



<b>Evento</b>	Salão UFRGS 2018: SIC - XXX SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UFRGS
<b>Ano</b>	2018
<b>Local</b>	Campus do Vale - UFRGS
<b>Título</b>	Justificação e ponderação: um estudo sobre incomensurabilidade e o princípio proporcionalidade
<b>Autor</b>	ARTUR COMIRAN TONON
<b>Orientador</b>	PAULO BAPTISTA CARUSO MACDONALD

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

*Pesquisador: Artur Comiran Tonon (UFRGS)*

*Orientador: Professor Doutor Paulo Baptista Caruso MacDonald (UFRGS)*

Muitos problemas surgem da tentativa de justificar a atuação dos tribunais constitucionais no seu papel de revisão judicial. Neste trabalho, analiso criticamente uma tentativa de resposta a esses problemas, a saber, o Princípio da Proporcionalidade na formulação de Robert Alexy. Mais especificamente, pergunto se é adequado comparar princípios constitucionais da maneira como o autor propõe, e o faço com uma consideração de uma objeção frequentemente feita a ele: a objeção da incomensurabilidade.

O Princípio da Proporcionalidade vem sendo utilizado na fundamentação de decisões do nosso Supremo Tribunal Federal, bem como em tribunais constitucionais de diversos países. Robert Alexy desenvolveu uma influente articulação desse Princípio. Segundo ele, conflitos entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um interesse público são conflitos entre princípios constitucionais. Esses princípios são *mandamentos de otimização*, que exigem que algo seja realizado na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. O que se deve buscar é maximização dos princípios, que só encontram restrição quando se chocam uns com os outros. A determinação da extensão dos princípios se dará através da determinação de uma relação de precedência de um princípio sobre o outro na resolução desses conflitos, e o Princípio da Proporcionalidade é articulado para garantir uma relação ótima entre eles nessa determinação. 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.

Diversos autores alegam que a ponderação de princípios envolve uma comparação de incomensuráveis - uma comparação em que não há uma medida comum pela qual se pode ajuizá-los. Perguntar-se sobre, por exemplo, quanto de satisfação do direito de privacidade é necessário para justificar uma interferência na liberdade de expressão implicaria no cometimento de um erro. Uma intuição por trás dessa objeção é a de que valores como liberdade de expressão e o direito à privacidade são diferentes em *tipo*, de modo que tratar as decisões que envolvem esses valores em termos de intensidades de interferência de cada um parece envolver uma perda na justificação. Ela se faz ainda mais evidente em conflitos entre direitos fundamentais e um interesse público qualquer, pois temos a impressão de que os direitos fundamentais, por serem fundamentais, têm uma prioridade *qualitativa* em relação aos interesses públicos.

Essa objeção 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. Enquanto alguns sugerem que a incomensurabilidade significa a ausência de uma métrica – a impossibilidade de medir os princípios segundo uma única escala de unidades de valor – que estaria pressuposta na ponderação, outros sugerem que a incomensurabilidade significa a falta de critérios para avaliar os princípios. Os primeiros têm uma noção mais restrita de incomensurabilidade, que não leva necessariamente à incomparabilidade dos (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.

Por considerar importante ter uma maior clareza conceitual, e visando contribuir para o debate acerca do princípio da proporcionalidade e da incomensurabilidade no Direito, busco clarificar as diversas formulações da objeção da incomensurabilidade. Questiono se ela constitui, na sua melhor formulação, um desafio para a doutrina da proporcionalidade proposta por Alexy.