

COMENTÁRIO

PRINCÍPIOS FORMAIS E SEUS DESAFIOS NA DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Gabriel Calil Pinheiro

1. Introdução

Em instigante artigo intitulado “O papel dos princípios formais na construção da discricionariedade legislativa: uma proposta alternativa”, Josecleyton da Silva sustenta um outro papel para os princípios formais na delimitação da competência do legislador quando do uso da proporcionalidade. Procurarei, brevemente, com este comentário, apontar alguns desafios enfrentados pelas pretensões do autor.

Os princípios formais são razões de segunda ordem para justificar deferência a decisões tomadas por alguma autoridade, independentemente do conteúdo dessas decisões. Ou seja, a decisão deve ser respeitada apenas pelo fato de ter sido tomada pela autoridade em questão. No contexto específico da proporcionalidade e da teoria dos princípios, notadamente no formato concebido por Robert Alexy, é desenvolvida a ideia de discricionariedade, como espaço em que a liberdade para decidir é reconhecida em favor de determinada autoridade.

Dentre as críticas que a proporcionalidade tem recebido, uma que ganhou destaque foi a de sua suposta inabilidade para acomodar, com critérios claros, o papel dos juízes em uma democracia¹¹. Em resposta a estes questionamentos, Alexy elaborou a teoria das discricionariedades¹², que tem por objetivo demonstrar que a teoria dos princípios e a proporcionalidade podem ser compatíveis com um ideal de separação de poderes com credenciais democráticas – isto é, em que os legisladores também terão suas decisões respeitadas.

Josecleyton da Silva expõe com brilhantismo algumas das principais teorias que procuram destrinchar a complexa relação entre os princípios formais, os princípios materiais e sua subsequente delimitação de zonas de atuação para o Legislativo e o Judiciário. Para além das funções usualmente atribuídas aos princípios formais, o autor lança mão de abordagem crítica a essas correntes para sugerir que o papel dos

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

12 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 584-627.

princípios formais, no controle de constitucionalidade, exigiria que o tribunal deixasse de levar em conta a sua própria avaliação sobre o conflito entre os direitos fundamentais em um determinado caso e reputasse as razões do legislador como tendo maior peso. Como não haveria interferência no peso substantivo do sopesamento, mas apenas na avaliação que o tribunal faria sobre ele, não se alteraria o que é constitucionalmente devido.

Embora partilhe do entendimento de que as razões do legislador devam desempenhar papel relevante no controle de constitucionalidade em uma democracia, minhas divergências têm por fundamento o modo pelo qual o autor constrói a própria existência da discricionariedade legislativa.

Em síntese, a discricionariedade poderá estrutural ou epistêmica. A primeira delas corresponde a situações em que a constituição não estabelece o que seria constitucionalmente devido, deixando o tomador de decisão decidir livremente por conta deste cenário. Por sua vez, a segunda corresponde às situações em que não se sabe o que é constitucionalmente devido, e, em virtude disso, reconhece-se a liberdade de decidir em favor de alguma autoridade. Em uma democracia, Alexy sustenta que esta liberdade para decidir deve ser reconhecida em favor do legislador¹³.

A distinção prática entre os dois tipos de discricionariedade não é tarefa fácil, fato este que é reconhecido pelo próprio Alexy¹⁴. Como quantificar a importância de se realizar a liberdade e a intensidade de intervenção no direito à vida em uma discussão sobre a constitucionalidade da legalização do aborto? O eventual reconhecimento de uma discricionariedade em favor do legislador decorrerá da equivalência entre os pesos dos direitos conflitantes (discricionariedade estrutural) ou de uma incerteza sobre a melhor quantificação deles (discricionariedade epistêmica normativa)?

A provocação acima – além de colocar um obstáculo prático à operacionalização da teoria – aponta também para dificuldades analíticas. Vejo a proporcionalidade como uma construção inserida em uma lógica maximizadora: pretende-se maximizar propriedades, avaliando-se a precedência, a partir de uma dinâmica eminentemente quantitativa, daquilo que representará o maior ganho em rede entre as alternativas possíveis¹⁵.

Este raciocínio sugere uma lógica comparativa entre os direitos colidentes e o modo pelo qual a proporcionalidade estrutura este conflito. Lhe traz desafios expressivos. Primeiro, os distintos direitos colidentes não possuem uma medida comum de comparação entre si. O peso atribuído ao direito A se referirá apenas ao direito A e o mesmo vale para pesos atribuídos ao direito B. Ainda que se sustente que o grau de satisfação deles

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

14 Ibidem, p. 6111.

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

possa ser uma medida comum de comparação, eles seguirão vinculados e relacionados a cada um dos direitos, sendo, portanto, aferidos de modo isolado para cada um¹⁶. Se os direitos não são comparáveis, como falar em uma equivalência entre eles (discricionariedade estrutural) que, por meio do princípio formal do legislador democraticamente eleito, conferiria ao Legislativo liberdade para decidir em casos de impasse?

No que diz respeito à discricionariedade epistêmica, estando a variável “segurança” presente em ambos os lados da balança, ela afetará, isoladamente, cada um dos direitos colidentes e seus respectivos graus de satisfação ou não satisfação¹⁷. Dizer, então, que as premissas que sustentam o direito A são *certas* e que as que sustentam o direito B são *não evidentemente falsas* não permite a comparação do grau de certeza de ambas, já que cada uma dessas variáveis possui conexão isolada com cada direito colidente.

Há, ainda, a questão da autovinculação de competências, pouco explorado por Alexy¹⁸. Como fazer com que não seja problemático o fato de o próprio Judiciário ser o responsável por definir as suas fronteiras de sua atuação?

Estas questões colocam desafios a construções que vejam a teoria dos princípios com lentes maximizadoras, comparando valores incomensuráveis¹⁹, como aparenta fazer a proposta de Josecleyton da Silva. Na melhor das hipóteses, ainda que se argumente ser possível superar os obstáculos analíticos apresentados acima, teria de se enfrentar a dificuldade prática de operacionalizar este aparato teórico com um grau satisfatório de objetividade e transparência.

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.

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

17 Cf. ALEXY, Robert. Formal principles: Some Replies to Critics, *International Journal of Constitutional Law* v. 12, p. 511-524, 2014, p. 513.

18 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.

19 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. O autor salienta que a incomensurabilidade enfraquece várias das promessas da proporcionalidade com relação à objetividade e transparência.

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.

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

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