
Tradução

Controle de Constitucionalidade e Equilíbrio Institucional: Comentários a Dimitrios Kyritsis[†]

Matthias Klatt

Professor de Teoria e Filosofia do Direito, Karl-Franzens Universität Graz, Graz, Áustria. E-mail: matthias.klatt@uni-graz.at

Resumo

Dimitrios Kyritsis nos proporcionou uma notável e interessante teoria sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade. Neste artigo eu sobreponho minha própria teoria sobre controle de constitucionalidade à de Kyritsis com o intuito de desenvolver precisamente um aporte com nossas concordâncias e discordâncias sobre o tema, viabilizando, assim, uma base para futuros e proveitosos debates entre nós. Resumi brevemente a teoria de Kyritsis, limitando-me às partes que considero relevante para minha discussão. Em seguida, apresentei minha própria teoria de concordância prática institucional, a qual pode ser aplicada para problemas envolvendo controle de constitucionalidade. A terceira seção compila alguns dos pontos em comum entre nossas teorias, enquanto a quarta lista brevemente algumas das pequenas divergências e problemas entre elas. Na quinta seção, dediquei-me ao que penso ser a distinção mais importante entre nossas teorias, ou seja, a escolha entre o modelo combinatório ou o modelo separatório.

Palavras-chave

Controle de Constitucionalidade; Proporcionalidade; Teoria dos Princípios; Separação dos Poderes.

[†] [N.T.] Obra originalmente publicada na revista **Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, 2019, DOI: 10.4000/revus.5180. Sua versão em inglês está disponível no endereço eletrônico <<https://journals.openedition.org/revus/5180>>. Traduzido para o português, com a autorização do autor, do artigo “*Judicial review and institutional balance – Comments on Dimitrios Kyritsis*” por Carolina A. Chagas (Karl-Franzens Universität Graz (Austria), ca.chagass@gmail.com). Agradecimento especial a Renan Medeiros de Oliveira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil) pelo trabalho editorial.

Sumário

Introdução; 1. A Legitimidade do Controle de Constitucionalidade; 2. A Teoria de Concordância Prática Institucional; 3. Consensos; 4. Divergências e Problemas; a) Proporcionalidade; b) O princípio da separação de poderes; c) Discurso e Controle de Constitucionalidade; d) Fraco, forte ou nenhum?; 5. Modelo combinatório versus Modelo separatório; Conclusão; Referências.

Introdução

Em um mundo perfeito não existiria controle de constitucionalidade. Não existiria controle de constitucionalidade, porque seria desnecessário. Controle de constitucionalidade seria desnecessário em um mundo perfeito, pois o Poder Legislativo sempre “acertaria”. Lei após lei, o Poder Legislativo iria simplesmente explicitar aquilo que é exigido pelos direitos fundamentais. E, evidentemente, em um mundo ideal, o Poder Executivo seguiria o exemplo.

Nosso mundo real, entretanto, não é perfeito por vários motivos. Por vezes, regimes são perversos, e legisladores produzem leis que promovem a riqueza de uma pequena elite de oligarcas; ou, pior, ditadores eliminam direitos de todas aquelas pessoas que não possuem a sorte de fazer parte do grupo dominante. Mesmo em sistemas não tão perversos, o Poder Legislativo, com frequência, encontra-se propenso a comprometer certos direitos em favor de outros interesses. Algumas pessoas, então, reivindicam que esses direitos foram violados, enquanto outros negam que tal violação tenha existido, e, logo, desacordos racionais (ou não tão racionais) acabam acontecendo frequentemente. Esta é a razão pela qual muitos sistemas jurídicos preveem o controle de constitucionalidade de decisões legislativas. Por conseguinte, nosso mundo real nos confronta com o problema da legitimidade do controle de constitucionalidade.

Dimitrios Kyritsis nos proporcionou uma notável e interessante teoria sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade. Neste artigo, irei sobrepor minha própria teoria sobre controle de constitucionalidade à de Kyritsis com o intuito de desenvolver precisamente um aporte com nossas concordâncias e discordâncias sobre o tema, viabilizando, assim, uma base para futuros e proveitosos debates entre nós. Resumirei brevemente a teoria de Kyritsis, limitando-me às partes que considero relevante para minha discussão (1). Em seguida, apresentarei minha própria teoria de concordância prática institucional, a qual pode ser aplicada para problemas envolvendo controle de constitucionalidade (2). A terceira seção compila alguns dos pontos em comum entre nossas teorias (3), enquanto a quarta lista brevemente algumas das pequenas divergências e problemas entre elas (4). Na quinta seção, dedicar-me-ei ao que penso ser a distinção mais

importante entre nossas teorias, ou seja, a escolha entre o modelo combinatório ou o modelo separatório (5).

1. A Legitimidade do Controle de Constitucionalidade

Em seu livro *“Where Our Protection Lies. Separation of Powers and Constitutional Review”*, publicado pela Oxford University Press em 2017, Dimitrios Kyritsis desenvolve uma rica e complexa descrição sobre controle de constitucionalidade. Não será possível apresentar aqui uma discussão completa de sua teoria. Ao invés disso, irei enumerar os diversos momentos nos quais Kyritsis torna a legitimidade do controle de constitucionalidade dependente da ideia de equilíbrio entre poderes institucionais.

Kyritsis se refere a uma descrição do controle de constitucionalidade baseada em equilíbrio em diversos momentos, por todo o seu livro. De fato, essa questão aparece em todos os capítulos, exceto nos capítulos dois e quatro. O fato de as passagens relevantes serem bastante difundidas, corrobora a tese deste ser um dos principais pontos do livro, apesar de Kyritsis não reunir todos seus comentários em um único extenso subcapítulo.

Logo no início de seu livro, Kyritsis afirma que o melhor modelo de controle de constitucionalidade é um meio-termo entre os dois extremos: “entusiastas” e “céticos”. Ao invés de incondicionalmente negar ou aceitar o controle de constitucionalidade, o importante é “sopesar” seus méritos e deméritos para determinar “sob quais condições” seu exercício seria legítimo.¹ Kyritsis refuta soluções no estilo “tudo ou nada” e exige que a legitimidade do controle de constitucionalidade seja julgada na base do “caso a caso”.² Essas considerações já sugerem algum tipo de sopesamento, e Kyritsis é explícito com relação a este ponto desde o começo. “Nosso interesse pela legitimidade”, ele escreve, “impõe um exercício de sopesamento” no qual direitos fundamentais “são sopesados contra considerações sobre design institucional”.³ O que determina, ao final, a legitimidade geral de um regime político, segundo Kyritsis, é conseguir o equilíbrio adequado entre os dois tipos de considerações morais, especificamente, considerações sobre o conteúdo de direitos e considerações sobre design institucional.⁴

Tendo estabelecido a necessidade de se levar em consideração o design institucional ao avaliar a legitimidade do controle de constitucionalidade, Kyritsis utiliza essas considerações institucionais para criticar Dworkin e as chamadas “teorias dialógicas”. No capítulo três, ele

¹ Kyritsis 2017: 2.

² Kyritsis 2017: 3.

³ Kyritsis 2017: 25.

⁴ Kyritsis 2017: 10-11; citando Fallon 2008; e Klatt 2015b.

introduz uma terminologia diferente daquela que usou nos capítulos anteriores: Kyritsis nomeia considerações sobre conteúdo de “considerações de primeira ordem” e as considerações sobre design constitucional de “considerações de segunda ordem”.⁵ Ele então contesta a teoria de Dworkin, a qual não proporciona um aporte próprio sobre a singularidade das considerações de segunda ordem. Dworkin, segundo Kyritsis, projeta questões de primeira ordem no design institucional, fazendo com que considerações de segunda ordem derivem de considerações sobre conteúdo. Desta forma Kyritsis alega que o caráter independente das considerações de segunda ordem está perdido.⁶

Neste momento, não pretendo discutir se esta objeção a Dworkin está correta. Gostaria na verdade de singularizar a intenção de Kyritsis com sua análise da teoria de Dworkin, qual seja, a de que teorias sobre controle de constitucionalidade devem levar em consideração a singularidade das questões de segunda ordem.

Este ponto é seguido, no capítulo cinco, por uma objeção similar às chamadas “teorias dialógicas”. Teorias dialógicas sobre controle de constitucionalidade frequentemente sustentam que somente um controle de constitucionalidade fraco é apropriado, e que o Poder Legislativo deve possuir a última palavra. De acordo com Kyritsis, essas teorias subestimam as considerações de segunda ordem sobre design institucional de duas maneiras. Primeiro, elas não levam em consideração o impacto autoritativo das decisões judiciais, ou seja, o fato de que Cortes determinam oficialmente o conteúdo concreto e o sentido de nossos direitos positivados.⁷ Kyritsis se refere a Raz e a Waldron para enfatizar este ponto. Cortes possuem autoridade prática e não meramente teórica no sentido atribuído por Raz.⁸ Elas criam “acordos institucionais” coercitivos de uma disputa legal.⁹ Segundo, juízes não são livres para trazer para o diálogo quaisquer ideias morais que possam ter. Pelo contrário, eles estão sujeitos aos limites de seu ordenamento jurídico, bem como ao seu papel institucional na empreitada jurídica.¹⁰ Baseado no impacto duplo das considerações institucionais, Kyritsis salienta que nós devemos distinguir e sopesar as dimensões autoritativa e discursiva do controle de constitucionalidade.¹¹

2. A Teoria de Concordância Prática Institucional

⁵ “First and second-order considerations” - Kyritsis 2017: 78 texto na nota de rodapé n. 49.

⁶ Kyritsis 2017: 79.

⁷ Kyritsis 2017: 101.

⁸ Cf Raz 1986: 29, 52-53.

⁹ Waldron 2003: 56.

¹⁰ Kyritsis 2017: 102.

¹¹ Kyritsis 2017: 101, 108

O projeto de Kyritsis de reconstruir o relacionamento entre Cortes e o Legislativo “através da ideia de cooperação institucional”¹² assemelha-se a minha teoria de concordância prática institucional. Tal como ele, eu endosso uma teoria que reconhece e combina ambas as dimensões autoritativa e discursiva do controle de constitucionalidade. Inicialmente, desenvolvi minha teoria para resolver conflitos jurisdicionais no sistema europeu de múltiplos níveis de proteção de direitos fundamentais.¹³ Posteriormente, apliquei essa teoria especificamente para casos de controle de constitucionalidade de direitos sociais.¹⁴ Eu sustento, no entanto, que essa teoria possui um caráter universal. Seu poder analítico a torna apropriada para resolver o problema do controle de constitucionalidade em geral.¹⁵

O ponto essencial é que, através dela, podemos reconstruir o problema do controle de constitucionalidade como um conflito de competências. Uma competência é uma habilidade legalmente estabelecida capaz de alterar a situação normativa através de um ato institucional.¹⁶ No caso do controle de constitucionalidade, o conflito se encontra entre as competências do Poder Legislativo de decidir sobre questões relevantes para a sociedade e a competência da Corte Constitucional para controlar essas decisões legislativas. Como já argumentei em outro momento, competências são um tipo específico de normas jurídicas.¹⁷ Elas são princípios, não regras.¹⁸ Princípios podem ser satisfeitos em diferentes graus, enquanto regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas.¹⁹ A teoria dos princípios distingue princípios materiais de princípios formais.²⁰ Princípios materiais (ou substanciais) estabelecem conteúdo substancial; os exemplos mais importantes de princípios materiais são os direitos fundamentais. Princípios formais (ou procedimentais), em contrapartida, estabelecem quem possui autoridade para tomar decisões substanciais. Eles retratam a dimensão autoritativa do sistema jurídico.²¹ Eu defendo que princípios formais representam competências.

Esse fundamento teórico-normativo é de extrema importância para o desenvolvimento de um modelo legítimo para o controle de constitucionalidade, pois as características próprias dos princípios podem ajudar nesse sentido. Princípios são mandamentos de otimização, e eles frequentemente colidem entre si. Princípios requerem que algo seja realizado na maior medida

¹² Kyritsis 2017: 3.

¹³ Klatt 2015a; este artigo é baseado em um livro meu publicado em alemão, que foi minha tese de habilitação, Klatt 2014b.

¹⁴ Klatt 2015b; cf Bilchitz 2015.

¹⁵ Ver, sobretudo, minhas observações finais em Klatt 2015b: 382.

¹⁶ Ross 1968: 130.

¹⁷ Klatt 2015b: 363.

¹⁸ Nota-se que o conceito de princípio empregado aqui é diferente daquele desenvolvido por Dworkin.

¹⁹ Klatt & Meister 2012b: 10.

²⁰ Alexy 2002a: 58, 82, 192, 313, 416.

²¹ Klatt & Meister 2012b: 135-146.

possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas.²² Nós estamos mais familiarizados com essas características no que diz respeito aos casos de princípios materiais. Seu âmbito de otimização é de caráter material, como, por exemplo, liberdade de expressão, proteção da honra e da reputação de uma pessoa etc. Existem também, entretanto, princípios que possuem um âmbito de otimização formal, como o poder irrestrito de decisão majoritária, o controle exercido por uma Corte Constitucional etc. Neste artigo, foco será dado aos princípios formais.

No contexto atual, as possibilidades jurídicas de otimização são relevantes, e essas são definidas pela colisão de princípios em uma situação conflituosa. Princípios colidentes puxam em diferentes direções, e o caminho correto a ser seguido deverá ser determinado pelo sopesamento, de acordo com os pesos específicos que esses princípios possuem em determinado caso.²³

É possível reconstruir muito bem o problema do controle de constitucionalidade com a ajuda dessas ferramentas analíticas da teoria dos princípios.²⁴ Muitas Constituições não possuem apenas diversos direitos fundamentais, ou seja, princípios materiais, que colidem entre si. Elas também possuem diversas competências, ou seja, princípios formais, que, da mesma forma, colidem entre si. Certas Constituições empenham-se em proteger as competências do Congresso democraticamente eleito. Contudo, elas também visam proteger direitos fundamentais, estabelecendo uma competência de controle a ser exercida pelas Cortes. No exercício do controle de constitucionalidade, ambas as competências colidem. Ambas não podem ser completamente satisfeitas. Elas devem, no entanto, ser realizadas na maior medida possível, visto que são mandamentos de otimização. A solução para o problema institucional do controle de constitucionalidade, portanto, encontra-se no sopesamento entre princípios formais colidentes, a fim de determinar qual competência deve ganhar preferência em um determinado caso.²⁵

Essencial para essa solução é a ideia de concordância prática de competências. A ideia de concordância prática foi desenvolvida por Konrad Hesse como uma forma de resolver conflitos entre direitos fundamentais.²⁶ Ela é atualmente o principal entendimento na doutrina constitucional alemã sobre conflitos entre direitos. O cerne dessa ideia extremamente influente de Hesse é que quando direitos fundamentais colidem entre si em uma situação conflituosa - como eles frequentemente fazem - nenhum desses direitos necessita ceder completamente. Pelo contrário, eles devem se correlacionar entre si de maneira que ambos possam ser efetivados. Em

²² Alexy 2002a: 47; Klatt & Meister 2012b: 10.

²³ Klatt & Meister 2012b: 10-13.

²⁴ Cf Klatt 2015b: 364.

²⁵ Para mais detalhes sobre esse sopesamento, ver Klatt 2015b: 364-376.

²⁶ Hesse 1995: § 2 para. 72.

outras palavras, ambos os direitos precisam ser limitados em tal medida que garanta tanto quanto possível uma efetividade adequada para ambos.²⁷

Transferi a ideia de Hesse do âmbito substancial dos direitos fundamentais para o âmbito institucional das autoridades jurídicas e das competências.²⁸ A teoria de concordância prática institucional permite distinguir e estabelecer diferentes graus de autoridade jurídica em uma escala de poderes institucionais. Ela se contrasta com as teorias que reconhecem apenas dois possíveis relacionamentos entre diferentes autoridades jurídicas, a saber, cooperação ou disputa.²⁹ A teoria de concordância prática institucional proporciona um meio-termo entre essas perspectivas extremas. Ademais, ela é dinâmica em dois importantes aspectos.³⁰ Primeiro, ela proporciona uma mudança nos poderes relativos, de acordo com as circunstâncias específicas do caso. Segundo, ela possibilita que o equilíbrio institucional entre as competências colidentes do Poder Legislativo e das Cortes sofra alterações com o tempo.

3. Consensos

Muitos dos elementos da minha teoria mencionados na seção anterior parecem coincidir com a teoria de Kyritsis sobre controle de constitucionalidade. Eu estou de acordo com muitos dos pontos suscitados em seu livro, como, por exemplo, sua visão crítica³¹ com relação às populares teorias “dialógicas”, as quais minimizam as ações de autoridades institucionais a meras “conversas”. No entanto, eu irei discutir aqui apenas nossos pontos em comum no que diz respeito especificamente à ideia de equilíbrio institucional no controle de constitucionalidade.

Primeiramente, Kyritsis invoca dois tipos de considerações morais relacionadas ao conteúdo de direitos fundamentais e design institucional. Minha teoria se refere a elas como princípios materiais e formais, respectivamente. Assim como Kyritsis, a teoria de concordância prática institucional também insiste em distinguir níveis materiais e formais da teoria constitucional. Essa proximidade entre nossas teorias é confirmada pelos exemplos que Kyritsis enumera como considerações de segunda ordem: a composição das instituições; os processos que elas seguem para produzir suas decisões; separação dos poderes; pesos e contrapesos (*checks and balances*) entre as diferentes autoridades jurídicas.³² Todas essas considerações são princípios

²⁷ Para um breve resumo da ideia de Hesse, ver Marauhn & Ruppel 2008.

²⁸ Klatt 2014b: 16-19.

²⁹ Barber 2013: 570-577.

³⁰ Para uma perspectiva similar cf Fritzsche 2010: 386.

³¹ O título do Capítulo 5 de Kyritsis fala por si só: “A Little Less Conversation, a Little More Action”.

³² Kyritsis 2017: 78.

formais, ou, ao menos, fatores importantes para determinar o peso concreto de uma competência.³³ Por exemplo, a composição de uma instituição e os processos que ela segue para produzir sua decisão, ambos, determinam a qualidade dessa decisão. Quanto melhor a qualidade da decisão primária, maior o peso que ela exerce em um determinado caso. Como já demonstrei,³⁴ o processo legislativo para produzir uma lei pode exibir tanto um envolvimento minucioso com o assunto em questão, reunindo considerável expertise, quanto uma preparação superficial e apressada.³⁵ No primeiro caso, o peso da competência do Poder Legislativo para decidir a questão será considerado grande, considerando que todos os outros fatores são iguais, de forma que o controle de constitucionalidade possa ser exercido somente com alta moderação. No segundo caso, em contraste, a importância de se exercer o controle de constitucionalidade aumenta.

Essas considerações apontam para o segundo ponto em comum entre nossas teorias. Elas demonstram que controle de constitucionalidade na teoria de concordância prática não se trata de uma questão de “um ou outro” (*either-or*), mas uma questão de grau.³⁶ O problema do controle de constitucionalidade não é se o Poder Legislativo poderia determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou, por outro lado, se essa é uma tarefa do Poder Judiciário. O problema é, na verdade, como ambas as competências combinam e interagem constitucionalmente entre si. Isto condiz muito bem com o posicionamento de Kyritsis ao afirmar que o controle de constitucionalidade não deve ser apreciado na maneira do tudo ou nada, mas sim “caso a caso”.³⁷ Ademais, o enfoque dado pela minha teoria ao distinguir os graus de controle e determinar o grau correto dentre uma escala reflete bem o objetivo de Kyritsis de justificar um meio-termo entre as duas posições extremas de entusiastas e céticos.

O terceiro ponto em comum entre nossas teorias diz respeito ao papel do sopesamento na determinação de um modelo legítimo para o controle de constitucionalidade. Kyritsis ressalta que um sopesamento entre direitos fundamentais e design institucional seria necessário e que esse sopesamento permitiria estabelecer “sob que condições” o controle de constitucionalidade seria legítimo.³⁸ Este é precisamente o ponto que a teoria de concordância prática institucional afirma esclarecer ao proporcionar uma descrição minuciosa desse mecanismo de sopesamento, explicitando os detalhes de seu procedimento. Um dos pontos mais importantes da teoria dos princípios é o fato de não ser possível determinar relações de preferências incondicionadas entre princípios colidentes, as quais poderiam estabelecer a preferência de forma geral, abstrata e

³³ Sobre fatores para determinar o peso concreto de uma competência, ver Klatt 2015b: 367-373, 2014b: 222-244.

³⁴ Klatt 2015b: 367.

³⁵ Ou, de fato, qualquer coisa entre esses dois extremos.

³⁶ Cf Klatt 2015b: 364.

³⁷ Kyritsis 2017: 3.

³⁸ Kyritsis 2017: 1, 25.

definitiva. Pelo contrário, o resultado de um sopesamento de princípios será sempre dependente das circunstâncias fáticas e jurídicas de casos concretos, e, conseqüentemente, somente relações de preferência condicionadas podem ser estabelecidas.³⁹ Qualquer um que se refira, como Kyritsis, a relações de preferência condicionadas entre princípios constitucionais, ao invés de incondicionadas, adere ao campo da teoria dos princípios. Nossas teorias, portanto, claramente coincidem no fato de ambas negarem a possibilidade de se determinar preferências incondicionadas entre as competências do Legislativo e das Cortes.

Como quarto ponto, enquanto Kyritsis reconhece que juízes argumentam fazendo referência a percepções morais sobre o âmbito dos direitos, ele também salienta a estrutura limitada de seu papel institucional.⁴⁰ Essa descrição reitera a tese do caso especial que eu também defendo em minha teoria de concordância prática institucional. A tese do caso especial sustenta que a argumentação jurídica é uma parte do discurso moral, mas vinculado ao contexto e estrutura de um sistema jurídico concreto.⁴¹ Esse último estabelece limitações ao discurso moral através de leis, jurisprudência, doutrina jurídica etc. É esta segunda parte da tese do caso especial que é relevante aqui. Se é correto afirmar que a argumentação das Cortes Constitucionais ao exercerem o controle de constitucionalidade é argumentação jurídica, então a argumentação constitucional está submetida à tese do caso especial. Este é o caso, especialmente, no que diz respeito à chamada justificação externa no sopesamento de princípios constitucionais.⁴²

Essa é a minha lista de pontos em comum entre nossas teorias. Consensos, no entanto, são um processo bidirecional, de modo que estou curioso para saber se Kyritsis, a partir de sua perspectiva, também aceita esses pontos em sua resposta.

4. Divergências e Problemas

Não querendo minimizar a qualidade significativa de nossos pontos em comum, gostaria de salientar alguns problemas que possuo com parte da descrição de Kyritsis e, assim, mencionar quatro pequenas divergências entre nossas teorias nessa seção (a-d) e, na próxima seção, uma discordância substancial que eu possuo com o posicionamento de Kyritsis sobre controle de constitucionalidade (5).

³⁹ Klatt 2015a: 202-204, 208, 225.

⁴⁰ Kyritsis 2017: 101-102.

⁴¹ Alexy 1989: 212-220, 1999; cf Klatt 2012: 4-5, 14.

⁴² Klatt & Meister 2012b: 53, 72, 158, 168; Sobre a "infecção moral" da máxima da proporcionalidade, ver Klatt & Meister 2012a: 692-695; Eu explorei mais a fundo esse ponto no meu debate na ICon com Luc Tremblay, Klatt 2014a: 897-899.

a) Proporcionalidade

Kyritsis aborda a máxima da proporcionalidade em uma breve seção de seu oitavo capítulo. Em especial, ele suscita preocupações “profundamente céticas” com relação ao “tom consequencialista” da análise de proporcionalidade, citando e, por conseguinte, presumidamente seguindo o criticismo de Tsakyrakis.⁴³ Entretanto, como já demonstrei em outro momento, a análise de proporcionalidade não pressupõe uma teoria moral puramente utilitária e consequencialista, e lamento se Kyritsis tiver corroborado com este frequente mal-entendido sobre a análise de proporcionalidade endossado por Tsakyrakis. A análise de proporcionalidade deve estar ligada a, ou suplementado por, uma teoria de argumentação jurídica e uma teoria de valores morais. A análise de proporcionalidade carrega consigo uma “infecção moral”.⁴⁴ Proporcionalidade não pode evitar totalmente a argumentação moral. Na verdade, a argumentação moral é um componente essencial para a adjudicação de direitos.⁴⁵ Como já estabeleci em outro momento, essa “infecção moral” provém de dois elementos distintos: a tese do caso especial e a distinção entre justificação interna e externa. De acordo com a tese do caso especial, a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral.⁴⁶ No caso da análise de proporcionalidade, a avaliação dos graus de satisfação e de não-satisfação dos princípios colidentes irá sempre depender de considerações morais consideráveis e contestáveis.⁴⁷ A estrutura formal interna da máxima da proporcionalidade é, de fato, neutra com relação à moralidade. Porém, qualquer utilização dessa estrutura interna depende de uma argumentação prática teoricamente informada, provinda de fora. Esta é a chamada justificação externa, a qual alimenta a estrutura interna da máxima da proporcionalidade. Justificação interna e externa devem sempre complementar uma a outra, e juntas elas demonstram que a análise de proporcionalidade não pode se abster de estar vinculada ao discurso moral.⁴⁸ Eu caracterizo a máxima da proporcionalidade como uma relação de transmissão entre as premissas e a conclusão.⁴⁹ O resultado da análise de proporcionalidade necessariamente recebe todas as incertezas dessas proposições substanciais, políticas e morais, contestáveis, usadas para justificar externamente as premissas utilizadas. Um dos principais benefícios que a análise de proporcionalidade fornece é precisamente a clareza com relação à necessidade de se justificar

⁴³ Kyritsis 2017: 187 com as notas de rodapé n. 21 and 22; citando Tsakyrakis 2009.

⁴⁴ Klatt & Meister 2012a: 692-695.

⁴⁵ Klatt & Meister 2012a: 692.

⁴⁶ Klatt & Meister 2012a: 693.

⁴⁷ Afonso da Silva 2011: 288.

⁴⁸ Klatt 2014a: 899.

⁴⁹ Klatt 2014a: 899.

moralmente as premissas usadas para se determinar os fins e os meios, bem como suas relações de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Não obstante essa infecção moral, e esse é o ponto para o qual eu gostaria de chamar a atenção de Kyritsis, a máxima da proporcionalidade não vem automaticamente com uma teoria moral específica, como, por exemplo, utilitarismo. Na realidade, ela é passível de ser suplementada por diferentes tipos de teorias morais. Proporcionalidade é “uma estrutura formal que depende essencialmente das premissas provindas de fora”.⁵⁰ Em outras palavras, as considerações morais usadas para justificar as premissas da análise de proporcionalidade, sobretudo a atribuição de pesos abstratos e concretos para os princípios colidentes na fase de sopesamento, devem ser justificados por argumentos, os quais são separados e independentes da máxima da proporcionalidade em si.⁵¹ Esses argumentos fomentam a estrutura formal da proporcionalidade vindos de fora; eles não são propriamente argumentos da máxima da proporcionalidade. Eles são usados na análise de proporcionalidade, porém eles são originários de outro lugar.⁵² Justificação externa não é algo específico da análise de proporcionalidade, mas sim uma discussão completamente diferente na qual a máxima da proporcionalidade em si não participa. O que quero dizer é que, à luz dos comentários céticos de Kyritsis sobre consequencialismo, a máxima da proporcionalidade não está ligada ao pensamento consequencialista mais do que a qualquer outra teoria moral.

Para ser mais exato, a análise de proporcionalidade não figura proeminentemente no livro de Kyritsis. Isto é de certa forma uma lástima, tendo em vista que uma compreensão adequada da análise de proporcionalidade auxilia enormemente na resolução de problemas que algumas vozes críticas atribuem ao controle de constitucionalidade. Muitas das questões enfrentadas por Kyritsis, como a noção de deferência judicial, ou dos diferentes graus de intensidade de controle, são consideradas essenciais na análise de proporcionalidade. A teoria dos princípios expandiu a máxima da proporcionalidade como uma forma de argumento jurídico na argumentação sobre direitos fundamentais, para uma complexidade muito mais elaborada do que parte da doutrina crítica se apercebe.⁵³ De fato, essa teoria oferece uma ideia detalhada⁵⁴ sobre vários tipos de deferência e, precisamente, corrobora o ponto de vista que Kyritsis⁵⁵ persuasivamente traz em seu capítulo oitavo, de que nada na lógica dos direitos fundamentais inviabiliza o exercício da deferência judicial – algo que eu não poderia concordar mais.

⁵⁰ Alexy 2007: 344.

⁵¹ Cf Klatt 2014a: 898.

⁵² Klatt 2014a: 899.

⁵³ Alexy 2002a; Klatt & Meister 2012b.

⁵⁴ Klatt & Meister 2012b: 75-84, 105-108, 132-135; Klatt & Schmidt 2010.

⁵⁵ Kyritsis 2017: 182.

b) O princípio da separação de poderes

Uma segunda pequena divergência entre a minha teoria e a de Kyritsis está relacionada ao *status* do princípio da separação dos poderes. Logo no início do seu livro, Kyritsis introduz o princípio da separação dos poderes como a principal ferramenta para resolver o problema da legitimidade do controle de constitucionalidade. Ele caracteriza a separação de poderes como “um princípio abrangedor da moralidade política”, o qual guia as relações entre as Cortes e o Legislativo em seu “projeto comum” de proteger os direitos.⁵⁶ Eu tenho ressalvas sobre o uso do termo “abrangedor”. Se este fosse o caso, o sopesamento entre as várias considerações para determinar a legitimidade do controle de constitucionalidade, portanto, aconteceria dentro do supercritério da separação dos poderes. Eu desconfio da possibilidade de todos os fatores relevantes para a legitimidade do controle de constitucionalidade conseguirem ser caracterizados como subaspectos da separação dos poderes. Caso, no entanto, a separação dos poderes fosse somente um dos princípios colidentes e, se estivesse em colisão com outros princípios, não seria possível lhe atribuir o *status* de supercritério abrangedor.

Parece mais plausível arguir que o sopesamento necessário para determinar a legitimidade do controle de constitucionalidade abarca considerações tanto dos aspectos formais quanto materiais do Estado de Direito. O princípio da separação dos poderes, contudo, está relacionado apenas ao aspecto formal do Estado de Direito. Nesse sentido, é o Estado de Direito de dupla natureza⁵⁷ em sua totalidade, ao invés do princípio da separação dos poderes, que se configura como o princípio “abrangedor” buscado por Kyritsis. Somente o princípio da separação dos poderes não é capaz de dar conta.

c) Discurso e Controle de Constitucionalidade

A terceira pequena divergência entre nossas teorias encontra-se, provavelmente, na apreciação dada aos elementos discursivos do controle de constitucionalidade. Kyritsis adequadamente descreve a tensão entre as considerações de primeira e de segunda ordem, bem como o desafio de abarcar ambos os tipos de considerações em uma teoria global do controle de constitucionalidade. Estou de acordo com ambos os pontos. Concorro, igualmente, com o seu argumento de que as populares teorias “dialógicas” minimizam o lado autoritativo do controle de constitucionalidade, relacionado a competências. Kyritsis afirma de forma bastante convincente

⁵⁶ Kyritsis 2017: 3.

⁵⁷ Sobre os elementos formais e materiais no “Estado de Direito de dupla natureza”, ver Klatt 2016: 29-30.

que teorias “dialogicas” não apresentam os recursos normativos necessários para levar em consideração os limites do controle de constitucionalidade.⁵⁸

Duas observações, no entanto, são oportunas. Primeiro, é possível se perguntar se Kyritsis não comete o erro oposto, ao minimizar o elemento discursivo do controle de constitucionalidade e evidenciar demasiadamente sua dimensão institucional. Essa preocupação é justificada através de sua afirmação de que o potencial discursivo capaz de aperfeiçoar a deliberação pública seria somente um valioso “efeito-colateral” e que o controle de constitucionalidade estaria primordialmente “centrado no poder”.⁵⁹ Em contraponto a essas afirmações, gostaria de salientar que o potencial discursivo para aperfeiçoar as deliberações públicas é um dos principais efeitos do controle de constitucionalidade. A meu ver, a dimensão “centrada no poder” e a dimensão “discursiva” do controle de constitucionalidade possuem o mesmo peso abstrato. Gostaria de destacar, portanto, que deve ser considerado uma falha tanto enfatizar a dimensão autoritativa da adjudicação constitucional em detrimento da dimensão discursiva, quanto alterar o peso dessas duas dimensões de forma inversa. Kyritsis, entretanto, levanta somente essa última falha em seu livro.⁶⁰

Segundo, é necessário enfatizar que as críticas que Kyritsis levanta contra as teorias “dialogicas” não afetam a teoria discursiva como as de Habermas-Alexy. Essa última teoria de fato leva em consideração a dimensão institucional do controle de constitucionalidade.⁶¹ O fato que me leva a suscitar esse ponto é precisamente o uso por Kyritsis do termo “discursivo” durante suas críticas às teorias dialogicas. “Discurso” e “diálogo” representam duas escolas de pensamento totalmente diferentes, e a primeira não é afetada pelas críticas contundentes de Kyritsis à segunda.

d) Fraco, forte ou nenhum?

Em termos de design constitucional, uma dupla questão aparece: deveria um sistema jurídico possuir controle de constitucionalidade? E se essa questão for respondida positivamente: o grau do controle a ser exercício pela Corte deveria ser fraco ou forte? Eu não pretendo adentrar nesses problemas aqui. Na verdade, eu gostaria de comentar o *caráter* dessas questões. Moralidade política, de acordo com Kyritsis, é que decide sobre a possibilidade de se oferecer controle de constitucionalidade no geral, e, se for este o caso, o grau legítimo de controle. Ele salienta logo de início que sua teoria “não prescreve o controle de constitucionalidade como um elemento necessário de sistemas políticos legítimos” e que ele “apenas gostaria de adicionar o controle de

⁵⁸ Cf Kyritsis 2017: 119.

⁵⁹ Kyritsis 2017: 116; no segundo comentário Kyritsis cita Kahana positivamente.

⁶⁰ Cf Kyritsis 2017: 116.

⁶¹ Ver, por exemplo, Klatt 2015b.

constitucionalidade no menu de opções”.⁶² De maneira similar, ele enfatiza que “não pretende oferecer um argumento normativo” tanto para um controle de constitucionalidade fraco, quanto forte, pois essa seria uma questão de “escolha institucional”.⁶³ Em síntese, segundo Kyritsis, essas questões possuem um caráter político, e não jurídico.

Considero esse posicionamento uma peculiar abdicação da teoria constitucional como disciplina jurídica, ao menos no que diz respeito à escolha entre os diferentes graus de controle.⁶⁴ Contrariamente a Kyritsis, gostaria de salientar que a partir da perspectiva da teoria de concordância prática institucional, os princípios formais colidentes, assim como os fatores que determinam seu peso concreto, possuem um caráter jurídico, ao invés de serem meros princípios de moralidade política. Afinal, todos os aspectos elaborados por Kyritsis em seu livro não são apenas parte da prudência política. Eles são, na verdade, normas constitucionais vinculantes: separação dos poderes, subsidiariedade, princípios substanciais e direitos fundamentais, democracia e assim por diante. Transferir o problema do controle de constitucionalidade para a moralidade política não tira proveito das capacidades do direito constitucional em prover segurança jurídica e limite jurídico ao poder.

O segundo receio que possuo com a explicação de Kyritsis para determinar o grau correto de controle é que ela parece demasiadamente rígida e muito abstrata. Assim que a escolha política por um tipo específico de sistema de controle de constitucionalidade for feita pelos designers constitucionais, o grau de controle é fixado de uma vez por todas dentro de um sistema jurídico.⁶⁵ Em total contraste com essa escolha por sistemas, a teoria de concordância prática institucional permite graus flexíveis de controle também dentro de um sistema em particular. O sopesamento de competências é sensível às circunstâncias específicas do caso concreto ou, ao menos, a grupos de casos. Dessa forma, uma vez que um sistema oferece controle de constitucionalidade, a escala completa de graus de controle está, a princípio, disponível às Cortes. As Cortes devem, evidentemente, justificar suas escolhas por um grau de intensidade de controle em específico para um caso em particular através de um sopesamento de princípios formais. Esta compreensão estruturada flexível, mas ainda jurídica (e não política), da correta intensidade de controle é preferível à escolha por sistemas, pois possibilita, de forma mais satisfatória, julgamentos à base de casos concretos. A ideia de Kyritsis de que uma escolha é necessária dentre um leque de opções está indo pelo caminho correto. No entanto, ele deveria dar um passo adiante e prever que escolhas sejam feitas dentro de um sistema.

⁶² Kyritsis 2017: 6.

⁶³ Kyritsis 2017: 107.

⁶⁴ Cf. Klatt 2015a: 199, 204-205.

⁶⁵ Kyritsis 2017: 122, 150-151.

5. Modelo combinatório versus Modelo separatório

O problema de se adotar um modelo combinatório ou um modelo separatório está relacionado à relação entre considerações de primeira e de segunda ordem, nos termos de Kyritsis, ou à relação entre princípios materiais e formais, nos termos da teoria dos princípios. Kyritsis possui um grande mérito pelo fato de ser um dos poucos autores de fora da teoria dos princípios que abordou esse tema de forma aprofundada. De fato, muito do que ele escreve relembra o debate entre autores da teoria dos princípios, que começou com o famoso diálogo entre Trevor Allan e Robert Alexy. Primeiramente, sintetizarei o pensamento de Kyritsis sobre o tema. Em seguida, relembrarei o debate entre Alexy e Allan e, por fim, irei me dedicar a algumas considerações novas sobre o assunto.

Kyritsis salienta em vários momentos durante o seu livro que a sua teoria sobre controle de constitucionalidade não apenas permite o sopesamento de considerações de primeira ordem com considerações de segunda ordem entre si, mas exige tal sopesamento.⁶⁶ Principalmente nos capítulos sete e oito, ele discute o ponto que eu gostaria de elaborar agora. Esse ponto se remete ao problema sobre ser possível um sopesamento direto entre princípios materiais e formais.

Kyritsis parece adotar o posicionamento de que tal sopesamento seria possível. Como consequência de sua abordagem do controle de constitucionalidade legítimo, a qual combina direitos substanciais com considerações relativas à autoridade, Kyritsis salienta que considerações de design institucional podem, na realidade, “relaxar o punho” dos limites deontológicos que advém de direitos substanciais morais.⁶⁷ Como resultado, o conteúdo substancial dos direitos fundamentais pode ficar aquém do conteúdo de direitos morais por razões de design institucional: “Considerações institucionais, como a necessidade de coordenação ou expertise, podem influenciar o conteúdo de direitos fundamentais [...] os juízes devem atribuir peso normativo às contribuições que sejam moralmente subótimas.”⁶⁸

O argumento principal contra esse sopesamento direto entre princípios formais e materiais, no entanto, é o argumento da incomensurabilidade. Waldron alega que sopesar fontes formais e materiais de legitimidade seria constituir um “erro categórico”.⁶⁹ Na mesma linha, Allan afirma que considerações formais de design institucional seriam “externos” à argumentação sobre direitos

⁶⁶ Ver acima em O.

⁶⁷ Kyritsis 2017: 186-187.

⁶⁸ Kyritsis 2017: 193; ver também 189, 197.

⁶⁹ Waldron 1997: 10; cf Kyritsis 2017: 12-13.

relacionada à justiça, e que ambos funcionariam “em diferentes escalas de apreciação”.⁷⁰ Kyritsis não é convencido por essas objeções, e eu também não.⁷¹ Comensurabilidade não é, no geral, um pré-requisito para o sopesamento, mas seu resultado. É precisamente o objetivo do sopesamento tornar princípios colidentes comensuráveis, mesmo se essa tarefa – deixada para nós pelo fato da Constituição possuir tanto princípios formais quanto materiais – for difícil.⁷²

Há, contudo, uma variante da objeção da incomensurabilidade que vale a pena ser considerada mais a fundo. Ela se encontra notoriamente no debate entre Alexy e Allan.⁷³ Alexy, originalmente, chegou a adotar uma visão bastante similar à de Kyritsis, permitindo o sopesamento direto entre princípios formais e materiais.⁷⁴ Esse posicionamento é chamado de modelo combinatório, pois ambos os tipos de princípios são combinados no mesmo exercício de sopesamento.⁷⁵ O modelo combinatório já estava presente nos primeiros trabalhos de Dworkin. Dworkin chamava princípios formais de “princípios conservadores” e princípios materiais de “princípios substantivos”.⁷⁶

Um dos principais problemas do modelo combinatório, entretanto, é explicar a partir de uma perspectiva substancial o porquê deveria ser moralmente justificável se esquivar dos requisitos substanciais dos direitos pelo motivo de uma autoridade acreditar que tal desvio é adequado ou apropriado. Direitos fundamentais perderiam, afinal, seu poder vinculante contra essas autoridades dessa forma. Esse problema é, possivelmente, a razão pela qual Alexy afirma posteriormente que princípios procedimentais poderiam se sobrepor a direitos substanciais somente em conexão com outros princípios substanciais.⁷⁷

Allan, contudo, opõe-se a esse modelo combinatório, pois um princípio formal, como o princípio da democracia fomentando a autoridade do Congresso, nunca poderia justificar a violação de um direito substancial que não seja substancialmente justificável.⁷⁸ Alexy, em sua resposta, reconheceu esse argumento e ainda ofereceu mais um contrário ao modelo combinatório.⁷⁹ Ele concluiu que princípios formais não podem participar “diretamente” em um sopesamento de princípios substanciais.⁸⁰

⁷⁰ Allan 2006: 688; cf Kyritsis 2017: 173.

⁷¹ Kyritsis 2017: 174.

⁷² Klatt & Meister 2012b: 58-66, 2012a: 699; ver também Afonso da Silva 2011: 273.

⁷³ Allan 2012; Alexy 2012: 329-332.

⁷⁴ Alexy 2002a: 82.

⁷⁵ Cf Klatt 2014b: 179-181, 190.

⁷⁶ Dworkin 1977: 38.

⁷⁷ Alexy 2002b: 423.

⁷⁸ Allan 2012: 136; ver também Allan 2006: 675, 2004: 291.

⁷⁹ Alexy 2012: 330-331.

⁸⁰ Alexy 2012: 331; cf Klatt 2014b: 180-181, 190.

Com essas considerações, o modelo combinatório se encontra sob ataque, e me parece que Kyritsis poderia expandir sua resposta para incluir esses desafios, visto que existe uma alternativa ao modelo combinatório, qual seja, o modelo separatório. O modelo separatório distingue estritamente o plano substancial dos direitos fundamentais do plano formal do poder e da autoridade.⁸¹ No modelo separatório, o sopesamento que determina a legitimidade do controle de constitucionalidade não acontece diretamente entre princípios formais e materiais, mas exclusivamente entre princípios formais. O modelo separatório, portanto, não é abalado pelas críticas de Allan. No que diz respeito ao sopesamento entre princípios materiais, como por exemplo, direitos fundamentais colidentes, o modelo separatório mantém esse sopesamento livre de quaisquer considerações sobre colisão de competências.⁸² Esse modelo é preferível ao modelo combinatório, tendo em vista que todas as autoridades públicas estão vinculadas ao conteúdo dos direitos fundamentais.⁸³ Essa vinculação estaria comprometida se considerações sobre competências estivessem entrelaçadas com sopesamento material, como reivindicado pelo modelo combinatório. Rivers acentuou corretamente “a lacuna lógica entre o que o Legislativo faz quando procura estabelecer limites proporcionais com direitos e o que a Corte faz quando revisa essa legislação”.⁸⁴ Aspectos desse último são normalmente irrelevantes ao anterior. No modelo separatório, a solução para o conflito inerente ao controle de constitucionalidade, mais precisamente o conflito entre a competência do Legislativo de decidir e a competência da Corte de controlar, é solucionado no plano formal, através do sopesamento de princípios formais.⁸⁵

Ambos os modelos devem vencer o desafio de explicar detalhadamente como exatamente o sopesamento acontece. O modelo separatório já apresentou alguns de seus detalhes operacionais, incluindo a lei de sopesamento formal, a fórmula do peso formal e a lista de fatores relevantes para a justificação externa dos pesos concretos das competências colidentes.⁸⁶ A mim me parece, em contrapartida, que o modelo combinatório não se encontra ainda totalmente desenvolvido com relação aos detalhes operacionais do sopesamento entre princípios materiais e formais.⁸⁷ Gostaria de ressaltar que a minha própria teoria fornece os detalhes operacionais do sopesamento de competências no controle de constitucionalidade, e, consequentemente, proporciona respostas a questões que Kyritsis deixa em aberto. Com um olhar na lista de

⁸¹ Eu apresentei o modelo separatório antes como o “modelo de dois níveis” em Klatt & Meister 2012b: 141-146; ver também Klatt 2014b: 191-203.

⁸² Klatt & Schmidt 2012: 583; ver também Rivers 2006: 205.

⁸³ Rivers 2006: 206.

⁸⁴ Rivers 2012: 252.

⁸⁵ Cf Klatt 2015a: 211-217.

⁸⁶ Klatt 2015a: 209-217, 2015b: 364-376, 2014b.

⁸⁷ Eu explorei duas variantes diferentes do modelo combinatório, integrando princípios formais na justificação interna e externa da fórmula do peso, e achei ambas as variações problemáticas, ver Klatt 2014b: 181-190.

concordâncias entre nossas teorias, é possível levantar a tese de que nossas teorias se encontram em uma relação de complementaridade e de mútuo reforço entre si.

Seria extremamente interessante saber como Kyritsis avalia o modelo separatório. Particularmente, surpreende-me que Kyritsis – embora seja um proponente do modelo combinatório, se a minha interpretação estiver correta – pareça defender o modelo separatório durante sua análise da posição que Allan adotou em seus trabalhos mais recentes.⁸⁸ Analisando os tais trabalhos, Kyritsis primeiro afirma que, atualmente, Allan parece reconhecer a “interação entre considerações de design institucional e conteúdo” e uma posição “intrínseca” de deferência na argumentação judicial sobre direitos.⁸⁹ Esse novo posicionamento de Allan, caso relatado corretamente por Kyritsis – algo que eu não irei tratar aqui –, parece-se muito com o antigo modelo combinatório, integrando elementos de primeiro nível e de segundo nível em somente uma argumentação, ao invés de em diferentes níveis de deliberação. O que quero dizer é que quando Kyritsis, na próxima página, começa a criticar o novo posicionamento de Allan, parece estar argumentando a favor do modelo separatório: Kyritsis requer que se mantenha a distinção criada por Dworkin entre direitos preferenciais (*background rights*) e direitos institucionais (*institutional rights*).⁹⁰ As críticas de Kyritsis nesse ponto necessariamente separam considerações sobre direitos básicos materiais de considerações sobre design institucional e competência. Caso Kyritsis esteja disposto a desenvolver mais a fundo essa linha de raciocínio mantida em sua resposta a Allan, ele possivelmente teria que abrir mão, ou ao menos explicar, algumas de suas declarações que apontam para o modelo combinatório. Ele ganharia, contudo, a possibilidade de conectar sua própria teoria ao modelo separatório de modo benéfico. O modelo separatório poderia oferecer os detalhes operacionais para explicitar como os principais pontos da teoria de Kyritsis realmente determinam tanto os fundamentos quanto os limites do controle de constitucionalidade como uma forma legítima de proteção dos direitos que temos. Reconheço, entretanto, que a posição de Kyritsis nesse sentido me deixa um pouco confuso, visto que ele parece oscilar entre o modelo combinatório e o modelo separatório. Ao final de sua resposta a Allan, ele volta a reconhecer as dificuldades de se separar os dois níveis, ao menos no contexto de casos específicos.⁹¹ Por esse motivo, gostaria de ouvir mais de Kyritsis sobre a escolha entre o modelo combinatório e o separatório.

⁸⁸ Kyritsis 2017: 178.

⁸⁹ Kyritsis 2017: 177.

⁹⁰ Kyritsis 2017: 178.

⁹¹ Kyritsis 2017: 178, último parágrafo antes de IV.

Conclusão

Dimitrios Kyritsis nos proporcionou uma notável e interessante teoria sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade. Nesse artigo, eu sobrepeus minha própria teoria de concordância prática institucional com as considerações de Kyritsis. Após resumir a teoria de Kyritsis, no que diz respeito especificamente à legitimidade do controle de constitucionalidade, eu fixei alguns elementos básicos da minha teoria de concordância prática institucional, a qual pode ser aplicada ao problema do controle de constitucionalidade. Isso permitiu que fosse possível reunir alguns pontos em comum entre as nossas teorias. Ambos, primeiro, distinguimos entre um nível formal e um nível material da teoria constitucional, entre o conteúdo de direitos fundamentais e questões de design institucional. Segundo, ambos visamos desenvolver um meio-termo entre as duas posições extremas do controle de constitucionalidade, os entusiastas e os céticos. Ambos reconstruímos o controle de constitucionalidade como uma questão de grau, ao invés de uma questão de “um ou outro”. Terceiro, nossas teorias coincidem ao empregar certa noção de sopesamento para determinar em que condições o controle de constitucionalidade seria legítimo. Quarto, ambos aceitamos a tese do caso especial; reconhecemos que a adjudicação de direitos faz referência a percepções morais, enquanto continua limitada por uma estrutura institucional. Posteriormente, eu listei quatro divergências pequenas entre nossas perspectivas. Elas dizem respeito à relação entre a análise de proporcionalidade e argumentação moral; o *status* do princípio da separação dos poderes como um supercritério, ou como mais um princípio constitucional entre os demais; o papel do discurso no controle de constitucionalidade; e a variedade das diferentes intensidades de controle. A principal diferença entre nossas teorias se encontra em nossa divergência para responder à questão de como reconstruir a relação entre os elementos materiais e formais das Constituições, ou seja, na escolha entre o modelo combinatório e o modelo separatório. Após explicar esses dois modelos com a ajuda do debate prévio entre Alexy e Allan, eu demonstrei o porquê eu acredito que Kyritsis defende o modelo combinatório, mas, por vezes, também flerta com o modelo separatório. Eu concluo agradecendo a essa oportunidade de poder desenvolver uma imagem precisa sobre nossos pontos de concordância e discordância, a qual propicia a continuidade desse debate proveitoso entre nós no futuro,. Afinal, é um projeto mútuo nosso estabelecer os detalhes sobre “*where our protection lies*”.

Referências

ALEXY, Robert. **A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Oxford: Oxford University Press, 1989.

ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, v. 12, p. 374-384, 1999.

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Julian Rivers, transl. Oxford: Oxford University Press, 2002a

ALEXY, Robert. Postscript. **A Theory of Constitutional Rights**. Julian Rivers, transl. Oxford: Oxford University Press, 2002b, p. 388-425.

ALEXY, Robert. Thirteen Replies. **Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy**. Ed. George Pavlakos. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 333-366.

ALEXY, Robert. Comments and Responses. **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Ed. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 329-356.

ALLAN, T. R. Common Law Reason and the Limits of Judicial Deference. **The unity of public law**. Ed. David Dyzenhaus. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 289-306.

ALLAN, T. R. 2006: Human Rights and Judicial Review. A Critique of 'Due Deference'. **Cambridge Law Journal** (2006) 65. 671-695. URL: <https://www.jstor.org/stable/4509244>.

ALLAN, T. R. 2012: Constitutional Rights and the Rule of Law. **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Ed. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press. 132-151.

BARBER, Nicholas W. Self-Defence for Institutions. **Cambridge Law Journal**, v. 72, p. 558-577, 2013. DOI: 10.1017/S0008197313000706

BILCHITZ, David. Article Review. URL: <http://www.iconnectblog.com/2015/08/article-review-david-bilchitz-on-matthias-klatts-positive-rights-who-decides-judicial-review-in-balance/> (August 12, 2018).

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules I. **Taking Rights Seriously**. Ed. Ronald Dworkin. London: Duckworth, 1977, p. 14-45.

FALLON, Richard H. The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. **Harvard Law Review**, v. 121, p. 1693-1736, 2008. URL: <https://www.jstor.org/stable/40042714>.

FRITZSCHE, Alexander. 2010: Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law. **Common Market Law Review**, v. 47, p. 361-403, 2010.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: Müller, 1995.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's Philosophy of Law as System. **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Ed. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1-26.

KLATT, Matthias. An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing. A Response to Luc B. Tremblay. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, p. 891-899, 2014a.

KLATT, Matthias. 2014b: **Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im Europäischen Grundrechtsschutz.** Tübingen: Mohr Siebeck (Jus publicum, 2014b).

KLATT, Matthias. Balancing Competences. How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Conflicts. **Global Constitutionalism**, v. 4, p. 195-226, 2015a. DOI: 10.1017/S2045381715000039

KLATT, Matthias. Positive Rights. Who Decides? Judicial Review in Balance. **International Journal of Constitutional Law**, v. 13, p. 354-382, 2015b. DOI: 10.1093/icon/mov019

KLATT, Matthias. The Rule of Dual-Natured Law. **Legal Argumentation and the Rule of Law**. Ed. E. T. Feteris, H. Kloosterhuis, H. J. Plug & C. E. Smith. The Hague: Eleven International Publishing, 2016, p. 27-46.

KLATT, Matthias & MEISTER, Moritz. Proportionality - A Benefit to Human Rights? Remarks on the ICon Controversy. **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 687-708, 2012a. DOI: 10.1093/icon/mos019

KLATT, Matthias & MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality.** Oxford: Oxford University Press, 2012b.

KLATT, Matthias & SCHMIDT, Johannes. **Spielräume im Öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

KLATT, Matthias & SCHMIDT, Johannes. Abwägung unter Unsicherheit. **Archiv des öffentlichen Rechts**, v. 137, p. 545-591, 2012. DOI: 10.1628/000389112804720023

KYRITSIS, Dimitrios. **Where our protection lies. Separation of powers and constitutional review.** Oxford: Oxford University Press, 2017.

MARAUHN, Thilo & RUPPEL, Nadine. Balancing Conflicting Human Rights. Konrad Hesse's Notion of 'Praktische Konkordanz' and the German Federal Constitutional Court. **Conflicts between fundamental rights**. Ed. Eva Brems. Antwerp: Intersentia, 2008, p. 273-296.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom.** Oxford: Clarendon Press, 1986.

RIVERS, Julian. Proportionality and Variable Intensity of Review. **Cambridge Law Journal**, v. 65, p. 174-207, 2006.

RIVERS, Julian. Constitutional Rights and Statutory Limitations. **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Ed. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 248-271.

ROSS, Alf Ross. **Directives and Norms.** London: Routledge (International Library of Philosophy and Scientific Method), 1968.

SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the Incommensurable. Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 31, p. 273-301, 2011. URL: <http://ojls.oxfordjournals.org/content/early/2011/03/17/ojls.gqr004.abstract>.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality. An Assault on Human Rights? **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, p. 468-493, 2009.

WALDRON, Jeremy. The Circumstances of Integrity. **Legal Theory**, v, 3, 1997. DOI: 10.1017/S1352325200000616

WALDRON, Jeremy. Authority for Officials. **Rights, Culture and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**. Ed. Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson & Thomas W. Pogge. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 45-69.

.....

Minibiografia do Autor - Matthias Klatt

Matthias Klatt é professor de Teoria e Filosofia do Direito na *Karl-Franzens Universität Graz*. Ele é membro do *Institute of the Foundations of Law* e chefe da *Graz Jurisprudence*. Foi professor assistente de Direito Público, Direito Europeu, Direito Internacional e Filosofia Jurídica em Hamburgo, onde recebeu sua habilitação sobre a concordância prática de competências. Também foi *Juliana Cuyler Matthews Junior Research Fellow* no *New College*, Oxford, e assessor no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Sua dissertação sobre a normatividade da argumentação jurídica recebeu vários prêmios.

.....