

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FADULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

ARTUR COMIRAN TONON

**DESAFIOS À TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY**

PORTO ALEGRE

2019

ARTUR COMIRAN TONON

**DESAFIOS À TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY**

Trabalho de conclusão de curso sob orientação do Professor Paulo Baptista Caruso MacDonald, apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

PORTO ALEGRE

2019

ARTUR COMIRAN TONON

## **DESAFIOS À TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY**

Trabalho de conclusão de curso sob orientação do Professor Paulo Baptista Caruso MacDonald, apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Porto Alegre, \_\_\_\_ de Julho de 2019.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Paulo Baptista Caruso MacDonald  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Mariana Kuhn de Oliveira  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Rodrigo Baraldo Mendonça  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Paulo MacDonald, pela orientação durante os últimos anos, pelo entusiasmo e por me ensinar que filosofia se faz devagarinho. Também aos professores Wladimir Lisboa e Alfredo Storck.

Ao grupo das rãs, pelo apoio e amizade. Em especial, ao Thomaz, que passou dias e dias comigo entre estudos e *coffee breaks*, e ao Gerson, que leu atenciosamente o meu trabalho, pelos comentários valiosos.

À Angela e ao Nelson, que me deram tudo e me pediram muito pouco.

Ao André, o maior pesquisador que eu conheço, meu irmão e meu amigo querido.

À Nicole, a quem eu devo este trabalho, pelo carinho e por compartilhar uma vida comigo, uma que vale a pena ser vivida.

Escrever é uma coisa solitária, e a gente e nunca sabe se está indo no caminho certo. Por sorte, eu não estive sozinho.

## RESUMO

O objetivo geral deste trabalho é esclarecer um método para resolver conflitos entre direitos fundamentais – o princípio da proporcionalidade. Especificamente, propõe-se uma análise crítica do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas sobre a natureza de direitos fundamentais como princípios jurídicos e os métodos distintos de resolução de conflitos entre direitos fundamentais que se seguem da caracterização da sua natureza. Na visão de Alexy, princípios jurídicos são exigências de otimização de valores, que se aplicam por meio do princípio da proporcionalidade. Para Habermas, isso seria incompatível com o caráter deontológico das normas jurídicas, levando, em última análise, a decisões arbitrárias. Alexy responde a esse desafio tentando mostrar que ponderações de princípios podem ser racionais. Ele o faz apresentando exemplos de casos supostamente fáceis e explicitando uma estrutura de racionalidade formal que estaria por trás desses casos. Por fim, esboço algumas considerações críticas à tese da otimização de Alexy. Pretendo argumentar que, mesmo assumindo que possamos justificar racionalmente a ponderação, há ainda sérios desafios de ordem institucional relativos à identificação de direitos fundamentais com princípios a serem otimizados. Isso exigirá, por sua vez, tornar os casos fáceis de Alexy mais difíceis.

**Palavras-chave:** princípios jurídicos; direitos fundamentais; princípio da proporcionalidade; ponderação

## ABSTRACT

The general goal pursued in this work is to shed light on a widespread method for settling disputes over fundamental rights – the principle of proportionality. Specifically, I critically analyse the debate between Robert Alexy and Jürgen Habermas about the nature of fundamental rights as legal principles, and the distinct methods for resolving conflicts between fundamental rights that follow from the characterization of their nature. In Alexy's view, legal principles are value optimization requirements, which apply by means of the principle of proportionality. On Habermas's account, this would not be consistent with the deontological character of legal norms, ultimately leading to arbitrary decisions. Alexy replies to this challenge striving to show that balancing of principles can be rational. For this, he presents supposedly easy cases and illustrates a structure of formal rationality underlying such cases. Finally, I sketch some critical considerations on Alexy's optimization thesis. I intend to show that, even if one assumes that one can rationally justify balancing, there continues to be serious challenges at an institutional level concerning the identification of fundamental rights with to-be-optimized principles. This will demand, in its turn, making Alexy's easy cases harder.

**Keywords:** legal principles; fundamental rights; principle of proportionality; balancing

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY</b> .....	12
1.1 A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS .....	12
1.2 A DERIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	19
1.2.1 ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE .....	20
1.2.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO .....	23
1.3 A CONEXÃO ENTRE TEORIA DOS PRINCÍPIOS E TEORIA DOS VALORES .....	24
<b>2. O DESAFIO DE HABERMAS</b> .....	26
2.1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO VALORES: UM ERRO CONCEITUAL?.....	26
2.2 EM DEFESA DA RACIONALIDADE DA PONDERAÇÃO .....	31
2.2.1 O CASO DO TABACO.....	31
2.2.2 O CASO TITANIC .....	32
2.2.3 A FÓRMULA DO PESO .....	34
<b>3. UMA AVALIAÇÃO DA RESPOSTA DE ALEXY</b> .....	40
3.1 DIFICULTANDO OS CASOS FÁCEIS .....	41
3.1.1 O ARGUMENTO DA ATRIBUIÇÃO VÁLIDA SEGUNDO A ESCALA TRIÁDICA .....	41
3.1.2 PROBLEMA DA CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DE OTIMIZAÇÃO .....	43
3.2 UMA DEFESA DO MODELO EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS .....	48
3.3 O DESAFIO INSTITUCIONAL: APLICAR PRINCÍPIOS É APLICAR A LEI?.....	51
3.3.1 O MOMENTO NÃO POLÍTICO DA APLICAÇÃO DA LEI .....	51
3.3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONCEITOS POLÊMICOS .....	52
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	55
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	58

## INTRODUÇÃO

A maioria das democracias da atualidade possui constituições em que uma série de direitos básicos são listados.<sup>1</sup> Como essas constituições supostamente devem vincular os poderes do Estado, não estando sujeitas à barganha e às influências partidárias típicas das legislaturas, essas democracias incluíram entre suas instituições tribunais constitucionais com poder de aplicar as normas da constituição e de revisar os atos e as decisões tomadas pelos membros do Estado. Discute-se, no entanto, como essas tarefas devem ser realizadas, e há quem afirme que a ideia de revisar os atos do legislativo é ela mesma ilegítima, pois passaria por cima de decisões tomadas por aqueles que têm legitimidade democrática.<sup>2</sup>

Por um lado, é difícil não reconhecer a importância dos direitos garantidos nas constituições. Eles são fundamentalmente direitos de liberdade e igualdade e têm relação com os valores que estão na base de qualquer concepção compatível com a noção de Estado Democrático de Direito. Por outro lado, sua formulação nas constituições é, e não pode deixar de ser, vaga.<sup>3</sup> Embora haja um relativo consenso a respeito da importância dos direitos fundamentais nessas formulações abstratas, conflitos intermináveis surgem quando se tenta especificar o conteúdo deles, e visões de moralidade política antagônicas se chocam. Diante disso, debates não apenas acerca do conteúdo e da estrutura desses direitos são relevantes, mas também aqueles de ordem institucional, como sobre o papel que atribuímos aos juízes, os limites do poder de revisão constitucional dos atos normativos do legislativo e os problemas de se ter um órgão colegiado interpretando como autoridade última conceitos que são politicamente disputáveis.<sup>4</sup>

Na prática do nosso Supremo Tribunal Federal, bem como em outras cortes constitucionais ao redor do mundo, é cada vez mais utilizado o chamado princípio da proporcionalidade como teste para adjudicar conflitos entre direitos fundamentais. Nesses casos, os direitos fundamentais são concebidos como valores que não podem ser realizados em

---

<sup>1</sup> A exemplo dos artigos 5º ao 17 da constituição brasileira.

<sup>2</sup> Cf. WALDRON, Jeremy, *The Core of the Case against Judicial Review*, Yale Law Journal, v. 115, p. 1346–1407, 2005.

<sup>3</sup> Direitos fundamentais, a exemplo da liberdade de expressão, não são vagos no mesmo sentido em que um predicado como “careca” pode ser vago em sua aplicação. Não se sabe exatamente quão poucos fios de cabelo uma pessoa tem de ter para ser considerada careca, e quando um caso limítrofe surge, tudo que temos a dizer seriamente é que se trata de um caso limítrofe. No caso dos direitos fundamentais, a vagueza das formulações não exclui a disputa entre concepções substantivas.

<sup>4</sup> Para uma crítica institucional, cf. ATRIA, Fernando, *La Forma del Derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016, cap. 3, 12.



grau máximo ao mesmo tempo, o que torna necessário estabelecer, nos casos particulares, relações de precedência de uns sobre os outros. O teste consiste, primeiramente, em uma série de exames de racionalidade entre meios e fins e culmina em uma comparação entre a interferência na realização de um dos valores e a importância de satisfazer o outro – a chamada ponderação de princípios.

Embora seja largamente utilizado, a relevância prática do teste é encarada com ceticismo por diversos teóricos. Habermas, por exemplo, afirma que conceber princípios jurídicos como valores a serem otimizados implicaria no uso de um raciocínio de meios e fins, ou orientado a objetivos, que não seria compatível com o tipo de discurso apropriado aos direitos, e isso lhes tiraria sua força característica. Desse modo, diz o autor, direitos individuais poderiam ser sacrificados para se realizar um objetivo coletivo. Além disso, como não haveria critérios racionais para ordenar os princípios, a ponderação se daria ou arbitrariamente ou irrefletidamente.<sup>5</sup>

Diversos autores propuseram suas versões do princípio da proporcionalidade.<sup>6</sup> Do fato de haver diversas teorias, segue-se que criticar uma delas não significa desbancar o princípio da proporcionalidade. Somente uma crítica abrangente da teoria da proporcionalidade serviria a esse propósito, caso contrário seria preciso deixar claro quem se está criticando para evitar mal-entendidos.<sup>7</sup> O meu trabalho não se ocupa de uma análise de todas essas teorias, mas apenas de uma análise mais detalhada da teoria de Robert Alexy. A vantagem disso é ganhar clareza sobre a teoria do autor para poder tanto diferenciá-la dos outros, quanto ver como ela reage às críticas nos seus próprios termos. Alexy, afinal de contas, é um dos autores mais influentes da teoria dos princípios, cuja formulação do princípio da proporcionalidade ainda recebe atenção e cuja produção no tema ainda está em curso.

O primeiro capítulo é dividido em três partes. Ele começa com a exposição da tese da otimização de Alexy, a saber, que direitos fundamentais são princípios, e princípios são mandamentos de otimização. Essa tese assume uma distinção qualitativa de normas entre regras e princípios, a qual procurei esclarecer na primeira seção. A segunda seção se ocupa da tentativa

---

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, 258 - 261.

<sup>6</sup> Por exemplo, ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2015; BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012; MÖLLER, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2012; BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

<sup>7</sup> MÖLLER, Kai, *Proportionality: Challenging the critics*, International Journal of Constitutional Law, v. 10, n. 3, 2012, p. 710.

de Alexy de derivar o princípio da proporcionalidade da ideia de otimização. Na terceira seção, analiso a relação entre princípios e valores. Essa relação, como veremos, é estreita, na medida em que cumprir com um princípio implica satisfazer um valor.

O segundo capítulo visa a uma reconstrução do debate entre Habermas e Alexy. Na primeira seção, examino a base da crítica de Habermas: a afirmação de que assimilar princípios jurídicos a valores seria um erro conceitual. Minha hipótese é que os autores não falam da mesma coisa quando usam o conceito de valor. Fugiria ao escopo deste trabalho uma exposição da teoria de Habermas. Espero, ao menos, ter caracterizado do modo mais fiel possível a ideia que o autor tem de valores. A segunda parte do capítulo se dedica a recompor a objeção que Alexy de fato respondeu, que diz respeito à racionalidade de ordenações de valores. Segundo Habermas, não há critérios racionais para ordenar valores, logo a ponderação de princípios de Alexy é irremediavelmente arbitrária. Alexy tenta mostrar a racionalidade dessas ordenações através de exemplos, para então apresentar a ponderação de princípios como uma estrutura de racionalidade formal, segundo a qual, de certos juízos, segue-se uma conclusão jurídica. A ponderação de princípios seria, assim, o modo de aplicação de um tipo distinto de normas – os princípios.

O último capítulo consiste em uma avaliação geral dessa resposta. A avaliação começa complexificando os exemplos que Alexy utiliza. O foco desse exercício é mostrar a relevância da caracterização daquilo que devemos otimizar, e como isso pode complicar a análise da proporcionalidade em vários sentidos. Em seguida, veremos como o modelo pode acomodar essas complexidades. Por fim, pretendo chamar a atenção para um outro problema que fica latente nessa discussão.

Juízes, para ponderar princípios, precisam estabelecer quais são os objetos de otimização, mas como conceitos constitucionais são polêmicos, os juízes precisam, neste ponto, afirmar as suas concepções particulares. Isso leva a uma reformulação do desafio de Habermas em um desafio institucional, isto é, um desafio que leva em conta como o poder judiciário está estruturado no direito moderno e a função propriamente jurisdicional que atribuímos a esse poder. A questão central aqui é se aplicar princípios constitucionais como mandamentos de otimização pode ser entendido como aplicar a lei no sentido relevante. Ao tratar princípios como mandamentos de otimização e focar na sua satisfação/não-satisfação, o modelo de Alexy dá a devida importância ao fato de que, em disputas políticas reais, discordamos justamente sobre o objeto de otimização e o que significa otimizá-lo? Essas questões não poderão ser devidamente respondidas neste trabalho. Uma investigação mais detida seria necessária, e as

considerações apresentadas aqui são demasiadamente esquemáticas. Espero, no entanto, ter apresentado o desafio de modo interessante.

## 1. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

A principal tese de Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” pode ser resumida no que ele mesmo chama de tese da otimização: direitos fundamentais são princípios, e princípios são mandamentos de otimização.<sup>8</sup> Junto dessa tese, está a da derivação do princípio da proporcionalidade da natureza dos princípios como mandamentos de otimização. Pretendo retomar alguns aspectos da teoria de Alexy, começando pela sua distinção entre regras e princípios. Depois tratarei mais detidamente da noção de “mandamentos de otimização” e por que dessa noção Alexy deriva o teste do princípio da proporcionalidade. Por fim, examino a conexão entre a sua teoria dos valores e a sua teoria dos princípios.

### 1.1 A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Uma análise da tese da otimização começa por uma distinção muito repetida entre dois tipos de normas, quais sejam, as regras e os princípios. Alexy considera essa distinção o pilar da sua teoria dos direitos fundamentais.<sup>9</sup> Embora ela seja apresentada como qualitativa, foram colocados argumentos convincentes que se propõem a borrar, ou enfraquecer, essa distinção. A teoria de Alexy se baseia, em grande parte, na existência de um tipo distinto de normas (os princípios) e, por isso, precisa justificar a necessidade dessa distinção, sob pena de se tornar uma “teoria sem objeto”.<sup>10</sup>

Antes de entrar na distinção, é necessário explicitar em que sentido o autor fala de norma. Alexy utiliza um conceito semântico de norma, cuja definição é a seguinte: “norma é (...) o significado de um enunciado normativo”.<sup>11</sup> Enunciados normativos, por sua vez, são

---

<sup>8</sup> ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 388 (posfácio original).

<sup>9</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 85.

<sup>10</sup> POSCHER, Ralf, *Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles*, Ratio Juris, v. 22, n. 4, 2009, p. 438.

<sup>11</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 54. Este é um conceito fraco de norma, uma vez que o conjunto de enunciados normativos inclui, por exemplo, a frase do ladrão “você deve me passar o dinheiro” ao caixa do banco. Isso ilustra a separação que Alexy faz entre questões de validade e questões semânticas. Certamente, a declaração normativa do ladrão não estaria incluída no conjunto de normas válidas de um sistema jurídico, e mesmo Alexy põe em questão se nesses casos afirmar que esse tipo de declaração expressa uma norma não seria fugir muito do uso corrente do conceito de norma. No entanto, a definição é mantida, segundo Alexy, por razões de clareza; se questões de validade estivessem contidas na definição de norma, falar de norma inválida seria uma contradição em termos, e falar de norma válida seria uma redundância. Com esse conceito seria possível analisar

enunciados que incluem, ou podem ser reformulados para incluírem sem perder em significado, modais deônticos, como proibição, obrigação e permissão, em suma, determinações de dever-ser. Há uma distinção, portanto, entre a norma e aquilo através do qual a norma é expressa, isto é, o enunciado normativo. Este último, no direito, é tipicamente um texto que normalmente contém uma expressão deôntica. Por exemplo, a norma do nosso ordenamento que proíbe ultrapassagens em faixa dupla está expressa tanto na forma de texto no nosso código de trânsito quanto ilustrada por imagens nas placas de trânsito.<sup>12</sup> Importante de se notar é que, como não há identidade entre o texto, ou a expressão, e a norma, a última sempre deve ser resultado de uma interpretação.

A teoria de Alexy se volta à interpretação da constituição alemã; portanto, o material jurídico mais importante a ser interpretado é o texto da constituição. O problema é que as normas expressas diretamente na constituição são muitas vezes indeterminadas. Elas são, nas palavras de Alexy, tanto semanticamente quanto estruturalmente abertas.<sup>13</sup> Tomemos como exemplo o inciso IX do artigo 5º da nossa constituição: “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” Assumamos que esse artigo expressa mais de uma norma, dentre as quais a norma “a expressão artística deve ser livre”. A abertura semântica dessa norma reside em saber o que conta como “expressão artística”, já a abertura estrutural reside em que ela não explicita exatamente qual exigência é feita. É exigido que o Estado promova a arte, ou apenas que se abstenha de interferir nas atividades artísticas? Dada a abertura estrutural, ambas as interpretações são possíveis, mas não obrigatórias. É necessário justificar a adoção de uma interpretação ou de outra. O caminho de Alexy é pressupor que as normas expressas diretamente do texto da constituição<sup>14</sup> são válidas, mas necessitam de maior especificação nos casos em que são semântica ou

---

questões de conteúdo e de validade separadamente *ibid.*, 58 - 60. Apesar dessa separabilidade conceitual, falar de “normas do direito” já inclui uma noção de validade jurídica.

<sup>12</sup> O artigo 203, inciso V do nosso código de trânsito não inclui uma expressão deôntica. Ele se limita a descrever a conduta caracterizada como infração e estabelecer a sanção. É através de uma interpretação desse texto que se conclui que é *proibido* ultrapassar em faixa dupla.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 70 - 72

<sup>14</sup> Alexy se refere à constituição alemã. Em “Teoria dos Direitos Fundamentais”, ele explicitamente afirma que a sua teoria foi elaborada como uma doutrina da constituição alemã, e grande parte do seu trabalho é uma reconstrução da prática do direito constitucional alemão. É uma questão saber o quanto a teoria pode ser deslocada daquele contexto, e certamente aplicá-la à nossa prática exigiria um trabalho de reconstrução que foge do escopo deste trabalho. O foco aqui é analisar as reivindicações mais gerais da teoria. Alexy ter assumido a validade das normas expressas diretamente no texto da constituição alemã parece não ser uma delas. No entanto, uso o exemplo da nossa constituição por motivos de familiaridade.

estruturalmente abertas. Nesses casos, um trabalho de interpretação jurídica é necessário para fundamentar o que ele chama de *normas de direito fundamental associadas*.<sup>15</sup>

Alexy estabelece uma distinção qualitativa entre dois tipos de normas baseada no tipo de exigência que elas fazem. De um lado, as regras comandam que se faça exatamente o que elas dizem, “nem mais, nem menos”. Elas contêm decisões, ou pontos fixos, no campo do legalmente e do factualmente possível. De outro lado, os princípios “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.<sup>16</sup> Como essa realização pode se dar em graus variados, Alexy chama os princípios de “mandamentos de otimização”. Princípios e regras são normas porque podem ser expressos usando expressões básicas como comando, permissão e proibição, isto é, são normas segundo o conceito semântico de norma.

Segundo Alexy, a distinção se faz clara na maneira em que os conflitos de norma são resolvidos. Se há um conflito entre regras, ou bem é acrescentada uma exceção a uma delas, ou bem uma delas é declarada inválida. Quando dois princípios conflitam,<sup>17</sup> um deles tem prevalência sobre o outro, mas nenhum dos dois é invalidado.<sup>18</sup> Alexy tomou essa distinção qualitativa da crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico em “Levando os Direitos a Sério”,<sup>19</sup> acrescentando, no entanto, a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização, que não estava presente na distinção de Dworkin.

A resposta de Herbert Hart com respeito à distinção de Dworkin coloca dúvidas quanto ao seu caráter qualitativo. Hart apresenta a distinção como entre o caráter “tudo-ou-nada” de

---

<sup>15</sup> Na verdade, o trabalho de interpretação jurídica é feito também para justificar as normas expressas diretamente pela constituição, mas nesse caso é necessário, via de regra, apenas fazer referência ao texto da constituição. Alexy unifica esses dois tipos de justificação em uma definição única: “normas de direito fundamental são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”; *ibid.*, 76. Saber se é possível uma tal fundamentação é, em última análise, uma questão da qual a teoria do discurso jurídico, ou da argumentação jurídica, se ocupa. Para uma análise detalhada do conceito de norma associada e um argumento a respeito da importância do conceito de norma de Alexy, cf. LUDWIG, Roberto José, *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014. O emprego da tradução “norma de direito fundamental associada” (*zugeordnete Grundrechtsnorm*) é baseado na tradução de Ludwig.

<sup>16</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90 - 91.

<sup>17</sup> Para marcar a diferença entre os conflitos entre regras e entre princípios, Alexy usa termos distintos. Enquanto regras conflitam, princípios *colidem*. No entanto, como em ambos os casos há uma incompatibilidade entre o que duas ou mais normas exigem, é inofensivo tratar ambos os casos como conflitos.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 92 - 94

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978, p. 24. A importância dos princípios jurídicos no argumento de Dworkin é antes criticar as teorias positivistas da adjudicação, e não, como no caso de Alexy, elaborar uma teoria doutrinária com base em princípios, muito menos uma teoria doutrinária dos direitos fundamentais; cf. POSCHER, *op. cit.*, 428 - 432.

regras e o caráter “não-conclusivo” dos princípios. Segundo ele, “não há razão por que um sistema jurídico não devesse reconhecer que uma regra válida determina um resultado em casos para os quais ela é aplicável, exceto quando outra regra, julgada mais importante, for também aplicável para o mesmo caso”.<sup>20</sup> Ele reivindica, portanto, a possibilidade de que uma regra válida e aplicável a um caso não perca a validade no caso de outra regra determinar a decisão naquele caso. Desse modo, o caráter de regra já não seria tão tudo-ou-nada assim. O mesmo ocorreria quando uma regra competisse com um princípio, pois isso abriria a possibilidade de um princípio superar a regra. Mesmo que vejamos a competição não como entre regra e princípio, mas como entre um princípio e outro princípio que justifica a regra, esta já perderia o caráter tudo-ou-nada, dessa vez sob a condição de que seu princípio justificador fosse superado por outro.<sup>21</sup> Hart aponta, com base nisso, que a distinção entre regra e princípio não pode ser de natureza lógica, ou qualitativa, mas antes uma diferença de grau.

Ralf Poscher critica diretamente a distinção de Alexy na elaboração da sua teoria. Segundo ele, “regras e princípios são identicamente estruturados e diferem apenas nos seus conteúdos contingentes dentro de uma estrutura normativa uniforme”.<sup>22</sup> A otimização através da ponderação seria apenas um possível conteúdo de uma cláusula de exceção, mas a norma preservaria o caráter condicional que todas as regras do direito têm. Para ilustrar, pensemos em uma norma que contém uma cláusula de exceção Y: “se X e não Y, então se segue a consequência jurídica Z”. O conteúdo de Y pode ser tanto não haver uma regra posterior ou mais específica, quanto não haver razões em sentido contrário que tenham maior peso. Disso, ele conclui: se não há razão para dizer que regras de colisão como *lex posteriori derogat legi priori* são tipos diferentes de norma, também não há razão para o fazer com cláusulas que contém mandamentos de otimização.

A maneira como Alexy caracteriza as normas de direito fundamental aponta para uma estrutura como a descrita por Poscher. Alexy admite ser possível formular as normas de direito fundamental com o duplo aspecto de regra e princípio. Bastaria formulá-las como regras, incorporando nelas uma cláusula de restrição na forma de princípio. Tomando como exemplo a liberdade artística protegida pela constituição alemã, Alexy formula a norma no seu duplo aspecto da seguinte maneira:

---

<sup>20</sup> HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 261.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 259 -263

<sup>22</sup> POSCHER, *op. cit.*, 433

São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional (...), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística.<sup>23</sup>

Ora, a cláusula de restrição prevê justamente a limitação do direito fundamental quando um outro princípio constitucional tiver maior peso. Portanto, é possível colocar todas as normas de direito fundamental em uma estrutura de regra, desde que haja uma “cláusula de proporcionalidade” semelhante à do exemplo. Diante disso, podemos perguntar se Alexy não estaria exposto à crítica de Poscher. Se é possível formular as normas de direito fundamental na estrutura condicional de regras, por que não seriam os mandamentos de otimização apenas cláusulas de exceção cuja estrutura é idêntica às demais, apenas diferindo no seu conteúdo contingente? A resposta de Alexy presumivelmente está na distinção entre norma e texto. Mesmo que se possa formular as normas em uma única estrutura de regra, o importante está em saber que tipo de exigência a cláusula de restrição expressa. Com isso, o modelo de Alexy diria que cláusulas como *lex posteriori derogat legi priori* têm caráter de regras, pois seriam mandamentos definitivos, enquanto as cláusulas da proporcionalidade teriam o caráter de princípios, pois seriam mandamentos de otimização. Em ambos os casos, estariam envolvidas duas normas com duas determinações de dever-ser distintas.

Já a possibilidade de incorporar exceções às regras impõe uma dificuldade maior. A discussão de Alexy sobre o diferente caráter *prima facie* de regras e princípios deixa isso claro. Como princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível relativamente ao que é legalmente e factualmente possível, eles não são mandamentos *definitivos*,<sup>24</sup> mas sempre *prima facie*. Ou seja, não é porque um princípio é relevante para o caso que o que ele exige de fato se aplica, ou ainda, princípios representam razões que podem ser afastadas por outras razões.<sup>25</sup> Uma posição seria estabelecer aqui a diferença crucial entre princípios e regras, a

---

<sup>23</sup> ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, p, 142.

<sup>24</sup> Para ficar mais próximo ao vocabulário usado por Hart e Dworkin, mandamento *definitivo* pode ser considerado equivalente ao caráter tudo-ou-nada.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 104. Essa caracterização não é, à primeira vista, problemática, mas, em uma análise mais aprofundada, ela passa a ser. Se o princípio exige que algo seja realizado na máxima extensão possível, o que ele exige é que se considere a extensão e que se realize o princípio nessa extensão. Portanto, mesmo quando um princípio é restringido por outro, o que ele exige é efetivamente aplicado, pois ele não exige nada mais que a extensão que lhe cabe. A definição de princípios tem dois aspectos. O primeiro é a máxima realização de algo, o segundo estabelece uma relação de otimização – na maior medida possível dadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Como as possibilidades de realização têm relação tipicamente com a realização de outros princípios, esse segundo aspecto



saber, princípios são sempre mandamentos *prima facie*, enquanto que as regras são sempre mandamentos *definitivos* que se aplicam de maneira tudo-ou-nada.<sup>26</sup> Essa, no entanto, não é a posição de Alexy. A razão para essa rejeição, afirma ele, está na possibilidade de incorporar exceções às regras, exceções estas que são em tese inumeráveis. Nesses casos, as regras perdem seu caráter definitivo e adquirem um caráter *prima facie*.

No entanto, Alexy entende que esse caráter *prima facie* é fundamentalmente diferente daquele dos princípios, pois “uma regra não é automaticamente derrotada quando o princípio colidente tem maior peso que o seu princípio subjacente nos fatos do caso”.<sup>27</sup> O princípio teria de derrotar outros princípios, que Alexy chama de *formais*, por exemplo o de que regras estabelecidas por uma autoridade devem ser respeitadas.<sup>28</sup> Isso leva Kai Möller a constatar que a verdadeira distinção de Alexy entre regras e princípios é a de que regras têm maior peso devido ao impacto adicional dos princípios formais.<sup>29</sup> Se a caracterização de Möller estiver correta, é difícil evitar a conclusão de que não há, em última análise, uma distinção qualitativa. A posição de Alexy parece ser, no entanto, que a distinção continua sendo quanto ao tipo de exigência, mesmo que regras possam perder seu caráter definitivo. Falta à caracterização de Möller a ideia de que somente regras podem fornecer razões definitivas para uma decisão; assim, só elas contêm *decisões* sobre o que deve acontecer, embora essas decisões sejam derrotáveis. Princípios, pelo contrário, nunca podem senão fornecer razões *prima facie*.

Vejamos o que ocorre quando dois princípios colidem. Neste caso, os princípios apontam para consequências jurídicas incompatíveis entre si, e uma relação de precedência

---

já inclui na definição uma relação de proporcionalidade. Neste sentido, a exigência de um princípio é plenamente satisfeita, caso a realização dele seja proporcional. A distinção posterior de Alexy entre comandos para otimizar e comandos a serem otimizados é uma tentativa de responder a esse problema. Comandos a serem otimizados são os objetos da otimização, que ele chama de “deveres ideais”, ou apenas “ideais”, porque ainda não foram trazidos às circunstâncias concretas e, portanto, devem ser transformadas em um “dever real”. Os comandos para otimizar “prescrevem aquilo que deve ser feito com o que é encontrado no nível dos objetos [da ponderação]” (ALEXY, Robert, *On the Structure of Legal Principles*, Ratio Juris, v. 13, n. 3, 2000, p. 300). Para uma crítica a essa distinção ulterior, cf. POSCHER, *Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles*, p. 436 - 438; RAMIÃO, Rúben, *Some Fundamental Problems Concerning Alexy's Notion of Legal Principles*, in: DUARTE, David; SILVA SAMPAIO, Jorge (Orgs.), *Proportionality in Law*, Cham: Springer International Publishing, 2018, p. 164-169.

<sup>26</sup> Essa posição Alexy atribui a Dworkin em “Levando os Direitos a Sério”.

<sup>27</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 105.

<sup>28</sup> Princípios formais são, assim como os princípios substantivos, mandamentos de otimização. A diferença é que os objetos de otimização dos primeiros “são decisões jurídicas não importando seu conteúdo. Princípios formais exigem que a autoridade de normas devidamente publicadas e socialmente eficazes sejam otimizadas.” ALEXY, Robert, *Formal principles: Some replies to critics*, International Journal of Constitutional Law, v. 12, n. 3, 2014, p. 516. Essa noção é bastante controversa, mas não é assunto deste trabalho.

<sup>29</sup> MÖLLER, Kai, *Balancing and the structure of constitutional rights*, International Journal of Constitutional Law, v. 5, n. 3, 2007, p. 455.

entre eles tem de ser estabelecida. Essa relação pode ser estabelecida ou levando em conta as circunstâncias do caso ou abstraindo-se delas. Como Alexy rejeita a segunda opção,<sup>30</sup> é preciso estabelecer a relação de precedência de acordo com as condições do caso. Essa relação é expressa por um enunciado de preferência que afirma que um princípio tem precedência sobre o outro naquela dada circunstância.<sup>31</sup> Esse enunciado implica que a consequência jurídica do princípio que tem precedência deve ser aplicada nas circunstâncias do caso. Isso equivale à regra cujo suporte fático consiste nas condições do caso e cuja consequência jurídica é idêntica à exigida pelo princípio prevalente.<sup>32</sup> Portanto um enunciado de preferência dá sempre surgimento a uma regra; a isso Alexy chama de lei de colisão de princípios.<sup>33</sup> Esse ponto reforça que princípios são necessariamente razões *prima facie*, e sua concretização se dá sempre enquanto razões para regras, como mostra Alexy:

Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra.<sup>34</sup>

Uma questão que se coloca é por que Alexy insiste tanto nessa distinção? Afinal de contas, a relevância prática do assunto não está no teste do princípio da proporcionalidade, isto é, em um teste que juízes utilizam na adjudicação de direitos fundamentais para justificar a sua limitação? Como insistir em uma distinção controversa sobre a natureza de normas pode ajudar a compreender esse teste? Esse é um ponto de divergência teórica entre Alexy e outros defensores do princípio da proporcionalidade. Para Alexy, o princípio da proporcionalidade é *consequência lógica* da própria natureza de um determinado tipo de norma, i.e., dos princípios. Para outros autores, como Aharon Barak, o teste da proporcionalidade é externo a isso, e, portanto, tem de ser justificado como melhor meio de testar os limites de direitos

---

<sup>30</sup> Segundo Alexy, estabelecer uma relação incondicional de precedência, i.e., uma relação de precedência que não leva em conta as circunstâncias do caso, nos levaria a uma espécie de tirania dos valores. Como a relação, neste caso, estaria descolada dos casos concretos, um princípio que tem precedência incondicional sobre outro irá se sobrepor a ele em todos os casos. Se esse fosse o caso, diz Alexy, a forma mais trivial de proteção ao princípio preferido justificaria a mais séria transgressão ao outro princípio; ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 160.

<sup>31</sup> Sendo  $P_1$  e  $P_2$  os dois princípios em questão,  $\mathbf{P}$  a relação de precedência, e  $C$  as condições do caso, a proposição de preferência em que  $P_1$  tem precedência sobre  $P_2$  poderia ser formulada assim:  $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$

<sup>32</sup> Sendo  $Q$  a consequência jurídica exigida pelo princípio  $P_1$ , se  $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ , então  $C \rightarrow Q$ .

<sup>33</sup> *Ibid.*, 99

<sup>34</sup> *Ibid.*, 108

fundamentais.<sup>35</sup> Pela maneira como Barak concebe o teste, vê-se que o problema da distinção entre regra e princípio não é tão urgente para ele. Pois se não é necessário mostrar que o teste deriva da natureza de um tipo de norma, também não o é mostrar que há um tipo de norma estruturalmente distinto de outro.<sup>36</sup> Não é difícil de ver que a investigação dos dois autores toma caminhos muito diferentes dada essa divergência inicial.

Como mencionado na introdução deste trabalho, ocupo-me apenas da teoria de Alexy. Mas a advertência que fiz lá fica saliente aqui, a saber, que uma crítica abrangente da proporcionalidade deve lidar com as suas diversas formulações. Felizmente, não é esse o meu objetivo.

Na próxima seção, analisarei o princípio da proporcionalidade na formulação de Alexy. Isso exigirá uma consideração mais detalhada da definição de princípios como mandamentos de otimização. Esse ponto é importante porque Alexy pretendeu derivar o teste dessa caracterização, mas também porque grande parte das críticas à teoria dos princípios é direcionada à ideia de otimização que ele usa.

## 1.2 A DERIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

O princípio da proporcionalidade, tal qual formulado por Alexy, é um teste para justificar limitações em normas de direito fundamental<sup>37</sup> enquanto princípios quando há

---

<sup>35</sup> BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 240 e 493.

<sup>36</sup> Barak tem também uma noção de princípios: “uma norma jurídica formada como um princípio é constituída de valores fundamentais (...) [que] refletem ideais que aspiram ser realizados à sua maior extensão”, *Ibid.*, 40. Essas normas formadas como princípios, no entanto, não são *prima facie*. Elas têm um escopo delimitado que não muda cada vez que o direito é limitado. Assim, Barak afirma que direitos fundamentais na forma de princípio são mandamentos *definitivos* que não podem ser protegidos na totalidade do seu escopo. Barak, no entanto, não parece estar preocupado em estabelecer uma distinção rígida entre regras e princípios. Uma distinção de grau serviria bem ao modelo dele.

<sup>37</sup> Um esclarecimento dos termos é necessário aqui. Existe um embaraço no emprego do termo “direito fundamental”, devido em parte a uma dificuldade de tradução. *Grundgesetz* significa constituição, mas sua tradução literal seria lei fundamental, ao passo que *Grundrecht* significa direito fundamental. Alexy faz uma distinção entre direito fundamental (*Grundrecht*) e norma de direito fundamental (*Grundrechtsnorm*). Enquanto que, se alguém tem um direito fundamental, é necessário que haja uma norma de direito fundamental válida que garanta esse direito, nem toda norma de direito fundamental garante direitos subjetivos (ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 50). Portanto nem toda norma de direito fundamental garante, por estranho que pareça, um direito fundamental. Isso faz mais sentido em alemão, pois o termo *Grundrechtsnorm* indica que se trata de uma norma da constituição (*Grundgesetz*). A tradução inglesa da Teoria dos Direitos Fundamentais traduz o termo *Grundrecht* como *constitutional right*, e *Grundrechtsnorm* como *constitutional right norm* e, com isso, elimina essa ambiguidade. Para Alexy, normas de direito fundamental são princípios, mas nem toda norma de direito fundamental garante um direito fundamental como direito subjetivo. É por isso que Alexy afirma que direitos

conflitos entre elas. Retomando a definição dada por Alexy, princípios são normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.<sup>38</sup> A ideia é que uma solução jurídica serviria como meio para realizar aquilo que uma norma de direito fundamental exige, mas simultaneamente implicaria em uma interferência na realização do que uma outra norma de direito fundamental exige. O teste consiste em três etapas sucessivas de análise, que Alexy chama de “subprincípios”.<sup>39</sup> Ele identifica os dois primeiros estágios com as possibilidades fáticas de realização dos princípios e o terceiro com as possibilidades jurídicas de sua realização. Como a própria definição de princípios exige que se leve em conta essas possibilidades, Alexy afirma derivar da natureza dos princípios o princípio da proporcionalidade.<sup>40</sup>

### 1.2.1 ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE

O primeiro estágio do teste é chamado de princípio da adequação. O que se exige aqui é que haja uma conexão racional entre o meio que se está perseguindo e a realização de um dos princípios. Essa é uma exigência básica de racionalidade e, na verdade, é condição de possibilidade para a própria colisão de princípios. Pois, se um meio não é capaz de promover um dos princípios, mas obstrui a realização do outro, então não há custo para nenhum dos princípios caso esse meio seja suprimido, mas há custo para um deles caso ele seja perseguido. Neste caso, o comando de otimizar os princípios proíbe a perseguição do meio. Essa exigência,

---

fundamentais podem colidir com interesses coletivos em um mesmo nível, desde que ambos tenham status constitucional. Ter status constitucional significa “que haja uma norma de direito fundamental exigindo a realização do direito ou do interesse coletivo”.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 90

<sup>39</sup> Autores como Mattias Kumm, Aharon Barak e Kai Möller defendem uma quarta etapa, que eles chamam respectivamente de “fim legítimo”, “propósito apropriado” e “objetivo legítimo”. Esse teste vem antes dos outros três, e tem base na ideia de que nem todos os fins são dignos de consideração quando se trata de limitar direitos. Ele funcionaria como um filtro de propósitos; cf. KUMM, Mattias, *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, in: PAVLAKOS, George (Ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 137; BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, p. 245; MÖLLER, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 181 - 193. Alexy rejeita essa proposta. Como, para Alexy, princípios são normas de direito fundamental, cuja validade ele pressupõe, o problema da legitimidade dos fins estaria resolvido antes do exame de proporcionalidade. Em outras palavras, para Alexy, apenas fins legítimos podem competir, e aferir a legitimidade não se dá através do exame de proporcionalidade, mas ao se interpretar o texto da constituição.

<sup>40</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 116.

segundo Alexy, expressa a ideia de *Pareto-otimalidade*,<sup>41</sup> pois não perseguir o meio inadequado melhora a situação de um sem piorar a do outro.

O segundo estágio é chamado de princípio da necessidade. Neste estágio, exige-se que, de dois meios igualmente adequados para satisfazer um princípio, seja escolhido o que interfere menos intensamente no princípio em sentido contrário. Esse princípio também expressa a ideia de *Pareto-otimalidade*, na medida em que escolher o meio menos intrusivo ao princípio contrário é, da perspectiva do princípio a ser satisfeito, indiferente. Desse modo, a exigência de otimização proíbe que se utilize o meio desnecessário.<sup>42</sup>

Vê-se que os dois primeiros subprincípios expressam condições básicas de racionalidade entre meios e fins, e é por isso que Alexy os identifica com as possibilidades *fáticas* de realização. Que preferir meios mais eficientes seja condição básica de racionalidade dificilmente é disputável, mas elaborar esses testes com base nisso pode vir a ser. Em qualquer configuração minimamente complexa de fatos, será complicado dizer que dois meios promovem igualmente uma certa finalidade.

Tomemos o exemplo de Alexy. Ele se refere a uma decisão da corte constitucional alemã que impugnou uma regulação de um órgão do Estado. Ela proibia a venda de doces que continham pó de cacau, mas eram constituídos substancialmente de flocos de arroz e açúcar, não sendo chocolates genuínos. Como o propósito da regulação era proteger os consumidores de compras equivocadas, a corte julgou que uma exigência de rotulagem impediria a confusão e o engano de uma maneira igualmente efetiva, mas menos intrusiva.<sup>43</sup> Portanto, a regulação não passava no teste da necessidade. Mas se o propósito é apenas proteger os consumidores de compras equivocadas, é razoável dizer que uma proibição completa o satisfaz em grau mais elevado que uma exigência de rotulagem. Basta pensarmos na chance de compradores desavisados ou apressados comprarem um produto de flocos de arroz, açúcar e um pouco de pó

---

<sup>41</sup> *Pareto-otimalidade* é uma noção da teoria econômica que foi adaptada por outras áreas, como na filosofia política. John Rawls explica essa ideia, aplicada às instituições, ao tratar do princípio da eficiência, que para ele é idêntico ao de *Pareto-otimalidade*: “O princípio [da eficiência] afirma que uma configuração é eficiente [ou *Pareto-ótima*] sempre que for impossível mudá-la de modo que algumas pessoas (pelo menos uma) fiquem em uma situação melhor sem que, ao mesmo tempo, algumas pessoas (pelo menos uma) fiquem em uma situação pior.” RAWLS, John, *A Theory of Justice: Revised Edition*, Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999. A analogia de Alexy é a seguinte: uma situação é “*Pareto-ótima*” com respeito a um princípio quando não se pode promover mais qualquer princípio sem restringir a promoção do outro.

<sup>42</sup> ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (posfácio), p. 398.

<sup>43</sup> *Ibid.* 398

de cacau acreditando ser chocolate. Se o produto não estivesse na prateleira, isso não poderia acontecer.<sup>44</sup>

Para dizermos que o dever de rotulagem satisfaz o propósito de proteger os consumidores na mesma medida que uma proibição da venda desses produtos, é necessário qualificar esse propósito. Isto é, “proteger os consumidores de compras equivocadas” não pode significar simplesmente diminuir ao máximo o número de compras erradas. Devemos assumir que os indivíduos são capazes de fazer suas escolhas de modo informado, de modo que protegê-los de comprar equivocadas leva em conta o que é razoável esperar de um indivíduo capaz de escolher. Se assumimos isso, podemos dizer que ambas as medidas promovem na mesma medida a proteção dos consumidores, pois não está no interesse público proteger o consumidor que não lê os rótulos. Logo, neste caso, a própria definição do propósito deve ser normativa.

Essa qualificação sugere que a própria determinação dos fins é complicada. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, no entanto as pessoas discordam sobre o que significa realizar esse *algo*. Esse problema é ainda mais agudo quando falamos não de interesses públicos, mas de direitos fundamentais. O que significa dizer, por exemplo, que a liberdade de expressão tem de ser realizada na maior medida possível? Esse é um problema da própria ideia de otimização relacionada a direitos, que discutirei mais adiante no capítulo 3.

Outros problemas, que o próprio Alexy reconhece, surgem de dificuldades de prognóstico.<sup>45</sup> Há casos em que não se sabe o quanto uma medida vai interferir em um princípio para melhor ou para pior; em outras palavras, o quanto ela realizará um dado fim ou impedirá a realização deste. Por vezes, é difícil dizer até *se* uma medida será de todo adequada para realizar um princípio. O sucesso de decisões legislativas com o propósito de perseguir interesses coletivos normalmente depende de uma série de variáveis, e a seleção do meio se dá em meio à incerteza. Diante disso, a questão de qual é o grau de certeza que se exige na avaliação da adequação e da necessidade de uma medida se coloca. Essa questão tem importância para a discussão sobre a discricionariedade do legislador. Se limitações em direitos fundamentais fossem permitidas apenas em condições de plena certeza, o papel do legislativo seria praticamente inexistente, pois políticas públicas são feitas, na maior parte dos casos, sob

---

<sup>44</sup> Para um argumento similar, cf. PETERSEN, Niels, *How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, German Law Journal, v. 14, n. 8, 2013, p. 1396. Para um argumento mais refinado, baseado em economia comportamental, cf. TUSHNET, Mark, *Making Easy Cases Harder*, in: *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, p. 306.

<sup>45</sup> ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 399 - 400.

condições de incerteza. Se o teste demandar um grau de certeza muito grande, ele será exigente demais.

Tanto o exame da adequação quanto o da necessidade funcionam como critérios negativos. Enquanto o primeiro exclui meios incapazes de satisfazer a finalidade que se propõem, o segundo exclui, dentre um conjunto de meios igualmente adequados, aqueles que são mais intrusivos ao princípio colidente.

### 1.2.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Caso esteja suficientemente comprovado que o meio é necessário e adequado para realizar um dos princípios, mas ainda impede a realização de o que outro princípio exige, um deles terá de ceder à realização do outro. Neste momento entra em cena a metáfora da ponderação. Ponderar significa procurar razões suficientes para que um princípio prevaleça sobre o outro.<sup>46</sup> Esse é o exercício que se faz no terceiro estágio do teste, que Alexy chama de princípio a proporcionalidade em sentido estrito.

Esse é o estágio mais relevante do princípio da proporcionalidade; não por acaso, o mais criticado. Não está mais envolvida meramente uma condição básica de racionalidade entre meios e fins, pois agora é preciso estabelecer a *importância relativa* de satisfazer os fins,<sup>47</sup> na medida em que um deve ceder à realização do outro. É neste estágio que se estabelece uma relação condicional de precedência, cuja afirmação dá surgimento a uma regra que decide o caso. Segundo Alexy, essa relação deve ser estabelecida segundo o que ele chama de “lei da ponderação”:

Quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 97.

<sup>47</sup> Mais adiante veremos que a importância dos próprios fins também é relevante, dada a introdução do fator do peso abstrato, isto é, o peso de um princípio sem consideração das circunstâncias do caso. Se posso dizer que um princípio tem maior peso que outro abstratamente, isso significa que um fim é mais importante que o outro. Um princípio ter maior peso abstratamente, no entanto, não garante que ele prevalecerá ao considerarmos as circunstâncias do caso, pois o peso abstrato é apenas um entre outros fatores relevantes para a ponderação.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert, *A fórmula peso*, in: HECK, Luís Afonso (Org.), *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 132. Alexy refinou essa lei em resposta a críticos da ponderação de princípios, incluindo elementos que não estão expressos nessa formulação, como a importância abstrata dos princípios e o grau de confiabilidade das premissas que sustentam os juízos. Disso trataremos ao analisar a resposta de Alexy à crítica de Habermas.

Alexy identifica a ponderação com a análise das condições jurídicas da realização dos princípios. Assim, examinar as possibilidades fáticas e jurídicas é otimizar, e otimizar equivale a realizar os testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Por isso, Alexy diz que a natureza de normas como princípios implica no princípio da proporcionalidade e vice-versa. Como o último estágio consiste em uma ponderação de princípios, há uma conexão necessária entre princípios e a ponderação.

### 1.3 A CONEXÃO ENTRE TEORIA DOS PRINCÍPIOS E TEORIA DOS VALORES

A ideia de otimização utilizada por Alexy aproxima a ideia de princípios à de valores. De fato, ele afirma ser possível expressar uma ponderação de princípios como uma ponderação de valores de forma equivalente. Não é possível entender isso sem antes analisar o que Alexy entende por valores.

Alexy utiliza uma noção de valores como critérios de avaliação. Com isso, ele quer dizer que valores são critérios a partir dos quais se pode dizer que algo é bom. Esse algo pode ser muitas coisas, desde estados de legislação até carros, em suma tudo que pode ser dito bom segundo algum critério; diz-se que esse algo é, então, portador de valor, ou, como Alexy denomina, objeto de avaliação. Enquanto critérios avaliativos, podemos pensar em considerações moralmente neutras, como a beleza de uma casa, ou até mesmo moralmente iníquas, como a crueldade de um ato, desde que se considere esse ato bom *para algo*, neste caso, realizar uma crueldade. A partir disso, vemos o quanto o interesse de Alexy no conceito de valor está no seu aspecto estrutural. Valores, nesse sentido, “são critérios de [avaliação],<sup>49</sup> os quais, como normas em geral, são ou válidos ou inválidos. Tanto a validade desses critérios quanto as [avaliações] que a partir deles são possíveis não são objeto de alguma forma de evidência, mas uma questão de fundamentação”.<sup>50</sup>

Um carro, por exemplo, pode ser dito bom segundo o critério da segurança, do conforto, da velocidade e assim por diante. Isso mostra que não apenas os objetos de avaliação são diversos, mas também são os critérios de avaliação para um mesmo objeto. Dizer que algo tem valor, portanto, depende do(s) critério(s) relevante(s) no caso. Duas características levam Alexy

---

<sup>49</sup> Na tradução de Virgílio Afonso da Silva, que utilizo nas citações deste trabalho, o termo *Bewertungskriterium* é traduzido por critérios de *avaliação*. Optei pelo termo “avaliação” por razões estilísticas, seguindo o emprego de outros intérpretes de Alexy; cf. prefácio de Luís Afonso Heck em LUDWIG, *op. cit.*.

<sup>50</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 157.



a espelhar a estrutura dos princípios no plano dos valores: (I) um critério avaliativo pode ser satisfeito por objetos em graus variados; (II) normalmente há mais de um critério relevante em uma avaliação, portanto o juízo de valor dependerá de uma ponderação entre eles. Desse modo, critérios avaliativos correspondem estruturalmente aos princípios.<sup>51</sup>

A única diferença, para Alexy, entre valores e princípios constitucionais é a de que os primeiros se pronunciam sobre o que é *melhor*, enquanto os últimos sobre o que é *devido*. Mas essa diferença não deve ser superestimada. Pois aquilo que é exigido pela constituição corresponde justamente àquilo que é *o melhor* com respeito a ela. Logo é possível se mover de um plano a outro, e uma decisão pode ser facilmente traduzida da linguagem dos princípios para a linguagem dos valores, e vice-versa. A diferença segue importante, porque valores propriamente não ordenam nada. No entanto, sempre que se satisfaz um princípio, se está realizando um valor, e sempre que se realiza o valor ao qual o princípio faz referência, se está satisfazendo o princípio.

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, 144 - 153

## 2. O DESAFIO DE HABERMAS

Jürgen Habermas dedica algumas páginas da sua obra “Faktizität und Geltung”<sup>52</sup> a criticar veementemente a assimilação de princípios jurídicos a valores feita pela corte constitucional alemã e desenvolvida por teóricos do direito, a exemplo de Alexy. Através dessa “jurisprudência dos valores”, a corte compreenderia a constituição como estabelecendo uma “ordem concreta de valores”. Habermas cita a tendência de alguns teóricos alemães em corroborar a compreensão da corte quanto à conexão entre princípios e valores, compreendendo, a partir de Alexy, princípios como valores a serem otimizados.<sup>53</sup>

### 2.1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO VALORES: UM ERRO CONCEITUAL?

A base da crítica de Habermas está em considerações conceituais sobre normas e valores. Ele aponta quatro diferenças no que ele chama de “propriedades lógicas” de normas e valores, que levam a diferenças na aplicação de ambos nas nossas ações. (I) Normas se referem a obrigações de todos e sem exceção “de satisfazer certas expectativas generalizadas de comportamento, enquanto valores devem ser compreendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas”,<sup>54</sup> cuja satisfação se dá através da ação orientada a objetivos. (II) Sentenças avaliativas admitem graus de assentimento; sentenças normativas não. (III) Normas vinculantes obrigam em um sentido incondicional e universal. Valores somente vinculam na medida em que são adotados em culturas particulares, e sua vinculação é diferente da das normas. Pois “o que “se deve fazer”<sup>55</sup> reivindica ser igualmente bom para todos (...) [ao passo que] decisões importantes sobre valores ou preferências de ordem superior nos dizem o que é bom para nós (ou para mim) em geral e a longo prazo”. (IV) Normas e valores devem satisfazer diferentes critérios de coerência. Normas devem se adequar umas às outras em um sistema coerente, já valores competem uns com os outros caso-a-caso.

Dadas essas diferenças, diz Habermas, a orientação da nossa conduta mediante normas e valores se dá de modos distintos. Normas de conduta ditam aquilo que é *comandado*, já

---

<sup>52</sup> Há uma tradução brasileira da obra, cujo título traduziu-se por “Direito e Democracia”. Neste trabalho, as citações foram retiradas da tradução inglesa. As traduções são minhas.

<sup>53</sup> HABERMAS, *Between facts and norms*, p. 254.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 255.

<sup>55</sup> Esse dever faz referência à obrigação de uma norma de ação.

valores, aquilo que é *recomendado*. Valores têm caráter teleológico; eles se realizam na ação orientada a objetivos. Esses objetivos obedecem a uma lógica de preferências atreladas a uma cultura, uma forma de vida específica.

Valores sempre competem com outros valores. Eles afirmam quais bens pessoas específicas ou coletividades se esforçam para obter ou preferem sob circunstâncias específicas. Apenas da perspectiva do dado indivíduo ou grupo os valores podem ser ordenados temporariamente em uma ordem transitiva.<sup>56</sup>

De outro lado, na visão de Habermas, normas de ação têm de ser justificadas com base no que está no igual interesse de todos. No campo da moral, elas são empregadas na resolução de questões de justiça, e são designadas justas se passam por um teste de universalização que transcende contextos específicos. Essas normas somente incorporam valores na medida em que eles são universalizáveis, logo essa incorporação não significa, para o autor, que há uma preferência *relativa* de valores. Daí o caráter deontológico das normas de ação: sua vinculatividade não pode derivar de eles serem atrativos ou de servirem a um determinado fim que gostaríamos de alcançar.<sup>57</sup>

Direitos fundamentais (e normas jurídicas em geral), segundo Habermas, têm um conteúdo moral, mas o seu conteúdo não é exclusivamente moral. O autor conecta o discurso moral com questões sobre justiça, e, como o direito não se ocupa, como a moral, exclusivamente de questões de justiça, o discurso jurídico não é idêntico ao discurso moral. A generalidade exigida pela condição de “estar no igual interesse de todos” não é a mesma no campo da moralidade e no do direito, pois, no segundo caso, “todos” se refere aos membros de uma comunidade jurídica concreta, enquanto “todos” no discurso moral se refere a todos os seres humanos, portanto o discurso moral exige uma abstração maior<sup>58</sup>. No entanto, como as normas jurídicas são *comandos* aos indivíduos, elas necessariamente se apresentam para eles com uma reivindicação de validade que não admite graus. Habermas, neste ponto, qualifica o que ele entende pela expressão “deontológico”: ela se refere “apenas ao caráter obrigacional codificado binariamente de expectativas de comportamento, em contraste com valores, que devem ser

---

<sup>56</sup> HABERMAS, *Between facts and norms*, p. 153.

<sup>57</sup> *Ibid.* 153.

<sup>58</sup> Para essa diferenciação, *ibid.*, 153 - 156 e 206 - 207.

ordenados transitivamente em cada caso”.<sup>59</sup> Estar codificado binariamente implica não admitir graus de assentimento – algo é *legal* ou *ilegal*, *certo* ou *errado*.

Desse modo, direitos fundamentais, se formos entendê-los como princípios jurídicos vinculantes, têm de ter um caráter estritamente deontológico, isto é, eles têm de ser justificados como estando igualmente no interesse de todos, adequando-se a um sistema coerente de normas de ação,<sup>60</sup> e não como melhores em relação a outros valores:

Quem tenta equacionar a constituição com uma ordem de valores concreta não compreende o seu caráter especificamente jurídico; como normas jurídicas, os direitos fundamentais são, assim como regras morais, formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo bens atrativos.<sup>61</sup>

Pela caracterização de Habermas, valores são “preferências intersubjetivamente compartilhadas”. Nessa concepção, algo é bom porque é preferido ou como um fim desejável ou como algo que pode realizar um fim desejável. Questões de ação coletiva orientadas por valores, então, podem ser resolvidas por meio de dois tipos de discurso: o discurso *pragmático* ou o discurso *ético-político*.<sup>62</sup> No primeiro, a aceitação dos valores pelo grupo é pressuposta, e as questões são respondidas na forma de imperativos hipotéticos (se queremos atingir tal fim, então devemos perseguir tais meios). O segundo tipo de discurso endereça questões de identidade da comunidade, e toma parte quando os valores de uma comunidade eles mesmo se tornam problemáticos. Essas questões “se colocam da perspectiva de membros que (...) querem ganhar clareza sobre sua forma de vida compartilhada e sobre os ideais que eles sentem que deveriam moldar sua vida comum”.<sup>63</sup> A resposta a essas questões consiste em afirmações dos valores que são fundamentais *para aquela comunidade*. Isso mostra que a concepção de valores de Habermas se refere a valores aceitos em uma comunidade.

---

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen, *Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law*, in: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.), *Habermas on law and democracy: critical exchanges*, Berkeley: University of California Press, 1998, p. 429 - 430.

<sup>60</sup> Isso não quer dizer, esclarece Habermas, que normas de ação não possam conflitar entre si. Esse conflito, no entanto, não seria bem capturado como uma colisão de valores que são satisfeitos em maior ou menor grau. O conflito entre duas normas válidas *prima facie* aplicáveis seria resolvido antes pelo exame de qual delas é mais apropriada para o caso, uma vez descritas as características do caso da maneira mais completa possível e de todos os pontos de vista normativamente relevantes. Dever-se-ia ainda, nesse processo, buscar a coerência do sistema de normas de ação como um todo, conciliando a norma aplicada no caso com as que, embora *prima facie* aplicáveis, não eram apropriadas; HABERMAS, *Between facts and norms*, p. 260.

<sup>61</sup> *Ibid.*, 256

<sup>62</sup> *Ibid.*, 159 - 161

<sup>63</sup> *Ibid.*, 160

A questão que se coloca fundamentalmente é se a noção de valores de Alexy pressupõe tudo isso que Habermas toma como propriedades lógicas de valores. Tentarei mostrar nos parágrafos seguintes que a resposta é negativa, pois Alexy não pressupõe que valores sejam “preferências intersubjetivamente compartilhadas” na comunidade. Juízos de valor, para Alexy, devem ser justificados, e a justificação não se dá necessariamente por aquilo que é atrativo, ou que conduz a um fim desejável. O modelo de Alexy pressupõe que relações de preferência entre valores constitucionais sejam justificadas com base em concepções públicas de justiça.

Ao reconstruir a jurisprudência alemã, Alexy atribui um sentido especial à expressão utilizada pela corte de que a constituição alemã estabeleceu “uma ordenação de valores objetiva no seu catálogo de direitos fundamentais”.<sup>64</sup> A noção de valores de Alexy, como vimos no capítulo anterior, é inteiramente estrutural. Valores são critérios avaliativos a partir dos quais se pode dizer que algo é bom. Dizer que princípios são valores significa dizer que eles são normas que ordenam que certos critérios avaliativos sejam satisfeitos, cuja satisfação não é possível em grau máximo ao mesmo tempo. No caso dos princípios constitucionais, esses critérios identificam aquilo que é bom para a constituição, ou constitucionalmente bom. Tanto os critérios de avaliação quanto os objetos de avaliação podem ser os mais diversos, e é necessário justificar a validade dos critérios de avaliação, bem como sua aplicação na avaliação do objeto.<sup>65</sup> Justificar a validade de um critério significa dar razões por que esse critério se aplica ao objeto de avaliação em questão. Já a justificação da aplicação do critério significa dar razões por que aquele objeto satisfaz o critério.

Por outro lado, Alexy afirma que uma ordenação de valores constitucionais rígida, isto é, uma ordenação que determine em todos os casos, de forma intersubjetivamente cogente, uma única decisão com respeito aos direitos fundamentais<sup>66</sup>, não existe.<sup>67</sup> Em vez disso, Alexy

---

<sup>64</sup> Decisões do tribunal constitucional alemão: BVerfGE, vol. 7, 198, página 204. Para uma tradução inglesa, <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1477>.

<sup>65</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 157.

<sup>66</sup> Ao fazermos juízos de valor, engajamo-nos em uma reflexão sobre o que é bom ou melhor. No modelo de Alexy, aquilo que é melhor com respeito à constituição é aquilo que é exigido por ela. Nesse sentido, uma ordenação de valores pode determinar decisões no campo dos direitos fundamentais.

<sup>67</sup> Há várias razões para isso. Primeiramente, é difícil apontar todos os valores relevantes para a adjudicação constitucional. Isso, diz Alexy, somente poderia ser feito em alto grau de generalidade, o que resultaria em um sistema não-informativo. Em outras palavras, plausivelmente podemos alcançar um acordo sobre quais valores importam para as decisões constitucionais, valores como liberdade, igualdade etc., mas o desacordo sobre o que esses valores determinam nos casos concretos persistiria. Uma ordenação abstrata também seria inaceitável, pois o fato de um valor se sobrepor aos outros sem levar em conta as circunstâncias dos casos levaria a uma espécie de tirania de valores (ver acima nota 14). Já a ideia de uma ordenação cardinal cai por terra dada a implausibilidade de metrificar os graus de realização de valores no campo dos direitos fundamentais; ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 158 - 163.

propõe uma ordenação “flexível” de valores constitucionais, que pode ser construída de dois modos: através de preferências *prima facie*, criando, por exemplo, ônus argumentativo em favor de certos valores, ou através de uma rede de decisões concretas de preferência.<sup>68</sup> No primeiro caso, é criada uma ordenação entre valores cujo caráter é meramente formal. Isto é, esse tipo de preferência basicamente afirma que, em caso de empate de razões, o valor preferido fica na frente.<sup>69</sup> Ela nunca, por si só, determina uma decisão em um caso concreto, portanto ela estabelece uma ordenação apenas em um sentido muito fraco.

No segundo caso, a ordenação é criada a partir de decisões de casos concretos. Para que não seja uma ordenação arbitrária, é preciso justificar essas decisões de preferência de um valor sobre outro. Segundo Alexy, elas são justificadas quando forem proporcionais, e sua proporcionalidade pressupõe a ponderação.

Essas considerações deixam claro que a noção de valores de Alexy não remete a preferências intersubjetivamente compartilhadas na comunidade. Se Alexy fala de preferências, estas são afirmadas *depois* da ponderação de princípios, e significam apenas que um valor teve precedência sobre outro no caso, isto é, que foi feita uma escolha entre duas alternativas portadoras de valor. A justificação dessa preferência, por sua vez, é estruturada pela ponderação de princípios. Nada impede que os juízes justifiquem essas preferências com base em uma concepção pública de justiça. Isso está, na verdade, pressuposto na teoria.

A crítica de Habermas, no entanto, também endereça justamente a racionalidade dessas ordenações de valores. Valores, diz ele, “devem ser colocados em uma ordenação transitiva<sup>70</sup> com outros valores caso-a-caso”. Alexy concordaria com isso. Mas, segue Habermas, como não há critérios racionais para isso, “a ponderação se dá ou arbitrariamente ou irrefletidamente, de acordo com padrões costumeiros e hierarquias”.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, 162 - 163

<sup>69</sup> *Ibid.*, 571

<sup>70</sup> Uma ordenação ser transitiva diz respeito à exigência básica de coerência de ordenações, segundo a qual, na definição dada por Amartya Sen, “se uma alternativa  $x$  é tomada como sendo pelo menos tão boa quanto  $y$  e  $y$  como sendo pelo menos tão boa quanto  $z$ , então  $x$  deve ser julgada como sendo pelo menos tão boa quanto  $z$ ”, SEN, Amartya, *Collective Choice and Social Welfare: Expanded Edition*, Penguin UK, 2017, p. 5. Por exemplo, se numa ordenação se estabelece que, em relação ao sabor, uma maçã é melhor que uma banana, que por sua vez é melhor que uma uva, mas que uma maçã é pior que uma uva, então se diz que essa ordenação é intransitiva.

<sup>71</sup> HABERMAS, *op. cit.*, 259. Habermas chega a afirmar que o “modelo econômico de justificação” de Alexy não ajudaria, uma vez que “não há unidades de medida inequívoca para medir os assim chamados valores jurídicos”, *ibid.* 545; nota 38. Alexy admite que seu modelo incorpora critérios de racionalidade econômica, mas ele não pressupõe a adoção de uma medida comum para medir valores.

## 2.2 EM DEFESA DA RACIONALIDADE DA PONDERAÇÃO

A resposta de Alexy a essa objeção é instrutiva, na medida em que envolve um refinamento da estrutura da ponderação de princípios, mas também um esclarecimento de que tipo de racionalidade é supostamente garantido na ponderação. Alexy defende que a ponderação consiste em uma estrutura formal que garante a inferência de uma conclusão jurídica a partir de um conjunto de premissas. Essa estrutura é expressa por uma fórmula que ele chama de fórmula do peso. Nas próximas seções, analisaremos detalhadamente essa resposta.

Recapitulando, a lei da ponderação de Alexy nos diz que quanto maior a interferência<sup>72</sup> na realização de um dos valores, tanto maior deve ser a importância de realizar o valor em sentido contrário. Ela se decompõe em três passos: estabelecer (I) o grau de não-cumprimento de um princípio, (II) a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e, por fim, (III) se a importância de satisfazer o segundo justifica o não-cumprimento do primeiro.<sup>73</sup> Contrapondo-se à negação forte de Habermas, Alexy tenta mostrar, através de exemplos, que, pelo menos em alguns casos, juízos racionais sobre interferência e importância são possíveis e podem ser colocados em relação um com o outro para justificar uma conclusão.<sup>74</sup> Assim, em alguns casos ao menos, os passos (I), (II) e (III) poderiam ser levados a cabo de forma racional. Em seguida, ele pretende mostrar o sistema que está por trás da racionalidade mostrada nos exemplos. Para isso, ele identifica os elementos relevantes na ponderação de princípios e os relaciona com o uso de uma fórmula, que ele chama de fórmula do peso. Vejamos, primeiramente, os exemplos.

### 2.2.1 O CASO DO TABACO

A corte constitucional alemã engajou-se em uma ponderação entre a liberdade de exercício profissional (*berufsausübungsfreiheit*) e o interesse público de promoção da saúde ao decidir sobre a constitucionalidade do dever por parte dos produtores de cigarro<sup>75</sup> de colocar

---

<sup>72</sup> Interferência em um princípio é equivalente aqui ao não-cumprimento ou ao prejuízo dele.

<sup>73</sup> ALEXY, Robert, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, Ratio Juris, v. 16, n. 4, 2003, p. 436 - 437.

<sup>74</sup> *Ibid.*, 439

<sup>75</sup> A decisão se refere a produtores de produtos de tabaco em geral, mas para não tornar o exemplo truncado, utilizei uma descrição menos acurada.

anúncios sobre os perigos do fumo nos seus produtos.<sup>76</sup> A corte considerou que o dever de colocar tais anúncios era uma interferência relativamente leve na liberdade de seguir uma profissão. Alexy afirma que banir completamente a venda de cigarros seria, pelo contrário, uma interferência séria. Entre esses extremos, diz ele, poderíamos pensar em interferências moderadas, de modo que poderíamos desenvolver uma escala triádica com os graus “leve”, “moderado” e “sério”. Disso, Alexy conclui que atribuições válidas segundo essa escala são possíveis.<sup>77</sup> Para provar o ponto, ele nos diz para imaginar alguém que classifique uma proibição completa do comércio de cigarros como leve e o dever de anúncio como sério.<sup>78</sup> Realmente, como diz Alexy, seria difícil levar a sério uma classificação como essa.<sup>79</sup>

O mesmo se aplicaria às razões contrárias, neste caso, as razões que justificam obrigar os produtores a anunciar os riscos do fumo. Como os riscos à saúde causados pelo cigarro são comprovadamente altos, as razões que justificam a interferência têm um peso alto. Logo, se a interferência na liberdade de exercício profissional é leve e a importância das razões em sentido contrário é alta, então o interesse público neste caso tem precedência. Com isso, Alexy pretendeu mostrar que os três passos exigidos pela lei da ponderação foram conduzidos de forma racional nesse exemplo.

### 2.2.2 O CASO TITANIC

O segundo caso diz respeito a uma ponderação do tribunal constitucional alemão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Um oficial da reserva alemão, que era paraplégico, fora descrito como “nascido para matar”<sup>80</sup> e depois como “aleijado” por uma revista satírica chamada Titanic. Condenada por um tribunal regional a pagar quantias a título de indenização por violação de direitos da personalidade do oficial, a revista ingressou com uma queixa ao Tribunal Constitucional Alemão afirmando que sua liberdade de expressão tinha sido infringida.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> BVerfGE, vol. 95, 179.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 437

<sup>78</sup> ALEXY, Robert, *A fórmula peso*, in: HECK, Luís Afonso (Org.), *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 133 - 134.

<sup>79</sup> Veremos no capítulo seguinte que, embora Alexy esteja certo em dizer que uma tal afirmação não será levada a sério, o argumento da atribuição válida segundo a escala triádica consiste em uma exageração dessa afirmação.

<sup>80</sup> A expressão “geborene Mörder” ou, como Alexy traduz em inglês, “born Murderer”, é traduzida literalmente como “nascido assassino”. A expressão “nascido para matar”, por outro lado, pareceria uma melhor opção para uma revista satírica brasileira.

<sup>81</sup> BVerfGE, vol. 86, 1



O tribunal constitucional considerou a condenação pela descrição “nascido para matar” uma interferência séria na liberdade de expressão dos associados à revista, pois “poderia afetar a disposição daqueles que produzem a revista de realizar seu trabalho do modo que eles faziam até então”. A expressão “nascido para matar” foi considerada consoante com o conteúdo satírico da revista. O tribunal comparou essa descrição com outras frequentemente utilizadas na revista e considerou que o conteúdo delas era semelhantemente humorístico. Diante dessas considerações, o tribunal julgou que a descrição não violava direitos de personalidade. Alexy tira disso que a interferência com o direito de personalidade foi tratada como tendo intensidade moderada ou leve e, desse modo, não sendo suficiente para justificar a interferência séria na liberdade de imprensa.<sup>82</sup>

No entanto, o tribunal julgou a descrição “aleijado” como sendo uma séria infração nos direitos de personalidade do oficial, pois descrever publicamente uma pessoa paraplégica como aleijada, afirmou-se, é visto como humilhante e como falta de respeito. Isso, segundo Alexy, implica que a importância de proteger os direitos de personalidade do oficial foi avaliada, neste caso, como grande. “Portanto, a interferência séria na liberdade de expressão foi contrariada pela grande importância concedida à proteção da personalidade”,<sup>83</sup> e assim a queixa constitucional estava justificada em relação à descrição “nascido para matar”, mas não em relação à descrição “aleijado”.

Alexy vai além das razões dadas pela corte e considera que chamar alguém severamente incapacitado de “aleijado” fere a dignidade da pessoa, o que constitui uma violação não apenas séria, mas “extraordinariamente séria”.<sup>84</sup> Nesse nível, diz o autor, seria muito difícil que interferências estivessem justificadas por qualquer fortalecimento das razões para interferência. Para Alexy, isso mostraria a capacidade dos direitos fundamentais como princípios de estabelecer limites através da ponderação. A ideia é que quanto mais sérias as interferências em princípios, mais fortes têm de ser as razões da interferência, e há interferências tão graves que é difícil até pensar em que razões poderiam em tese derrotá-las.

Esse exemplo, segundo Alexy, serve para mostrar que é possível colocar escalas em relação mesmo quando se trata de bens imateriais como liberdade de expressão e personalidade, mas também que a ponderação de princípios respeita os limites à interferência nesses bens.

---

<sup>82</sup> ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, p. 438.

<sup>83</sup> *Ibid.*, 438

<sup>84</sup> *Ibid.*, 439

### 2.2.3 A FÓRMULA DO PESO

Depois de discutir os exemplos, Alexy se propõe a mostrar o sistema que estaria por trás da racionalidade que ele pretendeu indicar neles. Alexy acredita que a resposta a Habermas reside na explicitação de uma estrutura formal em que se possa identificar e colocar em relação sistematicamente os fatores relevantes da ponderação de princípios. Se uma tal estrutura pode ser identificada, então é possível inferir de certos juízos uma conclusão jurídica cogente que preserva a correção desses juízos.

Primeiramente, os juízos sobre interferências em princípios seguiram, nos exemplos, um modelo triádico de “leve”, “moderado” e “sério”. Esse modelo não é necessário, mas ele é, segundo Alexy, adequado para a prática jurídica no mais das vezes. Uma escala de intensidades de interferência é adequada na medida em que ela representa bem os nossos juízos e, como Alexy não admite a possibilidade de metrificar intensidades de interferência,<sup>85</sup> há um limite para a fineza dessas escalas. Interferir em um princípio significa não satisfazer em algum grau aquilo que ele, *prima facie*, exige. Essa não-satisfação somente pode ocorrer nas circunstâncias de um caso, portanto, afirma Alexy, a intensidade de interferência é sempre uma “grandeza concreta”.<sup>86</sup> Em contraste, uma “grandeza abstrata” é uma tal que não leva em consideração circunstâncias específicas. Portanto, para levar a cabo o primeiro passo da ponderação de princípios, traduzimos nossos juízos segundo uma escala de intensidade de interferência que é sempre relativa às circunstâncias de um caso.

O segundo passo da lei da ponderação exige a avaliação da importância de satisfazer o princípio cuja satisfação interfere no primeiro princípio. A noção de importância, no entanto, é mais abrangente que a de interferência. Podemos pensar na importância de satisfazer um princípio considerando as circunstâncias do caso, mas também podemos pensá-la abstratamente. No caso Titanic, por exemplo, a importância de proteger os direitos de personalidade do oficial foi avaliada de acordo com as circunstâncias do caso, pois significava a importância de satisfazer aquilo que o direito concebido como princípio exigia no caso. Entretanto, é plausível dizer que certos direitos são mais importantes que outros sem referência a algum caso, por exemplo, que o direito à vida é mais importante que o direito à liberdade de comércio. No segundo caso, o juízo não diz respeito à satisfação de um ou outro princípio, mas a uma consideração sobre a importância dos fins eles mesmos. Ou seja, no segundo caso,

---

<sup>85</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 162.

<sup>86</sup> ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, p. 440.

consideramos que a realização do direito à vida “conta mais” do que a realização da liberdade de comércio, enquanto no primeiro avaliamos graus de realização.

Essas considerações fizeram com que Alexy achasse necessário qualificar a noção de “importância” empregada na lei da ponderação. Na formulação original, diz Alexy, a lei da ponderação incluía apenas a noção de importância concreta, pois ela foi exposta com vistas à situação em que a importância dos princípios em conflito era a mesma no nível abstrato (segundo ele, a situação padrão no direito constitucional).<sup>87</sup> Essa qualificação permitiria dizer que a importância concreta equivale à interferência, isto é, ao não-cumprimento ou prejuízo. Uma colisão de princípios consiste em determinações incompatíveis de dois princípios, ou seja, aquilo que um princípio exige interfere na exigência do outro. Desse modo, no segundo passo da lei da ponderação, deveríamos avaliar a intensidade de interferência no segundo princípio caso não interferíssemos no primeiro. Nas palavras de Alexy, “a lei da ponderação exige uma comparação da intensidade de uma interferência efetiva com a intensidade de uma interferência hipotética, que seria inevitável se a interferência efetiva fosse omitida”.<sup>88</sup>

Um exemplo talvez ajude na compreensão das considerações acima. Pensemos novamente no caso Titanic. Naquele caso, a indenização por danos morais era uma medida que cumpria com o direito *prima facie* à proteção da personalidade, mas que interferia na liberdade de expressão da revista. A ideia de Alexy é que, para pensar na importância concreta de cumprir com o direito de personalidade, deveríamos imaginar a situação em que a indenização fosse suprimida. Suprimir a indenização significa não interferir na liberdade de expressão da revista, mas, pelo contrário, consistiria em uma interferência no direito de personalidade. É por isso que Alexy afirma ser uma interferência hipotética.

Como o objetivo de Alexy é explicitar a estrutura de racionalidade formal da ponderação de princípios, em que uma exigência central é que todos os fatores relevantes para a ponderação sejam incluídos nela,<sup>89</sup> outros elementos para além da “situação padrão” tiveram de ser incluídos nessa estrutura. São eles o peso abstrato dos princípios, que consistem no peso de cada um desconsiderando as circunstâncias do caso, e o grau de confiabilidade epistêmica das suposições concernentes ao significado da medida em questão para a realização dos princípios.

---

<sup>87</sup> ALEXY, Robert, *Proportionality and Rationality*, in: *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2018, p. 17.

<sup>88</sup> ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison.*, p. 441

<sup>89</sup> ALEXY, Robert, *Proportionality and Rationality*, p. 19.

Esse último fator expressaria o que Alexy chama de “lei da ponderação epistêmica”, segundo a qual

Quanto mais intenso é o peso de uma interferência em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das suas premissas subjacentes.<sup>90</sup>

Essa estrutura de racionalidade formal pode ser expressa, segundo Alexy, pela seguinte fórmula:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Na fórmula, o peso concreto do princípio  $P_i$  relativamente ao princípio  $P_j$  ( $G_{i,j}$ ) é expresso por um quociente. No numerador está o produto da intensidade de interferência em  $P_i$  ( $I_i$ ) vezes o seu peso abstrato ( $G_i$ ), vezes o grau de confiabilidade epistêmica das premissas que sustentam os juízos de interferência em  $P_i$  ( $S_i$ ). No denominador encontramos o produto das variáveis correspondentes relacionadas ao princípio em sentido contrário ( $P_j$ ).<sup>91</sup> Se o quociente for maior que 1, significa que o princípio  $P_i$  tem maior peso do que o princípio  $P_j$  nas circunstâncias do caso. Se ele for menor que 1, o princípio  $P_j$  levará a melhor. Já se ele for igual a 1, temos um empate de razões.

Apresentada assim, a fórmula tende a provocar uma certa estranheza; que ganho teórico se pode ter com o emprego de uma fórmula matemática? Primeiramente, é necessário atribuir números a todas essas variáveis. Mas intensidades de interferência e pesos abstratos de princípios jurídicos não são passíveis de medição segundo uma unidade de medida comum. Estabelecer o peso de um princípio não é a mesma coisa que pesar frutas no supermercado. Ponderar princípios é, afinal de contas, apenas uma metáfora cujo significado é procurar por razões suficientes para que um princípio tenha precedência sobre outro.

---

<sup>90</sup> ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, p. 446.

<sup>91</sup> Essas variáveis estão expostas de um modo simplificado. Na forma estendida:  $I_i = IP_iC$ , i.e., a intensidade de interferência ( $I$ ) no princípio  $P_i$  nas circunstâncias do caso ( $C$ );  $G_i = GP_iA$ , i.e., o peso ( $G$ ) do princípio  $P_i$  abstratamente ( $A$ );  $S = SP_iC$ , i.e., a confiabilidade das premissas ( $S$ ) sobre o que significa a medida em questão para a não realização de  $P_i$  nas circunstâncias do caso ( $C$ ).

Para que a fórmula faça sentido, portanto, é necessário criar escalas possíveis de serem representadas numericamente e que traduzem nossos juízos a respeito de cada uma das variáveis da fórmula, assumindo que é possível colocar essas diferentes escalas em relação segundo a fórmula apresentada.<sup>92</sup> Mais que isso, a pretensão de Alexy é que, dado um conjunto de juízos justificados a respeito da importância dos princípios, a fórmula determine corretamente qual deles tem precedência sobre o outro.

Alexy propõe uma escala geométrica, em que se atribui potências de 2 às variáveis. Assim, a escala de leve, moderado e sério, que se aplica tanto às interferências concretas quanto aos pesos abstratos, seria representada respectivamente por  $2^0$ ,  $2^1$  e  $2^2$ , isto é, 1, 2 e 4. Já uma escala triádica de confiabilidade, que Alexy extrai da jurisprudência da corte alemã, divide-se em confiável, sustentável ou plausível e não evidentemente falso, cuja representação numérica é respectivamente  $2^0$ ,  $2^{-1}$  e  $2^{-2}$ , isto é, 1,  $\frac{1}{2}$  e  $\frac{1}{4}$ .<sup>93</sup> Esses números representam classificações, que, por sua vez, precisam ser justificadas (e não medidas):

[s]e a interferência (...) é classificada como séria, isto é, se  $I_i$  recebe o valor 4, então o número 4 representa nada mais que a proposição: “esta interferência (...) é séria”. (...) O ponto central é que tais proposições – poder-se-ia chamá-las de “proposições de classificação” – são, como proposições e afirmações em geral, carentes de justificação.<sup>94</sup>

Para exemplificar, tomemos o exemplo de Alexy dos produtores de cigarro.<sup>95</sup> Suponhamos, como nos exemplos, que o dever dos produtores de anunciar os perigos do fumo é uma interferência leve na liberdade do exercício da profissão (1), e que não impor esse dever

---

<sup>92</sup> Essa suposição foi atacada pela chamada objeção da incomensurabilidade. Para o problema da comensurabilidade, cf. ALENIKOFF, T. Alexander, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale Law Journal, v. 96, p. 943–1005, 1986; TSAKYRAKIS, Stavros, *Proportionality: An assault on human rights?*, International Journal of Constitutional Law, v. 7, n. 3, p. 468–493, 2009; WEBBER, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, New York: Cambridge University Press, 2009, cap. 3; ENDICOTT, Timothy, *Proportionality and Incommensurability*, in: *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York: Cambridge University Press, 2014; URBINA J., Francisco, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge (UK), New York: Cambridge University Press, 2017, cap. 3. Para defesas da proporcionalidade frente a essas objeções, cf. SILVA, da; AFONSO, Virgílio, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, Oxford Journal of Legal Studies, v. 31, n. 2, p. 273–301, 2011.

<sup>93</sup> ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, p. 446 - 447.

<sup>94</sup> ALEXY, *Proportionality and Rationality*, p. 22 (tradução minha).

<sup>95</sup> Acima em 2.2.1.

a eles consiste em uma interferência grave na promoção da saúde (4).<sup>96</sup> Suponhamos ainda que a promoção da saúde é um princípio cujo peso abstrato é mais alto que a liberdade de exercício de uma profissão (damos mais valor ao primeiro do que ao segundo). Então o primeiro tem peso abstrato alto (4), enquanto o segundo apenas moderado (2). Simplificando bastante, digamos que é apenas plausível  $\left(\frac{1}{2}\right)$  que, em um estado de coisas em que não há um dever de anunciar os perigos do cigarro, o consumo de cigarros seja significativamente maior que o estado de coisas em que o dever se aplica, sendo que o fumo comprovadamente é causa de uma série de doenças.<sup>97</sup> Já a interferência na liberdade de exercício de profissão é certa; portanto, a afirmação de interferência é confiável (1). Aplicando esses valores na fórmula, sendo  $P_i$  o princípio da liberdade de exercício de profissão e  $P_j$  o princípio da promoção da saúde, temos:

$$G_{i,j} = \frac{1 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times \frac{1}{2}} = \frac{1}{4}$$

Isso significa, pela fórmula, que o princípio da promoção da saúde tem precedência no caso, portanto o dever de colocar anúncios no cigarro é proporcional.

A resposta a Habermas, em suma, é a seguinte: se juízos racionais sobre interferências e pesos abstratos são possíveis, e sendo a fórmula do peso um esquema inferencial válido, então a racionalidade da ponderação está garantida, pois ela preserva a correção dos juízos. Nesse sentido, o problema da racionalidade persistiria somente se não fosse possível justificar racionalmente os juízos classificatórios que servem de premissas na fórmula do peso, e não mais no mínimo de racionalidade garantido pela estrutura formal. A teoria dos princípios, enquanto teoria estrutural, estaria salva. Os exemplos são apresentados como casos simples, a fim de nos convencer de que há espaço para a racionalidade na ponderação.

O movimento conceitual de Alexy pode ser visto da seguinte maneira: princípios são um tipo distinto de norma, cuja aplicação se dá pela ponderação de princípios, que tem uma

---

<sup>96</sup> Como veremos no capítulo seguinte, essas suposições são, por si só, problemáticas.

<sup>97</sup> Supondo ainda que o importante aqui é o estado de coisas melhor com respeito à saúde de cada indivíduo e não o dever de informação dos produtores de tabaco. No segundo caso, o estado de coisas em que menos pessoas sofrem de doenças causadas pelo cigarro é menos importante que um estado de coisas em que as pessoas têm plenas condições de saber dos perigos aos quais elas próprias *escolheram ou não* se submeter.

estrutura de racionalidade formal reconhecível. Com isso, Alexy quer dizer que juízes *aplicam a lei* ao aplicar princípios jurídicos.

### 3. UMA AVALIAÇÃO DA RESPOSTA DE ALEXY

Alexy não teria ido longe demais com o emprego de uma fórmula matemática? Mesmo não pressupondo que os valores da fórmula sejam uma questão de metrificação, isto é, que os números empregados na fórmula apenas representem argumentos que, por sua vez, devem ser justificados, a própria ideia de juízes empregando uma tal fórmula nas suas decisões é, no mínimo, estranha. Nem mesmo Alexy acredita que essa seria uma boa ideia. Para ilustrar o ponto, ele recorre a uma analogia de Gottlob Frege, que compara a relação da sua “linguagem formular” com a “linguagem corrente” à do microscópio com o olho. “Este último, pela extensão de sua aplicabilidade e pela versatilidade de sua adaptação às mais diversas circunstâncias, é muito superior ao microscópio. Contudo, como um instrumento óptico, o olho possui (...) muitos inconvenientes”.<sup>98</sup>

Na visão de Alexy, essa analogia cabe para a análise formal da proporcionalidade.<sup>99</sup> Assim como não é papel dos juízes engajarem-se na análise lógica de suas decisões, também não seria seu papel a análise formal da ponderação de princípios. A função de uma análise formal seria antes aprofundar nossa compreensão sobre o modo de aplicação dos princípios. Dito de outra forma, para Alexy princípios são um tipo distinto de normas, cujo modo de aplicação se dá pela ponderação, e a análise formal nos ajuda a compreender a estrutura desse modo de aplicação. No dia-a-dia dos tribunais, a estrutura da ponderação se traduz em ônus argumentativos que o juiz deve satisfazer razoavelmente para justificar a precedência de um princípio sobre outro.

Nesse momento seria interessante dar um passo atrás. A resposta de Alexy a Habermas tem duas etapas. Antes de mergulhar na análise formal da ponderação, ele pretendeu mostrar, pelos exemplos, que escalas podem ser racionalmente atribuídas a intensidades de interferências, e que, ao colocá-las em relação, obtemos a resposta para qual princípio tem precedência naqueles casos. Alexy apresenta esses exemplos como casos fáceis de ponderações de princípios. Mas será que eles são mesmo casos fáceis, ou somente podemos dizer isso sobre eles supondo uma série de coisas que, na verdade, são controversas?

Na próxima seção, pretendo mostrar que uma ponderação, mesmo nesses casos supostamente simples, pode envolver análises empíricas complexas, mas principalmente juízos

---

<sup>98</sup> FREGE, Gottlob, *Conceitografia: Uma linguagem formular do pensamento puro decalcada sobre a da aritmética*, Seropédica, RJ: PPGFIL-UFRRJ, 2018, p. 18.

<sup>99</sup> ALEXY, Proportionality and Rationality, p. 23.



normativos controversos sobre o que significa otimizar os princípios em questão. Em seguida, veremos como dar conta dessa complexificação dos exemplos dentro do modelo de Alexy. Por fim, gostaria de expor um desafio diferente que surge a partir dessas considerações. A questão é se aplicar princípios, ao menos no direito constitucional, pode ser entendido como *aplicar a lei* no sentido relevante da expressão. A discussão não será sobre problemas conceituais. Isto é, se definirmos norma jurídica à maneira de Alexy e assumirmos que a distinção qualitativa entre regras e princípios está correta, podemos dizer, conceitualmente, que aplicação de princípios é aplicação da lei. No entanto, se levarmos em conta tanto a função da jurisdição no direito moderno, quanto a estrutura que o poder judiciário tem para exercer essa função, a questão fica mais complicada.

### 3.1 DIFICULTANDO OS CASOS FÁCEIS

#### 3.1.1 O ARGUMENTO DA ATRIBUIÇÃO VÁLIDA SEGUNDO A ESCALA TRIÁDICA

Recordemos o Caso do Tabaco, visto na seção 2.2.1.<sup>100</sup> O tribunal alemão considerou o dever de anúncio dos produtores de tabaco uma interferência leve na liberdade de exercer uma profissão. Como vimos, o fato de podermos imaginar interferências mais graves, como o completo banimento de vendas de cigarro, mostra, segundo Alexy, que atribuições válidas segundo uma escala de “leve”, “médio” e “sério” são possíveis. A prova disso, afirma ele, é que seria difícil levar a sério uma classificação que colocasse a proibição total como uma interferência “leve” e o dever de anúncio como “séria”.

Esse argumento, no entanto, não me parece convincente. Pois não se segue de uma interferência ser mais leve que outra com relação a um valor que ela é uma interferência leve nesse valor. Proibir o comércio de cigarros é obviamente mais grave que obrigar os produtores a colocar anúncios, mas isso quer dizer apenas que existe uma medida mais séria que a outra com respeito à liberdade do exercício profissional. Por exemplo, em relação à liberdade de imprensa, o fato de um governo obstruir a atuação de todos os grandes meios de comunicação de seu país ser uma interferência séria não torna a obstrução, por parte desse governo, de apenas

---

<sup>100</sup> Nesta seção, tomo como base a análise que o próprio Alexy fez dos casos que descrevi no capítulo anterior, e não as considerações do tribunal alemão diretamente. Como o autor se vale desses exemplos para corroborar o seu modelo, acredito ser suficiente restringir a minha análise à leitura que ele faz. Se os tribunais entendem os casos de modo diverso, isso conta contra a reconstrução que Alexy faz das suas decisões.

um desses meios de comunicação uma interferência moderada ou leve. Isso somente quer dizer que a primeira medida é mais séria em relação à última.

Se alguém dissesse que obstruir todos os meios de comunicação é uma medida menos séria do que obstruir um, essa posição seria tão estapafúrdia quanto a classificação não levada a sério por Alexy. Mas a estranheza dessas proposições não vem do fato de que uma medida é uma interferência leve ou moderada e outra é uma interferência grave, mas do juízo comparativo de que uma é mais séria que a outra. No primeiro caso, fazemos um juízo de valor classificatório, no segundo, um juízo de valor comparativo.<sup>101</sup>

Podemos imaginar um conjunto de medidas, cada uma interferindo mais gravemente em um valor do que a outra, e mesmo assim julgar que nenhuma dessas interferências é leve. Com um pouco de imaginação, podemos conceber interferências cada vez maiores em um valor. Por exemplo, impor sanções penais aos produtores de tabaco para reforçar a proibição é uma interferência mais séria do que a mera proibição. Impor sanções penais cada vez mais severas é cada vez mais grave. Se, por um lado, a proibição completa é evidentemente mais séria que o dever de anunciar os riscos, por outro lado, este último é evidentemente mais sério que, por exemplo, o dever de colocar na carteira de cigarro uma mensagem em letras miúdas dizendo "informe-se sobre os efeitos do cigarro". Ele também é mais sério que apenas anunciar os riscos, suprimindo o imperativo característico "pare de fumar".

Portanto poderíamos argumentar que, apesar de a proibição total dos cigarros ser uma interferência séria, o dever de anunciar dos produtores também afeta seriamente a liberdade de exercício da profissão. Essa reivindicação certamente teria mais chances de ser levada a sério. O ponto aqui, para ficar claro, não é entrar em uma discussão substantiva sobre se o dever de anúncio dos produtores de cigarro consiste em uma interferência leve ou séria na liberdade do exercício de profissão. É antes que não se poderia concluir que atribuições de pesos segundo uma escala de "leve", "moderada" ou séria" são possíveis (não arbitrariamente) somente do fato comparativo de que algumas interferências são *mais sérias* que outras com respeito a um valor.

---

<sup>101</sup> Sobre a diferença entre juízos de valor classificatórios e comparativos, ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 148.

### 3.1.2 PROBLEMA DA CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DE OTIMIZAÇÃO

Há ainda outros complicadores no exemplo do tabaco. Ao referir-se às razões que justificam a interferência na liberdade de exercício de uma profissão, Alexy se restringe a apontar os graves riscos à saúde que o cigarro provoca. De fato, há um consenso na comunidade científica sobre os riscos do fumo para a saúde. Mas não fica explícito na análise de Alexy que implicações esse fato tem para o propósito público da promoção da saúde. Assumindo que há um princípio da promoção da saúde – uma norma que ordena que o propósito da promoção da saúde seja satisfeito na maior medida possível dadas as possibilidades fáticas e jurídicas–, precisamos ter uma ideia de o que significa promover a saúde para poder avaliar a satisfação do propósito. Podemos perguntar, afinal otimizar o quê? Se o propósito de promover a saúde se resume a reduzir ao máximo o número de doentes na sociedade, é fácil passar da constatação do risco para a satisfação do propósito. Mas esse modo de caracterizar um propósito público não traria uma descrição empobrecida de “promover a saúde”?

Se fôssemos por esse caminho, teríamos de aceitar, supondo algumas premissas empíricas que acredito não serem controversas, que uma política de vacinação compulsória promove mais a saúde que uma política de incentivo à vacinação. Um defensor do modelo de Alexy poderia aceitar que o propósito de promover a saúde seria satisfeito em maior grau com a política de vacinação compulsória, mas que mesmo assim a política de incentivo à vacinação seria preferível, pois a primeira medida traria interferência muito grave na liberdade e na dignidade das pessoas. A ideia por trás disso seria desmembrar uma noção complexa de um propósito em diversos valores otimizáveis cada qual em apenas uma dimensão. Nesse sentido, se acreditamos que a política de incentivo à vacinação é superior à de vacinação compulsória, é porque ponderamos o princípio da promoção da saúde *qua* maximização do número de pessoas saudáveis com outros princípios relevantes, como o da dignidade. O propósito de promover a saúde descrito de uma forma mais rica seria, ao cabo, resultado de ponderações de diversos valores que conflitam entre si. Seria essa a visão de Alexy? Suas considerações a respeito do comportamento dos princípios em isolamento apontam que sim:

Se se deixa de lado um dos princípios colidentes, a referência às possibilidades jurídicas perde seu significado. De mandamento de otimização, o princípio seria transformado em mandamento de maximização relativo apenas *às possibilidades*

*fáticas*. Isso conduz à ideia geral segundo a qual os princípios, isoladamente considerados (...), têm natureza de mandamentos de maximização.<sup>102</sup>

No entanto, esse modo de caracterizar propósitos públicos iria de encontro às considerações que fizemos sobre o princípio da necessidade, no primeiro capítulo deste trabalho.<sup>103</sup> Vimos que, mesmo ao considerar as possibilidades fáticas de realização de um princípio, considerações normativas sobre o objeto de otimização têm um papel relevante. Relembrando, Alexy cita a decisão do tribunal constitucional alemão que considerou o dever de rotulagem dos fabricantes de doces que pareciam chocolates (mas não eram) tão eficaz para satisfazer o propósito de “proteger os consumidores de compras equivocadas” quanto uma proibição completa do comércio de tais doces. Como um dever de rotulagem interfere menos na liberdade de comércio que uma proibição completa, a proibição foi julgada desproporcional. Mas somente podemos dizer que o dever de rotulagem é tão eficaz quanto uma proibição completa se esse propósito não for descrito como “reduzir ao máximo o número de compras equivocadas”; caso contrário a proibição será mais eficaz.

Há uma consideração análoga a se fazer para o caso do tabaco. Saber em que medida a presença do aviso dos perigos do tabaco contribui para a redução do consumo de cigarros é uma questão empírica. Mesmo que se constate uma redução no consumo após a vigência da medida, é difícil isolar o impacto de uma só variável. A colocação das propagandas anti-tabagistas é apenas uma entre diversas possíveis medidas que podem afetar o consumo concomitantemente, por exemplo o aumento da tributação.<sup>104</sup> Podemos pensar, ainda, em um cenário em que, após um longo período de vigência, as pessoas parem de se afetar com o conteúdo dos anúncios. Há uma série de contingências que podem afetar ou não a eficácia das propagandas. Mesmo assim, é plausível dizer que a presença delas contribui para a diminuição do consumo de cigarros, assim como era plausível dizer que um dever de rotulagem dos produtores do doce de arroz contribuía para proteger os consumidores de compras equivocadas.

---

<sup>102</sup> *Ibid.* 95, nota de rodapé 37 (grifo meu)

<sup>103</sup> Cf. acima seção 1.2.1.

<sup>104</sup> Isso não quer dizer que não se possa isolar as variáveis, apenas que é uma questão empírica complicada. Há, por exemplo, diversos estudos sobre o impacto no consumo pelo aumento dos impostos e análise de custo-benefício, cf. FUCHS, Alan; CARMEN, Giselle Del; MUKONG, Alfred Kechia, *Long-Run Impacts of Increasing Tobacco Taxes: Evidence from South Africa*, p. 39, ; VAN BAAL, Pieter H. M. *et al*, *Increasing tobacco taxes: A cheap tool to increase public health*, Health Policy, v. 82, n. 2, p. 142–152, 2007.

Dito isso, não seria absurdo prever que uma proibição completa no comércio de cigarros teria um efeito mais direto e profundo no consumo.<sup>105</sup> Portanto, se, para satisfazer o propósito de promover a saúde importasse apenas o estado de coisas em que menos pessoas fumam, haveria razões fortes para preferir a proibição total aos anúncios. Note-se que, sendo esse o propósito, proibir o comércio de cigarros não é apenas uma razão mais forte porque as premissas empíricas são mais confiáveis, mas principalmente porque podemos afirmar que menos pessoas consumirão cigarro.<sup>106</sup> É claro que, como Alexy ressalta, uma proibição completa interferiria mais na liberdade de exercício da profissão do que o dever de colocar os anúncios. Podemos pensar também que ela interferiria em outros direitos, como na liberdade dos próprios fumantes, pois, se aceitarmos que as pessoas têm direito de consumir produtos que lhes fazem mal, contaremos também a interferência nesse direito como uma razão contrária à proibição. Mas a questão de se é a proibição ou o dever de anúncio que cumprem na maior medida possível o propósito em questão, considerando os princípios em sentido contrário, somente pode ser resolvida depois de analisarmos todas essas outras questões.

Com essas considerações, pretendi mostrar a dificuldade de identificar o propósito de atos legislativos. Isso, ao fim e ao cabo, dependerá de uma avaliação normativa. Alguém que se pergunta sobre o quanto proibir o consumo de cigarro ou impor um dever de anúncio nos produtores avança o propósito público de promover a saúde se pergunta sobre o quanto essas medidas são capazes de aproximar a saúde pública de um ideal. Reduzir o número de doentes na sociedade é algo importante para esse ideal, mas dizer que isso é tudo que importa é assumir uma concepção particular desse propósito, uma que, a meu ver, é empobrecida. Dependendo do modo como definimos esse propósito, otimizá-lo significa coisas diferentes.<sup>107</sup>

Até mesmo julgar as razões que sustentam a interferência na liberdade de exercer uma profissão depende de uma caracterização da profissão a se exercer, bem como de o que significa

---

<sup>105</sup> Isso porque a única possibilidade de consumir, dada a proibição, é à margem da lei, já com a advertência, a escolha permanece juridicamente aberta para o indivíduo. No entanto, se fôssemos de fato encarar essas questões, teríamos de levar em conta o recrudescimento do mercado paralelo de cigarros, o que dificultaria ainda mais a nossa análise.

<sup>106</sup> Se fosse apenas uma questão de confiabilidade das premissas empíricas, a diferença entre as medidas seria apenas que, no caso de uma proibição, poderíamos afirmar com mais certeza que o consumo iria reduzir. A diferença é que, se o argumento até aqui é convincente, não apenas podemos afirmar com mais certeza que o consumo irá reduzir, mas também que ele irá reduzir mais.

<sup>107</sup> Bradley W. Miller usa um argumento similar para mostrar que a proporcionalidade não pode dispensar o raciocínio moral; cf. MILLER, Bradley W., *Proportionality's Blind Spot: "Neutrality" and Political Philosophy*, in: , New York: Cambridge University Press, 2014, p. 283. ("O modo como o propósito legislativo é caracterizado pode ser muito mais significativo, alimentando não apenas a análise da ponderação geral, mas também a avaliação da importância do propósito legislativo e crucialmente a avaliação da necessidade").

interferir no seu exercício. O mercado de venda de cigarros mobiliza diversas profissões, por exemplo o investidor em grandes empresas produtoras de tabaco, o empregado da fábrica de tabaco, donos de armazéns, de bares e de tabacarias, caminhoneiros etc., e as medidas afetam o exercício dessas proibições de modos distintos.<sup>108</sup>

Além disso, o juízo de que um dever de anúncio nos cigarros é leve tem uma relação estreita com o propósito de promover a saúde. Pensemos no seguinte anúncio (acompanhado de uma imagem chocante): “este produto causa câncer, pare de consumi-lo”. Dizer que o dever de fazer propaganda contrária ao seu produto, pedindo aos indivíduos que parem de consumi-lo, é uma interferência leve no exercício da profissão somente faz sentido se levarmos em conta a importância de restringir o consumo deste produto. Qualquer interferência do tipo seria considerada séria se estivéssemos falando, por exemplo, dos produtores de saladas orgânicas.<sup>109</sup>

Em defesa do modelo, poderíamos dizer que o que muda não é a seriedade da interferência, mas o fato de não termos nenhuma razão para impor um dever desse tipo aos produtores de saladas orgânicas. Mas teríamos de estar dispostos a afirmar algo como: “o dever imposto aos produtores de saladas orgânicas de fazerem propagandas contrárias a si próprios, desaconselhando os consumidores de comprarem seus produtos, consiste em uma interferência leve no exercício da sua profissão. Mas como não há razão para impor esse dever, ele é desproporcional”. A meu ver, essa afirmação contrariaria nossos juízos sobre o caso. A imposição do dever ao produtor de saladas continua parecendo uma interferência séria. Se pararmos para pensar, fazer propaganda contrária aos seus próprios produtos é algo bastante sério para qualquer produtor. É o fato de haver razões fortes para inibir o consumo do cigarro que possibilita tratarmos o caso de modo diferente. Isso indica que a saída para o modelo de Alexy consiste em dizer que, como a ponderação se dá nos casos concretos, o juízo de que o dever dos produtores é leve tem de ser em comparação com a importância de satisfazer o propósito da promoção da saúde. Isso significa, por sua vez, que a atribuição dos pesos não se dá independentemente dos valores em sentido contrário.

Podemos fazer uma observação semelhante com respeito ao caso Titanic, visto na seção 2.2.2. Naquele caso, o tribunal constitucional alemão julgou desproporcional a condenação da revista Titanic por danos morais devidos a um oficial da reserva, que era paraplégico, tratando-se do uso, feito pela revista, da expressão “nascido para matar”, mas proporcional quanto ao uso da expressão “aleijado”. O interessante para o ponto é que a razão dada pelo tribunal para

---

<sup>108</sup> Cf. TUSHNET, *Making Easy Cases Harder*, p. 310.

<sup>109</sup> Agradeço ao Gerson Tadeu Astolfi me chamar a atenção para esse ponto.

julgar a indenização pelo uso da expressão “nascido para matar” como uma interferência séria na liberdade de expressão foi a de que ela estava no contexto humorístico da revista.

Alexy considerou as interferências na liberdade de expressão da revista no caso das descrições “nascido para matar” e “aleijado” igualmente sérias. Mas ao avaliar a interferência como séria no caso da descrição “nascido para matar”, fez diferença para o tribunal que esse tipo de descrição fosse frequentemente usado na revista e que esse uso se enquadrava no contexto satírico da revista. Punir pelo uso de um tipo de expressão frequentemente utilizado desencoraja mais a criação de novos conteúdos do que, por exemplo, punir pelo uso pontual de uma expressão grosseira que destoa do conteúdo da revista. Mas Alexy se limitou a afirmar que, no caso da descrição “aleijado”, a condenação da revista também consistia em uma interferência séria.

Esse ponto poderia ser acomodado no modelo de Alexy, bastando um maior cuidado na atribuição dos pesos. Assim, poder-se-ia dizer que a interferência na liberdade de expressão da revista na condenação pela descrição “aleijado” foi apenas moderada, dado que não era um tipo de expressão frequentemente utilizada pela revista e não se enquadrava no seu contexto satírico.<sup>110</sup> No entanto, há uma outra questão que esse exemplo suscita, a saber, que novamente os juízos sobre as interferências nos princípios parecem estar relacionados, pois a avaliação da gravidade de uma interferência depende de que tipo de expressão estamos tratando. Será que punir pelo uso de uma expressão que ofende a dignidade de uma pessoa não conta, justamente por isso, como uma interferência menos grave na liberdade de expressão?

Se não fosse assim, que fundamento teríamos para diferenciar a seriedade, com respeito à liberdade de expressão, de proibir alguém de subir em um palanque para defender a nova reforma da previdência da de, digamos, alguém subir no mesmo palanque para incitar os presentes a linchar um inimigo político. Em ambos os casos, é o ato de fazer um discurso que foi proibido, porém não hesitaríamos em dizer que a interferência na liberdade de expressão é muito mais grave no primeiro caso. Afirmer isso implica afirmar que a proteção da liberdade de expressão tem um sentido para além da maximização de tudo que estiver no campo semântico de “expressão”.<sup>111</sup> Mas se esse é o caso, então princípios não são unidimensionais do modo como caracterizamos acima.

---

<sup>110</sup> A justificação tem de ser mais bem-acabada do que isso, e se poderia justificar até que a interferência continua sendo séria. O ponto aqui é apenas que uma nova avaliação precisaria ser feita.

<sup>111</sup> Grégoire Webber critica os teóricos da proporcionalidade por, segundo ele, assumir esse tipo de raciocínio na fundamentação dos direitos. “Sem dúvida o alcance semântico de termos como “liberdade”, “associação” e

Alexy define princípios como ordenando que algo seja realizado na maior medida possível dadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Mas, como tentei mostrar, a questão anterior de o que é esse “algo” determina em certa medida os nossos juízos sobre as interferências.

### 3.2 UMA DEFESA DO MODELO EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS

Se as objeções que levantei ao argumento da atribuição válida segundo a escala triádica estão corretas, apenas a referência a interferências mais sérias em um princípio não é suficiente para podermos afirmar que a classificação de uma interferência como leve, média ou grave é válida. Disso não se segue que essa classificação é irremediavelmente arbitrária. Na perspectiva de Alexy, o crucial para que elas sejam racionalmente defensáveis é que se possa dar boas razões para essas classificações.<sup>112</sup>

Em relação ao problema da identificação do objeto de otimização, a resposta é a mesma. Alexy admite que julgar a seriedade de uma interferência envolve fazer suposições sobre o que ameaça a satisfação de um princípio, ou seja, envolve uma concepção do valor que se quer otimizar. Mas isso não seria arbitrário se pudéssemos dar boas razões para essas suposições.<sup>113</sup> Para mostrar a possibilidade de se dar boas razões, ele faz referência à sua teoria da argumentação. Farei uma exposição curta dessa teoria, focando no seu aspecto procedimental. Espero que esses breves comentários sejam suficientes para obtermos uma visão geral que permita dar seguimento ao argumento.

Segundo a teoria da argumentação de Alexy, um juízo de obrigação está correto quando ele pode ser o resultado do procedimento do discurso racional, que por sua vez é constituído de uma série de regras.<sup>114</sup> Para justificarem seus argumentos práticos, os participantes no discurso submetem as convicções normativas que eles têm a um teste dado por essas regras. As razões

---

“expressão” devem *informar* nossa avaliação da constituição de direitos”. A adversativa vem logo em seguida: “Simplesmente não se segue que toda “expressão” é assunto da “liberdade de expressão”, assim como não se segue que mais “conversa” é sinal de uma sociedade mais livre”, WEBBER, Grégoire, *Proportionality and Absolute Rights*, in: *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, New York: Cambridge University Press, 2017, p. 84-85 (tradução minha; grifo no original).

<sup>112</sup> ALEXY, *Proportionality and Rationality*, p. 24.

<sup>113</sup> ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, p. 439.

<sup>114</sup> Para uma exposição completa dessas regras, cf. ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 188-206. Para uma caracterização da teoria do discurso como uma teoria procedimental, cf. ALEXY, Robert, *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*, Trad. Heck, Luís Afonso 2ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 7-86.



que sobrevivem ao teste podem ser consideradas corretas. Entre essas regras, há aquelas que são específicas ao discurso, cujo objetivo é conferir imparcialidade através da garantia da liberdade e igualdade na argumentação. Essas regras expressam as condições de uma situação discursiva ideal, em que todas as barreiras para a comunicação são retiradas e, portanto, vale o peso do melhor argumento. Nessas condições, uma norma somente pode ter aprovação universal se as consequências do seu cumprimento podem ser aceitas por todos. Ou seja, vise-se a um consenso imaginado em uma situação ideal em que todos os afetados pelas normas possam dar e responder a razões, em que não há limitação temporal, nem prática de coerção, entre outras condições.

As características desse procedimento deixam claro que ele não é capaz, na maioria dos casos, de levar a um único resultado sobre a correção dos juízos, e, mesmo que ele leve a um único resultado, ele não garante certeza conclusiva. Primeiramente, o procedimento parte das convicções que os indivíduos já têm, isto é, de preconceções normativas historicamente dadas – portanto variáveis – servindo apenas como um filtro de razões. Mas principalmente, como parte significativa das regras do discurso fazem referência a um procedimento ideal, que nunca pode ser performado, que serve como ideal regulador dos discursos reais, o critério de correção dos argumentos vai até onde nossa imaginação desse procedimento ideal pode ir.<sup>115</sup> Em outras palavras, as regras do discurso somente podem ser cumpridas aproximadamente. Ademais, as conclusões de um discurso real são sempre revisáveis,<sup>116</sup> pois o processo de se aproximar dos discursos ideais é contínuo.<sup>117</sup> Isso de modo algum conta como uma objeção à teoria; é antes uma característica reconhecida dela. Desse modo, nas palavras de Alexy, há um espaço amplo de mera *possibilidade discursiva*, em que “proposições normativas incompatíveis podem ser justificadas sem violar quaisquer regras do discurso.”<sup>118</sup>

É essa fraqueza do discurso prático racional que torna justificável, dentro desse próprio discurso, concordar sobre “procedimentos para limitar o escopo do discursivamente possível do modo mais racional que se possa fazer.”<sup>119</sup> Esses procedimentos incluem regras do processo legislativo que conduzem as deliberações parlamentares a uma única decisão,

---

<sup>115</sup> ALEXY, Robert, *Problems of Discourse Theory*, Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofia, v. 20, n. 58, p. 43–65, 1988.

<sup>116</sup> A menos que estejamos no campo do discursivamente necessário ou discursivamente impossível, isto é, aquilo que é exigido como condição de possibilidade do discurso.

<sup>117</sup> Sobre os limites da argumentação prática geral, cf. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 206-208 e 287; ALEXY, *Direito, Razão, Discurso*, p. 81-82.

<sup>118</sup> ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 209 (tradução minha).

<sup>119</sup> *Ibid.* 288

paradigmaticamente via regra da maioria. Se as normas jurídicas que surgem de decisões legislativas fossem automaticamente aplicáveis aos casos concretos, nosso problema estaria praticamente resolvido.<sup>120</sup> Mas é um consenso entre os teóricos (e práticos) do direito que a aplicação de normas jurídicas não funciona assim, pois há sempre a possibilidade de surgirem casos difíceis em que o material jurídico dado não é capaz guiar o juiz apropriadamente.<sup>121</sup> Se o único recurso dos juizes para justificar suas decisões nos casos difíceis fosse o discurso prático geral, a fraqueza seria transmitida para dentro das tomadas de decisão jurídicas. A solução, para Alexy, é dada por uma teoria procedimental da argumentação jurídica, que, segundo ele, é um caso especial da argumentação prática geral. O que distingue esse procedimento é que há maiores limitações para o raciocínio prático, uma vez que os participantes desse discurso estão inseridos em um prática institucionalizada cujo objetivo principal é *aplicar normas*.<sup>122</sup> O discurso jurídico, portanto, é uma parte do discurso prático geral que ocorre em formas especiais, de acordo com regras especiais e sob condições especiais, pois está voltado para a aplicação de normas. Como essa é uma teoria procedimental, ela admite ainda possibilidades discursivas, e, dada essa abertura, é inevitável que argumentos próprios do discurso prático geral tomem parte.<sup>123</sup>

Agora podemos perguntar se a aplicação de princípios constitucionais pode ser adequadamente entendida como uma forma da argumentação jurídica. Isso, por sua vez, depende de se podemos entender adequadamente princípios constitucionais, na forma como Alexy os define, como normas jurídicas. Essa pergunta é importante porque, na visão de Alexy, o discurso prático geral admite um espaço amplo de mera possibilidade discursiva. Dentro desse espaço, a decisão é mais legítima se ela vem de representantes legitimamente eleitos, e não de um tribunal, que é estruturado no direito moderno para ser justamente uma instituição contramajoritária que não representa ninguém. Então, mesmo supondo que a ponderação de princípios possa ser racional, resta ainda um desafio institucional.

---

<sup>120</sup> Ele não estaria completamente resolvido se assumirmos que as normas jurídicas da constituição vinculam os atos do legislativo. Se assim fosse, o problema estaria resolvido se as normas da constituição fossem também automaticamente aplicáveis. Como veremos, no caso da constituição, esse problema é particularmente agudo.

<sup>121</sup> O argumento da textura aberta do direito de Herbert Hart é particularmente convincente nesse sentido; cf. HART, *The Concept of Law*, cap. 7.

<sup>122</sup> ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, p. 288; ALEXY, *Direito, Razão, Discurso*, p. 84-85. Para uma exposição completa dessas regras e formas da argumentação jurídica, *ibid.* 220-286.

<sup>123</sup> Esse ponto é derivado da tese do caso especial, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

### 3.3 O DESAFIO INSTITUCIONAL: APLICAR PRINCÍPIOS É APLICAR A LEI?

Alexy insiste que aplicar princípios é aplicar leis. Desse modo, Alexy supõe que a adjudicação de princípios constitucionais é uma questão jurídica, ao contrário das questões políticas que devem ser resolvidas pelo poder legislativo.<sup>124</sup> Essa suposição é plausível? O que está em jogo, então, é a ideia de que a jurisdição constitucional, concebida como adjudicação de princípios como mandamentos de otimização, é capaz de sujeitar a política ao direito, e não apenas transferir o conflito político para os tribunais. Isso somente poderá ser feito se o problema da identificação do objeto de otimização for minimizado. Quer dizer, se a identificação daquilo que devemos maximizar determinasse desde o início a ponderação, esta seria decidida pela concepção política particular dos juizes. O argumento de Fernando Atria sobre a polemicidade dos conceitos constitucionais torna esse problema particularmente espinhoso.<sup>125</sup> A seguir, pretendo me basear na crítica que esse autor fez à jurisdição constitucional como um todo para extrair uma perspectiva crítica acerca do modelo de Alexy.

#### 3.3.1 O MOMENTO NÃO POLÍTICO DA APLICAÇÃO DA LEI

A primeira etapa na investigação desse problema consiste em entender o que significa sujeitar a política ao direito. Na compreensão de Atria, essa ideia é uma metáfora que repousa sobre uma analogia. A analogia é entre o conflito de interesses entre partes sob normas do direito e o conflito político; já a metáfora de sujeitar o conflito ao direito significa que a sua resolução não dependerá apenas de quem tem mais força. Tomemos como exemplo, como faz Atria, o conflito de duas partes acerca de um contrato celebrado entre elas. Se elas não estão dispostas a uma solução consensual, faz-se necessário o recurso a um terceiro imparcial dotado de autoridade para decidir. Por que o recurso ao juiz é adequado neste caso? Atria fornece algumas razões. (I) As regras, em princípio, são comuns às partes no conflito, pois ao ingressar na relação jurídica elas reconheceram as regras do direito dos contratos; (II) normalmente, as partes não discordam sobre o que é correto fazer em abstrato; (III) consideramos as partes parciais, dado o interesse que elas têm em uma decisão a seu favor, isto é, consideramos que o auto-interesse das partes afeta sua visão do caso; (IV) há um limite de considerações normativas

---

<sup>124</sup> ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (posfácio original), p. 421.

<sup>125</sup> ATRIA, *La Forma del Derecho*, p. 284-289.

que o juiz deve levar em conta. Ele deve decidir qual é o dever das partes com base nas regras que disciplinam o direito dos contratos, e sua competência é limitada a isso.<sup>126</sup>

A decisão do juiz, neste caso, soluciona o conflito, mas não é parte dele. Por isso, dizemos que o juiz não toma um lado quando declara quem tem direito no caso segundo regras comuns às partes. Daí Atria conclui que é constitutivo da ideia de aplicar a lei, ou exercer jurisdição, “um momento não político”.<sup>127</sup> A pretensão de autoridade que o juiz, e o direito através dele, exibe às partes reside em que o juiz decide pelo direito, que ele aplica um padrão normativo que não reflete apenas a sua visão particular. A resolução do conflito pelo direito, por isso, não pode ser igual à resolução pela justiça, ou pela argumentação prática geral. Por essa razão podemos dizer, em princípio, que a pessoa do juiz é irrelevante para as partes.<sup>128</sup>

### 3.3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONCEITOS POLÊMICOS

A questão de Atria é se é adequado conceber o conflito político como o conflito que acabamos de analisar. Dadas as considerações acima, essa pergunta pode ser reformulada da seguinte maneira: há regras comuns para as partes do conflito político? Se há regras comuns, sua aplicação imparcial resolve o conflito?<sup>129</sup>

Os candidatos naturais para desempenhar o papel de regras comuns seriam os direitos fundamentais. No entanto, Atria responde que, ao buscar essas regras comuns nos direitos fundamentais, ou bem encontramos regras comuns, ou bem sua aplicação imparcial resolve o conflito: não podemos ter os dois. Isso porque disposições de direitos fundamentais expressam conceitos e não concepções. Essa distinção entre conceitos e concepções Atria toma de Herbert Hart. Então, para ilustrá-la, pensemos na ideia de justiça de Hart. Segundo ele, a ideia de justiça tem uma característica constante, que ele resume como “tratar casos semelhantes de forma semelhante”, e um critério variante usado para determinar quando casos são semelhantes ou diferentes.<sup>130</sup> Essa é uma distinção sobre o significado de um conceito, “tratar casos

---

<sup>126</sup> *Ibid.* 268-270

<sup>127</sup> *Ibid.* 271

<sup>128</sup> Isso não quer dizer que, na nossa prática, a pessoa do juiz seja irrelevante. No direito brasileiro, ela é bastante relevante em alguns casos. Mas isso nos leva a pensar (corretamente) que essa é uma disfuncionalidade do nosso ordenamento jurídico.

<sup>129</sup> *Ibid.* 274

<sup>130</sup> HART, *The Concept of Law*, p. 160.

semelhantes de forma semelhante”, e os critérios de sua aplicação.<sup>131</sup> Os diferentes critérios de aplicação dependem de concepções particulares concorrentes; já a disputa sobre o conceito revelaria um desacordo muito mais profundo.<sup>132</sup>

Atria entende que as disposições de direitos fundamentais expressam um acordo fundamental em uma comunidade política, e nesse sentido elas expressam condições da política. Ou seja, para Atria, um desacordo somente pode ser político se há um acordo a respeito dos direitos fundamentais. O problema, no entanto, é que, apesar desse acordo, os indivíduos têm concepções conflitantes dos direitos fundamentais, e o desacordo político se dá em função dessas posições antagônicas. Como as disposições de direitos fundamentais expressam conceitos que são polêmicos,<sup>133</sup> sua aplicação pressupõe uma concepção particular, e portanto partidária. Desse modo, ou sua aplicação imparcial não resolve o conflito, dada a sua vagueza, ou ela é uma aplicação parcial, porque reflete a concepção política particular do juiz.

O argumento de Atria tem um alcance muito mais longo do que o que proponho neste trabalho. Não é a minha pretensão sustentar nem negar o seu argumento contra a jurisdição constitucional como um todo. Não pretendo, por exemplo, disputar a afirmação de Atria que, como direitos fundamentais são condições da política, eles não podem ser entendidos como normas jurídicas. Isso traria muitas complicações que escapam do objetivo perseguido aqui.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> *Ibid.* 246

<sup>132</sup> Cf. RAWLS, John, *A Theory of Justice: Revised Edition*, Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 5; DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 70-71.

<sup>133</sup> Por polêmicos, Atria entende que seu conteúdo, quando descrito em terceira pessoa, parece especialmente vago, mas quando expresso em primeira pessoa, é detalhado e sempre correto; ATRIA, *La Forma del Derecho*, p. 285.

<sup>134</sup> Primeiramente, pode ser difícil distinguir entre o desacordo político e o não-político com base nos direitos fundamentais. No Brasil, teríamos de dizer que uma série de conflitos não são propriamente políticos. Quando, por exemplo, o atual presidente Jair Bolsonaro declarou, seguidas vezes, que é a favor da tortura, ele não trouxe uma concepção particular da proibição absoluta contida no art. 5º, inciso III da nossa constituição, ele se posicionou categoricamente contra esse direito fundamental. Quando o governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, defendeu a execução sumária de pessoas segurando fuzis, ele não apenas não tem uma concepção do inciso XLVII do art. 5º da nossa constituição, que proíbe a pena de morte, como ao mesmo tempo não tem uma concepção do inciso LVII do mesmo artigo, que proíbe considerar alguém culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ele nega completamente essas garantias. Isso coloca em dúvida se os direitos fundamentais representam mesmo um acordo profundo que é condição da política, ao menos no Brasil. Uma segunda questão diz respeito ao diferente caráter que os direitos fundamentais podem ter. Por exemplo, um direito fundamental na forma de uma proibição absoluta, como a interdição da tortura, é diferente de uma declaração aberta de direito, como a expressa no inciso I do artigo 5º da nossa constituição, segundo o qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. A proibição categórica da tortura não parece ter o caráter aberto e polêmico que Atria atribui aos direitos fundamentais. O que me permite passar ao lado dessas questões é a pergunta mais limitada que me disponho a fazer: se é adequado dizer que aplicar direitos fundamentais concebidos como um tipo específico de normas, i.e. princípios como mandamentos de otimização, é aplicar a lei.

Meu objetivo é me valer dessas considerações para problematizar a tese da otimização de Alexy. A pergunta é se, na aplicação de princípios constitucionais como mandamentos de otimização, pode haver um momento não-político característico da ideia de jurisdição. Se o problema da identificação do objeto da otimização foi caracterizado corretamente, até mesmo os casos fáceis de Alexy pressupõem posições políticas controvertidas. Mesmo que seja possível justificar racionalmente as suposições por trás dessa identificação através das regras do discurso prático geral, vimos que isso de modo algum resolve o nosso problema, dado o amplo espaço de possibilidade discursiva característico desse discurso. O argumento de Atria nos fornece uma razão para isso, a saber, que identificar o objeto da otimização é avançar uma concepção partidária de um direito fundamental.

Se for assim, nas disputas políticas reais, a concepção avançada na identificação do objeto de otimização determinaria a avaliação da interferência em um princípio. Desse modo, a suposição de Alexy de que podemos separar questões políticas de questões jurídicas na aplicação de princípios perderia a plausibilidade. Não poderíamos dizer que aplicar princípios é aplicar a lei no sentido relevante. Alexy trataria casos de conflito entre direitos fundamentais como um problema de avaliação de o quanto realizamos certos valores, mas não daria a devida importância ao fato de haver uma discordância profunda sobre que valores são esses que devemos realizar.

As considerações apresentadas aqui precisariam ser exploradas em mais detalhes. Minha tentativa foi apenas de apresentá-las como um caminho mais frutífero para desafiar a teoria de Alexy. A ideia por trás disso é que, ao focar a discussão na racionalidade da ponderação, perdemos de vista a dimensão conflitiva das nossas interpretações sobre o que significa liberdade e igualdade, que são o núcleo dos direitos fundamentais. Perdemos de vista também a discussão sobre que instituições são legítimas para resolver esses conflitos. Gostaria de terminar essa breve exposição com uma provocação de Chantal Mouffe,

embora deva haver um consenso sobre o que chamo de princípios “éticos-políticos” do regime liberal democrático, i.e., liberdade e igualdade para todos, deverá sempre existir a possibilidade de dissenso sério sobre sua interpretação, um dissenso que nunca pode ser superado graças a procedimentos racionais.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> MOUFFE, Chantal, *The Limits of John Rawls' Pluralism*, *Theoria*, v. 56, n. 118, 2009, p. 9 (tradução minha).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho foi expor criticamente o debate entre Alexy e Habermas a respeito da racionalidade da ponderação de princípios, e o refinamento da estrutura da ponderação que surgiu desse debate.

Primeiramente foi necessária uma interpretação da distinção estrutural de normas entre regras e princípios, mais afirmada que defendida no debate contemporâneo. Procurei mostrar que, para Alexy, a diferença está no tipo de exigência que essas normas fazem, e que apenas regras podem ter um caráter definitivo, na medida em que, necessariamente, uma colisão de princípios termina por afirmar uma regra. Depois, para explicar a relevância dessa distinção, procurei mostrar como Alexy pretendeu derivar o princípio da proporcionalidade da própria definição de princípios, caracterizando os estágios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Na interpretação oferecida aqui, a crítica de Habermas sobre a assimilação de princípios a valores com base em considerações conceituais não leva em conta a noção mais fraca de valores que Alexy defende. Já a crítica da arbitrariedade da ponderação é mais interessante. O debate que se desenrolou entre os dois autores teve foco na afirmação de Habermas de que não há padrões racionais para colocar valores em uma ordenação transitiva. A resposta de Alexy pretende mostrar a possibilidade da racionalidade na ponderação. Para isso, o autor valeu-se de exemplos supostamente fáceis e, em seguida, apresentou uma estrutura de racionalidade formal a partir da qual podemos inferir uma conclusão derivada de determinados juízos de interferência: a chamada fórmula do peso. Se for possível justificar racionalmente os juízos apresentados nos exemplos, e se a fórmula do peso é uma estrutura inferencial válida, então a possibilidade da racionalidade na ponderação está comprovada. Alexy apresenta essa estrutura formal como o modo de aplicação de princípios. Como normas de um tipo distinto, agora os princípios ganham um modo de aplicação distinto, e assim Alexy pode, em tese, afirmar que aplicar princípios é aplicar a lei.

O terceiro capítulo consiste na parte crítica do meu trabalho. A discussão sobre a ponderação e a fórmula do peso não se deu em tese, isto é, enquanto estrutura inferencial, mas antes na sua aplicação prática aos exemplos dados pelo próprio Alexy. Minha inquietação inicial era que eles pareciam envolver simplificações excessivas. Por isso, a primeira parte desse capítulo consiste em um exercício de complexificação dos casos. Primeiramente, pretendi mostrar que o argumento da atribuição válida segundo a escala triádica não convence, porque

confunde juízos de valor comparativos com juízos de valor classificatórios. Depois, fiz um esforço de mostrar os problemas de identificar o objeto da otimização de princípios. Alexy parece supor, em algumas passagens, que um princípio exige a satisfação de um valor otimizável, ou maximizável, em apenas uma dimensão. No entanto, essa é apenas uma maneira de identificar os valores da ponderação e, como tentei argumentar, é uma que não reflete bem os próprios exemplos, porque a classificação das interferências parece levar em conta as razões dos princípios contrários, além de ser uma descrição empobrecida dos valores em questão.

Essas complexificações, no entanto, não implicam que ponderar princípios é irracional. Na perspectiva de Alexy, o crucial para a racionalidade da ponderação é que se possa dar boas razões para juízos de interferência. O autor admite que avaliar interferências envolve suposições sobre o que significa satisfazer ou restringir a realização de um valor; portanto, ele admite que há um problema na identificação do objeto de otimização. Novamente, essas suposições são racionalmente defensáveis se for possível dar boas razões para elas. Alexy, desse modo, transfere o ônus de provar que sua teoria da argumentação está equivocada aos seus objetores, pois é ela que estabelece os critérios para se dar boas razões. Ora, se a objeção é a de que uma ponderação é sempre irracional, Alexy está certo em responder desse modo. Isso indica que a objeção ao modelo de Alexy com base na racionalidade da ponderação erra o alvo. No entanto, há um outro modo de desafiar o modelo que acredito ser mais frutífero.

Uma breve exposição da teoria da argumentação de Alexy nos mostra que o procedimento do discurso prático geral admite um amplo espaço de mera possibilidade discursiva. Essa é uma fraqueza constitutiva do modelo de racionalidade procedimental de Alexy. Isso nos leva a perguntar se a ponderação de princípios constitucionais não transfere essa fraqueza para dentro dos tribunais. De um modo mais geral, a questão então não seria se a ponderação é racional, mas se aplicar princípios via ponderação pode ser entendido como aplicar a lei, ou ainda, se é possível distinguir questões jurídicas de questões políticas na ponderação.

As críticas de Fernando Atria à jurisdição constitucional como um todo fornecem bons instrumentos para colocar esse desafio. De um lado, ele caracteriza o exercício da jurisdição, ou da aplicação da lei, como contendo um momento não político. Ou seja, é constitutivo da ideia de aplicar a lei aplicar um padrão normativo que é anterior à visão política do juiz. De outro lado, ele caracteriza direitos fundamentais como conceitos polêmicos, cuja aplicação nos casos não pode prescindir da visão política do juiz. O desafio, agora um desafio institucional, consiste no seguinte: dado o problema da identificação, a justificação da atribuição dos pesos



na ponderação de princípios constitucionais remete a uma concepção política em disputa, pois avaliar intensidades de interferência pressupõe uma concepção do valor que se quer maximizar. Em disputas políticas reais, isso que está pressuposto determina de um modo mais profundo a ponderação de princípios do que o modelo de Alexy faz parecer.

Esse desafio, como adverti, foi apenas esboçado, e seria necessário desenvolvê-lo muito além da curta exposição que foi feita aqui. Seria necessário considerar diversas questões mais a fundo. Por exemplo, falta uma exposição da função do poder judiciário na prática do direito moderno; fica faltando também uma consideração sobre como a ideia de jurisdição apresentada por Atria poderia ser defendida sem cair em uma defesa da aplicação mecânica da lei, e as implicações que o desafio institucional apresentado aqui teria para a própria distinção estrutural entre regras e princípios. No entanto, espero que o modo como o desafio foi apresentado tenha sido interessante o bastante para motivar futuras pesquisas.

## REFERÊNCIAS

- ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **Yale Law Journal**, v. 96, p. 943–1005, 1986.
- ALEXY, Robert. A fórmula peso. *In*: HECK, Luís Afonso (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ALEXY, Robert. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Trad. Ruth Adler; Neil MacCormick. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito**. Trad. Luís Afonso Heck. 2ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 3, p. 511–524, 2014.
- ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433–449, 2003.
- ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, p. 294–304, 2000.
- ALEXY, Robert. Problems of Discourse Theory. **Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofia**, v. 20, n. 58, p. 43–65, 1988.
- ALEXY, Robert. Proportionality and Rationality. *In*: **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. New York: Cambridge University Press, 2017. (Comparative Constitutional Law and Policy).
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2016. (Filosofia y Derecho).
- BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. ((Cambridge Studies in Constitutional Law)). Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781107005439>. Acesso em: 22 maio 2019.
- BEATTY, David M. **The Ultimate Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

- DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978.
- ENDICOTT, Timothy. Proportionality and Incommensurability. *In: Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- FREGE, Gottlob. **Conceitografia: Uma linguagem formular do pensamento puro decalcada sobre a da aritmética**. Trad. Guilherme Alcoforado, Duarte Alessandro; Guilherme Wyllie. Seropédica, RJ: PPGFIL-UFRRJ, 2018.
- FUCHS, Alan; CARMEN, Giselle Del; MUKONG, Alfred Kechia. Long-Run Impacts of Increasing Tobacco Taxes: Evidence from South Africa. p. 39, .
- HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996. (Studies in contemporary German social thought).
- HABERMAS, Jürgen. Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law. *In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Orgs.). Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998. (Philosophy, social theory, and the rule of law, 6).
- HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. *In: PAVLAKOS, George (Ed.). Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.
- LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito dundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.
- MILLER, Bradley W. Proportionality's Blind Spot: "Neutrality" and Political Philosophy. *In: New York: Cambridge University Press, 2014.*
- MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 3, p. 453–468, 2007.
- MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the critics. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, p. 709–731, 2012.
- MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**. 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. (Oxford Constitutional Theory).
- MOUFFE, Chantal. The Limits of John Rawls' Pluralism. **Theoria**, v. 56, n. 118, p. 1–14, 2009.

- PETERSEN, Niels. How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. **German Law Journal**, v. 14, n. 8, p. 1387–1408, 2013.
- POSCHER, Ralf. Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles. **Ratio Juris**, v. 22, n. 4, p. 425–454, 2009.
- RAMIÃO, Rúben. Some Fundamental Problems Concerning Alexy’s Notion of Legal Principles. *In*: DUARTE, David; SILVA SAMPAIO, Jorge (Orgs.). **Proportionality in Law**. Cham: Springer International Publishing, 2018, p. 157–170. Disponível em: <[http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-89647-2\\_8](http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-89647-2_8)>. Acesso em: 3 jun. 2019.
- RAWLS, John. **A Theory of Justice: Revised Edition**. Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- SEN, Amartya. **Collective Choice and Social Welfare: Expanded Edition**. [s.l.]: Penguin UK, 2017.
- SILVA; AFONSO da, Virgílio. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 2, p. 273–301, 2011.
- TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468–493, 2009.
- TUSHNET, Mark. Making Easy Cases Harder. *In*: **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. New York: Cambridge University Press, 2017. (Comparative Constitutional Law and Policy).
- URBINA J., Francisco. **A Critique of Proportionality and Balancing**. Cambridge (UK), New York: Cambridge University Press, 2017.
- VAN BAAL, Pieter H. M.; BROUWER, Werner B. F.; HOOGENVEEN, Rudolf T.; *et al.* Increasing tobacco taxes: A cheap tool to increase public health. **Health Policy**, v. 82, n. 2, p. 142–152, 2007.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review Essay. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346–1407, 2005.
- WEBBER, Grégoire. Proportionality and Absolute Rights. *In*: **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. New York: Cambridge University Press, 2017. (Comparative Constitutional Law and Policy).
- WEBBER, Grégoire C. N. **The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights**. New York: Cambridge University Press, 2009.