

INCERTEZAS COGNITIVAS E EQUIVALÊNCIA ENTRE PESOS NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Eduardo de Figueiredo Andrade Paz⁴⁷

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, seus principais conceitos e ideias, especialmente no que se refere à colisão entre princípios enquanto mandamentos de otimização, assim como o método de solução desse tipo de antinomia. Para tanto, serão abordados a lei de colisão e o princípio da proporcionalidade, com suas três máximas parcelares: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O foco do trabalho é a discussão sobre o impasse no sopesamento entre princípios colidentes com pesos concretos equivalentes ou quando se está diante de incertezas cognitivas de tipo normativo ou empírico. Ademais, serão apresentadas as noções de colisão entre princípios e impasse.

Palavras-chave: Princípios. Colisão. Proporcionalidade. Sopesamento. Impasses.

⁴⁷ Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, graduado em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho, especialista em Direito Tributário e em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Assessor de Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

1 INTRODUÇÃO

Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, publicada no ano de 1985, promoveu um verdadeiro giro copernicano ao redefinir o conceito de “norma”, tratando esta categoria como um gênero do qual são espécies as “regras” e os “princípios”. O autor também abordou minuciosamente em seu trabalho o conflito entre regras e a colisão entre princípios.

Para a solução de colisões entre princípios de direitos fundamentais – objeto deste ensaio –, Alexy propôs um instrumento racional que denominou “lei de colisão”. Essa lei, em última análise, lança mão do postulado da proporcionalidade e de suas três máximas parcelares – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Recorrendo ao mencionado postulado, propugna o autor ser possível empreender um sopesamento entre os princípios colidentes, definindo aquele que, em dada circunstância, tenha o maior peso, devendo, portanto, prevalecer, o que chamou de “relação de precedência”.

Segundo a teoria proposta, constatada a colisão entre princípios e superados os testes da adequação e da necessidade, deve-se ponderar se a intensidade da intervenção em um dos princípios é justificada pela importância da satisfação do princípio antagônico, de modo que, em uma verificação de custo-benefício, a intensidade da promoção de um princípio seja superior à da restrição do princípio colidente.

Contudo, na vertente original de sua teoria, Alexy não deixou clara a postura a ser adotada caso os princípios colidentes tivessem, em dada circunstância, pesos equivalentes, ou quando presentes incertezas cognitivas quanto às premissas fáticas ou normativas do raciocínio jurídico.

Desse modo, o questionamento que se busca aqui examinar diz respeito aos parâmetros que devem orientar o esforço de conformação de princípios colidentes quando tiverem eles igual peso, ou quando não for possível precisá-lo com um grau mínimo de segurança.

O objetivo geral da pesquisa é identificar critérios e métodos racionais compatíveis com a teoria em comento para estabelecer uma relação de precedência entre princípios colidentes de peso concreto equivalente ou incerto.

Para tanto, importa examinar, na teoria desenvolvida pelo autor alemão, a definição e a classificação das normas jurídicas, abordar suas subcategorias, bem como tratar das principais distinções havidas entre elas.

Após, a pesquisa demonstrará em que consistem conflito e colisão, assim como os instrumentos empregados para o estabelecimento da relação de precedência entre princípios colidentes, bem assim para a resolução de conflitos entre regras contraditórias.

De posse das ideias acima expostas, demonstrar-se-á a problemática do impasse no âmbito do sopesamento entre princípios, examinando propostas para sanar este sensível problema.

Dessarte, diante das perplexidades que podem emergir da práxis jurídica, o presente estudo se mostra relevante na medida em que expõe critérios racionais para contornar impasses estruturais e epistêmicos no processo de ponderação de princípios jurídicos – especialmente os de direitos fundamentais –, de modo a orientar o legislador, conferindo maior previsibilidade e segurança ao sistema.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do estudo funda-se essencialmente em pesquisa bibliográfica, adotando-se como marco teórico a obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy, com suas principais proposições e ideias.

2 DESENVOLVIMENTO

Como bem salientou Kelsen (2009, p. 5) em sua teoria pura do direito, norma é “algo que deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”. A norma consiste, assim, em uma proposição prescritiva que implica um juízo hipotético ou categórico de dever-ser, expressando-se na forma de um dos três modais deônticos fundamentais: permissão, proibição e dever.

O ordenamento jurídico, ao fim e ao cabo, é composto por uma pluralidade de normas que, inter-relacionadas de modo mais ou menos coerente e harmônico, formam o edifício do Direito.

Não sem razão, Bobbio (2014), exclui peremptoriamente a possibilidade da existência de um ordenamento jurídico composto de uma só norma. Com efeito, a definição de ordenamento jurídico, enquanto sistema normativo, pressupõe que em sua constituição concorra uma pluralidade de normas.

Muitos são os critérios tradicionalmente utilizados pela doutrina para classificar as normas jurídicas. Esses critérios, em geral, dizem com sua generalidade, abstração, hierarquia, fundamentalidade etc.

Nesse contexto, Alexy (2011) aduz que talvez o critério mais utilizado para classificar as normas jurídicas seja o da generalidade. Nos termos propostos por esse critério, as normas são divididas em regras e princípios, de modo que, enquanto estes são dotados de um grau de generalidade mais acentuado, aquelas são relativamente mais concretas.

O autor alemão não desconhece as contribuições dos diversos modelos classificatórios delineados ao longo da evolução da ciência do direito, embora considere que, em muitos casos, haja uma verdadeira interpenetração conceitual que implica confusão entre categorias, em detrimento de um maior grau de clareza e precisão científicas.

Na linha daquilo que propõe sua teoria, as normas se podem distinguir em regras e princípios, e entre ambos existe não apenas uma diferença gradual, como prega a dogmática clássica, mas também uma diferença qualitativa. É nesse ponto que talvez se dê uma das maiores contribuições de Alexy para a teoria do direito.

Conforme expandido linhas acima, preleciona a doutrina clássica, em lição que comporta algumas variações, que se diz princípio o:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (LOPES, 1999, p. 55).

Norberto Bobbio (2014, p. 148), em sua teoria do ordenamento jurídico, abraçando os critérios da fundamentalidade e da generalidade, chega a afirmar que princípios jurídicos “são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema”.

Abandonando esses critérios, Alexy (2011) passa à compreensão de que princípios são mandamentos de otimização: normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim é que os princípios permitem vários graus de satisfação, a depender das circunstâncias fáticas, bem assim dos limites jurídicos impostos por outras normas.

As regras, lado outro, são mandamentos definitivos (se não houve o estabelecimento de alguma exceção), normas que determinam que algo seja realizado na exata medida de suas prescrições, é dizer, ou são satisfeitas, ou não. Se uma regra é válida, deve ser obedecida nos precisos limites daquilo que determina.

Para Alexy:

[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2011, p. 91).

Nisso reside a diferença qualitativa entre princípios e regras: o fato de os princípios, por serem mandamentos de otimização, poderem ser satisfeitos em diversos graus, ao passo que as regras, tendo natureza de mandamento de definição, apenas poderem ser satisfeitas, ou não satisfeitas.

A distinção em epígrafe, longe de gozar de importância meramente teórica, mostra-se com bastante clareza e acentuada relevância na resolução de conflitos entre regras e colisões entre princípios, o que se demonstrará a seguir.

2.1 Conflito entre regras e colisão entre princípios

O ordenamento jurídico, como frisado linhas acima, constitui-se de uma pluralidade de normas que, inter-relacionadas de modo mais ou menos coerente e harmônico, formam o edifício do Direito. Como ressaltado por Bobbio (2014), a existência de um ordenamento composto de apenas uma norma é, por motivos autorreferentes, refutada.

Nesse âmbito, não é incomum que duas ou mais normas, isoladamente consideradas, ao incidirem sobre um recorte específico da realidade, conduzam a consequências jurídicas contraditórias e inconciliáveis. A esse fenômeno se dá o nome de antinomia.

Sucedede que, frente às diferenças estruturais entre princípios e regras, não se cogita solucionar da mesma forma antinomias havidas entre estas espécies normativas.

Nesse diapasão, confira-se a seguinte observação feita por Robert Alexy:

Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre as regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito (ALEXY, 2011, p. 92).

O conflito entre regras se resolve na dimensão da validade. É dizer, duas regras igualmente válidas e contraditórias não podem, em um dado contexto, reger uma mesma situação concreta.

As regras, na difundida lição de Ronald Dworkin (2007, p. 39), “são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos de uma regra estipulada, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão”.

E prossegue o autor, afirmando que, “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo a considerações que estão além das próprias regras” (DWORKIN, 2007, p. 43).

Um conflito entre regras apenas se pode solucionar inserindo uma cláusula de exceção em uma delas. Caso contrário, uma das regras deve ter declarada sua invalidade. Observe-se que, em Alexy (2011), “invalidade” equivale ao que a dogmática jurídica brasileira denomina “ineficácia”, é dizer, a regra deve ser afastada, não incidir.

A questão referente a qual regra deve ser declarada inválida (visto que apenas uma pode incidir) fica a cargo dos tradicionais métodos de resolução de conflitos aparentes entre normas, a saber, hierarquia, cronologia e especialidade – sem prejuízo de outros fornecidos por um específico ordenamento.

Já os princípios, por se estruturarem como mandamentos de otimização, comportando variados graus de satisfação, devem ter solucionadas eventuais colisões de maneira inteiramente diversa. Dois princípios colidem quando, segundo um deles, um comportamento é proibido e, de acordo com o outro, permitido (ou devido).

Quando dois princípios colidem, não se deve introduzir em qualquer deles uma cláusula de exceção, muito menos declarar sua invalidade. Um deles deve ceder, ou seja, entre os princípios colidentes, em determinadas condições, deve ser estabelecida uma relação de precedência condicionada. Mudando as circunstâncias concretas, a relação de precedência também deve mudar.

Como bem observa Robert Alexy:

Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2011, p. 94).

Pois bem, é justamente através daquilo que o autor alemão denominou “lei de colisão” que é possível, lançando mão da técnica do sopesamento, estabelecer entre dois princípios antagônicos colidentes uma relação condicionada de precedência, verificando qual deles deve prevalecer.

Em suma, a lei de colisão enuncia que, em face de um princípio P_1 , as consequências jurídicas resultantes de um princípio colidente P_2 são aplicáveis sempre que presentes as condições C . Dessarte, as condições C constituem o suporte fático de uma regra R , que tem como consequências jurídicas as do princípio P_2 , prevalente. Em termos mais simples, aplicada a lei de colisão, as consequências jurídicas de P_2 devem incidir sobre a realidade sempre que nela se apresentarem as circunstâncias C , afastando, assim, P_1 .

Referindo-se à lei de colisão, Robert Alexy pontifica que:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Essa lei, que será chamada de "lei de colisão", é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores (ALEXY, 2011, p. 99).

O que foi dito até agora demonstra que a lei de colisão traz um mecanismo formal de solução de colisão entre princípios. Ela não informa, contudo, sobre como aferir, materialmente, que princípio, em dado caso, deve prevalecer. Para isso, é necessário lançar mão do sopesamento e, por conseguinte, do princípio da proporcionalidade.

2.2 O sopesamento entre princípios colidentes

Seguindo a diretriz teórica em exame, devido ao fato de os princípios se estruturarem como normas *prima facie*, podendo, a depender da realidade empírica apresentada, ceder perante razões mais contundentes, a verificação de seu peso concreto não prescinde da efetivação de um sopesamento.

Socorrendo-se do discurso crítico enquanto linguagem posta em ação, tem-se que o vocábulo “sopesamento” é expressão que nesse contexto assume o sentido de distribuição, parcimônia, equilíbrio, proporcionalidade – e é precisamente esse significado o adotado em Alexy.

Para Humberto Ávila (1999, p. 158-159), “É exatamente do modo de solução da colisão de princípios que se induz o dever de proporcionalidade. Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas”.

Nesse ponto, cumpre referir a importante observação feita por Robert Alexy:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2011, p. 116-117).

Pois bem, Ingo Sarlet (2005) pontifica que a proporcionalidade é definida como um princípio que sintetiza três máximas parciais ou subprincípios constitutivos, a saber: (a) adequação ou idoneidade técnica; (b) necessidade ou exigência da opção pelo meio menos gravoso e; (c) proporcionalidade *stricto sensu* ou análise comparativa entre os meios utilizados e os fins colimados (sopesamento propriamente dito).

É o que professa Alexy (2011), ao afirmar que a adequação e a necessidade decorrem da natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Já a proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das consequências jurídicas. Isso importa em dizer que as possibilidades fáticas de um princípio são limitadas pela adequação e pela necessidade, ao passo que as possibilidades jurídicas são limitadas pelas regras e princípios colidentes – proporcionalidade em sentido estrito.

O exemplo a seguir demonstra bem o que foi acima exposto: imagine que o Estado pretenda adotar uma medida M_1 pra satisfazer uma demanda exigida pelo princípio P_1 , mas, para isso, seja inevitável intervir negativamente em um princípio P_2 . A análise da adequação induz à verificação da aptidão da medida M_1 para promover o princípio P_1 . Se a medida M_1 não for apta, ela é proibida. Se for apta, ela é permitida. Passa-se, a seguir, à verificação de sua necessidade, ou seja, se M_1 , dentre todas medidas disponíveis, é a que provoca a intervenção menos gravosa em P_2 . Assumindo, entretanto, que todas as medidas ao alcance do Estado ofereçam um mesmo grau de intervenção em P_2 , já que mesmo uma medida adequada e necessária pode ser desproporcional, é fundamental averiguar a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito), implicando na aferição do equilíbrio entre a intensidade da intervenção em P_2 e a importância da satisfação de P_1 , de modo que esta seja justificada por aquela.

Compreendido o escopo do sopesamento e sua fundamentalidade para a solução da colisão entre princípios, a questão divisada se refere à postura a ser adotada: (i) caso os princípios colidentes tenham, em dada circunstância concreta, um peso equivalente, que não permita o teste

da proporcionalidade em sentido estrito ou; (ii) face à existência de incertezas cognitivas, isto é, de uma conjuntura em que as circunstâncias empíricas ou normativas fornecidas não permitam aferir a quantificação virtual do peso de cada princípio, seja pela ausência de conhecimento técnico ou científico, seja pela impossibilidade da previsão dos impactos da medida pretendida na própria realidade fática.

Para desvendar esses inquietantes questionamentos, mister se faz examinar as várias vertentes que envolvem o sopesamento enquanto metodologia racional de otimização de princípios.

2.3 Racionalidade e sopesamento

Já se deixou transparecer linhas acima que, na vertente original de seu trabalho, Alexy não se ocupou da questão da equivalência entre pesos, nem da ausência de conhecimentos empíricos ou deontológicos conducentes a uma quantificação mais ou menos precisa dos graus de não-satisfação ou de promoção de princípios colidentes. Para os seus críticos, essa omissão subtraiu à sua teoria boa parte de seu pretense componente racionalizante.

Jürgen Habermas (2012), inclusive, objeta que o sopesamento consistiria numa técnica por demais casuística, que seguiria uma “ordem transitiva de valores”, sofrendo pela ausência de parâmetros racionais, operando de modo arbitrário, conduzido por “ordens de precedência e padrões consuetudinários”.

Com efeito, frisa o jusfilósofo da Escola de Frankfurt que “Uma vez que não há unidades de medida inequívocas, aplicáveis aos assim chamados bens do direito, o modelo economicista de fundamentação, proposto por Alexy (1985, 143-153), não consegue levar a discussão adiante” (HABERMAS, 2012, p. 321).

Diversos são os autores, como explica Correia (2012), que teceram críticas à técnica do sopesamento, a exemplo de Friedrich Müller, Ernst Böckenförd, Matthias Jestaedt e Karl Hain, porém, infelizmente, o escopo deste trabalho não permite o exame minucioso de suas opiniões.

Atento às principais considerações formuladas por seus detratores, Alexy, em 2002, publicou um posfácio a sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, refutando as críticas mais centrais ao seu modelo.

Nesse posfácio, Alexy (2011) declara ser possível chegar a respostas racionais na operacionalização do sopesamento, embora reconheça que em alguns poucos casos isso não seja

viável. Entende, contudo, que o conjunto desses casos é suficiente para justificar o sopesamento como método.

Buscando a racionalização do procedimento construído, o autor erige uma escala de valores que atribui aos princípios colidentes. Como explicitado por Gorzoni (2019), essa escala distingue o grau de intervenção operado, conforme o caso, em leve (*l*), moderado (*m*) ou sério (*s*), devendo sempre a interferência no direito ser precedida de uma fundamentação argumentativa séria e correta do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Frise-se que o escalonamento proposto por Alexy não pretende ser uma metrificacão exauriente de importância de valores, como se os princípios jurídicos fossem uma categoria passível de ser mensurada matematicamente. O que idealiza o autor com esse modelo é apenas erigir balizas rudimentares para atribuir liames metodológicos mais seguros à técnica da ponderação.

Todavia, mesmo em face desse refinamento teórico, não descartou Alexy a chance de haver impasses, dada a possibilidade de equivalência entre bens jurídicos e de incertezas empíricas no manejo de princípios em tensão, especialmente diante de embates entre direitos fundamentais.

2.3.1 Impasse estrutural

O impasse estrutural é aquele que sucede na dimensão do dever-ser, é dizer, no nível das normas colidentes. Isto se dá porque, pressupondo a validade dos princípios em embate, assim como sua estrutura normativa, o sistema não comporta a prevalência abstrata de um sobre o outro.

A par disso, Alexy preleciona que, quanto maior for a intensidade da intervenção em um princípio, maior terá de ser a importância da satisfação do outro. Eis o teor da lição:

Como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. Essas últimas são determinadas sobretudo pelos princípios colidentes. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito - a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade - expressa o que significa otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro (ALEXY, 2011, p. 594).

Na linha defendida por Alexy (2011), significa dizer que o processo de otimização de princípios colidentes, metodologicamente, não se difere da técnica do sopesamento, sendo possível

dividir esse procedimento em três etapas fundamentais: (a) aferir a intensidade da intervenção em um dos princípios; (b) avaliar a importância da satisfação do princípio colidente e; (c) avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a intensidade da intervenção no princípio antagônico.

Trata-se aqui, declara o autor (ALEXY, 2011), da incidência da lei da taxa marginal decrescente de substituição, que professa que, na medida em que um dado bem tem seu âmbito reduzido, deve haver um aumento progressivamente maior do outro, compensando-se, assim, a diminuição adicional, e vice-versa.

A metódica do sopesamento, nos termos epigrafados, mesmo lançando mão da escala paramétrica proposta e recorrendo às três etapas do procedimento de otimização, não impede que sobrevenham impasses estruturais, ou seja, impasses que decorrem daquilo que é válido em virtude da estrutura normativa dos direitos em tensão, visto que é comum a equivalência entre os valores concretos dos princípios que os expressam.

Nesse diapasão, seguindo essa linha de pensamento, Paula Gorzoni alerta que:

Tal equivalência leva à discricionariedade estrutural. Isso porque, nesses casos, é permitido ao legislador tanto agir como não agir. Aquilo que as normas de uma constituição facultam é abarcado pela discricionariedade do legislador (p. 584). Ela é estrutural, pois decorre daquilo que é válido em virtude dos direitos fundamentais (GORZONI, 2019, p. 277).

É dizer, diante da equivalência entre os pesos concretos dos princípios colidentes, existindo um impasse estrutural no processo de otimização, exsurge para o legislador uma discricionariedade para agir, também de natureza estrutural.

Manifestando-se a respeito, pontifica Alexy:

Nesse caso de impasse (*l/l*) ao legislador é permitido não agir. Mas, ao mesmo tempo, diante dessa constelação, é a ele também permitido agir, e isso significa, em face da mencionada definição de discricionariedade como faculdade, que a ele é conferida uma discricionariedade. Visto que essa discricionariedade decorre daquilo que é válido em virtude dos direitos fundamentais, trata-se de uma discricionariedade estrutural (ALEXY, 2011, p. 607-608).

Consoante o magistério do autor, uma intervenção não é desproporcional não apenas quando a importância das razões para que ela ocorra for maior, mas também quando há uma equivalência. Em outras palavras, “A desproporcionalidade em sentido estrito surge apenas quando

a importância concreta [da satisfação] fica abaixo da intensidade da intervenção” (ALEXY, 2011, 607-608).

Em síntese, havendo equivalência entre o princípio restringido e o princípio promovido, a intervenção é proporcional quando as razões para que ocorra são iguais ou superiores às razões para que não ocorra. Diante disso, ao legislador, tanto é permitido agir, quanto não agir.

Nessa senda, se as razões para a intervenção em um princípio são tão fortes quanto as razões para a não intervenção, a intervenção não é desproporcional. Visto por outro ângulo, se as razões para a proteção de um bem jurídico têm a mesma força que as razões para sua não-proteção, a não-proteção não pode ser considerada desproporcional.

O motivo disso é que a própria Constituição confere ao legislador uma competência decisória para, dentro de balizas predeterminadas, promover a configuração da realidade normada. O exercício desta competência não prescinde de certa dose de discricionariedade, isto é, de um espaço em que o legislador possa transitar e realizar, de acordo com um juízo racional de conveniência e oportunidade, escolhas políticas razoáveis e fundamentadas, desde que não incorra em inconstitucionalidades, nem vulnere o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2.3.2 Impasse epistêmico

Para além dos impasses que podem surgir em razão da estrutura normativa dos direitos, existem aqueles que decorrem de incertezas cognitivas, ou seja, de limitações do conhecimento que não permitem que se decida em favor de um princípio ou de outro. Portanto, quando se fala em impasse epistêmico, está-se referindo a incertezas cognitivas empíricas ou incertezas cognitivas normativas.

Uma incerteza cognitiva empírica leva a uma discricionariedade epistêmica do tipo empírica, e uma incerteza cognitiva normativa leva a uma discricionariedade epistêmica do tipo normativa. Em síntese, a incerteza do tipo cognitiva implica na ausência de conhecimentos fundados acerca de fatos relevantes ou da melhor quantificação dos direitos em jogo.

De qualquer maneira, Alexy pontua que “o problema da discricionariedade epistêmica ou cognitiva deve ser solucionado por meio de sopesamentos entre princípios formais e princípios materiais” (ALEXY, 2011, p. 611). O princípio formal a que alude o jurista se trata do “princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente eleito” (ALEXY, 2011, p. 615).

Diz-se formal este princípio pois não afirma ele nenhum conteúdo, mas apenas quem tem competência para definir conteúdos. Ele exige que as decisões importantes para a sociedade sejam tomadas pelo legislador democraticamente eleito.

Trata-se aqui de uma verdadeira tensão entre princípios materiais de direitos fundamentais e o princípio democrático, possibilitando ao legislador tomar decisões quando impossível um prognóstico mais preciso sobre as circunstâncias relevantes. Surge, portanto, uma discricionariedade epistêmica para sopesar.

Em se tratando de incertezas fáticas, pontua Gorzoni (2019) que deve ser conferida ao legislador uma discricionariedade que envolve a cognição de fatos relevantes, é dizer, uma discricionariedade epistêmica empírica. Nessa circunstância, é permitida a inclusão nas premissas adotadas pelo legislador de suposições empíricas para fundamentar suas decisões. Incertezas em relação à melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo, lado outro, atribuem ao legislador uma discricionariedade epistêmica normativa, cabendo a ele tomar decisões com fundamento em suas próprias valorações.

Nessa esteira, Alexy, referindo-se a importância material das razões que fundamentam a intervenção:

Enquanto princípios, eles [os direitos fundamentais] exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção. Isso conduz a uma segunda lei do sopesamento, com o seguinte conteúdo: Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia (ALEXY, 2011, p. 617).

Em outros termos, quanto maior for a intervenção em um dado princípio, maior deverá ser a certeza das premissas em que se fundamenta a intervenção. É o que Alexy (2011) denominou de lei epistêmica do sopesamento.

Em qualquer caso, o recurso à discricionariedade epistêmica não pode conduzir a abusos por parte do legislador, que deve estar sempre atento à constitucionalidade de suas decisões que, além de razoáveis, devem evitar atingir ou vulnerar o núcleo essencial dos princípios de direito fundamental.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com suas formulações, Robert Alexy trouxe uma nova perspectiva à teoria dos princípios. O autor, com efeito, distingue as normas jurídicas em regras e princípios, estatuidando que entre eles há uma diferença qualitativa e outra gradual.

Enquanto a diferença gradual se refere a uma distinção ligada à ideia de abstração, a qualitativa leva em conta a própria estrutura da norma. Para ele, enquanto as regras apenas podem ser satisfeitas ou não satisfeitas, os princípios comportam variados níveis de satisfação.

Na visão do autor alemão, essa característica intrínseca à estrutura dos princípios demonstra serem eles mandamentos de otimização, que estatuem que algo se deva realizar na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Face a isso, ante a colisão entre princípios, não é possível a inserção de uma cláusula de exceção em um deles, muito menos a declaração de sua invalidade. É mister a realização de um sopesamento, que, em última análise, lança mão da proporcionalidade em sentido estrito enquanto mecanismo de otimização.

Assim, a otimização envolve um juízo de equilíbrio, de modo que a intensidade da intervenção em um dos princípios justifique a importância da satisfação do princípio colidente. Desta forma, é possível estabelecer uma relação de precedência concreta entre princípios colidentes. Mudadas as circunstâncias concretas, muda-se a relação de precedência.

Sucedendo que Alexy não deixou claro, na formulação original de sua teoria, como deveria agir o intérprete diante da equivalência entre os pesos dos princípios, nem perante a ausência de conhecimentos empíricos ou normativos conducentes a uma decisão segura sobre o princípio que deva, em certo caso, ter precedência sobre o outro.

Tendo sido alvo de muitas críticas, o autor logrou complementar sua tese, trazendo aquilo que denominou de discricionariedade estrutural e discricionariedade epistêmica: componentes racionais a serem inseridos no processo de ponderação a fim de dar cabo da problemática do impasse.

De fato, após se tentar realizar o sopesamento entre princípios colidentes, em havendo uma equivalência entre seus pesos concretos, apenas surge uma desproporcionalidade na medida em que a importância da satisfação de um dos princípios fique abaixo da intensidade da intervenção no princípio antagônico. Caso haja uma equivalência, pode o legislador agir, como pode não agir, o que configura uma verdadeira discricionariedade, enquanto faculdade para tomar a melhor decisão de acordo com suas próprias avaliações.

Caso haja, de outra banda, incertezas cognitivas empíricas ou normativas, ou seja, ausência, nas premissas indispensáveis ao sopesamento, de conhecimentos técnicos ou científicos ou, ainda, desconhecimento quanto à melhor graduação dos pesos concretos dos princípios concorrentes, o princípio da competência decisória do legislador democraticamente eleito – um princípio formal – autoriza o legislador a agir, bem assim a não agir, lançando mão de sua discricionariedade epistêmica.

Aponta Alexy que a discricionariedade epistêmica traz para o legislador, contudo, um ônus argumentativo forte: quanto maior o grau da certeza das premissas, maior pode ser a intervenção; quanto menor o grau de certeza, menor deve ser a intervenção.

De qualquer modo, havendo ou não a intervenção do legislador, é sempre importante pontuar que, em qualquer caso, deve ele adotar um juízo racional de conveniência e oportunidade da medida, respeitando os liames formais e materiais estabelecidos pela constituição sem, jamais, violar, com suas escolhas, o conteúdo das normas constitucionais positivadoras de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 215, p. 151-179, 1 jan. 1999. Fundação Getúlio Vargas.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: EDIPIRO, 2014.

DORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 85, p. 273-279, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 mai. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a faticidade e a validade**, volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, [s.l.], v. 10, n. 1, p.69-105, 1 jan. 2012. Oxford

University Press (OUP). Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/10/1/69/689866>. Acesso em: 14 mai. 2019.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Ed. RT, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, [s.l.], v. 81, p. 325-386, 1 jan. 2005. HeinOnline. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/boltdiuc81&i=335>.

COGNITIVE UNCERTAINTIES AND EQUIVALENCE BETWEEN WEIGHTS IN ROBERT ALEXY'S THEORY OF PRINCIPLES

ABSTRACT

This article aims to analyze Robert Alexy's theory of fundamental rights, its main concepts and ideas, especially with regard to the collision between principles as optimization requirements, as well as the method of solving this type of antinomy. Therefore, the collision law and the principle of proportionality will be addressed, with its three partial maximums: suitability, necessity and proportionality in the narrower sense. The focus of the work is the discussion about the impasse in the weighing between conflicting principles with equivalent concrete weights or when facing cognitive uncertainties of a normative or empirical type. Furthermore, the notions of collision between principles and impasse will be presented.

Keywords: Principles. Collision. Proportionality. Weighing. Impasse.