⁸⁵ e ao seu caráter *prima facie*. No modelo de dois níveis, o suporte fático amplo enfatiza a justificação (segunda etapa), já que possui balizas flexíveis para a inclusão de situações fáticas em sua proteção *prima facie* (primeira etapa). Por conta disso, é de extrema importância a distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que será protegido definitivamente e que passará a representar o próprio conteúdo do direito fundamental.

Segundo Alexy, *uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor*

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 102.

⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 67-68.

⁸⁵ O modelo global de Möller destaca essa como uma de suas características centrais. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

de sua proteção⁸⁶. O autor enumera dois parâmetros a serem observados para a operacionalização da noção de suporte fático amplo⁸⁷:

- (1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes.
- (2) No campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas.

O suporte fático seria composto pelo âmbito de proteção de cada princípio – vale dizer, a descrição dos fatos feita pela norma – e pela intervenção neste âmbito de proteção⁸⁸. Muito embora não convenha analisar aqui as teorias do suporte fático restrito⁸⁹, Alexy sustenta a vantajosidade do suporte fático amplo, do ponto de vista da exigência de justificação das decisões, em comparação com o restrito. Segundo o autor, a exclusão de antemão de condutas defendida pelo suporte fático restrito – situação já mencionada quando apresentei o modelo global de direitos constitucionais⁹⁰ - encontraria dificuldades em explicar o porquê de se excluir determinadas condutas do âmbito de proteção do direito fundamental e de se manter outras⁹¹.

Retomemos brevemente o caso do artista que deseja pintar um quadro no horário de pico de uma avenida movimentada. O suporte fático amplo da liberdade artística confere uma proteção *prima facie* ao artista, dado que há a relação mínima entre sua conduta e a prescrição normativa do direito fundamental. Em colisão com a liberdade artística, temos o direito de ir e vir dos demais cidadãos, aos quais também é assegurada uma proteção *prima*

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 322.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 322.

⁸⁸ Como a ativação da consequência jurídica prescrita pela norma dependerá da não justificação da interferência, Virgílio Afonso da Silva inclui também a fundamentação constitucional no conceito de suporte fático. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 74.

⁸⁹ Conferir, dentre outros, MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁹⁰ Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012 e item 3.1 deste trabalho.

⁹¹ Virgílio Afonso da Silva elenca o “conservadorismo” como um dos problemas do suporte fático restrito. O autor sustenta que esta opção teórica não é apta a acompanhar as constantes mudanças da sociedade. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 95-97. Por outro lado, autores como Laurentiis sustentam que o suporte fático amplo é um dos responsáveis por erodir a dogmática dos direitos fundamentais, já que o conceito e o conteúdo dos direitos perderiam relevância em favor de justificativas generalizantes. Cf. LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo. Editora Malheiros, 2017.

facie em virtude deste direito. Pela teoria dos princípios, a colisão se resolverá a partir da fixação de uma relação condicionada de precedência de um direito em detrimento do outro⁹². Em outras palavras, um dos direitos terá que ser restringido e essa restrição deve ser constitucionalmente justificada, sob pena de restar caracterizada uma violação ao direito fundamental.

Tratando agora da perspectiva do direito e de suas limitações, a teoria externa sustenta a existência de restrições e colisões entre direitos fundamentais⁹³ e a consequente distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente. Para esta teoria, a relação entre direito e restrição é dada em dois momentos⁹⁴:

Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de *teoria externa*.

Na teoria interna, ao contrário, há apenas o direito, uma vez que todas as suas limitações lhe são imanentes⁹⁵. Não há que se falar em restrição, pois tudo o que deve ser analisado se encontra dentro do próprio direito e seu conteúdo é definido de antemão⁹⁶. Partindo dessa lógica, se fossemos utilizar o exemplo do artista, seria possível sustentar que tumultuar a cidade não é uma situação protegida pela liberdade artística, de modo que o artista simplesmente não teria a proteção deste direito fundamental neste caso. Os cidadãos, por outro lado, teriam como exigir a adequada proteção de seu direito de ir e vir, abrangido pela situação.

O modelo de dois níveis e a ideia de restrições a direitos conduzem a uma solução oposta. Primeiro deve se analisar se houve alguma interferência em um direito fundamental e depois se verificar se essa interferência é justificável. Portanto, aquilo que é protegido *prima facie* por um direito fundamental somente receberá proteção definitiva se

⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 94-103.

⁹³ BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 68-70.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 277.

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 277 e SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 128.

⁹⁶ Convém destacar que não há uma relação necessária entre a adoção do suporte fático restrito e a adoção da teoria interna. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 158.

a interferência nesse direito for constitucionalmente justificada. Qualquer medida que promova a satisfação de um direito, intervindo em outro, deve fundamentar sua intervenção. Suponhamos que o Legislativo faça uma lei autorizando a pintura de quadros em qualquer lugar e horário, com o objetivo de incentivar ao máximo a produção artística. A restrição em outros direitos – como o de ir e vir, sendo a pintura feita em uma avenida movimentada – não seria justificada neste caso e a liberdade artística seria preterida. Se a lei condicionasse a possibilidade de realizar obras de arte em locais públicos à não perturbação dos demais cidadãos, prevaleceria a liberdade artística. Da colisão entre direitos fundamentais, é fixada uma relação condicionada de precedência e uma norma de direito fundamental atribuída para o caso concreto⁹⁷, que representa a proteção definitiva conferida por um direito fundamental nessa situação específica.

4.1.1.4. Constituição como ordem moldura

Deixando as questões estruturais dos direitos fundamentais e já nos aproximando do cerne da discussão proposta, convém esclarecer brevemente o ideal de constituição que Alexy tem em mente. A concepção da constituição como ordem moldura se vale da comparação com um quadro para explicar um determinado paradigma de liberdade legislativa. De acordo com esta ideia, a constituição seria apenas a moldura desse quadro, de modo que o legislador teria liberdade para pintar a tela como melhor entendesse, desde que não extrapolasse os limites postos pela moldura.

Essa ideia pretende ser um ponto intermediário entre outras duas noções a que se contrapõe: a ideia de constituição-fundamento e de constituição-lei. Os nomes já sugerem uma concepção sobre o papel do Legislativo, mas uma breve explanação é oportuna. A constituição-fundamento seria aquela em que não é conferido nenhum espaço à ação legislativa, já que as normas constitucionais dariam conta de toda a regulação da sociedade, dispensando o trabalho do legislador⁹⁸. A constituição-lei se situa no outro extremo, entendendo que a constituição não subordina o Legislativo, mas está à disposição dele⁹⁹.

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 99-103.

⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 112-113. Martin Loughlin entende que a teoria dos princípios resulta na constituição-fundamento, onipresente, sem deixar espaços para o Legislativo. Cf. LOUGHLIN, Marin. The Silence of Constitutions. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 3, 2018.

⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 111.

A constituição como ordem moldura seria, então, o ponto intermediário, em que a atuação do legislador seria permitida, sem que se desrespeitasse as balizas constitucionais. Desse modo, a moldura seria o fundamento e o limite de sua atuação.

4.1.2. *A demarcação dos espaços de atuação do Legislativo e do Judiciário segundo Alexy*

Nos itens anteriores, vimos uma breve descrição de como a proporcionalidade de Alexy está estruturada do ponto de vista metodológico e de como ela resolve colisões materiais entre direitos fundamentais. Responsável por verificar a constitucionalidade das interferências em direitos fundamentais, a proporcionalidade tal como concebida por Alexy é composta por três subtestes¹⁰⁰:

a) Adequação: a medida que interfere em outro direito deve ser apta a ao menos fomentar o objetivo legítimo pretendido.

b) Necessidade: eventual medida alternativa deve impactar o mínimo possível o direito afetado, alcançado o objetivo legítimo pretendido com a mesma intensidade das demais alternativas.

c) Proporcionalidade em sentido estrito: quando a redução no aproveitamento do outro direito é sopesada com a importância de realização do objetivo da medida, ela deve representar um ganho em rede.

Retomemos o exemplo da lei que autoriza práticas artísticas em vias públicas, em qualquer horário. Essa medida ao menos fomenta um objetivo legítimo, qual seja, a liberdade artística. Da mesma forma, muito embora interfira no direito de ir e vir dos cidadãos, realiza na máxima intensidade a liberdade artística, em comparação com eventual medida alternativa¹⁰¹. A lei é, assim, adequada e necessária, restando a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Neste caso, a intervenção no direito de ir e vir dos cidadãos é séria, enquanto que a promoção da liberdade artística nesses termos é apenas

¹⁰⁰ Essencialmente, é o mesmo conceito de Urbina que apresentei no capítulo 3. Alexy apenas une os dois primeiros subtestes em uma só etapa, denominando-a de adequação. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 116 e ss.

¹⁰¹ A análise da necessidade pode vir a ser muito mais complexa do que este exemplo. A intenção aqui é apenas ilustrar uma possível aplicação do subteste, deixando em suspenso as discussões sobre a necessidade. Sobre as dificuldades envolvendo a necessidade, ver ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 118.

média. A medida é, por conta disso, desproporcional, devendo prevalecer o direito de ir e vir dos cidadãos. Afinal, a primeira lei do sopesamento 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*¹⁰².

Se direitos fundamentais são princípios, eles devem ser realizados na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O modelo de Alexy é estruturado a partir dessa premissa. Por isso, a adequação e a necessidade são responsáveis por avaliar as possibilidades fáticas de realização dos direitos fundamentais. Primeiro é avaliado se determinada medida concreta ao menos fomenta a realização de um objetivo legítimo – em geral, um direito fundamental – e depois se compara essa medida com outras possíveis opções para verificar se alguma delas realiza, na mesma intensidade e interferindo menos no direito afetado, o objetivo legítimo pretendido. Passando nas duas primeiras etapas, a proporcionalidade em sentido estrito verifica a realização das possibilidades jurídicas dos direitos envolvidos. *A possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico*¹⁰³.

Se a proporcionalidade serve para resolver colisões materiais entre direitos fundamentais, em que momento surgem seus problemas relativos à distribuição de competências? Para Alexy, eles decorrem da noção de otimização, que é um dos alicerces da teoria dos princípios¹⁰⁴. O fato de direitos fundamentais serem concebidos a partir da ideia de suporte fático amplo e da teoria externa, devendo ainda ser realizados na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, criaria um cenário de clara expansão desses direitos, que colidiriam o tempo todo. Sendo as cortes constitucionais as responsáveis por guardar a constituição, lhes é atribuído o papel de resolver esses conflitos envolvendo direitos fundamentais¹⁰⁵. Com isso, muitos sustentam que passamos a viver em um “governo de juízes”, com uma onipresença do Judiciário na vida constitucional do estado¹⁰⁶. Alexy resume a crítica da seguinte forma¹⁰⁷:

¹⁰² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 167.

¹⁰³ Ibidem, p. 116.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 511.

¹⁰⁵ Cf. SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

¹⁰⁶ Cf. LOUGHLIN, Marin. The Silence of Constitutions. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 3, 2018.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 511.

(...) a tese da otimização – sem a qual a teoria dos princípios não seria a teoria dos princípios – leva a uma expansão dos direitos constitucionais, que, por sua vez, acarreta uma constitucionalização excessiva do sistema jurídico. De acordo com Ernst-Wolfgang Böckenförde, a consequência institucional é a “mudança de um estado parlamentar-legislativo para um estado constitucional-judicial”. Em resumo a teoria dos princípios é reprovada por ser incapaz de determinar, de um modo adequado, a relação entre direitos constitucionais e o controle de constitucionalidade e da democracia.

Como resposta a estes questionamentos, Alexy desenvolve a teoria das discricionariedades, que tem por objetivo demonstrar que a teoria dos princípios e a proporcionalidade são sim compatíveis com um ideal de separação de poderes calibrado, em que o Legislativo também tem voz. A teoria das discricionariedades é, desse modo, uma tentativa de construção teórica de um modelo adequado de preservação da discricionariedade legislativa¹⁰⁸.

Discricionariedade significa, aqui, liberdade de decisão. Isto é, quando estiver diante de uma situação que enseje a discricionariedade, o tomador de decisão poderá escolher livremente uma ou outra alternativa, sem qualquer constrangimento¹⁰⁹. A discricionariedade poderá ser de duas ordens: estrutural ou epistêmica. Cada uma delas diz respeito à liberdade para tomar decisões em duas dimensões distintas quando da aplicação da proporcionalidade. A primeira delas corresponde àquelas situações em que a constituição não estabelece o que seria constitucionalmente devido, havendo liberdade para o tomador de decisão decidir livremente por conta disso. A segunda, corresponde àquelas situações em que não se sabe o que é constitucionalmente devido, elemento este que afeta a liberdade daquele que está decidindo.

Neste trabalho, analisarei a discricionariedade para decidir sob a perspectiva do legislador, no âmbito do controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos que intervenham em direitos fundamentais.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 512.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 611-627.

4.1.2.1. Discricionariiedade estrutural

A discricionariiedade estrutural corresponde à margem de ação que o legislador possui quando as normas constitucionais nem proíbem nem obrigam algo, facultando sua atuação. Nesses casos, ao contrário do que ocorre com a discricionariiedade epistêmica, que abordarei mais adiante, não há dúvidas sobre as exigências constitucionais incidentes sobre o caso concreto.

Em cada um dos subteste da proporcionalidade, há um espaço estruturalmente distinto concedido ao legislador. De acordo com Rivers, é incorreto concluir que a discricionariiedade estrutural do legislador diminui na medida em que avançamos para o próximo subteste da proporcionalidade¹¹⁰. Como procurarei demonstrar, de acordo com Alexy, tratam-se de momentos estruturalmente distintos e o tipo de atuação exigida do legislador não é o mesmo em cada um deles.

4.1.2.1.1. Discricionariiedade estrutural para definir fins

Ao iniciar o processo legislativo, o legislador tem diante de si uma miríade de caminhos para trilhar, pois, em geral, as constituições asseguram uma vasta gama de objetivos a serem perseguidos¹¹¹. Por conta disso, a discricionariiedade do legislador para definir os objetivos da legislação é ampla, de modo que não é dado ao Judiciário, via de regra, intervir nessa escolha¹¹².

4.1.2.1.2. Discricionariiedade estrutural para definir meios

No caso da discricionariiedade para escolher meios, somente haverá discricionariiedade em favor do legislador se os meios forem aproximadamente adequados para realizar a finalidade e se não tiverem nenhum ou praticamente nenhum efeito negativo

¹¹⁰ RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 171. Como se verá mais adiante, Barak discorda desse ponto. Cf. item 4.2 deste trabalho.

¹¹¹ Confira-se, por exemplo, a expansão de direitos diagnosticada pelo Comparative Constitutions Project. Disponível em: https://www.comparativeconstitutionsproject.org/files/motion_chart.html?iframe=true&width=810&height=570&6c8912. Acesso em 12/07/2019.

¹¹² Alexy excetua as hipóteses em que um direito individual é invocado como razão para restrição de um direito fundamental como ensejadoras de uma discricionariiedade para o legislador definir objetivos. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 586.

em outras finalidades ou princípios. Evidencia-se, então, a centralidade da noção de paridade na discussão. Paridade significa, em resumo, igualdade aproximada¹¹³. A partir disso, Alexy sinaliza que não devemos levar às últimas consequências as exigências da otimização da teoria dos princípios, no sentido de compreendê-las como determinantes de uma única resposta correta ou mesmo nos debruçando sobre diferenças insignificantes de graus de realização das possibilidades fáticas¹¹⁴.

Quando um meio for notoriamente mais eficaz que o outro, não há, por sua vez, espaço para a discricionariedade. O legislador deverá escolher o meio mais eficaz, que atinja com maior intensidade o objetivo pretendido e afete, em menor grau, o outro direito fundamental envolvido. Em casos de dúvidas com relação à efetividade dos meios escolhidos ou da intensidade de afetação dos princípios envolvidos, deverá se proceder ao sopesamento¹¹⁵. Rivers sustenta, por exemplo, que é justamente na relação entre a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito que estão os maiores desafios da proporcionalidade. A adequação funcionária, para o autor, apenas como um limite inicial¹¹⁶.

4.1.2.1.3. *Discricionariedade estrutural para sopesar*

Com relação à discricionariedade conferida ao legislador para sopesar, ela somente existirá nos casos de impasse. Isto é, quando houver equivalência entre a importância de realização de um direito e a intensidade de afetação do outro. Neste momento, entram em cena as escalas que avaliarão a intensidade da intervenção e a importância de promoção dos direitos fundamentais envolvidos. Alexy elabora um modelo triádico, com as categorias *leve*, *moderado* e *sério*.

A discricionariedade estrutural para sopesar poderá ocorrer, assim, em apenas três situações: (i) quando a intensidade de intervenção em um direito e a importância de

¹¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Dour Joré Joaquim Gomes Canotilho, v. III**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 915-937, 2012, p. 930.

¹¹⁴ Cf. LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 14, v. 58, out/dez, p. 177-209, 2014 e SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Dour Joré Joaquim Gomes Canotilho, v. III**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 915-937, 2012.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 586-587.

¹¹⁶ RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 171-77.

satisfação do direito colidente forem *leves*, (ii) quando a intensidade de intervenção em um direito e a importância de satisfação do direito colidente forem *moderadas* e (iii) quando a intensidade de intervenção em um direito e a importância de satisfação do direito colidente forem *sérias*. Alexy esclarece que¹¹⁷:

Isso significa que a discricionariedade estrutural percorre a linha dos impasses. Esse último ponto demonstra que é necessário distinguir dois aspectos da discricionariedade estrutural para sopesar. O primeiro consiste no impasse enquanto tal. 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 a favor de uma não-proteção são tão fortes quanto as razões para a proteção, a não-proteção não é desproporcional. Isso cria uma extensa discricionariedade no âmbito dos direitos fundamentais perante terceiros. O segundo aspecto da discricionariedade estrutural para sopesar consiste no fato de que impasses são equivalentes em diferentes níveis da escala. Assim, a ideia de uma discricionariedade estrutural para sopesar é a conjunção de dois pensamentos: o da igualdade no impasse e o da igualdade entre os impasses.

Aplicando o modelo ao caso do artista que deseja pintar o quadro em horário de pico no meio da Avenida Paulista, temos que uma lei que permita tal situação intervém de modo *sério* ou, ao menos, *moderado*, no direito de ir e vir do cidadão paulistano. O trânsito da cidade é, por si só, conturbado, e uma manifestação como essa poderia incrementar ainda mais o tempo de percurso na cidade. Por sua vez, a importância de satisfação da liberdade artística aqui é apenas *leve*, uma vez que o autor poderá pintar seu quadro no meio da rua em outros horários ou mesmo na calçada. Neste cenário, não há discricionariedade alguma para o legislador sopesar: a preferência deve ser dada ao direito de ir e vir.

Agora, suponhamos que estamos no contexto de uma sociedade extremamente religiosa, na qual os rituais gozam de papel central na sua vida comunitária. Imaginemos também que há uma tradição milenar de realizar sacrifícios em alguns desses rituais. Neste caso, a intensidade de intervenção na liberdade religiosa seria *séria*, ao mesmo tempo que é *séria* também a importância de promoção do direito à vida. É justamente este tipo de impasse

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 608.

que dá ensejo à discricionariedade estrutural para sopesar. A constituição não proíbe e nem exige alguma das condutas de modo definitivo¹¹⁸.

A discricionariedade estrutural para sopesar pode envolver desde casos mais triviais – impasses de natureza *leve*, por exemplo –, a escolhas trágicas para uma sociedade, como impasses de natureza *séria*. Do ponto de vista estrutural, ambas as situações podem ser consideradas como dilemas constitucionais, pois não há como definir se a opção por um ou outro direito será melhor ou pior¹¹⁹.

Assim, a equivalência entre a importância de realização de um direito e a intensidade de intervenção em outro corresponde à uma situação em que a constituição não obriga nem proíbe uma determinada conduta. De acordo com Alexy, em uma sociedade democrática, este impasse deverá ser resolvido com o reconhecimento de uma discricionariedade estrutural em favor do legislador para sopesar¹²⁰. Portanto, se, nestes casos, o legislador optar por promover a satisfação de determinado direito, ela haveria de ser considerada válida pelo Judiciário, por mais que este órgão possuísse uma compreensão diferente sobre a matéria.

4.1.2.2. Discricionariedade epistêmica

Diferentemente do que ocorre com a discricionariedade estrutural, onde se sabe o que é constitucionalmente devido e a liberdade de decisão do legislador decorre da ausência de exigência constitucional para perseguir determinada conduta, na discricionariedade epistêmica não se tem clareza sobre o que a constituição determina e é justamente dessa situação de incerteza que decorre a liberdade de decisão do legislador.

¹¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 608 e SIECHMANN, Jan-R. **La Teoría del Derecho de Robert Alexy: análisis y crítica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 623.

¹¹⁹ Sobre dilemas constitucionais, ver ZUCCA, Lorenzo. **Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA**. Oxford: Oxford University Press, 2007. Zucca argumenta que se prescinde do sopesamento nesses casos. Esta posição é contrariada por Virgílio Afonso da Silva, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273-301, 2011, p. 298. Josecleyton da Silva também compreende tais situações como ensejadoras de dilemas morais genuínos. Cf. DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 88.

¹²⁰ Conferir, por exemplo, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 607-608; SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273-301, 2011, p. 299-300.

Sustentar uma discricionariedade de tipo epistêmico em favor do legislador significa reconhecer que ele poderá, em alguns casos, intervir em direitos fundamentais sem que tenhamos a certeza da constitucionalidade dessa intervenção. Em outras palavras, significa dizer que estamos autorizando potenciais violações não cognoscíveis a direitos fundamentais pelo legislador. É por isso que a discricionariedade epistêmica é mais problemática do que a estrutural¹²¹:

Aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador. A discricionariedade estrutural é muito menos problemática que a epistêmica. Não é necessário fundamentar que o legislador é livre se a constituição não o obriga a nada. Já não é tão óbvio fundamentar que ele é livre porque há dificuldades em se identificar se ele é livre.

Há, aqui, um verdadeiro déficit cognitivo, que poderá ser de natureza empírica ou normativa. A discricionariedade epistêmica empírica corresponde às situações em que se tem dúvidas sobre a segurança das premissas fáticas que orientam a decisão. Incertezas decorrentes da inconclusividade ou falta de estudos científicos são o exemplo típico. Na discricionariedade epistêmica normativa, por sua vez, é incerta a atribuição de peso a um determinado direito fundamental. Há insegurança na gradação da intensidade de intervenção ou importância de promoção dos direitos envolvidos.

4.1.2.2.1. Discricionariedade epistêmica empírica

A falta de segurança das premissas fáticas de uma decisão é o que dá ensejo ao reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica empírica em favor do legislador. Há uma liberdade para o legislador tomar decisões com base em premissas incertas e, por consequência, incorrer em violações não cognoscíveis a direitos fundamentais.

Tomemos por exemplo uma lei que restrinja o uso de cannabis sob o argumento de que a medida reduziria o número de casos de câncer, sustentando, em virtude disso, a existência de uma restrição *leve* no direito geral de liberdade. Ocorre que, contrariamente ao que defende a premissa fática que orientou a decisão legislativa, diversas pesquisas destacam que, na verdade, o uso de cannabis poderia ser benéfico à saúde. Esses estudos, contudo,

¹²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 584.

estão em fase preliminar. Portanto, não há clareza sobre os efetivos malefícios ou benefícios de uma medida como a restrição do uso de cannabis.

Esta dificuldade em realizar prognósticos com segurança é, essencialmente, o que constitui a discricionariedade epistêmica empírica. É atribuído um grau de intervenção ou de promoção de um direito fundamental com base em argumentos incertos e essa insegurança é central para a avaliação da correção da decisão.

4.1.2.2.2. *Discricionariedade epistêmica normativa*

A discricionariedade epistêmica de tipo normativo existe quando há incerteza normativa. Há dúvida sobre qual seria a mais adequada quantificação dos direitos fundamentais envolvidos, ou seja, na gradação das intensidades de intervenção e importância de realização dos direitos¹²².

Retomemos aqui o exemplo da realização de sacrifício em rituais religiosos e suponhamos que o legislador tenha editado uma lei proibindo a prática. Trata-se, como mencionado, de uma sociedade extremamente religiosa, na qual os rituais gozam de papel central na sua vida comunitária. Além disso, há também uma tradição milenar de realizar sacrifícios em alguns desses rituais. Muito embora fossem os habitantes originários do território, a progressiva ocupação das terras acabou por exterminar a maior parte desses povos, de modo que aqueles que sobreviveram vivem, hoje, em reservas protegidas. Inclusive, em virtude de seu isolamento, sequer são considerados plenamente capazes, do ponto de vista civil. A constituição protege tanto a vida como a liberdade religiosa. Ocorre que, pelas circunstâncias do caso concreto, não sabemos se a constituição obriga, proíbe ou faculta o sacrifício – há uma incerteza sobre o que é constitucionalmente devido. Por ser uma comunidade isolada, que cultua valores distintos do restante do território, como deve ser gradado o direito à vida? Do mesmo modo, qual será a intensidade de intervenção na liberdade religiosa, considerando as peculiaridades dessa cultura?

Há uma incerteza normativa, pois não sabemos que valores atribuir aos direitos envolvidos para realizar o sopesamento. Esta situação confere ao legislador uma

¹²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 612-613. Rivers entende que a discricionariedade normativa epistêmica também se relaciona com o peso concreto dos direitos fundamentais. Cf. RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 178.

discricionabilidade epistêmica normativa para ele realizar suas próprias avaliações¹²³. Ou seja, mesmo diante da incerteza normativa e do desconhecimento sobre o que é constitucionalmente devido, ao legislador é permitido adentrar neste terreno pantanoso para valorar a situação, sem que sua decisão possa ser anulada, ainda que o Judiciário possua outra compreensão sobre o caso e discorde daquela do legislador.

4.1.2.2.3. *Segunda lei do sopesamento*

Incertezas empíricas e normativas fazem parte da proteção a direitos fundamentais, mas até agora pouco foi dito sobre a forma pela qual devemos lidar com ela. Afinal, como proceder nesses casos? Poderíamos autorizar o legislador a decidir apenas com base em premissas seguras, excluindo o risco de ele tomar uma decisão que violaria direitos fundamentais. Essa proposta não é recomendável, pois qualquer caso minimamente complexo – envolvendo, por exemplo, direitos econômicos ou ambientais – teria que lidar com algum grau de incerteza. A segurança nas premissas é incomum e não costuma existir em diversos casos, notadamente naqueles mais complexos – cuja própria complexidade não raro decorre dessa própria situação de incerteza. O legislador, então, se veria impedido de agir em um espectro considerável de situações¹²⁴.

O caminho inverso tampouco é recomendável. Assim como não é desejável a paralisação legislativa pela incerteza empírica, também não é desejável a liberdade completa. A atuação sem controle do legislador em qualquer caso de incerteza empírica, principalmente aqueles que envolvem restrições potencialmente sérias aos direitos fundamentais, coloca em risco a própria proteção aos direitos fundamentais. Em uma constituição que prevê direitos fundamentais e se compromete a protegê-los, um risco deste tamanho não é admissível¹²⁵.

Alexy sustenta uma posição entre esses dois extremos¹²⁶:

¹²³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 612, KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 69-105, 2012, KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012 e DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 616.

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 616-617.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 617.

Excluídos os extremos, somente as soluções intermediárias podem ser levadas em consideração. Estas podem ou exigir o mesmo grau de certeza para todas as intervenções em direitos fundamentais, ou diferentes graus de certeza, dependentes das diferentes intervenções. Apenas esta última é compatível com os direitos fundamentais enquanto princípios. Enquanto princípios, eles exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção.

Esta posição intermediária culmina na elaboração da segunda lei do sopesamento¹²⁷:

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.

A lei epistêmica do sopesamento seria uma resposta à dificuldade posta pela possibilidade do legislador tomar decisões sem que se saiba o que a constituição determina – situação que é admitida pelo reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica em favor do Legislativo, nos casos envolvendo leis que intervenham em direitos fundamentais. É uma proposta para conferir maior segurança à proporcionalidade e reduzir o risco de tomada de decisões que possam incorrer em violações não cognoscíveis a direitos fundamentais.

¹²⁷ Ibidem, p. 717. Da forma como apresentada por Alexy, a “lei epistêmica do sopesamento” aparenta se referir a apenas um dos direitos fundamentais envolvidos na colisão. De fato, com bem aponta Rivers, a incerteza pode atingir os dois direitos envolvidos. Por tal razão, Rivers sugere uma reformulação na lei epistêmica do sopesamento, para prever que *quanto mais séria for a violação a um direito, maior deverá ser a confiabilidade da avaliação legislativa de que um interesse concorrente será realizado em um grau suficientemente alto*. Cf. RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 181-183. Klatt e Schmidt, por sua vez, sustentam a dependência de perspectiva na segunda lei do sopesamento, que deve ser aplicada uma vez para cada direito envolvido, a fim de permitir a adequada avaliação da relação entre a segurança das premissas e a intensidade de intervenção. O sopesamento cruzado, pelo fato de submeter um dos direitos às considerações do outro, não seria admissível. Cf. KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 69-105, 2012, p. 84-85. Os autores aparentam sinalizar um problema de incomensurabilidade, ainda que restrito ao nível epistêmico, que pretendo abordar mais adiante.

4.1.2.2.4. *Princípios formais*

Até aqui, vimos que Alexy propõe o reconhecimento de uma discricionariedade em favor do legislador como forma de refutar as críticas de que a proporcionalidade concederia um indevido e excessivo espaço ao Judiciário na proteção a direitos fundamentais¹²⁸. Ainda que a razão pela qual essa liberdade de decisão é conferida ao legislador – e não às cortes, por exemplo – seja inferível, não cheguei a abordá-la com mais vagar. Apenas ao tratar da discricionariedade estrutural para sopesar é que o problema foi sucintamente apresentado de modo mais explícito. Nesses casos, como há uma equivalência na proteção constitucional aos direitos envolvidos no caso concreto, a constituição não obriga e nem proíbe medidas que favoreçam o direito A ou o direito B. Sendo um âmbito constitucionalmente não valorado, inexistem razões materiais para sustentar a escolha por uma ou outra opção e, em uma democracia, a decisão política por privilegiar um dos direitos cabe ao legislador. A fundamentação da discricionariedade legislativa é feita, aqui, com base no princípio formal do *legislador democraticamente legitimado*.

É este mesmo princípio formal que sustenta o reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador para que decida nos casos de incerteza. Princípios formais são normas despidas de qualquer conteúdo material, que não orientam a conduta dos indivíduos. Sobre a diferença entre princípios materiais e formais, Alexy esclarece que¹²⁹:

A diferença entre esses dois tipos de princípio se atém ao fato de que na palavra “algo” a que se refere a definição, isto é, ao objeto da otimização. A *differentia specifica* dos princípios substantivos é que seu objeto de otimização são certos conteúdos, como, por exemplo, vida, liberdade de expressão, mínimo existencial e proteção do meio ambiente. Em contraste, o objeto da otimização dos princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seu conteúdo. Princípios formais requerem que a autoridade da norma socialmente eficaz, editada regularmente, seja otimizada.

Por serem normas de validade, os princípios formais apenas fornecem razões para a obediência de uma norma, sem guardar qualquer relação com o conteúdo desta

¹²⁸ ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014.

¹²⁹ Ibidem, p. 515-516.

última¹³⁰. Nesses casos, o legislador decide não porque tem a capacidade de revelar o conteúdo material resultante da colisão entre direitos fundamentais, mas apenas porque ele é democraticamente legitimado, pelo fato de ter sido eleito pelo povo, e isso é importante em uma democracia.

Com isso em mente, sob uma perspectiva formal, as normas de direitos fundamentais excluiriam *prima facie* qualquer intervenção legislativa, enquanto o princípio formal do legislador democraticamente legitimado demandaria essa intervenção *prima facie*. As normas de direitos fundamentais podem ser vistas, sob essa perspectiva epistêmica, enquanto princípios que requerem, *prima facie*, a proteção do Judiciário, afastando a intervenção legislativa. O princípio formal do legislador democraticamente legitimado, por sua vez, confere ao Legislativo razões para agir e intervir, *prima facie*, em direitos fundamentais.

O propósito da teoria das discricionariedades é assegurar ao Legislativo um espaço para atuar que seja compatível com um ideal calibrado de separação de poderes¹³¹. Alexy rechaça tanto a sobrevalorização do legislador a partir de uma ideia de constituição-lei, em que a constituição não colocaria nenhuma barreira à atuação legislativa, como a ideia de constituição-total, em que nenhum espaço seria reservado ao legislador e a constituição já conteria, nela mesma, todas as respostas para os problemas do estado, bastando que o Judiciário as revelasse.

A ideia de constituição-moldura é, portanto, um ponto intermediário. Nem ao Legislativo e nem ao Judiciário seria conferido um espaço excessivo para atuar. O legislador é livre para atuar dentro da moldura e o Judiciário possui o dever de controlar o legislador quando ele ultrapassa os limites da moldura. Aqui, a proteção definitiva do direito fundamental representa a moldura a ser protegida pelo Judiciário e as discricionariedades o espaço em que o legislador pode atuar, seja por razões de permissão das normas constitucionais ou pela falta de conhecimento do que determinam essas mesmas normas constitucionais.

Alguém poderia argumentar que, a depender da espessura da moldura, poderíamos nos aproximar da constituição-lei ou da constituição-total. Realmente é um equilíbrio delicado e a lei epistêmica do sopesamento seria uma das responsáveis por garanti-

¹³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 148.

¹³¹ ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014.

lo. Ao prescrever 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*, Alexy está nos fornecendo parâmetros para definir a espessura da moldura. Em outras palavras, é esta lei a responsável por delimitar as margens de ação do judiciário e do legislativo na proteção a direitos fundamentais em casos de incerteza. Quando o legislador editar uma lei que intervenha em um direito fundamental, o nível de exigência da corte sobre o trabalho do Legislativo para avaliar se a intervenção é ou não justificável se pautará pela lei epistêmica. Uma intervenção séria demandará um grau de certeza elevado das premissas que a fundamentam e uma intervenção leve autorizará intervenções pautadas em um menor grau de certeza.

Nos casos de discricionariedade estrutural, o princípio formal do legislador democraticamente legitimado também fundamentará a ação legislativa, ainda que a lei epistêmica não cumpra nenhum papel aqui, já que se sabe o que é constitucionalmente devido. Este princípio é o responsável por conferir ao Legislativo uma margem de ação para que defina os objetivos da lei, seus meios e sopesa os princípios envolvidos conforme seu melhor juízo.

Se no âmbito material Alexy desenvolveu a lei do sopesamento e uma escala triádica para solucionar a colisão entre direitos fundamentais mediante o estabelecimento de uma relação condicionada de precedência, o mesmo ocorre no nível epistêmico. A propósito, a estrutura da segunda lei do sopesamento é um reflexo da primeira¹³². Com relação à escala triádica, as variáveis *séria*, *moderada* e *leve* do nível material, transformam-se, no nível epistêmico, em *certa*, *plausível* e *não evidentemente falsa*, respectivamente. Quando houver certeza sobre algum dado ou valoração a fundamentar uma restrição em um direito fundamental, estamos diante de uma premissa *certa*. Quando não há certeza mas, ao mesmo tempo, é possível sustentar determinada premissa, ela será *plausível*. Por fim, quando poucas razões sustentarem uma premissa, ela será *não evidentemente falsa*.

Ao estabelecer parâmetros para solucionar as colisões materiais entre direitos fundamentais, Alexy percebe que as questões formais são tão importantes quanto as materiais e que não é possível estabelecer uma relação condicionada de precedência sem

¹³² Cf. RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007 e ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 617-618.

levar em conta os aspectos institucionais. Afinal, a corte precisará saber o quanto deve exigir do legislador para saber se a interferência da lei no direito fundamental é ou não aceitável.

Diversos modelos teóricos¹³³ foram elaborados para tentar equacionar adequadamente a relação entre princípios materiais e princípios formais, que continua gerando controvérsias entre os detratores e defensores da proporcionalidade¹³⁴. Na publicação original de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy sustentou um *modelo de combinação* para a relação entre esses dois tipos de princípios, em que ambos colidem e são sopesados juntos¹³⁵:

Enquanto princípio procedimental, ele exige que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado. Decisões como a proibição ou a permissão de produtos derivados de *cannabis* são relevantes para a comunidade. Se a decisão sobre essa questão depende de avaliações empíricas, a competência decisória do legislador, exigida *prima facie* pelo princípio formal, inclui a competência para decidir sobre ela também nos casos de incerteza. Nesses termos, o princípio formal colide com o princípio material de direito fundamental.

Neste modelo, o princípio formal adiciona peso ao princípio material¹³⁶. Então, numa colisão entre direitos fundamentais, o princípio promovido pelo legislador receberia um peso adicional apenas pelo fato de ter sido escolhido pelo legislador, conferindo maior autoridade à sua decisão¹³⁷. Vale lembrar que o modelo de combinação não permite que princípios formais superem, isoladamente, princípios materiais. Em virtude da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, o princípio formal somente poderia superar o material se ao seu lado estivesse outro princípio material. Essa é a *lei da conexão*, que

¹³³ Explorarei alguns deles a seguir, muito embora não seja meu objetivo discuti-los com profundidade. O intuito é apenas apresentar, brevemente, distintos modos de compreender a relação entre princípios formais e materiais.

¹³⁴ ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 511-512.

¹³⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 615, ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 518 e BOROWSKI, Martin. Principios formales y fórmula del peso. In: QUISPE, Jorge Portocarrero (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, p. 59-158, 2016.

¹³⁷ Cf. DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia**: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 152.

prescreve que *princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais*¹³⁸.

No modelo das interpretações concorrentes, proposto por Sieckmann, não apenas a interpretação legislativa sobre a colisão entre direitos fundamentais deveria ser levada em conta, pois o Judiciário também possui sua própria interpretação. Se cada um dos órgãos tem um entendimento daquilo que determina a constituição, caso diverjam, será preciso estabelecer qual das interpretações prevalecerá. É deste modo que Sieckmann compreende a colisão entre princípios formais, como um embate entre a interpretação legislativa e judicial sobre o resultado da colisão material¹³⁹.

Klatt e Schmidt também sustentam que princípios materiais e princípios formais operam em níveis diferentes. Primeiro, deve ser realizado o sopesamento material, onde os princípios formais não cumprem nenhum papel e apenas se avalia a intensidade de intervenção e promoção dos direitos envolvidos. Após, é realizado o sopesamento formal, em que se verifica se o sopesamento foi realizado adequadamente (justificativa interna) e se a decisão legislativa deve ser substituída pela da corte (justificativa externa)¹⁴⁰. Avançando neste segundo nível formal, Klatt sustenta que as competências do Legislativo e do Judiciário são princípios formais que atraem para si, cada qual, o poder para estabelecer o conteúdo material dos direitos fundamentais envolvidos na colisão. Ou seja, legislador e juiz pretendem, *prima facie*, determinar qual será o conteúdo definitivo dos princípios em jogo. Para definir qual dos dois órgãos prevalecerá no caso concreto, seria necessário um sopesamento entre suas competências, que, como princípios, devem ser realizadas na maior medida do possível¹⁴¹.

Do mesmo modo, Rivers acredita que os princípios formais não necessariamente desempenham um papel no sopesamento material, já que ele se presta simplesmente a otimizar os direitos envolvidos. Disso não decorreria o envolvimento de nenhuma

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 624-625.

¹³⁹ SIECHMANN, Jan-R. **La Teoría del Derecho de Robert Alexy: análisis y crítica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. Para uma avaliação mais detalhada deste modelo, ver DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 155-161.

¹⁴⁰ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 69-105, 2012.

¹⁴¹ Este sopesamento entre competências tem como variáveis a serem analisadas a legitimidade democrática das autoridades, a importância dos princípios materiais em jogo, a qualidade da decisão e a subsidiariedade. Cf. KLATT, Matthias. Balancing competences: how institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts. **Global Constitutionalism**, v. 4:2, p. 195-226, 2015.

consideração institucional. Para ele, a certeza das premissas seria apenas um componente da otimização, já que saber efetivamente o que está sendo decidido contribui para uma efetiva otimização dos princípios envolvidos na colisão¹⁴².

Ainda tratando da relação entre princípios formais com o sopesamento material¹⁴³, Rivers assinala que a segunda lei do sopesamento também possui reflexos institucionais, sustentando que, para além de servir de baliza para a atuação legislativa, ela serviria também de baliza para o controle judicial de constitucionalidade da legislação restritiva de direitos fundamentais¹⁴⁴.

Seguindo a lógica da segunda lei do sopesamento, Rivers sustenta, em linhas gerais, que quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, mais intenso deverá ser o controle de constitucionalidade realizado pelo tribunal¹⁴⁵. Como cenários de insegurança epistêmica são, em alguma medida, comuns, o autor acredita ser salutar relacionar a segunda lei do sopesamento com a intensidade de controle, de modo a evitar violações não cognoscíveis a direitos fundamentais¹⁴⁶.

Recentemente, Alexy revisitou sua construção teórica e defendeu novamente a permanência dos princípios formais no mesmo nível dos princípios materiais, tal como ocorre no modelo de combinação. Os princípios formais desempenham um papel central, já que é preciso fundamentar a competência e a não competência do Legislativo e do Judiciário na aplicação da proporcionalidade¹⁴⁷. Ocorre que, diferentemente do modelo de combinação,

¹⁴² RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 182-183.

¹⁴³ Diversas formas de relacionar princípios formais com os materiais podem ser encontradas. Elas serão analisadas no desenvolvimento do trabalho, mas não é oportuno realizar um aprofundamento neste ponto aqui. Para uma breve análise de algumas delas, ver ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014.

¹⁴⁴ RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 167-188.

¹⁴⁵ Ibidem. Ver também RIVERS, Julian. Proportionality and variable intensity of review. **The Cambridge Law Journal**, v. 65 (1), p. 174-207, 2006.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 177.

¹⁴⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 132-133 e BOROWSKI, Martin. Principios formales y fórmula del peso. In: QUISPE, Jorge Portocarrero (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, p. 59-158, 2016.

os princípios formais não adicionam diretamente peso aos princípios materiais. Eles se prestam a justificar a inclusão das variáveis epistêmicas na equação do sopesamento.

O modelo epistêmico parte da ideia de que direitos fundamentais são mandamentos de otimização também no nível epistêmico, demandando, *prima facie*, a proteção das cortes e a inação legislativa, enquanto, do outro lado, o princípio do legislador democraticamente legitimado requer, *prima facie*, a interferência legislativa nos direitos fundamentais e a ausência de controle das cortes.

Aparentemente, trata-se de uma colisão entre princípios formais e materiais, tal como sustentada pelo modelo de combinação¹⁴⁸. No modelo epistêmico, contudo, os princípios formais não adicionam diretamente peso aos princípios materiais. Os princípios materiais são submetidos à primeira lei do sopesamento, em que se avalia, no nível material, a definição de relações de precedência condicionada entre eles. Ao passo que os princípios formais se prestam a justificar a inclusão das variáveis epistêmicas na equação do sopesamento e são objeto de um *sopesamento de segundo nível*. Desse sopesamento de segundo nível resultarão variáveis epistêmicas que serão incluídas na fórmula junto com os princípios materiais¹⁴⁹:

A base do modelo epistêmico é a ideia do sopesamento de segundo nível. O sopesamento nos termos da fórmula do peso é o sopesamento de primeiro nível. O sopesamento de segundo nível se preocupa em justificar a incorporação da segurança epistêmica, isto é, R_i e R_j , na fórmula do peso. Este é um sopesamento entre um princípio substantivo com um princípio formal. (...) Mas é um caso especial de sopesamento substantivo-formal, pois ocorre não dentro da fórmula do peso, mas em um meta-nível, onde se preocupa com a questão de quais variáveis com seus respectivos pesos devem ser inseridas na fórmula do peso.

A afetação dos princípios materiais pelos princípios formais não determina o peso concreto dos princípios materiais, já que o peso concreto e a consequente relação de

¹⁴⁸ Para uma avaliação crítica sobre a similaridade do modelo epistêmico com o substantivo-formal puro, ver SIECKMANN, Jan-R. Principios Formales. In: QUISPE, Jorge Portocarrero (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, p. 261-309, 2016. Para uma transposição para o modelo epistêmico das críticas feitas ao modelo de combinação, ver WANG, Peng-Hsiang. Formal Principles as Second-Order Reasons. In: BOROWSKI, Martin, PAULSON, Stanley L. e SIECKMANN, Jan-R (Orgs.). **Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie**: Robert Alexys System. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

¹⁴⁹ ALEXYS, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 521.

precedência condicionada são o resultado da somatória de todas as variáveis (peso abstrato dos princípios, intensidade de intervenção e importância de satisfação dos princípios e confiabilidade das premissas para cada um dos princípios).

Novamente, as variáveis epistêmicas utilizadas por Alexy para a realização deste sopesamento de segundo nível são premissas *certas, plausíveis e não evidentemente falsas*. Caso as premissas sejam certas, o princípio formal não afetará o princípio material, pois este último terá precedência. Agora, sendo as premissas plausíveis ou não evidentemente falsas, o princípio formal terá precedência sobre o direito fundamental – considerado em sua dimensão epistêmica que reclama a proteção do Judiciário em casos de intervenção –, pois intervenções em direitos fundamentais requerem premissas certas. Isso para evitar que ocorram violações não constatáveis a direitos fundamentais¹⁵⁰. Nesses casos, o princípio material terá sua força reduzida¹⁵¹ pela inserção de variáveis incertas na equação da proporcionalidade¹⁵²:

A precedência do princípio formal em casos de premissas empíricas simplesmente plausíveis ou não evidentemente falsas somente significa que essas premissas não estão excluídas do sopesamento. Elas são admitidas com base no princípio formal. Esta admissão, contudo, está relacionada ao seu poder de reduzir o peso dos valores substantivos das variáveis substantivas aos quais eles estão atrelados.

Desse modo, o modelo epistêmico conecta a lei substantiva do sopesamento (primeira lei) com a lei epistêmica (segunda lei), admitindo a influência dos princípios formais – ainda que indiretamente – no nível material¹⁵³. O sopesamento de segundo nível será necessariamente entre um princípio formal com um material e seu resultado será a incorporação das variáveis epistêmicas das premissas que sustentam a intervenção ou

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 520.

¹⁵¹ WANG, Peng-Hsiang. Formal Principles as Second-Order Reasons. In: BOROWSKI, Martin, PAULSON, Stanley L. e SIECKMANN, Jan-R (Orgs.). **Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

¹⁵² ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 522.

¹⁵³ ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 524. Alexy sustenta, por exemplo, que os impasses epistêmicos (equivalência na gradação das incertezas de acordo com sua escala epistêmica) dão ensejo ao reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador.

promoção desse direito fundamental (*certas, plausíveis e não evidentemente falsas*) na equação da proporcionalidade.

Meu objetivo com a descrição desses diversos modelos não era realizar uma investigação profunda sobre cada um deles. Ao contrário, o objetivo era apenas evidenciar a complexidade da relação entre princípios materiais e princípios formais, demonstrando que os debates sobre o tema ainda estão em curso e seguem longe de chegar a uma conclusão pacífica¹⁵⁴.

Os modelos, apesar de suas divergências, reconhecem, em alguma medida, a validade da segunda lei do sopesamento, que exige, de acordo com Alexy, 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*. Ainda que com sugestões de reformulação, a essência da lei epistêmica é mantida pelo modelo. Isto é, que a intensidade de intervenção em um direito fundamental possui relação com o grau de confiança das premissas que sustentam essa intervenção¹⁵⁵.

4.2. A proporcionalidade de Aharon Barak

Aharon Barak, conjugando seus conhecimentos teóricos com sua vivência prática como juiz da suprema corte israelense, também propõe um modelo para a proporcionalidade¹⁵⁶. Seu modelo, analiticamente detalhado, compartilha algumas ideias com o de Alexy em certos pontos e, em outros, se afasta delas. Assim como o pensador alemão, sua concepção de proporcionalidade está alinhada a um ideal de maximização¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Muito embora não tenha me aprofundado, na discussão proposta pelos autores que abordei, é comum que um modelo se refira ao outro de modo crítico.

¹⁵⁵ Em sentido similar, avaliando que há uma tendência comum em reconhecer princípios formais como razões de segunda ordem, ver DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 171. Ao avaliar a segunda lei do sopesamento, alguns autores sustentarão que os princípios formais não desempenham nenhum papel nesse nível, como KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 69-105, 2012, p. 103-104 e RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 182-183.

¹⁵⁶ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹⁵⁷ Muito embora em alguns momentos Barak aparente sugerir uma argumentação moral menos guiada, a essência de seu pensamento ainda se enquadra dentro da proporcionalidade enquanto maximização. Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 32-33.

4.2.1. *Premissas de Barak*

De partida, Barak inicia rompendo com um dos pressupostos tão caros à teoria dos princípios. Para o autor, a definição do escopo do direito fundamental ocorre no nível constitucional, enquanto que sua limitação no nível sub-constitucional¹⁵⁸. Esta divisão seria útil para evitar que uma democracia constitucional se transformasse em uma tirania da maioria. Possui, portanto, a função de proteger as minorias. Além disso, ela também seria responsável por determinar os parâmetros para um diálogo entre o legislativo e o judiciário¹⁵⁹.

Por partir de uma divisão entre escopo e limitações de um direito, atribuindo a cada um deles distintos níveis de atuação – constitucional e sub-constitucional, respectivamente – Barak enxerga direitos constitucionais como definitivos, não *prima facie*¹⁶⁰. Ao contrário de Alexy, o autor sustenta que as limitações em um direito não ocorrem em seu escopo, no nível constitucional, mas no nível sub-constitucional. Alexy, por sua vez, sustenta que direitos fundamentais são princípios e que, quando colidem, há uma regra de direito fundamental derivada para ser aplicada ao caso concreto e que essa regra derivada limita o escopo do direito fundamental em seu nível constitucional. Barak discorda desta posição, sustentando que apenas as limitações dos direitos fundamentais podem ser *prima facie*, no nível sub-constitucional¹⁶¹.

¹⁵⁸ BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 19-21. Barak também entende que alguns direitos não poderiam ser objeto de restrição no nível sub-constitucional. Trata-se da distinção entre direitos relativos e absolutos. O primeiro admitiria limitação em nível sub-constitucional, enquanto o segundo seria ilimitável. Há, também, a distinção entre os tipos de provisões pelas quais direitos constitucionais são prescritos. Uma define o escopo do direito no nível constitucional e a outra define apenas os meios pelos quais o direito poderá ser limitado no nível sub-constitucional. Essa distinção é importante porque a proporcionalidade não se aplica ao primeiro caso. *Ibidem*, p. 27-42.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 38-42.

¹⁶¹ Cf. BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 38-42. Alexy responde às críticas de Barak, argumentando que o direito fundamental não tem sua posição *prima facie* reduzida pela limitação, uma vez que ela se opera somente naquele caso concreto. Além disso, Alexy defende que a proporcionalidade precisa produzir efeitos já no nível constitucional, até mesmo para viabilizar a declaração de invalidade de uma norma no nível sub-constitucional. Para um debate entre os autores, conferir ALEXY, Robert. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 3, p. 871-879, 2018 e BARAK, Aharon. A Critical Review of Alexy Regarding the Relationship between Constitutional Rights as Principles and the Theory of Proportionality. In: BOROWSKI, Martin, PAULSON, Stanley L. e SIECKMANN, Jan-R (Orgs.). **Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie**: Robert Alexys System. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

A distinção entre o escopo e a limitação do direito levaria à realização de um controle de constitucionalidade em três estágios. Primeiro, examina-se se uma lei limita um direito constitucional. Aqui, a corte interpreta tanto o direito constitucional, como a lei. Se não há limitação, encerra-se a análise. Se há, prosseguimos ao próximo estágio. Segundo, examina-se se a limitação ao direito constitucional é, em si, constitucional. Avalia-se, portanto, se a limitação é proporcional. Por fim, examinam-se os efeitos da inconstitucionalidade da lei. O modelo de dois níveis no qual a proporcionalidade está inserida¹⁶² corresponde justamente às duas primeiras etapas mencionadas por Barak. A terceira etapa aparenta dizer respeito a uma outra dimensão da discussão, tanto que o autor opta por não abordá-la¹⁶³.

Vale lembrar que Barak também parte de uma concepção ampla de suporte fático, admitindo um leque extenso de condutas no escopo do direito fundamental. Para ilustrar este ponto, o autor sustenta que direitos fundamentais abrigam inclusive condutas criminosas. Muito embora sejam protegidas no nível constitucional, Barak sustenta que poderão ser proibidas (limitadas) no nível sub-constitucional¹⁶⁴.

A proporcionalidade possui a função de avaliar a constitucionalidade da justificação da intervenção no direito fundamental. Para ser considerada como justificada, a intervenção precisaria passar nos quatro subtestes da proporcionalidade: objetivo legítimo, conexão racional, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁶⁵.

O que está em jogo, no final das contas, é a garantia da maximização da importância social marginal decorrente da intervenção ou não intervenção legislativa nos direitos fundamentais¹⁶⁶. Esta seria a função da proporcionalidade em sentido estrito, subteste mais importante para Barak¹⁶⁷:

Ao determinar o sopesamento nós comparamos o peso da importância social do benefício ganho por cumprir o objetivo próprio e o peso da importância social de prevenir o dano que esse preenchimento pode causar ao direito constitucional. Essa comparação foca no estado de coisas anterior à edição da lei e às mudanças causadas pela lei. Com efeito, a questão não é a comparação,

¹⁶² Cf. item 3.1 deste trabalho.

¹⁶³ Este estágio não é abordado por Barak. Cf. BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p 27.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 42-44.

¹⁶⁵ Capítulo. 3.2 deste trabalho.

¹⁶⁶ Cf. BARAK, Aharon. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 738-755, 2012, p. 750.

¹⁶⁷ BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 350-351.

de um lado, da importância social geral do objetivo perseguido (segurança, segurança pública, etc.), e da importância social geral de prevenir, do outro lado, o dano ao direito constitucional (igualdade, liberdade de expressão, etc.). Ao contrário, a questão é muito mais delimitada. Refere-se à comparação entre o estado de coisas anterior à edição da lei, comparado com o estado de coisas posterior à sua edição. Com efeito, estamos comparando a importância social marginal do benefício ganho obtido com a lei limitadora do direito e a importância social marginal de prevenir o dano ao direito constitucional causado por essa lei limitadora. A questão é se o peso da importância social marginal dos benefícios é mais pesado do que o peso da importância social marginal de prevenir o dano.

O autor não define com clareza no que efetivamente consistiria a importância social marginal¹⁶⁸, mas sustenta que a função da proporcionalidade exige a máxima realização dela. Quanto maior for a importância social de prevenir um dano marginal em um direito, tanto maior deverá ser a importância social dos benefícios causados pela promoção do outro direito¹⁶⁹. Assim como na maximização dos princípios de Alexy, vemos o enfoque eminentemente quantitativo também na construção de Barak.

4.2.2. *Proporcionalidade e separação de poderes*

Ainda que diga que a relação entre a proporcionalidade e os outros poderes não constitui o objeto central de seu trabalho¹⁷⁰, Barak aborda o tema e procura deixar claro seu posicionamento sobre ele¹⁷¹. Para o autor, direitos fundamentais são parte essencial das democracias modernas. No entanto, uma sociedade democrática precisa considerar a possibilidade de limitar esses direitos, seja em virtude do direito de outras pessoas ou do interesse público. Qual seria, então, a relação apropriada entre os direitos dos indivíduos e o interesse público? Quando limitações nesse direitos seriam justificadas? Barak sustenta que a proporcionalidade é o instrumento legal pelo qual essa relação entre direitos constitucionais e suas limitações sub-constitucionais é determinada. A proporcionalidade e a possibilidade de limitação a direitos fundamentais restringiriam tanto os poderes do estado

¹⁶⁸ Sobre a vagueza com que Barak aborda o conceito, conferir URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 31.

¹⁶⁹ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 363.

¹⁷⁰ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 146.

¹⁷¹ *Ibidem*, p -379-421.

como os direitos do indivíduo. Nesse sentido, a cláusula limitadora e a proporcionalidade cumprem um papel duplo nas democracias: de proteger os direitos constitucionais e fornecer, ao mesmo tempo, uma justificativa para sua limitação¹⁷².

Além do que, todos os três poderes estão vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais. Portanto, as regras da proporcionalidade são uniformes e aplicáveis, do mesmo modo, a todos aos três ramos do governo, para avaliar a constitucionalidade de intervenções em direitos fundamentais feitas pelos poderes estatais¹⁷³.

Adentrando na relação entre proporcionalidade, controle de constitucionalidade e democracia, Barak reconhece que o controle de constitucionalidade é um dos principais elementos das democracias modernas. Argumenta, contudo, que não devemos confundir os argumentos pela adoção do controle de constitucionalidade com os argumentos sobre como esse controle deve operar. Assim, para o autor, os argumentos que pregam o caráter contramajoritário e antidemocrático do controle de constitucionalidade somente se aplicariam no primeiro estágio, de definição pela adoção ou não do controle por um Estado. Uma vez definida a opção por adotá-lo, esses argumentos não poderiam ser utilizados e o controle seria integrante da própria noção de democracia¹⁷⁴.

Desse modo, considerações sobre o caráter antidemocrático ou sobre a dificuldade contramajoritária não deveriam afetar a operacionalização do controle de constitucionalidade. Ao contrário, o controle de constitucionalidade deve ser exercido de um modo que conceda aos juízes a possibilidade completa de inquirir os outros ramos do governo que limitaram um direito fundamental, a fim de verificar o cumprimento das exigências da proporcionalidade por eles.

¹⁷² Neste ponto são interessantes as considerações de Barak sobre a cláusula limitadora e a cláusula de superação legislativa. Elas refletiriam noções substanciais e formais de democracia, em um balanço entre a soberania do povo (representado pelo legislativo) e direitos constitucionais. Um dos papéis centrais da cláusula limitadora é a imposição de restrições, por meio do controle de constitucionalidade, no poder do parlamento, com relação a limitações desproporcionais de direitos constitucionais. Por outro lado, a cláusula de superação legislativa somente satisfaz uma noção formal de democracia. Ela fornece ao povo a autoridade de superar os requisitos da proporcionalidade colocados pela cláusula limitadora. Transforma as limitações constitucionais da cláusula limitadora em limitações políticas para o legislador. A cláusula de superação criaria um diálogo entre o legislador e o juiz. *Ibidem*, p. 131-174.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 379-381. Brady, por exemplo, traz uma proposta em que a proporcionalidade é sensível às diferenças entre os poderes, sendo aplicada de modo distinto em cada um. Cf. BRADY, Alan David. **A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998**. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, London School of Economics, Londres, 2009.

¹⁷⁴ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 382.

Muito embora a proporcionalidade seja igualmente aplicável a todos os ramos do governo, isso não significa que o grau de discricionariedade que cada um deles gozará será o mesmo. Os componentes da proporcionalidade nem sempre levam à mesma solução. Muitas vezes, cada autoridade governamental possui a discricionariedade para escolher entre um leque de alternativas – desde que sejam constitucionais. O tipo e o grau de discricionariedade exercido pelos poderes pode variar para cada alternativa. O Legislativo pode ter escolhido promover determinado objetivo que julgou legítimo. Posteriormente, essa questão poderá chegar até a Corte, que deverá determinar a constitucionalidade dessa opção. A Corte poderá exercer sua discricionariedade para atestar o erro na escolha legislativa, ainda que o legislador tenha reputado sua escolha como sendo constitucional. Cada um dos subtestes da proporcionalidade confere um grau distinto de discricionariedade para cada um dos poderes¹⁷⁵.

Barak reconhece que a adequada demarcação de competências entre os poderes é aspecto central da proporcionalidade, pois caso inexistia uma teoria das discricionariedades caminhando ao lado da proporcionalidade, a própria separação de poderes pode colapsar¹⁷⁶. Retomando a noção clássica de freios e contrapesos, o autor argumenta a favor da interdependência da atuação entre os poderes, que devem controlar uns aos outros. O propósito da separação de poderes não seria levar adiante a eficiência do governo, mas garantir a liberdade individual e prevenir a concentração de poder em determinado ramo do governo, de modo a ameaçar tal liberdade.

Neste arranjo, quando há uma disputa sobre o acerto ou o erro de determinado poder, quem deveria determinar se a decisão tomada foi a decisão correta? Barak entende que o Judiciário possui a última palavra e que é o poder adequado para resolver a disputa¹⁷⁷:

Aqui, a noção de “freios”, que caracteriza o princípio da separação de poderes, pode dar a resposta. De acordo com essa noção, quando uma questão sobre qual é a interpretação adequada da constitucionalidade de uma ação tomada por um ramo do governo surge, essa questão deve ser resolvida pelo ramo judicial. A democracia constitucional não permite o ramo legislativo ou o ramo executivo terem a última palavra no que diz respeito à legalidade – ou constitucionalidade – de suas próprias ações; de fato, a noção de separação de poderes não garante a cada ramo um “poder absoluto” sobre seus próprios domínios; ao contrário, de

¹⁷⁵ BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 384.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 384-385.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 386-387.

acordo com o princípio dos “freios” que é a marca distintiva da moderna compreensão da separação de poderes, o judiciário é o único ramo governamental que a constituição confia com a tarefa da última palavra sobre a legalidade – e constitucionalidade – de ações tomadas por outros ramos do governo. Qualquer outra solução impediria seriamente a democracia.

Isso é assim porque conceder o poder de controlar a legalidade e constitucionalidade dos atos ao Legislativo ou ao Executivo seria dar poder excessivo a eles. Barak sustenta que este poder deve ser dado a um ente que não é responsável por fazer as leis ou executá-las, sob pena de colocar em risco a noção de separação de poderes¹⁷⁸.

O autor prossegue dizendo que a função principal do Judiciário é julgar. No exercício de seu ofício, o juiz deve escolher dentre diversas opções legais para resolver um caso. Nisso consiste a discricionariedade judicial – é o poder conferido ao juiz para escolher entre as opções legais para resolver um caso. E é na aplicação do direito aos fatos que reside a discricionariedade. Os fatos são, então, o objeto da discricionariedade judicial¹⁷⁹.

Fato é qualquer coisa absorvida por qualquer um dos cinco sentidos, bem como o estado mental da pessoa. Fatos incluem avaliações sobre a probabilidade de realização de certos riscos ou recompensas relacionadas à resolução do conflito. A questão da probabilidade de que certo meio legislativo atinja os fins desejados, por exemplo, é uma questão de fato. Avaliar se essa probabilidade cumpre os requisitos da proporcionalidade é uma questão de direito¹⁸⁰.

Sendo o objeto da discricionariedade judicial uma avaliação sobre os fatos, poderia se argumentar que o Legislativo está melhor aparelhado para lidar com essa situação que o Judiciário. Não haveria, a princípio, razão para que a estrutura factual apresentada ao Legislativo não fosse apresentada também ao Judiciário. Contudo, essa dificuldade decorreria, para Barak, de um aspecto institucional, não da capacidade ou incapacidade dos juízes apreenderem fatos. Por não ser um órgão Legislativo, nem todos os argumentos relevantes chegam a ser apresentados às Cortes. De acordo com Barak, essa limitação institucional não deve ser superestimada. Não é papel do Judiciário determinar a política social ou priorizar necessidades sociais. O Judiciário deve apenas examinar a

¹⁷⁸ BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 387.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 388.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 388.

constitucionalidade dessas determinações feitas pelos outros poderes. Tudo isso para dizer que essas limitações institucionais não devem impedir a corte de cumprir seu papel judicial¹⁸¹.

O Judiciário deve levar em conta as interpretações de outros órgãos com respeito e cautela, mas não deve rejeitar sua própria convicção interpretativa em prol da dos outros poderes. Quando determinada decisão governamental recai na zona de razoabilidade, o Judiciário deve se abster de intervir não porque é deferente, mas porque a decisão governamental é constitucional. É justamente essa a tarefa das cortes: dizer qual é a interpretação adequada e constitucional do direito. Seu papel não é substituir o legislador em sua tarefa de legislar, afinal, o juiz não pode criar uma estrutura legislativa pelo fato de discordar da apresentada pelo legislador. O juiz deve, pelo controle de constitucionalidade, examinar a constitucionalidade daquela estrutura apresentada pelo Legislativo. Este é o objetivo do controle de constitucionalidade. A questão não é saber se a lei é benéfica ou eficiente, mas sim se a lei é constitucional.

Barak enxerga a declaração de inconstitucionalidade de uma lei como algo sério, que requer prudência. Essa postura seria uma exigência da própria separação de poderes. Entretanto, argumenta que contenção judicial não significa estagnação judicial. Nesse sentido, o autor diz que a deferência não seria um problema se significasse que o Judiciário deveria *ouvir e respeitar atentamente as opiniões dos outros poderes para decidir*¹⁸². Ocorre que a noção de deferência inclui outros elementos, que a aproximam de estagnação judicial. Quando um juiz deixa de adotar uma interpretação sua, pelo simples fato de outros poderes terem expressado opiniões diversas, está-se diante da deferência-estagnação. Segundo Barak, esse tipo de deferência não deveria ter lugar quando da análise da proporcionalidade de uma interferência em direitos fundamentais¹⁸³:

De qualquer modo, a noção de deferência não deve ter lugar; não tem lugar quando a questão é a proporcionalidade de uma limitação em um direito constitucional. A questão relevante é a constitucionalidade da opinião do ramo legislativo ou do ramo executivo, e não a questão da deferência.

¹⁸¹ BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 391.

¹⁸² Ibidem, p. 397.

¹⁸³ Ibidem, p. 399.

Quando a decisão legislativa for tomada dentro de uma zona de proporcionalidade, ela deverá ser reputada constitucional. Como visto, isso se dá não por uma deferência judicial, mas porque a própria decisão legislativa é constitucional. A deferência não cumpre nenhum papel nesse arranjo¹⁸⁴.

4.2.3. *Zona de proporcionalidade: o legislador e o juiz nos subtestes da proporcionalidade*

Compreendidos os pressupostos de Barak, cabe agora verificar como seu modelo propõe a alocação de competências entre o Judiciário e o Legislativo nos subtestes da proporcionalidade. Em cada um deles, os poderes gozarão de graus distintos de discricionariedade.

Começemos pela decisão de legislar. Barak entende que em uma democracia constitucional, o legislador goza de ampla discricionariedade para legislar, já que isso expressa a própria noção de representatividade democrática. Essa discricionariedade não é absoluta, pois a constituição, que a garante e fundamenta, poderá limitá-la. Em alguns casos, a constituição pode proibir o legislador de legislar – como ocorre com as cláusulas pétreas –, bem como obrigá-lo. Em se tratando de direitos que demandam uma prestação positiva do estado, por exemplo, a decisão do legislador de não legislar pode ser vista como uma limitação a esse direito e, portanto, somente será constitucional se passar pelo crivo da proporcionalidade¹⁸⁵.

Nesta etapa, o Judiciário, via de regra, não exigirá que o legislador legisle. Como vimos, isso não decorre da deferência, mas da própria impossibilidade de avaliar o legislador neste ponto. A exceção se dará com os direitos positivos, em que a decisão sobre legislar é posta em um nível de exigência e avaliação distinto, incrementando a discricionariedade judicial e, conseqüentemente, reduzindo a discricionariedade legislativa¹⁸⁶.

Na discricionariedade para determinar propósitos, ao legislador é dado um amplo poder para definir fins. Essa é, afinal, é uma de suas funções principais no estado.

¹⁸⁴ Cf. BARAK, Aharon. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 738-755, 2012, p. 747-748.

¹⁸⁵ BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 400.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 400.

Basta apenas que esses fins sejam próprios, de acordo com as previsões explícitas e implícitas da constituição. Eventual inconstitucionalidade da lei nos outros subtestes da proporcionalidade não alterará a legitimidade do fim escolhido pelo legislador¹⁸⁷.

Já a função do juiz é verificar se os fins escolhidos pelo legislador satisfazem os requisitos constitucionais de um objetivo legítimo, incluindo-se aqui a avaliação sobre eventual urgência alegada pelo legislador para dispor sobre o assunto. Isso não seria uma postura deferente, mas apenas algo derivado da própria constituição. É uma expressão do princípio da separação dos poderes e a margem de atuação judicial também é reduzida neste momento¹⁸⁸.

Em se tratando da escolha dos meios, a discricionariedade do legislador é menor do que a para definir fins, pois, uma vez definidos os fins, o legislador pode selecionar apenas aqueles meios que satisfaçam aquele fim pré-definido por ele¹⁸⁹. O juiz, por sua vez, deve analisar a proporcionalidade dos meios escolhidos. A corte não faz isso substituindo a concepção do legislador pela sua, impondo os meios que julga pertinentes para atingir o fim pretendido. A corte apenas revisa a escolha legislativa, verificando se atende aos requisitos da proporcionalidade¹⁹⁰.

Na avaliação da existência de uma conexão racional entre os fins definidos e os meios escolhidos para persegui-los, o legislador deve cuidar para que esses meios escolhidos sejam adequados para atingir o fim pretendido. Não é preciso atingir por completo o fim, mas ao menos contribuir para isso de modo não marginal.

Ao juiz caberá examinar se existe, de fato, uma adequação dos meios elegidos pelo legislador com os fins definidos. Isso seria feito com um teste de “senso comum”, a partir da análise da estrutura factual da qual partiu o legislador¹⁹¹. Frente às inúmeras possibilidades de meios disponíveis, o escopo do Judiciário para agir aqui é reduzido. Somente existirá nos casos de ausência de conexão racional¹⁹².

Com relação à avaliação da necessidade dos meios, o legislador deverá escolher o meio que menos prejudique os direitos fundamentais. Não há liberdade para escolher

¹⁸⁷ BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 401.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 405.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 405.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 405.

¹⁹¹ Ibidem, p. 406.

¹⁹² Ibidem, p. 406.

quaisquer meios, pois somente poderão ser selecionados aqueles que realizem o fim pré-definido e que, ao mesmo tempo, afetem o direito fundamental no menor grau razoavelmente possível¹⁹³.

Este grau de exigência sobre os meios não tolheria qualquer liberdade legislativa? Afinal, apenas um juiz sem imaginação não conseguiria pensar em meios minimamente menos drásticos, de modo que a necessidade sempre poderia fulminar uma intervenção legislativa em direitos fundamentais. Barak argumenta que a ausência de discricionariedade legislativa na necessidade é extremamente rara, pois é o próprio legislador quem define os propósitos que pretende alcançar. Lembra que também é preciso atingir o fim pré-definido pelo legislador com a mesma intensidade, sendo insuficiente restringir menos um direito fundamental e atingir o objetivo com menor intensidade. Além do que, se originalmente a necessidade exigia que se escolhessem os meios menos danosos ao direito fundamental, agora há um requisito de razoabilidade embutido, justamente com a finalidade de demarcar o espaço de atuação legislativa. Isso porque há incerteza no atingimento dos fins pretendidos¹⁹⁴.

Por sua vez, o Judiciário deve avaliar, com base na estrutura factual apresentada, se existe uma alternativa que atinja o fim pré-definido pelo legislador com a mesma intensidade. Essa decisão é baseada na probabilidade de acerto da escolha legislativa. Barak reconhece que, na maioria das vezes, isso é incerto e, nesses casos, é reconhecida uma discricionariedade em favor do legislador. Contudo, havendo um impasse entre dois meios equivalentes, cabe ao Judiciário decidir qual é efetivamente o menos drástico, pois se trataria de questão de interpretação constitucional¹⁹⁵.

Por fim, de acordo com Barak, no sopesamento a discricionariedade legislativa é menor que nos outros testes e não inclui a habilidade de determinar se uma limitação num direito é proporcional em sentido estrito, pois isso é papel das cortes. Antes de legislar, o legislador deve avaliar se seus propósitos legítimos podem ser alcançados por meios proporcionais em sentido estrito. Estando diante de duas alternativas proporcionais em sentido estrito, o legislador pode escolher entre qualquer uma delas. Se só houver uma opção

¹⁹³ BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 407-412.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 409.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 412-413.

para atingir determinado fim, a escolha do legislador está entre legislar ou não, quando isso for permitido pela constituição¹⁹⁶.

Com relação à margem de atuação do Judiciário, cabe ao juiz o maior espaço para decidir, que é justamente avaliar se a escolha do legislador é proporcional em sentido estrito. O eventual reconhecimento de que uma medida legislativa é proporcional não consiste em uma “não intervenção” ou deferência, mas apenas em uma declaração de que a medida legislativa foi avaliada pelo Judiciário e que ela é proporcional. Faz parte de seu papel¹⁹⁷.

Na medida em que avançamos nos subtestes da proporcionalidade, diminui a discricionariedade legislativa e aumenta a judicial. Cada poder possui sua função no esquema da separação de poderes e o arranjo proposto por Barak procura acompanhar essa dinâmica. O autor reconhece que legislar envolve discricionariedade legislativa e a proporcionalidade, muito embora reduza essa discricionariedade legislativa, não se presta a retirá-la por completo do legislador.

A proporcionalidade reconhece zonas de discricionariedade legislativa quando o legislador satisfaz as exigências da proporcionalidade. Essa zona para agir existe em cada um dos subtestes da proporcionalidade, diminuindo na medida em que se avança para o próximo subteste¹⁹⁸ e em que avança o processo legislativo. A zona de proporcionalidade é o resultado da discricionariedade legislativa em decidir legislar, em definir os fins e os meios para limitar um direito fundamental, sendo, ao final, determinada de acordo com a interpretação provida pela corte das exigências da proporcionalidade. Isso porque Barak entende que a interpretação constitucional é papel a ser desempenhado pelo Judiciário¹⁹⁹.

As fronteiras da zona da proporcionalidade são linhas separando o legislador do juiz, uma expressão do princípio da separação dos poderes. A zona de proporcionalidade é o domínio do legislador, enquanto que a manutenção das fronteiras intactas é o domínio do juiz²⁰⁰. As discricionariedades legislativa e judicial são inversamente proporcionais quando

¹⁹⁶ BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 414.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 415.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 400-415.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 415-417.

²⁰⁰ Cf. BARAK, Aharon. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 738-755, 2012, p. 747-748.

se avança no processo legislativo: no início dele, o legislador tem muita discricionariedade e o juiz pouca; no final, o juiz tem muita discricionariedade e o legislador pouca.

4.3. Beatty e a essência do estado de direito

Ao tratar da proporcionalidade, Beatty reconhece a crescente importância do controle de constitucionalidade nos séculos XX e XXI²⁰¹. Destaca, contudo, que esse espaço que passou a ser ocupado pelo Judiciário, de decidir casos envolvendo interferências legislativas em direitos fundamentais, não foi acompanhado de uma teoria que justificasse *por que se deve confiar tanto poder a um pequeno grupo de profissionais do direito não eleitos pelo povo e praticamente sem nenhuma responsabilidade de prestar contas a ninguém além deles mesmos*²⁰².

Sem pretender dar como resolvido o problema da dificuldade contramajoritária, Beatty sustenta que a proporcionalidade foi um caminho comum encontrado por juízes do mundo todo para lidar com a proteção a direitos fundamentais²⁰³. Seu conceito de proporcionalidade é baseado na maximização dos interesses das partes envolvidas no caso²⁰⁴. É apenas essa perspectiva dependente do ponto de vista das partes que importa para o autor, razão pela qual chega até a dizer que a noção de direitos realmente perderia importância quando a proporcionalidade fosse utilizada²⁰⁵. Portanto, no caso de uma lei que intervenha em um direito fundamental, deverá se verificar o quão intensamente a medida afetou os interesses das partes, devendo ser favorecida aquela para quem o caso é mais significativo, isto é, aquela que foi mais afetada pela medida.

Beatty reconhece que as partes podem exagerar em suas reivindicações. Ainda que não fique explícito, o autor parece sustentar que tudo aquilo que as partes alegam deve ser sopesado, uma vez que é afetação de seus interesses o elemento central a ser considerado na proporcionalidade. Caberia ao Judiciário, nessas situações, intervir para demarcar qual é

²⁰¹ Conferir, dentre outros, HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004 e SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

²⁰² David Beatty. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 289-290.

²⁰³ Ibidem, p. 291.

²⁰⁴ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 28.

²⁰⁵ David Beatty. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 291.

efetivamente a intensidade de afetação no interesse das partes, como se estivesse ocupando o lugar das partes afetadas²⁰⁶. Daí decorre a natureza expansiva do modelo de Beatty, tal como apontei anteriormente²⁰⁷.

Diferentemente de Alexy e Barak, Beatty não apresenta uma estrutura analítica para a relação da proporcionalidade com a separação de poderes. Em geral, diz apenas que o bom uso da proporcionalidade é capaz de resolver a tensão entre o controle de constitucionalidade e a democracia²⁰⁸:

Fazer da proporcionalidade o critério decisivo de verificação da constitucionalidade de uma lei ou de qualquer outro ato do Estado garante a separação entre as atribuições do Judiciário e as dos poderes eleitos do governo e soluciona o paradoxo que há tanto tempo perturba as democracias constitucionais.

Também sustenta, genericamente, que a proporcionalidade seria apta para delimitar a atividade judicial e a atividade legislativa²⁰⁹:

Verificar a legitimidade das leis através do prisma da proporcionalidade gera um modelo de análise em torno do qual é possível construir uma teoria robusta do controle judicial de constitucionalidade. Aplicada com imparcialidade, a proporcionalidade permite resolver, com base na razão e em argumentos sensatos, disputas sobre os limites da atividade legislativa legítimas.

A despeito da ausência de uma delimitação mais clara sobre até onde o Judiciário, por meio da proporcionalidade, poderia avançar, Beatty aparenta entender que as escolhas morais da sociedade devem ser decididos pela própria sociedade, pela via dos poderes eleitos e legitimados democraticamente²¹⁰. Há, aqui, uma sinalização de que os

²⁰⁶ Neste ponto, sobre a suscetibilidade á discricionariedade judicial, ver SCHLINK, Bernhard. Proportionality (1). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 718-737, 2012, p. 725.

²⁰⁷ Cf. David Beatty. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 306. Não há maiores elementos analíticos fornecidos por Beatty, mas parece ser possível compreender seu argumento como requerendo que os interesses das partes sejam, *prima facie*, considerados – algo similar que ocorre a partir da estrutura dos princípios, tal como concebidos por Alexy.

²⁰⁸ Ibidem, p. 292.

²⁰⁹ Ibidem, p. 307.

²¹⁰ De acordo com Beatty: “O caráter moral da sociedade deve ser definido por ela mesma. Às vezes, como em Solberg, quando parece que o bem-estar geral pode ser aprimorado pela imposição dos próprios pontos de vista do juiz, uma transgressão com a de Albie Sachs pode parecer desculpável ou mesmo digna de aplauso. Entretanto, a lição aprendida com os casos de aborto é que nenhum juiz jamais terá o direito de arrogar-se o

casos em que inexistem razões materiais para sustentar a tomada de decisão – aqueles que chamei de dilemas constitucionais²¹¹ – devem ser decididos pelo Legislativo e Executivo.

Em outro momento, Beatty aparenta flertar com uma visão dialógica de separação de poderes²¹², argumentando que a proporcionalidade seria formulada de um modo que demandasse dos poderes uma atuação cooperativa para *ajudar cada sociedade a ser o mais justa e equânime possível dado o fato de tratar-se de um grupo de pessoas estranhas umas às outras*²¹³.

Enfim, ainda que de modo errante e pouco articulado, a visão de Beatty traz alguns parâmetros sobre como sua concepção de proporcionalidade aloca a competência entre o Judiciário e o Legislativo no caso de intervenções legislativas em direitos fundamentais.

poder de definir quais devem ser as escolhas morais da sociedade”. Cf. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 304. Sobre a aplicação do sopesamento nesses casos, conferir a discussão do item 4.1.2.1.3 deste trabalho, sobre a aplicação do sopesamento nesse casos.

²¹¹ Cf. item 4.1.2.2 deste trabalho.

²¹² Ao que tudo indica, a visão cooperativa entre os poderes sugerida por Beatty não se baseia em maiores elaborações teóricas, aparentando remeter a uma visão mais singela de que os poderes devem atuar em conjunto. Para um debate aprofundado, incluindo breve avaliação sobre a proporcionalidade e o diálogo institucional, ver MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²¹³ David Beatty. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 303.

5. A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO NA PROPORCIONALIDADE ENQUANTO CANAL PARA A ARGUMENTAÇÃO MORAL

A proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral enfatiza o nível da justificação da intervenção legislativa no direito fundamental. No lugar da “cultura de autoridade”, tendente a sobrepor os fins aos meios, migra-se para uma “cultura de justificação”, com o intuito de impor exigências argumentativas mínimas a qualquer ato estatal²¹⁴.

Dentre as perspectivas técnica e moral, utilizadas para distinguir as duas concepções de proporcionalidade, predomina, na proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral, o aspecto moral. Retomando as noções já trabalhadas no capítulo 3, a perspectiva moral tem por objetivo descobrir as considerações morais relevantes em um problema particular. A perspectiva técnica, por sua vez, se propõe a analisar a aptidão das categorias legais para expressar as demandas de moralidade através do direito. Isto é, uma privilegia o conteúdo das razões e a outra o desenho da categoria jurídica.

Assim, os parâmetros analíticos mais exigentes e detalhados da concepção maximizadora dão lugar a uma argumentação mais livre e menos orientada. Inexiste uma preocupação em buscar a maximização de alguma propriedade. Aqui, as interferências legislativas nos direitos fundamentais devem apenas oferecer uma justificativa razoável para que possam ser reputadas como proporcionais.

Na sequência, analisarei, dois modelos de proporcionalidade que representam essa concepção: as propostas de Möller²¹⁵ e Kumm²¹⁶.

5.1. Möller e o modelo global de direitos constitucionais

Kai Möller elabora um modelo de proporcionalidade que ele denomina de “modelo global de direitos constitucionais”, a partir da observação de noções que obtiveram sucesso considerável no pós segunda guerra. O autor procura identificar na prática

²¹⁴ Cf. item 3.2 deste trabalho.

²¹⁵ MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²¹⁶ Dentre outros, conferir seu trabalho mais recente. Cf. KUMM, Mattias, WALEN, Alec. D. Human Dignity and proportionality: Deontic pluralism in balancing. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper no. 13-03, 2013.

constitucional global elementos comuns e, a partir deles, construir um modelo teórico moralmente consistente.

As concepções maximizadora e moral da proporcionalidade possuem essas características em comum, sustentando que direitos fundamentais (i) têm seu escopo ampliado e não fornecem proteções definitivas de antemão, (ii) abrangem também obrigações positivas do estado, (iii) são aplicáveis não apenas na relação estado e indivíduo, mas também entre particulares e (iv) têm a proporcionalidade e o sopesamento como seu método central de proteção²¹⁷.

5.1.1. *Proporcionalidade, autonomia pessoal e direitos fundamentais*

Möller argumenta que o valor protegido pelos direitos constitucionais deve ser a liberdade positiva ou autonomia pessoal. Em particular, as doutrinas de obrigações positivas e eficácia horizontal objetivam permitir as pessoas a viverem suas vidas autonomamente. O autor analisa, a partir daí, duas concepções distintas de autonomia pessoal – pautadas nas noções de razões excluídas e de interesses protegidos. A primeira sustenta que para respeitar a autonomia de uma pessoa o estado não pode depender de certas razões no seu tratamento para com ele (razões excluídas), em particular razões morais ou paternalistas baseadas na ideia de que uma pessoa vale menos que a outra²¹⁸. Apesar de coerente, essa teoria não seria capaz de explicar o escopo *prima facie* dos direitos fundamentais – elemento predominante dos direitos atualmente²¹⁹. A segunda – e preferível, para o autor – concepção de autonomia enfatiza diretamente as ações e os recursos pessoais que são importantes para se ter uma vida autônoma. É possível, partindo deste ponto, analisar o peso específico do interesse na autonomia com referência à sua importância a partir da perspectiva do próprio agente interessado nela²²⁰.

Desse modo, o objetivo dos direitos constitucionais no modelo global não é excluir alguns interesses especificamente importantes do escopo de sua proteção, mas, ao

²¹⁷ Essas características são identificadas por Kai Möller, na descrição daquilo que concebe como um modelo global de direitos constitucionais. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²¹⁸ Ibidem, p. 44-72.

²¹⁹ Ibidem, p. 44-72.

²²⁰ Nesse aspecto, Möller parece se aproximar da definição de Beatty de “interesse”.

contrário, garantir que todos os interesses baseados na autonomia de uma pessoa sejam sempre adequadamente protegidos.

Sendo esses interesses baseados na autonomia concebidos a partir de uma noção de “inflação de direitos”, seu escopo de proteção é amplo. Em virtude deste cenário, é natural que existam conflitos entre eles. Esses conflitos são a fonte da necessidade de se especificar as esferas de autonomia dos cidadãos iguais e seriam resolvidos por meio do sopesamento.

Möller identifica quatro conceitos de sopesamento. (1) O primeiro deles é sopesamento enquanto maximização de autonomia ou interesses, em que se avalia o peso dos interesses, sob a perspectiva do agente. (2) O segundo, é o sopesamento de interesses, em que também se trabalha com a imagem de pesos, mas se reconhece que podem haver razões morais que requerem um ajuste no peso atribuído a um interesse²²¹. (3) No sopesamento formal, não se trabalha com pesos e não há uma precedência absoluta de um interesse colidente sobre o outro – há um *trade-off* e é preciso sopesar. Ao contrário do segundo tipo de sopesamento, há, aqui, um argumento moral que é total ou parcialmente insensível aos pesos²²². (4) Por fim, temos o sopesamento enquanto justificação, que se presta a verificar a força relativa das razões no caso de interesses colidentes. Este último tipo carrega consigo o ideal da cultura de justificação de que parte Möller e é responsável, em sentido amplo, por exigir a justificação de todos os atos estatais.

Os quatro conceitos de sopesamento mencionados acima não são sempre aplicáveis na resolução de conflitos de interesses de autonomia. As três primeiras modalidades poderão ou não ser aplicáveis, a depender do caso. Apenas o último tipo será sempre aplicável, pois traz consigo a própria ideia ampla de justificação dos atos estatais, demandando que as intervenções em direitos fundamentais sejam razoáveis²²³:

Assim, o sopesamento enquanto justificação é sempre apropriado: ele simplesmente nos direciona ao argumento moral para resolver o conflito. Naqueles poucos casos em que um interesse leva prioridade incondicionada (como é possível sustentar no caso do conflito entre a liberdade da tortura e segurança), o sopesamento enquanto justificação é, de fato, o único tipo de sopesamento aplicável. Em todos os outros casos, o sopesamento formal se aplica também: o argumento moral correto requer uma troca recíproca entre os dois valores. Nos

²²¹ Möller cita três exemplos: comportamento anterior, dano competitivo e desaprovação ética. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 137-139.

²²² Como reconhecer que é inviável torturar alguém, mesmo que seja para salvar mil vidas. *Ibidem*, p. 139.

²²³ *Ibidem*, p. 140.

casos de sopesamento formal em que há trocas recíprocas de tal modo que a única coisa que importa é a importância dos respectivos interesses, o sopesamento de interesses também é apropriado. Assim, nesses casos, o sopesamento adequado é, ao mesmo tempo, o sopesamento enquanto justificação, que pode assumir a forma de um sopesamento formal, que, por sua vez, pode ser conduzido ao sopesamento de interesses. Finalmente, quando, adicionalmente, a importância dos respectivos interesses for precisamente a importância dos interesses dos agentes, de acordo com sua perspectiva, o sopesamento enquanto maximização da autonomia de interesses se aplica em conjunto com o sopesamento enquanto justificação, com o sopesamento formal e com o sopesamento de interesses.

Além do que, o fato de existirem quatro possíveis noções de sopesamento, cada qual aplicável a determinado perfil de caso, gera um cenário de complexidade. Essa riqueza de detalhes no sopesamento pode fazer, por exemplo, com que a proporcionalidade seja sempre equiparada à maximização. No modelo de Möller, contudo, a maximização entrará em cena poucas vezes, o que faz com que uma conclusão como esta seja equivocada. De fato, para Möller, a proporcionalidade deve ser vista, antes de qualquer coisa, como uma exigência de justificação para todo e qualquer ato estatal – notadamente as intervenções legislativas em direitos fundamentais. Assim, ainda que a maximização esteja comumente presente no imaginário das pessoas quando falamos em proporcionalidade, aqui é a ideia de motivação ampla contida no quarto conceito de sopesamento a ideia mais importante.

Vale lembrar que dessa exigência de justificação não decorrerá automaticamente uma verdade moral. Möller não tem a pretensão de fazer da proporcionalidade um atalho para a verdade, razão pela qual propõe que nos engajemos no desenvolvimento de uma série de princípios morais que proveem um guia na resolução desses conflitos²²⁴.

O direito geral de autonomia que todas as pessoas tem para perseguir os mais variados caminhos de suas vidas encontra algumas limitações morais. Um exemplo é a impossibilidade de se utilizar alguém como *meio* para algum projeto. A escravidão é um retrato extremo dessas situações, já que o escravo tem sua liberdade tolhida e utilizada para os propósitos determinados pelo seu proprietário. Casos menos extremos, como o direito à

²²⁴ Não convém abordar minuciosamente cada uma desses princípios morais, até porque, a relação de Möller não tem a pretensão de ser exaustiva. Além da regulamentação de comportamento danoso, que exponho a seguir no trabalho, Möller, também elenca outros dois princípios morais: as políticas redistributivas e as políticas apoiando bens e serviços. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 143-173.

privacidade, também são comuns. Celebidades, por exemplo, não podem ser exploradas de modo irrazoável pelos jornalistas, sob pena de se utilizar seu direito à privacidade como um meio para o jornal lucrar²²⁵. Para avaliar a aceitabilidade da intervenção dos jornais na vida privada da celebridade, não seria adequado utilizar a primeira noção de sopesamento, que o concebe como uma maximização de interesses. Fosse ela utilizada, concluiríamos que sob a perspectiva quantitativa, os interesses dos jornalistas e de seus infundáveis leitores se sobreporiam ao direito à privacidade, já que são quantitativamente superiores e a maximização requer um aumento geral da autonomia na sociedade, nos moldes de um utilitarismo de interesses²²⁶. O mais adequado, para este caso, seria um sopesamento formal, em que somente se permitirá utilizar a celebridade como *meio* para satisfazer a autonomia de demais indivíduos em circunstâncias extremas²²⁷.

Uma política que interfere no direito de autonomia de alguém precisa, portanto, ser justificável de modo razoável e essa razoabilidade é medida pela proporcionalidade. Mas porque precisamos da proporcionalidade para aferir a aceitabilidade de intervenções? Möller sustenta que a proporcionalidade proporciona uma estrutura que guia o juiz através do processo de argumentação na avaliação da legitimidade constitucional de uma política²²⁸, escalonada em quatro subtestes: objetivo legítimo, adequação, necessidade e sopesamento/proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre o primeiro subteste, o autor esclarece que uma política não tem propriamente um objetivo. O que se verifica, portanto, é se a política é objetivamente justificável, e não se as pessoas que a fizeram tinham algo certo em mente. Para um objetivo ser legítimo, precisa ser relacionado à promoção de autonomia dos indivíduos²²⁹. Assim, objetivos conectados à desaprovação ética de estilos de vida não devem receber nenhum valor em uma comunidade comprometida com a liberdade individual. A definição e as exigências que recaem sobre o objetivo legítimo trazem consigo um efeito disciplinador no

²²⁵ Evidentemente, sendo a celebridade uma figura pública, haverá um debate sobre quais aspectos de sua vida efetivamente são ou não de interesse público. A essência da ideia, contudo, persiste: o uso irrazoável da imagem é um caso de utilização da celebridade como meio para o projeto de outros indivíduos.

²²⁶ MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 137.

²²⁷ *Ibidem*, p. 149.

²²⁸ O autor esclarece que a proporcionalidade em geral é aplicada para os direitos negativos e políticos em sua dimensão vertical e não funciona muito bem com as obrigações positivas e direitos socioeconômicos, pois estes requerem recursos que são escassos e poupar recursos sempre é algo legítimos. Para os direitos sociais, em geral se utiliza diretamente o último subteste (sopesamento), como costuma fazer a corte sul-africana. De todo modo, Möller argumenta que seu foco é nos direitos negativos e políticos, em sua dimensão vertical – aqueles tipicamente regulados pela proporcionalidade. *Ibidem*, p. 179-180.

²²⁹ *Ibidem*, 182.

legislativo em suas tomadas de decisão. O legislador está ciente de que não pode promover objetivos relacionados à desaprovação ética de outros indivíduos e, quando isso chegar às cortes, as autoridades sequer tentarão sustentar a política com base em questões de desaprovação ética. O juiz tem, então, seu trabalho facilitado, pois já ficam excluídos objetivos proibidos e ele pode destinar sua energia para identificar argumentos que possam ser efetivamente testados nos próximos subtestes.

A necessidade, por sua vez, enfrenta um certo simplismo em suas abordagens. Em geral, há uma política alternativa que é menos restritiva mas tem alguma outra desvantagem. Por exemplo, uma política menos restritiva e menos eficaz pode ser considerada superior a uma mais restritiva e mais eficaz? Esse problema pode ser resolvido estruturalmente na necessidade – como costuma ser feito no Canadá – ou no sopesamento – como na Alemanha. Pela clareza estrutural, Möller prefere a opção alemã²³⁰. Afinal, o importante é endereçar o problema substantivamente, não ver as opções políticas disponíveis.

No que diz respeito ao sopesamento, entram em cena aquelas quatro noções já abordadas anteriormente. Diferentemente da proporcionalidade enquanto maximização, objeto de análise do capítulo anterior, aqui a maximização representa apenas uma dentre outras possibilidades de sopesamento, que somente será adequada em alguns casos. A ênfase, novamente, é no sopesamento enquanto justificação, que demanda que todos os atos legislativos possuam uma justificativa razoável para intervir em direitos fundamentais.

5.1.2. Modelo global, controle de constitucionalidade e democracia

Möller argumenta que seu objetivo primordial é elaborar um modelo material de direitos fundamentais²³¹. Não obstante, o autor admite ser preciso compatibilizá-lo com noções satisfatórias de democracia e separação de poderes²³².

Nesse sentido, o ideal moral da democracia seria a possibilidade de as pessoas governarem a si mesmas, sendo autoras das leis que as vinculam. Assim, a democracia está

²³⁰ Para lidar com a questão das alternativas mais eficazes e mais danosas, Möller elabora uma teoria da acomodação, em que todos os cidadãos devem arcar com os custos para promover regimes em que o estado permita que ele persiga seus próprios projetos. É um caminho intermediário entre optar pela opção menos efetiva e pela mais efetiva. Isso porque acomodar indivíduos gera despesas para o Estado. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 193-199.

²³¹ Ibidem, p. 120.

²³² Ibidem, p. 179.

ligada à autonomia e, de certo modo, à autonomia pessoal. Neste momento, Möller explora uma distinção entre autonomia pessoal e autonomia política. No nível político, as pessoas, coletivamente, são as autoras de suas leis, enquanto que no nível individual cada pessoa é a autora de sua vida²³³.

Desse cenário, decorre a relação entre autonomia pessoal e democracia. Sendo o objetivo dos direitos fundamentais proteger a autonomia dos indivíduos, uma sociedade deve garantir que cada um possa escolher livremente o destino que melhor lhe aprouver. No nível político, como visto, isso se transforma no poder do indivíduo de fazer leis. Por esta razão, o ideal moral da democracia é a autonomia política, exercida pela comunidade política como um todo, uma vez que todo indivíduo tem direito de participar adequadamente na autonomia da vida política da comunidade, para que possa, conseqüentemente, opinar sobre a definição dos rumos de sua própria vida individual.

Assim, a autonomia política representa a possibilidade dos indivíduos, enquanto cidadãos, participarem das eleições e outros procedimentos democráticos para codeterminar a direção política do país. A autonomia pessoal, por sua vez, representa a possibilidade de dar às nossas vidas direção e sentido.

No intuito de construir um modelo moralmente consistente e, ao mesmo tempo, compatível com noções satisfatórias de democracia e separação de poderes, Möller defende que uma tal teoria precisaria cumprir três requisitos: (i) deve prover um espaço significativo para autonomia pessoal; (ii) deve prover um espaço significativo para a autonomia política e (iii) deve integrar autonomia pessoal e política de modo atraente²³⁴.

Apresenta, em seguida, três possíveis maneiras de abordar a relação entre a autonomia pessoal e autonomia política, para descartá-las na sequência. A primeira abordagem seria uma em que a autonomia política levasse precedência frente a autonomia pessoal. Justamente por esta característica, ela não levaria em conta a exigência de garantir espaço à autonomia pessoal, devendo, portanto, ser descartada²³⁵. A segunda abordagem defende a precedência da autonomia pessoal até o ponto em que ela se faça ouvida no

²³³ Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 100.

²³⁴ *Ibidem*, p. 101-102.

²³⁵ Möller sustenta que em condições de eleições majoritárias, não é possível reconhecer irrestritamente a preferência coletiva frente a individual, já que a autonomia pessoal correria sérios riscos de se ver violada. *Ibidem*, p. 102-105. Para uma análise entre a tensão entre constitucionalismo e democracia, nos moldes de uma desconfiança da democracia, ver também TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: EDUSP, 1977.

processo da autonomia política²³⁶. Como o modelo global preconiza, de antemão, a proteção de todos os indivíduos no exercício de sua autonomia pessoal, ele não admite a restrição de que ela seja privilegiada apenas em alguns casos. A terceira abordagem propõe que a autonomia política termine aonde a autonomia pessoal começar. No modelo global, direitos constitucionais se aplicam também a relações entre particulares, devendo o estado garantir a proteção adequada à autonomia pessoal. Além do que, como quase todas as políticas afetam a autonomia pessoal de alguém, não seria viável separar rigidamente as duas noções de autonomia²³⁷.

Após rechaçar essas três abordagens iniciais, Möller passa a defender um quarto caminho. De acordo com o modelo global, direitos fundamentais afetam todo o domínio da elaboração de políticas, razão pela qual um modelo adequado de relação entre autonomia pessoal e política deve partir deste cenário.

Möller, inspirando-se em Kumm²³⁸ e em harmonia com a ideia de uma cultura de justificação, defende que a ideia de direitos fundamentais incorporaria a função de permitir o questionamento dos atos governamentais, incluindo-se aqui intervenções legislativas nesse âmbito. Assim, constatando-se a interferência em um direito fundamental, seria ativada uma exigência de justificação dessa intervenção.

Em linhas gerais, Kumm sustenta que na tradição iluminista, direitos não eram apenas proteções negativas. Após a segunda guerra, o que é novo no cenário mundial, portanto, não seria a concepção ampla de direitos, mas sim o papel do Judiciário em supervisioná-los. Sua função não seria dizer se as autoridades públicas encontraram a resposta certa, mas apenas verificar se encontraram uma resposta razoável²³⁹. Para Möller, isso se conecta a um ideal atraente de democracia, pautado no consenso de todos os governados, não apenas das majorias. Ocorre que, sendo o consenso efetivo inviável nas democracias contemporâneas, a ideia é que as respostas sejam elaboradas primeiro a partir de um processo de decisão majoritária e, segundo, tenham um resultado que se qualifique de

²³⁶ Como quando há exigências procedimentais específicas para determinados grupos minoritários com probabilidade maior de se verem prejudicados na arena majoritária. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 105-106. Ver também ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²³⁷ Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 107.

²³⁸ No próximo item abordarei com maior detalhamento o pensamento de Kumm.

²³⁹ Cf. KUMM, Matthias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010.

modo plausível como um julgamento coletivo de razão sobre compromissos com direitos, que possam ser aceitas até pelos impactados negativamente pela decisão²⁴⁰.

Esta nova função que seria desempenhada pelos direitos fundamentais, de permitir o amplo questionamento dos atos governamentais, aparenta levar à conclusão de que direitos constitucionais determinariam toda a política do estado, restando ao parlamento escolher a única resposta correta que melhor resolveria essa demanda.

Möller, baseando-se em Kumm, esclarece que o Judiciário desempenha apenas e tão somente um papel de contestação socrática. Isto é, de apenas revisar se a escolha legislativa é razoável dentro das circunstâncias daquele caso, de tal modo que essa escolha seja passível de aceitação até pelos afetados negativamente por ela. A Corte, assim, não pretende determinar a atuação legislativa ou mesmo exigir do legislador uma única resposta correta. O papel das cortes é resolver o desacordo razoável entre as partes divergentes.

O que justifica, pelo lado da parte “perdedora”, a aceitação de uma decisão que não representa a resposta correta? Em outras palavras, porque o Legislativo pode interferir nos direitos fundamentais das partes sem que se exija dele a resposta correta? Para Möller, a resposta está na própria noção de democracia, que nos obriga a conceder uma margem de atuação ao legislador nesses assuntos²⁴¹:

Considerando que é extremamente importante que o autogoverno político legítimo seja possível (segundo desiderato), nós somos forçados a conferir aos ramos eleitos alguma vantagem no seu processo de tomada de decisão.

Mais do que isso, Möller sustenta que o modo adequado de integrar direitos fundamentais e democracia de maneira consistente, do ponto de vista moral, é reconhecer que devemos exigir respostas razoáveis para os problemas, ao invés de respostas corretas. Nas palavras do autor²⁴²:

A conclusão da discussão acima é que a autonomia política se refere à especificação das esferas de autonomia de cidadãos iguais; e que um exercício

²⁴⁰ Cf. KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010.

²⁴¹ MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 121.

²⁴² Ibidem, p. 122.

de autonomia política é legítimo se especificar as esferas de autonomia de cidadãos iguais não de um modo correto, mas, ao contrário, apenas de um modo razoável.

Democracia é, neste cenário, a tomada de decisões majoritárias que reflitam maneiras razoáveis de especificar as esferas de autonomies dos cidadãos. Direitos constitucionais, por sua vez, cumprem o papel de dar a cada cidadão a possibilidade de exigir que as políticas que afetem sua autonomia pessoal sejam baseadas num esquema que especifique sua esfera de autonomia de modo razoável. Por fim, qualquer interferência no direito geral de autonomia ativa a necessidade de justificação.

As ideias sustentadas por Möller desaguam em um arranjo institucional em que os poderes eleitos desenham e executam as políticas e as cortes apenas analisam se os poderes eleitos agiram dentro de sua autonomia política, isto é, se chegaram a respostas razoáveis quando especificaram a autonomia de cidadãos iguais. A pergunta é se essa é uma concepção atraente do ponto de vista da separação de poderes, tendo em vista que em geral se exige que as tarefas sejam distribuídas para aqueles poderes que tem a melhor capacidade de resolve-los²⁴³.

Möller argumenta que analisar uma política é uma habilidade diferente de desenhar uma política²⁴⁴. Enquanto a elaboração de políticas é atividade eminentemente ativa e criativa, sua análise é mais analítica e reativa. De acordo com o autor, a análise seria tarefa mais fácil, pois não se exige do Judiciário que descubra qual é a melhor resposta possível para o problema, mas apenas que verifique se a resposta oferecida pelo legislador é razoável²⁴⁵.

Essa abordagem consiste, para Möller²⁴⁶, em uma teoria de deferência das cortes perante os parlamentos. Na análise dos dados empíricos coletados pelo legislador para basear sua decisão, as cortes devem ser deferentes, pois são menos capazes institucionalmente de adquirir o conhecimento relevante para o caso. Uma corte bem desenhada, com procedimentos de audiências públicas e outros que permitam a permeabilidade da sociedade no tribunal, conseguiria ao menos extrair as informações suficientes para verificar a

²⁴³ MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 126-127.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 130-131.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 131.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 132.

consistência dos procedimentos levados a cabo pelo parlamento para adquirir as informações relevantes no caso.

Na fase moral, de efetiva análise da decisão substantiva envolvendo os direitos fundamentais, o Judiciário deve, segundo Möller, ter um papel mais ativo. Segundo o autor, a deferência é inapropriada porque (i) não é necessária, já que juízes estão bem capacitados para analisar a razoabilidade da resposta do parlamento sob a perspectiva moral, e (ii) as cortes são encarregadas da tarefa de decidir questões referentes à legitimidade constitucional. Somente em casos de dilemas constitucionais é que Möller deixa em aberto se são efetivamente as cortes as responsáveis por decidir. Importante destacar, ainda, que a fase moral é focada na verificação de razoabilidade das respostas, não no acerto delas²⁴⁷.

Möller defende uma margem de apreciação em favor do legislador, de modo que o sopesamento deve apenas verificar se a opção política foi feita com argumentos razoáveis. Esta avaliação de razoabilidade, contudo, seria feita sob uma perspectiva substantiva²⁴⁸:

Não obstante considerações relativas à deferência institucional possuam um papel limitado na teoria dos direitos fundamentais, a questão aqui não é sobre deferência institucional, mas sobre um equilíbrio aceitável entre os interesses conflitantes e, de acordo com o conceito substantivo da margem de apreciação, os poderes eleitos possuem certa vantagem neste aspecto. Essa vantagem na margem de apreciação reflete na proporcionalidade a integra, de tal modo que para uma processo de tomada de decisão ser considerado legítimo, basta que os poderes eleitos venham com uma resposta razoável para o conflito de interesses, ao invés de uma resposta correta.

Ainda que argumente ser este um modelo substantivo, o âmbito institucional aparece em destaque também, já que estamos discutindo, de modo central, o grau de exigência que demandaremos do legislador. A própria possibilidade de se falar em um modelo “substantivo” puro ou “institucional” puro é controversa²⁴⁹. Abordarei este ponto mais adiante.

²⁴⁷ MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 132.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 201.

²⁴⁹ Esta dificuldade fica clara na discussão dos modelos de se relacionar princípios formais e materiais na teoria dos princípios de Alexy. Cf. item 4.1.2.2.4 deste trabalho.

De todo modo, para Möller, esse arranjo da margem de apreciação responderia adequadamente aos críticos da proporcionalidade que argumentam que o controle de constitucionalidade removeria as questões de direitos do processo democrático.

5.2.Kumm: proporcionalidade e a contestação socrática

Kumm concebe a proporcionalidade como um mecanismo destinado a aferir a razoabilidade dos atos governamentais. Ela está no epicentro da transformação da “cultura da autoridade” em uma “cultura da justificação”. Essa centralidade elevaria a tensão entre democracia e controle de constitucionalidade, pela forma peculiar com que a proporcionalidade é estruturada e também pelo papel que ela atribui ao Judiciário²⁵⁰.

A tarefa da proporcionalidade seria a de propiciar um exercício de “contestação socrática” entre o Judiciário e o Legislativo²⁵¹, que abordarei a seguir. Neste contexto, a noção de direitos fundamentais serve apenas como um gatilho para ativar a exigência de justificação imposta pelo aparato da proporcionalidade²⁵²:

Primeiro, o titular do direito não tem muito em seu favor por ser titular deste direito [...]. Uma violação no escopo do direito serve apenas como um gatilho para que se verifique se essa interferência é justificada.

Como ter direito a algo significa pouco, já que dessa situação não decorre nenhuma proteção imediata, é natural que o foco da proteção constitucional a direitos fundamentais seja na avaliação das razões para a intervenção nesses direitos. Os quatro subtestes da proporcionalidade funcionariam, então, apenas como um checklist para avaliar a razoabilidade da intervenção legislativa nos direitos fundamentais²⁵³. Sua estrutura aberta permitiria uma investigação deste tipo, buscando uma justificativa pautada pela razão pública, sem maiores mediações por outras categorias legais, como o texto e o precedente²⁵⁴.

²⁵⁰ KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4, 2, 2010, p. 142.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Ibidem, 150.

²⁵³ URBINA, Francisco. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 129.

²⁵⁴ Urbina questiona a lateralidade com que Kumm trata as outras formas de parâmetros decisórios, como o texto e o precedente. Ibidem, p. 130.

Assim, Kumm entende a proporcionalidade como um teste que demanda um exercício argumentativo, sem maiores parâmetros jurídicos, destinado a avaliar a legitimidade da interferência governamental nos direitos fundamentais²⁵⁵.

O autor acredita que as transformações decorrentes da mudança de uma cultura de autoridade para uma cultura de justificação, encabeçada pela proporcionalidade, colocam novos desafios à antiga tensão entre controle de constitucionalidade e democracia. A perda de importância na definição do conteúdo dos direitos fundamentais, aliada à ênfase na justificação das intervenções nesses direitos, requer uma postura diferente da que o Judiciário vinha exercendo até então. Com isso, questionamentos relativos à capacidade e à legitimidade das cortes para desempenhar esse papel ganham outros contornos²⁵⁶.

Para Kumm, é incorreto dizer que atualmente as cortes simplesmente interpretam direitos. Se antes predominavam provisões de direitos fundamentais elaboradas com uma estrutura mais categórica, sem mencionar possibilidades de limitações desses direitos²⁵⁷, no pós segunda guerra há uma proliferação das provisões de estrutura bifurcada. Isto é, num primeiro momento prescrevem algum direito para, na sequência, elencar algumas circunstâncias nas quais ele poderá ser limitado²⁵⁸.

Na avaliação da limitação do direito fundamental, entra em cena a proporcionalidade, provendo uma estrutura em que qualquer ato governamental pode ser avaliado a partir de uma noção de razão pública²⁵⁹. Este modelo de dois níveis – em que o primeiro constata a interferência no direito e o segundo avalia a intervenção – enfatiza a

²⁵⁵ Em seus trabalhos iniciais, Kumm chegou a sustentar a incompatibilidade da proporcionalidade com algumas das características que direitos teriam na tradição liberal, cf. KUMM, Mattias. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of The Proportionality Requirement*. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007. Mais recentemente, no entanto, Kumm e Walen parecem reconhecer que a proporcionalidade seria apta a capturar todo e qualquer interesse moral relevante quando utilizada na proteção de direitos fundamentais. Nas palavras dos autores: o excepcionalismo da dignidade humana é falso. Muito embora tenha sido correto insistir que a estrutura da moralidade política não é automaticamente capturada pelos quatro subtestes da proporcionalidade e, particularmente, a ideia de sopesamento, são flexíveis o bastante para permitir que as complexidades estruturais da moralidade política sejam levadas em conta. Cf. KUMM, Mattias, WALEN, Alec. D. *Human Dignity and proportionality: Deontic pluralism in balancing*. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper no. 13-03, 2013. Urbina também destaca esta mudança de entendimento de Kumm, cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 135-136.

²⁵⁶ KUMM, Mattias. *The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, p. 142.

²⁵⁷ Como as provisões da primeira emenda à constituição estadunidense.

²⁵⁸ Diversas provisões da Convenção Europeia de Direitos Humanos possuem essa estrutura.

²⁵⁹ KUMM, Mattias. *The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, p. 150.

justificação da intervenção. Isso também nos ajuda a compreender a razão pela qual o escopo dos direitos fundamentais é definido de modo amplo²⁶⁰:

Conceber direitos desse modo também ajuda a explicar um outro fator amplamente disseminado na prática contemporânea de direitos humanos e fundamentais que pode ser apenas brevemente apontado até aqui. Se tudo o que você tem por ser titular de um direito é uma posição cuja força, em qualquer contexto particular, é determinada pela proporcionalidade, não há nenhuma razão óbvia para definir de modo restrito os interesses protegidos por um direito. Então, considerando o notável escopo dos direitos fundamentais na adjudicação constitucional, bem como sua orientação para a razão pública, ao contrário de uma estrutura baseada na autoridade legalista, porque cortes devem se encarregar de avaliar os atos das autoridades públicas, mesmo os do legislador, de um modo como esse? Qual é o melhor argumento para que as cortes desempenhem este papel?

Na avaliação da interferência governamental nos direitos fundamentais, as cortes devem realizar um exercício de contestação socrática. Isto é, exigir criticamente que a outra parte – em geral o governo – forneça razões sobre o que a justiça e a política requerem em um determinado caso. Esta postura faz com que o raciocínio sobre o que é justiça e o que é requerido pela política permeie o debate público, melhorando as respostas dos agentes governamentais e evitando males que costumam acometer democracias²⁶¹.

Kumm reconhece o grande poder que este modelo confere ao Judiciário. Contudo, não vê motivos para que se sustente um viés antidemocrático a partir disso. O autor relembra que na transição da democracia direta para a representativa os estados enfrentaram diversos questionamentos sobre a legitimidade da democracia representativa. Por isso mesmo, acredita que utilizar, contemporaneamente, a metáfora do “povo” para discutir legitimidade democrática desorienta o debate, pois na democracia representativa não faz sentido falar em “povo” de um modo direto, já que são os representantes que exercem o poder. Assim, sustentar o caráter antidemocrático das atividades desempenhadas pela corte

²⁶⁰ *Ibidem*, 150.

²⁶¹ Como (1) o vício da irreflexão promovida pela tradição, convenção ou preferência, (2) a presença de razões ilegítimas relacionadas ao bem que se busca fomentar, (3) o problema de se elaborar medidas apenas por razões ideológicas, sem considerar o que efetivamente acontece na realidade e (4) o problema do Legislativo ser capturado pelo interesse de lucro de grupos específicos. Cf. KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, p. 157-164.

simplesmente por violar os interesses do “povo” não é correto²⁶². Se o “povo” não atua mais diretamente na confecção das leis, é inadequado colocar seus interesses como diretamente violados pela atuação da corte. Além do que, seguindo essa lógica equivocada, poderia se argumentar, a *contrario sensu*, que o “povo” estaria atuando por meio da corte para anular um processo legislativo viciado levado adiante pelos representantes eleitos. Nas democracias contemporâneas, o direito ao voto (democracia representativa) possuiria sua complementação, que seria o direito de acionar a corte para invalidar atos legislativos²⁶³.

A corte deve, portanto, analisar a aceitabilidade das interferências governamentais nos direitos fundamentais. No entanto, como sabemos quando estamos diante de uma intervenção legítima ou ilegítima? No passado, exigia-se o consenso na tomada de decisão para que algo fosse reputado como legítimo. Hoje em dia, pelas características de nossa sociedade, o consenso se faz inviável, tal como a noção de democracia direta²⁶⁴. Com isso em mente, Kumm sustenta que para uma decisão governamental ser considerada legítima, ela deve (i) refletir um compromisso com a igualdade política e resultar de um julgamento majoritário, (ii) além de se qualificar como um julgamento de razão coletiva sobre o que os direitos dos cidadãos efetivamente exigem naquela circunstância, de tal modo que a parte “perdedora” seja capaz de aceitar essa decisão²⁶⁵.

Novamente, o papel das cortes é apenas de monitorar a razoabilidade do processo político²⁶⁶:

Cortes não devem resolver desacordos razoáveis. Elas devem policiar a linha entre os desacordos que são razoáveis e aqueles que não, garantindo que a visão da parte vitoriosa que legislará não seja irrazoável.

Seu papel, até pelas características do Judiciário e da função jurisdicional, é eminentemente passivo. A corte não é a responsável por elaborar a própria política, de acordo com os parâmetros de justiça que julgar adequados. Ao contrário, ela apenas observa o

²⁶² Barak possui uma construção similar, argumentando que uma vez que tenha sido tomada a decisão de incorporar o controle de constitucionalidade em uma democracia, ele passa a fazer parte dela. Cf. BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 381-383.

²⁶³ KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010.

²⁶⁴ KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010, p. 168.

²⁶⁵ Ibidem, p. 168.

²⁶⁶ Ibidem, p. 170.

trabalho feito pelo legislador, verificando se a intervenção no direito fundamental é aceitável, de acordo com os critérios de razoabilidade e legitimidade descritos acima.

O Judiciário desempenha, portanto, a função de contestador socrático. Isto é, exige que o Legislativo possua justificativas razoáveis para que uma intervenção em um direito fundamental possa ser considerada legítima. Kumm acredita que, no contexto de uma cultura de justificação centrada na proporcionalidade, esta reformulação na tarefa das cortes é a que mais se amolda às exigências de motivação dos atos governamentais, sendo capaz, neste exercício dialógico, de proporcionar respostas melhores e orientadas pela razão pública.

6. PROPORCIONALIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES: REFLEXOS E POSSIBILIDADES

Nos capítulos 4 e 5, descrevi como a proporcionalidade distribui competências decisórias entre o Judiciário e o Legislativo. Fiz isso a partir de duas grandes concepções de proporcionalidade: uma que busca a maximização de alguma propriedade e outra que enfatiza a argumentação moral. Como pudemos ver, esta divisão possui efeitos não apenas no nível material dos direitos fundamentais, mas também no nível institucional.

De fato, a preponderância de aspectos técnicos ou morais afetará o modo pelo qual cada uma dessas concepções aloca competências decisórias entre os poderes. Isso significa dizer que as teorias que concebem proporcionalidade enquanto maximização possuem algo em comum, sob uma perspectiva mais ampla. O mesmo vale para a proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral. É certo também que cada uma delas poderá ter suas próprias questões com a separação de poderes, decorrentes da forma peculiar com foram construídas.

6.1. Proporcionalidade enquanto maximização

Os teóricos que concebem a proporcionalidade enquanto maximização, sustentam que a função da proporcionalidade é maximizar alguma propriedade. Alexy acredita que devam ser maximizados os princípios, Barak, a importância social marginal e Beatty, os interesses das partes. O raciocínio maximizador se pauta pela avaliação de que as perdas em alguma coisa devem ser compensadas pelos ganhos em outra. É, assim, uma lógica quantitativa, já que pressupõe a possibilidade de se medir o quanto se perde ou se ganha. Esta característica sujeitará as teorias da proporcionalidade enquanto maximização à uma crítica comum.

6.1.1. Incomensurabilidade

A incomensurabilidade é um problema que todas as teorias que concebem a proporcionalidade como requerendo a maximização de alguma propriedade devem enfrentar. A maximização pressupõe a possibilidade de quantificar essa propriedade para, em seguida, realizar comparações. A incomensurabilidade surge neste ponto, pois essas

propriedades que estão sendo maximizadas não podem ser reduzidas ao mesmo parâmetro de comparação.

De acordo com Urbina, a incomensurabilidade significa²⁶⁷:

(...) duas coisas são incomensuráveis com relação a X quando X não é uma propriedade pela qual elas podem ser comparadas quantitativamente, isto é, X não é uma propriedade pela qual se pode julgar que uma das coisas é (no geral) mais ou menos X que, ou tão X quanto, a outra – se há ou não uma unidade de medida que possa expressar X.

A incomensurabilidade não necessariamente levará a uma indeterminação racional. Uma escolha entre opções incomensuráveis entre si poderá, ainda sim, ser guiada por razões, como razões morais e pré-comprometimentos. Por exemplo, em uma escolha entre duas casas, a partir dos parâmetros “beleza” e “tamanho”, em que as duas casas em questão atendem, cada qual, apenas um dos critérios, não é possível escolher uma das opções atendendo a ambos os critérios. A opção por uma necessariamente será uma opção pela beleza ou pelo tamanho. Neste cenário, mesmo que não seja possível reduzir “beleza” e “tamanho” entre si, para fins de comparação, pois estes critérios expressam coisas distintas, a escolha por uma das casas será uma escolha motivada pela beleza ou pelo tamanho – o que importa, aqui, é que será uma escolha motivada por razões²⁶⁸. É apenas quando não existir nenhum critério para escolher uma das alternativas que estaremos diante da incomensurabilidade e da indeterminação racional²⁶⁹.

A presença da incomensurabilidade não é, em si, problemática. Podem existir métodos que se proponham a lidar com ela, reconhecendo-a e elaborando modelos para permitir a escolha entre opções nesses casos. O problema é quando algum método pressupõe ser possível comensurar o que, na verdade, é incomensurável. As considerações de Urbina são esclarecedoras²⁷⁰:

²⁶⁷ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 40.

²⁶⁸ Ibidem, p. 45-46.

²⁶⁹ Para Urbina, existem quatro possibilidades de escolhas no arranjo composto entre a incomensurabilidade e a indeterminação racional. As escolhas podem ser (i) incomensuráveis e racionalmente indeterminadas, (ii) incomensuráveis e racionalmente determinadas, (iii) comensuráveis e racionalmente indeterminadas e (iv) comensuráveis e racionalmente determinadas. Ibidem, p. 44.

²⁷⁰ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 46.

A objeção da incomensurabilidade é uma objeção contra qualquer teoria ou método que proponha ou assuma que é possível comensurar o que, na verdade, é incomensurável – que propõe ou assume que alguém deveria escolher a alternativa que “mais” realiza ou que “realiza mais na média” as diferentes propriedades em jogo, quando as diferentes propriedades são irreduzíveis entre si (e a qualquer outra propriedade) e as alternativas são ordenadas diferentemente de acordo com as diferentes propriedades, de tal modo que alguma alternativa realize mais que a outra de alguma ou mais das propriedades relevantes, mas menos do que as demais alternativas em alguma outra propriedade relevante. A objeção da incomensurabilidade é direcionada, então, contra um tipo particular de avaliação das diferentes alternativas, que é eminentemente quantitativo.

É justamente isso que a proporcionalidade faz: ao escolher valores a serem comparados²⁷¹, sem que exista um parâmetro de comparação que permita reduzi-los uns aos outros, a proporcionalidade propõe que sejam comensurados elementos incomensuráveis. Se os valores em jogo requerem uma escolha entre incomensuráveis, uma argumentação prática sólida deve reconhecer esta situação, ao invés de ignorá-la²⁷².

Há, contudo, quem conteste o cenário exposto acima. Virgílio Afonso da Silva sustenta, por exemplo, que não se trata de uma escolha entre valores incomensuráveis, já que o que está sendo tomado como parâmetro de comparação não são os direitos em si, mas os graus de satisfação deles²⁷³. Seria possível reduzi-los uns aos outros e compará-los, pois ao adotar o mesmo parâmetro de comparação – a intervenção em um direito fundamental – estariam isentos à objeção da incomensurabilidade.

Silva reconhece que os direitos fundamentais, considerados abstratamente, realmente não possuem um parâmetro de comparação em comum. Defende, no entanto, que a comparação proposta pela proporcionalidade é feita em um nível concreto, tomando os graus de satisfação dos direitos fundamentais como parâmetro. Isso não significa que será fácil definir qual efetivamente será este nível de satisfação ou não satisfação dos direitos, mas Silva argumenta que a divergência faz parte da argumentação jurídica como um todo²⁷⁴.

²⁷¹ A proporcionalidade trata, a rigor, da comparação de valores. *Ibidem*, p. 52.

²⁷² *Ibidem*, p. 57.

²⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 273-301, 2011.

²⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 273-301, 2011, p. 288.

Webber argumenta, neste ponto, que ainda que se diga que o parâmetro de comparação é o grau de satisfação dos direitos fundamentais, ele continua sendo dependente da perspectiva de apenas um dos direitos²⁷⁵. Isto é, na aplicação da proporcionalidade aos direitos A e B, o grau de satisfação de A é dependente apenas do direito A e em nada se relaciona com o direito B. O mesmo vale para o grau de satisfação de B. Assim, os graus de satisfação seriam incomensuráveis do mesmo modo que os direitos em abstrato o são. De acordo com Urbina²⁷⁶:

Mas isso não prejudica a objeção da incomensurabilidade, porque se os princípios (ou os valores que eles promovem) são incomensuráveis, a escolha entre eles ainda é uma escolha entre incomensuráveis.

Escolher entre um valor realizado em maior grau que outro não é, então, uma razão conclusiva para se escolher entre uma das alternativas²⁷⁷. É como afirma Endicott²⁷⁸:

Identificar um critério único não elimina a incomensurabilidade se a aplicação desse critério depende de considerações que são, elas mesmas, incomensuráveis.

Diante deste cenário, muito embora seja possível escolher entre alternativas incomensuráveis, a proporcionalidade enquanto maximização parte de uma estrutura equivocada, já que pressupõe comensurável aquilo que é, na realidade, incomensurável.

²⁷⁵ WEBBER, Gregoire C. N. Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. XXIII, n. 1, 2010, p. 196.

²⁷⁶ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 63.

²⁷⁷ Ibidem, p. 63. Sobre este ponto, importante conferir também a distinção de Waldron sobre incomensurabilidade fraca e forte. Para Waldron, a incomensurabilidade forte é aquela que não nos fornece nenhuma razão para escolher entre as alternativas possíveis e a fraca aquela que permite um ranqueamento entre as alternativas. Cf. WALDRON, Jeremy. Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. **Hastings Law Journal**, v. 45, 813, 1994. Urbina acredita que essas noções correspondam às situações de incomensurabilidade e indeterminação racional e incomensurabilidade e determinação racional. A proporcionalidade, contudo, não desempenharia um papel na incomensurabilidade fraca e, no final das contas, em ambos os casos a incomensurabilidade segue presente. Do mesmo modo, seria igualmente inviável sustentar a incomensurabilidade a partir de *trade-offs*, pois eles representam uma falsa comensurabilidade e não há um modelo teórico sólido que dê sustentação a este argumento. Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 60-61.

²⁷⁸ ENDICOTT, Timothy. Proportionality and Incommensurability. In: HUSCROFT, G., MILLER, B. and WEBBER, Gregoire C. N (Orgs.). **Proportionality and the Rule of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 318.

Até aqui, a análise da incomensurabilidade aparenta estar situada apenas no âmbito material dos direitos fundamentais. Em que momento, então, surge sua relação com a separação de poderes e a alocação de competências entre o Judiciário e o Legislativo? O primeiro aspecto a ser destacado é que a proporcionalidade é uma ferramenta do controle judicial de constitucionalidade, destinada a avaliar a aceitabilidade das justificativas para uma intervenção legislativa em direitos fundamentais. Ao comensurar o incomensurável, a proporcionalidade enquanto maximização incide em uma falha analítica que compromete a solidez metodológica necessária para que qualquer juiz consiga avaliar adequadamente a aceitabilidade da intervenção legislativa.

Não se trata de conferir maior ou menor espaço para as cortes ou para o parlamento. Ocorre que o raciocínio exigido pela maximização requer que algum valor preceda o outro justamente por ser realizado em maior grau. Mas como pode o juiz determinar isso se a realização de um valor não diz nada sobre a realização do outro? São avaliações dependentes apenas de um dos valores, que não podem ser elegidas como parâmetro de comparação para decidir. Por exemplo, uma intervenção leve em um direito não poderia ser comparada com uma intervenção leve em outro, porque a atribuição de graus de satisfação aos direitos fundamentais colidentes é feita sempre da perspectiva de um dos direitos. Assim, quando se diz que houve uma intervenção leve no direito à privacidade, nada foi dito com relação ao grau de satisfação do direito à liberdade de expressão. Do mesmo modo, a definição de que houve uma promoção séria ao direito à liberdade de expressão não é feita a partir da gradação da intervenção no direito à privacidade. Esses graus de satisfação são estabelecidos de modo isolado, a partir da perspectiva de cada direito.

Barak estrutura seu modelo de proporcionalidade a partir da comparação da realização da importância social marginal decorrente de cada um dos direitos envolvidos na colisão. Todo o raciocínio da zona de proporcionalidade, com o incremento constante da discricionariedade judicial na medida em que avançamos nos subtestes da proporcionalidade, é dependente dessa comparação entre valores incomensuráveis.

O mesmo pode ser dito com relação ao modelo de Beatty. O autor defende que devem prevalecer os interesses da parte que forem afetados mais intensamente do que os da outra parte²⁷⁹. Ao sustentar que a simples aplicação da proporcionalidade já equacionaria

²⁷⁹ No caso de Beatty, não é impossível, em tese, que existam interesses comensuráveis. Sua avaliação prática, contudo, será extremamente complicada. Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 53. De todo modo, o modelo de Beatty possui

adequadamente o delicado arranjo da separação de poderes, seu modelo também está estruturado eminentemente na comparação de valores incomensuráveis.

Assim, todos esses modelos, ao comensurarem o incomensurável, incidem em uma falha analítica que compromete sua aptidão para demarcar as fronteiras entre o juiz e o legislador quando da análise da aceitabilidade da intervenção legislativa. Afinal, essa definição do espaço de atuação dos poderes está sendo feita com base em um critério que é, ele mesmo, falho.

6.1.2. *A quantificação de direitos fundamentais*

A dificuldade de quantificar os direitos fundamentais é uma objeção similar à crítica da incomensurabilidade. Contudo, ao invés de focar na inexistência de parâmetro comum de comparação, a crítica da quantificação se volta precipuamente à dificuldade de se atribuir algum tipo de peso aos direitos fundamentais.

Silva rapidamente refuta a crítica, alegando que não faz sentido argumentar que o sopesamento é problemático pelo fato de ser possível que cada pessoa avalie os graus de satisfação dos direitos fundamentais de modo distinto, uma vez que a discordância seria onipresente no direito e não é pretensão da proporcionalidade fazer com que ela desapareça²⁸⁰. No entanto, o autor reconhece que haverá disputas ferozes na atribuição dos graus de satisfação dos direitos fundamentais²⁸¹. Schlink destaca a enorme subjetividade envolvida nesta operação, ao sustentar que *atribuir pesos aos interesses, direitos e valores conflitantes e comparar seus pesos envolve um insuperável elemento de subjetividade*²⁸².

A questão é saber o quão importante essa dificuldade efetivamente é, já que qualquer obstáculo na definição dos graus de satisfação dos direitos fundamentais também é um obstáculo à tentativa de alocação de competências entre Judiciário e Legislativo.

outras deficiências mais sérias do ponto de vista da alocação de competência decisória entre juízes e legisladores.

²⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273-301, 2011, p. 292.

²⁸¹ Ibidem, p. 288.

²⁸² Neste ponto, sobre a suscetibilidade á discricionariedade judicial, ver SCHLINK, Bernhard. Proportionality (1). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 718-737, 2012, p. 725.

Valendo-me da expressão de Dimoulis e Martins, os juízes não contam com um “ponderômetro” para aferir precisamente quanto pesariam os direitos fundamentais envolvidos²⁸³:

Nem a doutrina nem o Poder Judiciário são detentores de uma balança de precisão (“ponderômetro”!) que permitiria medir e comparar direitos e decidir o que é mais justo.

Em virtude da natureza dos direitos fundamentais e dessa dificuldade aritmética, o uso da proporcionalidade não seria balizado por critérios precisos²⁸⁴. A dificuldade em quantificar os direitos fundamentais parece subestimada por Silva já que, em última análise, isso significa que a demarcação das competências entre o legislador e o juiz é feito de modo inseguro pela proporcionalidade.

6.1.3. As incongruências analíticas de Alexy

A forma pela qual a proporcionalidade de Alexy delimita as áreas de atuação do Judiciário e do Legislativo possui alguns problemas, que vão desde especificidades referentes a incomensurabilidade até complicações decorrentes daquilo que não é constitucionalmente conhecido e de como lidar com as incertezas constitucionais.

6.1.3.1. Discricionariedade e incomensurabilidade

No capítulo 4, vimos como a teoria das discricionariedades de Alexy desempenha papel central na relação da proporcionalidade com a separação de poderes. Essa discricionariedade pode ser de dois tipos: estrutural ou epistêmica. Na discricionariedade estrutural, a constituição não obriga e nem proíbe determinada conduta, havendo o reconhecimento de uma margem de ação do legislador para decidir nesses casos. A discricionariedade epistêmica, por sua vez, diz respeito àquelas situações em que, pelo fato

²⁸³ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 223.

²⁸⁴ *Ibidem*. Além de ser questionável a ênfase à maximização, que aparenta perder de vista o que é realmente relevante, do ponto de vista moral, nos direitos fundamentais. Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 120-122.

de não sabermos o que a constituição exige, o legislador é livre para decidir conforme seu melhor juízo.

Na discricionariedade estrutural, o legislador possui diferentes tipos de atuação em cada um dos subtestes da proporcionalidade. Na definição dos fins de determinada lei, o legislador goza de uma ampla discricionariedade e sua atividade não desperta maiores questionamentos, já que ele apenas está escolhendo algum objetivo para ser perseguido. Basta que este objetivo seja legítimo.

Os problemas começam a aparecer na definição dos meios. O Legislativo deverá escolher um meio que promova ao máximo determinado direito, afetando o mínimo possível o outro. Inicia-se aqui o raciocínio quantitativo típico da maximização. A satisfação ou não satisfação dos direitos colidentes pela medida legislativa escolhida será dependente da perspectiva de cada um dos direitos. O fato de a lei promover com muita intensidade o direito A nada diz sobre eventual afetação de baixa intensidade no direito B. São direitos distintos e a intervenção em cada um deles significará, portanto, coisas distintas. O pouco de intervenção em B, por exemplo, pode ser muito significativo, sob a perspectiva daquele direito. Nesse sentido, é problemático impor essa métrica maximizadora à avaliação de impacto da medida legislativa.

Na discricionariedade estrutural para sopesar, este problema aparece de modo mais evidente. Isso porque, o legislador somente terá liberdade para decidir nos casos em que a importância de satisfação de um direito for idêntica à intensidade de intervenção no outro direito. Deve haver uma equivalência de pesos entre eles. Essa equivalência significa que a constituição nem obriga e nem proíbe determinada medida legislativa, sendo reconhecida, então, uma discricionariedade em favor do legislador para decidir. Novamente, temos a comparação quantitativa entre valores incomensuráveis. É impossível falar em uma equivalência de pesos entre os direitos colidentes, pois, sendo direitos distintos, a satisfação ou não satisfação de cada um será uma propriedade isolada deles. Não sendo esses valores comparáveis, não há que se falar em equivalência.

Diante deste cenário, se a discricionariedade estrutural tinha a intenção de delimitar o espaço de atuação do Legislativo e do Judiciário, de modo a respeitar um ideal de constituição como ordem-moldura, as inconsistências analíticas do modelo inviabilizam sua pretensão. Afinal, se a discricionariedade estrutural parte do pressuposto da comparação quantitativa entre valores para definir até onde vão as zonas de atuação do juiz e do

legislador, ela perde sua função. Por se tratarem de direitos distintos, não faz sentido avaliar uma medida a partir de seu impacto neles e nem mesmo avaliar os graus de satisfação desses direitos. Tanto os impactos da medida legislativa como os graus de satisfação serão distintos para cada um dos direitos, justamente pelo fato de se tratarem de direitos distintos.

A situação fica ainda mais complicada quando a discricionariedade epistêmica é incorporada à equação. A segunda lei do sopesamento dispõe 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*²⁸⁵.

Alexy admite que nosso conhecimento sobre a realidade é limitado e que, por conta disso, poderão existir situações em que simplesmente desconhecemos quais são as exigências da constituição. Este déficit cognitivo pode ser de duas ordens: empírico ou normativo. O desconhecimento sobre questões empíricas é comum em casos em que a ciência possui respostas inconclusivas para alguma questão. Por exemplo, saber se o uso de algum medicamento novo é nocivo ou não à saúde. O desconhecimento sobre questões normativas, por sua vez, surge quando não sabemos qual peso atribuir aos direitos fundamentais afetados por determinada medida legislativa. Este cenário de incerteza é relevante, pois a partir dele é possível que existam violações não cognoscíveis a direitos fundamentais. Se uma lei permitindo o uso de um medicamento cujos efeitos não são comprovados for aprovada, há um risco de o direito à saúde ser violado, caso o medicamento seja nocivo. Por outro lado, assumindo que este medicamento tem o potencial de salvar vidas, uma proibição do medicamento também poderia violar o direito à vida, na hipótese do remédio não ser nocivo à saúde. O cenário de incerteza existe e muitas vezes é justamente o que faz um caso ser tido como difícil. Quando não sabemos o que a constituição proíbe, exige ou faculta, há o reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador.

Pelo modelo epistêmico de Alexy²⁸⁶, princípios formais se relacionam com os princípios materiais a partir da introdução da variável “segurança” no sopesamento material. É isso que a segunda lei do sopesamento procura expressar. A introdução dessa nova variável é fundamentada a partir de um sopesamento de segundo nível, entre um princípio formal e

²⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 618.

²⁸⁶ Sendo esta a formulação mais recente de Alexy, é ela que será objeto de análise aqui. Não obstante, as considerações que farei são aplicáveis, em boa medida, aos demais modelos de relacionamento entre princípios formais e princípios materiais. Cf. ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014.

um princípio material. Sob uma perspectiva epistêmica, o direito fundamental reclama para si uma não intervenção legislativa e, conseqüentemente, a proteção judicial, caso seja objeto de alguma interferência. Do outro lado, o princípio do legislador democraticamente legitimado requer a interferência no direito fundamental e a não incidência da revisão judicial sobre sua escolha. Do resultado deste sopesamento de segundo nível, decorre a inserção da variável “segurança” no sopesamento material.

Ocorre que a variável “segurança” está presente nos dois lados da balança, afetando ambos os direitos e seus respectivos graus de satisfação ou não satisfação²⁸⁷. Ao ser inserida no sopesamento material, temos a segurança das premissas relacionada a cada um dos direitos colidentes de modo isolado, nos termos da lógica quantitativa da maximização.

Desse modo, assim como no nível material, não é possível reduzir as propriedades epistêmicas de um direito às do outro. Dizer que as premissas que sustentam o direito A são *certas* e que as que sustentam o direito B são *não evidentemente falsas* não significa que seja possível comparar o grau de certeza de ambas. A certeza de cada uma das premissas está intimamente relacionada com o direito aos quais elas dão sustentação.

Ainda que se argumente pela possibilidade de comparar os graus de certeza das premissas entre os direitos, refutando-se a objeção de uma “incomensurabilidade direta”, tal como mencionada acima, o modelo epistêmico ainda ficaria sujeito a uma “incomensurabilidade indireta”. Como o modelo é, de modo geral, construído a partir de uma lógica de maximização, em que o valor que for realizado mais que o outro possui precedência, a incomensurabilidade é inevitável. A segurança das premissas agiria como uma atenuadora nos princípios materiais, diminuindo seu peso no caso de incerteza. Assim, ainda que fossem comparáveis os graus de certeza, os direitos afetados pela variável “segurança” seguiriam sendo incomensuráveis entre si.

Assim, sendo a segurança das premissas o elemento relevante para demarcar a margem de ação do legislador nos casos em que não sabemos o que a constituição proíbe,

²⁸⁷ Em seus últimos trabalhos, Alexy expõe a fórmula do peso com a “segurança” figurando nos dois lados da balança. Cf. ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014, p. 513. Rivers também sugere que a segunda lei do sopesamento seja vista como afetando ambos os direitos envolvidos, entendendo que “quanto maior a possibilidade de que um princípio possa ser seriamente infringido, maior deve ser a possibilidade de que o outro princípio seja realizado em um grau alto. Cf. RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 181.

exige ou faculta, e sendo o modelo de Alexy fundado na comparação de valores incomensuráveis também no nível epistêmico, resta seriamente prejudicada sua proposta de distribuição de competência decisória entre o Judiciário e o Legislativo. Incrementa-se, inclusive, o risco de violações não cognoscíveis a direitos fundamentais, já que o modelo padece de solidez analítica para orientar a delimitação das margens de ação do juiz e do legislador.

6.1.3.2. A relação entre a discricionariedade epistêmica e a discricionariedade estrutural

Muito embora Alexy esteja correto em admitir que nosso conhecimento sobre o que a constituição exige, proíbe ou faculta é limitado, a forma pela qual o autor concebe seu modelo para lidar com esta realidade coloca alguns obstáculos adicionais. Como vimos, a incerteza das premissas que sustentam os direitos fundamentais afetará a própria avaliação do peso desses direitos. Mas como saber se estamos diante de uma situação de incerteza? A definição do reconhecimento de uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador depende da resposta a essa pergunta.

A proporcionalidade está inserida na segunda etapa de um modelo de proteção aos direitos fundamentais de dois níveis. No primeiro, avalia-se a ocorrência de uma interferência legislativa em um direito fundamental. No segundo, o Judiciário avalia, utilizando a proporcionalidade, a aceitabilidade da justificativa legislativa para a intervenção. Serão as cortes as responsáveis por lançar mão de todo o aparato analítico da proporcionalidade para verificar a constitucionalidade da intervenção no direito fundamental.

Em virtude deste cenário, são as cortes que deverão verificar (i) se houve ou não interferência legislativa em um direito fundamental e, havendo interferência, (ii) se a justificativa legislativa é aceitável. Do mesmo modo, as cortes são responsáveis por atribuir peso aos graus de satisfação ou não satisfação dos direitos fundamentais e também por definir a segurança das premissas que dão sustentação a esses direitos. É dessa avaliação que resultará a delimitação das zonas de atuação entre o Judiciário e o Legislativo. Os impactos da incerteza das premissas sobre os direitos, tal como avaliadas pelo Judiciário, afetarão o estabelecimento da relação de precedência condicionada entre os direitos colidentes e determinarão a eventual existência de uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador. Ou seja, reconhecer a existência da discricionariedade epistêmica normativa

significa dizer que os próprios poderes decidirão sobre sua vinculação à constituição – no caso, o Judiciário decidirá sobre sua própria vinculação. Alexy reconhece esta realidade²⁸⁸:

As margens de ação cognitivas de tipo normativo afetam diretamente o conteúdo material da Constituição. Sua existência significa que os poderes diretamente vinculados pela Constituição podem decidir sobre o conteúdo de sua vinculação, até os limites da margem de ação.

Como é o Judiciário o responsável por avaliar se conhecemos ou não o que a constituição exige, proíbe ou faculta, ele mesmo decidirá sobre sua própria vinculação. É ele, portanto, que delimitará as fronteiras de sua margem de ação e da margem de ação legislativa.

Caso exista incerteza sobre o que a constituição determina, será reconhecida uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador, sendo afastado o controle de constitucionalidade nesta zona de discricionariedade, mesmo diante do risco de o legislador incorrer em violações não cognoscíveis a direitos fundamentais. Alexy argumenta que isso somente é admissível se três aspectos forem levados em conta. Primeiro, que o reconhecimento da discricionariedade estrutural para sopesar mitiga consideravelmente o problema, já que muitos casos se resolveriam em um cenário em que sabemos o que a constituição está dizendo. Segundo, a lei epistêmica do sopesamento reduz a discricionariedade epistêmica empírica e normativa. Para o autor, as discussões sobre a gradação de intensidades de intervenção não devem ser resolvidas como conflitos políticos, mas devem se pautar pela dogmática das margens de ação (discricionariedades). Entretanto, com relação aos problemas não resolvidos pelas duas condições acima, que se situam nas fronteiras da discricionariedade estrutural, o reconhecimento da discricionariedade epistêmica significa, como visto, que os poderes vinculados decidem sobre sua própria vinculação. Por fim, em terceiro lugar, esse cenário de auto vinculação será tolerável enquanto a impossibilidade de controlar a constitucionalidade das intervenções legislativas em direitos fundamentais permanecer limitada ao reconhecimento da discricionariedade

²⁸⁸ ALEXY, Robert. Derecho constitucional y derecho ordinário. In: ALEXY, Robert, **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 92.

epistêmica normativa. Essa situação se resolveria pelo sopesamento de princípios materiais e formais, nos termos do modelo epistêmico²⁸⁹.

A argumentação de Alexy esbarra, de partida, na própria dificuldade de se falar em uma discricionariedade estrutural. No item anterior, constatamos que a incomensurabilidade impede que se fale no reconhecimento de uma discricionariedade estrutural para sopesar em favor do legislador, já que sequer é possível falar na equivalência dos graus de satisfação dos direitos envolvidos. Além do que, há também a própria dificuldade de se quantificar direitos fundamentais e atribuir-lhes pesos. Mesmo a noção de paridade – que sustenta que os graus de satisfação dos direitos fundamentais sejam observados a partir de um ideal de igualdade aproximada²⁹⁰ – oferece pouco. Ao fim e ao cabo, é apenas mais uma categoria analítica que também será objeto de profundas divergências. Além de ter que atribuir pesos aos direitos e da dificuldade e subjetividade decorrente dessa operação, agora também é preciso avaliar quando estes pesos podem ser considerados aproximadamente iguais.

As duas outras condicionantes de Alexy tem de enfrentar a problemática relação entre discricionariedade estrutural para sopesar e discricionariedade epistêmica. Como veremos, é muito difícil distingui-las²⁹¹:

Mas por trás dessa constatação há um problema latente. Como é possível diferenciar, nos sopesamentos, entre os impasses que decorrem da estrutura normativa dos direitos fundamentais e os impasses que somente surgem porque as possibilidades cognitivas são limitadas? Apenas os primeiros fundamentam uma discricionariedade estrutural. Os últimos podem ser, quando muito, objeto de uma discricionariedade epistêmica. A simples possibilidade de questionar acerca da distinção entre impasses estruturais e epistêmicos – e a

²⁸⁹ ALEXY, Robert. Derecho constitucional y derecho ordinario. In: ALEXY, Robert, **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 85-86.

²⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Dour Joré Joaquim Gomes Canotilho, v. III**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 915-937, 2012, p. 930 e SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273-301, 2011, p. 299.

²⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 611. Ver também KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 125, RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 177 e DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 120.

ausência de critérios facilmente disponíveis para responder a essa questão – indica que a distinção entre as discricionariedades estrutural e epistêmica pode ser algo difícil.

Klatt e Meister sustentam, por exemplo, que para que a distinção siga fazendo sentido, seria necessário que a discricionariedade estrutural fosse independente da discricionariedade epistêmica e que fosse também anterior a ela²⁹². Para os autores, isso demandaria que existissem casos normativo-epistêmico claros, em que não houvesse desconhecimento sobre as determinações constitucionais²⁹³. A ausência de maiores critérios evidência a complexidade do problema.

Neste cenário, as fronteiras entre as duas discricionariedades ficam borradas e não temos clareza de quando estamos falando de uma situação em que sabemos o que é constitucionalmente devido, situada no nível ôntico, e quando estamos falando de uma situação em que não sabemos o que é constitucionalmente devido, situada no nível epistêmico. Na prática, de acordo com Rivers²⁹⁴, em uma situação como essa, é impossível distinguir a discricionariedade epistêmica normativa de uma discricionariedade estrutural para sopesar.

A resposta mais recente de Alexy para este problema foi o modelo epistêmico²⁹⁵, em que os princípios formais funcionariam como atenuadores dos princípios materiais nos casos em que houver algum grau de incerteza. Isto é, havendo incerteza nas premissas, o peso do princípio material seria reduzido. Neste ponto, é importante entender que o Judiciário será o responsável por delimitar estes graus e por operar todo o aparato da proporcionalidade. Ou seja, este modelo de delimitação de competências entre juízes e

²⁹² Cf. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 126 e DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia**: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 121.

²⁹³ Cf. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 126 e DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia**: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

²⁹⁴ RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 177.

²⁹⁵ Cf. ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014.

legisladores a partir do reconhecimento de discricionariedades (estruturais ou epistêmicas) em favor do Legislativo, terá as fronteiras de atuação de cada poder delimitadas pelo Judiciário. Muito embora isso não seja necessariamente um problema²⁹⁶, é um dado relevante para compreender qual é o papel que a proporcionalidade desempenha na separação de poderes.

Além do que, as condicionantes que Alexy estabelece para que seja tolerável falar na autovinculação são, elas mesmas, problemáticas. Novamente, essas incongruências analíticas afetam todo seu modelo de demarcação das fronteiras entre o Judiciário e o Legislativo.

6.1.4. Barak e a vagueza da importância social marginal

Barak concebe a proporcionalidade como um instrumento destinado a maximizar a importância social marginal decorrente da colisão de direitos fundamentais. Além das objeções genéricas que as teorias maximizadoras sofrem, o modelo de Barak possui um outro problema adicional, que é a vagueza com que define a noção de importância social marginal.

Para Barak, a importância social pode ser derivada das diferentes ideologias políticas e econômicas, do caráter único da história de cada país, da estrutura do sistema político e dos diferentes valores sociais. Nesta avaliação, o autor sustenta que o sistema jurídico em questão deve ser observado como um todo. Mas não é apenas o sistema jurídico que deve ser considerado. Barak defende que os princípios externos à constituição também devem ser levados em conta, já que valores extrínsecos decorrentes da natureza da sociedade também afetam este arranjo²⁹⁷.

Essa pluralidade de fontes nos fornece pouca orientação. De fato, a definição de Barak sobre no que consistiria a importância social é extremamente vaga. É questionável, inclusive, se essas considerações são capazes de se apresentarem como um método. De acordo com Urbina²⁹⁸:

²⁹⁶ Não é um privilégio do modelo de Alexy e mais adiante abordarei este ponto com mais vagar.

²⁹⁷ Cf. BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 349-350.

²⁹⁸ Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 31.

É questionável se a enumeração feita por Barak das várias considerações que afetam a importância social de um direito ou interesse público consistem, de modo geral, em um método, ao menos em um sólido. Ao especificar o que a importância social é, Barak não faz mais do que enumerar as fontes das diferentes considerações ('percepções fundamentais da sociedade', 'ideologias políticas e econômicas', 'o sistema jurídico como um todo') combinado com um tipo de consideração interna que *pode* ser relevante ('um direito que constitui uma pré-condição para outro direito pode ser considerado mais importante'). Ele o faz sem fornecer um método especificando como essas diferentes considerações se relacionam com a definição da importância social de se realizar um princípio em um caso concreto.

Na sequência, Barak esclarece que o que deve ser comparado é a importância social marginal decorrente de alguma medida – tanto para os benefícios da realização de determinado direito, como para os prejuízos causados em algum direito por essa medida²⁹⁹. De todo o modo, a marginalidade da importância social está intimamente atrelada à própria noção de importância social. O esforço de Barak em prover maiores critérios é, então, infrutífero, já que uma avaliação da importância social marginal passa, inevitavelmente, pela própria compreensão do que é a importância social. Afinal, ambos os conceitos partem do mesmo pressuposto. A ausência de clareza em um, implicará, conseqüentemente, na ausência de clareza no outro.

Como o modelo de Barak está estruturado em torno da avaliação da importância social marginal dos valores colidentes, a obscuridade mencionada acima também se transplantará para a delimitação das competências institucionais de seu modelo. O autor aduz que a função do Judiciário é monitorar os limites da zona da proporcionalidade e a função do Legislativo é agir livremente dentro dessa zona. Ocorre que a definição das fronteiras de atuação entre os poderes está longe de ser precisa, justamente porque está amparada na fluida noção de importância social marginal.

A zona de proporcionalidade depende da fixação, pelo Judiciário, do espaço de atuação do legislador. Se este espaço é delimitado a partir de noções vagas e imprecisas, a consequência inevitável é que o espaço de atuação do legislador também será delimitado a partir dessas mesmas noções. Assim, se essa falta de clareza põe dúvidas na possibilidade

²⁹⁹ Cf. Item 4.2.1 deste trabalho.

de denominar de “método” a construção de Barak, isso será transposto também para suas considerações institucionais.

6.1.5. Beatty e a insuficiência de parâmetros

Diferentemente do que encontramos nos demais métodos da proporcionalidade enquanto maximização, onde é possível constatar um empenho em construir categorias analíticas para a demarcação das fronteiras entre juízes e legisladores, a teoria de Beatty não chega a prover maiores diretrizes sobre como alocar o poder decisório entre o Judiciário e o Legislativo. Seu modelo aparenta apostar em uma aptidão automática da proporcionalidade para solucionar essas questões³⁰⁰. Em linhas gerais, o autor sustenta que a proporcionalidade *permite resolver, com base na razão e em argumentos sensatos, disputas sobre os limites da atividade legislativa legítima*³⁰¹.

Ocorre que não há nada de automático na delimitação de qual interesse das partes deve prevalecer em um determinado caso concreto. Beatty sustenta que o Judiciário poderá intervir quando as partes exagerarem em suas reivindicações. Mas como sabemos se estamos diante de um exagero? Confiamos, novamente, na autovinculação?

A propósito, a ausência de parâmetros para definir a intervenção judicial no interesse das partes coloca em risco uma das poucas balizas que o autor havia fornecido para delimitar as zonas de atuação entre o Judiciário e o Legislativo, que era a garantia de que o legislador deveria decidir pela sociedade as questões relativas ao seu próprio caráter coletivo, naquilo que constitui a conformação de sua identidade³⁰².

Os juízes que analisam a ação afirmativa e as leis referentes ao aborto pelo prisma da proporcionalidade entendem de maneira muito diversa os direitos dos grupos vulneráveis e a condição do feto. Atribuindo ao Poder Legislativo a responsabilidade pelas decisões que expressam os valores morais da população, a proporcionalidade separa o Poder Judiciário dos poderes eleitos do Estado.

³⁰⁰ Cf. item 4.3 deste trabalho.

³⁰¹ Cf. David Beatty. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 307.

³⁰² Ibidem, p. 306 e p. 319.

Se não são apresentados critérios para definir no que consistem essas decisões que expressam os valores morais da sociedade e nem sobre o que configura um exagero das partes em suas reivindicações, não há clareza sobre quando o Judiciário deve agir e quando deve se abster³⁰³. No limite, estes dois parâmetros podem, inclusive, anular-se.

Some-se a isso o fator da incomensurabilidade, que muito provavelmente estará presente, tendo em vista a improbabilidade de que os interesses das partes possuam um elemento comum que faça com que seja possível reduzi-los uns aos outros³⁰⁴. Neste ponto, inclusive, Beatty chega a sustentar claramente a comparação de valores incomensuráveis, ao dizer que a proporcionalidade *fornece um padrão de medida pelo qual se podem comparar elementos tão distintos quanto extensão e massa*³⁰⁵.

Não fosse o bastante, o modelo de proporcionalidade de Beatty é tautológico. O autor justifica o uso da proporcionalidade apenas porque os tribunais fazem uso da técnica. Beatty procura extrair valor moral dessa prática³⁰⁶, mas acaba fazendo isso de modo pouco convincente, argumentando apenas que o Judiciário identificou a proporcionalidade como valor essencial do Estado de Direito³⁰⁷:

Mais uma vez, observamos que os tribunais dão as melhores respostas quando tomam a proporcionalidade como critério decisivo da legitimidade da atividade do Estado e se atêm aos fatos do caso.

Ao fim e ao cabo, Beatty defende que a proporcionalidade deve ser utilizada apenas porque o Judiciário já a utiliza. Há uma aparente aposta em um caráter automático da proporcionalidade para lidar com todos os problemas da proteção a direitos fundamentais no direito constitucional.

Tratando especificamente da alocação de competência decisória entre o Judiciário e o Legislativo, essa propensão à automaticidade reaparece na forma da ausência de maiores balizas para delimitar as zonas de atuação entre os poderes. Errante e sem parâmetros, este modelo caminha justamente na contramão de resolver a tensão entre o

³⁰³ Ibidem, p. 306. Os dilemas constitucionais não seriam suscetíveis de avaliação pelas cortes. Ver também item 4.3 deste trabalho.

³⁰⁴ Cf. item 4.3 deste trabalho.

³⁰⁵ BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 307.

³⁰⁶ Conforme o método reconstrutivo de Möller. Cf. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

³⁰⁷ BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 330.

controle de constitucionalidade e democracia e de definir as *disputas sobre os limites da atividade legislativa legítima*³⁰⁸. É questionável, inclusive, se consiste em um método, de modo geral.

6.2. Proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral

Nos modelos que concebem a proporcionalidade enquanto um canal para a argumentação moral, a alocação de competências entre juízes e legisladores é feita, essencialmente, a partir de um ideal de contestação socrática. Inserida em uma cultura de justificação, a proporcionalidade se destinaria a aferir a aceitabilidade das justificativas para a intervenção legislativa em um direito fundamental. Nesta avaliação, cabe à corte apenas verificar se o Legislativo foi capaz de fornecer uma resposta razoável para o problema, ao invés de uma resposta correta. Este seria o novo papel que o Judiciário deveria desempenhar no arranjo da cultura de justificação, encabeçada pela proporcionalidade. Esta postura de contestação socrática incentivaria a deliberação entre os poderes, forneceria melhores respostas e evitaria que as democracias fossem acometidas por uma série de vícios³⁰⁹.

Diante deste cenário, seria correto afirmar que a proporcionalidade estaria retornando à natureza de prova unidimensional? Com sua origem no direito policial prussiano, a proporcionalidade consistia, no início, apenas em uma avaliação do excesso do poder de polícia. Verificava-se a relação de causalidade entre fins e meios para, na sequência, constatar se houve ou não excesso. Não havia que se falar em sopesamento ou qualquer outra métrica – donde a natureza unidimensional, destinada a controlar apenas excessos de poder³¹⁰.

Com sua transição para o direito constitucional, a proporcionalidade passou a ser a métrica pela qual se avaliava a constitucionalidade de atos estatais, inserida no contexto de uma ordem objetiva de valores que irradiavam para toda a sociedade³¹¹. Acompanhando seu crescente protagonismo, vieram os modelos teóricos que procuraram aparelhar a

³⁰⁸ Cf. David Beatty. BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 307.

³⁰⁹ Cf. capítulo 5 deste trabalho.

³¹⁰ Cf. LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo. Editora Malheiros, 2017, p. 62-63.

³¹¹ Conferir, dentre outros, LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo. Editora Malheiros, 2017 e LOUGHLIN, Marin. The Silence of Constitutions. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 3, 2018.

proporcionalidade com diversas categorias analíticas, a fim de lhe conferir racionalidade e maior objetividade. Dentre esses esforços teóricos, o de Alexy é o mais notável³¹².

Neste cenário, os holofotes que alçaram a proporcionalidade ao protagonismo também a colocaram em evidência para as críticas³¹³. Procurando se esquivar das objeções contundentes que a proporcionalidade enquanto maximização foi objeto, alguns tentaram redirecionar a proporcionalidade a partir de outros pressupostos. É neste momento que surgem os modelos de Kumm³¹⁴ e Möller³¹⁵. Se os defensores do modelo maximizador lançavam mão de infundáveis categorias analíticas e tentativas de parametrização, pautadas na maximização quantitativa de alguma propriedade, aqui a ênfase é em uma cultura de justificação e na busca pela razoabilidade das respostas como aposta em um novo modelo de separação de poderes. Haveria, então, um retorno aos primórdios da proporcionalidade? Abandonamos o arsenal analítico até então construído e passamos a avaliar apenas a razoabilidade das decisões legislativas, de modo similar ao modelo prussiano que se destinava apenas a verificar o excesso de poder?

A unidimensionalidade parece ser o único elemento em comum entre a proporcionalidade do direito policial prussiano e aquela recentemente concebida enquanto canal para argumentação moral. O fato desta última estar inserida em um contexto mais amplo de uma cultura de justificação e de ser encarregada, de modo geral, em avaliar a aceitabilidade de todas as interferências governamentais em direitos fundamentais, a coloca em um patamar completamente distinto daquela proporcionalidade prussiana.

Não obstante, essa unidimensionalidade expressa uma das características centrais da proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral, que é uma menor

³¹² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011 e item 4.1 deste trabalho.

³¹³ Cf. AUGSBERG, Ino. A Desunidade da Razão na Multiplicidade de suas Vozes – A Teoria da Ponderação e a sua Crítica como um Programa Jurídico-Teórico, in CAMPOS, Ricardo (Org.), **Crítica da Ponderação**. São Paulo: Saraiva, p. 19-36, 2016.

³¹⁴ Cf. KUMM, Mattias, WALEN, Alec. D. Human Dignity and proportionality: Deontic pluralism in balancing. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper no. 13-03, 2013 e KUMM, Mattias. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010.

³¹⁵ Möller reconhece que sua teoria não está imune à objeção da incomensurabilidade. O sopesamento visando à maximização de interesses, o sopesamento de interesses e, por vezes, o sopesamento formal, poderão envolver a comparação de valores incomensuráveis. Cf. MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 173-175.

ênfase na perspectiva técnica da proporcionalidade, dando lugar à perspectiva moral³¹⁶. Se no nível material há essa maior volatilidade, o mesmo é esperado no nível institucional.

No entanto, a liberdade na argumentação vem com um preço: o da ausência de orientação. De fato, quanto menos constrangida for por categorias analíticas, aumenta a liberdade da argumentação, mas, ao mesmo tempo, diminui-se seu poder de orientar o discurso. É uma das tensões que marca a diferença entre a concepção maximizadora da proporcionalidade e a concepção que a vislumbra como um canal para a argumentação moral. Por cultuarem valores opostos, essas concepções são irreduzíveis entre si³¹⁷.

Urbina acredita que a excessiva indeterminação da proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral a impede de orientar adequadamente o juiz³¹⁸. Para ilustrar seu argumento, Urbina cria a figura de Berta, uma juíza oposta ao Hércules dworkiniano, que é incapaz de lidar, de modo desestruturado, com a vagueza da argumentação e com os problemas morais que o direito demanda. Além do que, a desorientação argumentativa colocaria o juiz em uma posição de maior suscetibilidade a pressões externas (relações ilegítimas com outros agentes, por exemplo) e internas (suas próprias convicções, por exemplo)³¹⁹. Portanto, a desorientação argumentativa é um problema para o autor, pois a capacidade de guiar, fornecendo razões com base na autoridade, é uma exigência da própria ideia de direito e aumenta a probabilidade de termos respostas justas³²⁰.

Möller responde Urbina sustentando que a proporcionalidade fornece sim uma orientação, ainda que eminentemente estrutural, a partir dos subtestes da proporcionalidade. Esta orientação seria extremamente útil na avaliação das questões morais pelos juízes³²¹. No nível substantivo, Möller argumenta que o papel das cortes é apenas o de analisar a razoabilidade da justificativa legislativa para a intervenção no direito fundamental, tarefa que, segundo ele, não destoaria do que juízes já estão habituados a fazer, que é questionar e exigir justificativas³²². Conclui defendendo que retirar o sopesamento do arsenal disponível para lidar com direitos fundamentais, substituindo-a por um modelo orientado de

³¹⁶ URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 10-11.

³¹⁷ Ibidem, p. 10.

³¹⁸ Ibidem, p. 154-160.

³¹⁹ Ibidem, p. 154-160.

³²⁰ Ibidem, p. 195.

³²¹ MÖLLER, Kai. "Balancing as reasoning" and the problems of legally unaided adjudication: A rejoinder to Francisco Urbina. **International Journal of Constitutional Law**, v.12, n.1, p. 222-225, 2014, p. 222-223.

³²² Ibidem, p. 224-225.

argumentação, até faria com que a argumentação fosse, de fato, guiada, mas seria inevitavelmente imoral³²³:

Mas então, remover o “sopesamento” do arsenal disponível a um juiz resultará em remover sua habilidade de realizar justiça. A orientação *moral* que Urbina quer aumentar se tornaria uma orientação *imoral*, isto é, orientação que previne os juízes de decidirem o caso diante de si de acordo com o que a justiça e os direitos fundamentais requerem.

Urbina tem razão ao dizer que quanto mais guiada for a argumentação, mais constrangida ela será. Não há como cultivar, simultaneamente, liberdade argumentativa e exigir que a argumentação seja constrangida por categorias legais. São valores opostos.

A excessiva abertura argumentativa é, de fato um problema. É difícil saber quando estamos diante de uma intervenção legislativa razoável, no âmbito material. A falta de balizas aparece também como um problema no nível institucional. Afinal, se o papel do Judiciário é apenas assegurar a razoabilidade das intervenções legislativas em direitos fundamentais, a discussão se volta para a definição do que é ou não razoável. Como definir a razoabilidade? Möller reconhece a dificuldade³²⁴:

É claro que é possível ter um debate em todos os casos de direitos constitucionais sobre se a corte constitucional determinou corretamente os limites do razoável; e é claro que terão casos em que a respectiva corte não acertou. Mas se uma corte acerta ou erra em determinado caso ou se a corte, como um todo, está mais propensa a acertar ou errar a questão da margem de apreciação e, conseqüentemente, dos limites do razoável, é um debate que precisa ser conduzido independentemente do ponto em discussão aqui, que é a superestimada objeção ao controle de constitucionalidade que sustenta que as cortes constitucionais, mesmo quando identificam a margem de apreciação corretamente, injustificadamente removem questões de direitos do processo democrático.

O fato de o autor relegar os erros ou acertos das decisões tomadas com base em seu modelo à prática é sintomático. Fosse assim, modelos teóricos não poderiam ser criticados, já que muito frequentemente se poderia dizer que o erro não é do modelo em si,

³²³ MÖLLER, Kai. “Balancing as reasoning” and the problems of legally unaided adjudication: A rejoinder to Francisco Urbina. *International Journal of Constitutional Law*, v.12, n.1, p. 222-225, 2014, p. 225.

³²⁴ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 204.

mas de sua aplicação prática³²⁵. Ora, poderíamos argumentar, inversamente, que eventual acerto das questões morais em um caso concreto se deveu não à aplicação da proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral, mas por conta de outros elementos, como, por exemplo, a formação dos juízes naquele país. É realmente difícil estabelecer uma relação de causalidade entre o acerto das questões morais com o método de decisão utilizado.

Enfim, ao contrário do que sugere Möller, é relevante sim discutir as potenciais consequências da aplicação de determinado modelo, pois essa discussão muito dirá sobre sua viabilidade ou inviabilidade. Ainda que não seja objeto deste trabalho efetivamente investigar a aplicação prática dos modelos, parece-me plenamente possível analisar suas categorias analíticas – ou a falta delas – e a partir daí estabelecer hipóteses em um nível analítico, dos conceitos.

Assim, há que se reconhecer a dificuldade em definir os contornos da razoabilidade. Esta falta de balizas, aliada ao escopo inflado dos direitos fundamentais, conferirá um poder significativo ao Judiciário – Kumm reconhece esta realidade – e, em última instância, colocará em suas mãos a definição da razoabilidade de toda a atividade estatal.

Ainda que a razoabilidade seja apresentada como um parâmetro pouco exigente, é preciso ter em mente que este modelo relega à prática constitucional dos juízes o completo monitoramento da atividade estatal, inclusive lhes conferindo o poder de estipular a altura do sarrafo da razoabilidade³²⁶. Ou seja, há uma deferência apenas aparente neste modelo.

Além do que, este modelo da contestação socrática é insensível às incertezas constitucionais. Muito embora possua diversas outras incongruências, a teoria de Alexy acerta ao conferir espaço para as limitações de nosso conhecimento sobre aquilo que é constitucionalmente devido. Igualmente, podemos questionar se a razoabilidade sugerida pela proporcionalidade enquanto canal para a argumentação moral deve realmente ser a única variável passível de avaliação. Mesmo em uma cultura de justificação, não devem ser

³²⁵ Cf. URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 138.

³²⁶ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra Sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 81-82.

considerados outros elementos³²⁷ para serem incorporados na delimitação de competências entre juízes e legisladores?

³²⁷ Além do modelo de Alexy, discutido no item 4.1, o modelo de Ely também traz uma proposta nesse sentido. Cf. ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tommasini também propõe um modelo para delimitar os limites de atuação no exercício do controle de constitucionalidade a partir da noção de níveis de certeza. Cf. TOMMASINI, Nicola. **A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade das Leis**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função jurisdicional envolve, invariavelmente, uma margem de subjetividade ao julgador. É uma realidade inerente a qualquer modelo que a reconheça e, até mesmo por isso, não pretendo questionar este ponto. Não obstante, isso não significa dizer que é desnecessária toda a discussão sobre a discricionariedade judicial. Reconhecê-la é apenas um ponto de partida essencial.

Os diversos modelos de proporcionalidade que abordei neste trabalho reconhecem a existência de uma discricionariedade judicial, seja de modo mais direto ou implícito. Tanto é assim que todos eles, sem exceção, trazem considerações sobre como deve ser a delimitação da zona de atuação do Judiciário e do Legislativo. Contudo, parecem não avaliar essa discricionariedade em toda a sua extensão.

Ainda que possuam algum critério para distribuir tarefas entre os poderes, estes modelos negligenciam um ponto comum do qual todos partem: o modelo global de direitos constitucionais. Mais especificamente, o escopo inflado ou suporte fático amplo dos direitos fundamentais. A questão da autodeterminação das fronteiras judiciais pelo próprio Judiciário possui íntima conexão com este pressuposto.

A admissão *prima facie* de infundáveis condutas sob o manto da proteção dos direitos fundamentais coloca nas mãos do Judiciário o poder de autodeterminar sua competência no âmbito do controle judicial de constitucionalidade das intervenções legislativas em direitos fundamentais. O problema persiste ainda que o rol de direitos não seja extenso, já que a interpretação ampla – basta ver o direito geral à autonomia defendido por Möller – também viabilizaria essa inflação. Desse modo, ainda que os diversos modelos sustentem a deferência ao legislador, a própria definição do que é deferência deve passar pelo crivo do Judiciário.

Essas considerações podem ser transpostas ao nível epistêmico, em que se discuta a limitação de conhecimento sobre aquilo que é constitucionalmente devido. São os juízes que decidirão sobre a limitação ou não de seu conhecimento sobre o que é constitucionalmente devido.

A tensão entre o ôntico e o epistêmico é constante no direito. Por isso, é difícil avaliar se uma decisão judicial está caminhando no nível daquilo que sabemos ser

constitucionalmente devido ou no nível daquilo que não sabemos ser constitucionalmente devido³²⁸.

Ainda que seja de difícil resolução, não podemos perdê-la de vista. Em se tratando da proporcionalidade, acredito que isso não tenha sido suficientemente discutido, sobretudo no que diz respeito ao escopo dos direitos fundamentais. O escopo amplo dos direitos fundamentais é o responsável por transferir ao Judiciário todo o poder de autodeterminação das zonas de atuação legislativa e judicial em casos envolvendo interferências do legislador nesses direitos. Afinal, se praticamente tudo pode entrar no escopo de proteção dos direitos fundamentais, será o juiz o responsável por aplicar todo o subsequente arsenal da proporcionalidade – seja na óptica da maximização, seja na óptica moral. E isso será feito, em ambos os casos, a partir da autovinculação e autodeterminação de competências.

Talvez por isso Kelsen visse com receio a inserção de direitos fundamentais no objeto do controle de constitucionalidade³²⁹:

No entanto, justamente no domínio da justiça constitucional, essas fórmulas podem desempenhar um papel sobremaneira perigoso. Poder-se-ia interpretar as disposições da Constituição que convidam o legislador a pautar-se pela justiça, a equidade, a igualdade, a liberdade, a moralidade etc. como orientações relativas ao conteúdo das leis. Essa interpretação seria evidentemente errada, pois assim seria, apenas, se a própria Constituição estabelecesse uma orientação precisa, se ela mesma indicasse algum critério objetivo. Entretanto, desvanecer-se-á facilmente o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis que se encontram nas Declarações de direitos individuais e, com isso, não é impossível que um tribunal constitucional, chamado a deliberar sobre a constitucionalidade de uma lei, a anule por ser injusta, uma vez que a justiça é um princípio constitucional, que esse tribunal deve aplicar. Mas aí a potência do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção de justiça da maioria dos juízes desse tribunal poderia estar completamente oposta à da maioria da população e, evidentemente, estaria oposta à da maioria do Parlamento que votou a lei. É óbvio que, ao empregar vocábulo tão impreciso e ambíguo como o de justiça ou qualquer outro parecido, não pretendeu a Constituição fazer depender a sorte de toda lei votada pelo Parlamento do arbítrio de um colegiado composto, como o tribunal constitucional,

³²⁸ Ver discussão no item 6.1.3.2 deste trabalho.

³²⁹ KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional) (tradução de Jean François Cleaver). **Direito Público**, n. 1, jul-ago-set, p. 90-130, 2003, p. 119-120.

de maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político. Para evitar semelhante deslocamento de poder – que ela certamente não deseja e é totalmente contra-indicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância que lhe é estranha e pode vir a ser o representante de forças políticas completamente diferentes daquelas que se expressam nesse Parlamento, a Constituição deve – sobretudo quando ela cria um tribunal constitucional – abster-se desse tipo de fraseologia e, se desejar estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, deverá formulá-los de forma tão precisa quanto possível.

Não estou defendendo a retirada dos direitos fundamentais como objeto passível do controle de constitucionalidade. Meu objetivo é apenas destacar a sensibilidade do tema. De fato, ao atribuir essa competência ao Judiciário, nos termos do modelo global, há uma transferência considerável de poder aos juízes. Ainda que escape ao objeto deste trabalho responder se essa transferência é, por si só, adequada, é certo que os modelos de proporcionalidade abordados não estão preparados para lidar com ela. Seja por incongruências analíticas ou por fornecerem parâmetros insuficientes, a forma com que delimitam as zonas de atuação do Judiciário e do Legislativo é deficiente.

BIBLIOGRAFIA

ALENIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, v. 96, p. 943-1005, 1987.

ALEXY, Robert. Derecho constitucional y derecho ordinário. In: ALEXY, Robert, **Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. Formal principles: Some Replies to Critics, **International Journal of Constitutional Law** v. 12, p. 511-524, 2014.

_____. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 3, p. 871-879, 2018.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo. Editora Malheiros, 2011.

AUGSBERG, Ino. A Desunidade da Razão na Multiplicidade de suas Vozes – A Teoria da Ponderação e a sua Crítica como um Programa Jurídico-Teórico, in CAMPOS, Ricardo (Org.), **Crítica da Ponderação**. São Paulo: Saraiva, p. 19-36, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

BARAK, Aharon. A Critical Review of Alexy Regarding the Relationship between Constitutional Rights as Principles and the Theory of Proportionality. In: BOROWSKI, Martin, PAULSON, Stanley L. e SIECKMANN, Jan-R (Orgs.). **Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

_____. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 738-755, 2012.

_____. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BOMHOFF, J. **Balancing Constitutional Rights**: the origins and meanings of postwar legal discourse. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. Principios formales y fórmula del peso. In: QUISPE, Jorge Portocarrero (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, p. 59-158, 2016.

BRADY, Alan David. **A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998**. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, London School of Economics, Londres, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra Sobre o Sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

DA SILVA, Josecleyton Geraldo. **Ponderação, Otimização e Democracia: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENDICOTT, Timothy. Proportionality and Incommensurability. In: HUSCROFT, G., MILLER, B. and WEBBER, Gregoire C. N (Orgs.). **Proportionality and the Rule of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do Countries Adopt Constitutional Review?. **Journal of Law, Economics and Organization**, v. 30, 587, 2014.

GORZONI, Paula. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GROTERHORST, Rebecca. **Direitos Sociais e Proporcionalidade**: Análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters**: The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. **Towards Juristocracy**: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

JACKSON, Vicki. Being Proportional about Proportionality. **Constitutional Commentary**, v. 21, p. 803-859, 2004.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional) (tradução de Jean François Cleaver). **Direito Público**, n. 1, jul-ago-set, p. 90-130, 2003.

KLATT, Matthias. Balancing competences: how institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts. **Global Constitutionalism**, v. 4:2, p. 195-226, 2015.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 69-105, 2012

KUMM, Mattias, WALEN, Alec. D. Human Dignity and proportionality: Deontic pluralism in balancing. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper no. 13-03, 2013.

KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of The Proportionality Requirement. . In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007.

_____. The Idea of Socratic Contestation and the Right do Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. **Law & Ethics of Human Rights**, v. 4, 2, 2010.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A Proporcionalidade no Direito Constitucional**: origem, modelos e reconstrução dogmática. São Paulo. Editora Malheiros, 2017.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 14, v. 58, out/dez, p. 177-209, 2014.

LIMA, Rafael Scabonve Bellem de. **Otimização de princípios, separação de poderes e segurança jurídica**: o conflito entre princípio e regra. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LOUGHLIN, Marin. The Silence of Constitutions. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 3, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Campos Elsevier, 2007.

_____. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÖLLER, Kai. “Balancing as reasoning” and the problems of legally unaided adjudication: A rejoinder to Francisco Urbina. **International Journal of Constitutional Law**, v.12, n.1, p. 222-225, 2014.

_____. **The Global Model of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUOPPONEN, Anita. Methods of concept analysis – a comparative study, **LSP Journal**, Vol.1, No.1, 2010.

RIVERS, Julian. Proportionality and variable intensity of review. **The Cambridge Law Journal**, v. 65 (1), p. 174-207, 2006.

_____. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Org.), **Law Rights and Discourse**. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality (1). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 718-737, 2012.

_____. Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here?. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 22, p. 291-302, 2012.

SIECHMANN, Jan-R. **La Teoría del Derecho de Robert Alexy: análisis y crítica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273-301, 2011.

_____. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Dour Joré Joaquim Gomes Canotilho, v. III**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 915-937, 2012.

_____. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

_____. How Global is Global Constitutionalism?: Comments on Kai Moller's The Global Model of Constitutional Rights. **Jerusalem Review of Legal Studies**, v. 10, p. 175-186, 2014.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002.

SWEET, Alec Stone, MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 72-164, 2008.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges**: Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. São Paulo: EDUSP, 1977.

TOMMASINI, Nicola. **A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade das Leis**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

TREMBLAY, Luc. B. An egalitarian defense of proportionality-based balancing. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n.4, p. 864-890, 2014.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights?. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, 2009.

URBINA, Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

_____. A Critique of Proportionality. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 57, p. 49-80, 2012.

WALDRON, Jeremy. Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. **Hastings Law Journal**, v. 45, 813, 1994.

WANG, Peng-Hsiang. Formal Principles as Second-Order Reasons. In: BOROWSKI, Martin, PAULSON, Stanley L. e SIECKMANN, Jan-R (Orgs.). **Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

WEBBER, Gregoire C. N. Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. XXIII, n. 1, 2010.

ZUCCA, Lorenzo. **Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA**. Oxford: Oxford University Press, 2007.