

## **1. Introdução**

A teoria dos princípios de Robert Alexy tem sido objeto de não poucas controvérsias. Um dos pontos mais discutidos é o que diz com a natureza e o papel dos principais formais na ponderação de princípios, notadamente em relação aos princípios materiais. A respeito desse tema, dois pontos podem ser destacados como centrais. O primeiro é o que trata da relação entre os princípios formais e a insegurança epistêmica. O segundo chama atenção para a ponderação entre os princípios formais e os princípios materiais, especialmente quanto aos efeitos que a presença de princípios formais produz sobre os princípios materiais na ponderação de princípios em uma determinada situação concreta.

Um argumento apresentado para o enfrentamento dessas questões diz que os princípios formais, que exigem respeito ao decidido pela autoridade competente, como é o caso do decidido pelo legislador competente democraticamente legitimado, são um tipo de razões de segunda ordem. Assim entendidos, os princípios formais cumprem um papel decisivo no que diz com os problemas da insegurança epistêmica na ponderação de princípios. E, por serem tomados como razões de segunda ordem, eles não afetam o peso dos princípios materiais, mas apenas as avaliações subjetivas da ponderação de razões.

A presente investigação tem o propósito de examinar esse argumento com o fim de verificar se essas formulações são adequadas a responder suficientemente às objeções levantadas à teoria dos princípios quanto aos princípios formais e a sua ponderação com os princípios materiais.

A fim de que esse objetivo possa ser cumprido, esta discussão examinará, primeiro, as formulações da teoria dos princípios formais e, segundo, os problemas que lhe são apresentados. Em seguida, o próximo passo será dado no sentido de analisar a tese dos princípios formais como razões de segunda ordem. Por último, o movimento será no sentido de verificar o papel dos princípios formais na determinação da intensidade de controle jurisdicional sobre as decisões do legislador competente democraticamente legitimado.

A investigação foi desenvolvida com base em pesquisa bibliográfica.

## **2. Os princípios formais e os modelos de ponderação**

A teoria dos princípios diz que os princípios são mandamentos a serem otimizados em graus, tanto quanto possível, conforme as possibilidades fáticas e as possibilidades jurídicas. Assim, os princípios são exigências cujo grau de otimização é determinado exatamente por outros princípios, notadamente, os princípios em sentido contrário. Por isso mesmo, a forma de aplicação dos princípios é a ponderação (ALEXY, 2014, p. 512).

A teoria dos princípios formais diz que os princípios formais são igualmente mandamentos a serem otimizados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Então, igualmente os princípios formais podem ser ponderados em face de outros princípios, notadamente princípios materiais. Segundo deixa saber Alexy, a diferença entre os princípios formais e os princípios materiais, ambos, mandamentos a serem otimizados, está exatamente no “objeto da otimização”. O objeto de otimização dos princípios materiais como o direito fundamental à saúde, o direito fundamental à liberdade de expressão ou o direito fundamental à liberdade religiosa são, respectivamente, a saúde, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. O objeto de otimização dos principais formais não tem relação com tais valores ou conteúdos, mas com a autoridade das normas jurídicas corretamente dadas e socialmente eficazes, referindo-se, portanto, a dimensão fática do direito (2014, p. 516).

O princípio da democracia requer que as decisões do legislador competente democraticamente legitimado sejam obedecidas no máximo grau possível e entendidas tão importantes quanto possível. Por isso mesmo, por exemplo, o princípio da democracia exige que seja otimizado não apenas o respeito ao decidido pelo legislador competente democraticamente escolhido como também os objetivos estabelecidos pela autoridade. Ao lado do princípio formal da democracia, podem igualmente ser colocados os princípios formais da divisão dos poderes e da segurança jurídica. Em essência, o objeto de otimização dos princípios formais consiste na deferência ao decidido pela autoridade juridicamente competente no marco institucional de um determinado sistema jurídico.

Nesse sentido amplo, os princípios formais são mandamentos de otimização que conferem competência para a tomada de decisões vinculantes sobre situações jurídicas, referindo-se, portanto, a uma competência normativa. Por isso mesmo, os princípios formais se prestem igualmente para explicar o caráter autoritativo do direito, no sentido da identificação de seus elementos fáticos, reais ou procedimentais (SIECKMANN, 2014, p. 124-125).

A formulação de que os princípios formais são princípios a serem otimizados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas coloca o problema de se eles podem ser ponderados com os outros princípios, especialmente com os princípios materiais. Assim, por exemplo, pode ser perguntado: o princípio formal da democracia ou o princípio formal da divisão dos poderes, que diz que as decisões do legislador competente democraticamente legitimado são merecedoras de obediência e respeito, exatamente porque se cuida do decidido por autoridade competente para tanto, pode ser ponderado com o princípio da liberdade de expressão ou o princípio da proteção do meio ambiente? Sobre isso, por exemplo, Allan duvida que um princípio material possa ser ponderado com o princípio formal da democracia, notadamente

porque os princípios formais não apresentam, por si só, qualquer dimensão de peso (2012, p. 136).

A fim de que responder a essa questão, a teoria dos princípios formais oferece três modelos de ponderação. O modelo material-formal puro; o modelo material-formal misto ou combinado ou o modelo epistêmico.

O modelo material-formal puro admite a ponderação direta entre um princípio material e um princípio formal. O resultado da ponderação pode ser a precedência tanto do princípio formal como do princípio material, dependendo das circunstâncias do caso concreto considerado. Alexy toma a fórmula de Radbruch para exemplificar um caso de colisão entre o princípio formal da segurança jurídica e o princípio material da justiça. Aplicada essa fórmula, o princípio formal da segurança jurídica tem precedência sobre o princípio material da justiça em todos os casos em que não é o caso de injustiça extrema. O princípio material da justiça tem precedência sobre o princípio formal da segurança jurídica em todos os casos de injustiça extrema. A definição da relação de precedência entre os princípios em colisão depende das circunstâncias de caso concreto tomado em consideração (2014, p. 517).

O modelo material-formal misto ou modelo combinado recusa a ponderação direta entre um princípio material e um princípio formal. Ele somente admite a ponderação de princípio formal quando um princípio formal se achar combinado com um princípio material. O ponto de partida é que um princípio formal, por si só, não tem força suficiente para preceder a um princípio material. Um princípio formal somente pode pretender ter precedência sobre um princípio material se combinado com outro princípio material (ALEXY, 2014, p. 517-518). Nesse modelo, então, o papel do princípio formal é reforçar o princípio material com o qual se acha combinado, contra o princípio material que se acha localizado no outro lado da colisão. Assim, por exemplo, o princípio formal da segurança jurídica e o da democracia reforçam o caráter das regras jurídicas em face de princípios materiais que podem ser apresentados para justificar exceções à aplicação dessas regras jurídicas mesmas. Não aplicar uma regra jurídica com base em princípio material requer que esse princípio material tenha precedência sobre a combinação do princípio formal da segurança jurídica com o princípio material que justifica a regra jurídica a ser deixada de lado.

Esses dois modelos, segundo Alexy, levam à subconstitucionalização, é dizer, negar a prioridade da constituição sobre as decisões do legislador ordinário democraticamente legitimado (2014, p. 519). Uma intervenção em um princípio material, como no direito fundamental de liberdade de expressão, não pode ser justificada senão por outro princípio material e não apenas com base em um princípio formal como o princípio da democracia. Aliás, é exatamente papel dos princípios materiais limitar o espaço de competência do legislador

democraticamente legitimado. Isso igualmente não muda se ao lado de um princípio formal estiver combinado um princípio material. Por isso mesmo, então, melhor resposta para problema do papel do papel dos princípios formais na ponderação é alcançada com o modelo epistêmico.

O modelo epistêmico tem como elemento central tomar em consideração o fator epistêmico na ponderação de princípios. Na sua base está a ponderação de segunda ordem (ALEXY, 2014, p. 520). A determinação do peso concreto de um princípio em relação a outro princípio em colisão é determinada a partir da relação entre os valores materiais e os valores epistêmicos. Como diz a fórmula peso, o peso concreto de um princípio em relação ao outro princípio é determinado pelo quociente entre, por um lado, o produto do grau de intensidade de intervenção em um princípio vezes o peso abstrato desse princípio vezes o grau de certeza das premissas empíricas e normativas sobre o que a medida em questão significa para a não realização desses princípios e, por outro lado, o produto desses mesmos valores com respeito ao outro princípio.

Os valores materiais da fórmula peso são o grau de intensidade de intervenção ou prejuízo de um princípio, o grau de satisfação ou realização de outro princípio e o peso abstrato dos princípios em colisão. Como normalmente os pesos abstratos dos princípios são iguais em uma constituição, eles não são decisivos para a determinação da relação de precedência entre princípios em um caso concreto. Então, os valores substanciais que contam decisivamente são os graus de intensidade de intervenção ou prejuízo suportado por um princípio e o grau de importância de satisfação ou realização de outro princípio. Sobre isso, a lei material da ponderação diz que quanto maior o grau de intensidade de intervenção ou prejuízo suportado por um princípio tanto maior deve ser o grau de importância ou de satisfação da realização de outro princípio (ALEXY, 2014, p. 513).

Os valores epistêmicos da fórmula peso se referem às certezas das premissas empíricas e normativas no raciocínio da ponderação (ALEXY, 2014, p. 520). A lei epistêmica da ponderação diz que tanto maior o grau de intensidade de intervenção ou prejuízo suportado por um princípio, tanto maior deve ser o grau de certeza das premissas empíricas apoiadoras dessa intervenção ou prejuízo. A lei epistêmica da ponderação tem por objeto o problema das decisões do legislador competente democraticamente legitimado, que restringem ou limitam direitos fundamentais, princípios materiais, assentadas em premissas empíricas e normativas não certas ou seguras, mas apenas plausíveis ou não evidentemente falsas. Como mandamentos de otimização, os princípios materiais dos direitos fundamentais exigem que eles somente sejam restringidos ou limitados com base em premissas empíricas certas e seguras. O problema é que esse grau de segurança e certeza, em muitas áreas do conhecimento, dificilmente pode ser

alcançado. Mantida essa exigência, o espaço de atuação do legislador competente democraticamente legitimado para dar conformação às normas constitucionais, inclusive às normas dos direitos fundamentais, seria bastante reduzido. Por outro lado, com base na incerteza, o legislador não poderia se achar liberado absolutamente para tomar as decisões que bem entendesse, inclusive para reduzir o núcleo essencial de um princípio material de direito fundamental (KLATT; MEISTER, p. 80-81). Por isso mesmo, então, a lei epistêmica da ponderação pretende alcançar um equilíbrio conciliatório a essas variáveis.

Com isso, então, o fator epistêmico desempenha papel central na determinação do peso concreto de um princípio em relação ao outro princípio em um determinado caso de colisão de princípios. Segundo Wang (2016, p. 433), o peso de um princípio material é reduzido na exata medida em que maior o grau de insegurança das premissas empíricas sobre a sua realização. O peso de um princípio material somente não é afetado pelo fator epistêmico quando houver certeza ou segurança sobre as premissas empíricas sobre o grau de intensidade de intervenção neste princípio ou do grau de importância de sua realização.

O modelo epistêmico tem uma diferença decisiva em relação aos modelos puro e combinado anteriormente descritos. Os princípios formais não aparecem diretamente na ponderação como uma das variáveis da fórmula peso. Segundo Alexy, deve-se distinguir entre ponderação de primeira ordem e ponderação de segunda ordem. Na primeira, somente princípios materiais são ponderados. Na segunda, os princípios formais são ponderados com princípios formais (2014, p. 520).

É que direitos fundamentais como princípios, como exigência de otimização, requerem não apenas otimização material, mas também epistêmica. Isso quer dizer que a otimização epistêmica de um direito fundamental requer que o grau das premissas empíricas apoiadoras de uma intervenção em um direito fundamental seja tanto alto quanto possível. E isso vale tanto para os direitos fundamentais como também para outros princípios materiais (WANG, 2016, p. 434).

Mas igualmente os princípios formais são exigências de otimização. Assim, por exemplo, o princípio da democracia requer que ao legislador seja permitido adotar medidas sob algumas condições de incerteza. Segundo Alexy, o legislador infraconstitucional pode adotar medidas que interfiram nos direitos fundamentais ainda sob a base de premissas inseguras ou não totalmente certas (2002, p. 416). Esse é o espaço de discricionariedade epistêmico empírico, que permite intervenção nos direitos fundamentais com base em premissas fácticas incertas, sustentáveis ou plausíveis. Como diz Alexy, o Tribunal Constitucional Federal alemão, na decisão sobre a constitucionalidade da proibição de produtos derivados de *cannabis*, não constatou a veracidade das premissas empíricas apoiadoras

pressupostas pelo legislador para fundamentar a proibição. Uma certeza haveria se fundados conhecimentos científicos mostrassem que a proibição é adequada e necessária para reduzir os riscos relacionados à droga. Como essa certeza não foi constatada, o Tribunal Constitucional Federal alemão incluiu no espaço de discricionariedade empírico as suposições que justificaram a proibição dada autoritativamente pelo legislador (ALEXY, 2002, p. 414-415)<sup>1</sup>. A ignorância fática sobre a idoneidade da medida escolhida para realização da finalidade e, também, sobre a necessidade da medida configura o espaço de discricionariedade epistêmico empírico do legislador. Assim, insere-se no espaço de discricionariedade epistêmico empírico do legislador a liberdade para escolher medidas que muito provavelmente contribuam para a realização da finalidade e medidas que parecem implicar menor intervenção nos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. A exigência de certeza inviabilizaria a atuação do legislador, comprometendo os princípios formais da divisão dos poderes e da democracia, que “exigem um espaço de conhecimento empírico” (ALEXY, 2007 p. 90).

Esse espaço de discricionariedade epistêmico empírico, contudo, não é um espaço é ilimitado.

O legislador não pode estar livremente autorizado, a partir de prognoses apenas incertas, a intervir intensamente nos direitos fundamentais. Isso implicaria uma prevalência absoluta e incondicionada do princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado em relação ao princípio material dos direitos fundamentais (ALEXY, 2002, p. 418). Os limites são dados pela lei epistêmica da ponderação, acima citada, e que diz que quando maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção. Assim, quando é o caso de uma intensidade de intervenção alta, igualmente alta deve ser a certeza das premissas empíricas utilizadas na sua justificação. Se tanto o grau da intensidade da intervenção como o grau da importância são altos, o grau de certeza das premissas empíricas não pode ser apenas médio e tampouco apenas baixo. Premissas empíricas apenas plausíveis não podem sustentar a justificação de uma severa intervenção em um direito fundamental ou bem coletivo constitucionalmente protegido. Muito menos, premissas empíricas que são apenas não evidentemente falsas. Ninguém pode ser privado de liberdade sem que essa intervenção de grau alto seja justificada por premissas empíricas certas. A mera plausibilidade ou simples não evidência de falsidade de que o paciente corre risco de vida não pode justificar a medida estatal coercitiva de transfusão de sangue em pessoa que se nega a fazê-lo por motivos religiosos. Cuida-se de uma intervenção severa à intimidade e à liberdade religiosa que não pode ser justificada por premissas empíricas apenas plausíveis e não evidentemente falsas. Contudo,

---

<sup>1</sup> Sobre a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, ver BVerfGE 90, 145.

quando se cuida de uma medida considerada de intervenção apenas média ou baixa, premissas empíricas apenas plausíveis podem justificar a intervenção nos direitos fundamentais ou bens coletivos (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 307).

Por isso mesmo, então, a ponderação de segunda ordem, entre os princípios materiais e os princípios formais é inevitável, como deixa saber um caso de colisão entre o direito fundamental de liberdade de profissão e o princípio formal da competência do legislador democraticamente legitimado para limitar esse mesmo direito fundamental.

Como resultado, o estabelecimento da relação de precedência condicionada entre um princípio formal e um princípio material, como um direito fundamental, na ponderação de segunda ordem vai depender também dos valores epistêmicos, é dizer do grau de certeza das premissas empíricas. Se o grau de certeza das premissas empíricas é alto, caso em que o valor epistêmico é *certo*, o papel do princípio formal na ponderação de segundo grau é zero, pois ele em nada afeta o peso do princípio material. Se, por outro lado, o grau de certeza das premissas empíricas é médio, caso de valor epistêmico *plausível*, ou baixo, caso em que o valor epistêmico é *não evidentemente falso*, o peso do princípio material na ponderação de primeira ordem é diminuído (ALEXY, 2014, p. 521-522). Então, no primeiro caso, a ponderação de segunda ordem em nada altera o peso do princípio material na ponderação de primeira ordem. Nos dois últimos casos, quando o valor epistêmico é plausível ou apenas não evidentemente falso, a ponderação de segunda ordem altera o peso do princípio material na ponderação de primeira ordem. Nesses casos, a ponderação de segunda ordem reduz o impacto do princípio material em questão na ponderação de primeira ordem.

### **3. Os princípios formais como razões de segunda ordem**

A teoria dos princípios formais pretende dar conta do espaço de discricionariedade epistêmico do legislador democraticamente legitimado para tomar decisões com base em premissas empíricas não sempre seguras ou certas. As premissas empíricas apoiadoras de uma decisão do legislador democraticamente legitimado podem ser colocadas em uma escala deste tipo, podendo, então, ser *certas* ou *seguras*, apenas *plausíveis* ou, muito menos do que isso, apenas *não evidentemente falsas*. A fim de tratar disso, Alexy propõe uma conexão entre os princípios formais e a insegurança das premissas empíricas, incorporando variáveis epistêmicas na fórmula peso da ponderação de princípios. Com isso, fica permitida a inclusão de princípios formais na ponderação (2014, p. 522-524).

O problema é que a fórmula peso nada diz sobre *quem* tem competência para decidir nos casos de insegurança das premissas empíricas. Como observa Wang, a fórmula peso é neutra em relação à divisão de competência para a tomada de decisões, mostrando-se

compatível com deferência de competência a qualquer autoridade (2016, p. 435). Se for assim, a presença de valores epistêmicos na fórmula peso não garante que os princípios formais se acham representados na ponderação. Não há conexão necessária entre o fator epistêmico e os princípios formais.

Outro problema diz respeito ao efeito do princípio formal sobre o peso do princípio material na ponderação de segunda ordem. No modelo epistêmico, o princípio formal funciona para enfraquecer o peso do princípio material. No modelo combinado, o princípio formal atua para fortalecer o peso do princípio material. Nesse caso, fica mais difícil que o resultado da ponderação seja o estabelecimento de uma relação de precedência desfavorável ao princípio material apoiado pelo princípio formal. A crítica de Wang é que essa contradição não é resolvida pela teoria dos princípios formais de Alexy (2016, p. 437). Em escritos mais recentes, Alexy sugere abandonar o modelo combinado em favor do modelo epistêmico (2014, p. 518-519), mas o problema permanece porque não são dadas as razões sobre como os princípios formais afetam a determinação do peso dos princípios materiais. Igualmente, ainda se mostra aberta a discussão sobre a relação entre os princípios formais e o espaço de discricionariedade epistêmico.

Um argumento que pode ser apresentado para superar esses problemas é o que de os princípios formais são razões de segunda ordem.

A fim de que essa formulação seja justificada, dois pontos devem ser inicialmente destacados. O primeiro diz que os princípios são razões normativas passíveis de ponderação. O segundo é a distinção entre razões de primeira ordem e razões de segunda ordem.

Os princípios devem ser tomados como razões normativas. Os princípios materiais são razões normativas que dizem que agir ou não agir de determinado modo leva a determinadas consequências consideradas desejadas ou valiosas. A decisão sobre o que deve ser feito ou não deve ser feito depende do resultado da ponderação de razões (WANG, 2016, p. 438-439). Contudo, a ponderação de razões para a determinação do que deve ser feito ou não depende do que é conhecido sobre os fatos que são relevantes para a tomada de decisão. Quando todas as informações verdadeiras são conhecidas, fala-se em ponderação objetiva de razões. Mas nem sempre todos os fatos podem ser conhecidos e mesmo assim decisões devem ser tomadas. Nesses casos, então, a determinação do que deve ou não ser feito somente pode ser estabelecida com base nas informações que são conhecidas, ainda que incompletas ou mesmo erradas. Esse é o caso em que decisões práticas são tomadas com base em premissas empíricas inseguras. Sob essas condições de insegurança epistêmica, fala-se em ponderação subjetiva de razões (PERRY, 1989, p. 922). Segundo Perry, sob as condições de insegurança e incerteza empíricas fatos relevantes para a determinação do que deve ser feito ou não deve ser feito, a tomada de



decisão depende dos fatos e da extensão da insegurança e incerteza sobre a verdade das premissas empíricas. Então, nesses casos, a tomada de decisão é resultado da avaliação subjetiva dos fatos conhecidos no momento, o que significa reconhecer que ela possa ser fundada em informações incompletas ou apenas parcialmente precisas (1989, p. 924-925)

A decisão sobre o que deve ser feito em uma questão prática particular depende da ponderação de razões. Segundo Raz, razões a favor ou contra um determinado curso de ação são razões de primeira ordem. Assim, decisões, regras e princípios materiais são razões de primeira ordem. São razões para alguém agir conforme o que foi decidido ou conforme o que determinam as regras e os princípios. Além dessas razões, há as razões de segunda ordem, que são razões para agir com base em uma razão ou para não agir com base em uma razão. Fala-se em razão de segunda ordem positiva e razão de segunda ordem negativa ou razão excludente (RAZ, 2010, p. 31-32).

O que deve ser examinado é se os princípios formais podem ser considerados como razões de segunda ordem. Segundo Wang, os princípios formais exigem respeito ao decidido pelo legislador competente democraticamente legitimado, independentemente do que requer a ponderação de razões. No caso de insegurança epistêmica, aquele a quem incumbe tomar uma decisão prática deve seguir o dado pelo legislador competente democraticamente legitimado e não o que indicar a sua própria ponderação de razões. Assim, um princípio formal pode ser considerado com um tipo especial de razão de segunda ordem, pois se trata de uma razão para agir conforme o dado pela autoridade e uma razão para não agir conforme uma ponderação de razões que um agente poderia fazer individualmente em uma determinada situação concreta (2016, p. 442).

Com isso, fica assentado porque deve ser respeitado o dado pela autoridade competente do legislador democraticamente legitimado nos casos de insegurança epistêmica. É que confiar nas razões de segunda ordem é a estratégia mais racional para cuidar das inseguranças epistêmicas na ponderação de razões. Isso pressupõe confiar mais no dado pela autoridade do legislador democraticamente legitimado do que na ponderação que um agente pode fazer individualmente em um determinado caso. É reconhecer que a autoridade competente merece maior confiabilidade porque é mais sábia e detentora de maior expertise, além de possuir maior capacidade e qualificação para coordenação de interesses antagônicos. Igualmente, a organização e o procedimento de tomada de decisão da autoridade fazem-na menos suscetível de se deixar influenciar por fatores emocionais e preconceitos (RAZ, 2001, p. 75).

Então, os princípios formais, como razões de segunda ordem, fornecem uma justificação independentemente de conteúdo para se seguir o dado pela autoridade do legislador

competente democraticamente legitimado. Isso, contudo, não significa que os princípios formais não realizam quaisquer valores, como é o caso, por exemplo, da democracia e da segurança jurídica (WANG, 2016, p. 443-444). Por outro lado, os princípios materiais, como razões de primeira ordem, são justificações dependentes de conteúdo porque deixam saber que uma ação é desejável ou valiosa em um determinado sentido.

A formulação de que os princípios formais são razões de segunda ordem coloca um problema para o modelo epistêmico de ponderação de princípios. A pergunta é se os princípios formais, como razões de segunda ordem, podem ser ponderados com os princípios materiais, que são razões de primeira ordem. Razões de segunda ordem podem ser ponderadas com razões de primeira ordem?

Segundo Wang, os princípios materiais, como é o caso dos direitos fundamentais, são tanto razões de primeira ordem como razões de segunda ordem e estas, evidentemente, podem ser ponderadas com os princípios formais, que são igualmente razões de segunda ordem (2016, p. 444). Os princípios materiais são razões de segunda ordem na medida em que são não apenas comandos de otimização material, mas também epistêmico. Isso requer que a ponderação de razões deve se achar assentada em premissas empíricas seguras ao invés de em premissas inseguras, tanto quanto possível. Assim, os princípios materiais são razões para agir conforme a ponderação de razões e razões para não agir com base premissas empíricas inseguras.

Daí, então, a possibilidade de ponderação entre princípios formais e princípios materiais. Essa é a ponderação de segunda ordem, que se mostra indispensável para determinar os limites do respeito à autoridade competente do legislador democraticamente legitimado.

Então, a partir disso, a questão central é examinar qual é a contribuição dos princípios formais para o entrincheiramento das decisões do legislador competente democraticamente legitimado e quais são as condições e as circunstâncias sob quais está justificado não respeitar essas decisões. Como razões de segunda ordem em sentido positivo, os princípios formais são razões para agir conforme o dado pelo legislador competente democraticamente legitimado.

Segundo Wang, não seguir o dado pela autoridade do legislador somente pode ser justificado em dois casos. Primeiro, quando se sabe, acima de qualquer dúvida empírica, o que a ponderação objetiva de razões requer e que a razão de primeira ordem do princípio material em conflito com o dado pela autoridade é decisiva na ponderação objetiva de razões. Ora, o princípio formal é uma estratégia para cuidar da insegurança epistêmica. Na medida em que essa insegurança desaparece, o papel do princípio formal é nenhum. Nesse caso, então, o que deve ser feito é exatamente o que determinar a ponderação objetiva de razões (2016, p. 446). Segundo, quando a insegurança das premissas empíricas nas quais se acha fundada a decisão da autoridade do legislador competente democraticamente legitimado atinge tamanho grau a

partir do qual não mais se pode confiar em seu julgamento<sup>2</sup>. Nesse caso, quando o grau da qualidade epistêmica das premissas empíricas apoiadoras da intervenção em direito fundamental é muito baixo, por exemplo, menos do que *não evidentemente falso*, o princípio material que justifica essa intervenção, combinado com o dado na decisão da autoridade competente legitimamente legitimada, pode resultar facilmente superado por outro princípio material em sentido contrário, ainda mais se assentado em premissas empíricas de boa qualidade empírica. Por isso mesmo, pode-se formular que os princípios formais são razões de segunda ordem com limites epistêmicos. O dado pela autoridade do legislador competente democraticamente legitimado deve ser respeitado se observados determinados limites epistêmicos.

A determinação do limite epistêmico, grau de segurança das premissas empíricas abaixo do qual a deferência ao dado pela autoridade competente democraticamente legitimado pode ser dispensada, deve ser buscada caso a caso na ponderação de segunda ordem. Segundo Wang, pode ser formulado que quanto mais forte é a razão de segunda ordem promovida por um princípio material, maior deve ser a segurança das premissas empíricas apoiadoras da decisão dada pela autoridade do legislador contra este princípio (2016, p. 447).

Essas formulações permitem saber que os princípios formais devem ser tomados como tipo especial de razões de segunda ordem. Os princípios formais são razões para agir conforme o dado pela autoridade do legislador competente democraticamente legitimado e razões para desprezar os próprios julgamentos com base na ponderação de razões. A confiança nos princípios formais é uma estratégia racional para tratar da insegurança das premissas empíricas no raciocínio prático. Os princípios formais colocam a exigência de que devem ser aceitas as avaliações da autoridade do legislador democraticamente legitimado sobre a força dos princípios materiais nos casos da insegurança sobre as premissas empíricas. Os principais formais requerem respeito ao dado pela autoridade competente democraticamente legitimada quando não ultrapassados limites mínimos de qualidade epistêmica. Esses limites são definidos pela ponderação de segunda ordem entre os princípios formais e os princípios materiais.

#### **4. Os princípios formais e a jurisdição**

Os princípios formais como razões de segunda ordem desempenham um papel central no controle da jurisdição jurisdicional sobre as decisões do legislador competente democraticamente legitimado para conformar as normas constitucionais, incluídas as normas de direitos fundamentais. Se o legislador detém essa legitimidade, então ele pode legislar de modo a restringir direitos fundamentais. A questão que se coloca pergunta sobre qual é o espaço

---

<sup>2</sup> Sobre a insegurança das premissas como uma questão de grau, ver Perry (1989, p. 934).

de discricionariedade de que dispõe o legislador para restringir os direitos fundamentais sem que isso possa ser controlado pela jurisdição.

O argumento central é que os princípios formais, como razões de segunda ordem, podem justificar que o legislador competente democraticamente legitimado, mesmo com base em premissas empíricas inseguras, estabeleça restrições a direitos fundamentais. Contudo, isso não quer dizer que qualquer decisão do legislador possa ser justificada.

Muito embora Klatt e Schmidt neguem que os princípios formais desempenham papel na criação do espaço de discricionariedade do legislador competente democraticamente legitimado, destinando-se à verificação e comprovação exatamente do espaço de discricionariedade do legislador, (2012, p. 100), reconhecem que eles se prestam à fundamentação dos espaços de discricionariedade, declarando *como e por quem* os conteúdos materiais podem ser determinados. Igualmente, reconhecem que os princípios formais têm um papel decisivo na relação entre espaço de discricionariedade do legislador democraticamente legitimado e controle jurisdicional (KLATT; MEISTER, 2012, p. 135-136).

Sobre isso, a segunda lei da ponderação desempenha um papel central. Ela pode ser tomada para determinar a intensidade do controle jurisdicional sobre o espaço de ponderação do legislador. Assim, quanto maior a intensidade de intervenção em direito fundamental, maior deve ser a intensidade do controle jurisdicional sobre o espaço de ponderação do legislador (RIVERS, 2007, p. 187). O resultado dessa interpretação leva às seguintes regras: *a)* quanto maior é o peso de um princípio de direito fundamental, menor deve ser o espaço de discricionariedade epistêmico; *b)* quanto maior é a intensidade da intervenção em um princípio de direito fundamental, maior deve ser o procedimento de investigação sobre os premissas empíricas pressupostas para justificar a medida de intervenção em questão; *c)* quanto maior é a intensidade da intervenção em princípio de direito fundamental, maior cuidado os juízes devem ter para verificar pequenas vantagens alcançáveis ao direito fundamental sem prejuízo para a medida estatal em questão e maior deve ser a disposição dos juízes para diferenciar o grau de realização da medida estatal em questão do grau de intensidade da intervenção no direito fundamental (RIVERS, 2007, p. 187). Segundo Rivers, essa formulação da segunda lei da ponderação representa a contrapartida formal da primeira lei da ponderação material. A sua fundamentação descansa no princípio formal de que a guarda dos direitos fundamentais incumbe à jurisdição (2007, p. 187).

Com isso, os princípios formais asseguram tanto o espaço de discricionariedade epistêmico do legislador democraticamente legitimado como a intensidade do controle da jurisdição sobre a determinação do peso relativo concreto dos princípios materiais de direitos fundamentais na ponderação.

## **Considerações finais**

A presente investigação ocupou-se de tratar da teoria dos principais formais, que tem sido um dos pontos mais controvertidos da teoria dos princípios formulada por Robert Alexy. O recorte metodológico deu-se sobre dois problemas. A relação entre os princípios formais e a insegurança epistêmica e a ponderação entre princípios formais e os princípios materiais.

Os princípios formais desempenham um papel central para a determinação dos limites entre a atuação do legislador democraticamente legitimado e o controle da jurisdição constitucional sobre intervenções em princípios de direitos fundamentais. Como princípio, os princípios formais contêm exigências normativas, no sentido de que sejam respeitadas as decisões tomadas pelos órgãos institucionais competentes. O legislador competente democraticamente legitimado não pode tomar todas as decisões sobre direitos fundamentais, sem qualquer controle, simplesmente porque legitimado democraticamente para tomar decisões sobre direitos fundamentais. Isso levaria à subconstitucionalização. Por outro lado, o controle da jurisdição sobre as decisões do legislador democraticamente legitimado não pode ser sem limites, simplesmente porque é competência da jurisdição guardar os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Isso levaria à sobreconstitucionalização. Então, aos princípios formais é conferido o estabelecimento de competências para as determinações normativas, exigindo, portanto, o reconhecimento de certas competências.

A relação entre princípios formais e o espaço de discricionariedade epistêmico do legislador competente democraticamente legitimado cumpre um papel decisivo para a correta compreensão do limite entre jurisdição e legislação. Os princípios formais servem para justificar exatamente o espaço de discricionariedade epistêmico do legislador competente democraticamente legitimado. No caso de insegurança epistêmica, quando não são dadas as condições para o conhecimento seguro sobre o que é afirmado como verdadeiro, como nos casos em que as premissas empíricas apoiadoras de uma decisão ou medida adotada são apenas plausíveis ou, ainda, o que é pior, apenas não evidentemente falsas, não é conferido à jurisdição afirmar que a decisão ou medida tomada pelo legislador competente democraticamente legitimado é inconstitucional porque violadora de um direito fundamental. É que a insegurança epistêmica é criadora do espaço de discricionariedade epistêmico para o legislador competente democraticamente legitimado tomar decisões.

A ponderação entre princípios formais e materiais requer a distinção entre ponderação de primeira ordem e ponderação de segunda ordem ou, se assim se quiser, ponderação entre razões de primeira ordem e ponderação entre razões de segunda ordem. Na ponderação de primeira ordem, entram apenas princípios materiais, ainda que o peso de algum dos princípios

materiais possa sofrer alteração dependendo do resultado da ponderação de segunda ordem. Na ponderação de segunda ordem, entram princípios materiais, que são razões de primeira ordem e também razões de segunda ordem, bem como princípios formais, que são razões de segunda ordem.

Os princípios formais devem ser tomados como tipo especial de razões de segunda ordem. Eles são razões para agir conforme o dado pela autoridade do legislador competente democraticamente legitimado e razões para desprezar os próprios julgamentos com base na ponderação de razões. A confiança nos princípios formais é uma estratégia racional para tratar da insegurança das premissas empíricas no raciocínio prático. Os princípios formais colocam a exigência de que devem ser aceitas as avaliações da autoridade do legislador legitimado democraticamente sobre a força dos princípios materiais nos casos de insegurança sobre as premissas empíricas. Os principais formais requerem respeito ao dado pela autoridade competente democraticamente legitimada quando não ultrapassados limites mínimos de qualidade epistêmica. Esses limites são definidos pela ponderação de segunda ordem entre os princípios formais e os princípios materiais.

Esta investigação demonstrou que a teoria dos princípios formais tem um papel central na determinação dos limites de intensidade do controle da jurisdição sobre as decisões do legislador competente democraticamente legitimado. Os princípios formais demandam respeito às decisões do legislador tomadas no espaço de discricionariedade epistêmico. Igualmente, como razões de segunda ordem, admitem ponderação de segunda de ordem com os princípios materiais.

### **Referências bibliográficas**

ALLAN, T. R. S. Constitutional Rights and the Rule of Law. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason*. Oxford: Oxford Press, p. 132-151, 2012.

ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law* 12, 3, p. 511-524, 2014.

\_\_\_\_\_. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 333-366, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason*. Oxford: Oxford Press, 2012.

- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no direito público*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.
- PERRY, Stephen R. Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory. *Southern California Law Review*, 62, p. 913-914, 1989.
- WANG, Peng-Hsiang. Formal principles as second-order reasons. *Rechtsphilosophie und Grundrecht. Robert Alexy System*. Herausgegeben von Martin Borowski, Stanley L. Paulson und Jan-Reinard Sieckmann, Mohr Siebeck, 2016, p. 429-448, 2016.
- RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Trad. José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- \_\_\_\_\_. *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 167-188, 2007.
- SIECKMAN, Jan-R. *La teoría del derecho de Robert Alexy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.