

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Yago Condé Ubaldo de Carvalho

PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS E REVISÃO JUDICIAL
UMA COMPARAÇÃO DOS MODELOS DE ROBERT ALEXY E MATTHIAS KLATT

Juiz de Fora – MG

2016

YAGO CONDÉ UBALDO DE CARVALHO

PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS E REVISÃO JUDICIAL
UMA COMPARAÇÃO DOS MODELOS DE ROBERT ALEXY E MATTHIAS KLATT

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientadora: Prof. Dr. Cláudia Toledo

Juiz de Fora – MG

2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha irmã, Marcela, que em alguns anos enfrentará as etapas pelas quais passei. Que a minha experiência possa ajudá-la e alegrá-la como ela me alegra. Além disso, que ela possa fazer suas próprias escolhas, ousar traçar seu próprio caminho. Na esperança de que, simbolicamente, o empenho e a paciência dedicados aos meus estudos sejam inspiração para sua caminhada, dedico a ela este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Muitos dizem hoje em dia que “a faculdade matou a minha motivação”. A faculdade, de fato, matou a minha motivação. E o fez diversas vezes. Em outras ocasiões, porém, desfez o estrago, reparou o dano, foi fonte de motivação e alegria. Insistiu em me deixar estressado e destruir expectativas com a sensibilidade de uma pedra; trouxe também diversão e criou sonhos que, já dizia o clube da esquina, não envelhecem. Agradeço às pessoas que ajudaram a suportar aqueles momentos e fizeram parte destes. Encontrei essas pessoas e com elas a motivação para chegar até aqui e pensar no que virá.

Neste momento, agradeço especialmente a algumas pessoas que possibilitaram a realização deste trabalho, que põe termo a uma longa e proveitosa fase.

Agradeço à minha família, fonte inesgotável de apoio e amor.

Ao meu tio Rodrigo, família e também “consultor acadêmico”, pelas noites de orientação e pelas de vinho.

Aos meus amigos, que me ouviram pacientemente quando pedi e com os quais me diverti verdadeiramente quando pude. Amanda e Pedro, grandes amigos desde o princípio, muito queridos; Vinícius, sábio e sincero amigo; Cristiano, iluminada presença, sempre companheiro.

À prof. Cláudia. Além de professora, orientadora e amiga, responsável pela criação e realização de muitas expectativas.

À prof. Waleska, pelo carinho de sempre; à prof. Luciana, pela imensa atenção e colaboração; ao prof. Renato, pelos importantes ensinamentos e pelas agradáveis conversas.

RECITANTE

E depois dessa tarde Azdak desapareceu e nunca mais foi visto.
Mas o povo da Geórgia não o esqueceu e por muito tempo ainda lembrou
Os dias em que ele foi juiz como uma curta idade de ouro para a justiça.

Os pares deixam a cena dançando. Azdak desapareceu.

Vós, porém, que ouvistes a história do Círculo de Giz,
Segui o conselho dos velhos:
As coisas devem caber aos que as sabem fazer melhor.
As crianças, às mulheres de coração materno, para que sejam bem criadas.
Os carros, aos bons condutores, para que a viagem seja boa,
E o vale, aos que o abasteçam de água, para que as colheitas sejam abundantes.

(O círculo de giz caucasiano, Bertolt Brecht; trad. Manuel Bandeira)

RESUMO

A ponderação de princípios formais é um dos temas relativos à Teoria dos Princípios de Robert Alexy mais controversos e debatidos. Busca-se compreender o que são princípios formais, que papel desempenham na Teoria dos Princípios e como se relacionam com os limites da revisão judicial. Para tanto, são comparados os modelos desenvolvidos por Robert Alexy (seu modelo da conexão e seu posterior modelo epistêmico) e Matthias Klatt (modelo de dois níveis de ponderação). Conclui-se pelo último, levando-se em conta a coerência interna dos modelos e a relação da ponderação com a revisão judicial.

Palavras-chave: Princípios formais; ponderação; Teoria dos Princípios; revisão judicial.

ABSTRACT

Balancing formal principles is one of the most controversial and debated themes related to Robert Alexy's Principles Theory. One tries to comprehend what are formal principles, which role they play in the Principles Theory and how they relate to the limits of the judicial review. To achieve this, the models developed by Robert Alexy (both his connection model and his later epistemic model) and Matthias Klatt (two-level model of balancing) are compared. The latter is preferred considering the internal coherence of the models and the relation between balancing and judicial review.

Keywords: formal principles; balancing; Principles Theory; judicial review.

Sumário

I. INTRODUÇÃO	9
II. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E OS PRINCÍPIOS FORMAIS	12
2.1. REVISÃO JUDICIAL, APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL	12
2.2. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY	14
2.2.1. A Lei da Ponderação e a Fórmula do Peso	16
2.2.2. Críticas à Teoria dos Princípios: insuficiência e demasia	17
2.3. PRINCÍPIOS FORMAIS	19
2.3.1 Princípios formais e competência.....	20
2.3.2 Princípios formais, competência e discricionariedade	20
III. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS EM ROBERT ALEXY	25
3.1. O modelo da combinação de Alexy	26
3.2 O modelo epistêmico de Alexy	29
IV. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS EM MATTHIAS KLATT	32
4.1. Discricionariedade epistêmica em Matthias Klatt	32
4.2. O modelo de dois níveis de Klatt e Schmidt	35
V. O MODELO DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS ADOTADO	41
5.1. Um modelo de separação: ponderação e comparabilidade	41
5.2. Princípios formais, discricionariedade e incertezas	45
5.3. A revisão judicial em graus	47
VI. CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

I. INTRODUÇÃO

Tematizam-se no presente trabalho a ponderação de princípios formais e a revisão judicial. Dessa maneira, são estudados os princípios formais, no âmbito da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, e, posteriormente, sua relação com o exercício da revisão judicial, incluindo o controle de constitucionalidade de normas.

Coloca-se como objetivo geral deste estudo compreender o que são princípios formais, qual o tratamento dado a eles pela Teoria dos Princípios aos princípios formais e como influenciam os limites do Poder Judiciário.

Nesse escopo, são elencados, de maneira mais específica, os seguintes objetivos:

(a) expor brevemente a teoria dos princípios de Robert Alexy; evidenciar a natureza das normas, com especial atenção às que se apresentam como princípios;

(b) sedimentar o conceito de princípios formais, evidenciando quais princípios formais são comumente consagrados pelos ordenamentos jurídicos; compreender qual papel desempenham na Teoria dos Princípios de Alexy, evidenciando sobre quais questões eles podem lançar luzes;

(c) analisar as propostas existentes de ponderação de princípios formais (em específico os modelos de Robert Alexy e de Matthias Klatt) e como se relacionam com a discricionariedade dos poderes que compõem o Estado moderno;

(d) por fim, analisadas as vantagens e desvantagens de cada um desses modelos, assim como eventuais problemas que possuam, concluir pela adoção de um modelo de ponderação de princípios formais.

Com isso, espera-se dar uma resposta ao seguinte problema: como lidar com princípios formais e como o juiz deve se posicionar ao se deparar com um conflito entre a inafastabilidade do controle jurisdicional ou a supremacia da Constituição, por um lado, e a separação dos poderes e o princípio democrático, por outro?

Traz-se como hipótese inicial que a ponderação de princípios formais é meio hábil a harmonizar os princípios supracitados. É ferramenta que, no âmbito da Teoria dos Princípios de Alexy, faz-se necessária para a compreensão dos limites da atuação do Judiciário. Nesse

sentido, em cada caso concreto devem ser analisados diversos fatores que revelem qual grau de intervenção judicial é devido.

Para o desenvolvimento deste trabalho, adota-se como marco teórico de referência a Teoria dos Princípios de Robert Alexy. Com isso, parte-se da ideia de que direitos fundamentais têm a natureza de princípios (normas passíveis de aplicação em diferentes graus) e são mandamentos de otimização, ou seja, que ordenam sua concretização na maior medida possível, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas que se apresentam no caso concreto. É essa a ideia principal da teoria citada, segundo seu próprio autor.¹

A partir disso, será analisada a ponderação de princípios formais e as consequências de sua aplicação para a revisão judicial, visto que o Judiciário é criticado por, aparentemente, extrapolar suas competências e que, aponta-se, fator dessa atuação excessiva seria exatamente a argumentação com base em princípios.

Para atingir os objetivos traçados, divide-se o presente estudo em quatro etapas.

a) Primeiramente, como base do trabalho, será estudada a Teoria dos Princípios de Alexy e o conceito de princípios formais que pode ser sedimentado em seu âmbito. Necessário será também analisar com precisão outros conceitos importantes e relacionados aos princípios formais, principalmente competência e discricionariedade;

b) Após, serão estudadas as propostas de Alexy para se ponderar princípios formais. Serão analisados seu primeiro modelo, exposto no posfácio à *Teoria dos Princípios* datado de 2012, e também as reformulações promovidas pelo autor que culminaram no artigo *Princípios Formais*, de 2014;

c) Posteriormente será estudado o modelo de Matthias Klatt, que em muito difere do de Alexy. O autor, continuador do trabalho de Alexy, além de propor um modelo de ponderação de princípios formais em coautoria com Johannes Schmidt, analisa as repercussões desse modelo na revisão judicial;

d) Por fim, serão comparadas as duas propostas analisadas, analisando-se suas vantagens, desvantagens e eventuais problemas. Com isso, será proposto um modelo de ponderação de princípios formais a ser seguido;

¹ ALEXY, 2008, p. 575.

Ressalta-se que todas as citações diretas de obras em língua estrangeiras são traduções livres.

Espera-se, com isso, lançar luzes ao debate sobre princípios formais e sua influência na revisão judicial como é exercida hodiernamente, notadamente pelas acusações de excesso perante os princípios democrático e da separação dos poderes.

II. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E OS PRINCÍPIOS FORMAIS

2.1. REVISÃO JUDICIAL, APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

Os limites do controle de constitucionalidade de normas e da revisão judicial, de uma maneira geral, são um dos temas do Direito mais importantes e mais debatidos na atualidade. Por um lado, é reconhecida a importância do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais. Nesse contexto, alguns atribuem aos tribunais constitucionais inclusive caráter político imanente à sua função, outros dizem ser papel do tribunal decidir de maneira contramajoritária, protegendo a normatividade dos direitos fundamentais.

Por outro lado, a atuação dos tribunais é criticada com base em dois princípios que fazem parte do paradigma de Estado hodierno: a democracia e a separação de poderes. O protagonismo dos tribunais constitucionais nacionais, em geral cada vez mais atuantes, seria legítimo diante do princípio democrático? Não seria usurpação de competências legislativas ou administrativas? A propósito, Cláudia Toledo afirma:

São marcadamente os processos judiciais, cujo objeto é a demanda de direitos fundamentais sociais, aqueles geradores dos mais relevantes conflitos de competência entre os poderes estatais na atualidade. (...) Debate-se então se essa atuação do Judiciário é decorrência do devido cumprimento de sua função de controle dos atos (e omissões) dos outros poderes públicos, segundo as determinações constitucionais ou se ela configura “ativismo judicial”(...) Essa ingerência atentaria contra dois princípios formais elementares à estrutura do Estado atual: princípio da separação dos poderes e princípio da democracia.²

Joana Machado aponta que mesmo a “doutrina e jurisprudência brasileiras sobre direitos fundamentais parecem assumir com certa naturalidade a ideia de um protagonismo judicial”³, e acrescenta:

O protagonismo judicial em matéria de direitos prestacionais é uma realidade tão palpável que contribuiu para a necessidade de que as leis de diretrizes orçamentárias (em todos os níveis federativos) contivessem um anexo de riscos fiscais, entre eles o risco de passivo

² TOLEDO, 2015, p. 279.

³ MACHADO, 2010, p. 7348.

contingente – despesas que podem surgir a partir de ações judiciais, caso transitem em julgado⁴.

Tal cenário é bem resumido pela crítica de Böckenförde à Teoria dos Princípios: para o autor, embora a tese de que direitos fundamentais são mandamentos de otimização seja dogmaticamente interessante, ela leva a uma consequência inaceitável, qual seja, um *efeito irradiador* de tais normas, ou seja, a ordem jurídica em sua totalidade já estaria contida na constituição (é a constituição como *genoma jurídico*, segundo Forsthoff) e, assim, não haveria autonomia legislativa. De um estado parlamentar, passar-se-ia a um estado judiciário constitucional.⁵

Parte da doutrina brasileira, mesmo que com outras bases, outras terminologias e outros discursos, reproduz tal entendimento. Críticas sobre a atuação do judiciário se baseiam na carência de técnica das decisões, na aplicação inadequada de teorias jurídicas e no “decisionismo” que de tudo isso resultaria, ou seja, uma atividade livre do juiz e carregada de subjetivismo.

E se atribui a responsabilidade disso à Teoria dos Princípios. De fato, tal teoria tem sido inadequadamente utilizada. Afirmam André Karam Trindade e Lênio Luiz Streck, de maneira particularmente incisiva, que os princípios se tornaram verdadeiros álibis teóricos na medida em que passaram a ser empregados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes para que, ao final, decidam de acordo com sua vontade⁶. E decidam sobre cada vez mais temas⁷.

Ora, do mau uso da técnica não se depreende sua inadequação.⁸ O presente trabalho não se contenta com os apontamentos de Streck e Trindade. Ao contrário, a constatação da má aplicação da proporcionalidade e seu suscitado papel como propulsor de ativismo judicial representam motivação para estudos ainda mais profundos e são, outrossim, justificativa para esse trabalho.

⁴ *Ibid.*, p. 7354.

⁵ ALEXY, 2008, pp. 576-578.

⁶ STRECK; TRINDADE, 2014.

⁷ Também na Alemanha há críticas nesse sentido. Não gratuitamente, a ação de defesa constitucional alemã (*Verfassungsschwerde*), instrumento que tem como objetivo exatamente a defesa de direitos fundamentais, contabilizou 96,54% dos processos que tramitaram no Tribunal Federal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) entre 1951 e 2013; segundo a doutrina daquele país, é esse o principal instrumento que permite ao BVerfG expandir sua competência para cada vez mais âmbitos da vida dos indivíduos (GERHIT-HORNUNG, 2014).

⁸ Para uma resposta em mesmo gênero textual, OLIVEIRA, TRIVISONNO, 2014

Visualiza-se na ponderação de princípios formais, tema dos mais estudados atualmente no âmbito da Teoria dos Princípios, uma ferramenta sofisticada o suficiente para lidar com a situação evidenciada, em toda a sua complexidade.

2.2. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Elaborada em sua tese de habilitação, *Theorie der Grundrechte*, posteriormente traduzida para diversas línguas e lançada no Brasil como *Teoria dos Direitos Fundamentais*⁹, a Teoria dos Princípios de Robert Alexy é um dos mais importantes avanços do Direito Constitucional no último século. Na referida obra, o autor alemão se propõe a tratar dos direitos fundamentais com a precisão e sistematicidade que lhe são peculiares, legado da filosofia analítica, ramo do pensamento muito explorado pelo autor.

A Teoria dos Princípios é uma teoria sobre a natureza das normas¹⁰, segundo a qual tais mandamentos se dividem em dois tipos: regras e princípios. Existem diversos critérios para essa distinção (muito utilizado é o critério da generalidade: princípios são normais mais gerais, regras são normas menos gerais), porém o critério apontado por Alexy como o mais importante é qualitativo (pois um critério de grau ou quantitativo seria insuficiente): princípios são *mandamentos de otimização*, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível (aplicação em diferentes graus), observadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto; regras, ao contrário, possuem uma estrutura de aplicação binária, comportando apenas aplicação ou não aplicação, mas nunca graus de aplicação, como os princípios¹¹.

A diferenciação leva em conta, portanto, a estrutura de aplicação das normas. E é no momento de lidar com antinomias que essa distinção repercute com maior importância. *Conflitos* entre regras são solucionados com a aplicação de uma delas em detrimento da outra, são resolvidos no campo da validade (com a declaração de invalidade da regra preterida ou de inserção de cláusula de exceção)¹². *Colisões* entre princípios, por sua vez, são solucionadas na dimensão do peso, ou seja, é atribuído peso concreto maior a um dos princípios (princípio precedente) e menor ao outro (princípio precedido). Isso significa que, no caso concreto, o

⁹ ALEXY, *supra*.

¹⁰ Para uma síntese clara da Teoria dos Princípios e do tratamento dado por Alexy aos direitos fundamentais, TOLEDO, 2003, pp. 61-108.

¹¹ ALEXY, *supra*, pp. 90/91.

¹² *Ibid.*, p. 92.

princípio que possui precedência sobre outro será aplicado em maior grau, mas isso não significa que o outro será ignorado ou excluído do ordenamento. A validade de ambos não é afetada.¹³

Para a determinação da relação condicionada de precedência entre princípios colidentes (condicionada pois relacionada a condições fáticas e jurídicas específicas do caso concreto) entra em jogo a *máxima da proporcionalidade*, um verdadeiro roteiro para a solução de colisões, um procedimento que atribui racionalidade à decisão. Ela é composta por três máximas parciais (ou submáximas): *adequação* (se o meio proposto pela solução é adequado, apto para a persecução daquele fim); *necessidade* (exige a solução mais eficiente, ou seja, a que melhor satisfaz o princípio precedente intervindo em menor grau no princípio precedido); por fim, a *ponderação*, ou proporcionalidade em sentido estrito, que lida com o peso dos princípios envolvidos, buscando harmonizá-los através da comparação do grau de importância da satisfação de um princípio com grau de intervenção no outro.

Conforme Alexy, amparado por afirmações pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BverfG), a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e, ao mesmo tempo, essa máxima implica a natureza dos princípios.¹⁴

Ainda segundo o autor, todas as máximas parciais expressam a ideia de otimização. As duas primeiras o fazem em relação às possibilidades fáticas e a terceira, em relação às possibilidades jurídicas.¹⁵

Também é importante perceber que princípios contêm mandamentos *prima facie*, ou seja, ordenamentos que necessitam de conformação no caso concreto para que se chegue ao conteúdo de sua aplicação. Eles se submetem às condições fáticas e jurídicas, incluídas aqui diversos tipos de razões contrapostas, inclusive outros princípios, para que, somente então, gerem um conteúdo a ser aplicado.¹⁶

Por fim, é necessário ressaltar que direitos fundamentais, que podem ser entendidos como a positivação dos direitos humanos (estes últimos, os valores básicos para a vida e dignidade humanas)¹⁷, para Alexy, “independentemente de sua formulação mais ou menos

¹³ *Ibid.*, pp. 93/94.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 116/120.

¹⁵ *Id.*, 2003, pp. 135/136.

¹⁶ *Id.*, 2008, pp. 103/106

¹⁷ TOLEDO, *supra*, p. 23.

precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização”, e esta é a principal tese da *Teoria dos Direitos fundamentais*.¹⁸

2.2.1. A Lei da Ponderação e a Fórmula do Peso

É necessário, já neste momento, compreender com mais profundidade a Lei de Ponderação e a Fórmula do Peso de Alexy.

A Lei de Ponderação formaliza a terceira etapa da proporcionalidade (a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação). Tal formalização é a seguinte: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro”.¹⁹

Da lei de ponderação se depreende que a ponderação, por seu turno, também ocorre em três etapas: verifica-se o grau de afetação de um princípio, verifica-se a importância de satisfação do princípio colidente e, por fim, verifica-se o resultado, ou seja, qual deles precede ao outro (ou se há um impasse). Como se verá adiante, Alexy propôs uma revisão da lei de ponderação, o que será analisado no devido momento.

Neste momento, resta ainda compreender o que é a fórmula do peso. Alexy a considera uma melhor elaboração da lei de ponderação,²⁰ recriada em termos matemáticos. Essa fórmula, recentemente, sofreu um importante acréscimo quando Alexy apresentou seu artigo *Princípios Formais* em 2014, ocasião em que expôs a *fórmula do peso completa refinada*. Por ser mais completa e ressaltar aspectos da ponderação que serão analisados neste trabalho, ela será aqui adotada. Segue-se tal fórmula²¹:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_{ie} \times R_{in}}{I_j \times W_j \times R_{je} \times R_{jn}}$$

A fórmula nos diz que o peso concreto de um princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j corresponde ao seu grau de afetação (I_i), seu peso abstrato (W_i), a confiabilidade das premissas empíricas (R_{ie}) e das premissas normativas (R_{in}), confrontados com a importância

¹⁸ ALEXY, 2008, p. 575.

¹⁹ *Ibid.*, p. 167.

²⁰ *Id.*, 2014, p. 2.

²¹ A mudança promovida foi a separação da variável R_i nas variáveis R_{ie} e R_{in} . Tal mudança já poderia ser depreendida de seus trabalhos, inclusive do prefácio da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pois, como se verá, Alexy já distinguia a discricionariedade epistêmica quanto às premissas empíricas da relacionada às premissas normativas. A mudança, porém, é importante, pois agrega precisão à fórmula. Como propôs Klatt, a inserção da quarta variável torna a fórmula do peso ainda mais clara (KLATT; SCHMIDT, 2012, p. 91).

da satisfação de P_j (I_j), seu peso abstrato (W_j), e as variáveis epistêmicas relacionadas a P_j (R_{je} e R_{jn})²². As últimas variáveis, R , são de natureza epistêmica, como se disse, ou seja, referem-se ao conhecimento que se tem sobre algo.

Conforme alerta Alexy, quando se ponderam direitos fundamentais, os pesos abstratos dos princípios serão os mesmos, pois ambos possuem *status* constitucional, o que facilita a ponderação, permitindo a eliminação das variáveis W_i e W_j . Trata-se de mera simplificação, de forma que a universalidade da fórmula do peso não é alterada por esse raciocínio. Igualmente, em muitos casos não será importante a valoração das variáveis epistêmicas, pois o julgamento se baseia em juízos de certeza, confiáveis. Isso será mais debatido à frente, mas já se adianta que também se trata de mera simplificação.

Sistematicidade, operabilidade e uma compreensão acurada do que está em jogo quando se pondera são vantagens da fórmula do peso.

2.2.2. Críticas à Teoria dos Princípios: insuficiência e demasia

Conforme já evidenciado na introdução deste trabalho, diversas críticas à Teoria dos Princípios ecoam tanto no Brasil quanto na Alemanha, críticas mais ou menos fundamentadas e sofisticadas. No posfácio da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy volta sua atenção para duas delas: as de Habermas e as de Böckenförde. Proceder-se-á aqui da mesma maneira, pois tais críticas explicitam dualidades essenciais da teoria constitucional e da própria teoria do direito e, acredita-se, o papel dado a princípios formais no seio da Teoria dos Princípios pretende exatamente equalizar os dois extremos dessas dualidades. São elas a força normativa de direitos fundamentais, por um lado, e a escolha da autoridade democraticamente legitimada²³, por outro (demasia e insuficiência, conforme Alexy), o que remete à tensão entre Estado de Direito e Estado Democrático.

Mais ainda, as críticas também revelam uma tensão entre as duas dimensões do direito que compõem o não-positivismo de Alexy: real e ideal, ou seja, suas dimensões factual e institucional, por um lado, e ideal ou crítica, por outro. Não poderia ser diferente, afinal, a dupla

²² ALEXY, 2014-a, p. 3.

²³ A formulação original da crítica e todas as obras aqui citadas de Alexy têm como foco o legislador. Acredita-se que não há prejuízo em consagrar também o Poder Executivo, igualmente legitimado democraticamente. Isso é de extrema importância, pois em muitos casos que exemplificam as críticas aqui trabalhadas se dá um conflito entre a competência do Executivo e a do Judiciário (notadamente os casos de direito à saúde no Brasil).

natureza do direito está presente, explícita ou implicitamente, em todas as suas questões fundamentais²⁴.

Por um lado, acredita-se que a Teoria dos Princípios enfraquece em demasia o poder normativo dos direitos fundamentais. Para Habermas (em seu *Facticidade e Validade*), a submissão de direitos fundamentais à máxima da proporcionalidade permite que eles sejam aplicados mediante uma “quantificação orientada por finalidades”, o que implica na possibilidade de que sejam sacrificados. Além disso, acredita o autor que não existam parâmetros racionais para a ponderação e que ela é feita, portanto, de forma arbitrária ou irrefletida.²⁵ Assim, direitos fundamentais perderiam sua função protetiva e, em última instância, seu poder normativo.

É a crítica da insuficiência: o Estado de Direito sucumbe; o ideal submete-se ao real. Reformulando tais críticas em terminologia utilizada pelos estudiosos da Teoria dos Princípios e em forma de problema, *qual o limite fixado por direitos fundamentais à discricionariedade* (de legisladores e administradores, mas também de juízes)?

Por outro lado, como já se viu, Böckenförde sustenta que a proposição de Alexy leva a consequências que não podem ser suportadas em um Estado Democrático de Direito. O Estado Legislativo Parlamentar daria lugar ao Estado Judiciário Constitucional.²⁶ Seriam os princípios como álibis para a “discricionariedade” sem limites do juiz, segundo Lênio Streck.

É a crítica da demasia: o Estado Democrático sucumbe; o real submete-se ao ideal. Reformulando, igualmente, tais críticas, poderíamos questionar *como pode ser preservada a discricionariedade?*

A resposta da Teoria dos Princípios é a conjugação destes extremos. Ela deve demonstrar ser capaz de harmonizar o poder normativo dos direitos fundamentais sem engessar a atividade do Legislativo e do Executivo. Nem insuficiente, nem em demasia, o papel dos princípios deve ser equilibrado. Para perceber como chegar a esse equilíbrio, deve-se analisar o papel desempenhado pelos princípios formais, afinal, as competências cujo conflito se aponta, quais sejam, a inafastabilidade do controle judicial e a competência da autoridade democraticamente legitimada, ostentariam a natureza normativa exatamente de princípios formais.

²⁴ ALEXY, 2014-b, p. 271.

²⁵ *Id.*, 2008, pp. 575/576.

²⁶ *Ibid.*, pp. 577/578.

2.3. PRINCÍPIOS FORMAIS

O tema *princípios formais* ainda é altamente controverso. A própria existência desse tipo de normas é contestada por muitos. Segundo Martin Borowski, são um elemento “que permaneceu estranhamente enigmático” da Teoria dos Princípios e seriam “a última grande mancha branca no mapa da Teoria dos Princípios”.²⁷

Não obstante, é possível adotar uma conceituação de princípios formais seguida pelos estudiosos da Teoria dos Princípios. Pode-se dizer que princípios formais, que se distinguem dos materiais, são aqueles que não possuem como objeto um conteúdo. Ao contrário, seus objetos são *decisões jurídicas*.²⁸ É por essa razão que são também chamados *princípios procedimentais*²⁹, afinal, não consagram um conteúdo, mas dizem o procedimento através do qual devem ser produzidos conteúdos jurídicos (“como” e “por quem”)³⁰.

A compreensão desse conceito demanda especial atenção e alguns de seus aspectos devem ser destacados. Primeiramente, como bem ressalta Alexy, princípios formais são princípios, ou seja, normas que demandam a otimização de algo³¹. Por mais elementar que pareça, isso é de extrema importância, pois se princípios formais são princípios, então são passíveis de aplicação em diferentes graus e devem se submeter à máxima da proporcionalidade para a resolução de colisões, afinal, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e vice-versa, como já se disse. Assim, já se antecipa que, ao menos ao que parece, é plenamente possível e também necessário, pela Teoria dos Princípios, ponderar princípios formais. Mais adiante, será compreendido como isso deve ser feito.

Por ora, merece atenção o objeto dos princípios formais. Eles dizem como (e quem) deve decidir. Em última instância, quem deve criar normas jurídicas.³² Disso decorrem importantes constatações. Primeiramente, a de que um princípio formal, por si só, não tem capacidade de proteger uma posição jurídica pelo seu conteúdo. Um princípio formal nunca

²⁷ ALEXY, 2014-a, p. 1.

²⁸ *Ibid.*, p. 4.

²⁹ *Id.*, 2008, p. 138. Também, KLATT, 2012, p. 94.

³⁰ *Idem.*

³¹ ALEXY, 2014-a, p. 3.

³² Afinal, Alexy, concorda com a proposição de Merkl, adotada por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, de que aplicação é também criação de direito (e vice-versa), e que, portanto, a decisão judicial (a sentença) também é norma jurídica e não possui diferença qualitativa para o ato legislativo, mas apenas quantitativa (a quantidade de material vinculante é maior, afinal, o legislador se vincula à constituição, mas o juiz se vincula tanto a ela quanto à lei). A diferença entre Alexy e Kelsen é que a Teoria da Argumentação Jurídica e a Teoria dos Princípios também vinculam a criação de normas jurídicas, reduzindo ainda mais o espaço decisório. Sobre a questão, TRIVISONNO, 2014, p. 8.

dirá o que deve ser protegido, qual decisão, materialmente, deve ser tomada. Isso é papel dos princípios materiais. Isso terá importantes consequências no tratamento desses princípios, mas já se percebe que a distinção entre princípios formais e materiais é notável, seus objetos são completamente distintos.

2.3.1 Princípios formais e competência

Outro ponto importante relacionado ao objeto de princípios formais é sua relação com *competências*. O conceito de competência, embora também seja muito debatido, pode ser colocado como aquele trazido por Matthias Klatt, com apoio em Jan Sieckmann e Marius Raabe: “alguém é competente se ele possui uma posição jurídica conferida por uma norma jurídica para criar uma nova norma válida por meio de um ato específico”³³. Em trabalho posterior, Klatt propõe uma outra formulação, mas que não prejudica a primeira, veja-se: “uma competência é uma capacidade legalmente estabelecida para alterar a situação normativa por meio de um ato institucional”³⁴.

Ora, a identidade entre o conceito de competência e o objeto dos princípios formais, já explicitado, salta aos olhos. Competências dizem como deve ser tomada uma decisão jurídica, a quem é atribuída a capacidade de criar normas jurídicas. Disso se aceita a afirmação de Klatt de que princípios formais têm a ver com competência e que, em oposição, princípios materiais não têm a ver com competência. Mais especificamente, como se verá, *princípios formais esclarecem questões de competência*. Isso se refletirá no seu modelo de ponderação de princípios formais, contraposto ao de Alexy.

Para entender precisamente qual relação Alexy e Klatt estabelecem entre princípios formais e competência e o papel disso na Teoria dos Princípios é necessário ainda um estudo da discricionariedade.

2.3.2 Princípios formais, competência e discricionariedade

Como já se esboçou na introdução deste trabalho, o âmbito de discricionariedade dos demais poderes seria o limite do âmbito de intervenção do Poder Judiciário.

³³ KLATT, 2007, p. 518.

³⁴ *Id.*, 2015, p. 363.

O desafio da Teoria dos Princípios perante as críticas aqui explicitadas também pode ser resumido com a utilização do termo discricionariedade, como o fez Alexy: “a teoria dos princípios é capaz de estabelecer, de forma racional, uma moldura ao legislador? (...) ela é capaz de fazê-lo sem lhe retirar toda e qualquer *discricionariedade*”? (destaque nosso).³⁵ Para responder essa indagação é necessário, primeiramente, entender o que significa discricionariedade.

“Aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela *discricionariedade* estrutural do legislador”.³⁶ O conceito parece bastante claro: aquilo que não é obrigado nem proibido é aquilo que é facultado. Discricionariedade é, portanto, faculdade, poder de escolha, de decisão. Segundo Klatt, é “*uma margem de manobra dentro de uma determinada moldura*”.³⁷ Ainda segundo o autor, ela existe em relação a todos os poderes que compõem o Estado e é um conceito relativo, ou seja, ela depende da “moldura”.

Uma vez conceituada, deve ser entendida a importância da existência de discricionariedade em uma ordem constitucional. Ora, trata-se exatamente de não existir uma constituição-genoma e não tornar inócuo o princípio democrático. É o que atribui flexibilidade a uma ordem constitucional. O limite dessa discricionariedade, por sua vez, é o outro lado da moeda, a força normativa da constituição.

Com isso em mente, deve-se perceber que existem dois tipos de discricionariedade: *estrutural* e *epistêmica*. A primeira, também chamada *discricionariedade material*, refere-se ao que é facultado pela constituição; com maior precisão: é o que se sabe que é facultado. É a modalidade menos problemática, por assim dizer, afinal, “não é necessário fundamentar que o legislador é livre se a constituição não o obriga a nada”³⁸. Divide-se entre as discricionariedades *para definir objetivos, para escolher meios e para sopesar*, explicadas por Alexy³⁹

Diferentemente, a discricionariedade epistêmica surge quando não se sabe se algo é facultado pela ordem jurídica: “uma discricionariedade epistêmica está necessariamente associada ao problema da divergência entre aquilo que é de fato obrigado, proibido e facultado pelos direitos fundamentais e aquilo que por meio deles pode ser demonstrado como sendo

³⁵ ALEXY, 2008. pp. 581/582.

³⁶ *Ibid.* p. 584.

³⁷ KLATT, 2007, p. 506.

³⁸ ALEXY, 2008, p. 584.

³⁹ Pelo fato de não ser a modalidade mais importante a ser analisada nesse trabalho, para a conceituação de suas modalidades remete-se o leitor à obra de Alexy: ALEXY, 2008, pp. 585/588.

obrigatório, proibido ou facultado”.⁴⁰ Ela se relaciona a um problema de cognição, de conhecimento das premissas utilizadas em um raciocínio jurídico. Sua justificação é mais trabalhosa, pois “já não tão óbvio é fundamentar que ele [o legislador] é livre porque há dificuldades em se identificar se ele é livre”⁴¹).

Uma vez que as premissas de uma decisão jurídica são de duas ordens, fáticas e normativas, a discricionariedade epistêmica, por conseguinte, também apresenta estas duas variáveis.

Discricionariedade epistêmica empírica surge da insegurança no conhecimento dos fatos relacionados ao caso concreto com o qual se lida. São de especial relevância para o exame da adequação e da necessidade, afinal, como já se viu, tais máximas parciais lidam com as possibilidades fáticas que se apresentam. Exemplo disso é o caso da proibição de produtos derivados da *cannabis* (decisão do tribunal constitucional alemão BVerfGE 90, 145), tantas vezes analisado por Alexy, pois a proibição, que visa a proteção da saúde dos indivíduos, tem como base a premissa fática de que o uso da *cannabis* é prejudicial à saúde. Porém, como discutido pelos juízes do tribunal, não há certeza disso. Mesmo não sendo absolutamente confiável tal juízo empírico, é atribuído ao legislador a discricionariedade para intervir na liberdade dos indivíduos (princípio que colide com a proteção à saúde).⁴²

Uma vez citada a *Cannabis*, é pertinente tratar brevemente dos recentes desenvolvimentos do seu uso terapêutico no Brasil, tanto no âmbito da medicina quanto a recepção disso pelo direito. De maneira diametralmente oposta à análise promovida pelo tribunal alemão, suscita-se que a proibição do uso de produtos específicos derivados da *Cannabis* (em geral, o *Canabidiol*), seria desproporcional lesão ao direito à saúde. Isso porque o uso medicinal dessa substância tem se mostrado eficiente, apesar de que só recentemente o *Canabidiol* foi retirado da lista de substâncias proibidas e ainda há restrições à sua importação e uso (é necessário laudo médico que deve ser submetido a procedimento administrativo na Anvisa). Para alguns, trata-se de colisão entre o devido processo legal e o direito à saúde, colisão à qual a ponderação atribui prevalência ao direito à saúde⁴³. Há de se ressaltar que aqui se trata de uso terapêutico, ao passo que a análise da proibição do uso da *Cannabis* em outros casos leva em conta seu uso recreativo. Acredita-se que os problemas epistêmicos são muito maiores

⁴⁰ *Ibid.*, p. 623.

⁴¹ *Ibid.*, p. 584.

⁴² *Ibid.*, p. 612.

⁴³ TOLEDO, MELLO e LIMA, 2016.

no segundo caso, porém, é mister reconhecer o recente avanço ocorrido no Brasil no tocante à resposta dada direito do uso dessa substância.

A discricionarietà epistêmica normativa, por sua vez, se relaciona às premissas normativas da decisão, ou seja, reconhece ao legislador um espaço no qual pode valorar os graus de afetação e importância da proteção aos direitos fundamentais envolvidos. Em outro julgado pelo BVerfG (BVerfGE 97, 169), evidencia-se o seguinte entendimento: “o Tribunal reconhece ao legislador uma ‘ampla margem de conformação’, que engloba não apenas prognósticos empíricos, mas também ‘a avaliação do complexo de interesses, ou seja, a quantificação dos interesses contrapostos e a determinação da necessidade de sua proteção’”.⁴⁴

Mas por que toda essa análise de discricionarietà? A essa altura já é possível perceber que discricionarietà se relaciona com competência e com princípios formais. “Nós podemos entender tanto a discricionarietà estrutural quanto a epistêmica como competências”⁴⁵, afirma Klatt. “Se o legislador tem discricionarietà, ele é competente para escolher entre todas as soluções qual se encaixa no escopo de sua discricionarietà”.⁴⁶

Faz-se mister um importante alerta. Não há que se confundir discricionarietà com competência e princípios formais, por mais que muitas leituras levem a essa confusão. A natureza desses conceitos é distinta: discricionarietà é um “vazio”, um espaço deixado por uma moldura normativa; competência é um conteúdo específico de normas, um objeto de normas; princípios formais são normas que dizem como outras normas devem ser produzidas e que são mandamentos de otimização.

A partir disso, adota-se aqui a ideia de que discricionarietà, em ambas as modalidades, é gerada pela ponderação, é *resultado da ponderação* (produto dela). Sua modalidade epistêmica, de percepção mais difícil, surge por meio da ponderação de princípios materiais e da existência de incertezas quanto às suas premissas empíricas ou normativas⁴⁷. Princípios formais não são, exatamente, geradores de discricionarietà. Eles esclarecem questões de competência, *estabelecem competências*, indicando quem deve decidir no âmbito da discricionarietà⁴⁸. A constatação de que há discricionarietà, portanto, não interfere no

⁴⁴ *Ibid.*, p. 613.

⁴⁵ KLATT, 2007. Embora nesse particular trecho o autor se refira à discricionarietà de juízes, a constatação pode ser generalizada, como bem alerta o autor na introdução da mesma obra (p. 506).

⁴⁶ *Id.*, 2012, p. 94.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 103.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 98.

âmbito de um princípio formal; princípios formais, por sua vez, indicam quem deve exercer a discricionariedade.

Embora isso já seja um resultado importante, ainda não resta clarificado como ponderar princípios formais ou como, precisamente, estabelecer discricionariedade. Para responder a essas perguntas, deve-se entender os modelos propostos por Alexy e Klatt. Adianta-se que, para Alexy, princípios formais respondem à questão se a discricionariedade epistêmica do legislador existe e em qual medida. Klatt tem uma visão bastante distinta. A comparação das ideias dos dois autores e a conclusão por um modelo de ponderação de princípios formais é o objeto da próxima seção.

III. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS EM ROBERT ALEXY

Para a análise do modelo elaborado por Alexy para a ponderação de princípios formais foi adotado como marco inicial o posfácio, datado de 2002, da *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Será levado em conta que o autor revisou parcialmente seu pensamento, o que culminou na apresentação da conferência *Princípios Formais*, no Brasil, no ano de 2014 (publicada no artigo homônimo)⁴⁹

Primeiramente, é necessário entender que, para Alexy, o papel dos princípios formais é relevante apenas no tocante à discricionariedade epistêmica. Em relação à discricionariedade estrutural ou material, já definida, Alexy observa que: “o fato de o legislador estar livre quando não há obrigações não precisa ser justificado. Por essa razão, princípios formais não desempenham papel algum no que diz respeito à discricionariedade material”.⁵⁰

Diferente é o caso da discricionariedade epistêmica.

*Que o legislador possui competência para decidir se ele está livre ou não nos casos em que é incerto se ele está livre ou não é, porém, muito menos óbvio. Aqui princípios formais desempenham um papel decisivo.*⁵¹

Por essa razão, Alexy propõe um modelo de ponderação de princípios formais focado no problema da discricionariedade epistêmica. Antes de se aprofundar nesse modelo, porém, é pertinente trazer a classificação de modelos de ponderação de princípios formais elaborada pelo próprio autor. Essa classificação leva em conta a possibilidade de se ponderarem princípios formais com princípios materiais.

Conforme Alexy, existem os modelos *material-formal puro* e o *modelo material-formal misto* (ou *da combinação*). Segundo o primeiro, um princípio material pode ser ponderado com um princípio formal; para o segundo, um princípio material só pode ser ponderado com um princípio formal se este último se combina com um princípio material colidente.

Importante perceber que, de alguma maneira, ambos permitem a ponderação de entre princípios de diferentes tipos. E é por essa razão que ambos carregam problemas em comum,

⁴⁹ ALEXY, 2014.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁵¹ *Idem*

em face dos quais Alexy propõe o *modelo epistêmico*, um modelo entre o puro e o combinado e que será objeto de análise à frente. Embora mais sofisticado, também se inclui esse modelo entre aqueles que permitem, de uma forma ou de outra, a ponderação entre princípios de tipos distintos.

Há de se acrescentar que há outra possibilidade: refutar a possibilidade que princípios formais sejam ponderados com princípios materiais. É o que se denomina, neste trabalho, um modelo *da separação* e o que se verificará na proposta de Matthias Klatt.

3.1. O modelo da combinação de Alexy

No posfácio da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy endossa um modelo misto, ou da combinação. Ele parte da “tese segundo a qual o problema da discricionariedade epistêmica ou cognitiva deve ser solucionado por meio de sopesamentos [ponderações] entre princípios formais e materiais”.⁵²

Tratando de exemplos da jurisprudência alemã, ele constata que, nos casos em que há incerteza sobre premissas da decisão haveria um conflito entre o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e um princípio material de direito fundamental. O primeiro impõe um dever *prima facie* de que decisões importantes para a sociedade sejam tomadas pelo legislador; o segundo impõe um dever igualmente *prima facie* de proteção de um direito fundamental. Segundo Alexy, o princípio material em colisão “exclui *prima facie* a competência do legislador para fundamentar decisões desvantajosas para o direito fundamental em premissas empíricas incertas”.⁵³

Haveria duas soluções extremas: a precedência incondicionada do princípio formal ou do princípio material. Sem dúvidas, isso reflete a tensão entre direitos fundamentais e democracia.⁵⁴ Alexy rejeita ambas, com razão, e propõe uma solução compatível com a Teoria dos Princípios, a qual culmina com a formulação da segunda lei da ponderação, ou *lei*

⁵² ALEXY, 2008, p. 611.

⁵³ *Ibid.*, p. 615. É necessário ressaltar que a qualificação das decisões feita por Alexy é contestada. Conforme Cláudia Toledo, o conteúdo da legislatura não pode ser um princípio formal. Ao contrário, é conteúdo, é um juízo de valor feito pelo legislativo. Se esse juízo, externalizado em forma de uma nova norma jurídica, é incompatível com a ordem constitucional, sua inconstitucionalidade será declarada. Note-se que a inconstitucionalidade se refere à nova norma, ao resultado do exercício da competência legislativa, mas não a um princípio formal em si mesmo (TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 20/01/2016).

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 615/616.

epistêmica da ponderação: “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”.⁵⁵

Com base na jurisprudência do BVerfG, o autor faz uma análise que compara a intensidade do controle exercido pelo tribunal com a certeza das premissas utilizadas pelo legislador. Haveria três graus de controle possíveis, um “controle intensificado de conteúdo”, um “controle de plausibilidade” e um “controle por evidência”, conforme o próprio tribunal, em paralelismo à escala triádica para atribuição de valores às variáveis da fórmula do peso. Quanto maior a certeza das premissas utilizadas pelo legislador, menor o grau de controle a ser exercido, daí a lei epistêmica da ponderação e daí uma ponderação de princípios formais e materiais.

Continuando a análise desse modelo, é mister perceber por que se trata de um modelo da combinação. Pode-se depreender do tratamento que Alexy dá aos casos que analisa que a ponderação, por meio da lei epistêmica da ponderação, se dá entre um princípio material e um princípio formal combinado ao princípio material colidente. Assim, um princípio formal só tem força para superar um princípio material se ligado a outro princípio material (*lei da conexão*).⁵⁶ O papel do princípio formal é, então, “participar da repartição das competências decisórias nos casos de incertezas presentes na relação entre os princípios materiais”⁵⁷. Como? Conectando-se a um dos princípios materiais colidentes e alterando o resultado final da ponderação.

Com a lei da conexão, Alexy espera responder às críticas segundo as quais a ponderação com um princípio formal levaria ao absurdo de se interferir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem qualquer razão substancial que justifique tal intervenção. Para Alexy, de fato, princípios formais não possuem força para tanto (ao menos, isolados), mas quando ligados a princípios materiais podem alterar o resultado da ponderação.

Alexy também responde à crítica segundo a qual princípios formais poderiam levar a lesões a direitos fundamentais não constatadas, não conhecidas, por conta da divergência entre o ontológico e o epistêmico (entre o que de fato existe e o que é levado ao conhecimento do julgador). Isso não seria problemático. Primeiramente, como explica o autor, isso não é um problema que possa ser atribuído aos princípios formais, pois eles só possuem força através da

⁵⁵ *Ibid.*, p. 618.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 624/625.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 625.

lei da conexão, ou seja, se conectados a princípios materiais⁵⁸. Porém, o melhor argumento do autor, ao que parece, é o exposto a seguir.

Mais à frente, diz o autor que a incerteza “íntegra-se ao direito fundamental”, permanece no direito fundamental como um espinho. Isso seria um problema em face da necessidade de otimização imposta pela natureza dos princípios? Em última instância, não, responde Alexy. “Esse espinho é um tributo que o ideal dos direitos fundamentais tem necessariamente que pagar em razão do ganho dificilmente superestimável decorrente de sua institucionalização no mundo tal como ele é”.⁵⁹ Incertezas existem e evidenciam a dimensão real do direito. Sua presença na ponderação reafirma o código binário do direito: entre o real e o ideal. Talvez seja essa a mais importante conclusão da obra analisada.

A resposta remete à distinção entre um discurso ideal e um discurso real, especialmente abordada na *Teoria da Argumentação Jurídica*. A situação ideal de fala, proposta por Habermas e adotada por Alexy, caracteriza-se por uma série de idealizações que fazem do discurso ideal um discurso perfeito, sem obstáculos. Dentre as cinco idealizações, cita-se o *conhecimento ilimitado*. Ora, se há conhecimento ilimitado no discurso ideal, não há problemas epistêmicos. Não há divergências entre o ontológico e o epistêmico, pois tudo é passível de conhecimento.

Importante ressaltar que isso não quer dizer que não há discricionariedade. Travessoni explica com clareza a questão: “no discurso ideal, uma única solução seria encontrada para caso para o qual há uma solução”⁶⁰. É possível se imaginar casos em que, mesmo em dimensão ideal, não há uma única solução e, portanto, há discricionariedade – casos de impasse na aplicação da lei da ponderação.

O mais importante, porém, é perceber que problemas de conhecimento, que implicam discricionariedade epistêmica, não são afetos ao discurso ideal, e sim ao real, que, por definição, é contrafático. Com o perdão da redundância, o discurso real é o único que pode ser realizado. Tribunais julgam a constitucionalidade de normas enquanto colégios compostos por juízes de carne e osso, enquanto instituições que efetivamente existem. Juízes tomam parte em discursos reais.

Em toda a obra de Alexy, o discurso ideal funciona como ideia regulativa, o que é muito importante. Apenas isso. O autor não tem a pretensão, em momento algum, de alcançar esse

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 627.

⁶⁰ TRAVESSONI, 2014, p. 5.

discurso. Com essa consciência, o autor tem o mérito de pretender dar respostas somente ao que é possível responder e, além disso, criar métodos para que possa, efetivamente, chegar às respostas necessárias. Isso se reflete na dupla dimensão do direito (real e ideal). Se o discurso jurídico é um discurso real, um discurso institucionalizado, também a Teoria dos Princípios deve levar isso em conta.

Aplicando-se esse entendimento ao problema deste trabalho, lesões não constatadas a direitos materiais só são imagináveis, só existem em discurso ideal, afinal são *lesões não constatadas*. Em relação a tais lesões não há com o que a Teoria dos Princípios se preocupar, ao menos não no contexto que se analisa neste trabalho. Isso é evidência claríssima da dimensão real do direito, é o “espinho” que se deve carregar em contrapartida à própria existência do direito neste mundo.

3.2 O modelo epistêmico de Alexy

Em 2014, Alexy veio ao Brasil e apresentou o importante e inédito artigo *Princípios Formais*⁶¹. Grande inovação do artigo foi a divisão da variável epistêmica da fórmula do peso em duas (variáveis epistêmicas empírica e normativa), o que, embora de grande importância, já seria completamente coerente em relação a seus trabalhos precedentes.

Além disso, Alexy revisitou seu modelo de ponderação de princípios formais. Além de verificar as consequências da nova formulação da fórmula do peso para aquele tema, buscou responder diversas críticas e, com isso, propôs seu *modelo epistêmico*. De fato, houve substanciais avanços e a nova proposta de Alexy é mais consistente; no entanto, muito permaneceu. Alexy já havia se posicionado pelo papel dos princípios formais restrito aos casos de discricionariedade epistêmica, o que nomeia seu novo modelo, e, como se verá, esse modelo ainda é um modelo que permite a ponderação entre princípios formais e materiais.

O autor constata que tanto o modelo puro quanto o modelo da combinação conduzem a problemas.

Se o princípio da democracia fosse capaz, por si próprio, de justificar uma interferência em um direito fundamental, seria possível dizer que ‘a interferência não é justificada através de qualquer princípio material, ou seja, não é justificada por qualquer razão material, mas contudo ela

⁶¹ ALEXY, 2014-a.

é permitida, pois o legislador democraticamente legitimado pode tomar mais decisões quando é permitido tomar essa decisão do que quando não é”.⁶²

Isso seria inaceitável, pois “destruiria a prioridade da constituição sobre a legislação parlamentar ordinária”, além de ser uma interferência desproporcional e arbitrária.⁶³

Esse problema é evidente no modelo puro, mas, diferentemente do que havia proposto anteriormente, Alexy sustenta nesse momento que esse problema permanece ao se utilizar um modelo de combinação. Exemplifica comparando uma mesma colisão de princípios antes e depois da inserção de um princípio formal ao lado de um princípio material e percebendo que o resultado da ponderação foi modificada.⁶⁴

Que solução propõe? Um terceiro modelo, o *modelo epistêmico*. A base desse modelo continua sendo a lei epistêmica da ponderação. Porém, trata-se de um caso bastante peculiar, um caso específico de ponderação segundo o modelo puro: pondera-se um princípio formal e um princípio material, mas essa ponderação ocorre em metanível, em segunda ordem. Essa ponderação é, então, uma ponderação que nos diz algo sobre como ponderar: nos diz o que ponderar. Isso porque ela nos diz quais variáveis devem ser utilizadas na fórmula do peso, ou, dizendo o mesmo de outra maneira, qual das leis da ponderação deve ser utilizada (havendo incertezas, deve-se utilizar a lei epistêmica da ponderação).⁶⁵

Trata-se de releitura de sua primeira proposta. O próprio autor reconhece isso quando afirma, em nota, que a lei da conexão “deveria ser entendida de um modo em que a cláusula ‘em conexão com’ se refira a ‘uma relação de segunda ordem’ [metanível] (...)”⁶⁶. O princípio formal só atua diretamente no metanível, não no primeiro. Com isso, Alexy tenta responder os problemas previamente suscitados, afinal, o princípio formal não teria força de alterar (diretamente) o resultado da ponderação em primeiro nível, mas teria apenas a aptidão de acrescentar variáveis à ponderação material, as quais influenciam o resultado final. Esse resultado, porém, ainda depende das demais variáveis⁶⁷.

⁶² *Ibid.*, p. 5

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.* Alexy já havia feito afirmação semelhante no posfácio da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pelo que se evidencia, novamente, que a mudança em seu modelo, embora importante, é apenas uma releitura ou uma análise mais acurada do que já havia proposto.

Nota-se que Alexy se depara com os mesmos problemas, mas propõe uma nova solução: não mais se sustenta na lei da conexão, mas na constatação do metanível de ponderação. Porém, insiste em um modelo que permite, de alguma maneira, ponderar princípios formais e materiais entre si.

E como, exatamente, ocorre tal ponderação em metanível? “O ponto decisivo da ponderação de segunda ordem é que direitos fundamentais como comandos de otimização epistêmica colidem com o princípio formal do legislador democraticamente legitimado”⁶⁸. Não se pode estabelecer uma precedência absoluta, como já havia se argumentado, e, portanto, pondera-se, é estabelecida uma relação condicionada de precedência.

Nessa ponderação, as variáveis em jogo se submetem a uma escala valorativa triádica, como em qualquer ponderação. Ocorre apenas que os possíveis predicados do peso abstrato ou do grau de interferência em um princípio, quais sejam, os valores “leve”, “moderado” e “grave”, são substituídos por “confiável”, “plausível” ou “não evidentemente falso”, aos quais correspondem 2^0 , 2^{-1} e 2^{-2} , respectivamente. Se todas as premissas são confiáveis, o valor atribuído é 1, o que significa, para Alexy, que o princípio material tem precedência sobre o princípio formal colidente. Nota-se que o grau “confiável” não altera o resultado final (a multiplicação pelo numeral 1 não altera o resultado). Premissas caracterizadas como abaixo do grau da confiabilidade, porém, diminuem o impacto das demais variáveis. São esses os casos de precedência do princípio formal.

Em suma, Alexy propõe que: (a) em metanível, sejam ponderados um princípio formal e um material; (b) essa ponderação se dê com a verificação do nível de confiabilidade das premissas utilizadas; se abaixo do nível *confiável*, o princípio formal tem precedência condicionada sobre o princípio material; (c) sendo esse o caso, devem ser inseridas as variáveis epistêmicas na fórmula do peso (deve-se utilizar a lei epistêmica da ponderação) e, assim, procede-se à ponderação entre os princípios materiais colidentes.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 7.

IV. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS EM MATTHIAS KLATT

A análise que se realiza das proposições de Matthias Klatt acerca da ponderação de princípios formais tem como base três obras do autor, analisadas em ordenação cronológica e lógica:

a) *Taking rights less seriously* (KLATT, 2007), na qual o autor estuda o conceito de discricionariedade, com foco na discricionariedade judicial. Analisam-se as ideias de Hart e de Dworkin e propõe-se um modelo alternativo, com base nas teorias da Argumentação Jurídica e dos Princípios, de Alexy.

b) *Epistemic discretion in constitutional law* (KLATT; SCHMIDT, 2012), em coautoria com Johannes Schmidt, artigo decisivo no qual é proposta uma nova forma de ponderação, a *ponderação de classificação (classification balancing)*, que lida com a justificação externa de decisões (atribuição de valores às variáveis da Fórmula do Peso). Posteriormente, trata de princípios formais e propõe que tais princípios lidam com competências e não podem ser ponderados com princípios materiais. Assim, desenvolve, para a ponderação em sede de revisão judicial, um *modelo de dois níveis (nível da ponderação e nível da revisão)*, estritamente separados.

c) *Positive rights: who decides? Judicial review in balance* (KLATT, 2015), recentemente publicado, trata-se de continuidade do trabalho iniciado no artigo anterior. Klatt tem como foco o problema da competência relacionado aos direitos positivos (sociais) e propõe como solução a ponderação de princípios formais. Suas ideias foram apresentadas em sede de palestra na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora em 2014.

Para entender com profundidade a proposta de Klatt e seu modelo de ponderação, construído com Schmidt, será dividida esta seção em duas partes: na primeira será exposto o tratamento dado pelo autor à discricionariedade; na segunda, mais importante para este trabalho, será exposto seu modelo de dois níveis, em contraposição ao modelo epistêmico de Alexy.

4.1. Discricionariedade epistêmica em Matthias Klatt

Foi constatado que discricionariedade é uma margem de manobra dentro de uma moldura normativa, é o que não é obrigado nem proibido e que é, portanto, facultado. Sua extensão depende do seu entorno, ou seja, ela é relativa.

Klatt reproduz a classificação já utilizada por Alexy de discricionariedade nas modalidades estrutural e epistêmica. Quanto à primeira, não há muito o que se considerar. A discricionariedade epistêmica, por sua vez, merece um tratamento mais aprofundado.

O autor promove um exame acurado da lei epistêmica de ponderação formulada por Alexy e da maneira como ele a aplica. Um foco de críticas de Klatt é a adoção, por Alexy, do que Klatt denominou *escala de revisão (problema das escalas)*⁶⁹, mas a atenção será voltada a outra crítica à lei epistêmica de ponderação, o *problema da classificação*.

De maneira bem clara, a crítica de Klatt é, na verdade, um alerta de falta de precisão na formulação da lei de ponderação epistêmica. Retoma-se a formulação de Alexy para que seja analisada: *quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia*⁷⁰.

Duas situações devem ser distinguidas e para entendê-las é necessário revisar a função da condição de precedência na lei de colisão de Alexy. Como já explicado, cada colisão de princípios se submete à ponderação, que indica uma *relação condicional de precedência*, condicional porque relacionada a determinadas particularidades, às premissas do caso que se analisa (*lei de colisão*). A condição de precedência (identificada nas fórmulas de Alexy pela variável *C*), é o pressuposto do suporte fático, que é analisado ao se ponderar. Em outro giro, o resultado da ponderação é uma *regra* que prescreve uma consequência jurídica concernente à prevalência de um dos princípios. Identificadas as mesmas premissas (identificada a condição *C*), o resultado é, fatalmente, a relação de precedência já explicada. Em suma, a condição de precedência (*C*) é a hipótese de aplicação de uma regra - construída por meio da ponderação.

Com isso em mente, percebe-se que, primeiramente, pode haver incerteza quanto à ocorrência das condições de precedência, ou seja, das premissas que demandam a aplicação de uma regra (regra que consagra a precedência de um princípio). A leitura da lei epistêmica de ponderação, além de não especificar a qual elemento da ponderação se associam as incertezas, sugere-nos que é a esse último sentido do uso da ponderação que ela se refere. Veja-se que a identificação do grau de interferência em um dos princípios ou o valor da importância de satisfação do outro não são questionados, eles são tidos como certos. O problema epistêmico se refere precisamente à ocorrência ou não da situação que implica lesões e importâncias de satisfação daqueles princípios naquele grau.

⁶⁹ KLATT, 2012, p. 76.

⁷⁰ ALEXY, 2008, p. 617.

O exemplo analisado diversas vezes por Klatt é esclarecedor. Trata-se de legislação alemã que permite o abate de aeronave que se presume estar sendo utilizada para a execução de crime contra a vida, se não houver outra possibilidade de evitar que atinja o suposto objetivo (seção 14(3) do estatuto alemão de segurança na aviação). O BVerfG julgou a norma inconstitucional por ser incompatível com o direito à vida e a dignidade humana (do piloto da aeronave). Nota-se que não há nenhuma dúvida quanto ao grau de interferência da medida no direito à vida e à dignidade; da mesma maneira, não se questionou o grau de interferência no direito à vida das demais pessoas. O problema de cognição que cerca o caso é a existência das condições que justificam a relação de precedência que a norma impõe. Em outras palavras, a dúvida pertinente a essa norma é a efetiva ocorrência, em cada caso concreto, do perigo de cometimento de crime contra a vida dos cidadãos e da impossibilidade de evitá-lo por outros meios que não o abatimento da aeronave.⁷¹

No entanto, há de se identificar outra situação em que incertezas têm um papel primordial. Trata-se de hipóteses em que a própria valoração das variáveis envolvidas é questionada. Não se pode identificar com certeza a monta da lesão que determinada decisão infringiria a um princípio ou o grau de satisfação relacionado ao princípio colidente (ou mesmo ambas).

O caso da proibição dos produtos derivados da *cannabis* é exemplo disso. Em específico, a dúvida suscitada é quanto ao grau de satisfação do direito à saúde que a proibição implementa (o grau de interferência na liberdade dos indivíduos é certo e é classificado pelo BVerfG como moderado). É visível a diferença para o exemplo analisado acima⁷²: no caso da *Cannabis*, a incerteza paira sobre o grau de satisfação do direito à saúde; já no caso do abate de aeronaves, a incerteza paira sobre a efetiva ocorrência das condições de precedência da ponderação, que são hipóteses para a aplicação de uma regra.

Segundo Klatt, a fórmula epistêmica do peso não dá uma solução a esse tipo de questão. Em face disso, propõe a *ponderação da classificação* cuja correspondente *lei de classificação* é assim definida: “quanto mais confiável for uma classificação mais intensa do grau de interferência em um princípio, mais confiável deve ser uma classificação menos intensa de grau de interferência nele”.⁷³

⁷¹ KLATT, 2012, p. 75 e p. 77.

⁷² *Ibid.*, p. 77.

⁷³ *Ibid.*, p. 81.

Analisa-se apenas um dos princípios colidentes, e ponderam-se diferentes possibilidades de valoração do grau de interferência ou importância de satisfação do princípio (variável *I* da fórmula do peso).⁷⁴

Assim como o uso da lei de ponderação ou da fórmula do peso pode indicar uma situação de impasse (quando não há precedência concreta de nenhum dos princípios, o que significa discricionariedade estrutural), a lei de classificação também pode não atribuir prevalência a nenhum dos valores cogitados para a intensidade da interferência. Esse é, para Klatt, o caso de *discricionariedade para classificar*, - ou discricionariedade para valorar, adotando a terminologia que vem sendo utilizada neste texto - que é a hipótese genuína de discricionariedade epistêmica⁷⁵.

Klatt parece ter identificado com precisão o foco dos problemas epistêmicos nas diversas situações possíveis. Parece aplicar com maior “vigor” a lupa analítica, tão cara a Alexy.

De tudo o que foi dito, ressalta perceber que princípios formais não são tratados por Klatt no mesmo contexto tratado por Alexy. Para Klatt, princípios formais, que já não tinham importância na determinação de discricionariedade estrutural, também não desempenham nenhum papel na determinação de discricionariedade epistêmica. Ela é resultado da ponderação entre princípios materiais e, genuinamente, ocorre no impasse quanto à atribuição de valores às variáveis da ponderação (classificação dos graus, uso de escalas).

Constatado que o papel de princípios formais não é desempenhado na determinação de discricionariedade, convém investigar sua importância para a definição de competências.

4.2. O modelo de dois níveis de Klatt e Schmidt

“Princípios formais consignam a relação entre discricionariedade e controle”⁷⁶. Se, para Alexy, a discricionariedade epistêmica é resultado de uma ponderação entre princípios materiais e formais (mesmo que indiretamente, pois tal ponderação se dá em metanível), Klatt acredita que princípios formais só podem ser ponderados entre si e que essa ponderação não gera consequências para a determinação de discricionariedade. O que ela é apta a realizar é

⁷⁴ Assim como à lei da ponderação corresponde a fórmula do peso, à lei da classificação corresponde uma fórmula (que neste trabalho denomina-se fórmula de classificação):

$C_{i_1,2} = (I_{i_1} \times R_{i_1}) / (I_{i_2} \times R_{i_2})$ (*Idem*)

⁷⁵ *Ibid.*, p. 82.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 94.

esclarecer competências e, assim, indicar níveis de controle, inclusive, níveis de revisão judicial.

Algumas críticas a Alexy são analisadas por Klatt, que, entre acordos e desacordos com aquele, propõe seu modelo de ponderação de princípios formais. Partindo de críticas promovidas por Jestaedt e por Hwang, Klatt desenha seu primeiro argumento em defesa de seu modelo.

Trata-se do argumento da incomensurabilidade de princípios formais e materiais. Essa incomensurabilidade decorre da diferença entre os objetos de princípios destes dois tipos. Princípios formais seriam tão diferentes de princípios materiais que seria impossível atribuir valores concernentes a ambos, em uma mesma relação, de maneira objetiva e racional⁷⁷.

É perceptível que Alexy e todos os demais que defendem um modelo que permita uma ponderação “mista” reconhecem tal dificuldade. Até então, o que haviam feito era tratar de superá-la sem abrir mão do seu modelo. Alexy se apoiou na lei da conexão e, posteriormente, na elucidação de um metanível de ponderação. Borowski, por sua vez, argumenta que um princípio formal só é ponderado conforme se analisa o resultado do seu exercício. Explica-se: tratando-se de competência legislativa, por exemplo, pondera-se a decisão legislativa com o princípio colidente. Ora, conforme Klatt, trata-se de uma confusão entre dois níveis hierárquicos do ordenamento jurídico. Não se pode ponderar uma decisão legislativa (infraconstitucional) com um princípio constitucional.⁷⁸ Uma antinomia como essa se submete aos tradicionais métodos de resolução de antinomias já exposto por Norberto Bobbio (em específico, ao critério hierárquico). Além do mais, o papel dos princípios formais parece ter sido deixado de lado, seriam apenas coadjuvantes em um modelo como tal.

Klatt e Schmidt, por sua vez, tomam o argumento da incomensurabilidade como um fundamento para sua proposta de dois níveis de ponderação. Em um dos níveis só se ponderam princípios materiais – neste nível, segundo Hwang, “o teste de proporcionalidade irá apenas questionar se a seriedade da intervenção é desproporcional *vis-à-vis* o peso dos princípios justificadores”⁷⁹; em outro nível, apenas princípios formais entram em cena – aqui questões de competência serão analisadas. Pela enorme diferença entre princípios de tipos diversos e pela

⁷⁷ *Ibid.*, p. 97.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem.*

incomensurabilidade entre si que disso decorre, opta Klatt por um modelo que neste trabalho caracteriza-se como um modelo de separação.

No mesmo sentido, Cláudia Toledo esclarece que

a despeito de os princípios formais estarem diretamente envolvidos nos conflitos de competências, sua articulação não é capaz, isoladamente, de fornecer soluções à questão. Por definição, princípios formais não detêm conteúdo, mas organizam a estrutura da ordem jurídica, bem como determinam procedimentos responsáveis pela viabilização dos princípios materiais. Isto é, o conteúdo de toda construção normativa social é objeto dos princípios materiais⁸⁰.

Dessa maneira, ponderar a estrutura e os procedimentos, objetos dos princípios formais, com conteúdos normativos, fornecidos pelos princípios materiais, parece, no mínimo, impreciso.

Outra base para o modelo de Klatt e Schmidt é a constatação de que revisão judicial é uma questão de grau, ou seja, um poder estatal pode interferir ou revisar a decisão tomada por outro em diferentes níveis. Esses diferentes níveis de interferência já poderiam ser observados na taxonomia da revisão judicial elaborada por Katharine Young, que distinguiu o papel desempenhado por tribunais constitucionais com base em três concepções de controle: *neutro*, *engajado* e *suprematista*.⁸¹ A classificação segue uma escala crescente de grau de interferência na decisão que se revê (uma postura neutra respeita e mantém em maior grau a decisão do legislador ou de qualquer órgão que se revisa, ao passo que, no outro extremo, uma postura de supremacia implica em uma interferência grande, geralmente a retirada da validade da norma que se revisa).

O que Klatt acrescenta a tal modelo é a ideia de que uma mesma corte pode adotar concepções diferentes em casos diferentes e também a necessidade de uma teoria capaz de agregar normatividade⁸². Se Young apenas descreve, Klatt propõe que, a partir da análise de certos critérios, determinada concepção de revisão *deve ser* adotada no caso concreto.

A normatividade é atribuída pela ponderação, mas a *ponderação em nível de controle*, que não se confunde com aquela entre princípios materiais. O resultado dessa ponderação é a

⁸⁰ TOLEDO, 2015, p. 283.

⁸¹ KLATT, 2015, p. 355.

⁸² *Ibid.*, p. 360.

medida da revisão judicial. Portanto, a medida da revisão só pode ser auferida em concreto, nunca em abstrato, conforme o que já foi explicado sobre a ponderação.

Esse posicionamento implica notável flexibilidade na revisão judicial, o que se considera benéfico. Klatt diferencia seu modelo das propostas de autores como Jeremy Waldron⁸³. O neozelandês argumenta, em apertada síntese, que, constatado que há desacordo entre os indivíduos, o Legislativo, por ser democraticamente eleito e por refletir em sua composição a pluralidade da população, é quem detém a legítima competência para conhecer de questões morais importantes para todos⁸⁴.

Se o posicionamento de Waldron é especialmente pertinente em tempos em que se discute ativismo judicial, ele também é especialmente contestável em tempos em que se discute a legalidade de financiamentos de campanhas eleitorais por empresas, a carência de representatividade de minorias no parlamento (no caso brasileiro, um parlamento onde as bancadas evangélica e ruralista têm o poder que se constata a cada dia), a prática desenfreada de *lobby* e outras mazelas do sistema democrático real. Isso porque todas essas práticas fazem com o que o parlamento não seja um ambiente verdadeiramente plural e nem permita um debate que leve em conta os desacordos morais da população. Pluralismo e deliberação entre representantes da população seriam as razões de Waldron para apontar a superioridade epistêmica do legislativo para conhecer de questões morais importantes para a sociedade, em qualquer caso, mas as práticas citadas podem refutar essa tese.

Nem insuficiente, nem em demasia; nem um Estado Judiciário, nem um Estado Democrático (?) sem direito, é esse o escopo deste trabalho. E também o de Klatt. Como já defendido em outra ocasião⁸⁵, seu modelo parece ser sofisticado o suficiente para não negligenciar tais alertas e flexível o bastante para lidar com a mutabilidade do Estado.

Seguindo-se, quais seriam os parâmetros propostos por Klatt para se ponderar princípios formais e encontrar a medida da revisão judicial? São eles enumerados a seguir⁸⁶:

a) *qualidade da decisão*⁸⁷: quanto maior a qualidade da decisão que se revisa, menor deve ser o nível de intervenção. Tal qualidade se mede pelos argumentos utilizados, pelo

⁸³ Klatt sobre Waldron: *Id.*, pp. 361 e 370.

⁸⁴ WALDRON, 2001, p. 15.

⁸⁵ CARVALHO, Yago. Ponderação de princípios formais: um modelo sofisticado e flexível para a questão da revisão judicial. In: *II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política – O futuro do constitucionalismo*, 2015, caderno de resumos, p. 91-93. Belo Horizonte: Initia Vita Editora, 2015.

⁸⁶ Sobre tais critérios, além do multicitado artigo de Klatt, ver TOLEDO, 2015, pp. 288/291.

⁸⁷ KLATT, 2015, p. 367.

esforço argumentativo empregado, o que inclui a consulta dos indivíduos afetados e a expertise à disposição dos que tomaram a decisão. Também a efetividade do ordenamento é pertinente a essa avaliação.

Em outra ocasião⁸⁸, defendemos que alguns institutos do processo legislativo, principalmente as comissões legislativas, podem exercer um papel importante na tradução de argumentos de índole religiosa (ou de qualquer outra concepção particular, não compartilhada por todos os que tomam parte no discurso) para uma linguagem pública, para que, então, possam ser levados à esfera pública decisória, da qual é exemplo o processo legislativo. Confrontado essa ideia com a proposta de Klatt, a análise do papel desempenhado pelas comissões legislativas seria absolutamente pertinente ao critério da qualidade da decisão, veja-se: comissões bem estruturadas e que colaboram com uma discussão plural aumentam a qualidade da decisão, o que aumenta a importância de satisfação do princípio formal da decisão do legislador democraticamente legitimado, em detrimento do grau de revisão judicial.

b) *confiabilidade epistêmica*⁸⁹: quanto maior o grau de certeza sobre questões normativas e empíricas levadas à discussão, em maior grau deve ser mantida a decisão que se revisa. Conforme aponta Cláudia Toledo, a princípio, quanto maior a necessidade de conhecimento técnico sobre a matéria, maior o peso do princípio formal que consagra a decisão do legislador. Igualmente, quanto mais forte a controvérsia política, também maior a importância da decisão legislativa. Isso porque o parlamento é o *locus* da deliberação, do discurso público por excelência⁹⁰.

c) *legitimidade democrática*⁹¹: competências legitimadas democraticamente devem ser respeitadas em maior grau. Evidentemente, em um sistema democrático, a competência do Judiciário, por exemplo, mesmo que juízes não sejam eleitos, não pode ser dita “não-democrática”. Nesse sentido, Klatt faz uma importante ressalva: nem sempre esse critério pesará a favor do legislativo, pois o judiciário tem funções contramajoritárias importantíssimas e que, ao proteger minorias que também participam do jogo democrático, ampliam a legitimidade democrática desse órgão.

⁸⁸ CARVALHO, Yago. O processo legislativo como discurso prático racional. In: *Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy*, 2014, Anais do Congresso, p. 66-69. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2014.

⁸⁹ KLATT, 2015, p. 368.

⁹⁰ TOLEDO, 2015, p. 289.

⁹¹ KLATT, *supra*, p. 370.

d) *significado do princípio material em jogo*⁹²: quanto mais intensa a interferência em um princípio material, mais importante se torna a competência revisora.

e) *função desempenhada pela competência na ordem jurídica*⁹³: em uma ordem jurídica é esperado determinado comportamento das instituições estatais, ou seja, existem funções típicas dos órgãos públicos. Quanto maior a identidade entre a maneira como foi tomada a decisão e a função típica daquele órgão, maior o grau de importância de respeitar a escolha realizada (menor deve ser o grau de revisão).

Uma compreensão do sistema de freios e contrapesos e das tradições jurídicas é essencial para análise desse critério, pois fundamental para a compreensão do que pode ser entendido como ativismo judicial em determinado sistema jurídico, conforme registramos em outra oportunidade⁹⁴.

Por fim, deve-se ter em mente que todos estes parâmetros devem ser levados em conta conjuntamente para que se chegue a uma decisão. É um procedimento compatível com o que se entende por ponderação, diferente da ponderação de princípios materiais apenas pelos parâmetros envolvidos (as variáveis) e por tais parâmetros se relacionarem a princípios formais e, com isso, dizerem algo sobre competências.

Há de se ressaltar que o rol elencado por Klatt não é absoluto. Novas investigações podem mostrar a necessidade de que sejam considerados outros fatores. Além disso, alguns deles podem vir a ser questionados. Nota-se, por exemplo, que alguns fatores, como a confiabilidade epistêmica, se assemelham a fatores levados em conta na ponderação em nível material (talvez coincidam, ou melhor, sejam paralelos, pois referentes a princípios formais). Mesmo que isso seja um problema, respondê-lo não se encontra no escopo deste trabalho. No entanto, pode-se afirmar que esses parâmetros realmente se relacionam com princípios formais, pois dizem respeito a aspectos procedimentais de decisões jurídicas (criação de normas jurídicas) e que, sistematizados dessa maneira, promovem uma verdadeira e possível ponderação de princípios formais.

⁹² *Ibid.*, p. 371.

⁹³ *Ibid.*, p. 372.

⁹⁴ ANDRADE, Priscila Carvalho de; CARVALHO, Yago. *Ativismo judicial na civil law: o controle de constitucionalidade de normas em análise comparada entre Brasil e Alemanha*. No prelo.

V. O MODELO DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS ADOADO

Para a adoção de um modelo de ponderação de princípios formais serão analisados alguns argumentos relacionados ao pensamento de Robert Alexy e, em contraposição, de Matthias Klatt, com colaboração de Johannes Schmidt.

5.1. Um modelo de separação: ponderação e comparabilidade

O argumento da incomensurabilidade entre princípios formais e materiais é decisivo. Como já foi visto no capítulo 2, o objeto de princípios formais é completamente distinto do de princípios materiais e ponderar é um exercício de comparação, de atribuição de valores em um determinado contexto.

Isso nos remete à crítica de Habermas segundo a qual a ponderação (em geral) carece de parâmetro racionais. Para o autor, é incerta a maneira como se atribuem valores, pesos aos princípios. Nesse ponto a resposta de Alexy parece satisfatória. Seu melhor argumento, ao que parece, é que se trata de um procedimento argumentativo, sujeito às regras e formas de argumentos da Teoria da Argumentação Jurídica. Ademais, valoração é uma atividade que se realiza mais comumente do que se imagina. Submetida a um procedimento como a argumentação jurídica, tal valoração pode ser aceita por todos⁹⁵.

É necessário retomar a distinção entre justificação interna e externa, presente na *Teoria da Argumentação Jurídica*⁹⁶ e inteligentemente retomada por Klatt, como já evidenciado. O autor utiliza tal diferenciação também para combater as críticas da incomensurabilidade de princípios em geral. A ponderação é um procedimento, uma forma de organizar os argumentos de uma decisão judicial e, assim, concerne à sua justificação interna. Ela pode ser compreendida como a coerência interna da decisão, se as ideias esboçadas ali fazem sentido juntas.

⁹⁵ No mesmo sentido, Klatt e Meister defendem a racionalidade da atribuição de valores ao se ponderar com base na *Teoria da Argumentação Jurídica*. Esse raciocínio revela que as obras de Alexy possuem estreita relação, formando um sistema. Sobre a defesa de Klatt e Meister contra o argumento da Habermas, KLATT, MEISTER, 2012-b, pp. 51/58.

⁹⁶ ALEXY, 2011, p. 219 *et ss.*

A Teoria dos Princípios não pretende, porém, atribuir neutralidade moral à decisão jurídica. Isso porque a ponderação, uma vez que é uma maneira de organizar argumentos, necessita de preenchimento, necessita de fontes externas. Ao se valorar, ou classificar, como prefere Klatt, lida-se com a justificação externa e, nesse momento, com juízos morais. Frisa-se que a racionalidade, nesse momento, é atribuída pela argumentação jurídica e se prova a coerência do argumento aqui esboçado com a tese do caso especial de Alexy, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral⁹⁷. Sendo assim, o discurso jurídico também é permeado por argumentos de natureza moral, os quais, quando se pondera, estão presentes na classificação, na justificação externa.

É importante também perceber que não é necessário que valores ou princípios sejam quantificáveis. Não é necessário atribuir-lhes um valor numérico preciso, mas, ao contrário, a utilização de uma escala triádica (com os graus “leve”, “moderado” e “sério”), já demonstrada nesse trabalho, é suficiente para ponderar princípios e também passível de ser utilizada. Mesmo princípios com objetos de naturezas distintas (pensa-se em direitos patrimoniais, por um lado, e de personalidade, por outro) são passíveis de análise em uma escala como a adotada por Alexy. Mesmo que um deles se refira valores monetários e outro a valores éticos, a percepção de um grau de intervenção em um deles em uma escala de *leve, médio e grave* é possível.

Nesse ponto, pertinente a distinção de Virgílio Afonso da Silva, retomada por Klatt e Moritz Meister, entre incomensurabilidade e incomparabilidade. Mesmo princípios incomensuráveis, ao serem objeto de uma escala comum que lida com o grau de intervenção e importância de satisfação desses princípios, são passíveis de ponderação. A escala triádica de Alexy se presta é exatamente essa escala comum necessária. Apesar de não garantir comensurabilidade, ela garante comparabilidade. Essa última é decisiva e suficiente para a ponderação⁹⁸.

Seguindo a conceituação de Thomas Nagel, segundo Virgílio da Silva, “duas ou mais coisas (valores, bens, direitos e princípios) são incomensuráveis se não há uma medida comum que possa ser aplicada a eles”⁹⁹. A incomparabilidade não é consequência da incomensurabilidade. Exemplos triviais podem mostrar isso, como a comparação entre dois músicos de gêneros musicais distintos e épocas distintas, trazida por Virgílio da Silva: embora seja impossível dizer que a música de Bach é 13.72 vezes melhor que a de Madonna

⁹⁷ *Ibid.*, p. 209 *et ss.*

⁹⁸ SILVA, pp. 276 e 282

⁹⁹ *Ibid.*, p. 278 e p. 283

(incomensurabilidade, pois não há unidade de medida capaz de mensurar tais grandezas), é possível argumentar que um deles é melhor que o outro, simplesmente (comparabilidade)¹⁰⁰.

Para realizar uma comparação, estabelece-se um *valor de escolha* (ou *valor cobertura*)¹⁰¹. Tal valor indica, no fundo, a relatividade de uma comparação. Um valor de cobertura possível para comparar dois músicos, por exemplo, seria a sua contribuição para o desenvolvimento da teoria musical (o que nos daria valorações extremamente positivas para Bach). Um valor de cobertura distinto muda a comparação: imagine que se está a analisar o nível de popularidade. Nesse caso, certamente Madonna teria mais chances. E “quanto mais precisa for a definição do valor de cobertura, maiores são as possibilidades de uma decisão racional”¹⁰².

O valor de cobertura da ponderação é o grau de satisfação e não satisfação dos direitos fundamentais protegidos pelos princípios colidentes¹⁰³. Tal valor não está adstrito a um dos princípios ou a um princípio em específico (nesse caso, persistiria a incomparabilidade), mas ao grau de satisfação ou interferência nos princípios colidentes. Ele faz parte da própria estrutura da ponderação. Tome-se como exemplo um caso em que o grau de importância de satisfação do direito à saúde é considerado *sério* e, por outro lado, a interferência no direito geral de liberdade é considerada *moderada*. Os valores *sério* e *moderada* são comparáveis.

O procedimento da ponderação se presta exatamente a, dentre outras funções, estabelecer um valor de cobertura que permita a comparação entre duas grandezas (os graus de satisfação e interferência em princípios), mesmo que sejam incomensuráveis.

Isso tem a ver também com o fato de a ponderação objetivar uma relação de precedência condicionada, ou seja, no caso concreto. Em abstrato, a incomensurabilidade entre princípios implicaria em incomparabilidade, mas em concreto, com um valor de cobertura bem definido e submetidas as grandezas comparadas a uma escala comum, não¹⁰⁴. O que se aufere na ponderação é o grau de satisfação e intervenção em princípios, valorado conforme uma escala triádica ordinal, e é exatamente isso que garante comparabilidade¹⁰⁵.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 283

¹⁰¹ *Id.*, p. 284

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Id.*, p. 299.

¹⁰⁴ Isso aproxima a ponderação de Alexy ao conceito econômico de *trade-off*.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 286.

Quando os objetos das valorações são completamente distintos, como são interferências em princípios formais e materiais, porém, não fica evidente como se obter tal racionalidade, pois uma comparação seria dificultada. É que, assim como a precisão no momento de se estabelecer o valor de cobertura amplia as possibilidades de juízos racionais, também a identidade entre os objetos o faz. Não é gratuita a escolha de Virgílio da Silva de dois músicos para seu exemplo, e não de dois artistas de ramos distintos ou um músico e um político. Objetos de naturezas diferentes, além de lidarem com a incomensurabilidade, lidam também com uma grande dificuldade de serem comparados, pois isso implica uma dificuldade cognitiva imensa. Pela grande diferença entre seus objetos, uma comparação entre princípios formais e princípios e, portanto, uma ponderação entre eles, enfrentaria essa dificuldade.

No âmbito do discurso jurídico, no qual se busca a maior objetividade e racionalidade possível (afinal, lida-se com normas gerais e obrigatórias, lida-se com coerção), não se pode ter como base um juízo de estrutura tão frágil. Isso contradiz a necessidade de otimização colocada pelos princípios, inclusive e principalmente, o mandamento de otimização epistêmica reconhecido por Alexy. A certeza sobre as valorações dos elementos da ponderação seria cada vez menor a ponto de, em uma ponderação como tal, Habermas ter razão quanto a impossibilidade de juízos racionais e objetivos.

Mesmo que não se aceite que o argumento da incomensurabilidade, que deve ser substituído pelo argumento da incomparabilidade, seja suficiente para refutar qualquer possibilidade de ponderação entre direitos formais e materiais, é possível reconhecer que ele evidencia que uma ponderação em modelo de separação amplia as possibilidades de decisões racionais. O mandamento de otimização epistêmica que decorre dos princípios, assim, aponta para um modelo de separação.

Frise-se que Alexy e Borowski, que sustentam a possibilidade de se ponderar princípios formais e materiais, reconhecem a pertinência desse argumento, mas tentam contra argumentar. Para justificar seu modelo, o primeiro se apoia no metanível da ponderação entre princípios formais e materiais. Porém, a simples alusão à natureza de metalinguagem dessa ponderação não é suficiente, pois ainda se trata de uma ponderação e não é acrescido nenhum argumento que justifique um procedimento diferenciado em segunda ordem. Em suma, por que, em metanível, a ponderação não se submeteria ao problema da incomparabilidade? Borowski, por sua vez, promove uma confusão entre níveis hierárquicos que torna sua proposta também insustentável.

Aceito o argumento da incomparabilidade, é forçoso concluir que, se princípios formais existem e devem ser ponderados, o que decorre da sua própria natureza principiológica, deve-se optar por um modelo da separação. Então se admite um modelo como o de Klatt, no qual a ponderação de princípios formais ocorre em um âmbito, ou nível (o nível da revisão) e a ponderação de princípios materiais em outro (o nível da ponderação, propriamente dito).

5.2. Princípios formais, discricionariedade e incertezas

Também em relação às imprecisões do modelo de Alexy, uma análise acurada da ponderação indica que Klatt está correto: Alexy não pondera princípios formais.

Alexy está correto em formular uma lei de ponderação epistêmica e incluir variáveis relativas a questões epistêmicas na fórmula do peso. Sua versão completa refinada, apresentada em 2014, mas que já poderia ser prevista em seus trabalhos anteriores, permanece intocada.

O que deve ser percebido, porém, é que o que Alexy chamava de ponderação submetida à lei da conexão e, posteriormente, de ponderação em metanível, não pode ser, de maneira alguma, uma ponderação. Isso, primeiramente, porque Klatt está correto ao mostrar que Alexy contrapõe a um princípio material um valor de confiabilidade de premissas, uma incerteza, mas não um outro princípio. Ao dizer que se o nível de confiabilidade das premissas empíricas e normativas é inferior a 1, ou seja, inferior ao nível confiável, então devem ser inseridas as variáveis epistêmicas (R) na fórmula do peso ou, em outras palavras, utiliza-se a segunda lei de ponderação (lei epistêmica), Alexy não está contrapondo dois princípios, está contrapondo um princípio a incertezas¹⁰⁶.

Como, então, poderíamos compreender esta “ponderação” de princípios e incertezas promovida por Alexy? Argumenta-se aqui que Alexy não estaria fazendo nada além da ponderação como comumente concebida. Ele estaria realizando as devidas valorações e, eventualmente, realizando simplificações possíveis. Isso pode ser percebido com um entendimento bastante atento dessa operação e há um sinal muitíssimo claro disso, que é a particular atribuição de valores que Alexy usa.

¹⁰⁶ Veja-se: “(...) se, entretanto, o valor epistêmico for apenas *plausível* (p) ou “*não evidentemente falso*” (e), o princípio formal tem precedência, na ponderação de segunda ordem, sobre o princípio formal (...)” (ALEXY, 2014-a, p. 7).

Quando Alexy afirma que um nível de certeza abaixo do certo (confiável) implica o uso da lei epistêmica de ponderação, isso nada mais é do que uma constatação (não uma ponderação) de que as variáveis epistêmicas serão importantes na ponderação. Uma constatação de que elas podem influenciar o resultado final da operação. E por que não seria assim se o nível de confiabilidade das premissas é alcançado? Porque se não há incertezas sobre as particularidades do caso concreto ou sobre a atribuição de valores às variáveis da ponderação, as questões epistêmicas não terão o condão de alterar o valor atribuído a cada variável e nem o resultado final da ponderação. Essa seria uma ponderação como tradicionalmente concebida, mas, como se argumenta, ela não se diferencia estruturalmente da ponderação epistêmica, é apenas simplificação.

Defende-se que, a rigor, mesmo em casos em que todas as premissas são tidas como confiáveis, utiliza-se a fórmula do peso completa refinada ou uma lei de ponderação atenta à questão epistêmica. O que ocorre, nestes casos, é que o valor das variantes epistêmicas não alterará o resultado final. Não é importante analisá-las porque seu valor é de confiabilidade. Isso não as exclui do procedimento, apenas as torna inócuas nesses casos, permitindo uma simplificação.

Simplificação semelhante é adotada por Alexy quanto ao peso abstrato dos princípios colidentes. Trata-se de variável que compõe a ponderação, mas que é geralmente excluída porque em sistemas constitucionais hierarquizados, direitos fundamentais encontram-se em nível constitucional. O peso abstrato de ambos os princípios colidentes seria, portanto, o mesmo, permitindo-se ignorá-los por mera questão de simplificação. Eles não alterarão o resultado final da ponderação, pois se anulam mutuamente, o que permite a simplificação da lei de ponderação¹⁰⁷.

Igualmente, pode-se simplificar a lei ponderação quando as variáveis epistêmicas não desempenham papel relevante, mas nenhuma dessas duas simplificações exclui definitivamente as variáveis eliminadas da estrutura da ponderação. Promover tais simplificações é certamente útil, mas não é possível afirmar que tais procedimentos de simplificação são ponderações, nem mesmo em metanível.

A atribuição de valores (o que Klatt chama de classificação) deixa tudo isso muito claro. Alexy usa uma escala triádica, igualmente em relação à ponderação material, mas, ao invés de atribuir valores crescentes das potências de 2, atribui valores decrescentes a partir de 0 (lembra-

¹⁰⁷ *Id.*, 2008, p. 604.

se: ao grau confiável corresponde 2^0 , ou seja, 1; ao grau incerto, 2^{-1} , ou seja, $\frac{1}{2}$; ao grau não evidentemente falso, 2^{-2} , $\frac{1}{4}$). Ora, o nível confiável não altera a ponderação, pois a multiplicação por 1 em nada altera o resultado de qualquer operação. Níveis de confiabilidade inferiores, porém, diminuirão o valor do princípio que a eles estão relacionados, pois a eles se atribuem valores numéricos menores que 1. O que deve ser percebido é que, se não há problemas de cognição, o valor a ser atribuído é 1 e a ponderação não é alterada.

Veja-se que uma mesma colisão pode ser analisada pelas fórmulas do peso simplificada ou completa e terá o mesmo resultado, afinal, conforme se argumenta, trata-se da mesma ponderação.

O mais importante de tudo isso: além de não se tratar de um procedimento estruturalmente distinto, princípios formais não desempenham nenhum papel nisso. Tudo o que se relaciona ao procedimento descrito são princípios materiais e valores atribuídos às variáveis da sua ponderação, inclusive valores de incerteza, mas não princípios formais.

5.3. A revisão judicial em graus

A revisão judicial, além de se atentar para o que a norma revista contém, deve se atentar para seus limites. As acusações de ativismo, de constituição-genoma, de engessamento dos demais poderes não ocorrem apenas porque, ao se ponderar, tribunais encontram soluções diversas daquelas escolhidas pelo criador da norma revista. Elas ocorrem também porque tais decisões são, por vezes, incisivas demais, implicam ingerência tamanha que impediria escolhas verdadeiras dos outros poderes.

A rigor, como já se mostrou, o Estado Democrático de Direito carrega uma tensão entre direitos fundamentais e democracia e isso se reflete em todo e qualquer ato de revisão judicial de estatutos do legislativo ou do executivo. Há uma colisão de princípios (exatamente, uma colisão de princípios): a normatividade dos direitos fundamentais e a decisão da autoridade democraticamente legitimada. Afirma-se que são princípios porque se percebe que há diferentes graus de interferência em cada um deles.

Esse é um pressuposto utilizado por Klatt com perspicácia. Tomando como base a tipologia da revisão judicial construída por Young, ele torna a questão elucidada e fundamenta sua ponderação de princípios formais, ou seja, a ponderação em nível de controle. Adota-se

aqui tal modelo e espera-se corroborar o pressuposto da existência de graus de interferência em competências com uma breve análise das técnicas de decisão utilizadas pelos tribunais federais constitucionais brasileiro e alemão

Tal análise revela que o controle de constitucionalidade, ao rever normas criadas por outros poderes, não se restringe a um paradigma binário de, por um lado, inconstitucionalidade e, por outro, compatibilidade com a constituição. Conforme Gilmar Mendes, “em nenhum sistema de controle de normas, seja ele incidental ou concentrado, logra-se identificar formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional [alemã]”¹⁰⁸.

À declaração de constitucionalidade e à declaração de inconstitucionalidade com pronúncia da nulidade da norma somam-se, por exemplo, a interpretação conforme à constituição, o apelo ao legislador e a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, além da possibilidade de modulação temporal de efeitos¹⁰⁹.

Não se pretende, pelos objetivos e possibilidades desta investigação, demonstrar exatamente como a adoção de uma dessas técnicas revela uma ponderação de princípios formais (ou mesmo evidenciar como uma ponderação de princípios formais, dotada de normatividade, deveria implicar a adoção de uma das técnicas citadas). O que é possível perceber é que, assim como constataram Klatt, Schmidt e Young, a revisão judicial pode ser exercida em diferentes intensidades. Não há de se negar que, entre a mera declaração de constitucionalidade e a declaração de inconstitucionalidade com pronúncia da nulidade da norma há uma gama de possibilidades imensa, na qual transita o nível de interferência do judiciário na decisão de outro poder, que se revisa, e na qual se distribuem as diversas técnicas de decisão sistematizadas na citada obra de Gilmar Mendes.

Tome-se como exemplo a interpretação conforme a constituição. A aplicação dessa técnica decisória se dá em casos em que, não obstante uma interpretação da norma ser inconstitucional, tenta-se, ao máximo, preservar a decisão do legislador e, portanto, promove-se uma interpretação que seja aceitável do ponto de vista constitucional. Nesse escopo, é modalidade de julgamento de constitucionalidade¹¹⁰. Ora, embora diminuída a competência do legislador, pois uma das possíveis interpretações da norma jurídica que ele criou foi cassada, o nível de interferência é consideravelmente baixo.

¹⁰⁸ MENDES, 2014, p. 283.

¹⁰⁹ No Brasil, prevista no art. 27 da lei 9868/99.

¹¹⁰ MENDES, 2014, p. 327 *et ss.*

Esse nível pode ser comparado com o nível de interferência de casos de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade¹¹¹. Geralmente, a aplicação dessa técnica se dá em casos em que o parâmetro constitucional é o princípio da igualdade e são analisados direitos sociais. A norma é declarada inconstitucional, reclamando reforma legislativa. Por si só isso já implica interferência maior na competência do legislador que decisões de interpretação conforme à constituição. No entanto, a reforma normativa necessária é deixada a cargo do legislador, pois ele é detentor da legitimidade para, em seu âmbito de discricionariedade, promover a reforma de uma das infinitas maneiras possíveis. Tratando-se de benefícios sociais, é possível imaginar exemplos de possibilidades de alteração da norma: é possível ampliar o número de indivíduos que dele usufruirão, aumentar o valor monetário, dividi-lo em prestações mais específicas, criar novas prestações que supram a inconstitucionalidade, modular temporalmente o início do recebimento da verba, implementar requisitos administrativos mais ou menos severos etc.

Entretanto, ainda não se trata do nível máximo de interferência possível. Ao contrário, essa técnica se presta também a consagrar a competência do legislador de alguma maneira. Vejam-se as palavras do BVerfG em caso no qual declarou inconstitucional a lei de assistência e consultoria jurídicas públicas:

II- (60) A explicitada inconstitucionalidade não leva à anulação do artigo em análise. **O legislador deve (...) completar o catálogo dessa lei (...) ou tomar outras medidas legislativas possíveis (exclusão do rol taxativo, com reformulação da lei, por exemplo).** Enquanto isso não acontecer, a assistência deve ser concedida, observados os demais requisitos da lei, inclusive para que prazos não sejam perdidos e porque só há extensão do seu âmbito de aplicabilidade, mas nenhuma outra mudança substancial¹¹².

Perceba-se que a interferência na competência legislativa, embora séria, ainda é menor do que se o tribunal tivesse declarado a nulidade da norma. Caso semelhante é o célebre caso Hartz IV (BVerfGE 125, 175, sobre a lei de benefícios sociais básicos alemã, caso decidido com base no direito ao mínimo existencial), analisado por Klatt como exemplo de aplicação de

¹¹¹ *Id.*, pp. 283 *et ss.*

¹¹² BVerfGE 122, 39, destaque nosso.

seu modelo. A técnica decisória utilizada em tal caso foi, igualmente, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade: declarou-se a inconstitucionalidade da forma de realização do cálculo do benefício social, mas o tribunal não propôs uma nova forma de cálculo específica, mas deixou a cargo do legislador promover essa mudança, desde que respeitada uma série de parâmetros colocados na decisão, como a necessidade de que trate de um método transparente – note-se que quanto mais parâmetros vincularem a posterior decisão legislativa, maior o grau de interferência nessa competência.

Dessa breve análise se conclui que, de fato, a revisão judicial (inclusive o controle de constitucionalidade de normas) é exercida em diferentes graus. Competências são passíveis de graus de intervenção distintos. Perceber como a ponderação de princípios formais pode contribuir para a dinâmica de técnicas decisórias na jurisdição constitucional é trabalho para outras ocasiões, mas já se constata que a própria existência e aplicação dessas diferentes técnicas corrobora o modelo sustentado por Klatt.

VI. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, chega-se às seguintes conclusões:

a) Princípios formais são princípios procedimentais, que dizem como normas jurídicas devem ser criadas (inclusive, “por quem”). Desempenham um papel importante na delimitação dos limites da revisão judicial ao elucidar competências e propor graus de interferência do judiciário em cada caso concreto.

b) Pela distinção de tais princípios em relação aos princípios materiais e com fulcro no argumento da incomparabilidade, é necessário adotar um modelo de separação. Esse tipo de modelo é coerente com o fato de que a ponderação é um ato de comparação e que quanto maior a identidade entre seus objetos, maiores as possibilidades de um juízo racional. Isso consagra o mandamento de otimização (inclusive epistêmico) colocado pelos princípios.

O modelo de dois níveis de Klatt e Schmidt corresponde a essa tese, ao passo que o modelo epistêmico de Robert Alexy não.

c) Não devem ser contrapostos princípios formais, ou mesmo princípios materiais, a incertezas, como constatou-se ter sido proposto por Alexy. Incertezas são problemas de cognição, que se referem às premissas empíricas ou normativas do caso concreto. Relacionam-se, portanto, a um conteúdo, não a um procedimento, pelo que se evidencia sua impertinência a princípios formais. Estes últimos dizem algo em relação a competências, não à discricionariedade em si (apenas revelam quem deve decidir no âmbito da discricionariedade).

Uma ponderação, por definição, ocorre entre princípios. Incertezas certamente entram em jogo na ponderação, mas não se confundem com os princípios colidentes em si. Isso é argumento para recusar os modelos de ponderação de princípios formais de Alexy (tanto seu primeiro modelo da combinação quanto seu modelo epistêmico).

d) Deve-se perceber que a revisão judicial é exercida em distintos graus. A tipologia da revisão judicial realizada por Young e a breve análise das técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade de normas no Brasil e na Alemanha realizada por Gilmar Mendes corroboram essa tese. A referência a graus de revisão nos remete a princípios, reforçando a coerência de um modelo que deixe a cargo de normas desse tipo a definição da competência revisora do judiciário, em contraposição à competência originária dos demais poderes. Princípios formais se prestam a elucidar procedimentos de criação de normas jurídica

e são princípios, prestando-se, portanto, a cumprir essa tarefa. Assim, um modelo normativo de ponderação de princípios formais é capaz de indicar qual grau de interferência é devido em cada caso concreto.

Dessa maneira, percebe-se que a adoção do modelo de dois níveis de Klatt e Schmidt, com especial atenção para o nível do controle, é uma resposta satisfatória à questão da ponderação de princípios formais e suas projeções na revisão judicial.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 122, 39. Karlsruhe, 14/10/2008.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio juris*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, Vol. 16, N. 2, p. 131-140, 06/2003.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2011.

_____. Princípios Formais. In: TRIVISONNO; TUFFI SALIBA; SETTE LOPES (org.). *Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014-a.

_____. *Teoria discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014-b.

GERHIT-HORNUNG. *Verfassungsgerichtsbarkeit*. 09/10/2014, 20/11/2014. Notas de aula. Disciplina ofertada pela Faculdade de Direito (Juristische Fakultät) da Universidade de Passau, Alemanha (Universität Passau).

KLATT, Matthias. Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion. *Ratio juris*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, Vol. 20, N. 4, p. 506-529, 12/2007.

_____; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 10, N. 1, p. 69-105, 2012.

_____; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012-b.

_____. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 13, N. 2, p. 354-382, 2015.

MACHADO, Joana de Souza. Protagonismo Judicial no Trato dos Direitos Fundamentais: Reflexões Sobre o (des)Arranjo Brasileiro. *XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, 2010, Anais do encontro, p.7347-7362. Fortaleza: 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Trindade e Streck, seus defensores e a filosofia. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/trindade-streck-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acessado em 04/11/2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 2 (2011), pp. 273–301

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexyp-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acessado em 04/11/2015.

TOLEDO Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e Conflito de Competência. In: *Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional & Filosofia Política - O Constitucionalismo: limites e novas possibilidades*. Vol III. p. 278. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

TOLEDO, Cláudia; MELLO, Breno Cesar; LIMA, Isabel Godinho de. Direitos Fundamentais Sociais e Cannabis: considerações sobre a proteção e efetivação do Direito Fundamental Social à Saúde. Resumo expandido aprovado para apresentação no *Seminário de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito – UFJF*, 2016

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. *O problema do conhecimento prático na Teoria Discursiva do Direito de Alexy*. In.: TRIVISONNO; TUFFI SALIBA; SETTE LOPES (org.). *Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.