



PROPORCIONALIDADE, COMPARABILIDADE E FÓRMULA DO PESO

PROPORTIONALITY, COMPARABILITY, AND THE WEIGHT FORMULA

Leandro Martins Zanitelli

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Resumo

Uma das objeções levantadas contra o teste da proporcionalidade é a objeção de incomensurabilidade, de acordo com a qual a ponderação requerida pela proporcionalidade é muitas vezes uma ponderação entre direitos incomensuráveis e, portanto, não suscetível a uma solução racional. Tendo como base a distinção entre incomensurabilidade e incomparabilidade, este artigo avalia a importância e as consequências da incomparabilidade de alternativas para a proporcionalidade e para a aplicação da fórmula do peso de Alexy. Como conclusão, afirma-se que a aceitação de uma teoria dos direitos pluralista não é, por si só, um empecilho a uma solução racional para as colisões de direitos humanos ou fundamentais.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Direitos Humanos ou Fundamentais. Incomparabilidade. Fórmula do Peso. Alexy. Chang

Abstract

Among the criticisms raised against the proportionality test is the incommensurability objection, according to which the test often requires balancing incommensurable rights and is for that reason not susceptible to a rational solution. Drawing on the distinction between incommensurability and incomparability, this article addresses the importance and consequences of incomparability between alternatives to the proportionality test and to the use of Alexy's weight formula. It concludes by stating that acceptance of a pluralist theory of rights does not entail giving up on a rational decision for conflicts of human or fundamental rights.

Key-words: Proportionality Test. Human or Fundamental Rights. Incomparability. Weight Formula. Alexy. Chang

1. INTRODUÇÃO

Este artigo trata de pontos ainda não explorados no debate recente sobre a objeção de incomensurabilidade contra a aplicação judicial do teste da proporcionalidade para casos envolvendo colisões de direitos humanos ou fundamentais. Segundo essa objeção, dada a incomensurabilidade dos direitos em colisão¹, a pretensão de ponderá-los racionalmente por meio do teste da proporcionalidade seria impossível de realizar. Assim ou em versões ligeiramente modificadas, a objeção de incomensurabilidade tem sido frequente objeto de exame em trabalhos dos dois lados do debate sobre a proporcionalidade (WEBBER, 2010; TSAKYRAKIS, 2009; SILVA, 2011; KLATT e MEISTER, 2012; URBINA, 2012; MÖLLER, 2012).

Tendo em vista a já extensa literatura sobre o tema, a contribuição que o presente trabalho intenta oferecer é a seguinte. Primeiro, e tomando como ponto de partida a distinção entre incomensurabilidade e incomparabilidade (CHANG, 1997, p. 1-2), pretendem-se descrever as implicações para a proporcionalidade da afirmação segundo a qual os casos de colisões de direitos põem os juízes diante de alternativas incomensuráveis mas comparáveis. A diferença entre incomparabilidade e incomensurabilidade tem sido mencionada por autores dispostos a defender a proporcionalidade contra a objeção de incomensurabilidade (KLATT e MEISTER, 2012, p. 698-699), mas sem que haja o cuidado de examinar as consequências para a proporcionalidade da incomparabilidade de alternativas e da relação de comparação peculiar designada como paridade (CHANG, 2002).² Com este artigo, pretende-se colaborar para que essa lacuna seja suprida.

A fim de avaliar a importância da incomparabilidade de alternativas para a proporcionalidade, o artigo examina as causas da incomparabilidade, valendo-se, para tanto, de trabalhos da filósofa Ruth Chang. Os trabalhos de Chang oferecem uma análise da relação entre incomparabilidade e pluralidade de valores e interessam, portanto, a teorias sobre os direitos humanos ou fundamentais que neguem a

¹ A expressão “colisão de direitos” é usada ao longo de todo o artigo, muito embora o teste da proporcionalidade possa ser aplicado a casos em que um direito colide com certo interesse. A exemplo da alegada incomensurabilidade de direitos, o fato de a proporcionalidade levar ao sopesamento de direitos e interesses e, portanto, ocasionalmente permitir interferências sobre os primeiros para a realização dos segundos também suscita críticas (TSAKYRAKIS, 2009).

² Uma exceção quanto a isso é Silva (2011, p. 299-300).

reduzibilidade desses direitos a um único valor. Encontra-se também em Chang um argumento em favor da comparabilidade de alternativas portadoras de valores distintos ou de diferentes qualidades de um mesmo valor.

Além de importante para a proporcionalidade em geral, a investigação sobre comparabilidade tem implicações para a fórmula defendida por Robert Alexy para a aplicação da proporcionalidade, a fórmula do peso. A última seção do trabalho é dedicada a uma etapa crucial da aplicação dessa fórmula, que consiste em determinar o grau de interferência a que cada um dos direitos em colisão se sujeita. A comparabilidade (ou incomparabilidade) entre situações de interferência importa para a referida etapa da aplicação da fórmula do peso porque uma das maneiras para definir se uma interferência é leve, moderada ou séria é a comparação. Por exemplo, pode-se afirmar que uma situação de restrição a um direito *A* é séria porque é mais grave que uma situação de restrição *B* (moderada), a qual, por sua vez, é mais grave do que uma situação *C* (leve).

O artigo é organizado como segue. A segunda seção se destina a apresentar a fórmula do peso como resposta de Alexy à objeção de que o teste da proporcionalidade exige decidir acerca de alternativas incomensuráveis e é, como tal, não pode ser racionalmente aplicado. A terceira seção trata de noções fundamentais a respeito de comparabilidade: a distinção entre comparabilidade e comensurabilidade, a relação entre comparabilidade, incomparabilidade e razão prática e a a distinção entre valores e portadores de valor. A quarta seção é dedicada aos argumentos de Chang sobre incomparabilidade e paridade, com particular atenção à relação entre incomparabilidade e pluralidade de valores. A quinta seção aplica as conclusões de Chang ao teste da proporcionalidade. A sexta seção volta à fórmula do peso, desta vez para examinar as implicações da comparabilidade e incomparabilidade de alternativas para a avaliação da gravidade da interferência sobre os direitos em colisão.

2. A FÓRMULA DO PESO

Como resposta a objeções de que a ponderação ou sopesamento requerido pela proporcionalidade força a confrontar direitos de valor incomensurável e, portanto, não é

racional,³ Alexy descreve uma forma de argumento que defende como apropriada às colisões de direitos, a “fórmula do peso”. Embora o uso dessa fórmula não esteja atrelado a proposições substantivas sobre a melhor maneira de interpretar e ordenar a importância de disposições legais sobre direitos humanos ou fundamentais, ela contém, segundo Alexy, uma “estrutura formal de inferência”, isto é, um conjunto articulado de premissas à base do qual o resultado de uma ponderação pode ser internamente justificado.⁴ Nesta seção, a fórmula do peso é brevemente descrita.

A proporcionalidade corresponde ao que Alexy (2011, p. 167) descreve como lei de sopesamento, uma lei de acordo com a qual “quanto maior for o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” A aplicação da lei de sopesamento requer, pois, que se apure a intensidade da interferência sobre os direitos em colisão: para um deles, da interferência verificada em razão da lei (ou outro ato qualquer) sob o crivo da proporcionalidade; para o outro, da interferência de que o direito será alvo caso a lei que intenta satisfazê-lo seja considerada desproporcional.⁵

Alexy propõe distinguir três graus de interferência: leve, moderada e séria. Outras possibilidades de classificação que não a dessa escala triádica são cogitadas, tal como a que consiste em subdividir cada uma das três categorias de interferência em outras três (por exemplo, leve-leve, leve-moderada e leve-séria), o que resultaria em um total de nove categorias. Alexy (2003, p. 443-444) alerta, no entanto, para a impossibilidade de multiplicar o número de classes de intervenção além de certo ponto, já que essa multiplicação precisaria ser acompanhada de um refinamento argumentativo incapaz de ser alcançado. Por maioria de razão, a aplicação de uma escala infinitesimal de 0 a 1 para traduzir a intensidade de restrições a direitos é descartada.

³ Críticos aos quais Alexy (2003, p. 436) expressamente se refere são Jürgen Habermas e Bernhard Schlink.

⁴ Alexy (1989, p. 221) chama de justificação interna a que pode ser provida pela relação entre as premissas. Isso se distingue da justificação externa, que tem como objeto a correção das premissas mesmas, e não a sua relação umas com as outras. Segundo ele (2005, p. 576), a alegação de irracionalidade contra o juízo de ponderação somente seria cabível se as premissas que compõem a fórmula do peso não estivessem sujeitas a validação externa, o que não é o caso. Ao ter como base o esquema de justificação interna da fórmula do peso, a ponderação se assemelha ao modo subsuntivo de aplicação das normas jurídicas, já que a esse último também corresponde um esquema de inferência (que Alexy designa como “fórmula da subsunção”) cujas premissas são aptas à justificação. Sobre isso, ver ainda Alexy (2003).

⁵ Alexy (2003, p. 441) deixa claro que a lei de sopesamento é simétrica, isto é, que a natureza da questão cuja resposta essa lei demanda para o direito ameaçado de restrição é a mesma da questão aplicável ao direito contraposto.

Considerando-se a divisão das interferências em três categorias, chega-se à versão mais simples da fórmula do peso, de acordo com a qual o peso concreto de um direito ($W_{i,j}$) é igual à razão entre o grau de interferência sobre esse direito (l_i) e o grau de interferência sobre o direito colidente (l_j), $W_{i,j} = l_i/l_j$ (ALEXY, 2003, p. 444). Assim, se a progressão de intensidade das restrições for traduzida com a sequência numérica 1 para uma restrição leve, 2 para uma restrição moderada e 4 para uma restrição séria, os casos em que o direito i prevalece sobre o direito oposto j são aqueles em que o peso concreto do primeiro é superior a 1, isto é, os casos em que l_i é igual a 4 (restrição séria) e l_j é igual a 1 ou 2 (restrição leve ou moderada) e aqueles em que l_i é igual a 2 (restrição moderada) e l_j é igual a 1 (restrição leve). O direito j prevalece sobre i , em contrapartida, sempre que l_i for igual a 1 e l_j for 2 ou 4 ou quando l_i for igual a 2 e l_j igual a 4. Casos de “impasse”, por fim, são aqueles nos quais $W_{i,j}$ é igual a 1, isto é, em que o grau de interferência a que se sujeitam os direitos i e j é o mesmo (ALEXY, 2003, p. 444-445).

A fórmula do peso pode ser ampliada a fim de representar diferenças quanto ao peso abstrato dos direitos em confronto e à plausibilidade de proposições sobre os efeitos fáticos da interferência sobre um e outro (ALEXY, 2003, p. 446). Alexy aceita a suposição de que variações no peso abstrato dos direitos tenham a mesma importância atribuída ao grau de interferência e também propõe submeter essas variações a uma escala triádica (ALEXY, 2003, p. 446). Assim, uma versão da fórmula do peso destinada a dar conta de diferenças no peso abstrato dos direitos envolvidos é $W_{i,j} = l_i \cdot W_i/l_j \cdot W_j$, em que W_i e W_j correspondem ao peso abstrato (1, 2 ou 4) dos direitos i e j , respectivamente. Aplicando-se, por fim, igual escala para avaliar a plausibilidade das afirmações de fato em favor da prevalência de cada um dos direitos em oposição (a cuja variação se atribui o mesmo peso das demais), chega-se à versão completa da fórmula, $W_{i,j} = l_i \cdot W_i \cdot R_i/l_j \cdot W_j \cdot R_j$, na qual R_i e R_j denotam a plausibilidade (baixa, média ou alta) das afirmações relativas aos direitos i e j , respectivamente.⁶

3. COMPARABILIDADE: NOÇÕES FUNDAMENTAIS

⁶ Proposições fáticas que apoiam a prevalência de um direito j são tanto as que se referem aos efeitos favoráveis para j de uma decisão que interfira sobre o direito colidente i como aos efeitos de uma decisão que, em detrimento de j , deixe de interferir sobre i .

Esta seção apresenta certas noções fundamentais acerca da comparabilidade de alternativas, a saber, a distinção entre comparabilidade e comensurabilidade, a relação entre comparabilidade, incomparabilidade e razão prática e a distinção entre valores e portadores de valor. Essas noções serão úteis para quando, nas seções subsequentes, examinarem-se as causas da incomparabilidade e a sua importância para a aplicação do teste da proporcionalidade e da fórmula do peso de Alexy.

Atente-se então para um modo de distinguir incomparabilidade e incomensurabilidade, dois termos frequentemente usados de maneira intercambiável. Na introdução a uma famosa coleção de ensaios sobre o tema (1997, p. 1-2), Ruth Chang propõe tratar como alternativas incomensuráveis aquelas não sujeitas a uma escala com base na qual o valor de cada alternativa possa ser quantitativamente aferido. A falta de uma escala assim (pela qual se possa dizer, por exemplo, que uma alternativa é 2,34 unidades superior a outra) não é, contudo, um empecilho para que se diga que uma alternativa é melhor do que a outra. Por exemplo, pode-se dizer que entre os cursos de ação *A*, que consiste em levar uma pessoa ferida a um hospital, e *B*, chegar em casa a tempo de assistir ao programa de TV preferido, *A* é melhor (moralmente falando) do que *B*, e isso ainda que não se consiga definir em quantas unidades de “valor moral” o primeiro curso de ação é superior ao segunda. Chang propõe tratar como casos de incomparabilidade apenas aqueles em que os valores de dois itens se mostrarem insuscetíveis não apenas à quantificação mas também à ordenação. Uma definição mais precisa de incomparabilidade é provida, assim, pela “tese da tricotomia” (CHANG, 1997, p. 4), de acordo com a qual dois itens *A* e *B* são incomparáveis se não vale para eles uma das seguintes três relações: *A* é melhor do que *B*, *A* é pior do que *B* ou *A* e *B* são iguais.

Convém ainda distinguir a incomparabilidade em si e as suas implicações para a razão prática. Em relação a essas implicações, designa-se como comparativista (CHANG, 1997, p. 9) a posição segundo a qual uma escolha somente pode ser justificada se as alternativas forem comparáveis (o que pode ou não ser entendido no sentido da tese da tricotomia⁷). Para um não comparativista, em contrapartida, a incomparabilidade entre dois itens não é obstáculo a uma escolha racional.

⁷ Chang é um exemplo de comparativista que rejeita a tese da tricotomia ao defender uma quarta possível relação entre itens comparáveis, a da paridade. Ver Chang (2002; 2005).

Outra distinção a considerar é entre a incomparabilidade de valores abstratos e de portadores de valor (*bearers of value*) (HSIEH, 2007). No primeiro caso, trata-se da incomparabilidade de valores mesmos, como, por exemplo, igualdade e liberdade, enquanto que, no segundo, o que se tem em vista são objetos (cursos de ação, estados de coisas) nos quais esses valores se realizam. Essa distinção é importante porque, ainda que dois valores abstratos sejam incomparáveis, não é necessário que dois portadores desses mesmos valores também o sejam. Por exemplo, pode-se considerar que os valores abstratos da igualdade e da preservação do meio ambiente são incomparáveis e, ainda assim, afirmar que uma alteração da legislação florestal que melhoraria ligeiramente a distribuição de renda mas teria impacto ambiental devastador é inferior à manutenção do *status quo*.

4. O TESTE DA PEQUENA MELHORA E OS ARGUMENTOS DE CHANG SOBRE INCOMPARABILIDADE

Esta seção apresenta o teste da pequena melhora, um teste tido como capaz de aferir se duas alternativas são incomparáveis. Após, a seção se debruça sobre a particular interpretação dos resultados desse teste defendida nos últimos anos por Chang, a qual envolve um descrição da relação entre incomparabilidade e pluralismo de valores e a defesa do conceito de paridade e de suas especiais implicações para a razão prática.

Como verificar que dois itens são incomparáveis? Uma solução consiste na aplicação do teste da pequena melhora (RAZ, 1986, p. 325-326). De acordo com esse teste, dois itens *A* e *B* são incomparáveis se nenhum deles é superior ao outro e um terceiro item superior ou inferior a um dos dois primeiros, *A+*, não é superior (ou inferior) ao outro item (por exemplo, *A+* é superior a *A*, mas não superior a *B*). Imagine que alguém seja indiferente entre ficar em casa para ler um livro e dar uma caminhada no parque, e que um terceiro curso de ação, ficar em casa lendo um livro e bebendo um cálice de vinho, pareça superior ao primeiro mas não ao segundo.⁸ O fato de nenhuma das alternativas iniciais se mostrar superior à outra poderia significar que

⁸ O exemplo é adaptado de Raz (1986, p. 328).

elas são rigorosamente iguais; no entanto, de acordo com a regra de transitividade, se *A* e *B* são iguais e *A+* é melhor do que *A*, *A+* tem de ser também melhor do que *B*. Ao negar essa última asserção, o teste da pequena melhora leva à conclusão de que *A* e *B* não são iguais e, logo, de que entre essas duas alternativas não vale nenhuma das três comparações da tese da tricotomia. Uma vez aceita essa tese, *A* e *B* são, portanto, incomparáveis.

Em sucessivos trabalhos sobre comparabilidade, Chang tem oferecido uma particular interpretação para o resultado do teste da pequena melhora, a qual envolve a relação entre incomparabilidade e pluralismo valorativo e uma quarta relação de comparação não abrangida pela tese da tricotomia, que Chang chama de paridade. Faz-se, a seguir, uma descrição sumária desses trabalhos.

Uma afirmação central nos escritos de Chang é a que se refere à relação entre incomparabilidade e pluralismo de valores. Para ela, o pluralismo de valores não é uma condição nem necessária, nem suficiente, para a incomparabilidade. A incomparabilidade, em outras palavras, é independente da questão que envolve o pluralismo de valores e o seu contrário, o monismo.

Como pluralismo de valores, Chang designa a posição segundo a qual não é possível reduzir todos os valores a um só. Para entender por que o fato de haver vários valores irreduzíveis a um único supervalor não é uma condição necessária à incomparabilidade de alternativas, considere-se a posição oposta ao pluralismo, o monismo. Segundo Chang (1997, p. 16), uma versão sofisticada do monismo pode insistir na redutibilidade de todos os valores a um supervalor e, apesar disso, admitir que instâncias de realização desse supervalor se distingam umas das outras não apenas pela quantidade do supervalor que realizam, mas também por atender a diferentes qualidades do valor em questão.⁹ Uma vez que o supervalor ao qual todos os demais valores se reduzem possa se realizar não apenas em variadas quantidades, mas também em variadas qualidades, a comparação de instâncias nas quais se encontrem diferentes qualidades desse supervalor torna-se um problema para o monismo assim como é, para o pluralismo, a comparação entre diferentes valores irreduzíveis uns aos outros (CHANG, 2012, p. 14).

Se o pluralismo não é uma condição necessária para a incomparabilidade, tampouco é uma condição suficiente. Do fato de duas alternativas, *A* e *B*, incorporarem

⁹ O exemplo de Chang é o monismo de Mill, que, embora trate o prazer como valor último, refere-se a diferentes qualidades de prazer. Ver também Chang (2012, p. 6).

cada uma um valor distinto e de esses dois valores não serem redutíveis a um terceiro não segue que A e B sejam incomparáveis. Para sustentar essa afirmação, Chang (1997, p. 14-15) lança mão do argumento nominal-notável. Duas alternativas A e B são comparáveis se instanciam valores últimos distintos, a e b , respectivamente, mas A é um exemplar notável da realização de a , enquanto B realiza b de maneira pouco significativa, isto é, apenas nominalmente. Em tal caso, aduz Chang, A e B são comparáveis apesar de representarem valores distintos: A é melhor do que B .

Boot (2009) levanta duas objeções ao argumento nominal-notável. A primeira afirma que, se A é um notável portador de a e B um portador apenas de b , a relação entre A e B pode ser entendida como uma relação de dominância de Pareto. Isso porque, se B ostenta b em medida muito pouco significativa, é possível inferir que a presença de b em B não chega a ser relevante para a comparação. Tal conclusão não contradiz, é claro, a afirmação de que A e B são comparáveis, mas torna o caso de A e B irrelevante para refutar a proposição segundo a qual o fato de duas alternativas serem portadoras de valores distintos implica incomparabilidade. Se B não é uma genuína portadora de b , então não se pode afirmar que A e B sejam duas alternativas com essas características.¹⁰

A segunda objeção diz que se, ao contrário, a presença nominal de b em B for significativa, isto é, se, apesar de B ser uma instância excepcionalmente pobre de b , a presença de b em B não puder ser desconsiderada, então a superioridade de A sobre B é duvidosa (BOOT, 2009, p. 83). Boot comenta, a esse respeito, um exemplo de Chang que envolve a comparação entre duas vagas de emprego, uma com condições de trabalho mais aprazíveis e outra com salário maior. Suponha que os valores em questão são melhores condições de trabalho (a) e maior salário (b), e que a primeira vaga, A , seja uma portadora notável do valor a , isto é, ofereça condições de trabalho bastante mais aprazíveis do que a outra, enquanto a segunda, B , é uma portadora nominal do valor b , oferecendo salário ligeiramente superior ao de A . Se, apesar de pequena, a diferença salarial não for desprezível, então deixa de parecer irracional que se prefira B a A . Por fim, se não parece irracional preferir B a A (nem, tampouco, A a B), pode ser porque A e B são incomparáveis.

¹⁰ A interpretação segundo a qual A domina B paretianamente também tem consequências funestas para o intuito de Chang de demonstrar que A e B +, uma alternativa na qual o valor b se faz presente de maneira não nominal, são comparáveis. Ver Boot (2009, p. 82).

A controvérsia acerca do argumento nominal-notável é de grande importância para a proporcionalidade e, em particular, para a aplicação da fórmula do peso de Alexy, mas, infelizmente, não pode seguir sendo examinada aqui. O restante do trabalho supõe que, apesar das objeções de Boot, o argumento nominal-notável seja válido e, no restante desta seção, apresenta o argumento de Chang acerca do conceito de paridade, cujo ponto de partida é, justamente, a comparabilidade entre um portador de valor notável e um nominal.

Como já referido, Chang rejeita a tese da tricotomia ao afirmar que dois itens A e B podem ser comparáveis ainda que não valha entre eles nenhuma das três relações admitidas por essa tese, isto é, ainda que A não seja melhor do que B , nem B melhor do que A nem que A e B sejam iguais. Segundo Chang (2002), há uma quarta relação possível entre dois itens comparáveis, a de paridade.

O ponto de partida para sustentar a tese da paridade é o argumento nominal-notável. Assim, considere-se mais uma vez que A e B sejam, respectivamente, portadores dos valores a e b , e que, enquanto A é um representante notável de a , B é portador de b apenas nominalmente. De acordo com o argumento nominal-notável, A e B são, portanto, comparáveis: A é melhor do que B . Imagine-se agora um contínuo formado por B e outros itens, $B+$, $B++$, $B+++$, etc. que são em tudo idênticos salvo pelo fato de cada um constituir uma instância do valor b ligeiramente superior à do item precedente. Por meio desse contínuo, chega-se a B^* , um item no qual o valor b é encontrado com magnitude suficiente para fazer com que o teste da pequena melhora seja aplicável a ele e ao item A , de modo que, em relação a A e B^* , não se possa dizer que um é melhor do que o outro, nem que sejam exatamente iguais. O cerne do argumento de Chang consiste na seguinte proposição: se A e B são comparáveis, e a diferença entre B e $B+$, $B++$, $B+++$, etc. e B^* é uma diferença unidimensional, isto é, uma diferença apenas quanto ao grau de realização do valor b , então A e B^* devem ser comparáveis, já que uma variação unidimensional não parece suficiente para que a comparabilidade dê lugar à incomparabilidade (CHANG, 2002, p. 674). Se A e B^* são comparáveis, mas não são iguais e nenhum é melhor do que o outro, então é porque a tese da tricotomia não abarca todas as relações de comparação possíveis, havendo uma outra relação além das três que essa tese admite. Essa quarta relação de comparação é designada por Chang como paridade.

Para que esse argumento (“argumento em cadeia”, *chaining argument*) em favor da paridade se aplique, Chang chama a atenção para a necessidade de que o

aumento progressivo na quantidade do valor b contida em " B, B_+, \dots, B^* " não transforme os itens mais avançados desse contínuo em portadores de um valor diferente de b (CHANG, 2002, p. 678). Por exemplo, se a sequência de B a B^* for caracterizada por um aumento progressivo do salário, os pontos mais avançados desse contínuo podem corresponder a postos de trabalho cuja remuneração leve o trabalhador a pertencer a uma elite. Admitindo-se que os valores do salário e de pertencer a uma elite sejam distintos, o aumento de salário verificado na sequência de B a B^* faria então com que essas alternativas diferissem não apenas pela medida com que realizam o valor b , mas também pela presença em apenas uma delas do valor c (pertencer a uma elite). Em consequência, a variação entre B e B^* deixaria de ser unidimensional, e da comparabilidade entre A e B já não se poderia deduzir a comparabilidade de A e B^* .

Outra ressalva ao argumento em favor da paridade se refere à possibilidade de sopesamento dos valores representados por duas alternativas cuja comparabilidade se deseja aferir (CHANG, 2002, p. 676-677). Para que o argumento em cadeia se aplique, não pode haver uma regra que proíba ponderar os valores envolvidos, tal como, por exemplo, uma regra contra comparações interpessoais de utilidade. Se a e b corresponderem cada um à utilidade de uma pessoa diferente, a regra mencionada fará com que duas alternativas A e B somente sejam comparáveis se uma delas for igual ou superior à outra em relação a ambos os valores a e b , devendo-se tratar como casos de incomparabilidade aqueles nos quais essa condição não se verifica. Chang (2002, p. 677) aduz, no entanto, que não parece haver uma regra geral de proibição ao sopesamento, de modo que a questão de saber se uma escolha difícil tem como objeto itens incomparáveis ou "par-a-par" (isto é, em relação de paridade) somente pode ser respondida caso a caso.

Segundo Chang, o fato de duas alternativas se encontrarem par-a-par tem importantes implicações para a razão prática. A fim de entender que implicações são essas, considerem-se, em primeiro lugar, a relação entre racionalidade prática e os juízos de comparação admitidos pela tese da tricotomia. Essa relação é a seguinte (CHANG, 2005, p. 346): uma alternativa A deve ser racionalmente escolhida em detrimento de uma alternativa B se A for melhor do que B , não deve ser escolhida no caso contrário e, no caso em que A e B são iguais, é racional eleger qualquer uma; se A e B forem incomparáveis, em contrapartida, não é racional escolher qualquer uma delas. Essa última afirmação se coaduna com a tese comparativista, segundo a qual a

escolha por *A* somente é racional quando baseada em uma comparação entre *A* e as demais opções.

Já quando a relação entre os itens *A* e *B* é de paridade, o que a razão prática governa não é uma escolha isolada, mas uma série de escolhas. Para entender por quê, compare-se a relação de paridade com a de igualdade. Se *A* e *B* forem iguais, é racionalmente admissível escolher primeiro *A* sobre *B* e, na sequência, *B* sobre *A*. No caso de decisões sobre alternativas par-a-par, em contrapartida, há o risco de escolher *A* sobre *B+* e, na sequência, *B* (uma alternativa inferior a *B+*) sobre *A*, o que faz terminar com uma alternativa (*B*) inferior à inicialmente preferida (*B+*). Como esse resultado, designado como “bombeamento de valores” (*value pump*), é irracional, Chang (2005, p. 346-347) afirma que as demandas da razão prática nos casos de paridade se aplicam a pares de escolhas. É permitido preferir *A* sobre *B+* quando esses dois itens estiverem par-a-par, mas uma escolha subsequente de *B* (um item inferior a *B+*) em detrimento de *A* fica proibida.¹¹

5. INCOMPARABILIDADE, PARIDADE E PROPORCIONALIDADE

Esta seção examina a importância da incomparabilidade para decisões judiciais que envolvam a proporcionalidade. Trata, também, de descrever as implicações para essas decisões da particular exigência que, segundo Chang, a razão prática faz para os casos de alternativas par-a-par.

A importância da incomparabilidade para a razão prática varia conforme se aceite ou não o comparativismo, a tese de que uma escolha somente é racional caso se baseie em uma comparação entre diferentes itens. Admitindo-se que a plausibilidade do comparativismo seja uma função do contexto da escolha, pode-se indagar se o contexto da decisão judicial é um para o qual o argumento em favor do comparativismo se mostra especialmente robusto. Em outras palavras: quando uma corte aplica o teste da proporcionalidade para ditar *A* em detrimento de *B*, é particularmente plausível

¹¹ Observe-se, entretanto, que o risco de bombeamento de valores também se faz presente se, ao invés de par-a-par, as alternativas *A* e *B+* e *A* e *B* forem consideradas incomparáveis. É duvidoso, assim, se o que Chang designa como requerimento da razão prática para casos de paridade é mesmo peculiar a esses casos ou se, ao contrário, o mesmo requerimento se aplica às alternativas incomparáveis. Conforme Boot (2009, p. 88).

afirmar que a comparabilidade entre *A* e *B* é uma condição necessária à racionalidade da decisão?

A fim de responder a essa questão, parece útil distinguir duas espécies de decisão judicial e, em consequência, dois casos de aplicação do teste da proporcionalidade. A primeira é a das decisões judiciais que exercem o controle de constitucionalidade das leis, isto é, cujo objeto seja verificar a conformidade de uma lei à constituição. A segunda é a das decisões de mera interpretação da lei ou da constituição. Embora a proporcionalidade seja frequentemente aplicada em decisões do primeiro tipo, nada a impede de ser empregada em decisões do segundo sempre que essas últimas envolvam colisões de direitos e que seja portanto de indagar se, para o atendimento a um dos direitos em questão, encontra-se justificada a interferência sobre o outro.

O contexto das decisões de controle de constitucionalidade é um no qual o comparativismo parece especialmente atraente. Suponha-se um caso no qual os juízes tenham que declarar se uma lei que determina *A* está ou não de acordo com a constituição. Tratando-se de uma lei que atende a um direito em detrimento de outro, os juízes podem referendar a decisão do legislador sobre o peso relativo dos direitos em questão ou, ao contrário, decidir por *B*, uma solução que confere aos mesmos direitos um peso relativo distinto (caso no qual a lei será declarada inconstitucional). Negar o comparativismo para um caso como esse implicaria admitir que uma decisão judicial que desconsidera a escolha legislativa *A* em favor de *B* não tem a sua racionalidade condicionada à comparabilidade de *A* e *B*. Mas como ter como racional a decisão judicial que rejeita a escolha legislativa *A* em favor de *B* se ela não estiver baseada no juízo de que *B* é superior a *A*?¹²

O caso é outro quando a decisão judicial em questão é meramente interpretativa. Suponha-se agora que a lei seja omissa e que o teste da proporcionalidade seja usado então apenas para determinar o que a constituição prescreve para um certo caso de colisão entre dois direitos, sendo *A* e *B* as soluções possíveis. Observe-se que o fato de o juiz estar legalmente obrigado a decidir entre *A* e *B* é irrelevante para a questão

¹² Dizer que, nas circunstâncias descritas, a decisão em favor de *B* seria uma decisão arbitrária não significa que ela não possa ser apoiada por razões. O que leva a rejeitar uma decisão assim não é necessariamente a falta de razões, mas sim o fato de essas razões, quaisquer que sejam, não serem suficientes para concluir que *B* é melhor do que *A*. Note, ainda, que as observações feitas acima nada têm a ver com o argumento epistêmico segundo o qual os juízes estão mais propensos a erro do que o legislador quando se trata de comparar *A* e *B*. O argumento do texto deixa questões epistêmicas de lado, já que pressupõe que os juízes estejam certos ao tratar *A* e *B* como alternativas incomparáveis.

da racionalidade. Não obstante essa obrigação, um comparativista diria que, se *A* e *B* forem incomparáveis, qualquer decisão que sobrevier (em observância ao dever legal de decidir) será irracional.¹³ Há, no entanto, uma diferença entre os casos de controle de constitucionalidade e mera interpretação. Nesses últimos, o campo de jogo entre comparativistas e não comparativistas se torna plano, já que, fora do âmbito do controle de constitucionalidade, a ideia de que a decisão judicial em favor de *B* e contra *A* seja racional apesar da incomparabilidade das duas alternativas não tem contra si o mesmo argumento político poderoso do caso em que *A*, a alternativa preterida, seja uma escolha do legislador.

Convém acrescentar que a deferência judicial às decisões do legislador parece se impor não apenas nos casos de alternativas incomparáveis, mas também naqueles em que se trate de alternativas comparáveis mas iguais. Na aplicação da fórmula do peso de Alexy, a conclusão de que os dois direitos em confronto estão sob a ameaça de interferências de mesma gravidade pode ser entendida como equivalente a um juízo de igualdade acerca das alternativas de solução para esse confronto. Se for assim, então a posição de Alexy (2005, p. 580) em favor da deferência judicial nos casos de impasse coincide com o que se acaba de afirmar.

Considere-se, ainda, a hipótese de as alternativas com as quais o tribunal se depara em casos de aplicação do teste da proporcionalidade se encontrarem em relação de paridade. Como visto anteriormente, o requerimento da razão prática para os casos de paridade não se aplica a decisões isoladas, mas a uma sequência de decisões. O que a razão prática proíbe para escolhas em sequência entre itens par-a-par é que, uma vez escolhida a alternativa *A* sobre a alternativa *B*, uma decisão

¹³ Ficam fora da análise do texto dois casos especiais que cumpre referir rapidamente. O primeiro é o do controle judicial sobre leis que se baseie não na constituição de um país, mas em atos normativos internacionais, tais como a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. Para esse caso, e ao menos sempre que se tratar de uma demanda judicial na qual se impugne ato legislativo de algum dos países-membros, valem as mesmas considerações feitas acima quanto à declaração de inconstitucionalidade de uma lei quando não haja comparabilidade entre solução legislativa e sua alternativa. Vale notar que, em relação ao controle de leis nacionais por cortes internacionais, à objeção política de usurpação do poder legislativo pela corte se acrescenta a de violação da soberania do país cuja legislação é atacada. O segundo caso é o de uma decisão judicial contrária à decisão de órgãos estatais outros que não o parlamento, de novo em circunstâncias nas quais a decisão judicial em favor de uma alternativa não pode ser sustentada pela superioridade dessa alternativa sobre a que havia sido escolhida anteriormente pelo outro órgão estatal. Se, em contrapartida ao que ocorre com a revisão judicial das decisões do parlamento, não houver uma forte razão política para que uma outra agência estatal que não o judiciário dê a palavra final sobre a escolha entre duas alternativas que são, afinal de contas, incomparáveis, não é de descartar que a decisão judicial contrária ao ato administrativo tenha atribuída a si uma racionalidade independente da comparação entre as alternativas em jogo.

subsequente relegue a alternativa *A* em favor de *B*-, uma alternativa par-a-par com *A* mas inferior à alternativa (*B*) inicialmente preterida (CHANG, 2005, p. 346-347).

Para entender o particular sentido do conceito de paridade para decisões judiciais que envolvam a proporcionalidade, tome-se o caso de uma lei ou qualquer outro ato *X* que interfere com o direito *j* a fim de satisfazer ao direito *i*. Para simplificar, suponha-se que haja apenas duas decisões possíveis, a que declara *X* em conformidade com a proporcionalidade (e, portanto, prefere *i* a *j*) e a que declara *X* desproporcional, sendo a primeira decisão designada doravante como alternativa *A*, e a segunda como alternativa *B*. Suponha-se, também, que *A* e *B* estejam par-a-par e que o tribunal decida por *B*, isto é, declare a lei ou ato impugnado desproporcional. A razão exige então que, em um eventual julgamento subsequente no qual tenha que decidir entre *B* e *A*-, uma alternativa inferior a *A* mas par-a-par com *B*, o tribunal escolha *B*, já que, do contrário, terminaria com uma alternativa inferior (*A*-) à que foi primeiramente preterida (*A*).¹⁴ Sobre essa hipótese, no entanto, repare-se que, se *A*- é inferior a *A*, é bem possível que a decisão judicial em favor de *B* e contra *A*- não tenha que se basear em um sopesamento dos direitos *i* e *j*. A sopesamento será dispensável se a relação entre *A* e *A*- for uma relação de dominância de Pareto, isto é, se *A* for superior a *A*- porque satisfaz em igual medida ao direito *i* e interfere menos com o direito *j* (todo o resto sendo igual).¹⁵ Em tal caso, *A*- deve ser rejeitada porque é desnecessária, já que há uma outra solução, *A*, igualmente benéfica ao direito *i* e menos ofensiva ao direito *j*.

Outra hipótese em que *A* é superior a *A*- é aquela em que ambas impõem o mesmo sacrifício ao direito *j*, mas a primeira atende ao direito *i* em maior medida. Sendo assim, *A*- não pode ser julgada desnecessária por causa de *A*, já que *A* não é uma solução menos restritiva ao direito *j*; a vedação ao bombeamento de valores, entretanto, exige que o tribunal, tendo anteriormente recusado *A* em favor de *B*, escolha agora *B* sobre *A*-, isto é, resolva a ponderação novamente em favor do direito *j*.¹⁶

¹⁴ Essa análise das implicações do conceito de paridade para o controle de constitucionalidade é distinta da encontrada em Silva (2011, p. 292-300). Silva ignora as consequências da paridade para decisões tomadas em sequência, afirmando que a paridade de alternativas requer apenas deferência judicial às decisões legislativas.

¹⁵ Com isso não se quer afirmar que a única hipótese na qual seja de dizer que uma alternativa é superior a outra é aquela em que haja entre elas uma relação de dominância de Pareto. No entanto, o fato de, tal como *A*, *A*- estar em paridade com *B* sugere que a diferença entre *A* e *A*- não é abissal, de modo que, a fim de que se afirme que *A* é superior a *A*-, é provável que a relação entre essas alternativas seja de dominância de Pareto.

¹⁶ Note-se que a conclusão é válida apenas se a relação entre *A* e *B* e entre *A*- e *B* for mesmo de paridade. Imagine-se, ao contrário disso, que os juízes encarregados do segundo julgamento entendam

Suponha-se agora que a decisão inicial tenha sido em favor de *A*, isto é, que o tribunal tenha aprovado *X* no teste da proporcionalidade e, portanto, tenha resolvido a colisão entre os direitos *i* e *j* em favor do primeiro. Tendo preferido *A* a *B*, a corte atuaria de modo irracional se, em uma decisão seguinte, relegasse *A* em favor de *B-*, uma alternativa inferior a *B* mas par-a-par com *A*. Convém descrever, a esta altura, o que seria uma versão plausível de *B-*. *B*, lembre-se, é uma decisão que, sob a alegação de violação à proporcionalidade, rejeita *X*, uma lei (ou outro ato qualquer) que sacrifica o direito *j* a fim de atender ao direito *i*. Uma maneira de descrever *B-* é então como uma decisão que referenda uma restrição ao direito sem qualquer benefício para o direito *j*.¹⁷ Tal decisão, desprezando-se outras considerações, é paretianamente inferior a *B*, mas não a *A*, já que o grau de realização do direito *j* em *A* é inferior ao grau de realização do mesmo direito em *B* e, portanto, em *B-*. Assim, aceita a descrição de *B-* recém feita, conclui-se que, se o tribunal aprova *X* no teste da proporcionalidade, deve rejeitar *Y*, uma lei que oferece ao direito *j* o mesmo grau de satisfação que a rejeição de *X* proporciona mas que interfere com o direito *i* mais do que a rejeição de *X* o faria. É fácil notar, entretanto, que, tal como na hipótese do parágrafo anterior, o tribunal evita o bombeamento de valores em sua segunda decisão sem que tenha de ponderar novamente os direitos *i* e *j*. Se *Y*, a lei impugnada no segundo caso, sacrifica o direito *i* para oferecer ao direito *j* a mesma medida de realização que *j* teria com a aprovação de uma terceira medida, *Z*, mas com maior interferência sobre *i*, então *Y* é uma lei desnecessária. Repare que *Z* é simplesmente uma medida que faria retornar o *status quo* anterior a *X*.¹⁸

Concluiu-se nesta seção, em síntese, que o comparativismo é particularmente atraente nos casos em que a decisão judicial aplicando o teste da proporcionalidade declara a inconstitucionalidade de uma lei, já que não parece defensável que a corte rejeite uma alternativa *A* (correspondente à lei impugnada) em favor de uma alternativa *B* (a do teste da proporcionalidade) sem que *B* seja superior a *A*. Além disso, em face

que tanto *A* quanto *A-* são melhores do que *B*. Se eles estiverem certos, a razão então requer então que prefiram *A-* a *B*, independentemente do que foi decidido anteriormente.

¹⁷ Um exemplo pode auxiliar a compreensão. Suponha-se que *X*, a lei considerada conforme à proporcionalidade pela primeira decisão, é uma lei que permite (ou revoga a proibição de) fumar em parques. *i*, o direito a que *X* atende, poderia ser, assim, o direito à liberdade, e *j* o direito à saúde. *Y*, em tal caso, pode ser uma nova lei de restrição ao fumo que deixa o direito à saúde em posição igual àquela em que se encontrava antes de *X* (ou àquela em que se encontraria caso o tribunal tivesse rejeitado *X*), mas que interfere sobre o direito à liberdade em maior medida.

¹⁸ Uma hipótese de a lei *Y* não ser julgada desnecessária é que não seja possível retornar ao *status quo* anterior a *X*. Ainda assim, a razão requer que *Y* seja rejeitada, já que levaria a um estado de coisas inferior ao que foi preferido pelo tribunal com a aprovação de *X* no teste da proporcionalidade.

da paridade (ou incomparabilidade) de alternativas, estende-se para as colisões de direitos em geral uma peculiar demanda da razão prática à qual se submetem pares de decisões sujeitas ao risco de bombeamento de valores. Observou-se sobre isso, no entanto, que o bombeamento de valores é costumeiramente evitável mediante a observância de um critério prévio à ponderação (e, portanto, à proporcionalidade em sentido estrito), o critério da necessidade.

6. A DEFINIÇÃO DOS GRAUS DE INTERFERÊNCIA: COMPARAÇÃO E CRITÉRIOS GERAIS

Esta seção volta à fórmula do peso de Alexy a fim de reavaliar uma etapa crucial da sua aplicação, a que consiste na definição do grau de interferência a que cada um dos direitos colidentes se sujeita. Examina-se, primeiro, se essa definição pode se valer da estratégia de comparar diferentes instâncias de interferências. Depois de trazer à luz certas dificuldades enfrentadas por essa estratégia, propõe-se, como alternativa, que a classificação de uma intervenção como séria, moderada ou leve se baseie em critérios gerais, examinando-se ainda se, e quando, a comparabilidade e incomparabilidade de alternativas é relevante para a definição desses critérios.

Viu-se acima que a fórmula do peso de Alexy aplica uma escala triádica para representar a gravidade da interferência que potencialmente recai sobre os direitos em colisão como séria, moderada ou leve. Admitindo-se que o peso abstrato dos direitos em questão seja o mesmo e as proposições de fato favoráveis à prevalência de cada um deles igualmente plausíveis, é a intensidade da restrição que define, de acordo com a fórmula do peso, o resultado da ponderação, ordenando dar preferência ao direito ameaçado de sofrer a interferência mais aguda.

A fim de aplicar a fórmula do peso, portanto, é fundamental saber como se determina o grau de interferência a que um direito está sujeito. Consideremos então se essa definição, que não é senão o resultado da aplicação da escala triádica, pode ocorrer mediante comparação. Note-se, para começar, que, como se trata de uma escala triádica, a comparação a fazer em cada caso é sempre dupla. Por exemplo, para concluir que A corresponde uma intervenção séria sobre um certo direito, não

basta afirmar que a intervenção em *A* é mais grave do que a intervenção que o mesmo direito sofre em *B*, já que essa afirmação também se coadunaria com dizer que a intervenção em *A* é moderada e leve em *B*. Assim, para afirmar não só que *A* é mais grave do que *B*, mas que a primeira corresponde ao grau mais elevado e a segunda ao grau médio da escala triádica, torna-se preciso comparar a alternativa *B* com uma terceira, *C*, uma segunda comparação que ensejará classificar *A* como uma restrição séria e *B* como uma restrição moderada se a restrição em *C* for ainda mais branda do que em *B*.

Que dificuldades pode suscitar a comparação entre diferentes instâncias de interferência sobre um direito? Uma dessas dificuldades advém do fato de um mesmo direito poder corresponder a mais de um valor ou a diferentes qualidades de um mesmo valor. Por exemplo, o direito à liberdade de ir e vir é tanto um direito que serve ao valor da escolha do lugar de domicílio quanto ao de não ser perseguido e preso ilegalmente pelas autoridades (ou é um direito cujo valor, da liberdade de ir e vir, é composto por essas e outras diferentes qualidades). Se duas instâncias de restrição a um direito são instâncias de contrariedade a diferentes valores, a comparação pode ser dificultada. O argumento nominal-notável sugere, por outro lado, que essa comparação não é impossível. Se um notável portador do valor *a* é superior a um portador apenas nominal do valor *b*, então dois casos de restrição a um direito podem ser comparáveis ainda que em cada um deles o valor ao qual a interferência se refere seja distinto. Outra possibilidade é a de que haja uma relação de prioridade entre os valores *a* e *b* que assegure comparabilidade em casos aos quais o argumento nominal-notável não se aplica. Por exemplo, pode-se dizer que o valor de não ser perseguido e preso ilegalmente é abstratamente mais importante do que o da escolha do lugar de domicílio, de tal maneira que, salvo quando uma alternativa *A* seja portadora apenas nominal do primeiro valor e *B* uma portadora notável do segundo, instâncias de interferência sobre o valor de não ser perseguido e preso ilegalmente devem ser consideradas mais graves do que instâncias de interferência sobre o valor da escolha do lugar de domicílio.

A principal dificuldade com a aplicação da escala triádica mediante comparações, entretanto, refere-se não à diferença de valores (ou qualidades de valor) de que cada item comparado é portador, mas às comparações que essa aplicação desconsidera, o que se designará doravante como problema da escolha das comparações. Viu-se há pouco que para classificar *A* como um caso de limitação séria a um direito é preciso

não apenas poder dizer que *A* constitui a uma limitação mais grave do que *B*, como também que *B*, por sua vez, é limitação mais grave do que *C*. Suponha-se, contudo, que a essas instâncias de intervenção se acrescente *A+*, um caso de interferência com o mesmo direito ainda mais grave do que *A*. Não será *A+* um empecilho à conclusão de que *A* é uma instância de intervenção séria e, pior ainda, à própria aplicação da escala triádica a esses casos?

Antes de prosseguir, convém observar que o problema da escolha das comparações não aflige apenas a escala triádica preferida por Alexy, mas qualquer escala finita que se pretenda aplicar às instâncias de restrição a direitos. Uma escala de quatro graus que acrescente o estrato “séria-séria” e assim permita incluir a alternativa deixada de fora no exemplo anterior continuaria tendo sua aplicação condicionada à desconsideração de outras comparações. Por exemplo, ao comparar *A+* com *A*, *A* com *B* e *B* e *C* e constatar a maior gravidade da primeira alternativa de cada par sobre a segunda, o encarregado de aplicar a escala tetrádica poderia concluir que *A+* é um exemplo de interferência séria-séria, *A* um exemplo de interferência séria, *B* um exemplo de interferência moderada e *C* um exemplo de interferência leve. Tal conclusão, porém, ignoraria outras possíveis comparações, como entre *A+* e *A++* (uma restrição ainda mais grave do que *A+*) e entre *C* e *C-* (uma restrição ainda mais branda do que *C*).

O problema, então, não é com o número de graus em que se divide a escala, mas com o fato de a escolha das comparações com base na qual a escala será aplicada parecer arbitrária. Por que classificar *A* com base nas comparações de *A* com *B* e de *B* com *C* (que levam a classificar *A* como intervenção séria) e não de *A* com *A+* e desta com *A++* (que levariam *A* a parecer uma instância de intervenção leve)? É escusado dizer que essa aparente arbitrariedade, caso confirmada, mostra-se fatal para a estratégia da comparação.

O restante desta seção examina uma alternativa à estratégia da comparação que consiste em apurar o grau da interferência sobre um direito com base em critérios gerais. Entendem-se como tais critérios que descrevam, hipoteticamente, as características que uma situação de intervenção deve apresentar a fim de ser classificada como séria, moderada ou leve, como, por exemplo, o que designe como grave toda restrição à liberdade de ir e vir que atente contra o valor de não ser perseguido e preso ilegalmente pelas autoridades.

Algumas observações acerca do uso de critérios gerais para aplicação da escala triádica. Primeiro, repare-se em como a definição desses critérios pode ser dificultada pela diversidade de valores (ou qualidades de valor) contra os quais restrições a um determinado direito podem atentar, bem como a diferente intensidade da ofensa a esses valores que pode ser encontrada em diferentes instâncias de restrição. Segundo, seria desejável que esses critérios fossem completos, isto é, que permitissem conferir a todo e qualquer caso de interferência um dos graus da escala. Terceiro, vale reparar que se, por um lado, a aplicação de uma escala classificatória como a escala triádica mediante o auxílio de critérios gerais dispensa a comparação entre casos de intervenção, por outro, essa comparação não só pode ter lugar como parece indispensável para corroborar a validade dos critérios estabelecidos. Se dois casos de intervenção *A* e *B* são, de acordo com os critérios estipulados, classificados, respectivamente, como casos de intervenção séria e moderada, a comparabilidade entre *A* e *B* é uma condição da validade dos critérios em questão. Quarto, e relacionado ao anterior, o que dizer se *A* e *B* forem não um inferior ao outro, mas estiverem par-a-par? Se a única demanda da racionalidade prática para as hipóteses de paridade é a que procura afastar o risco de bombeamento de valores em escolhas sucessivas, não se deve exigir que critérios gerais tratem as instâncias de interferência par-a-par *A* e *B* de uma maneira ou de outra (isto é, como interferências de mesmo grau ou de grau distinto). A exigência de que o grau de interferência atribuído a *A* seja o mesmo de *B* somente tem cabimento quando *A* e *B* são iguais. Além disso, e fundamentalmente, lembre-se que o risco de bombeamento de valores é o de que escolhas sucessivas entre itens par-a-par favoreçam uma alternativa inferior à que foi inicialmente preterida. No caso da aplicação de critérios gerais, contudo, esse risco é afastado pelo requerimento de que tais critérios não contradigam comparações válidas entre os itens aos quais se aplicam. Assim, mesmo que os casos de interferência par-a-par *A* e *B* sejam classificados, respectivamente, como de intervenção séria e moderada, não há risco de um caso de intervenção menos grave do que *B* (*B*-) mas par-a-par com *A* ser classificado como sério, já que isso resultaria em uma classificação de *B* e *B*- (como moderado e sério, respectivamente) incongruente com a comparação válida para esses dois itens.

A definição de critérios gerais para a classificação de casos de interferência sobre um direito pode ser difícil, mas não parece irrealizável. A aplicação da fórmula do peso se depara, no entanto, com uma dificuldade que nada tem a ver com o quão bem

sucedida seja a estipulação dos critérios aplicáveis a interferências. É que, afora quando a referida fórmula se aplique para decidir entre duas instâncias de restrição do mesmo direito, isto é, afora quando os dois direitos em colisão sejam o mesmo direito, fazem-se necessários critérios gerais aptos a estabelecer a gravidade da intervenção a que está sujeito o direito *i* e outros critérios que façam o mesmo em relação a um direito *j*, distinto de *i*. Dada a diversidade dos direitos em confronto, é pouco provável que os critérios adequados a aferir a gravidade de uma interferência com o direito *i* sejam válidos para o direito *j* e para outros com os quais *i* entra em colisão. É fundamental, assim, para as pretensões da fórmula do peso, que haja um ajuste entre os critérios destinados a apurar a gravidade de restrições que recaiam sobre direitos distintos. Os critérios para a classificação das intervenções sobre um determinado direito *j* devem se submeter, em consequência, a uma crítica interna e outra externa. Enquanto a primeira se baseia no modo como são classificadas diferentes instâncias de restrição a *j*, a outra trata de testar os mesmos critérios contra a suspeita de conferir um peso exagerado ou insuficiente às intervenções sobre *j* e de estarem, assim, em desajuste com os critérios aplicados às intervenções sobre outros direitos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação filosófica não dá a palavra final sobre a conveniência do teste da proporcionalidade, mas é útil para medir a força da objeção de que, ao requerer a ponderação de direitos incomparáveis, decisões baseadas nesse teste sejam necessariamente irracionais.

A análise de Chang sobre as causas da incomparabilidade e, em particular, sobre a relação entre comparabilidade e pluralismo de valores sugere que a ideia de reduzir a totalidade dos direitos humanos ou fundamentais a um valor apenas, mesmo que bem-sucedida, dificilmente teria o condão de evitar que colisões de direitos ponham os juízes diante de alternativas incomparáveis. Por outro lado, se o argumento nominal-

notável estiver certo, da simples admissão de uma pluralidade de valores constitucionais (ou de um monismo cujo valor constitua-se de diferentes qualidades) não decorre a impossibilidade da comparação.

Quando duas instâncias de realização de direitos em confronto estão par-a-par, a razão prática, ainda que não seja capaz de determinar uma escolha isolada, exige que escolhas sucessivas não levem os juízes a preferir uma alternativa inferior a outra anteriormente preterida. Em geral, no entanto, essa exigência não chega a influir sobre o resultado do sopesamento e, portanto, da aplicação da proporcionalidade propriamente dita, já que o resultado conhecido como “bombeamento de valores” costuma ser evitável pela simples constatação de que o ato impugnado não atende ao critério da necessidade.

A comparabilidade (ou incomparabilidade) de alternativas é importante, por fim, para avaliar a correção dos critérios gerais destinados a aferir a gravidade da interferência a que direitos em colisão estão sujeitos, um dos passos fundamentais para a aplicação da fórmula do peso de Alexy. A necessidade dos referidos critérios advém do fato de a mera comparação entre diversas situações de interferência tornar a aplicação da fórmula arbitrária (o problema da escolha das comparações). A validade dos critérios gerais pode, não obstante, ser testada mediante comparações, tanto naquilo que diz respeito a intervenções sobre um mesmo direito (a crítica interna) como quanto aos ajuste entre critérios aplicáveis às restrições sofridas por diferentes direitos (a crítica externa).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A theory of legal argumentation**. Tradução de Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.

_____. On balancing and subsumption: A structural comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

_____. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 572-581, out. 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOOT, Martijn Boot. Parity, incomparability and rationally justified choice. **Philosophical Studies**, v. 146, n. 1, p. 75-92, out. 2009.

CHANG, Ruth. Introduction. In: CHANG, Ruth (org.). **Incommensurability, incomparability, and practical reason**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 1-34.

_____. The possibility of parity. **Ethics**, v. 112, n. 4, p. 659-688, jul. 2002.

_____. Parity, interval value, and choice. **Ethics**, v. 115, n. 2, p. 331-350, jan. 2005.

_____. Value pluralism. Disponível em: <http://philpapers.org/rec/CHAQP>. Acesso em: 02/06/2014.

HSIEH, Nien-Hê. Incommensurable values. In: ZALTA, Edward N. (org.). **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edição de inverno de 2012. Disponível em: <http://171.67.193.20/entries/value-incommensurable/>. Acesso em: 02/06/2014.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, p. 687-708, jul. 2012.

MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the critics. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, p. 709-731, jul. 2012.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986..

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable: Constitutional principles, balancing and rational decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, n. 3, p. 273-301, 2011.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 3, p. 468-493, jul. 2009.

URBINA, Francisco. A critique of proportionality. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 57, p. 49-80, 2012.

WEBER, Grégoire C. N. Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 23, n. 1, p. 179-202, jan. 2010.

Recebido em 05/08/2015
Aprovado em 02/08/2016
Received in 05/08/2015
Approved in 02/08/2016