

II. DIREITO PÚBLICO E TEORIA CONSTITUCIONAL

Incomensurabilidade, proporcionalidade e separação de poderes: reflexões sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Gabriel Calil Pinheiro

Resumo: Neste breve ensaio, analisarei a relação entre a incomensurabilidade, a separação de poderes e a proporcionalidade, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Apresentarei a proporcionalidade enquanto ferramenta que busca a maximização dos direitos fundamentais colidentes e verificarei como ela lida com a discricionariedade em favor do legislador. Em seguida, abordarei a objeção da incomensurabilidade e, por fim, a relação entre todos estes pontos e a forma pela qual a proporcionalidade demarca as fronteiras de atuação entre o Judiciário e o Legislativo.

Palavras-chave: proporcionalidade; discricionariedade; incomensurabilidade; Legislativo e Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

Neste breve ensaio, procurarei analisar a relação entre a incomensurabilidade, a separação de poderes e a proporcionalidade¹, a partir da teoria dos direitos fundamentais

1 Neste ensaio, refiro-me à proporcionalidade tal qual concebida pela teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a não ser quando expressamente indicado de modo contrário.

de Robert Alexy². Muito embora já exista um intenso debate sobre os limites de atuação do Poder Judiciário, a proporcionalidade acrescenta elementos adicionais à discussão, tornando-a significativamente mais complexa³.

Situando-se em um modelo de dois níveis, a proporcionalidade primeiro avalia se houve ou não intervenção em um direito fundamental, para depois aferir se essa intervenção é constitucionalmente justificável. Neste exercício, surgem diversas implicações na dinâmica da separação de poderes e este ensaio se debruçará sobre uma delas: o fato de a proporcionalidade realizar comparações não comensuráveis entre si permite que as competências entre os Poderes Judiciário e Legislativo sejam distribuídas com segurança?

Para responder à pergunta, iniciarei explicando o formato maximizador da teoria dos direitos fundamentais de Alexy e sua noção de discricionariedade em favor do legislador, para depois esclarecer melhor o que quero dizer por “incomensurabilidade” e, por fim, abordar a relação entre esses dois elementos e a separação de poderes.

2. PROPORCIONALIDADE ENQUANTO MAXIMIZAÇÃO E SUA FÓRMULA DO PESO

A construção teórica da proporcionalidade é comumente associada à figura de Robert Alexy. A despeito disso, muitos são os autores e autoras que escreveram sobre o assunto, seja partilhando dos pressupostos de Alexy, seja trazendo abordagens estruturalmente distintas da proporcionalidade. É preciso deixar claro, portanto, qual proporcionalidade temos em mente ao tratar do tema. Aqui, o objetivo é analisar apenas a proporcionalidade tal qual concebida por Robert Alexy. Sua teoria se enquadra em um modo mais amplo de conceber a proporcionalidade, como procurarei demonstrar a seguir.

2.1. A maximização

Francisco Urbina sustenta existirem dois grandes modos de compreender a proporcionalidade: o primeiro, enquanto maximização de propriedades, e o segundo, enquanto um canal para a argumentação moral⁴. Em linhas gerais, na maximização se busca realizar ao máximo alguma propriedade, enquanto na argumentação moral a preocu-

2 As reflexões deste ensaio foram objeto de análise mais aprofundada em minha dissertação de mestrado. Cf. CALIL, Gabriel. *Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

3 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. 142.

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

pação central é com a justificação da intervenção no direito fundamental, de modo mais amplo.

A proporcionalidade de Alexy se enquadra na lógica da maximização. Pretende-se realizar ao máximo os direitos fundamentais envolvidos no conflito e a própria ideia de princípios, como normas que almejam ser realizadas na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas, é indicativo disso. O resultado é uma avaliação, a partir de uma dinâmica eminentemente quantitativa, daquilo que representa o maior ganho em rede entre as alternativas possíveis.

O primeiro subtteste da proporcionalidade investigará se há algum objetivo legítimo que se relaciona com a medida que interfere no direito fundamental e se a medida é apta a fomentar este objetivo legítimo (adequação); depois, verifica-se se existe alguma outra medida menos intrusiva para realizar esse direito com a mesma intensidade (necessidade); e, por fim, analisa-se se esta medida produz mais satisfação desse direito do que se perde com a limitação do outro direito (proporcionalidade em sentido estrito). Em resumo: deve-se ganhar ao máximo e perder o mínimo possível.

2.2. A teoria das discricionariedades

A otimização dos direitos fundamentais proposta por Alexy pretende principalmente resolver colisões materiais entre direitos fundamentais. A proporcionalidade recebeu muitas críticas e várias delas sugeriam sua arbitrariedade e incapacidade para acomodar, com critérios claros, o papel dos juízes em uma democracia⁵. Em resposta a estes questionamentos, Alexy elaborou a teoria das discricionariedades, que tem por objetivo demonstrar que a teoria dos princípios e a proporcionalidade são compatíveis com um ideal de separação de poderes calibrado, em que o Legislativo também tem voz.

Neste contexto, discricionariedade significa a liberdade de decisão. Isto é, a escolha livre de uma alternativa ou outra, sem qualquer constrangimento⁶. A discricionariedade poderá ser de dois tipos: estrutural ou epistêmica. Cada uma delas diz respeito à liberdade para tomar decisões em duas dimensões distintas quando da aplicação da proporcionalidade. A discricionariedade epistêmica se divide em duas categorias. 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.

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

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

A discricionariedade estrutural, por sua vez, corresponde à margem de ação que o legislador possui quando as normas constitucionais nem proíbem nem obrigam algo, facultando a sua atuação. Nestes casos, não há dúvidas sobre as exigências constitucionais incidentes sobre o caso concreto.

Em cada um dos subtestes da proporcionalidade, há um espaço estruturalmente distinto concedido ao legislador. 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 perseguidos. No caso da discricionariedade estrutural para escolher meios, somente haverá discricionariedade em favor do legislador se os meios forem aproximadamente adequados para realizar a finalidade e se não tiverem nenhum ou praticamente nenhum efeito negativo em outras finalidades ou princípios. Com relação à discricionariedade estrutural 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.

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 sopesar⁷. 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.

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. 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.

Este déficit cognitivo 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 deter-

7 Conferir, por exemplo, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 607-608.

minado direito fundamental. Há insegurança na gradação da intensidade de intervenção ou importância de promoção dos direitos envolvidos.

Se incertezas empíricas e normativas fazem parte da proteção a direitos fundamentais, como devemos lidar com elas? Alexy sustenta uma posição intermediária, entre a possibilidade de o legislador somente atuar com base em premissas seguras ou dele atuar sempre com base em premissas inseguras, que culmina na elaboração da segunda lei do sopesamento, assim concebida: quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia⁸.

Neste cenário, é preciso destacar brevemente o papel dos princípios formais. É com base no princípio formal do legislador democraticamente legitimado, por exemplo, que Alexy defende ter o legislador discricionariedade para decidir em impasses ou quando não se sabe o que é constitucionalmente devido. Sob uma perspectiva formal, as normas de direitos fundamentais excluem *prima facie* qualquer intervenção legislativa, enquanto o princípio formal do legislador democraticamente legitimado demanda 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.

Se no âmbito material Alexy desenvolveu a lei do sopesamento⁹ e uma escala triádica¹⁰ para solucionar a colisão entre direitos fundamentais mediante o estabele-

8 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, como 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.

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

Ibidem, p. 116.

10 As intervenções e importância de realizar direitos fundamentais podem ser leves, moderadas ou sérias.

cimento de uma relação condicionada de precedência, o mesmo ocorre no nível epistêmico. Até porque, a estrutura da segunda lei do sopesamento é um reflexo da primeira¹¹. Com relação à escala triádica, as variáveis *séria*, *moderada* e *leve* do nível material dão lugar, no nível epistêmico, às categorias *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*.

Diversos modelos teóricos foram elaborados para tentar equacionar adequadamente a relação entre princípios materiais e princípios formais¹². 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 juntos¹³. Neste modelo, o princípio formal adiciona peso ao princípio material¹⁴.

Recentemente, Alexy revisitou sua construção teórica, afirmando que os princípios formais estão no mesmo nível dos princípios materiais e justificam a inclusão das variáveis epistêmicas na equação do sopesamento, mediante a realização de um *sopesamento de segundo nível*. Desse sopesamento de segundo nível resultarão variáveis epistêmicas que serão incluídas na fórmula junto com os princípios materiais¹⁵.

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 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 funda-

11 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: Malheiros, 2011, p. 617-618.

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

13 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 615.

14 ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, p. 511-524, 2014, p. 518.

15 *Ibidem*, p. 521.

mental – considerado em sua dimensão epistêmica que reclama a proteção do Judiciário em casos de intervenção –, pois intervenções em direitos fundamentais requerem premissas certas. Isso é assim para evitar que ocorram violações não constatáveis a direitos fundamentais¹⁶. Nesses casos, o princípio material terá sua força reduzida¹⁷ pela inserção de variáveis incertas na equação da proporcionalidade¹⁸.

Desse modo, o modelo epistêmico admite a influência dos princípios formais – ainda que indiretamente – no nível material¹⁹. 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 promoção desse direito fundamental (*certas, plausíveis e não evidentemente falsas*) na equação da proporcionalidade.

3. INCOMENSURABILIDADE

A incomensurabilidade é a ausência de um parâmetro comum para que duas coisas possam ser avaliadas uma em relação com a outra. Esta situação costuma aparecer como um problema para a proporcionalidade porque as constituições, em geral, não trazem um parâmetro comum para que direitos fundamentais sejam avaliados uns com relação aos outros.

A proporcionalidade de Alexy parte do princípio de que as perdas em algum direito fundamental devem ser compensadas pelos ganhos em outro. Pressupõe-se a possibilidade de quantificação dos direitos 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 comparação²⁰.

A presença da incomensurabilidade não é, em si, problemática e tampouco levará, automaticamente, à irracionalidade. É possível conceber 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

16 Ibidem, p. 520.

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

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

19 Ibidem, 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.

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

comensurar o que, na verdade, é incomensurável. As considerações de Urbina são esclarecedoras²¹:

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 este o caso da proporcionalidade de Alexy. Ao escolher direitos a serem comparados, sem que exista um parâmetro de comparação que permita reduzi-los uns aos outros, a proporcionalidade propõe a comensuração de elementos incomensuráveis.

A crítica da incomensurabilidade não é, no entanto, incontroversa. Virgílio Afonso da Silva sustenta, por exemplo, não se tratar 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 deles²². Seria possível, então, 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.

Ainda que reconheça que os direitos fundamentais, considerados abstratamente, realmente não possuem um parâmetro de comparação em comum, Silva sustenta 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 todo²³.

Em contraponto à Silva, Webber afirma que ainda que se diga que o parâmetro de comparação é o grau de satisfação dos direitos fundamentais, ele continua sendo

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

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

23 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.

dependente da perspectiva de apenas um dos direitos²⁴. 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 são²⁵.

Ademais, escolher entre um valor realizado em maior grau que outro não é uma razão conclusiva para se escolher entre uma das alternativas. Por este motivo, Endicott destaca que a incomensurabilidade enfraquece várias das promessas da proporcionalidade com relação à objetividade e transparência²⁶.

4. PROPORCIONALIDADE, INCOMENSURABILIDADE E SEPARAÇÃO DE PODERES

Nos tópicos anteriores, apresentei brevemente a proporcionalidade de Alexy como ferramenta que busca maximizar a realização dos direitos fundamentais colidentes e sua resposta às objeções de que seria inapta a calibrar adequadamente o papel de juízes e legisladores em uma democracia. Em seguida, expus a crítica de que a proporcionalidade realizaria comparações entre direitos fundamentais, irredutíveis entre si, por não possuir um parâmetro comum que permita essa comparação. De que modo, no entanto, essas considerações se relacionam e impactam a separação de poderes?

O primeiro aspecto a ser destacado é que a proporcionalidade, ao comensurar o incomensurável, tem sua pretensão de objetividade e transparência comprometida. Se o raciocínio exigido pela maximização requer que algum valor preceda o outro justamente por ser realizado em maior grau, como pode o juiz determinar isso se a realização de um valor não diz nada sobre a realização do outro? Não há parâmetro de comparação comum para decidir. A subsequente demarcação das fronteiras entre o juiz e o legislador está sendo feita, em cada um dos subtestes, com base em um critério que não é preciso.

Ademais, também é preciso levar em conta a dificuldade de quantificar os direitos fundamentais. Ainda que discordâncias sobre classificações sejam comuns no direito,²⁷

24 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.

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

26 Endicott, no entanto, compreende as patologias da proporcionalidade mais como algo particular de cada jurisdição do que como algo generalizável, do ponto de vista estrutural. Cf. ENDICOTT, Timothy. Proportionality and Incommensurability. In: HUSCROFT, G., MILLER, B.; WEBBER, Gregoire C. N. (Orgs.). *Proportionality and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 318 e 328.

27 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.

a frequência e intensidade dessas divergências pode se mostrar problemática, sobretudo quando é decorrência direta de um método que, como a proporcionalidade, se propõe justamente a resolver este tipo de situação. Esta dificuldade, inclusive, imporá obstáculos na definição dos graus de satisfação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, à tentativa de alocação de competências entre Judiciário e Legislativo.

No tópico 2, vimos como a teoria das discricionariedades de Alexy desempenha papel central na relação da proporcionalidade com a separação de poderes. 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.

Questões mais sérias 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 significativa, sob a perspectiva daquele direito.

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, com precisão, o espaço de atuação do Legislativo e do Judiciário, de modo a respeitar um ideal de constituição como ordem-moldura, estes exemplos colocam obstáculos significativos a esta pretensão.

A situação se agrava quando a discricionariedade epistêmica é incorporada à equação. 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.

Pelo modelo epistêmico de Alexy²⁸, princípios formais se relacionam com os princípios materiais a partir da introdução da variável “segurança” no sopesamento material. A introdução dessa nova variável é fundamentada a partir de um sopesamento de segundo nível, entre um princípio formal e 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 satisfação²⁹. 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. Portanto, ainda que fossem comparáveis os graus de certeza, os direitos afetados pela variável “segurança” seguiriam sendo incomensuráveis entre si.

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

29 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.

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, exige ou faculta, e sendo o modelo de Alexy fundado na comparação de valores incomensuráveis também no nível epistêmico, a proporcionalidade tem sua proposta de distribuição objetiva de competência decisória entre o Judiciário e o Legislativo significativamente prejudicada. Incrementa-se, inclusive, o risco de violações não cognoscíveis a direitos fundamentais, já que o modelo não se funda em bases sólidas para orientar a delimitação das margens de ação do juiz e do legislador.

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 o problema traz dificuldade 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 e será o próprio Judiciário o responsável por delimitar essas margens de atuação.

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 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. Alexy reconhece esta realidade³⁰:

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.

Caso exista incerteza sobre o que a constituição determina, será reconhecida uma discricionariedade epistêmica em favor do legislador, sendo afastado o controle de

30 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. 92.

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 epistêmica normativa. Essa situação se resolveria pelo sopesamento de princípios materiais e formais, nos termos do modelo epistêmico³¹.

A argumentação de Alexy esbarra, de partida, na própria dificuldade de se falar em uma discricionariedade estrutural. Anteriormente, vimos que a incomensurabilidade impede que se fale no reconhecimento de uma discricionariedade estrutural para sopesar em favor do legislador, já que não 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 aproximada³² – oferece poucos parâmetros. 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 têm de enfrentar a problemática relação entre discricionariedade estrutural para sopesar e discricionariedade epistêmica. Como veremos, é muito difícil distingui-las³³. Como saber se estamos diante de uma situação em que sabemos o que é constitucionalmente devido ou de uma situação em que não

31 Ibidem, p. 85-86.

32 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. José 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.

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 611.

temos este conhecimento?³⁴ Neste cenário, as fronteiras entre as duas discricionariedades ficam borradas e não temos clareza de quando estamos diante de impasses no nível ôntico ou no nível epistêmico. Na prática, de acordo com Rivers³⁵, é impossível, nestes casos, distinguir a discricionariedade epistêmica normativa de uma discricionariedade estrutural para sopesar.

A resposta mais recente de Alexy para este problema foi o modelo epistêmico³⁶, como visto. Nele, os princípios formais funcionam como atenuadores dos princípios materiais nos casos em que há algum grau de incerteza, reduzindo o peso do princípio material. 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 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 problema³⁷, é um dado relevante para compreender qual é o papel desempenhado pela proporcionalidade na separação de poderes. Apesar de almejar ser uma ferramenta transparente e objetiva, há obstáculos significativos que distanciam a proporcionalidade de Alexy deste ideal.

REFERÊNCIAS

- 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.
- ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, *International Journal of Constitutional Law* v. 12, p. 511-524, 2014.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CALIL, Gabriel. *Proporcionalidade: reflexos e possibilidades na dinâmica da separação de poderes*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.
- DA SILVA, Josecleyton Geraldo. *Ponderação, Otimização e Democracia: Parâmetros Dogmáticos para o Controle Judicial de Constitucionalidade da Legislação Restritiva de Direitos*

34 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.

35 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.

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

37 Não é objeto deste ensaio discutir se o desempenho desta tarefa pelo Judiciário é, por si só, desejável. O ponto é discutir o modo pelo qual o modelo de Alexy se propõe a fazer isso.

- Fundamentais. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- ENDICOTT, Timothy. Proportionality and Incommensurability. In: HUSCROFT, G., MILLER, B.; WEBBER, Gregoire C. N. (Orgs.). *Proportionality and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- 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, 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.
- 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.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, p. 273-301, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, v. III*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 915-937, 2012.
- URBINA, Francisco. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- WANG, Peng-Hsiang. Formal Principles as Second-Order Reasons. In: BOROWSKI, Martin; PAULSON, Stanley L.; SIECKMANN, Jan-R. (Orgs.). *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.