

# PROPORCIONALIDADE – INSUFICIÊNCIAS MORAIS E TEÓRICAS

**Daniel Peixoto Murata**  
Mestrando em Filosofia  
e Teoria Geral do Direito  
na Faculdade de Direito  
da Universidade de São  
Paulo, São Paulo, SP, Brasil;  
Bolsista de Mestrado pela  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa do Estado de São  
Paulo (FAPESP/processo:  
2016/06243-0)  
danielpmurata@gmail.com

**Recebido:** janeiro 31, 2017

**Aceito:** março 31, 2017

## Proportionality-theoretical and moral insufficiencies

### RESUMO

O artigo pretende engajar-se de maneira crítica com a proporcionalidade enquanto meta-regra decisória. É dividido em três seções, além da introdução. Na segunda seção apresento esquematicamente a proporcionalidade, baseando-me principalmente (mas não apenas) em Robert Alexy. Na seção seguinte analiso duas objeções contra ela. Primeiramente, averiguo o potencial da proporcionalidade em defender direitos humanos. A conclusão é que ela falha como uma defesa satisfatória desses direitos. Depois, analiso a afirmação alexyana de que a proporcionalidade consiste na única alternativa na argumentação jurídica à subsunção de um caso a uma regra. Argumentarei que essa afirmação é equivocada, porque a interpretação construtiva, nos moldes de Ronald Dworkin, não apenas surge como alternativa, mas é pressuposta pela própria proporcionalidade. Na última seção, reconstruo os argumentos desenvolvidos.

**Palavras-chave:** Argumentação Jurídica, Decisão Judicial, Interpretação Jurídica, Proporcionalidade, Robert Alexy.

### Abstract

This article intends to engage itself critically with proportionality understood as a decisional meta-rule. It is divided in three sections, besides the introduction. In the second section I present schematically the proportionality analysis, based mostly (but not only) on Robert Alexy. In the following section I analyze two objections against it. Firstly, I scrutinize its potential to protect human rights. My conclusion is that it fails as a satisfactory defense of such rights. Second I

analyze Alexy's claim that proportionality is the only alternative in legal reasoning to the subsumption of a case under a rule. I argue that such claim is wrong, because constructive interpretation, as presented by Ronald Dworkin, is not only an alternative, but is presupposed by proportionality itself. In the last section I summarize the arguments developed.

**Keywords:** Legal Argumentation, Judicial Decision, Legal Interpretation, Proportionality, Robert Alexy.

## 1. INTRODUÇÃO

O discurso da proporcionalidade vem ocupando um espaço cada vez maior na forma como juízes em geral e juízes de tribunais superiores em especial vêm apresentando suas justificações em decisões judiciais. A Corte Europeia de Direitos Humanos faz um uso extensivo da retórica da proporcionalidade, como se pode ver nos casos *Chahal v. The United Kingdom* (1996) e *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (1994). A Corte Constitucional Federal Alemã aplica explicitamente a proporcionalidade em seus casos envolvendo direitos fundamentais. Israel, África do Sul e Canadá<sup>1</sup> também fazem uso constante e explícito de argumentos de proporcionalidade. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal constantemente decide invocando o princípio da proporcionalidade, como no HC 76.060-4 e na ADIn 1407-2. Argumentos de proporcionalidade também aparecem com frequência em tribunais constitucionais latino-americanos, como na Colômbia e mesmo os Estados Unidos, tradicionalmente refratários à ideia de proporcionalidade, hoje apresenta quem defenda seu maior uso<sup>2</sup>. Em certo sentido, a proporcionalidade se tornou o discurso hegemônico para adjudicação constitucional e de direitos fundamentais<sup>3</sup>. Não pretendo, neste artigo, analisar a casuística da proporcionalidade ou se os tribunais acima mencionados tem aplicado essa meta-regra decisória de forma consistente, aliás, no caso brasileiro é fato notório o STF não distinguir bem entre a regra da proporcionalidade e o que se convencionou chamar de princípio da razoabilidade

<sup>1</sup> STONE SWEET e MATHEWS, 2009, p. 74. Uma lista de casos relevantes para o estudo da proporcionalidade pode ser vista em KLATT, M. e MEISTER M., 2012, pp. xi-xii. Casos canadenses e sul-africanos são estudados detalhadamente em STONE SWEET e MATHEWS, 2009, p. 111-138.

<sup>2</sup> Por exemplo, JACKSON, 2015.

<sup>3</sup> STONE SWEET e MATHEWS, 2009, p. 73.

**O trabalho que pretendo desenvolver é sobre a proporcionalidade enquanto um modelo de decisão judicial (uma meta-regra decisória) e seus fundamentos filosóficos.**

(ou irrazoabilidade)<sup>4</sup>. O trabalho que pretendo desenvolver é sobre a proporcionalidade enquanto um modelo de decisão judicial (uma meta-regra decisória) e seus fundamentos filosóficos.

O ensaio está articulado em três partes, além da presente Introdução. Na seção II buscarei apresentar os principais elementos da proporcionalidade, conforme defendida por Robert Alexy e seus discípulos. Na seção III pretendo investigar se ela é capaz de se sustentar filosoficamente. São duas as objeções que pretendo explorar: (1) a proporcionalidade se tornou um instrumento comum na adjudicação de direitos. Ela realmente é uma boa forma de se pensar em direitos? A relação entre proporcionalidade e direitos realmente é da forma pressuposta por seus defensores? (2) a proporcionalidade e a subsunção são para Alexy as formas básicas de aplicação do direito. Assim, ao decidir um caso, ou o juiz aplica uma regra subsuntivamente ou ele aplica a proporcionalidade. Isso é realmente verdade? Subsunção e proporcionalidade realmente exaurem todas as opções de raciocínio prático? Argumentarei que ela é insuficiente contra ambas as objeções. A primeira objeção é de cunho moral e político. A segunda objeção é conceitual e teórica. Após análise dessas objeções, farei uma pequena digressão – menos sistemática – apontando dois problemas laterais que a proporcionalidade enfrenta. Finalmente, na seção IV pretendo recapitular o fio argumentativo do ensaio.

Antes de avançarmos, cabem duas ressalvas, uma metodológica e outra terminológica. Em termos de método, a formulação de Robert Alexy será tomada como principal ponto de partida de minha análise, mas ele não é o único autor a se valer da proporcionalidade (ainda que seja o mais influente). Outros nomes como Afonso da Silva, Moritz Meister e M. Klatt e Martin Borowski serão utilizados pontualmente no presente artigo, seja para explicar algum argumento em mais detalhe, seja na formulação de réplicas aos argumentos que avançarei<sup>5</sup>. O ponto comum entre esses autores é a inspiração alexyana. O escopo do trabalho é a proporcionalidade enquanto meta-regra decisória<sup>6</sup>. Isso significa que alguns elementos

<sup>4</sup> AFONSO DA SILVA, 2002, p. 28-31.

<sup>5</sup> Isso será particularmente evidente na análise das limitações morais da proporcionalidade.

<sup>6</sup> Por isso vale a pena enfatizar que não se trata de um trabalho de exegese do pensamento de Robert Alexy.

relevantes do sistema de pensamento alexyano não serão abordados, como a retomada que o autor faz da pretensão de correção do direito ou a sua proposta mais abrangente do direito como uma institucionalização da razão<sup>7</sup>. O que permite o recorte feito é justamente o fato de Alexy – e muitos de seus seguidores, como Meister e Klatt – defenderem a proporcionalidade como estrutura formal para a aplicação do direito, e não como parte indissociável do restante de seu sistema de pensamento<sup>8</sup>.

Sobre a segunda ressalva. Seguindo a nomenclatura mais tradicional de Alexy e Virgílio Afonso da Silva, utilizo os termos “proporcionalidade” ou “regra da proporcionalidade”. A doutrina constitucional brasileira erroneamente usa o termo “princípio da proporcionalidade”. A nomenclatura “princípio da proporcionalidade” é equivocada porque ela se aplica de forma constante, fixa. Não faz sentido utilizar o protocolo alexyano de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito “pela metade”. O termo “princípio” na nomenclatura confunde a natureza da proporcionalidade, que é de uma operação lógica, com a natureza dos próprios padrões normativos que chamamos de princípios na teoria de Alexy<sup>9</sup>. A expressão “regra da proporcionalidade”, portanto, seria a mais adequada<sup>10</sup>.

## 2. A ESTRUTURA DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade se contrapõe à subsunção. Para entender qual seria o espaço lógico ocupado por ela, precisamos entender primeiro a ideia de subsunção. Segundo Alexy, a subsunção opera dedutivamente, de acordo com regras da lógica formal. Quando temos uma norma de direito, essa norma é aplicável a um caso concreto em questão se os elementos da norma encontrarem correspondência com o caso<sup>11</sup>. A subsunção pode ser ilustrada com o exemplo clássico do homicídio: matar alguém é crime; A matou B; logo A cometeu um crime.

<sup>7</sup> ALEXY, 2008b; ALEXY, 2010.

<sup>8</sup> ALEXY, 2003a, p. 448; KLATT e MEISTER, 2012, p. 56; KLATT e MEISTER, 2015, p. 44-45.

<sup>9</sup> O próprio Alexy se refere também à proporcionalidade como “teoria dos princípios”. No sistema de pensamento do autor, a teoria dos princípios é um dos elementos que integra seu constitucionalismo democrático. Cf. ALEXY, 2010, p. 21-28.

<sup>10</sup> AFONSO DA SILVA, 2002, p. 25-27.

<sup>11</sup> ALEXY, 2003a, p. 433-434.

Os exemplos simplistas escondem algumas complicações. Em primeiro lugar, pode haver conflito de normas<sup>12</sup>, ou seja, para a situação A tanto a norma X quanto a norma Y podem ser aplicáveis. Apesar de ser esse o tipo de situação que para Alexy teremos ponderação, no mais das vezes essas situações são resolvidas por uma segunda subsunção, que é uma questão de meta-regras. Para conseguirmos aplicar alguma norma para a situação A, deve-se fazer uma subsunção adicional para averiguar se a norma X ou a norma Y se subsumem a uma meta-regra, como por exemplo *lex superior derogat legi inferiori*. Se a norma Y for inconstitucional, por exemplo, ela não deverá ser aplicada por não se subsumir a meta-regra em questão. Em segundo lugar, a premissa que opera na subsunção precisa ser justificada. Todos os argumentos válidos dentro desse campo poderiam ser invocados quando pensamos na justificação das premissas da subsunção no direito<sup>13</sup>. Nessa segunda complicação, elementos controversos poderiam ser levantados, mas por enquanto temos o suficiente para contrastar a subsunção com a ideia de proporcionalidade.

O ponto de partida é perceber que nem toda norma se aplicaria segundo a subsunção. Existem normas de natureza diferente, porque não são aplicáveis como no exemplo do homicídio (algo nos moldes de “Se X; então Y”). A distinção será entre dois tipos de normas: de um lado há regras, que expressam comandos definitivos e não admitem aplicação em diferentes gradações (ou a regra se aplica, ou não se aplica). De outro lado, existem princípios, que funcionam como mandamentos de otimização. Princípios são normas que demandam sua realização na maior medida do possível, tendo em vista a situação apresentada no caso<sup>14</sup>. Acredito ser útil apresentar a distinção nas palavras do próprio Alexy:

A fundamentação da teoria dos princípios é a distinção teórica de normas entre regras e princípios. Regras são normas que demandam algo em caráter definitivo. Elas são *comandos definitivos*. Sua forma de aplicação é a subsunção. Se uma regra é válida e se suas condições de aplicação são preenchidas, é definitivamente requerido que seja feito

<sup>12</sup> Vale apontar que para Alexy “norma” designa o “significado de um enunciado normativo”. Cf. ALEXY, 2008a, p. 53-54. Normas são, por sua vez, ou princípios ou regras. Veremos em seguida o que isso significa. Cf. ALEXY, 2008a, p. 91.

<sup>13</sup> ALEXY, 2003a, p. 434-435.

<sup>14</sup> ALEXY, 2014a, 2º e 3º parágrafos; ALEXY, 2010, p. 25; ALEXY, 2008a, p. 90-91.

exatamente como as demandas exigem. Se isso é feito, então a regra é obedecida, se não é feito, então a regra não é obedecida. Em contraste, princípios são *mandamentos de otimização*. Como tais, eles demandam que algo deva ser realizado ‘na maior extensão possível dadas as possibilidades fáticas e jurídicas’. Regras à parte, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios contrapostos. Por essa razão, princípios, cada um tomado isoladamente, sempre expressam meramente um *requerimento prima facie*. A determinação do grau apropriado de satisfação de um princípio em relação aos requerimentos de outros princípios é feita pela ponderação. Portanto, ponderação (*balancing*) é a forma específica de aplicação de princípios<sup>15</sup>.

O parágrafo de Alexy sintetiza bem o ponto. Nem toda norma é uma regra. Normas que são princípios se aplicam por meio de alguma forma de balanceamento em relação a outros princípios. Para o autor esse balanceamento será a terceira fase de sua regra da proporcionalidade (a proporcionalidade em sentido estrito, ponderação, sopesamento ou balanceamento, os quatro termos são usados indistintamente no artigo). A partir disso, devemos perceber que o princípio, enquanto mandamento de otimização, exige que algo seja realizado na *maior medida possível tendo em vista as condições fáticas e jurídicas*<sup>16</sup>. Alexy, em sua regra da proporcionalidade, buscará lidar com as condições fáticas em duas fases, a saber, adequação e necessidade. As condições jurídicas por sua vez são analisadas na terceira fase de sua regra decisória, a proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira fase ou etapa consiste no exame de adequação<sup>17</sup>. Alexy argumenta que a adequação é meramente uma aplicação do

<sup>15</sup> ALEXY, 2014a, p. 51-65, 2º parágrafo, tradução minha.

<sup>16</sup> Para uma explicação mais detalhada da ideia de princípios em Alexy e sua distinção com o que Dworkin chama de princípio, cf. ALEXY, 2014b (especialmente o primeiro capítulo). Ver também ALEXY, 2008a, p. 103-104.

<sup>17</sup> Muitos defensores da proporcionalidade irão propor um modelo com quatro etapas, e não três. Por exemplo, Aharon Barak postula uma etapa anterior à adequação que seria o propósito próprio (*proper purpose*), consistente em um requerimento de barreira segundo ao qual limitações a direitos constitucionais serão constitucionais apenas se servirem para proteger outros direitos (cf. BARAK, 2012, p. 743). Matthias Klatt e Moritz Meister falam em objetivos legítimos (*legitimate aims*) como pré-requisitos à adequação (cf. KLATT e MEISTER, 2012, p. 8-10). Por outro lado, Afonso da Silva aponta que muitos dos críticos da ponderação aceitarão sem maiores problemas as etapas de adequação e necessidade, mas negarão a possibilidade da terceira etapa (proporcionalidade em sentido estrito) (cf. AFONSO DA SILVA, 2002, p. 36). Para efeitos do presente ensaio, haver uma etapa prévia à adequação não fará diferença, uma vez que meu exame será centrado na etapa da proporcionalidade em sentido estrito.

ótimo de Pareto, ou seja, para ele a adequação veta a adoção de uma decisão que prejudique um princípio sem que ela ao menos fomente outro princípio ou objetivo<sup>18</sup>. Vale a pena transcrever as palavras do autor: “O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados”<sup>19</sup>. Em outras palavras, uma decisão não deve ser adotada se ela não fomentar nenhum princípio<sup>20</sup>.

A segunda fase consiste no exame de necessidade. Ela requer que caso existam duas formas de se promover um determinado princípio que tenham passado pela etapa da adequação, seja escolhida a forma que interfira menos com algum outro princípio. É importante perceber que ambas as medidas – para haver o exame de necessidade – sejam igualmente adequadas. Novamente para Alexy trata-se de uma questão paretiana<sup>21</sup>. Acredito que nessa segunda etapa haja pouco de misterioso: deve-se escolher a decisão menos gravosa<sup>22</sup>.

A terceira fase consiste na proporcionalidade em sentido estrito. É em relação a essa fase que boa parte do debate sobre proporcionalidade se dá e será sobre ela que eu focarei a atenção na seção III do presente ensaio. Segundo Alexy, quando há uma colisão de princípios, definir qual é a maior realização possível de um determinado princípio face às condições jurídicas no caso demanda a ponderação. A ponderação se dá pelo que Alexy denomina Primeira Lei do Balanceamento (*First Law of Balancing*): “quanto maior o grau de não satisfação de, ou de detrimento em relação a um determinado princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro”<sup>23</sup>. Afonso da Silva didaticamente define a proporcionalidade em sentido estrito como a etapa que “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a

<sup>18</sup> ALEXY, 2014a, p. 51-65, 4º parágrafo.

<sup>19</sup> ALEXY, 2003b, p. 136.

<sup>20</sup> Afonso da Silva coloca a questão de forma ligeiramente diferente. Para ele, a adequação se relaciona com a questão de medida a ser adotada na decisão proposta fomenta ou permite que seja alcançada a realização de um determinado princípio. Cf. AFONSO DA SILVA, 2002, p. 36-37.

<sup>21</sup> ALEXY, 2014a, p. 51-65, 6º parágrafo.

<sup>22</sup> Para elucidação, Afonso da Silva coloca a necessidade nos seguintes termos: “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Cf. AFONSO DA SILVA, 2002, p. 39.

<sup>23</sup> ALEXY, 2014a, p. 51-65, 8º parágrafo, tradução minha.

importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”<sup>24</sup>. Uma decisão será considerada desproporcional em sentido estrito caso as justificações para sua adoção *não tenham peso suficiente* para se sobrepor em relação a algum princípio concorrente<sup>25</sup>.

É importante destacar que casos concretos apresentam dificuldades que exemplos hipotéticos não possuem, notadamente dificuldades epistêmicas em saber as consequências das decisões tomadas. Por causa dessas dificuldades é necessário que a ponderação ou balanceamento (3ª etapa) leve em conta a confiabilidade das premissas empíricas em seu cálculo. Alexy expressa isso em uma Segunda Lei do Balanceamento (*Second Law of Balancing*): “Quanto mais pesar a interferência com um direito constitucional, maior deve ser a certeza de suas premissas subjacentes”<sup>26</sup>. Em termos práticos, a Segunda Lei do Balanceamento significa que um juiz deve levar em conta questões empíricas e de eficiência em seu cálculo, não se trata apenas de uma análise puramente normativa.

Alexy apresenta uma fórmula do peso, cuja função é tornar explícitos todos os elementos para a definição do peso que um princípio possui em um caso concreto na etapa da proporcionalidade em sentido estrito em relação a um princípio colidente. A fórmula é:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j}$$

A fórmula especifica o peso concreto (W) de um princípio Pi em relação ao princípio Pj. Na fórmula, esse peso é dado por  $W_{i,j}$ , que é o quociente do produto da intensidade da interferência com Pi ( $I_i$ ) com o peso abstrato de Pi ( $W_i$ ) e o grau de confiança empírica relativo à possibilidade de não realização de Pi ( $R_i$ ) pelo produto dos mesmos elementos correspondentes a Pj. Alexy é enfático em dizer

<sup>24</sup> AFONSO DA SILVA, 2002, p. 41.

<sup>25</sup> Nas primeiras duas etapas, adequação e necessidade, a discussão se dava em termos paretianos, no entanto na terceira etapa a discussão é sobre justificação, argumentação e discurso jurídico

<sup>26</sup> ALEXY, 2003a, p. 446, tradução minha.

**Nas etapas de adequação e necessidade, as exigências impostas por critérios razoavelmente objetivos em termos paretianos reduz drasticamente a margem de arbitrariedade.**

que a fórmula é um mecanismo heurístico, os números que figurariam na fórmula representariam proposições<sup>27</sup>.

As três etapas devem ser aplicadas na sequência estabelecida. Isso porque as três etapas guardam uma relação de subsidiariedade entre si: a etapa da necessidade só deve ser realizada se a adequação não for capaz de resolver o caso. Apenas quando um caso não for resolvido nem na adequação e nem na necessidade é que se deve proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito<sup>28</sup>. Apesar de parecer um preciosismo, esse ponto é importante, uma vez que um dos argumentos em favor da regra da proporcionalidade é que ela reduziria o escopo de discricionariedade judicial. Nas etapas de adequação e necessidade as exigências impostas por critérios razoavelmente objetivos em termos paretianos reduz drasticamente a margem de arbitrariedade<sup>29</sup>. Apenas na etapa da proporcionalidade em sentido estrito é que realmente ocorrem esforços argumentativos e é nela que se poderia dar alguma margem real de discricionariedade.

### 3. INSUFICIÊNCIAS MORAIS E TEÓRICAS DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Antes de analisarmos as insuficiências morais e teóricas da regra da proporcionalidade, podemos perceber por que ela se tornou um discurso hegemônico. A regra é intuitivamente plausível em pelo menos duas formas diferentes. Ela parece uma boa explicação para o tipo de dilema moral que cotidianamente enfrentamos em nossas vidas. Jean-Paul Sartre nos conta do caso do patriota aflito. Ao final de uma aula, um aluno teria ido conversar com Sartre sobre o dilema que enfrentava por não saber se deveria ficar em casa e ajudar sua mãe que dependia dele ou se deveria se juntar à resistência francesa contra a ocupação nazista na França. O aluno precisava decidir

<sup>27</sup> ALEXY, 2014a, p. 51-65, parágrafos 9-12. Fernando Leal reforça essa questão ao dizer que: “Ainda, então, que elementos de lógica formal ou fórmulas aritméticas sejam utilizadas por Alexy e pelos discípulos da doutrina da ponderação, elas são simples representações simplificadas (...) que mais levantam a pretensão de orientar do que de determinar o conteúdo de juízos normativos singulares”. Cf. LEAL, 2014, p. 183.

<sup>28</sup> AFONSO DA SILVA, 2002, p. 35-36

<sup>29</sup> Há quem critique a formulação canônica de Alexy por ser otimista demais em relação às duas primeiras etapas. Não buscarei esse caminho de crítica nesse artigo. Cf. LEAL, 2014. Como minha ênfase será na terceira etapa, mantereí as duas primeiras como questões paretianas. Cf. ALEXY, 2003b, p. 136.

entre duas morais, uma moral individual, porém de eficácia certa (qualquer ato que fizesse para auxiliar sua mãe de fato seria eficaz) e uma moral mais ampla e nacional, porém de eficácia incerta (ele ir atrás da resistência não necessariamente traria os frutos que ele desejava)<sup>30</sup>. Nesse caso, algo como a lei do balanceamento (“quanto maior o grau de não satisfação de, ou de detrimento em relação a, um determinado princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro”) parece natural: se os ganhos para a moral mais ampla forem muito marginais e o prejuízo para a moral individual for muito severo, a justificação para o estudante não sair de casa teria mais peso, por exemplo. A aplicação da proporcionalidade parece bastante compatível com nossa “psicologia moral”.

A regra da proporcionalidade também parece plausível tendo em vista o mundo em que vivemos: multicultural e repleto de conflitos entre diferentes valores endossados pelas pessoas. Ronald Dworkin comenta, em certo tom de lamento, como o reconhecimento de conflito entre valores se tornou uma espécie de sinal de maturidade teórica atualmente<sup>31</sup>. Dentro dessa visão sobre os valores a regra da proporcionalidade, ao propor uma estrutura neutra e compatível com diversas concepções normativas, figura como uma teoria da decisão capaz de ser aplicada consistentemente e legitimamente. O apelo intuitivo do argumento é aos valores de democracia e pluralidade.

### 3.1 Insuficiências Morais: a proporcionalidade e a garantia de direitos

Os defensores da proporcionalidade usualmente argumentam que ela é a melhor forma disponível para a defesa de direitos, em especial de direitos humanos e fundamentais (no ensaio, utilizo direitos humanos e fundamentais como sinônimos)<sup>32</sup>. Stravos Tsakyrakis contesta essa argumentação em uma crítica à teoria de Alexy. Para Tsakyrakis, a proporcionalidade gera um efeito deletério na adjudicação de direitos humanos, por ser incapaz de explicar o tipo especial de normatividade desses direitos<sup>33</sup>. Isso aconteceria porque o princípio da proporcionalidade assume como pressuposto metodológico aquilo

<sup>30</sup> SARTRE, 2010, p. 34-35.

<sup>31</sup> DWORKIN, 2001, p. 251.

<sup>32</sup> KLATT, M. e MEISTER M., 2012, pp. 24-29 e ALEXY, 2003b.

<sup>33</sup> TSAKYRAKIS, 2009, p. 487.

que Tsakyrakis chama de princípio da generosidade de definições (*definitional generosity*), segundo o qual o intérprete deve adotar uma visão ampla sobre o que pode contar como um direito. Em outras palavras, a ponderação deve incluir um rol muito amplo de considerações como *prima facie* passíveis de proteção. O princípio da generosidade de definições tem um apelo moral em si: ao não buscar julgar o que deve e o que não deve ser considerado valioso o bastante para entrar na ponderação, ele não exclui *a priori* quaisquer interesses dos indivíduos. Trata-se de um argumento liberal, segundo o qual não cabe ao Estado definir a importância dos interesses dos cidadãos<sup>34</sup>, que segundo Tsakyrakis está presente na teoria de Alexy<sup>35</sup>.

O princípio da generosidade é uma decorrência da estrutura de direitos fundamentais como princípios em termos alexyanos. Para tal autor, “direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas”<sup>36</sup>. Essa estrutura demanda que consideremos todas as instâncias *prima facie* passíveis de arrolamento sob o princípio para o exame de proporcionalidade. Em outras palavras, princípios não possuem sua extensão definida previamente ao caso concreto em mãos<sup>37</sup>, nós não sabemos o que é esse “algo” a ser fomentado pela estrutura alexyana. Ao aplicar a proporcionalidade, portanto, é necessário não delimitar *a priori* o significado e extensão dos direitos em questão, porque a proporcionalidade, enquanto meta-regra decisória, não nos dá critérios outros para interpretar princípios previamente às suas três etapas. Por exemplo, nós não temos, neste momento, meios para saber se sentimentos religiosos são protegidos ou não pela liberdade religiosa, nem se discriminação contra “pecadores” está protegida por esse direito. O aplicador da proporcionalidade precisa incluir todos esses elementos em seu balanço. Daí o princípio da generosidade de definições<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Sobre isso, ver MÖLLER, 2013, pp. 1-17. Möller abraçará e buscará defender o princípio da generosidade de definições, por causa da defesa que faz da inflação de direitos.

<sup>35</sup> TSAKYRAKIS, 2009, p. 480.

<sup>36</sup> ALEXY, 2003b, p. 135.

<sup>37</sup> ALEXY, 2008a, p. 103-104.

<sup>38</sup> Ver ainda Alexy sobre a generalidade dos princípios: “Normalmente princípios são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo”. Cf. ALEXY, 2008a, p. 108.

**A regra da proporcionalidade, por causa do princípio da generosidade de definições, colocaria todos os interesses envolvidos, sejam eles os interesses das minorias ou os interesses preconceituosos da maioria, em seu cálculo no balanceamento.**

Os problemas da adoção desse princípio tornam-se claros quando nos utilizamos de casos concretos, como o exemplo hipotético a seguir. Imaginemos uma sociedade de governo democrático e politicamente plural, com uma constituição escrita que garante aqueles direitos fundamentais mais paradigmáticos. Imaginemos também que nessa sociedade existe um alto índice de furto de automóveis e que pesquisas empíricas demonstraram que a vasta maioria desses crimes é cometida por uma determinada minoria social que usualmente é vítima de racismo. Políticos, ansiosos por angariar apoio popular, promulgam uma lei que cria um sistema de vistorias e buscas de automóveis que discrimina explicitamente contra essa minoria, parando todo automóvel dirigido por alguém pertencente a ela, além de vistoriar sem aviso prévio estabelecimentos comerciais e garagens de bairros nos quais grande parte dos habitantes é da minoria. Por fim, imaginemos que essa política é eficaz em reduzir o número de furtos. É então instaurada disputa judicial sobre sua constitucionalidade.

A regra da proporcionalidade, por causa do princípio da generosidade de definições, colocaria todos os interesses envolvidos, sejam eles os interesses das minorias ou os interesses preconceituosos da maioria, em seu cálculo no balanceamento<sup>39</sup>. Vejamos em mais detalhe. A lei racista seria adequada (1ª etapa) porque ela fomenta a segurança pública de forma eficaz. Ela não prejudica um princípio (por exemplo, igualdade) sem fomentar outro (interesse público, garantia da propriedade, etc)<sup>40</sup>. A etapa da necessidade, em casos concretos, tenderia a barrar a lei racista, já que no mais das vezes existiriam meios menos gravosos do que a legislação para fomentar a segurança. Isso, no entanto, demandaria uma medida que fosse eficaz na mesma intensidade. Ausente essa medida, é possível à lei racista ser aprovada na segunda etapa. Na proporcionalidade em sentido estrito, dependente de justificação e argumentação, seria hipoteticamente possível manter a medida discriminatória, caso o dano às pessoas da minoria fosse menor que o dano causado às

<sup>39</sup> Tsakyrakis apresenta a forma como David Beatty, defensor da proporcionalidade, tenta explicar o caso *Brown v. Board of Education*. Para Beatty, o caso seria uma disputa entre de um lado os danos causados às crianças negras pela segregação, e de outro lado os danos causados às crianças brancas por causa da integração compulsória.

<sup>40</sup> Ver a discussão de Tsakyrakis sobre a definição de interesse público. Cf. TSAKYRAKIS, 2009, p. 481-482.

**Nesse sentido, a proporcionalidade é problemática porque “obscurece as considerações morais que estão no centro das discussões sobre direitos humanos” e “erode os significados distintos desses direitos ao transformá-los em algo quantificável”.**

demais pela reversão da lei<sup>41</sup>. Isso vai depender dos valores atribuídos aos pesos abstratos e intensidades de interferência na fórmula do peso. Do exemplo decorre que a proporcionalidade não explica bem a forma como nós pensamos sobre direitos e nem é capaz de protegê-los satisfatoriamente, porque entendemos claramente essa lei como uma violação de direitos fundamentais, mais especificamente do direito à igualdade, independentemente dos benefícios utilitários dela decorrentes.

O princípio da generosidade de definições não consegue explicar a força normativa que direitos humanos ou fundamentais possuem. O exemplo da lei discriminatória nos ajuda a perceber que o mero cômputo de um interesse em favor da política racista é contrário à forma como concebemos direitos. Nós não consideramos esse tipo de interesse como digno de alguma proteção, porque tais interesses violam aquilo que consideramos valioso nos direitos em questão<sup>42</sup>. Por sua vez, definir o que é valioso em um direito demanda um exercício de raciocínio moral que a proporcionalidade é incapaz de explicar. O exercício feito quando refletimos sobre o direito à igualdade (como ocorre nas discussões sobre o caso hipotético) é uma tentativa de atribuição de um valor ao direito capaz de explicar porque ele deve ser protegido<sup>43</sup>. Nesse sentido, a proporcionalidade é problemática porque “obscurece as considerações morais que estão no centro das discussões sobre direitos humanos”<sup>44</sup> e “erode os significados distintos desses direitos ao transformá-los em algo quantificável”<sup>45</sup>.

Mathias Klatt e Moritz Meister, defensores da proporcionalidade, tentam rebater a crítica de Tsakyrakis<sup>46</sup> através de um argumento dividido em dois níveis. Em primeiro lugar Klatt e Meister pressupõem uma fase na proporcionalidade que antecede a análise de adequação, consistente na definição de um propósito legítimo. Essa etapa tem por função barrar que se considere na proporcionalidade interesses infraconstitucionais contra direitos constitucionais, ou

<sup>41</sup> TSAKYRAKIS, 2009, p. 487.

<sup>42</sup> TSAKYRAKIS, 2009, p. 488-489.

<sup>43</sup> DWORKIN, 2001, p. 255.

<sup>44</sup> TSAKYRAKIS, 2009, p. 493, tradução minha.

<sup>45</sup> TSAKYRAKIS, 2009, p. 487, tradução minha.

<sup>46</sup> KLATT, M. e MEISTER M., 2012 e KLATT, M. e MEISTER M., 2015, pp. 30–70.

seja, direitos garantidos constitucionalmente não podem ser contrastados com interesses ou objetivos infraconstitucionais, de modo que os primeiros sempre têm prevalência. Daí os autores falarem em uma primeira lei da prioridade: “os direitos fundamentais possuem prioridade definitiva sobre princípios não constitucionais”<sup>47</sup>. Este ponto da réplica em nosso exemplo significaria que interesses preconceituosos não seriam sopesados contra o direito à igualdade, por não terem previsão constitucional. Por outro lado, um direito constitucional à segurança poderia ser sopesado.

No entanto, o mero fato de direitos fundamentais estarem previstos no texto constitucional não garante que tais direitos de fato tenham a primazia que se espera deles. Vários outros interesses públicos podem estar constitucionalizados, de modo a poderem ser legitimamente ponderados contra direitos fundamentais. Klatt e Meister inserem aí o segundo passo de sua argumentação. Para os autores, direitos fundamentais podem ter primazia em relação a outras prescrições constitucionais porque os intérpretes podem atribuir um maior peso abstrato (ou seja, o peso que tal direito assume em relação aos demais independentemente do caso concreto) a tais direitos. É evidente que essa primazia não significa um caráter absoluto de direitos fundamentais, porém o maior peso abstrato atribuído implica uma vantagem prévia considerável de direitos fundamentais em relação a outras previsões constitucionais. Torna-se possível, portanto, que em situações específicas o direito fundamental não prevaleça ao fim da ponderação. Klatt e Meister apresentam essa ideia por meio da segunda lei da prioridade: “Quanto maior o peso abstrato de um direito fundamental, maior é a probabilidade de que este prevaleça na ponderação com princípios constitucionais colidentes”<sup>48</sup>. Em nosso caso hipotético, um juiz poderia atribuir peso abstrato maior à igualdade do que à segurança, com isso garantindo o respeito ao direito humano.

A réplica de Klatt e Meister, a meu ver, falha por três razões. A primeira razão é que afirmar que na ponderação contra direitos previstos constitucionalmente só podem figurar outras previsões constitucionais é um argumento muito dependente de situações

<sup>47</sup> KLATT, M. e MEISTER M., 2015, pp. 37.

<sup>48</sup> KLATT, M. e MEISTER M., 2015, pp. 39.

contingenciais. Textos constitucionais podem não trazer direitos que usualmente reputamos como fundamentais ou humanos em seus dispositivos, ou podem trazer tais direitos apenas de maneira implícita, ou podem ainda listar sob a rubrica de direitos humanos interesses que não reputamos como tais (por exemplo, uma constituição poderia hipoteticamente prever um “direito humano a não miscigenação racial”). Em um caso assim, a ponderação seria incapaz de proteger adequadamente direitos humanos “verdadeiros”. O direito de um Estado profundamente injusto e tirânico pode se valer do instrumental da proporcionalidade, sem que com isso direitos humanos sejam garantidos. O primeiro nível da resposta de Klatt e Meister é, portanto, um argumento frágil.

A segunda razão, de cunho mais estrutural à meta-regra, diz respeito à dependência que a proporcionalidade, nos moldes prescritos pelos autores citados, tem de uma distinção entre justificações internas e externas. Klatt e Meister argumentam que direitos humanos podem ser protegidos ao se atribuírem a eles maior peso abstrato. Isso, os próprios autores assumem, depende de uma teoria externa de justificação que o intérprete possui e não da justificativa interna da proporcionalidade<sup>49</sup>. A justificativa interna diz respeito à lógica interna do procedimento, se é possível chegar ao resultado da proporcionalidade a partir de suas premissas, de sua estrutura formal. A justificativa externa, em contraste, corresponde às valorações utilizadas no exame de proporcionalidade, ou seja, à teoria moral que dá sentido e valor aos diversos componentes da fórmula da proporcionalidade<sup>50</sup>.

Os autores, ao admitirem essa distinção, abrem a possibilidade de que *qualquer* teoria moral seja utilizada para valorar os elementos que serão sopesados no âmbito da justificativa externa. O ponto é perceber que não é qualquer teoria moral que é comprometida com a defesa de direitos humanos. No caso hipotético, seria perfeitamente possível que um juiz decidisse manter a lei discriminatória, por causa de seus resultados altamente satisfatórios, com

<sup>49</sup> Essa característica também está presente em Alexy, segundo o qual nem a subsunção e nem a fórmula do peso têm relação com o conteúdo dos argumentos, uma vez que são estruturas formais. Nas palavras do autor: “Neither the Subsumption Formula nor the Weight Formula contributes anything directly to the justification of the content of these premisses. To this extent both are completely formal.” Cf. ALEXY, 2003a, p. 448.

<sup>50</sup> KLATT, M. e MEISTER M., 2015, pp. 44-45.

base na teoria moral que ele endossa (como, por exemplo, a moral convencional racista daquela sociedade). Em síntese, a proporcionalidade convida um ecumenismo moral que não é compatível com uma defesa satisfatória dos direitos humanos. A proporcionalidade não é capaz de defender satisfatoriamente direitos humanos enquanto for mantida a distinção entre justificativas internas e externas.

A terceira razão para o fracasso da defesa dos autores é a própria impossibilidade de se definir quais são os direitos humanos apenas com a proporcionalidade, ponto já mencionado e que retomarei em mais detalhe na próxima sub-seção. O saldo da primeira razão é a insuficiência da positivação para a definição do que são direitos humanos, e isso combinado com o saldo da segunda razão, que é a impossibilidade de um compromisso moral necessário da proporcionalidade com os direitos humanos, inviabiliza à proporcionalidade a mera possibilidade de saber o que deve ser defendido. Em outras palavras, para se defender direitos humanos é necessário possuir alguma ideia do que eles são e a proporcionalidade, no âmbito de justificativas internas, é incapaz de fornecer isso. Ao mesmo tempo, a possibilidade de combinação da proporcionalidade com diversas justificativas externas (essas sim, capazes de definir o que são direitos humanos ou não) significa que diferentes teorias morais adotadas por diferentes intérpretes darão origem a listas diversas de direitos humanos com interpretações divergentes. Face essa situação, a proporcionalidade não conseguiria arbitrar entre essas diferentes interpretações para saber qual delas melhor protege direitos humanos, por ser incapaz de distinguir justamente quais são esses direitos. A proporcionalidade pode ser tanto utilizada para defender direitos humanos quanto para violá-los. O trabalho real é feito pelas teorias e argumentos morais.

### **3.2 Insuficiências Teóricas: a proporcionalidade e o raciocínio prático**

Como dito anteriormente, princípios são mandamentos de otimização e a regra da proporcionalidade visa justamente otimizá-los o máximo possível por meio de suas três etapas, em especial por meio da lei do balanceamento ou ponderação. Alexy diz que aqui há uma relação necessária no outro sentido também, ou seja, a

proporcionalidade para fazer sentido pressupõe a natureza dos princípios como mandamentos de otimização. O autor nomeia essa reciprocidade de primeira tese da necessidade (*first necessity thesis*)<sup>51</sup>. Essa tese estabelece a proporcionalidade como a estrutura por meio da qual princípios são aplicados aos casos concretos<sup>52</sup>. Igualmente relevante, independentemente do teor de nossos argumentos morais ou jurídicos na interpretação de um princípio, teremos que passar pelas três fases ao argumentar em um caso no qual dois ou mais princípios estão em jogo. Para Alexy, “a fórmula do peso não é uma alternativa ao argumento moral, mas a estrutura da argumentação jurídica e moral”<sup>53</sup>. Klatt e Meister reforçam esse ponto ao dizer que a proporcionalidade é neutra no sentido de ser uma *estrutura* neutra, não que ela permita ao seu usuário dispensar com argumentos morais. Estes figurarão como elementos a serem inseridos na estrutura<sup>54</sup>, mas essa estrutura é em si compatível com diversas concepções normativas<sup>55</sup>.

Para Alexy, a combinação de regras e princípios e suas lógicas intrínsecas de subsunção e ponderação consistem nas formas básicas de raciocínio prático na aplicação de normas a um caso concreto<sup>56</sup>. Nas palavras do autor “toda norma é ou uma regra ou um princípio”<sup>57</sup>. Toda decisão jurídica ou moral será estruturada ou pela subsunção ou pela proporcionalidade, e qualquer tentativa de argumentar sem invocar a proporcionalidade acabará por aplicá-la sem perceber. A primeira tese da necessidade é ambiciosa, porque simultaneamente argumenta que nós *já* utilizamos a proporcionalidade e que

<sup>51</sup> Existe também uma segunda tese da necessidade (*second necessity thesis*), que diz respeito à conexão necessária entre direitos fundamentais e a teoria dos princípios (e por consequência a proporcionalidade), mas não iremos nos ocupar dela aqui (cf. ALEXY, 2014a, p. 51-65, 15º e 16º parágrafos). Apenas para efeitos de uma ilustração completa, menciono que Alexy defende a segunda tese com dois argumentos: (1) quando o constituinte resolve uma colisão de princípios, ao estabelecer um direito fundamental como uma regra, existe um princípio formal de fundo que justifica a autoridade constitucional e demanda obediência a essa regra. (2) Quando uma regra dessas é ambígua ou aberta, os princípios de fundo que o constituinte sopesou voltam à linha de frente demandando uma nova aplicação da proporcionalidade no caso concreto. (3) Além disso, existem casos nos quais o constituinte explicitamente estabelece um direito como um princípio, de modo que a proporcionalidade se aplica diretamente (cf. ALEXY, 2014a, p. 51-65, 27º parágrafo).

<sup>52</sup> Ver também ALEXY, 2008a, p. 116-120.

<sup>53</sup> ALEXY, 2014a, p. 51-65, 18º parágrafo, tradução minha.

<sup>54</sup> KLATT, M. e MEISTER M., 2012, p. 56.

<sup>55</sup> BOROWSKI, 2013, p. 38. Apresentei na sub-seção anterior do presente ensaio a crítica a essas características.

<sup>56</sup> ALEXY, 2003a, p. 433.

<sup>57</sup> ALEXY, 2008a, p. 91.

nós faríamos isso melhor se reconhecêssemos seu caráter inescapável e tornássemos clara a sua aplicação<sup>58</sup>.

Pretendo nesta sub-seção demonstrar que subsunção e ponderação não exaurem<sup>59</sup> o campo do raciocínio prático ao apresentar uma terceira categoria de raciocínio (podem haver outras, mas isso não é o que me interessa aqui), que Dworkin denomina de interpretação construtiva. O fato de haver mais ao raciocínio prático que a ponderação e a subsunção fere a primeira tese da necessidade. Sem essa tese, os defensores da proporcionalidade precisam de um argumento moral próprio à proporcionalidade para a sua adoção. Argumentos morais desse tipo, no entanto, violariam a própria pretensão à neutralidade da estrutura da proporcionalidade.

Para explicar o que Dworkin chama de interpretação construtiva, é útil voltarmos ao caso hipotético da lei discriminatória. Quando dizemos, por exemplo, que há um conflito entre direito a igualdade e direito à segurança (seja pública ou física) estamos na verdade apontando para um conflito entre uma determinada concepção do direito à igualdade com uma determinada concepção do direito à segurança. Neste ponto, o defensor da proporcionalidade defenderia uma ponderação entre esses direitos<sup>60</sup>. No entanto, o que falta ser percebido (ou melhor dizendo, é percebido, mas não é trabalhado pelo defensor da proporcionalidade por causa da distinção entre justificativas externas e internas) é o fato de que essas concepções dos direitos não são dados no mundo, capazes de serem apreendidas cientificamente<sup>61</sup>.

O direito à igualdade, por não ser um dado no mundo, não pode ser definido da mesma forma como definimos tipos naturais, como o ouro, por exemplo. Tipos naturais possuem uma essência ou natureza invariáveis que podemos descobrir e com isso saber o que

<sup>58</sup> Alexy afirma também que o “balanceamento não é uma alternativa à argumentação mas uma forma indispensável de discurso prático racional”. Cf. ALEXY, 2003b, p. 131.

<sup>59</sup> Alexy não diz *explicitamente* que a subsunção e a proporcionalidade esgotam todas as possibilidades de aplicação do direito. No entanto, se esse não for o caso, seria necessária uma argumentação adicional para manter a primeira tese da necessidade sem incorrer em arbitrariedade. Além disso, o autor é explícito em afirmar que normas são regras ou princípios.

<sup>60</sup> Alexy coloca a questão nestes termos: “A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário” (citando *BverfGE*, vol. 7, 198, 210)”. Cf. ALEXY, 2003b, p. 133-134.

<sup>61</sup> Este ponto relaciona-se diretamente com a terceira razão do fracasso da proporcionalidade na garantia de direitos fundamentais.

é o ouro em nosso caso. Por outro lado, um conceito como direito à igualdade demanda uma interpretação sobre o que significa a igualdade, sobre a própria essência desse conceito<sup>62</sup>. Interpretações assim dão origens a diferentes concepções de um mesmo conceito. Em outras palavras, se o ouro possui uma essência identificável, no direito em questão é a própria essência que é contestável por meio de diferentes interpretações. O direito à igualdade, bem como outros direitos<sup>63</sup> e valores, consistem naquilo que Dworkin chama de conceitos interpretativos<sup>64</sup>. Conceitos interpretativos funcionam a partir de um reconhecimento comum de sua importância e de exemplos paradigmáticos, ou seja, concordamos que ter igualdade é importante, e que escravidão é uma violação paradigmática da igualdade, no entanto “parte de nossa política consiste em argumentar sobre o que mais precisamente, dentro dos limites desses paradigmas, essas virtudes [conceitos] consistem”<sup>65</sup>.

Parece possível dizer que os defensores da proporcionalidade, por outro lado, tratam princípios e valores como conceitos criteriais, mais especificamente com critérios oriundos de sentidos convencionais. Isso significa dizer que a proporcionalidade trata direitos fundamentais como possuidores de critérios para sua correta aplicação que são decorrentes de convenções sociais na comunidade em que estão inseridos<sup>66</sup>. Trata-se de um reflexo do princípio da generosidade de definições, já que ele não exclui nada *a priori*, mas coleta todo o material disponível sob a rubrica dos princípios. A generosidade de definições estabelece um tipo de sentido criterial dos direitos fundamentais, que não traduz bem a forma como pensamos em tais direitos. O sentido que esses direitos possuem em nossos desacordos sobre eles não é capturado pelo significado convencional que eles possuem, mas sim pelas interpretações rivais que são levantadas pelos argumentos das partes.

<sup>62</sup> Em “Casos Difíceis” Dworkin utiliza a terminologia de W.B. Gallie ao falar em conceitos essencialmente contestáveis. Cf. DWORKIN, 2011.

<sup>63</sup> Nem todo direito é um conceito interpretativo. Por exemplo, direitos decorrentes de leis de trânsito usualmente não o são. O ponto é que a maioria dos direitos que reputamos relevantes ou fundamentais, como igualdade ou devido processo legal são passíveis de serem interpretados construtivamente.

<sup>64</sup> DWORKIN, 2001, p. 255. Ver também DWORKIN, 1986, capítulo 2; DWORKIN, 1994, pp. 463-475.

<sup>65</sup> DWORKIN, 2001, p. 255, tradução minha.

<sup>66</sup> DWORKIN, 2006, p.

**Quando nos defrontamos com questões jurídicas ou morais controversas, como no caso da lei discriminatória, nós não buscamos o sentido convencional ou criterial dos direitos e princípios envolvidos, mas sim a melhor interpretação possível deles, que gere sobre nós obrigações genuínas.**

De volta à estrutura do conceito interpretativo. Ela faz com que o conceito seja dependente de uma interpretação específica, que Dworkin denomina construtiva. Segundo o autor, “Grosseiramente, interpretação construtiva é uma questão de impor propósito a um objeto ou prática de modo a fazer dele(a) o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele(a) é tido(a) como pertencente”<sup>67</sup>. Por “propósito” na citação Dworkin pretende dizer que “Nossas interpretações (...) devem tentar mostrar o que há de bom [valioso] em uma virtude [conceito] em questão. Elas devem tentar mostrar por que, se a virtude [conceito] é prejudicada, algum de ruim aconteceu, que algo de valor foi perdido (...)”<sup>68</sup>.

Esses valores que atribuímos ao direito à igualdade, para continuarmos com o exemplo, são eles mesmos conceitos interpretativos sujeitos à interpretação construtiva, ou seja, eles também são interpretados à luz de outros valores. Isso significa que podemos construir interpretações melhores ou piores de conceitos interpretativos a partir da forma como tais conceitos se relacionam e se apoiam mutuamente. Desse modo, uma interpretação de um conceito que seja muito contraditória com os demais conceitos “vizinhos” nessa teia inconsútil<sup>69</sup> deve ser descartada em favor de uma interpretação mais coerente. Em nosso exemplo, se temos um par de interpretações compatíveis entre os valores da igualdade e da segurança, este deve ser preferível a um par de interpretações conflitantes, por melhor explicar aquilo que entendemos valioso nos próprios valores. O conflito não pode ser pressuposto antes da interpretação.

Há aqui um desafio a meu ver impossível de ser respondido pela proporcionalidade. Quando nos defrontamos com questões jurídicas ou morais controversas, como no caso da lei discriminatória, nós não buscamos o sentido convencional ou criterial dos direitos e princípios envolvidos, mas sim a melhor interpretação possível deles, que gere sobre nós obrigações genuínas. A percepção dessa distinção é um resultado da discussão sobre as limitações morais da proporcionalidade e do princípio da generosidade de definições. No entanto, se buscamos a melhor interpretação possível dos valores envolvidos, abre-se a possibilidade de podermos interpretar

<sup>67</sup> DWORKIN, 1986, p. 52, tradução minha.

<sup>68</sup> DWORKIN, 2001, p. 255, tradução minha.

<sup>69</sup> DWORKIN, 2011, p. 180-184.

conceitos de modo a torná-los compatíveis entre si. Nesse ponto, o defensor da proporcionalidade precisa demonstrar que a melhor concepção dos direitos é aquela que demonstra que eles conflitam, para então haver necessidade da proporcionalidade. Isso em si demanda que se faça uma interpretação construtiva antes de sequer ser possível ponderar, porque é por meio dessa interpretação que definimos o que direitos, princípios ou valores significam. A primeira tese da necessidade, ao tentar defender a proporcionalidade como inescapável, falha exatamente neste ponto. A proporcionalidade pressupõe que direitos, princípios e afins conflitam<sup>70</sup>, mas na realidade é necessária uma etapa anterior de reconstrução conceitual que mostre a melhor concepção desses direitos e princípios como conflitantes. Nada garante que esse seja o caso de antemão. Caso a melhor interpretação possível dos direitos e princípios em um determinado caso concreto os reforce mutuamente não há porque utilizar a regra da proporcionalidade. A primeira tese da necessidade torna-se falsa, porque a aplicação de direitos e princípios foi possível por meio da interpretação construtiva<sup>71</sup>.

### 3.3 Uma digressão: dois problemas adicionais

Existem mais problemas que aumentam a implausibilidade da regra da proporcionalidade. Apresento dois deles, que demandam que nos voltemos à questão do conflito de valores ou princípios. O próprio Dworkin reconhece a possibilidade de após um longo processo interpretativo não ser possível promover a conciliação. Neste caso, a melhor resposta disponível seria o conflito entre princípios ou direitos e estaríamos fadados a realizar uma escolha trágica, que fundamentaria um sentimento de remorso pela opção preterida. No entanto, me parece que nem nesta situação a proporcionalidade é capaz de desempenhar um papel relevante. São dois os empecilhos para a proporcionalidade.

O primeiro deles consiste no fato de, se não foi possível encontrar uma melhor interpretação dos valores, capaz de colocá-los em apoio mútuo, não restaria trabalho a ser feito pela proporcionalidade. Se fracassamos em encontrar coerência entre valores, como poderíamos

<sup>70</sup> ALEXY, 2008a, 91-103.

<sup>71</sup> Para um argumento semelhante, ainda que com diferenças significativas, cf. MÖLLER, 2007, pp. 453-468.

ordená-los por meio de uma atribuição de peso abstrato na fórmula da proporcionalidade? Alguém que tentasse defender o argumento alexyano poderia dizer que os elementos concretos do caso desempenhariam exatamente nesta situação seu papel na fórmula do peso, permitindo que a atribuição de pesos abstratos *iguais* aos valores envolvidos não signifique sua inaplicabilidade, já que os elementos concretos balizariam a decisão para um lado ou outro. Em outras palavras, ele estaria defendendo uma casuística temperada pelas três etapas da proporcionalidade.

Essa defesa não funcionaria porque ela pressupõe uma divisão clara e incontroversa entre fatos e valores, como se não houvesse uma influência recíproca entre as formas por meio das quais percebemos a realidade e nossos compromissos valorativos. Não tenho condições de me aprofundar neste tema aqui, mas basta refletirmos como certas valorações, como “bom hotel”, “homem saudável”, “escola de qualidade” e “saúde digna” dependem tanto de “fatos do mundo” quanto de juízos valorativos, e que esses elementos não são totalmente dissociáveis. Bernard Williams nos apresenta aquilo que chama de conceitos éticos espessos (*thick ethical concepts*), como coragem e honra. Esses conceitos possuem um emaranhado factual e normativo, porque sua aplicação é simultaneamente uma questão de avaliação e de análise de fatos. Eles são, nesse sentido, “híbridos”. A consideração de um bom hotel demanda um tipo de valoração que depende do que entendemos como os méritos de um hotel. Em outras palavras, a valoração é dada nos termos da própria coisa, e isso vai contra a distinção rígida entre ser e dever-ser<sup>72</sup>. Parece-me que muitos conceitos jurídicos funcionam dessa forma: “devido processo legal”, por exemplo, demanda uma consideração híbrida entre fatos e valores<sup>73</sup>. Sem uma divisão rígida entre ser e dever-ser, os elementos concretos (como a intensidade da interferência) se tornam matizados por questões valorativas. Isso nos leva de volta ao problema do conflito de valores. Se as teorias morais que figuram na proporcionalidade como justificativas externas estão permeadas por conflitos, o exame alexyano não será capaz de resolver isso, porque os problemas permearão a meta-regra.

<sup>72</sup> WILLIAMS, 2006.

<sup>73</sup> Alexy não teria problemas, eu seu sistema de pensamento mais amplo, em admitir isso, dada sua tese da natureza dupla do direito. No entanto, esse ponto é problemático para sua teoria dos princípios. Cf. ALEXY, 2010.

O segundo empecilho: para que a terceira etapa do teste se aplique, é necessário que os valores ou princípios sejam traduzíveis em uma mesma métrica. Em nosso exemplo da lei discriminatória, isso significa que precisaríamos ser capazes de comparar objetivamente “certa quantidade” de igualdade com “certa quantidade” de segurança, mas nada garante *a priori* que isso seja conceitualmente possível<sup>74</sup>. Sobre esse ponto, Afonso da Silva faz uma distinção importante entre incomensurabilidade e incomparabilidade, em uma tentativa de defender a proporcionalidade. O autor reconhece que valores constitucionais podem ser incomensuráveis, entendendo o termo como a situação na qual duas ou mais coisas não apresentam uma medida em comum para ser aplicada<sup>75</sup>. No entanto, disso não decorreria sua incomparabilidade, porque podemos comparar duas ou mais coisas em uma escala meramente ordinal (existe comparabilidade), mas não cardinal (incomensurável). O exemplo do autor é o seguinte: uma pessoa pode achar a música de Bach superior à de Madonna (ou vice-versa). Esse tipo de julgamento é inteligível, mas não demanda que haja uma unidade de medida de qualidade musical<sup>76</sup>.

Como o próprio Afonso da Silva reconhece, existem pessoas que acham Madonna melhor e pessoas que acham Bach melhor. Se a divergência for sobre qual produz melhor música, nestes termos, parece-me que a distinção entre incomensurabilidade e incomparabilidade se torna muito menos clara, porque um alto grau de subjetividade passa a atuar no exemplo. Poderíamos inclusive conjecturar se as diferentes opiniões sobre Bach e Madonna não são fundadas em um erro lógico, decorrente de nossa psicologia moral. Em outras palavras, o indivíduo acredita que Madonna é melhor, mas não possui qualquer critério para comprovar sua opinião ou para mostrá-la como superior às demais<sup>77</sup>. Afonso da Silva se vale da categoria de valor de cobertura (*covering value*)<sup>78</sup> para tentar manter a distinção entre incomensurabilidade e incomparabilidade.

<sup>74</sup> Ino Augsberg faz uma crítica semelhante, a partir da teoria dos sistemas. Cf. AUGSBERG, 2016. Existem tentativas de resposta a essas questões por parte dos defensores da proporcionalidade. Cf. KLATT, M. e MEISTER M., 2015, p. 47-52; AFONSO DA SILVA, 2011.

<sup>75</sup> AFONSO DA SILVA, 2011, p. 278.

<sup>76</sup> AFONSO DA SILVA, 2011, p. 283.

<sup>77</sup> Seguir nessa linha nos levaria às objeções céticas contra a proporcionalidade.

<sup>78</sup> AFONSO DA SILVA, 2011, p. 284.

**A regra da proporcionalidade, enquanto procedimento decisório, apenas faz algum sentido com teorias morais que entendem valores como conflituosos, mas passíveis de uma métrica comum e que possuam uma distinção inequívoca entre fato e valor para permitirem às peculiaridades do caso um papel decisório.**

O valor de cobertura é o valor adotado como ponto de referência para comparação. No exemplo, se o valor de cobertura for a música mais apropriada para discotecas, teríamos um juízo comparável mais fácil. De volta ao direito, o autor entende que o valor de cobertura presente no sopesamento entre princípios é o grau de satisfação ou não-satisfação dos direitos envolvidos, conforme a lei do balanceamento alexyana<sup>79</sup>. Isso permitiria manter a distinção, e com ela, a possibilidade da proporcionalidade.

Duas novas complicações surgem. Em primeiro lugar, como estabelecer qual é o valor de cobertura na aplicação do direito? O grau de satisfação dos direitos envolvidos é um candidato plausível, mas poderíamos facilmente imaginar outros valores de cobertura para comparar princípios, como justiça substantiva, previsibilidade ou a integridade dworkiniana. Como arbitrar entre eles? Parece-me que novamente a proporcionalidade demanda uma teoria moral externa a ela que a elenque como procedimento decisório. Em segundo lugar, e mais importante, qualquer valor de cobertura escolhido vai demandar que saibamos o que significam os direitos envolvidos e o que significa satisfazê-los no caso concreto, caso contrário, não será possível compara-los à luz do valor de referência. Como vimos na discussão sobre interpretação construtiva, essas são questões para as quais a proporcionalidade não possui uma resposta própria. Aliás, o próprio valor de cobertura é ele mesmo passível de controvérsias que convidam a interpretação construtiva dentro da “teia inconsútil” que discutimos anteriormente. Afonso da Silva está correto em rechaçar críticas baseadas analogia da incomensurabilidade entre maçãs e laranjas<sup>80</sup>, e a distinção entre incomensurabilidade e incomparabilidade é plausível à primeira vista. No entanto, trata-se de uma solução ainda insuficiente.

Resumindo as conclusões dos dois problemas que apresentei nessa pequena digressão. A regra da proporcionalidade, enquanto procedimento decisório, apenas faz algum sentido com teorias morais que entendem valores como conflituosos, mas passíveis de uma métrica comum e que possuam uma distinção inequívoca entre fato e valor para permitirem às peculiaridades do caso um papel decisório.

<sup>79</sup> AFONSO DA SILVA, 2011, p. 299.

<sup>80</sup> AFONSO DA SILVA, 2011, p. 301.

Nesse sentido, talvez alguma forma de utilitarismo viesse a calhar, mas isso significaria para a proporcionalidade o colapso de suas pretensões moralmente ecumênicas<sup>81</sup>. Não restaria muito do “princípio constitucional universal”.

#### 4. CONCLUSÃO

No decorrer deste ensaio busquei organizar insuficiências da proporcionalidade em torno de seu compromisso com os direitos humanos ou fundamentais e em torno de sua tentativa de exaurir junto com a subsunção as possibilidades de raciocínio prático. Gostaria de retomar o caso hipotético para recuperar a discussão feita. Na versão mais simples, derivada da crítica de Tsakyrakis, a proporcionalidade seria incapaz de explicar o valor normativo dos direitos humanos por colocar na ponderação interesses deletérios, como as considerações racistas daquela sociedade. Na versão mais refinada, presente na defesa de Klatt e Meister, a proporcionalidade falha principalmente porque a distinção entre justificativas internas e externas abre margem para qualquer teoria moral valorar os elementos que figurariam na própria proporcionalidade, de modo a permitir teorias morais pouco protetivas de direitos humanos. Eis as insuficiências morais da proporcionalidade. De outro lado, a primeira tese da necessidade não se sustenta, porque a interpretação construtiva não apenas surge como alternativa, mas em certo sentido é pressuposta para que a proporcionalidade possa ocorrer. Além disso, a interpretação construtiva abre a possibilidade de que as melhores concepções de direitos sejam mutuamente dependentes e compatíveis entre si, de modo a tornar a proporcionalidade supérflua nesses casos (e a impossibilidade dessas melhores concepções abre espaço para toda a complicação do conflito de valores). Eis as insuficiências teóricas da proporcionalidade<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Vale relembrar que Alexy, Meister e Moritz e Borowski afirmam claramente que a proporcionalidade é a estrutura dos argumentos morais e jurídicos, sendo assim um aparato em princípio neutro. Cf. notas de rodapé 51 a 53.

<sup>82</sup> O presente artigo é uma versão revisada e expandida de trabalho final de curso na disciplina de pós-graduação “Temas e Leituras Contemporâneas em Teoria do Direito I”, ministrada pelo prof. Ronaldo Porto Macedo Jr na FDUSP. O autor gostaria de agradecer ao prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. pela oportunidade de cursar a disciplina e aos colegas de classe pelos debates.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro, v. 91, n. 798, p. 23-50, 2002.
- \_\_\_\_\_. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, v. 31, n. 2, p.273-301, 2011.
- ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003a.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*. Tradução Menelick de Carvalho Netto. v. 12, n. 2, 2003b.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008a.
- \_\_\_\_\_. On the concept of nature of law. *Ratio Juris*, v. 21, n.3, p.281-299, 2008b.
- \_\_\_\_\_. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 253, jan-abril, 2010.
- \_\_\_\_\_. Constitutional rights and proportionality. *Revus*. Eslovênia, v. 22, p. 51-65, 2014a.
- \_\_\_\_\_. *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014b.
- AUGSBERG, Ino. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes – A teoria da ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. In: CAMPOS, Ricardo (Org.). *Crítica da ponderação – método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 19-36.
- BARAK, Aharon. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel ; SAJÓ, Andrés (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Claudia (Org). *Direitos Sociais em Debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- \_\_\_\_\_. Law, Philosophy and Interpretation. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, v. 80, n. 4, 1994.
- \_\_\_\_\_. Isaac Marks Memorial Lecture: Do Values Conflict? A hedgehog's approach. *Arizona Law Review*, v. 43, p. 251-260, 2001.

\_\_\_\_\_. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos à sério*. 3ª Edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

JACKSON, Vicki. Constitutional Law in the Age of Proportionality. *The Yale Law Journal*, v.124, n.8, 2015.

KLATT, Matthias; MEISTER Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLATT, Matthias; MEISTER Moritz. A proporcionalidade como princípio constitucional universal. Tradução Philippe Seyfarth de Souza Porto. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, v. 1, n.1, 2015.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *Revista de Dir. Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez, 2014.

MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*. v. 5, n. 3, 2007.

\_\_\_\_\_. *Proportionality and rights inflation*. LSE Law, Society and Economy Working Papers, 2013, Londres.

SARTRE, Jean-Paul. *O Existencialismo é um humanismo*. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

STONE SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, n.1, 72-164, 2009.

TSAKYRAKIS, Stravos. Proportionality: an assault on human rights?. *International Journal of Constitutional Law*. v. 7, n.3, p. 468-493, 2009.

WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Abingdon: Routledge, 2006.