

# Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais

*Virgílio Afonso da Silva*

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

915 ↓

## 1. Delimitação do tema

Este texto ocupa-se, de certa forma, com algumas perguntas centrais da seminal obra de Canotilho sobre a constituição dirigente.<sup>1</sup> A despeito da distância temporal que separa aquele trabalho e este texto, e apesar das diferenças contextuais e, também, das diferenças de enfoque e de perspectivas teóricas, algumas perguntas são comuns, porque são comuns alguns dos objetos de análise, especialmente a ideia de liberdade de conformação do legislador. Sobre o "processo de concretização de uma lei fundamental", Canotilho indagava: "Quem pode o quê, em relação a quem, com que formas, com que processos e com que efeitos se deve regular uma matéria?"<sup>2</sup> Mas, para além dessas questões mais genéricas, o problema comum a ambos os textos fica muito claro a partir de um trecho mais específico, que vale a pena transcrever logo aqui de início:

"[...] é indubitável que a exigência de análise da relação meios e fins, pressuposta no princípio de proporcionalidade (em sentido amplo), põe em causa a tradicional liberdade de fins do legislador e suscita o problema do *espaço de decisão dos órgãos legiferantes* dentro dos limites expressos e

↑ 915 | 916 ↓

<sup>1</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982 [2ª ed., 2001].

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 183.

implícitos das normas constitucionais. [...] a liberdade de conformação do legislador tem que equacionar-se tomando em conta as várias situações que é possível descortinar na complexidade das relações entre a lei e os direitos fundamentais".<sup>3</sup>

Como mencionado acima, ainda que em outro contexto e a partir de um enfoque e de uma perspectiva teórica diversos, a análise que desenvolvo neste texto tem também como objetivo discutir os limites entre as competências legislativa e jurisdicional na concretização da constituição. Em termos mais específicos - e, aqui, já adentrando a perspectiva teórica que guiará este texto - o objetivo principal aqui é o de contribuir para a compreensão do conceito de princípio formal, nos moldes embrionariamente concebidos pela teoria dos princípios. Não se trata, contudo, de um mero esclarecimento sobre o que caracteriza esses princípios e o que os diferencia dos princípios materiais (em geral, os direitos fundamentais). A ideia, aqui, é consolidar os princípios formais de forma instrumental, ou seja, com vistas à sua utilização na compreensão de uma questão essencial no âmbito do direito constitucional: a distinção entre a competência decisória do legislador e a competência de controle da jurisdição constitucional, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais. Como será visto adiante, após uma brevíssima explanação da distinção entre regras e princípios, ponto de partida deste artigo, é comum que a teoria dos princípios, na forma como desenvolvida por Alexy, seja criticada por supostamente levar a um desbalanceamento na separação de poderes, com uma indevida transferência, para a jurisdição constitucional, de competências decisórias do legislador democraticamente legitimado.<sup>4</sup> Para tentar rebater essa crítica, e demonstrar que o legislador continua a gozar daquilo que às vezes é chamado de *discricionariedade na conformação dos*

↑ 916|917 ↓

<sup>3</sup> Ibidem, p. 198-199 (grifos no original).

<sup>4</sup> A tensão de competências na qual se funda essa crítica não é um problema novo. Há 30 anos, a mesma tensão estava na mira de Canotilho: "Chegados a este ponto, a controvérsia sobre: (1) o 'direito judicial'; (2) as funções de uma jurisdição constitucional [...], é inevitável, até porque neste debate vai muitas vezes implícita a questão do *primado da concretização constitucional*. [...] Ambos os problemas são considerados não apenas como questões metodológicas, mas, sobretudo, como temas de direito constitucional. Neles vem a convergir a problemática da delimitação de funções (sobretudo entre a legislação e jurisdição) com a exigência da legitimação (princípio democrático e princípio do Estado de Direito)" (Ibidem, p. 180-181).

*direitos fundamentais*, lanço mão da ideia de princípios formais, aliada aos conceitos de paridade e incomensurabilidade, nos moldes a serem desenvolvidos a seguir.

## 2. A distinção entre princípios e regras

O pressuposto inicial da distinção entre princípios e regras feita por Alexy consiste no fato de que essa distinção é estrutural e não de grau ou de importância. Embora essa ideia já estivesse presente no trabalho de Dworkin,<sup>5</sup> é especificamente uma ideia desenvolvida por Alexy que aqui interessa: a ideia de princípios como mandamentos de otimização.<sup>6</sup>

Segundo Alexy, princípios são "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes".<sup>7</sup> Isso é o que ele chama de mandamentos de otimização. Mas a realização completa de um determinado princípio pode ser - e frequentemente é - obstada pela realização de outros princípios. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não é possível afirmar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 P P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C.<sup>8</sup>

## 3. As críticas funcionais aos mandamentos de otimização

Não foram poucas as críticas que a ideia de direitos fundamentais como mandamentos de otimização recebeu ao longo das últimas décadas. É possível agrupá-las em, pelo menos, duas grandes categorias: as críticas metodológicas e as críticas funcionais. As críticas de caráter metodológico censuram sobretudo

↑ 917 | 918 ↓

<sup>5</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 22 e ss.

<sup>6</sup> Por isso, vou me limitar a uma brevíssima exposição dessa ideia. Para mais detalhes sobre a distinção entre regras e princípios, deve ser consultada a obra de Alexy.

<sup>7</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 97-98.

a racionalidade do sopesamento como forma de aplicação dos princípios.<sup>9</sup> Em linhas gerais, esses ataques procuram demonstrar que o sopesamento é uma forma totalmente subjetiva de aplicar o direito, devendo, por isso, ser rejeitada. Não é esse o tipo de crítica que aqui interessa.<sup>10</sup>

São as críticas funcionais que vão demandar uma análise dos princípios formais, que são o objeto deste estudo. Quando se fala em críticas funcionais, quer-se dizer, em linhas gerais, que a ideia de mandamentos de otimização teria como consequência, segundo seus críticos, um desbalanceamento na distribuição das funções estatais. Em outras palavras, quer-se dizer que o conceito de princípios como mandamentos de otimização ameaçaria a separação de poderes, com clara vantagem para os tribunais, em detrimento das funções do legislador. O fundamento dessa linha crítica é simples. Se os direitos fundamentais são, quase sempre, princípios e, por conseguinte, mandamentos de otimização, ao legislador sobra apenas uma tarefa: ao concretizar e harmonizar os direitos fundamentais, deve ele otimizá-los, isto é, encontrar a solução ótima para todas as colisões possíveis. Isso, isoladamente considerado, não seria ainda o maior problema. O grande golpe na separação de poderes é dado pela associação dessa tarefa de "otimizador de direitos fundamentais" à existência de uma instância de controle da atividade legislativa no âmbito dos direitos fundamentais, o tribunal constitucional. Assim, segundo aqueles que seguem esse raciocínio, toda e qualquer decisão do legislador que não seja a decisão ótima acabaria sendo barrada pelo tribunal constitucional. Este, dessa forma, passa-

↑ 918 | 919 ↓

<sup>9</sup> Nesse sentido, cf., principalmente, Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 6ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1995, p. 63; do mesmo autor, Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 18 ss.; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 315; Bernhard Schlink, "Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion", *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 11 (1984), p. 461; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 211. Algumas críticas, como se vê, são anteriores à publicação do livro de Alexy. Nesses casos, elas se referem especificamente às consequências do sopesamento e não da ideia de otimização. Ambas as linhas críticas, no entanto, seguem a mesma forma de argumentação.

<sup>10</sup> Sobre essas críticas, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 89-112; cf. também "Ponderação e objetividade na interpretação constitucional", in Ronaldo Macedo Jr. & Catarina Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011: 363-380.

ria a atuar como a instância que decide não somente o que é constitucional ou inconstitucional, mas também o que é ótimo e o que não é. Contra esse cenário de "totalitarismo judiciário" costuma ser usada a figura da constituição-moldura.<sup>11</sup>

A metáfora da moldura, no campo da teoria constitucional, é usada para designar uma constituição que apenas sirva de limites para a atividade legislativa.<sup>12</sup> Ela é apenas uma moldura, sem tela, sem preenchimento. Ao tribunal constitucional cabe apenas a tarefa de controlar se o legislador age dentro da moldura. Como o legislador age no interior desses limites seria uma questão de oportunidade política.<sup>13</sup>

A ideia de constituição como moldura é frequentemente utilizada como uma alternativa à teoria dos princípios. Para muitos, são alternativas únicas e excludentes: ou a constituição e, principalmente, os direitos fundamentais são encarados como simples limites, dentro dos quais o legislador tem liberdade total para tomar suas decisões, ou são eles entendidos como mandamentos de otimização e, com isso, seria necessário aceitar grandes restrições à liberdade do legislador que, no limite, levariam à formação de um Estado judiciário. Neste, a constituição seria um ordenamento total e onipotente - a constituição total - que não deixaria espaços livres ao legislador. Não é à toa que os

↑ 919|920 ↓

grandes críticos da teoria dos princípios são, também, os maiores defensores da ideia de constituição como moldura.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Em Portugal, a ideia que aqui denomino "constituição-moldura" é muitas vezes chamada de "constituição como ordem-quadro". Nesse sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1272.

<sup>12</sup> Cf. Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 72 ss.; Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 181 ss.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", in Ernst-Wolfgang Böckenförde (org.), *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 159 ss.; Josef Isensee, "Verfassungsrecht als "politisches Recht"", in Josef Isensee & Paul Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 162, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, p. 128 ss.; Christian Starck, "Die Verfassungsauslegung", in Josef Isensee & Paul Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 164, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, p. 192 ss.; Rainer Wahl, "Der Vorrang der Verfassung", *Der Staat* 20 (1981), p. 486 ss.

<sup>13</sup> Sobre essa contraposição entre *se e como*, cf. Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze*, p. 187.

A teoria da constituição como moldura padece de grandes inconsistências, que não necessitam ser analisadas aqui.<sup>15</sup> O que interessa, neste passo, é apenas expor as reações críticas que deram ensejo à necessidade de complementações à teoria dos princípios, especialmente na esfera funcional. Como um exemplo que bem sintetiza essas críticas, uso a exposição que Christian Starck faz da teoria da constituição como moldura e de sua contraposição à teoria dos princípios.

Segundo Starck, entender a constituição como moldura significa sustentar que nem tudo está pré-definido pela constituição e que inúmeras questões substanciais estão sujeitas à simples decisão da maioria parlamentar no processo legislativo ordinário.<sup>16</sup> Neste ponto, não há dúvidas de que essa tese é correta.<sup>17</sup> Definir a "largura" da moldura, que funcionará como simples limitação ao poder estatal, é tarefa da interpretação constitucional. Mas essa seria sua única tarefa. Todo o resto é questão de oportunidade política. Assim, como a escolha dos meios para concretizar a constituição é uma escolha que caberia exclusivamente ao legislador, não deve ela se basear em considerações de otimização, pois a "constituição, entendida como moldura, não contém critérios concretos para se saber se se alcançou uma 'realização constitucional' mínima, ótima ou em qualquer outro grau".<sup>18</sup>

↑ 920|921 ↓

Por isso, Starck defende que o controle judiciário das ações legislativas deve seguir um modelo bastante simples: ele deve se limitar às alternativas constitucionalidade e inconstitucionalidade. Isso significa dizer que ao Judiciário cabe apenas analisar se a atividade legislativa se manteve dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos. Não

<sup>14</sup> Exceções dignas de nota são Lerche e Habermas que, embora críticos da teoria dos princípios, não veem a constituição como mera moldura. Cf. Peter Lerche, "Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgebote?", in Joachim Burmeister (org.), *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, München: C. H. Beck, 1997, p. 203 ss.; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 320.

<sup>15</sup> Para uma análise mais extensa, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 67–88. A partir de outro enfoque, cf. também J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente*, p. 248–250.

<sup>16</sup> Cf. Christian Starck, "Die Verfassungsauslegung", p. 193; Christian Starck, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte", *Juristenzeitung* 51 (1996), p. 1039.

<sup>17</sup> Cf., por exemplo, J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1272: "a ordem-quadro fixada pela constituição é necessariamente uma *ordem parcial e fragmentária* carecida de uma *atualização concretizante* quer através do 'legislador' [...] quer através de esquemas de regulação 'informais', 'neocorporativos', 'concertativos', ou 'processualizados' desenvolvidos a nível de vários subsistemas sociais [...]".

<sup>18</sup> Christian Starck, "Die Verfassungsauslegung", p. 195 (grifei).

cabe ao judiciário, portanto, analisar se a decisão do legislador foi a melhor ou se ele otimizou os princípios envolvidos.

Segundo Starck e outros adeptos dessa teoria, a teoria dos princípios seria incompatível com a ideia de constituição como moldura, visto que o conceito de otimização, pressuposto da teoria dos princípios, eliminaria qualquer liberdade do legislador na definição sobre como compatibilizar e realizar os direitos fundamentais, pois se há sempre uma solução ótima para a realização e a harmonização dos direitos fundamentais, ao legislador não sobra nenhuma alternativa a não ser escolher essa única decisão ótima, sob pena de ver sua decisão ser substituída pela do tribunal constitucional. A teoria dos princípios levaria, assim, à justiciabilidade de todas as questões políticas, o que a tornaria incompatível com qualquer liberdade do legislador no campo dos direitos fundamentais.<sup>19</sup>

#### 4. Princípios formais: ideia embrionária

O conceito de princípios formais aparece, de forma apenas embrionária, na teoria dos direitos fundamentais de Alexy e também em trabalho de Sieckmann, publicado alguns anos depois.<sup>20, 21</sup> A diferença dos princípios formais

↑ 921 | 922 ↓

em relação aos outros princípios da teoria de Alexy, chamados, em contraposição, de princípios materiais, reside no fato de que os primeiros são princípios meramente procedimentais. Nesse sentido, é característico dos princípios formais que eles apenas forneçam motivos para a aplicação de uma norma, sem levar em consideração o seu conteúdo. Um exemplo simples de princípios formais são os precedentes judiciais. Eles

<sup>19</sup> Cf. Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze*, p. 132.

<sup>20</sup> Cf. Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 147-164.

<sup>21</sup> A ideia de princípios formais foi retomada por Alexy sobretudo após a publicação do posfácio à sua *Teoria dos direitos fundamentais*. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 615 ss; sobre princípios formais, cf. também Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 200 ss.; Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 184; mais recentemente, Martin Borowski, "Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung", in Laura Clérico & Jan-Reinard Sieckmann (orgs.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden: Nomos, 2009: 99-128.

oferecem razões para que o aplicador do direito decida pela validade ou aplicabilidade de uma determinada norma, mas essas razões referem-se tão somente a considerações de carácter formal - o fato de ela já ter sido aplicada em casos iguais ou semelhantes - e não ao conteúdo da norma.<sup>22</sup> O princípio formal que sustenta essas considerações apenas diz que, em razão de decisões anteriores, aquela norma é *prima facie* aplicável.

Mas não é esse tipo de princípio formal que aqui interessa. Como já foi salientado no tópico anterior, uma das críticas mais contundentes à teoria dos princípios refere-se às suas consequências jurídico-funcionais: segundo os críticos, aceitar a ideia de princípios como mandamentos de otimização significa aceitar uma drástica diminuição nas competências do legislador e, no limite, aceitar um Estado Judiciário. É justamente como forma de rebater esse tipo de argumentos que Alexy lança mão, ainda que embrionariamente, da compreensão das competências do legislador como um princípio formal. Em uma breve passagem de sua teoria dos direitos fundamentais, Alexy afirma:

Um princípio formal ou procedimental é, por exemplo, o princípio que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático. [...] [Esse] princípio é [...] o fundamento para as diversas formas de discricionariedade que o Tribunal Constitucional Federal garante ao legislador.<sup>23</sup>

Ao definir as competências do legislador na concretização dos direitos fundamentais como um princípio formal, Alexy pretendia afastar a tese de um estado judicial, supostamente causado pelo conceito de direitos fundamentais como

↑ 922|923 ↓

mandamentos de otimização. A ideia subjacente a essa estratégia poderia ser resumida da seguinte forma: ao decidir sobre um ato do legislador que tenha restringido um direito fundamental em favor da concretização de outro, o tribunal constitucional não deveria levar

---

<sup>22</sup> A função e o alcance dos precedentes judiciais são definidos de forma semelhante a essa em várias decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. A doutrina do *stare decisis* impõe, segundo a Suprema Corte, que decisões anteriores sejam respeitadas não devido a uma análise acerca de sua correção, mas pura e simplesmente por critérios formais. Cf., para um exemplo recente, *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 429 (2000). Cf. também *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 861 (1992), que textualmente afirma que a decisão *Roe v. Wade* - 410 U.S. 113 (1973) - deveria ser acatada devido ao *stare decisis*, independente do grau de relutância pessoal que qualquer um dos juízes pudesse ter.

<sup>23</sup> Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 138.

em conta apenas os direitos colidentes. Esses são apenas os princípios materiais.<sup>24</sup> Além deles, há também um princípio formal, que é a própria competência do legislador para tomar decisões importantes para a comunidade. Ao decidir sobre a colisão de direitos fundamentais, o tribunal constitucional teria, então, que incluir esse princípio formal no sopesamento.<sup>25</sup> Com isso, a competência decisória do legislador estaria garantida ou, no mínimo, seria levada em consideração na decisão do tribunal.

O grande problema - e nesse sentido foram as críticas que se seguiram - reside na definição da forma pela qual um tal sopesamento deve ser levado a cabo. Para esse problema, os teóricos da teoria dos princípios não tinham a resposta.

## 5. As críticas à possibilidade de sopesamento entre princípios formais e materiais

As críticas mais importantes ao entendimento das competências legislativas como princípios formais vieram à tona há não muito tempo. A maior parte delas é devida a dois autores principais: Matthias Jestaedt e Karl-E. Hain. A seguir, resumo os pontos centrais das ideias de cada um desses autores.

### 5.1. Matthias Jestaedt

Duas são as principais críticas suscitadas por Jestaedt. A primeira delas refere-se à própria ideia de considerar a competência decisória do legislador

↑ 923|924 ↓

como um princípio formal; a segunda diz respeito à impossibilidade de sopesamento entre princípios formais e princípios materiais (a chamada crítica da incomensurabilidade).

#### 5.1.1. Competência como princípio formal

---

<sup>24</sup> Portanto, quando aqui se falar de princípios materiais, quer-se com isso fazer referência aos direitos fundamentais.

<sup>25</sup> Cf. Robert Alexy, "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", in *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 279: "A discussão sobre esses problemas mostrou que não é possível formular uma regra simples, que separe a competência decisória do legislador da competência de controle do Tribunal Constitucional. [...] no fundo trata-se de um *sopesamento entre os princípios materiais atingidos e o princípio formal* da competência decisória do legislador democrático, diretamente legitimado em um sistema com separação de poderes" (sem grifos no original).

No que se refere à primeira crítica, relativa à associação entre a competência decisória do legislador e os princípios formais, Jestaedt primeiro questiona se a categoria dos princípios formais encontra guarida na constituição, isto é, se "esse modelo analítico-conceitual é o meio adequado para representar a situação jurídica atual."<sup>26</sup> Segundo Jestaedt, a constituição<sup>27</sup> não agasalha a ideia de princípio formal, mas apenas a vinculação à lei e a primazia da lei e "não no sentido de um simples ideal jurídico aproximativo e *prima facie*". Por isso seria incompreensível como a vinculação à constituição e à lei poderiam ser fundamentadas como simples mandamentos de otimização.<sup>28</sup> Essa *mutação* de uma *real* vinculação à competência decisória do legislador em direção a uma vinculação meramente *prima facie* seria uma simples suposição sem fundamento.

### 5.1.2. Colisão entre princípios formais e materiais

Contra a tese de Alexy, segundo a qual a competência que o legislador tem para tomar decisões nos casos em que as premissas empíricas são incertas é um problema de sopesamento entre o princípio material (direito fundamental) e o princípio formal relativo à competência decisória do legislador,<sup>29</sup> Jestaedt afirma que um tal sopesamento seria impossível. Antes de mais nada, essa colisão - e o necessário sopesamento daí decorrente - pressuporia que princípios formais existissem, algo que Jestaedt contesta. Mas, segundo ele, mesmo que a ideia de princípios formais tivesse guarida no sistema constitucional, um sopesamento entre princípios formais e princípios materiais nunca

↑ 924 | 925 ↓

poderia ser levado a cabo, já que um tal sopesamento exigiria uma comparação entre coisas incomparáveis.<sup>30</sup> Essa crítica merecerá uma atenção especial mais adiante.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 223.

<sup>27</sup> Ele fala da constituição alemã, mas o raciocínio é expansível a praticamente toda e qualquer constituição.

<sup>28</sup> Cf. Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 224.

<sup>29</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 469; do mesmo autor, "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", p. 279.

<sup>30</sup> Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 226, nota 84.

<sup>31</sup> Cf. 6.3, *infra*.

Mas, como mencionado, não é somente o sopesamento entre princípios formais e materiais que é rejeitado por Jestaedt, mas também o seu pressuposto, isto é, a colisão entre esses diferentes tipos de princípios. E a razão para tanto seria trivial: a competência decisória do legislador não se estende à elaboração de leis inconstitucionais. Isso significa dizer que, como o legislador não tem competência para editar leis inconstitucionais, a edição de uma tal lei nunca poderia basear-se em um suposto princípio formal da competência decisória do legislador. Em outras palavras: a declaração de inconstitucionalidade de uma lei nunca poderia basear-se no resultado de um suposto sopesamento entre princípios materiais e o princípio formal da competência decisória do legislador, já que, se a lei é inconstitucional, esse princípio - se existente - não teria nenhum papel a desempenhar.

## 5.2. Karl-E. Hain

Hain, da mesma forma que Jestaedt, rejeita a possibilidade de um sopesamento entre princípios formais e princípios materiais, porque não haveria nenhum critério decisório aplicável a um tal procedimento. Não haveria critérios para fundamentar nem uma primazia prima facie, nem uma primazia definitiva dos princípios formais ou dos princípios materiais.<sup>32</sup>

Mas, segundo Hain, ainda que houvesse algum critério para tal procedimento, as críticas funcionais à teoria dos princípios não seriam respondidas, pois ainda restaria pelo menos um problema sem solução: a garantia da liberdade decisória do legislador continuaria a depender de uma concretização extremamente abstrata dos princípios materiais e formais colidentes que, frise-se, seria realizada, caso a caso, pelo poder judiciário.

Diante desse cenário, a ideia de primazia prima facie da competência decisória do legislador não contribuiria em nada para garantir essa competência, já que não haveria como impô-la se o tribunal entender que "algum princípio material [...] deveria ter sido realizado de forma mais eficiente do que a

↑ 925 | 926 ↓

---

<sup>32</sup> Cf. Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze*, p. 136–137.

realizada pelo legislador".<sup>33</sup> Assim, sempre que o tribunal tiver uma opinião diversa da que tenha sido expressa na decisão do legislador, a precedência das decisões desse último desapareceria. O princípio formal que, segundo a teoria dos princípios, sustenta as decisões do legislador, seria, segundo Hain, inútil e apenas poderia garantir a competência decisória do legislador nos casos pacíficos e sem importância.

## 6. Sobre as críticas

### 6.1. A função dos princípios formais

Tanto Jestaedt quanto Hain questionam a função dos princípios formais como razões que justificam a competência decisória do legislador nos casos envolvendo direitos fundamentais. Ambos argumentam de forma bastante semelhante. Para eles, a idéia de princípio formal é ou trivial, porque garantiria apenas a edição de leis constitucionais, ou inútil, porque não poderia nunca garantir a edição de uma lei inconstitucional.<sup>34</sup>

Uma tal afirmação só pode ser feita por quem ignora a existência de problemas cognitivos. Somente em um mundo onde não há nem incerteza empírica nem normativa é possível tentar enquadrar esse problema em um modelo tão simples quanto o de Jestaedt e Hain.

Ambos os autores parecem pressupor que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei é uma simples questão ontológica. Uma lei é constitucional ou ela é inconstitucional. Constitucionalidade e inconstitucionalidade parecem ser, para Jestaedt e Hain, características iminentes das leis. Isso não é somente problemático porque, a partir dessa visão, seria contraditório aceitar que embora uma lei seja inconstitucional, ela pode vincular o aplicador do direito e produzir efeitos enquanto um tribunal não a declarar como inconstitucional.<sup>35</sup> Essa visão ontológica é também problemática porque, a partir dela, não é possível conferir ao legislador uma competência que é fundamental para o desenvolver de seus trabalhos, que é a competência de

<sup>33</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>34</sup> Cf. Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung*, p. 226; Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze*, p. 137.

<sup>35</sup> Cf. Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press, 1996, p. 191 ss.

↑ 926 | 927 ↓

decidir sob condições de incerteza. Ora, na grande maioria dos casos problemáticos, as decisões do legislador são tomadas com base em premissas incertas, seja porque os efeitos de uma determinada medida legislativa são incertos, seja porque é incerto aquilo que é exigido pela constituição. Nas teorias de Jestaedt e Hain, contudo, não há lugar nem para incertezas empíricas, nem para incertezas normativas.

Assim, o que Jestaedt e Hain não percebem é o fato de que os princípios formais nunca funcionam como apoio para a edição de leis inconstitucionais. Eles garantem, na verdade, a competência do legislador para tomar decisões mesmo que sua constitucionalidade seja, por motivos empíricos ou normativos, incerta. Isso não é nem trivial, nem inútil.

## 6.2. A primazia *prima facie* das decisões do legislador

É justamente por causa da existência de premissas incertas que surge a necessidade de uma primazia das decisões do legislador. Essa necessidade é contestada por Jestaedt e Hain pelos motivos acima expostos, pois, segundo eles, não seria possível falar em primazia *prima facie* porque tudo seria, de antemão, constitucional ou inconstitucional.

Mas se se parte do pressuposto de que existem incertezas empíricas e normativas, é necessário que se decida quem tem precedência para decidir o que é constitucional nesses casos. Fundamentar uma primazia do legislador não é tarefa difícil em vista da sua legitimidade democrática.<sup>36</sup> Nesse sentido, Raabe faz as seguintes considerações:

[se] o legislador tomou uma certa decisão em uma situação de incerteza, há motivos [...] para considerar tal decisão como correta. O princípio democrático deve, nesse sentido, ser entendido como expressão de uma concepção procedimental de correção prática no âmbito da formação da vontade estatal.<sup>37</sup>

↑ 927 | 928 ↓

<sup>36</sup> Cf. Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, p. 210; cf. também Martin Borowski, "Die Bindung an Festsetzungen", p. 112 [na tradução espanhola: Martin Borowski, "La sujeción a determinaciones del legislador en la ponderación de derechos fundamentales", in Laura Clérico, Jan-Reinard Sieckmann, & Daniel Oliver-Lalana (orgs.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada: Comares, 2011, p. 128].

<sup>37</sup> Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, p. 217.

Assim, nos casos em que é muito difícil saber com certeza o que é substancialmente correto, deve ser presumida uma correção *prima facie* da decisão do legislador. No âmbito dessa zona de incerteza, ele goza, devido à sua legitimidade democrática, de uma primazia decisória.

### 6.3. O problema da incomensurabilidade

Ainda que as principais censuras ao conceito de princípio formal tenham sido brevemente discutidas nos tópicos anteriores, uma última crítica ainda precisa ser considerada. Uma das características comuns aos comentários de Jestaedt e Hain é a estratégia adotada, que consiste em tentativas críticas progressivas. Os ataques são caracterizados pela progressão a partir de críticas pontuais em direção a críticas globais. Com isso, as críticas já perdem parte de sua força, já que é possível pressupor que um passo seguinte na progressão crítica só é necessário porque o passo anterior não foi de todo convincente. No fim, vale apenas a última crítica, que é, também, a mais geral. No caso de ambos os autores, essa crítica diz respeito ao problema da incomensurabilidade. Jestaedt e Hain procuram, de início, rejeitar o conceito de princípio formal. Se essa rejeição não for convincente, o ataque passa a ser contra possíveis déficits de fundamentação do conceito. Caso essa crítica também se mostre sem força, passa-se a um terceiro passo, que aceita a existência de princípios formais, mas rejeita a hipótese de colisão com princípios materiais. Por fim, supondo-se que essa colisão possa realmente acontecer, rejeita-se a possibilidade de um sopesamento entre ambos os tipos de princípios, pois eles seriam incomensuráveis.<sup>38</sup>

Por limitações de espaço, é impossível reproduzir aqui a discussão sobre os conceitos de incomensurabilidade e incomparabilidade levada a cabo em outro trabalho.<sup>39</sup> Mais importante do que isso, contudo, é a abordagem de

<sup>38</sup> Na verdade, o termo incomensurabilidade, usado por vários críticos da teoria dos princípios e do sopesamento em geral, é errôneo. O que se quer dizer, quando se fala em incomensurabilidade, é a impossibilidade de comparação (ainda que essa impossibilidade de comparação esteja, explícita ou intuitivamente, baseada no conceito de incomensurabilidade). O termo mais apropriado, portanto, seria *incomparabilidade*. Sobre essa diferença, cf. Michael Stocker, *Plural and Conflicting Values*, Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 175 ss.; Cass R. Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law", *Michigan Law Review* 92: 4 (1994), p. 798.

<sup>39</sup> Cf. Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* 31: 2 (2011): 273 -301.

↑ 928|929 ↓

uma das ideias centrais da discussão: o conceito de paridade. Isso por dois motivos. Em primeiro lugar, porque a própria noção de incomparabilidade, e a crítica daí decorrente, se fundam na desconsideração do conceito de paridade. Em segundo lugar, porque é a ideia de paridade que serve como guia, como ideia regulativa, em toda a discussão sobre a liberdade do legislador em face do controle do judiciário. Sobre o primeiro motivo, teço alguns comentários abaixo. À discussão do segundo é dedicado o próximo tópico.

Quando alguém conclui que duas coisas (ou dois valores, ou dois princípios) são incomparáveis, isso costuma decorrer de um dos três equívocos a seguir: a não-definição de um valor de comparação, a insistência em comparações abstratas e o desconhecimento do conceito de paridade. Esses três problemas costumam impedir desde as comparações mais simples até as mais problemáticas. Deles decorrem desde juízos pela impossibilidade de comparação entre, por exemplo, Mozart e Michelangelo,<sup>40</sup> ou laranjas e maçãs, até teses sobre a impossibilidade de comparação entre valores essenciais e valores instrumentais ou entre liberdade e igualdade ou, por fim, entre direitos fundamentais (princípios materiais) e competências legislativas (princípios formais). Não pretendo, aqui, aprofundar-me na discussão sobre os dois primeiros problemas.<sup>41</sup> Já a relação entre paridade e comparação merece alguns comentários extras.

↑ 929|930 ↓

---

<sup>40</sup> Muitas vezes são os exemplos mais triviais que conseguem "abrir nossos olhos" para a realidade e desfazer juízos preconcebidos. Cf. sobre alguns desses exemplo, incluindo a comparação entre Mozart e Michelangelo, Ruth Chang, "Introduction", in Ruth Chang (org.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997, p. 14 ss.

<sup>41</sup> O primeiro deles - a não-definição de um valor de comparação - é fatal para qualquer tentativa de comparação ou sopesamento porque não é possível iniciar qualquer procedimento comparativo sem antes definir *com relação ao quê* a comparação está sendo feita. Já o segundo - a tentativa de comparações abstratas - pode ser resumido em mais um exemplo trivial. É bem possível que nunca se chegue a um acordo sobre a maior ou menor importância do valor *liberdade* em relação ao valor *amor*. Essa dificuldade de comparação, no entanto, tem uma causa simples: a tentativa de comparação abstrata. Vamos supor que um homem esteja apaixonado por uma mulher que more em um país cujo governo é exercido por uma junta militar autoritária. Ele terá que comparar e sopesar *em concreto* o que para ele é mais importante e terá que chegar a uma conclusão sobre as vantagens e desvantagens de se abdicar de um pouco de sua liberdade em favor da realização de um outro valor. A impossibilidade de comparação, no caso concreto, simplesmente desaparece. Esse exemplo, ainda que trivial, reflete muito bem o que acontece nos sopesamentos entre direitos fundamentais, realizados não em abstrato, mas sempre em face do caso concreto.

Normalmente se diz que duas coisas, dois valores ou dois princípios são incomparáveis quando não é possível dizer que um é mais ou menos importante do que outro ou que ambos são igualmente importantes. Essa é a chamada tese tricotômica, que sustenta que entre duas coisas ou valores  $x$  e  $y$  só é possível existir três tipos de relação: ou  $x$  é melhor que  $y$ , ou  $x$  é pior que  $y$ , ou  $x$  e  $y$  são iguais. Mas autores como Parfit, Hurka e Chang<sup>42</sup> sustentam - a meu ver com razão - que há uma quarta possibilidade: a paridade. Para os fins deste texto, paridade pode ser entendida como igualdade aproximada.<sup>43</sup>

Embora essa discussão pareça ter pouca relação com o problema dos direitos fundamentais, tentarei mostrar a seguir que ela é uma ideia central para que se possa entender a tensão entre legislador e judiciário nesse âmbito.

## 7. Paridade como fundamento da liberdade legislativa

Como tarefa cotidiana, o legislador tem que resolver problemas complexos que, quase sempre, envolvem a restrição de um ou vários direitos em favor da promoção de outros direitos fundamentais. Quanto mais direitos estiverem envolvidos e quanto maior for o grau de incerteza empírica e normativa sobre os efeitos de suas decisões, maior será também a diversidade de soluções possíveis para cada problema enfrentado. Como a teoria dos princípios sustenta que direitos fundamentais, enquanto princípios, devem ser otimizados, cabe ao legislador essa tarefa de otimização na resolução dos problemas complexos mencionados. Ora, além do legislador, que tem competência para tomar essas decisões, há um outro ator nesse âmbito, que é o poder judiciário, normalmente um tribunal constitucional, que tem uma competência de controle. A grande questão, já referida quando tratei acima das críticas à teoria dos princípios, diz respeito à resolução dessa situação de tensão: se o judiciário puder rejeitar as decisões legislativas sempre que entender que sua solução para o caso seria diferente da solução adotada pelo legislador, estaríamos sem dúvida

<sup>42</sup> Cf. Derek Parfit, *Reasons and Persons*, 2ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 431; Thomas Hurka, *Perfectionism*, New York: Oxford University Press, 1993, p. 87; Ruth Chang, "Introduction", p. 26-27.

<sup>43</sup> Há, no entanto, algumas divergências entre as teses de Parfit, Hurka e Chang, sobretudo em relação à identificação da paridade como "igualdade aproximada". Não é o caso, aqui, de entrar nos pormenores desse debate. Daí a razão da ressalva "para os fins deste artigo", mencionada no texto acima. Para alguns detalhes, cf. Ruth Chang, "The Possibility of Parity", *Ethics* 112 (2002), p. 661, nota 5.

caminhando

↑ 930|931 ↓

para um Estado judiciário. Essa tendência é, em parte, consequência da aceitação da tese tricotômica acima mencionada. Aplicada ao problema aqui em análise, essa tese sustentaria que se um juiz tem uma concepção de resposta correta diversa da adotada pelo legislador para um determinado caso concreto, ele dificilmente poderá deixar de declarar a decisão do legislador como inconstitucional, já que, se ambas as concepções não são iguais, ou a do legislador seria melhor, e, nesse caso, não temos problemas, ou é a do juiz que é melhor, e, nesse caso, não haveria outra saída que não rejeitar a decisão do legislador. Vale a pena, nesse ponto, voltar à ideia de paridade e retomar o debate sobre a teoria dos princípios.

Quase todas as críticas funcionais à teoria dos princípios partem de um pressuposto equivocado, pois quase todas elas equiparam otimização à existência de uma única resposta correta. Essa equiparação equivocada talvez tenha uma causa tão simples quanto ingênua e superficial. Como é frequente que muitos associem os nomes de Alexy e Dworkin a uma mesma tese acerca da distinção entre regras e princípios,<sup>44</sup> e como frequentemente se ouve falar de Dworkin como defensor da tese da existência de uma única resposta correta para problemas jurídicos, chega-se, por meio de associação, à ideia - automática, superficial e equivocada - de que Alexy, quando fala em otimização, está defendendo a mesma possibilidade de única resposta correta. Contudo, não só as teses de ambos os autores não são idênticas - a própria ideia de otimização não está presente nas obras de Dworkin -, como também a possibilidade de única resposta correta é rejeitada expressamente pela teoria dos princípios na forma defendida por Alexy.<sup>45</sup>

A única solução plausível, que seja capaz de conciliar a existência de um catálogo de direitos fundamentais que, em sua maioria, são princípios e, por isso, mandamentos de otimização, com a competência decisória de um legislador democraticamente legítimo e com

<sup>44</sup> Essa similaridade na distinção entre regras e princípios talvez seja um dos únicos pontos em comum entre as ideias de ambos os autores que seja digno de nota. A não-atenção às diferenças - às vezes profundas - em relação a diversos outros pontos de suas concepções teóricas é uma das principais fontes de confusão no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais em alguns países.

<sup>45</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 547; Nils Jansen, "Die Abwägung von Grundrechten", *Der Staat* 36 (1997), p. 45.

a tarefa de controle de um órgão jurisdicional, é partir do pressuposto de que, em geral, não há apenas uma única solução ótima para os problemas envolvendo direitos fundamentais.

Para

↑ 931 | 932 ↓

um mesmo problema, devido à diversidade de variáveis e aos níveis de incerteza envolvidos, é não só possível, mas também provável, que haja mais de uma solução que satisfaça o critério de otimização. Nesse sentido, ainda que as soluções sejam diferentes, pode-se dizer que elas estão em uma zona de paridade, dentro da qual toda resposta é ótima e, por conseguinte, constitucional. Só assim é possível aceitar, sem desvio de função, que um tribunal constitucional, ainda que sustente outra solução para um determinado caso envolvendo direitos fundamentais, possa aceitar a decisão do legislador, por entender que, ainda que ambas não sejam idênticas, não há uma que seja melhor do que a outra. Elas podem se encontrar em uma relação de paridade.

## 8. O papel dos princípios formais

Qual é o papel dos princípios formais nesse debate? Como visto acima,<sup>46</sup> a ideia embrionária, presente nos trabalhos de Alexy e Sieckmann, sustentava a necessidade de que, junto com os direitos fundamentais, o princípio formal que representa a competência decisória do legislador também deveria ser incluído no processo de sopesamento. Gostaria aqui de sustentar conclusão um pouco diversa.

Partindo do pressuposto de que as decisões legislativas têm fundamentos e objetivos diversos, sustento que, para cada caso deve se falar em uma espécie diversa de princípio formal. Assim, a liberdade do legislador - ou sua competência decisória - pode ser simplesmente uma liberdade em definir objetivos, mas pode também ser uma liberdade para definir meios para alcançar esses fins; pode ser, por outro lado, uma liberdade para tomar decisões com base em premissas fáticas incertas, cujas consequências não são totalmente previsíveis de antemão; pode ser, ainda, a competência para restringir um direito fundamental quando houver razão suficiente para tanto. A cada uma dessas categorias de

<sup>46</sup> Cf. tópico 4, especialmente notas 20 e 21.

decisão corresponde um princípio formal.<sup>47</sup> A partir dessa premissa, é possível fazer uma ligação entre os princípios formais e a ideia de paridade.

Para tanto, o primeiro passo é atribuir aos diferentes princípios formais, relativos às diferentes liberdades que o legislador possui, pesos diferentes.

↑ 932|933 ↓

O peso de um princípio formal depende da dificuldade em se desfazer a relação de paridade por meio de argumentação. Essa ideia pode ser expressa pela seguinte fórmula de paridade:

*Fórmula de paridade: Quanto mais difícil for para se desfazer, por meio de argumentos, uma relação de paridade que sustenta a competência decisória do legislador, tanto maior será o peso do princípio formal correspondente.*

Vamos supor que, para um determinado caso concreto, envolvendo diversos direitos fundamentais, no qual o legislador deve decidir qual é a solução ótima, as premissas empíricas não sejam seguras e os efeitos da decisão não sejam previsíveis com absoluta certeza, por envolver, por exemplo, elementos sobre os quais a ciência ainda não tem uma posição definitiva. É possível que, em casos como esses, a possibilidade de diferentes respostas ótimas seja grande, todas elas estando em relação de paridade. Ao legislador cabe decidir por uma delas. O que sustenta essa liberdade de poder escolher entre várias possibilidades é justamente o fato de que todas elas estão em relação de paridade, pois, embora as respostas possíveis ao problema não sejam iguais, não há como se decidir qual é melhor e qual é pior. Nesses casos, cabe ao legislador decidir e não cabe ao judiciário querer substituir a concepção do legislador pela sua própria. Esse tipo de decisão é, seguindo a *fórmula da paridade*, mais difícil de ser contestada, porque a relação de paridade com outras respostas possíveis não é facilmente desfeita por meio de argumentação jurídica, já que não há certeza *empírica* acerca dos elementos disponíveis. Um exemplo mais concreto pode esclarecer melhor a teoria.

Para realizar em maior medida o direito à vida e à saúde das pessoas, o Estado decide autorizar a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças. O

<sup>47</sup> Para maiores detalhes sobre cada uma dessas "fontes de liberdade", cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 121-144 e 197-198.

legislador acredita que, ainda que não haja ainda nenhum resultado definitivo concreto, as pesquisas em células-tronco embrionárias têm enormes potenciais científico e terapêutico, que só podem ser adequadamente desenvolvidos com a autorização das pesquisas. Diante da promulgação da lei que autoriza essas pesquisas, um dos legitimados a iniciar o controle judicial de constitucionalidade ajuíza uma ação de inconstitucionalidade, alegando que a realização de pesquisa em células-tronco embrionárias viola o direito à vida, que se iniciaria com a fecundação. Como a pesquisa em células-tronco embrionárias implica a destruição do embrião e o embrião seria

↑ 933|934 ↓

a fase inicial da vida humana,<sup>48</sup> a pesquisa em células-tronco embrionárias deveria ser considerada inconstitucional.<sup>49</sup>

Se essa questão for analisada por meio da aplicação da proporcionalidade, seria preciso, antes de mais nada, examinar a adequação da medida adotada. É possível afirmar que a medida pelo menos fomenta o objetivo perseguido e é, por conseguinte, adequada, no sentido do teste de proporcionalidade.<sup>50</sup> O maior problema surge na análise da exigibilidade ou necessidade da medida. Contra a necessidade da medida poder-se-ia argumentar que há medidas alternativas que restringem menos (ou nada) o direito à vida e que seriam pelo menos tão eficientes quanto a pesquisa em células-tronco embrionárias na busca dos objetivos perseguidos. Uma dessas alternativas seria, por exemplo, a pesquisa feita em células-tronco adultas, que, segundo seus defensores, seria tão promissora quanto a pesquisa em células embrionárias, sem, no entanto, implicar uma violação ao direito à vida.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Não pretendo aqui discutir a correção dessa afirmação, tampouco discutir quando se inicia a vida e quando se inicia a proteção do direito à vida. Para os objetivos de meu exemplo, isso não é necessário.

<sup>49</sup> Como se pode perceber, este não é um exemplo fictício. Ainda que extremamente simplificado, ele corresponde ao cerne do debate travado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, proposta, em 2005, pelo Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em maio de 2008, o STF julgou improcedente a ação.

<sup>50</sup> Como a proporcionalidade é aqui usada apenas como ilustração do raciocínio, não é o caso de discutir em maiores detalhes nem o conceito de adequação nem a adequação dessa medida específica. Tampouco adentrarei as disputas teóricas e terminológicas em torno da proporcionalidade em geral. Sobre a questão, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 261-263; cf. também Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

<sup>51</sup> Este foi um dos argumentos utilizados em manifesto, assinado por alguns juristas brasileiros, anexado ao *amicus curiae* apresentado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) na ADI 3510, mencionada

Vamos supor que, no atual estágio de desenvolvimento científico, não haja nenhuma certeza absoluta acerca dos potenciais dessas duas alternativas. Em outras palavras, não há nenhuma certeza sobre as premissas empíricas envolvidas no caso nem sobre os efeitos mais ou menos eficazes das medidas alternativas. Diante disso, é possível afirmar que ambas alternativas estão, no mínimo, em uma relação de paridade. Ao legislador, então, é conferida uma liberdade de decisão para tomar a medida que parecer mais

↑ 934|935 ↓

eficaz.<sup>52</sup> Não caberia ao juiz, nesse caso, substituir a decisão do legislador pela sua própria, porque ele não pode substituir decisões que se encontrem em uma relação de paridade (nesse caso, paridade empírica, de fundo científico). Em casos como esse, o peso do princípio formal que expressa a competência decisória do legislador é grande, pois, como se disse, a causa da paridade entre as medidas existentes é empírica, decorrente da impossibilidade de se saber com certeza os efeitos de diversas decisões possíveis, incerteza essa, portanto, que não pode ser desfeita por meio de argumentação jurídica.

## 9. Liberdade legislativa, paridade e otimização

É possível e intuitivo que alguns argumentem que a concessão de uma margem de conformação ao legislador para decidir qual é a melhor solução em casos complexos seria fazer ruir a ideia de otimização, fundamental à teoria dos princípios. Isso porque o reconhecimento dessa margem de conformação poderia ser interpretado como uma atribuição ao legislador de uma liberdade para tomar qualquer decisão que lhe aprouver, o que incluiria decisões não-ótimas. Essa suposição é, porém, falsa, porque se baseia em uma concepção errônea de otimização. Uma relativização da tese da otimização só ocorreria se otimização fosse sinônimo de "uma única resposta correta". Já foi mencionado acima que essa associação é equivocada. E é mais uma vez a ideia de paridade que melhor demonstra essa não-associação. Em um contínuo de soluções possíveis para um determinado caso, é possível que muitas delas sejam equivalentes - i.e., guardem uma relação de paridade - ainda

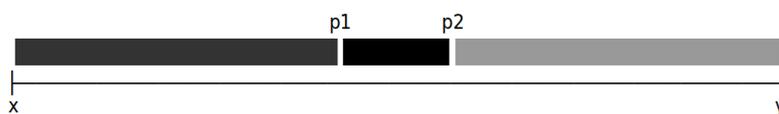
---

acima.

<sup>52</sup> Em sentido semelhante, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1176-1177; cf. também Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable", p. 299-300.

que não sejam iguais. Dentro dessa zona de paridade, toda solução satisfaz o mandamento de otimização.

Na representação gráfica abaixo,<sup>53</sup> temos, entre  $x$  e  $y$ , as decisões possíveis para um problema qualquer, envolvendo direitos fundamentais.



↑ 935 | 936 ↓

Após a análise dos direitos envolvidos e da proporcionalidade das medidas possíveis, pode-se chegar à conclusão que uma série de medidas sejam equivalentes - aquelas localizadas entre os pontos  $p1$  e  $p2$ . Pode-se dizer, por isso, que a ideia de otimização indica uma zona e não apenas um ponto. Em outras palavras, a ideia de otimização pode indicar respostas corretas e não necessariamente uma única resposta. Desde que a solução se encontre dentro da zona de paridade, o legislador tem liberdade para escolher a que lhe parecer mais conveniente às suas políticas.<sup>54</sup>

## 10. Conclusão

Até pela limitação de espaço, não seria possível abordar aqui todos os detalhes da discussão. A intenção deste trabalho não era essa. O objetivo era delinear as linhas mestras de um problema mais amplo, desenvolvido, por isso, com mais detalhes trabalhos mais amplos.<sup>55</sup> Muitas vezes este breve artigo teve que pressupor um conhecimento prévio - às vezes profundo - de detalhes da teoria dos princípios. Por isso, é natural que aqueles que procuravam aqui uma solução concreta e definitiva para o problema da distinção entre a competência decisória do legislador e a competência de controle do poder judiciário terminem essa leitura com uma ponta de frustração. Se essa frustração for decorrência apenas da necessária simplificação dos argumentos devido à limitação de espaço, esse foi um

<sup>53</sup> Reproduzida de Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 205.

<sup>54</sup> Cf., nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 204-205.

<sup>55</sup> Cf., por exemplo, os seguintes trabalhos, já citados acima: Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003 e Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* 31: 2 (2011): 273 -301.

risco que tive que assumir. Mas é possível que essa frustração seja uma decorrência de um problema insanável, que reside justamente no fato de se buscar uma clara linha que separe essas duas competências mencionadas. Se essa for a causa, é preciso que se diga: essa busca é, aqui e em qualquer lugar, fadada ao fracasso, pois essa clara linha não existe.<sup>56</sup> Não é tarefa da análise dogmática aqui levada a cabo fornecer uma resposta única a um problema crucial como o

↑ 936|937 ↓

descrito. Rejeitando o que já chamei de otimismo metodológico,<sup>57</sup> sua tarefa precípua era o desenvolvimento de um modelo de análise apto a guiar a argumentação em um determinado sentido.<sup>58</sup> Dessa forma, é possível finalizar esse artigo repetindo uma afirmação das conclusões de trabalho anterior. Ao procurar rebater as críticas funcionais à teoria dos princípios por meio de um modelo dogmático diferenciado acerca das competências do legislador, afirmo:

Esse modelo não pretende ser, de forma alguma, um modelo fechado, que possa fornecer uma resposta pronta para toda e qualquer colisão imaginável entre direitos fundamentais e competências. Essa seria uma expectativa inalcançável. [... Esse modelo] pretende simplesmente oferecer ferramentas, com cuja ajuda seja possível compreender, da forma mais racional possível, a tensa relação entre competência decisória e competência de controle, bem como a relação entre democracia e direitos fundamentais.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Cf., em sentido semelhante, Henry J. Abraham, *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, 6ª ed., New York: Oxford University Press, 1993, p. 316.

<sup>57</sup> Cf. Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 143.

<sup>58</sup> Sua tarefa assemelha-se, de uma certa forma, ao conceito kantiano de idéia regulativa. Cf. Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, vol. 2, 3ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 565 [A 644 / B 672].

<sup>59</sup> Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 208.