

COMENTÁRIO

TEORIA DOS PRINCÍPIOS, JUSTIFICAÇÃO E INCOMENSURABILIDADE: COMENTÁRIOS A GABRIEL CALIL PINHEIRO

Josecleyton Geraldo da Silva

O panorama das discussões a respeito do modelo de proporcionalidade que emerge da teoria dos princípios no Brasil nem sempre é animador. Não obstante a sua ampla aceitação, no mais das vezes ele é utilizado de maneira acrítica, quando não efetivamente incorreta. Nesse cenário, a proposta de Pinheiro, na medida em que promove uma

profunda e inovadora abordagem crítica desse modelo, é não apenas um alento, mas também uma iniciativa digna de louvor. A despeito disso – e da solidez dos seus argumentos –, pretendo aqui esclarecer brevemente algumas das minhas divergências em relação a ela.³⁸

A minha primeira objeção diz respeito à classificação proposta a partir da dicotomia – desenvolvida por Francisco J. Urbina – entre proporcionalidade “enquanto maximização de propriedades” e proporcionalidade “enquanto um canal para a argumentação moral”. Ao passo que na primeira “se busca realizar ao máximo alguma propriedade”, na segunda “a preocupação central é com a justificação da intervenção no direito fundamental, de modo mais amplo”.³⁹ Para Pinheiro, o modelo de Alexy “se enquadra na lógica da maximização”, pois nele se pretende “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 seria “uma avaliação, a partir de uma dinâmica eminentemente quantitativa, daquilo que representa o maior ganho em rede entre as alternativas possíveis”.

Ao contrapor o modelo de Alexy com aquele que se preocupa com a justificação da intervenção, a crítica transparece como uma versão de uma antiga objeção ao modelo de proporcionalidade da teoria dos princípios: a de que ele seria formalista e/ou moralmente neutro. Passa ao largo dela, contudo, a exigência de justificação *inerente* a todos os subtestes da proporcionalidade.⁴⁰ Esses subtestes em si configuram uma estrutura formal, um conjunto de questões que devem ser respondidas a fim de que tomemos decisões corretas em casos envolvendo direitos. Qualquer decisão que siga essa estrutura, formulando e respondendo as questões, estará internamente justificada, pois terá justificado a validade daquilo que se infere das premissas das quais partiu a conclusão (KLATT, 2019: 178). O equívoco dos críticos reside em não atentar para o fato de que a análise não pode se limitar a isso e tomar o teste meramente pelo seu aspecto formal, ignorando a necessidade de justificação externa, isto é, de fundamentação das premissas utilizadas no processo de justificação interna. Todas as proposições

38 Há outros pontos interessantes da análise de Pinheiro que merecem atenção e quanto aos quais eu possuo divergências. Entretanto, dado o limitado espaço, irei me concentrar apenas em dois.

39 Também tenho dúvidas quanto ao acerto da ideia de proporcionalidade como “canal para a argumentação moral”. Especialmente se assumirmos a “tese do caso especial” – segundo a qual o sistema jurídico impõe restrições ao discurso prático geral, tais como normas, precedentes e doutrina –, ela parece incidir em erro em sentido oposto (KLATT, 2019: 178, n. 108 e 180), desconsiderando que o método sempre está integrado “a contextos substantivos e procedimentais específicos” (RIVERS, 2018: 147-8).

40 Não por acaso, em uma de suas construções mais sofisticadas, a proporcionalidade, cujo fundamento normativo residiria precisamente num *direito moral à justificação*, é tomada como uma institucionalização do *espaço de razões* no direito constitucional (KLATT, 2019: 175).

classificatórias formuladas ao longo do teste demandam justificação. Essa é a essência da chamada “tese da argumentação” (ALEXY, 2021: 215).⁴¹

Ou seja, a crítica ignora que, como praticamente tudo na argumentação jurídica, a definição dos graus de satisfação e não satisfação de princípios sempre estará sujeita a disputas, que envolverão todos os tipos de argumentos que podem ser utilizados na argumentação em geral, incluindo considerações morais. Assim como “a justificação das premissas do silogismo jurídico mais trivial não é livre de valorações, igualmente não o é a decisão que atribui a uma limitação a um direito fundamental o grau de séria, moderada ou leve” (AFONSO DA SILVA, 2011: 288).⁴² Tais avaliações, no entanto, “só podem ser externamente justificadas por meio da argumentação prática e de um argumento substancial” (KLATT, 2019: 180).

Esse aspecto foi lembrado por Richard Stacey, que – ao criticar a classificação Urbina – observa que a escala triádica de Alexy, em que os benefícios e desvantagens das limitações a direitos são *comparados*, depende “de um exercício de argumentação moral para determinar se a extensão da interferência é séria, moderada ou leve, e se a importância do bem público que se procura almejar é alta, moderada ou leve” (STACEY, 2018: 132). Como o próprio Alexy deixa claro, os argumentos que podem ser utilizados para justificar, por exemplo, a atribuição de graus de restrição e satisfação não tem a ver com o sopesamento em si. Este – e a proporcionalidade como um todo – nos diz “o que deve ser racionalmente justificado” (ALEXY, 2010: 107).⁴³ Não indica, entretanto, *como* justificá-lo. Nessa perspectiva, a proporcionalidade não passa de “uma estrutura formal, que depende essencialmente de premissas fornecidas de fora”. Ela demanda suplementação por considerações decorrentes da moralidade

41 Alexy pontua que não há no direito um instrumento de medida que seja capaz de determinar graus de satisfação e não satisfação de princípios, de modo que, por exemplo, a conclusão de que uma intervenção é leve, moderada ou séria só é possível por meio da argumentação. Cf. ALEXY, 2012: 339-340.

42 Pinheiro afirma que, embora “discordâncias sobre classificações sejam comuns no direito, 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”. A questão é saber se a frequência e a intensidade dessas divergências são de fato maiores quando utilizamos o teste e, mesmo que o sejam, *qual a razão* para isso. Ainda que a resposta à primeira questão fosse afirmativa, seria razoável sustentar, por exemplo, que essas divergências são mais comuns e mais intensas pelo simples fato de a proporcionalidade ser amplamente utilizada e, bem assim, que elas o são porque o teste descortina a argumentação do tomador de decisão quanto aos juízos de valor efetuados.

43 Aquele que diz que uma intervenção muito intensa em princípio só pode ser justificada por um grau de satisfação muito alto do outro princípio não está dizendo que uma intervenção muito intensa e um grau de satisfação muito alto estão presentes; ele está dizendo apenas o que deve ser demonstrado a fim de justificar a relação de precedência condicionada. Ou seja, ele está dizendo que os graus de intervenção e satisfação devem ser racionalmente justificados. Nesse sentido, Cf. ALEXY, 2010: 105.

política. Sem argumentos daí provenientes, ela se tornaria “arbitrária e mecânica” (ALEXY, 2007: 344).⁴⁴

A minha segunda objeção se refere à crítica da incomensurabilidade. Segundo Pinheiro, como o modelo de Alexy “parte do princípio de que as perdas em algum direito fundamental devem ser compensadas pelos ganhos em outro”, ele pressupõe “a possibilidade de quantificação dos direitos para, em seguida, realizar comparações”. Mas isso esbarra na incomensurabilidade, “pois essas propriedades que estão sendo maximizadas não podem ser reduzidas ao mesmo parâmetro de comparação”. Embora não a considere um problema em si, Pinheiro ressalta que ela o é para a teoria de Alexy porque esta pressupõe ser possível comensurar o incomensurável. É bem verdade que o autor não ignora o argumento de que a comparação não se dá entre os direitos em si, mas sim entre seus graus de satisfação. Ele, contudo, parece não estar convencido por essa resposta e sustenta que “ainda que se diga que o parâmetro de comparação é o grau de satisfação dos direitos fundamentais, ele continua sendo dependente da perspectiva de apenas um dos direitos”, de tal sorte que “os graus de satisfação seriam incomensuráveis do mesmo modo que os direitos em abstrato o são”.

Ainda que engenhosa, essa crítica não é sensível à distinção entre incomensurabilidade e incomparabilidade e se baseia na premissa equivocada de que o modelo pressupõe a comensurabilidade.⁴⁵ Mas isso não é verdadeiro.⁴⁶ Antes, é justamente porque existe incomensurabilidade que o teste se faz necessário, pois é por meio dele que somos capazes de *comparar* em concreto princípios que, em nível abstrato, são incomensuráveis.⁴⁷ Nesses limites, não só a incomensurabilidade não é um problema da proporcionalidade, mas, em verdade, o teste é o caminho para contorná-la (POSCHER, 2021: 57-8). De certa forma, a incomensurabilidade não deixa de ser uma precondição da proporcionalidade (KLATT, 2021: 337).

44 É por isso que, “nas suas formas mais desenvolvidas, a análise da proporcionalidade e o sopesamento devem ser suplementados por uma teoria discursiva da argumentação jurídica” (KLATT, 2019: 179). Parece-me, neste ponto, que os críticos comumente ignoram o caráter sistemático da filosofia de Alexy e falham em compreender as conexões entre os seus diferentes trabalhos, como é o caso do conceito de justificação racional, que não encontraremos na *Teoria dos Direitos Fundamentais*, mas sim na *Teoria da Argumentação Jurídica*. Nesse sentido, Cf. KLATT; MEISTER, 2012: 52-3 e RIVERS, 2019: 147.

45 Isso fica ainda mais claro na seguinte afirmação do autor, ao tratar dos casos de empate no sopesamento: “Não sendo esses valores comparáveis, não há que se falar em equivalência.”

46 O modelo exige apenas a possibilidade de *rankings* ordinais, que permitem a comparabilidade, não dependendo de *rankings* cardinais, os quais garantiriam comensurabilidade (AFONSO DA SILVA, 2011: 283; KLATT, 2021: 337).

47 Isso é ressaltado por diversos autores, de signatários da teoria dos princípios (AFONSO DA SILVA, 2011: 282 e ss.; BOROWSKI, 2013: 1411; KLATT, 2021: 337) a críticos insuspeitos (POSCHER, 2021: 57 e ss.).

Há dois elementos que nos permitem realizar comparações racionais entre princípios constitucionais (ALEXY, 2021: 154-6). O primeiro é a existência de um parâmetro/ponto de vista comum a partir do qual as comparações serão realizadas – o ponto de vista da Constituição. O segundo é a existência de uma escala indicativa dos pesos dos princípios, a qual possibilitará que, ao invés de compará-los em abstrato, comparemos a sua importância para a Constituição – ou, de modo mais preciso, os seus graus de satisfação e não satisfação. Justamente porque nós somos incapazes de compará-los em abstrato é que devemos comparar seus graus de satisfação em relação a uma escala comum (POSCHER, 2021: 58). Para que possam ser diferenciados de nossas preferências pessoais, contudo, esses graus devem ser determinados e justificados a partir de um discurso racional (ALEXY, 2021: 155; BOROWSKI, 2014: 1411).

Para Pinheiro, conforme exposto, isso não é suficiente, já que os graus continuariam dependentes da perspectiva de cada um dos direitos. Ou seja, a incomensurabilidade problemática passa a existir entre as considerações que justificam a atribuição dos pesos e não entre os princípios em si.⁴⁸ Caberia questionar, neste ponto, se isso é realmente um problema. Se dois princípios possuem o mesmo peso abstrato – não porque possuam o mesmo valor enquanto tais, mas pelo fato de ambos serem princípios constitucionais –, por que os seus graus de realização concretos são incomparáveis? (AFONSO DA SILVA, 2011: 290) Até o momento em que em que realizamos a relação de precedência, nenhuma comparação foi feita. O fato de as avaliações de graus de interferência e satisfação serem feitas de modo independente nos impede de realizar essa comparação? Por quê? Implica que seria irracional sustentar a precedência do princípio restringido, ainda que consideremos o grau de promoção leve e o grau de

48 Pinheiro afirma também que “escolher entre um valor realizado em maior grau que outro não é uma razão conclusiva para se escolher entre uma das alternativas”, mas não justifica o porquê dessa conclusão. O seu fundamento parece ser um exemplo de Endicott (2014: 318), segundo o qual, se estivermos tentando decidir entre ir a um restaurante em que a comida é excelente e cara e a um restaurante em que ela é quase tão boa e mais barata, haveria um parâmetro comum para a comparação, a “preferibilidade” e alguém estaria correto em insistir que há base racional para considerar que um restaurante é preferível ao outro. O que não haveria é uma justificativa para concluir que as considerações que determinam que restaurante é preferível são comensuráveis e que haverá uma razão definitiva em favor da escolha de um deles. Esse exemplo, entretanto, não justifica a conclusão a que ambos chegam. Algo como preferibilidade de modo algum pode constituir parâmetro comum de comparação, porque não nos permite justificar racionalmente a escolha. A preferibilidade integra a conclusão da escolha e não o processo que leva até ela. Como parâmetro, ela é vazia. A inexistência de uma razão definitiva em favor da escolha de uma das opções, portanto, não decorre da incomensurabilidade, mas sim da ausência, de fato, de um parâmetro comum a partir do qual poderíamos determiná-la. Uma escolha feita nesses termos simplesmente não se adequa aos padrões do discurso racional.

restrição sério ou, em uma escala duplo-triádica, o primeiro levíssimo e o segundo seríssimo?⁴⁹

Se assumirmos que a crítica está correta, teremos que aceitar como consequência a irracionalidade não apenas da proporcionalidade, mas de qualquer método de aplicação de normas constitucionais. Ora, as razões que justificam, por exemplo, a precedência de um direito sobre outro num sopesamento não diferem das razões que justificariam a conclusão – em um modelo que parta de uma teoria interna e de um suporte fático restrito – de que uma determinada posição jurídica se encontra no âmbito de proteção daquele direito. Ou seja, mesmo a aplicação de direitos com estrutura de regras não prescinde de um jogo deliberativo de razões bastante diversas – algumas vinculadas à perspectiva de um direito e outras vinculadas à perspectiva de outros. O argumento, portanto, impediria inclusive que nos valêssemos de silogismos jurídicos. Para além disso, não permitiria nem mesmo o recurso a outros testes, como a razoabilidade e a certos métodos de interpretação, como a interpretação sistemática, mormente porque, mesmo quando tratamos da interpretação clássica, com frequência temos que estabelecer definições no âmbito de conceitos vagos (ALEXY, 2010: 106). Por isso, quem sustenta que as proposições jurídicas e morais formuladas ao longo da proporcionalidade não podem ser consideradas racionais por serem incomensuráveis deve estar disposto a concluir que o discurso racional sobre avaliações no marco constitucional como um todo é impossível (ALEXY, 2021: 155). Deve, com isso, aceitar essencialmente a impossibilidade da argumentação constitucional.⁵⁰

49 O desenvolvimento da ideia pelo autor também não esclarece muito. Com relação à definição dos meios, Pinheiro afirma que a satisfação ou não satisfação “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” e o “pouco de intervenção em B, por exemplo, pode ser muito significativo, sob a perspectiva daquele direito.” Caberia questionar o que ele quer dizer com “perspectiva de cada um dos direitos”. Se, na hipótese que menciona, a partir da perspectiva do direito B, a intervenção pode ser “muito significativa”, a partir de que perspectiva surgiu a sua premissa de que a intervenção a princípio é pequena (“pouco de intervenção”)? A partir da perspectiva do direito A? Isso me parece contradizer o próprio argumento da dependência de perspectiva. De todo modo, se o pouco de intervenção em B for muito significativo para esse direito, isso quer dizer que a intervenção certamente não é leve, ainda que esteja justificada pelo grau de promoção de A. Por fim, com relação à proporcionalidade em sentido estrito, Pinheiro afirma que 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”. Aqui o autor novamente confunde incomensurabilidade com incomparabilidade e comparação de itens em abstrato com comparação de graus de satisfação em concreto.

50 A crítica de Pinheiro ataca um dos pilares da possibilidade de comparações racionais entre princípios (a escala ou a comparação de graus de satisfação e não satisfação). Uma crítica muito similar, que ataca o outro pilar (o ponto de vista da Constituição), é aquela que sustenta que a identificação de um parâmetro comum “não elimina a incomensurabilidade, se a aplicação do parâmetro em si depende de considerações que são elas próprias incomensuráveis” (ENDICOTT, 2014: 318) e que, se é a própria Constituição “que estabelece

O que me parece, ao fim e ao cabo, é que essa objeção surge em casos em que os críticos ou discordam da conclusão do teste ou se sentem incomodados em alguma medida com ela. É claro que com alguma frequência nós vamos nos deparar com certo desacordo sobre se há de fato fomento ao princípio que se busca promover, se o grau de fomento supera o grau de restrição sobre o princípio em que incide a intervenção e quanto aos graus de satisfação e não satisfação atribuídos. Com efeito, a atribuição de graus de satisfação está associada com a necessidade de realizar julgamentos de valor para os quais acordos intersubjetivos nem sempre são garantidos (POSCHER, 2021: 61), especialmente porque marcados no mais das vezes pela insegurança empírica e normativa. Mas essa é uma questão relacionada à problemática dos desacordos políticos e morais – como sabido, ubíquos no direito (AFONSO DA SILVA, 2011: 292) – e à incerteza epistêmica e não uma expressão da incomensurabilidade. O erro desses críticos reside precisamente aí: compreender a relação entre valores incomensuráveis como uma questão ontológica, quando na verdade se trata de uma questão de moralidade e deliberação práticas (KLATT, 2021: 337). Seu incômodo reflete as convicções políticas e morais dos próprios críticos e não um compromisso ontológico (DWORKIN, 1991: 89-90).

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert, 2010. *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers. Oxford, UK: Oxford University Press.
- ALEX, Robert, 2012. “Comments and Responses”, in Mathias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, UK: Oxford University Press: 319-356.
- ALEX, Robert, 2021. *Law’s Ideal Dimension*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- ALEX, Robert, 2007. “Thirteen Replies”, in George Pavlakos (org.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, UK: Hart Publishing: 333-366.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio, 2011. “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies* 31: 273-301.
- BOROWSKI, Martin, 2013. “On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen”, *German Law Journal* 14 (8): 1409-1418.

os valores incomensuráveis”, “aplicar a Constituição para resolver a questão simplesmente reproduz o problema” (URBINA, 2017: 56). Essa objeção ignora que, não obstante constitua o ponto de vista comum, a Constituição precisa ser interpretada – Constituição como ponto de vista comum equivale a um discurso racional baseado na Constituição – e é exatamente essa exigência de interpretação que torna a comparação entre princípios uma questão de deliberação prática. Comparações “estão continuamente sendo criadas, criticadas, defendidas e reelaboradas no processo de sopesamento deliberativo” (KLATT, 2021: 337). Esses críticos desconsideram o que Klatt denomina dimensão diacrônica da proporcionalidade e o romance em cadeia de comparações construído ao longo da sua aplicação, incidindo no mesmo equívoco de Pinheiro: compreender a questão como algo ontológico.

- DWORKIN, Ronald, 1991. "On Gaps in the Law", in Paul Amselek e Neil MacCormick (eds.), *Controversies about Law's Ontology*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- ENDICOTT, Timothy, 2014. "Proportionality and Incommensurability", in Grant Huscroft, Bradley W. Miller e Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press: 311-342.
- KLATT, Matthias, 2021. "Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies* 41: 321-347.
- KLATT, Matthias, 2019. "Proportionality and Justification", in Ester Herlin-Karnell, Matthias Klatt e Héctor A. Morales Zúñiga (eds.), *Constitutionalism justified: Rainer Forst in discourse*. Oxford, UK: Oxford University Press: 159-196.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz, 2012. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford, UK. Oxford University Press.
- POSCHER, Ralf, 2021. "Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights", in Emmanouil Billis, Nandor Knust e Jon Petter Rui (eds.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*. Oxford, UK: Hart Publishing: 49-68.
- RIVERS, Julian, 2019. "The reception of Robert Alexy's work in Anglo-American jurisprudence", *Jurisprudence* 10 (2): 133-150
- STACEY, Richard, 2018. "The Rule of Law Sold Short", *Constitutional Commentary* 33: 128-143.
- URBINA, Francisco J., 2017. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.