

## Justificação e ponderação: um estudo sobre incomensurabilidade e o princípio proporcionalidade

Autor: Artur Comiran Tonon Orientador: Paulo Baptista Caruso MacDonald

### O Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade vem sendo utilizado por cortes constitucionais ao redor do mundo na fundamentação de decisões que envolvem conflitos entre direitos fundamentais ou de direitos fundamentais com um interesse público relevante. A sua utilização envolve uma visão particular de direitos e interesses públicos protegidos pela constituição. Eles podem ser vistos como *mandamentos de otimização*.

O que se deve buscar é uma maximização dos princípios, que só encontram restrição quando se chocam uns com os outros, e o Princípio da Proporcionalidade é articulado para garantir uma relação ótima entre eles nessa colisão. Para tanto, é necessário *comparar* as intensidades de interferência em cada princípio no caso de uma decisão contrária ou favorável a cada um deles, isto é, ponderá-los, ou sopesá-los.

**Essa comparação é possível? Se ela é possível, ela é apropriada?**

Incomensurabilidade como ausência de uma métrica – a impossibilidade de medir os princípios segundo uma única escala de unidades de valor – que estaria pressuposta na ponderação.



Incomensurabilidade como a falha de um certo tipo de comparação. Neste caso, a comparação dos princípios em termos de intensidades de interferência não determinaria racionalmente uma escolha justificada.

### Objetivo do Estudo

Clarificar as formulações desta objeção com base no debate mais amplo acerca dos conceitos de incomensurabilidade, incomparabilidade e a sua relação com a razão prática. Com isso, pretendo analisar se a objeção constitui um desafio ao Princípio da Proporcionalidade e, ao mesmo tempo, contribuir no debate acerca desses conceitos no Direito.

Mandamentos de otimização: exigem que algo seja realizado na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.

### A Objeção da Incomensurabilidade

A objeção gira em torno dessas questões, mas não tem uma única formulação. Ela depende do significado que os proponentes dão às noções de comensurabilidade, comparabilidade e da compreensão deles do que está em jogo na ponderação de princípios. Por exemplo:

Os primeiros têm uma noção mais restrita de incomensurabilidade, que não leva necessariamente à incomparabilidade (posso dizer que café é melhor do que chá em relação ao sabor sem com isso querer dizer que café é melhor do que chá em 3.2 unidades de sabor), já os segundos aproximam a incomensurabilidade a uma noção de comparabilidade.

#### Referências:

- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers. Oxford University Press, Nova Iorque, 2010.  
CHANG, Ruth. *Making Comparisons Count*. Routledge, Londres, 2004.  
CHANG, Ruth, ed. *Incommensurability, incomparability, and practical reason*. Harvard University Press, Londres, 1997.  
TSAKYRAKIS, Stavros. *Proportionality: An assault on human rights?*. Oxford University Press, Nova Iorque, 2009.  
URBINA, Francisco. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge University Press, Cambridge, 2017.  
WEBBER, Grégoire. *The Negotiable Constitution*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009.