

O papel dos princípios formais na construção da discricionariedade legislativa: uma proposta alternativa

Josecleyton Geraldo da Silva

Resumo: Neste artigo, abordo a forma de relacionar princípios formais e materiais no sopesamento, a partir do princípio da competência do legislador e do seu papel na construção da discricionariedade legislativa. Para tanto, analiso o conceito de princípio formal e o princípio da competência do legislador e as diferentes teorias acerca do seu relacionamento com os princípios materiais e sustento que princípios formais constituem razões de segunda ordem que justificam a deferência a decisões tomadas mediante sopesamento por uma autoridade, sempre que não soubermos o que esse sopesamento exige, seja porque ele não exige nada em definitivo, seja porque há incerteza a respeito do que ele exige e que, dessa forma, o princípio da competência do legislador é o fundamento da sua discricionariedade e requer a deferência dos tribunais tanto a decisões que promovem princípios na mesma medida com que restringem outros princípios, como a decisões quanto às quais há insegurança epistêmica.

Palavras-chave: Teoria dos princípios; sopesamento; princípios formais; competência do legislador; discricionariedade

INTRODUÇÃO

Um dos aspectos mais polêmicos da teoria dos princípios é discussão acerca dos chamados princípios formais. O objetivo deste artigo é abordar brevemente uma parcela dessa controvérsia, qual seja, a forma de relacionar princípios formais e princípios materiais, a partir do estudo do princípio da competência do legislador e da sua função na construção da discricionariedade legislativa. Para tanto, após analisar o conceito de princípio formal e o princípio da competência do legislador e as diferentes teorias a respeito do seu relacionamento com os princípios materiais no sopesamento, sustento que princípios formais constituem razões de segunda ordem que justificam a deferência a uma decisão tomada mediante sopesamento por uma determinada autoridade, sempre que não soubermos o que esse sopesamento exige, seja porque ele não exige nada em definitivo, seja porque há incerteza a respeito do que ele exige. Desse modo, o princípio formal da competência do legislador funciona como fundamento para as suas discricionariedades estrutural para sopesar e epistêmica, requerendo a deferência dos tribunais tanto a decisões que promovam princípios na mesma medida com que restringem outros princípios, porque o sopesamento de razões não exige nada em definitivo, como a decisões quanto às quais há insegurança epistêmica e, portanto, incerteza sobre o que ele exige.

1. O conceito de princípio formal

A ideia de princípios formais, mesmo para quem reconhece a sua existência e relevância, assume uma série de facetas. Isso torna mais difícil uma conceituação precisa. Apesar dessa dificuldade, tentarei neste ponto esclarecer os seus aspectos essenciais, até porque sem isso não seria possível compreender a função desempenhada por essa modalidade de princípio.

Assim como os princípios materiais, princípios formais são normas que possuem uma dimensão de peso e um objeto de otimização, nos termos da teoria dos princípios. No nível do objeto de otimização é que se encontra a diferença entre as subespécies normativas (BOROWSKI, 2016: 129). Eles são formais por apresentarem natureza puramente procedimental, pois não determinam conteúdos, tão somente dizem quem pode fazê-lo (ALEXY, 2008: 615; AFONSO DA SILVA, 2012: 922). Nesse sentido, pode-se dizer que eles não possuem um conteúdo substancial. Por isso, diferentemente dos princípios materiais, que tem como objeto de otimização determinados conteúdos (v.g., liberdade de expressão), o seu objeto de otimização são decisões jurídicas, independentemente do seu conteúdo (ALEXY, 2014: 518). O que se busca otimizar, portanto, são decisões tomadas pelos órgãos estatais ou outros atores no âmbito jurídico, que deverão de ser, na maior medida possível, vinculantes (SIECKMANN, 2010: 59 e 2016: 264). No que mais interessa aqui, esse objeto “consiste no respeito às decisões de so-

pesamentos tomadas previamente, especialmente as decisões provenientes de uma colisão entre princípios materiais” (BOROWSKI, 2016: 136).

De modo mais estrito, eles podem ser caracterizados como princípios que tornam, em procedimentos subsequentes, obrigatório o resultado de um procedimento prévio de produção ou reconhecimento de normas (SIECKMANN, 2012: 167-8; BOROWSKI, 2019: 92). Eles são, nesse sentido, razões interprocedimentais. Ou seja, atribui-se peso a certas decisões não pelo seu conteúdo substantivo, “mas porque elas representam um certo procedimento utilizado por uma autoridade jurídica” (BOROWSKI, 2010: 25). Trata-se de um compromisso *prima facie* com o produto – isto é, uma decisão – de um procedimento desenvolvido por pessoas ou instituições outras que não aquelas que, ao final, estarão comprometidas com esse resultado (BOROWSKI, 2010: 27; PORTOCARRERO QUISPE, 2016a: 170). Assim, eles emergem como *uma* forma de explicar as estruturas autoritativas do sistema jurídico, que constituem decorrências do que esses princípios exigem (SIECKMANN, 2012: 167-8; BOROWSKI, 2010: 26).

Por outro lado, como a aceitação do caráter vinculante dos resultados de procedimentos normativos significa, ao menos *prima facie*, reconhecer competências normativas a certos órgãos para estabelecer tais resultados autoritativamente, estamos diante de princípios que atribuem competências (SIECKMANN, 2017: 138). Eles exigem o reconhecimento da competência para estabelecer normas ou determinações normativas, neste caso, especificamente a competência para sopesar – o que em alguns casos implica “estabelecer normas definitivas com base no sopesamento” (SIECKMANN, 2014: 316), mas em todos significa efetuar um julgamento normativo que é, ao menos *prima facie*, vinculante para outros. Essa competência, por sua vez, enquanto parte do objeto de otimização, deve ser realizada na maior medida possível. Muitos são os exemplos de princípios formais, mas aqui interessa especificamente um deles: o princípio da competência do legislador democraticamente legitimado.

2. O princípio da competência do legislador democraticamente legitimado

O peso das decisões do legislador não decorre do *conteúdo* das leis por ele elaboradas, pois as suas decisões “não são válidas e devem ser seguidas porque são materialmente boas, mas ‘porque se baseiam no princípio formal de sua competência democrática’” (AFONSO DA SILVA, 2008: 149). Tal princípio exige que, na maior medida possível, caiba ao legislador decidir questões relevantes para a comunidade (ALEXY, 2008: 138 e 2014: 516). Sendo assim, essa competência decisória pode ser realizada em diferentes medidas, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas presentes.

Com tal exigência, esse princípio faz referência não apenas à *autoridade* das decisões tomadas no âmbito das competências do Parlamento. Ele também exige que esse

âmbito seja tão amplo quanto possível (ALEXY, 2014: 516). Isso quer dizer que a sua otimização possui dois aspectos: exige-se não apenas que as decisões do legislador sejam observadas na maior medida possível, como também que ele tome tantas decisões para a sociedade quanto possível. O que precisa ser otimizado é “não apenas a *deferência* à, mas também o *âmbito da* autoridade jurídica” (WANG, 2017: 430). É necessário otimizar, portanto, tanto a competência para a tomada de decisão quanto a autoridade ou o caráter vinculante das decisões decorrentes do exercício dessa competência. Isso implica conferir à decisão legislativa uma autoridade relativa, que requer “a atribuição de peso relativo às decisões do Parlamento decorrentes de sopesamentos” (BOROWSKI, 2010: 34 e 2016: 72 e ss.). Dessa forma, é possível atribuir a essa decisão em si – ou seja, pelo simples fato de tratar-se de uma decisão do legislador – um peso a ser de algum modo considerado no sopesamento, o qual se justifica, no limite, em razão da sua *legitimidade formal* (isto é, decorrente do voto popular).¹

Contudo, se, como é evidente, esse princípio não pode ser capaz de justificar o respeito a qualquer decisão legislativa, independentemente da compatibilidade de suas razões com a Constituição, então – com exceção dos casos de discricionariedade estrutural – ele parece supérfluo, pois decisões compatíveis com ela já não poderiam, por razões materiais, ser declaradas inconstitucionais. Assim, ele apresenta uma natureza problemática. De um lado, não pode funcionar como fundamento para decisões inconstitucionais. De outro, é irrelevante em decisões que estejam de acordo com a Constituição (SIECKMANN, 2016: 267-8 e 2014: 336) – ou, mais precisamente, que estejam de algum modo *determinadas* pela Constituição. Essa é uma questão a respeito do adequado campo de aplicação desses princípios em geral e do princípio da competência do legislador em especial. A resposta para ela é que seu campo de aplicação engloba tanto situações não decididas *de maneira definitiva* pela Constituição (tais como empates no sopesamento e, portanto, casos de discricionariedade estrutural para sopesar), quanto hipóteses de insegurança empírica e normativa (ou seja, de discricionariedade epistêmica). Mas não é só. A sua aplicabilidade e, bem assim, o grau de relevância para a discussão, depende também da intensidade da intervenção sobre o princípio restringido pela medida estatal.

1 Como a democracia exige não apenas a legitimidade formal, mas igualmente um aspecto material, consistente numa ampla integração de todos os interesses legítimos envolvidos mediante um discurso racional (legitimidade material), e o processo parlamentar cumpre essa exigência de modo insuficiente, os tribunais *podem* eventualmente estar em melhor posição para a efetivação dessa integração, de modo que a superioridade democrática do legislador em relação a eles não deve ser tomada como autoevidente e precisa ser justificada (SIECKMANN, 2010: 74-90). O ponto aqui, entretanto, é que, quando se trata de sopesamentos, ela se justifica pelo menos nas hipóteses de discricionariedade estrutural para sopesar e de discricionariedade epistêmica (Cf. nota 10). É por isso que esse princípio, que justifica tais discricionariedades, busca seu fundamento na legitimidade formal.

Com isso, surge o problema a respeito de como exatamente esse princípio se relaciona com os princípios materiais quando do sopesamento. Dentre os signatários da teoria dos princípios, há pelo menos quatro formas de explicar esse relacionamento e, com isso, incluir a autoridade das decisões do legislador no sopesamento. Elas podem ser divididas em dois grandes grupos. De um lado, os modelos de um único nível, cujo mais importante é o modelo de combinação. De outro, os modelos multinível, dos quais fazem parte: (i) o modelo das interpretações constitucionais concorrentes; (ii) o modelo de dois níveis de Klatt, Meister e Schmidt; (iii) e o modelo epistêmico. Nos próximos pontos, analisarei cada um deles.

2.1 O modelo de combinação

O primeiro modelo de reconstrução da relação entre princípios materiais e princípios formais é aquele proposto originalmente por Alexy e seguido por Martin Borowski, o chamado “modelo de combinação”. De acordo com esse modelo, a consideração do princípio formal tem o efeito de adicionar peso a um dos lados da colisão de princípios materiais. Ele funciona como um “intensificador” (“*intensifier*”), isto é, uma consideração que aumenta o peso de um princípio material (WANG, 2017: 436) ou, em casos mais complexos, de um conjunto de princípios materiais. A qual dos princípios materiais – ou lado do sopesamento – o peso é adicionado é algo que depende simplesmente da decisão do legislador (BOROWSKI, 2015: 104).

Dessa forma, o modelo parece sugerir que como princípio formal exige *prima facie* a competência decisória do legislador sempre que se fizer necessária uma configuração da Constituição, mesmo que haja insegurança epistêmica no sopesamento ou – segundo entendo – ele não forneça um resultado, e os princípios materiais exigem *prima facie* que o legislador decida apenas nas hipóteses em que o princípio promovido superar aquele restringido e com base em premissas seguras, esses princípios efetivamente *colidem*. Reconstruir a questão como uma colisão entre os princípios, entretanto, implicaria que em certas situações esse princípio formal afastaria por completo direitos fundamentais, ou seja, que, independentemente da força das razões substantivas, ele os superaria. Isso minaria por completo a força vinculante desses direitos, porque faria com que esse princípio fosse capaz de transformar decisões desproporcionais em decisões proporcionais. Ciente dessa objeção, Alexy (2008: 625) sustenta que, na verdade, princípios formais só podem superar princípios materiais “se conectados a outros princípios materiais” (lei de combinação). Eles não exerceriam um papel independente. Por força do seu efeito de intensificação, o princípio material subjacente à decisão, que estabelece o objetivo que o legislador pretende alcançar, irá adquirir um peso maior do que ela teria se não possuísse esse apoio. Por isso, se torna mais difícil para o princípio material colidente superar a decisão de sopesamento do legislador

– isto é, superar os princípios material e formal que contam a favor dela. Mas isso relativiza a leitura de que há uma colisão entre o princípio formal e o princípio material restringido, pois, se o seu sopesamento pressupõe a conexão com um princípio material, essa colisão, na melhor das hipóteses, se dá de modo *indireto* (PORTOCARRERO QUISPE, 2016a: 175).

Segundo Sieckmann, no entanto, como com esse modelo efetivamente se modifica a situação jurídica material, ele não se ajustaria à construção “de um limite para as competências de controle judicial” (SIECKMANN, 2016: 273-4). Aos tribunais caberia determinar o peso das razões para a intervenção conforme a Constituição e seria justamente por isso que os princípios formais não poderiam “oferecer peso adicional às razões de intervenção”. Do contrário, estaríamos a conferir a tais razões um peso maior do que aquele que lhes corresponde de acordo com a Constituição (SIECKMANN, 2010: 61 e 2014: 339-340). Porém, para os seus defensores, esse argumento não leva em conta a natureza epistêmica do problema. Trata-se da questão sobre até que ponto o tribunal tem a faculdade de, em condições de insegurança do conhecimento acerca do que é constitucionalmente devido de modo definitivo, sobrepor o resultado do seu sopesamento àquele do legislador. Além disso, o princípio da competência do legislador está ancorado na Constituição, na medida em que se baseia na noção de democracia. Ainda que esse peso adicional que para Sieckmann é impossível não seja um peso material, mas sim formal, ele continua a ser um peso constitucional (BOROWSKI, 2016: 76-7, n. 19).

Por fim, seria passível de questionamento *como* sopesar um princípio que “carece de qualquer peso independente” (ALLAN, 2012: 136). Para Allan, isso só seria possível se assumíssemos uma noção absoluta de supremacia legislativa. Mas esse seria um falso problema, pois o caráter formal do princípio da competência do legislador não implicaria a ausência de peso. Esse princípio adquiriria peso independente nas hipóteses em que há incerteza epistêmica e isso seria expresso pela segunda lei do sopesamento, que refletiria o fato desse princípio possuir diferentes pesos em diferentes situações (ALEXY, 2012: 331).²

Esses esclarecimentos, entretanto, não são capazes de explicar exatamente como se dá esse sopesamento, o quanto o princípio formal é capaz de alterar o resultado do sopesamento material e quais critérios devemos utilizar para atribuir peso àquele

2 A segunda lei do sopesamento reza que “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2008: 617). O próprio Allan admite que há casos de insegurança epistêmica, mas alega que o sopesamento incorpora essa incerteza no processo de adjudicação, tornando as exigências de justificação mais onerosas de acordo com a intensidade da intervenção. O que ele não percebe é que é justamente o princípio formal que justifica essa incorporação.

princípio.³ Além disso, não parece capaz de reconstruir a função do princípio da competência do legislador na fundamentação da discricionariedade estrutural para sopesar.

2.2 O modelo das interpretações constitucionais concorrentes

O primeiro modelo multinível é o chamado modelo das “interpretações constitucionais concorrentes”, desenvolvido por Jan-R. Sieckmann. Segundo este, o problema dos limites da competência de controle inerente à tensão entre legislador e tribunal constitucional deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre as interpretações levadas a cabo pelos dois órgãos.

Sieckmann sustenta que todo aquele que interpreta o direito constrói a sua concepção a respeito daquilo que é exigido, proibido ou facultado juridicamente e, quando efetua os julgamentos normativos inerentes a essa atividade, pretende que sua decisão seja a correta. Como não apenas os tribunais, mas também os demais órgãos a quem o direito está endereçado devem interpretá-lo, tais órgãos devem pretender a correção jurídica e o caráter vinculante de sua interpretação. Caso haja divergência entre as interpretações – e desde que não seja possível decidir objetivamente qual das interpretações é a correta –, teremos que enfrentar a questão a respeito de qual delas há de ser determinante e, portanto, que decisão deverá ser seguida.

Isso quer dizer que, diferentemente do que sustenta o modelo de combinação, os princípios formais “não apenas intervêm em favor do legislador, mas também fundamentam as competências para tomada de decisões do tribunal” e, por conseguinte, “se encontram em ambos os lados do sopesamento” (SIECKMANN, 2016: 275). Com isso, no modelo das interpretações constitucionais concorrentes, o conflito entre tribunal constitucional e legislador é formulado como uma colisão – ainda que *sui generis* – entre princípios formais. Neste contexto, é preciso diferenciar dois planos. O primeiro plano se refere ao sopesamento entre os princípios materiais, relacionado à justificação constitucional da restrição, e a partir do qual são desenvolvidas as interpretações constitucionais concorrentes. Realizado em um segundo plano, o sopesamento entre princípios formais diz respeito ao problema de quem é competente para resolver

3 Embora recentemente Borowski (2019: 94-5) tenha tentado elencar alguns critérios para tanto (peso abstrato, intensidade da intervenção, certeza epistêmica e qualidade do processo legislativo), eles não são nem suficientes nem adequados, seja pela incapacidade de reconstruir o papel dos princípios formais em sua totalidade (redução aos casos de insegurança epistêmica), seja por tomarem como dadas questões controversas (incorporação de argumentos relativos ao processo de elaboração legislativa na justificação da conclusão a respeito da constitucionalidade), ou mesmo por assumirem a existência de completo voluntarismo na sua avaliação (peso abstrato alto para entusiastas do processo democrático e peso abstrato baixo para entusiastas do compromisso substantivo do legislador com a Constituição).

a questão constitucional e, assim, qual das interpretações constitucionais deve ser seguida.

Uma vez que o objeto deste sopesamento está conformado por princípios formais sobre competências, ele pressupõe o resultado do sopesamento de primeiro nível. Isso é assim porque “os princípios discriminados nesse sopesamento devem se basear em interpretações que apresentem sopesamentos dos correspondentes princípios materiais” (SIECKMANN, 2016: 287). Essa consideração é importante porque deixa claro que o modelo não pretende, *estritamente*, uma separação completa entre os níveis. Quanto a este ponto, entretanto, Borowski objeta que, embora a relevância dos princípios materiais para o sopesamento de segundo nível não deva necessariamente equivaler à sua inclusão “no sopesamento junto com os princípios formais” e que de fato também poderia significar que “influenciem na valoração do peso” daqueles, é duvidoso até que ponto o modelo difere do modelo de combinação, pois, ao fim e ao cabo, “tratar-se-ia unicamente de qual é a formulação adequada do princípio ou dos princípios formais que são incluídos no sopesamento dos princípios materiais” (BOROWSKI, 2011: 131).

Consciente dessa dificuldade, Sieckmann (2016: 279-280) procura estabelecer qual o papel da perspectiva material no sopesamento de segundo nível. Para ele, os princípios materiais são relevantes para o sopesamento dos princípios formais, mas de maneira indireta, como fundamentação desses princípios ou como determinação dos fatores daquele sopesamento (isto é, influenciariam o peso dos princípios formais, como é o caso do fator “intensidade da intervenção”, que, embora faça parte do sopesamento de primeiro nível, configura um argumento em favor da competência dos tribunais). Como em qualquer sopesamento, a aplicação de princípios formais exige critérios para a delimitação das competências, ou seja, critérios para determinação dos pesos dos princípios formais que subjazem as competências que sustentam as concepções jurídicas. Segundo ele, além dos pesos abstratos, seria possível elencar três critérios: (i) a proteção dos direitos fundamentais; (ii) a legitimação procedimental que alcançam os processos políticos e judiciais; (iii) e a garantia da correção ou objetividade da decisão.

A reconstrução de Sieckmann também suscita dúvidas. A primeira é até que ponto não haveria uma contradição entre a sua concepção de princípios jurídicos, que os toma como argumentos normativos que constituem mandamentos de validade reiterados, e o seu modelo de interpretações constitucionais concorrentes (PORTOCARRERO QUISPE, 2016a: 188-9). Ou mesmo até que ponto esse conceito é compatível com a própria ideia de princípios formais. Como compatibilizar o ciclo de fundamentação sem fim inerente ao seu conceito de princípio com o caráter autoritativo dos princípios formais?

De mais a mais, o âmbito de aplicação do modelo parece ensejar contradições. Sieckmann pretende que o seu modelo não dependa da existência de insegurança epistêmica (SIECKMANN, 2016: 270).⁴ No entanto, sustenta que é premissa da aplicação a impossibilidade de uma determinação objetiva do sentido da Constituição. O problema é que a abordagem epistêmica procura esclarecer justamente essa questão, isto é, os casos em que há uma diferença entre ôntico e o epistêmico e nos quais, portanto, não sabemos o constitucionalmente devido de maneira definitiva – o que abriria caminho para o exercício da discricionariedade. Nesse sentido, seu argumento é contraditório. Para além disso, restam apenas os casos de discricionariedade estrutural para sopesar como hipóteses de relevância do princípio da competência do legislador no sopesamento. Desse modo, para que o argumento se justificasse pelo menos em parte, deveríamos generalizar a ideia de maneira a abarcar esta última espécie de discricionariedade, ou seja, para todos os casos em que o sopesamento não fornece resultado (seja porque há empate, seja porque há insegurança do conhecimento). Mas Sieckmann parece não aceitar essa ampliação, embora em alguns momentos dê a entender o contrário.⁵

Quanto ao peso das concepções jurídicas, seria possível questionar se não poderíamos sustentar outros critérios relevantes para a sua atribuição, tais como a aprovação da lei por uma maioria qualificada e princípios utilitários como a noção de um maior bem para o maior número de pessoas (PORTOCARRERO QUISPE, 2016a: 189). Essa grande quantidade de critérios possíveis dificulta a aplicação do modelo, o que de alguma forma é reconhecido pelo próprio Sieckmann (2016: 300 e ss.). Parece-me, de todo modo, que o seu modelo, na verdade, apenas inverte, de maneira um tanto complexa, a lógica da reconstrução do modelo da combinação, ao afirmar que os princípios materiais são relevantes para a definição da competência decisória e, conseqüentemente, para o sopesamento dos princípios formais.

Por fim, cabe ressaltar que, embora engenhosa, a proposta de uma concorrência entre interpretações constitucionais do Parlamento e do tribunal constitucional se depara com o problema geral de partir de um modelo bastante rigoroso – e talvez idealizado – de legislador. Assume um legislador racional capaz de argumentar juri-

4 Pelo menos essa parece ser a única conclusão possível de sua afirmação de que a razão para a utilização desse princípio formal não reside na insegurança, “mas na legitimidade do legislador para tomar tais decisões sobre interpretação constitucional” (SIECKMANN, 2016: 270).

5 De acordo com Sieckmann (2016: 276), nos casos em que “o resultado do sopesamento material produz um empate entre os princípios em conflito”, “torna-se relevante o sopesamento de princípios formais”. O problema é a afirmação feita logo depois, segundo a qual os princípios formais podem fundamentar a atribuição de competências apenas “para as decisões que se apresentem como interpretação jurídica e não só como simples decisão política” (SIECKMANN, 2016: 302).

dicamente tão bem quanto os tribunais, o que não apenas parece algo difícil de imaginar como também – conforme o próprio Sieckmann já advertiu em outra ocasião (SIECKMANN, 2010: 69-91) – esbarra no próprio desenho institucional dos Parla-mentos. De toda forma, na melhor das hipóteses, pressupõe não apenas uma teoria da argumentação legislativa, mas também uma teoria da legislação.

2.3 O modelo de dois níveis de Klatt, Meister e Schmidt

O segundo modelo multinível é o chamado “modelo de dois níveis”, defendido por Matthias Klatt, Moritz Meister e Johannes Schmidt. Para eles, a função dos princípios formais estaria limitada à regulação das relações entre discricionariedade e competências de controle e não ao estabelecimento propriamente dito da discricionariedade. Seria equivocado, por isso, *fundamentar* discricionariedades legislativas mediante um sopesamento entre princípios materiais e princípios formais.

Eles sustentam, a partir disso, que os sopesamentos entre princípios materiais, incluindo as incertezas epistêmicas, e princípios formais e competências de controle devem ser “estritamente separados” em dois níveis diferentes (KLATT E MEISTER, 2012: 139-143; KLATT E SCHMIDT, 2012: 97-100 e 2015: 100-1). O primeiro nível é o do sopesamento. Esse nível é exclusivamente determinado pelos princípios materiais colidentes. Nele, os princípios formais não exercem qualquer função. Esse nível inclui tanto a chamada justificação interna, relativa à questão de se a decisão decorre das premissas, quanto a externa, referente à própria correção das premissas. Tanto a justificação dessas premissas quanto o sopesamento ficam sob a responsabilidade da própria autoridade, independentemente de relações de controle, e as incertezas epistêmicas são levadas em conta por meio das variáveis relativas à insegurança empírica e normativa, nos termos da segunda lei do sopesamento.

No segundo, o chamado nível de controle, é realizado o controle de constitucionalidade referente tanto à justificação interna quanto à externa do sopesamento. É aqui que os princípios formais desempenham o seu papel. Controlar a justificação interna do sopesamento equivale a controlar se a autoridade sujeita à revisão o efetuou corretamente. Isso inclui verificar se todos os aspectos relevantes foram levados em conta e se o resultado decorre das premissas. O controle de constitucionalidade da justificação externa, por sua vez, é mais problemático. A questão é se e em que medida a autoridade controladora pode anular a decisão da autoridade controlada. A principal diferença em relação ao controle da justificação interna é que o sopesamento de princípios materiais não exerce qualquer função. A classificação dos graus de promoção e restrição e da segurança das premissas é feita anteriormente. É possível que à instância de controle seja dado substituir a classificação da autoridade controlada, o

que inclui também a revisão do chamado “sopesamento classificatório”.⁶ Esse tipo de controle, diferentemente do anterior, não exige um tudo ou nada, pois é possível efetuar gradações (v.g., a competência para substituir uma decisão estar relacionada a um certo grau de intensidade da intervenção).

Diante do caráter obscuro como o papel dos princípios formais na discussão de segundo nível é apresentado na formulação inicial do modelo, Klatt tem procurado, mais recentemente, aprofundar esse aspecto, sustentando que as competências de legislador e tribunal constitucional são garantidas por princípios formais, que exigem “que a competência garantida seja otimizada” (KLATT, 2015a: 212). O seu objeto de otimização, portanto, seria “o poder autoritativo de estabelecer um conteúdo material”. Dessa forma, como tanto a competência do legislador para decidir quanto a do tribunal “devem ser realizadas na maior medida possível”, um sopesamento é imprescindível para estabelecer o seu grau definitivo de realização (KLATT, 2015a: 212 e 2015b: 364). Para tanto, seria aplicável a escala triádica e a primeira lei do sopesamento, com base nos quais poderíamos construir a relação de precedência condicionada. A justificação dos valores atribuídos nos termos da referida escala (e a partir da qual seria possível justificar os pesos das competências) e a própria relação de precedência seriam efetuadas segundo uma série de fatores, quais sejam: (i) legitimidade democrática de cada autoridade; (ii) importância dos princípios materiais; (iii) qualidade da decisão; (iv) e subsidiariedade.

Uma primeira objeção diz respeito ao fato de que, embora se pretenda separar os níveis, o que implica necessariamente excluir aspectos materiais da determinação das competências, Klatt sustenta que o peso das competências depende, dentre outras coisas, da intensidade da intervenção, que é uma consideração decorrente da perspectiva material (SIECKMANN, 2016: 288). De toda forma, não parece nem necessário nem acertado o argumento de que considerações em torno da atribuição de competências devem ser completamente excluídas do sopesamento de princípios materiais. Elas podem e devem permanecer no nível material, neste caso, sob a condição de que exista insegurança epistêmica (PORTOCARRERO QUISPE, 2016a: 202) ou de que o sopesamento não conduza a um resultado.

6 Sopesamento classificatório é o método utilizado para determinar as intensidades de intervenção e promoção e os graus de segurança a serem utilizados no sopesamento material. No entanto, é questionável “se existe apenas uma intensidade de intervenção concreta que pode ser determinada” mediante o emprego desse sopesamento (PORTOCARRERO QUISPE, 2016a: 156-7). A impressão é que os autores pretendem considerar a insegurança epistêmica no sopesamento, mas que, para isso, se valem de um método que, por natureza, está fadado a buscar a eliminação dessa insegurança. Não deixa de ser contraditório, por outro lado, considerar a segurança das premissas no sopesamento classificatório e, posteriormente, considerá-la mais uma vez no sopesamento material (PORTOCARRERO QUISPE, 2016a: 158).

Vale notar também que parece equivocado tomar princípios formais não apenas como razões para competências, mas como competências propriamente ditas. Competências são posições normativas, ao passo que princípios formais são normas e, como se sabe, normas e posições normativas são coisas diferentes, embora estejam intimamente relacionadas (SIECKMANN, 2017: 147). Enquanto uma norma é aquilo que um enunciado normativo expressa, uma posição normativa é a situação em que a norma insere pessoas ou coisas (ALEXY, 2008: 184). Klatt, no entanto, parece confundir os conceitos.

2.4 O modelo epistêmico

O último modelo multinível é aquele defendido por Alexy nos seus últimos trabalhos. A partir da constatação de que a realização na maior medida possível dos princípios como mandamentos de otimização deve incluir a “otimização epistêmica”, ele propõe a realização de um sopesamento de segunda ordem, a fim de determinar que grau de segurança epistêmica deverá ser considerado no sopesamento material.⁷

O que ocorre no sopesamento de segunda ordem é precisamente que os princípios como mandamentos epistêmicos de otimização colidem com o princípio da competência do legislador (ALEXY, 2014: 521). Se essa colisão fosse resolvida por meio do estabelecimento de uma precedência absoluta dos princípios materiais, em amplas áreas do direito as consequências seriam inaceitáveis, na medida em que levariam a uma radical paralisia do legislador. Isso, por sua vez, “seria uma interferência desproporcional sobre o princípio formal da competência do legislador” (ALEXY, 2014: 521). Essa conclusão decorre de um sopesamento entre um princípio material e um princípio formal, o que quer dizer que ele corresponde – neste nível – ao modelo substantivo-formal puro. Mas se trata de um “caso especial do sopesamento substantivo-formal

⁷ Embora não exclua a possibilidade de uma colisão – e, conseqüentemente, um sopesamento, seja diretamente (“modelo substantivo-formal puro”), seja por meio de uma combinação (“modelo de combinação”) – entre princípios formais e princípios materiais, Alexy entende que esses modelos não são adequados para reconstruir a relação entre tribunal constitucional e legislador. No caso do primeiro, se o princípio da competência do legislador por si só fosse capaz de justificar a intervenção em um direito fundamental, seria possível sustentar algo como uma intervenção não justificada por nenhuma razão substantiva, mas ainda assim permitida, por ter sido tomada pelo legislador. Isso seria desproporcional, arbitrário e, portanto, incompatível com a vinculação à Constituição (ALEXY, 2014: 518). No caso do segundo, a consequência seria a mesma. De fato, se inseríssemos princípios formais no sopesamento seriam possíveis situações como a seguinte. De um lado, a intervenção sobre um direito fundamental é séria. De outro, a importância de satisfação do princípio colidente é média. Esse é um caso claro de desproporcionalidade e, logo, de inconstitucionalidade. Contudo, se incluíssemos um princípio formal no sopesamento e a ele atribuíssemos um peso alto, isso transformaria uma decisão inconstitucional em uma decisão constitucional. Se isso fosse possível, igualmente estaria comprometida a prioridade da Constituição sobre a legislação.

puro”, pois é levado a cabo em um metanível, que diz respeito a que variáveis devem ser inseridas no sopesamento material e com que tipo de escalas essa inserção se dará.

Para construir a relação de precedência condicionada, Alexy recorre à sua escala epistêmica. Caso o valor epistêmico de uma premissa seja “seguro” ou “certo”, os princípios “aos quais essa classificação é favorável tem precedência sobre o princípio formal” (ALEXY, 2014: 521). Isso significa que o resultado substantivo “não é influenciado por quaisquer considerações formais ou procedimentais como exigido pelos princípios formais”. Se, no entanto, o valor epistêmico for apenas “plausível” ou mesmo “não evidentemente falso”, “o princípio formal tem precedência no sopesamento de segunda ordem sobre o princípio material, que, tomado isoladamente, exige o valor ‘seguro’ ou ‘certo’ em casos de interferência”. Contudo, essa precedência, enquanto tal, “não determina o peso concreto do princípio material colidente” e significa “apenas que essas premissas não estão excluídas do sopesamento” (ALEXY, 2014: 522). O sopesamento de segunda ordem, nesse sentido, não faz nada além de abrir as portas do sopesamento de primeira ordem para premissas abaixo do nível da completa segurança. Elas são admitidas com base no princípio formal. Referida admissão, como se vê, está ligada ao seu poder de reduzir o peso das variáveis materiais às quais está associado. Isso implicará, no sopesamento material, que os valores substantivos de um dos lados da equação serão reduzidos e, nesse sentido, que o princípio formal funciona como um “atenuador” (“*attenuator*”), isto é, uma consideração diminui o peso de um princípio ou conjunto de princípios (WANG, 2017: 436).

Esse modelo suscita ainda mais questionamentos do que o modelo de combinação. Um ponto importante é a ausência de critérios precisos para definir o peso dos princípios formais. Isso já era problemático no modelo de combinação, mas neste se torna ainda mais, uma vez que aqui estamos diante – pelo menos no metanível – de uma colisão *direta* entre um princípio formal e um princípio material. A utilização da escala desenvolvida para aplicação à insegurança sem dúvida não é suficiente. Tampouco é útil a referência à explicação da fórmula de Radbruch como uma colisão entre o princípio formal da segurança jurídica e o princípio material da justiça para “demonstrar que os princípios formais possuem um peso que lhes confere relevância no discurso jurídico e que comprova sua natureza de princípio sopesável” (PORTOCARRERO QUISPE, 2016b: 234-5). A formulação de critérios úteis para o desenvolvimento de uma relação de precedência condicionada exige muito mais. Se no modelo de combinação isso poderia ser atenuado pela ideia de não haver *propriamente* uma colisão entre princípios materiais e princípios formais, aqui essa consideração não faz sentido.

Outro problema reside no fato de o sopesamento de segunda ordem não ser nada além de uma aplicação do modelo substantivo-formal puro. Isso, se não é uma contradição com a lei de combinação em si, sem dúvida alguma o é com a explicação

fornecida para ela, isto é, que princípios formais não entram em conflito direto com princípios materiais e só participam do sopesamento em conexão com os princípios materiais que dele fazem parte. O sopesamento efetuado no nível epistêmico é uma clara negação desse postulado (PORTOCARRERO QUISPE, 2016b: 245). O mais questionável, no entanto, é que com isso o modelo epistêmico acaba sujeito às mesmas críticas dirigidas ao modelo substantivo-formal puro (SIECKMANN, 2016: 296). Mais do que isso, fica sujeito também àquelas semelhantes feitas ao modelo de combinação. De fato, se princípios formais como atenuadores reduzem o peso de um princípio material colidente, como o modelo epistêmico contorna a crítica de que poderia transformar intervenções desproporcionais em intervenções proporcionais? (WANG, 2017: 437)

Na prática, a impressão é que o modelo lembra o sopesamento classificatório de Klatt, Meister e Schmidt: um passo prévio ao sopesamento material em circunstâncias de insegurança epistêmica. O problema dessa ideia, que à primeira vista pode parecer plausível, é que de duas uma: ou representa uma duplicidade na valoração da segurança das premissas, primeiramente no nível do sopesamento de segunda ordem e em seguida no do sopesamento material, ou representa a eliminação da variável segurança por torná-la irrelevante por meio da sua valoração prévia (PORTOCARRERO QUISPE, 2016b: 245).

2.5 Um caminho alternativo

Embora todos os modelos examinados lancem luzes sobre o tema dos princípios formais e da sua relação com os princípios materiais, em especial no que diz respeito ao princípio da competência do legislador, e tragam importantes contribuições, considerando as dificuldades enfrentadas por todos eles, parece o caso de sugerir as linhas gerais para um caminho alternativo. Isso não equivale a negar as considerações conceituais a respeito dos princípios formais, que permanecem como razões *prima facie* que exigem, na maior medida possível, o respeito a uma decisão – resultado de um procedimento no âmbito do qual fora exercida uma competência –, independentemente do seu conteúdo. Contudo, não assumo aspectos essenciais daqueles modelos.

Quanto aos modelos das interpretações constitucionais concorrentes e de dois níveis, além das dificuldades já mencionadas, não assumo aqui que o princípio da competência do legislador de algum modo colida com um princípio formal que garantiria a competência de controle do tribunal. Assumir que os tribunais têm sua competência garantida por um princípio formal suscitaria a questão de justificar por que o limite dessa competência é a moldura constitucional (ela não adentra ao seu conteúdo). Aceitar a existência de um princípio formal como esse implicaria considerar que, por força do seu peso, ao tribunal é dado tomar decisões que alterem o

constitucionalmente exigido ou que não levem a sério o constitucionalmente facultado. Isso seria incompatível não apenas com a vinculação à Constituição, mas também com a noção de Constituição como ordem moldura e, portanto, com qualquer modalidade de discricionariedade legislativa. Por outro lado, tampouco assumo a ideia inerente aos modelos de combinação e epistêmico de que os princípios formais alteram (aumentam ou diminuem) o peso dos princípios materiais. Isso geraria todas as dificuldades já mencionadas.

Princípios formais exigem que um agente defira para a decisão de uma autoridade sobre o que deve ser feito sempre que não souber o que o sopesamento objetivo de razões – isto é, o sopesamento efetuado por um agente que argumenta corretamente e possui informações verdadeiras sobre os fatos normativamente relevantes, inclusive as premissas relativas às razões normativas – definitivamente requer (WANG, 2017: 442-3). O princípio da competência do legislador exige, portanto, que o tribunal que efetua o controle de constitucionalidade seja deferente à decisão legislativa sempre que ele não souber o que requer em definitivo o sopesamento efetuado entre o princípio promovido pela medida e o princípio por ela restringido. Com isso, ele requer tanto a deferência a decisões que promovem princípios na mesma medida com que restringem outros princípios (porque o sopesamento de razões não exige nada em definitivo), justificando a atribuição de uma discricionariedade estrutural ao legislador, quanto a decisões tomadas sob insegurança epistêmica (em que não se sabe o que o sopesamento exige de modo definitivo), justificando a atribuição de uma discricionariedade epistêmica.⁸⁻⁹

Esse princípio exige que o tribunal considere a decisão do legislador ao invés da sua própria decisão a respeito de qual dos princípios deve ser promovido (na hipótese

8 Com poucas exceções (por exemplo, AFONSO DA SILVA, 2011, p. 249 e ss.), os signatários da teoria dos princípios rejeitam a necessidade do princípio da competência do legislador para fundamentar a discricionariedade estrutural. Por razões de espaço, não tratarei dessa discussão aqui, mas já expliquei em outro lugar porque entendo que essa posição está equivocada. Sobre isso, Cf. SILVA, 2020: 194-200.

9 No primeiro caso, estamos diante de uma situação em que a argumentação racional levada a cabo pelo tribunal levou a um empate e, portanto, de uma questão quanto a qual a própria Constituição não decidiu de modo definitivo. O princípio formal é decisivo porque não é possível falar em *déficit* de legitimidade material. Reconhecer que há um empate é reconhecer que a decisão do legislador está de acordo com os padrões do discurso racional, e, nesse sentido, nada fica a dever a uma eventual posição divergente do tribunal. É por isso que se torna decisiva a legitimidade formal, que é mais forte no Parlamento. No segundo, por sua vez, não é que os aspectos materiais da legitimidade se equivalham, mas sim que, diante da insegurança a respeito do que a Constituição exige, esse aspecto torna-se irrelevante, na medida em que a argumentação constitucional se depara com a barreira dos limites da nossa possibilidade de conhecimento a respeito do que é devido de modo definitivo a partir a Constituição. Diante dessa incerteza, perde solidez o terreno sobre o qual são construídas as legitimidades materiais, o que torna mais uma vez relevante o aspecto formal da legitimidade.

de empate) ou quanto ao que a Constituição definitivamente requer (no caso de incerteza). Princípios formais são, nesse sentido, tanto razões para agir de acordo com a decisão de uma autoridade, quanto razões para não agir de acordo com o próprio julgamento sobre o que o sopesamento objetivo de razões exige (WANG, 2017: 442). Eles são aquilo que Perry (1989: 928-9) denomina “razões exclusionárias subjetivas”, que constituem razões para não agir com base na própria na própria decisão sobre que ação uma razão exige e que peso deve ser atribuído a ela, ou seja, “razões para ignorar a própria avaliação subjetiva do sopesamento de razões” (WANG, 2017: 442). Sua característica é determinar qual julgamento sobre o que exige o sopesamento de razões deve prevalecer, sem, contudo, alterar o sopesamento em si.

Logo, tais princípios funcionam como “razões para reatribuição de peso” (“*reweighting reasons*”): razões para tratar uma razão como se ela possuísse um peso maior ou menor do que o agente julgaria que ela possui em sua determinação subjetiva sobre o que o sopesamento objetivo de razões exige (PERRY, 1989: 932). Dessa forma, o seu efeito “não é sobre o peso substantivo das razões *pro tanto* no sopesamento objetivo, mas, ao invés disso, sobre a nossa avaliação dele”. Eles promovem “uma tendência sistemática em favor da avaliação da autoridade sobre o peso relativo das razões relevantes na deliberação do agente sobre como essas razões devem ser sopesadas” (WANG, 2017: 445). No controle de constitucionalidade, o princípio da competência do legislador, sem alterar o constitucionalmente devido, exige que o tribunal ignore a própria avaliação a respeito do sopesamento dos princípios materiais e considere as razões em favor da decisão do legislador como se elas possuíssem um peso maior.¹⁰

CONCLUSÃO

Neste artigo, procurei desenvolver uma sucinta análise das propostas de relacionamento de princípios materiais e princípios formais no sopesamento e de reconstrução do papel do princípio da competência do legislador no controle de constitucionalidade e propor um caminho alternativo aos tradicionalmente apresentados, que o é tanto por pautar-se na noção de que princípios formais justificam a deferência a uma decisão tomada mediante sopesamento por uma autoridade sempre que não soubermos o que esse sopesamento exige, quanto por defender que o princípio da competência do legislador constitui o fundamento para a sua discricionariedade. Espero ter logrado êxito em apresentar o argumento de forma clara e compreensível.

10 Em condições de insegurança, quanto mais intensa a intervenção, maior a tendência de que ôntico e epistêmico não se sobreponham e que, portanto, estejamos em desacordo o que a Constituição determina. Nesse sentido, o aumento da intensidade da intervenção em condições de insegurança diminui paulatinamente o peso do princípio formal.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio, 2008. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 1ª ed. São Paulo: Malheiros.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio, 2012. “Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais”, in Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. J. J. Gomes Canotilho*, v. III, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio, 2011. “Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, in Jan-R. Sieckmann (coord.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons.
- ALEXY, Robert, 2012. “Comments and Responses”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press: 319-356.
- ALEXY, Robert, 2014. “Formal principles: Some replies to critics”, *International Journal of Constitutional Law* 12: 511-524.
- ALEXY, Robert, 2008. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 1ª ed. São Paulo: Malheiros.
- ALLAN, Trevor, 2012. “Constitutional Rights and the Rule of Law”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- BOROWSKI, Martin, 2019. “La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad”, trad. Alejandro Nava Tovar, *Ciencia Jurídica* 16: 81-98.
- BOROWSKI, Martin, 2016. “Principios formales y fórmula del peso”, trad. Jorge Portocarrero Quispe, in Jorge Portocarrero Quispe (ed.), *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOROWSKI, Martin, 2015. “Robert Alexy’s Reconstruction of Formal Principles”, in Júlio Aguiar de Oliveira, Stanley L. Paulson e Alexandre T. G. Trivisonno (orgs.), *Alexy’s Theory of Law*. Stuttgart: Steiner.
- BOROWSKI, Martin, 2010. “The Structure of Formal Principles”, in BOROWSKI, Martin (org.), *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Steiner.
- KLATT, Matthias, 2015. “Balancing competences: How cosmopolitan institutionalism can manage jurisdictional conflicts”, *Global Constitutionalism* 4: 195-226.
- KLATT, Matthias, 2015. “Positive rights: Who decides? Judicial review in balance”, *International Journal of Constitutional Law* 13: 354-382.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz, 2012. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford, UK: Oxford University Press.

- KLATT, Matthias; Johannes Schmidt, 2012. “Epistemic discretion in constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law* 10: 69-105.
- KLATT, Matthias; Johannes Schmidt, 2015. *Espaços no Direito Público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios*, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor.
- PERRY, Stephen, 1989. “Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *Southern California Law Review* 62: 913-994.
- PORTOCARRERO QUISPE, Jorge, 2016. “El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy: del in dubio pro libertate al in dubio pro legislatore”, in PORTOCARRERO QUISPE, Jorge. *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PORTOCARRERO QUISPE, Jorge, 2016. *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- SIECKMANN, Jan-R, 2017. “Direitos fundamentais e princípios formais”, trad. Rafael Glatzl, in Cláudia Toledo (org.), *O Pensamento de Robert Alexy como Sistema*. Rio de Janeiro: Forense.
- SIECKMANN, Jan-R, 2008. *El modelo de los principios del derecho*, trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SIECKMANN, Jan-R, 2014. *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SIECKMANN, Jan-R, 2010. “Legislative Argumentation and Democratic Legitimation”, *Legisprudence* 4: 69-91.
- SIECKMANN, Jan-R, 2016. “Principios formales”, trad. Francisco Campos Zamora, in Jorge Portocarrero Quispe (ed.), *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SIECKMANN, Jan-R, 2012. *The Logic of Autonomy. Law and Practical Reason*. Oxford, UK: Hart Publishing.
- SILVA, Josecleyton Geraldo da, 2020. “Princípios formais e discricionariedade legislativa no sopesamento”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* 45: 161-203.
- WANG, Peng-Hsiang, 2017. “Formal Principles as Second-Order Reasons”, in Martin Borowski, Stanley L. Paulson e Jan-R. Sieckmann (orgs.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*. Tübingen: Mohr Siebeck.