

## TEORIA DA PONDERAÇÃO – ALTOS E BAIXOS\*

*DIE ABWÄGUNGSLEHRE – IHRE STÄRKE UND IHRE SCHWÄCHEN**THE DOCTRINE OF BALANCING – ITS STRENGTHS AND WEAKNESSES*Matthias Jestaedt<sup>1</sup>

**Zusammenfassung:** Die Abwägungslehre in der Gestalt, die ihr von Robert Alexy und seiner Kieler Schule gegeben wurde, darf im globalen Maßstab als einer der Exportschlager der deutschen Rechtswissenschaft betrachtet werden. Die weite Verbreitung und häufige Verwendung der Abwägungslehre stehen freilich in bemerkenswertem Kontrast zu dem Umstand, dass die Prämissen, Bau- und Bewegungsgesetze des Abwägungsmodells ebenso wie dessen rechtsdogmatische Konsequenzen nur selten Gegenstand kritischer Reflexion sind. Die intuitive Plausibilität scheint derlei Fragen überflüssig zu machen. Analysiert man demgegenüber die zentralen Bausteine der Abwägungslehre, werden, nimmt man den Entstehungskontext hinzu, auf der einen Seite deren Siegeszug und Werdegang zum Paradigma der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts in Deutschland nachvollziehbar. Auf der anderen Seite erlaubt eine eingehende Analyse eine präzisere Einschätzung der Stärken und Schwächen der Abwägungslehre sowohl auf rechtstheoretischer als auch auf rechtsdogmatischer Ebene; auf dieser Grundlage können die Vorzüge und Nachteile der Abwägungslehre im Wettbewerb mit alternativen Angeboten im rechtswissenschaftlichen Diskurs klarer bestimmt werden.

**Schlüsselwörter:** Abwägungslehre; Robert Alexy und Kieler Schule; Prinzipientheorie; Rechtsgewinnungstheorie; Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung.

---

\*Publicação original: *Matthias Jestaedt*, Die Abwägungslehre – ihre Stärke und ihre Schwächen, in: Otto Depenhauer et al. (Org.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, 2007, p. 253–275. Atualmente, estão disponíveis traduções deste texto para o espanhol (2008) e para o inglês (2012). As reflexões de *Matthias Jestaedt* se ocupam das estruturas fundantes e da concepção básica de direito da teoria da ponderação de *Robert Alexy*, que circula amplamente no Brasil. O “hard core” da teoria da ponderação permanece inalterado desde então, ainda que tenha havido modificações no cinturão de hipóteses auxiliares da teoria alexyana. No contexto original de publicação, o texto de *Jestaedt* dava continuidade ao debate crítico em torno da teoria da ponderação na perspectiva da teoria do direito e se inseria no momento inicial de uma onda de discussão crítica daquela teoria no âmbito da dogmática jurídica. Semelhante onda parece ter se iniciado apenas há pouco no debate jurídico brasileiro, tanto no plano teórico quanto dogmático. A publicação da tradução para o português se revela, neste momento, oportuna diante da atual dinâmica interna do discurso jurídico nacional. Tradução de Rodrigo Garcia Cadore – Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutorando pela Faculdade de Ciências Jurídicas da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter na Hans-Kelsen-Forschungsstelle e na Cátedra de Direito Público e Teoria do Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7282-5568>. Pela discussão e orientação durante o trabalho de tradução agradeço a Matthias Jestaedt. Pela leitura crítica em diferentes estágios do texto agradeço a Artur Ferrari de Almeida, Rafael G. Dalla Barba, Roberto Machado Filho, Pablo Miozzo e Bernardo A. Vaz de Faria Pereira.

<sup>1</sup> Professor Dr. Matthias Jestaedt – Diretor do Departamento de Teoria do Direito do Instituto de Teoria do Estado e Filosofia do Direito da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6793-4519>.

**Resumo:** A teoria da ponderação, na configuração que lhe foi dada por Robert Alexy e pela escola de Kiel, pode ser considerada como um sucesso de exportação da ciência jurídica alemã em escala global. A ampla difusão e o emprego frequente da teoria da ponderação se encontram claramente em contraste com a circunstância de que as premissas, leis elementares e dinâmicas internas do modelo da ponderação, juntamente com as respectivas consequências dogmáticas, raramente são objeto de reflexão crítica. A plausibilidade intuitiva do modelo parece tornar este tipo de questionamento supérfluo. Se se analisam, porém, as vigas mestras da teoria da ponderação, tomando-se também em conta o contexto original de desenvolvimento, tornam-se, de um lado, compreensíveis a marcha triunfal e a trajetória desta teoria rumo à condição de paradigma da ciência do direito público na Alemanha. De outro lado, uma análise mais detalhada possibilita uma avaliação mais precisa dos altos e baixos da teoria da ponderação, tanto em perspectiva dogmática quanto teórica; com base nesta análise podem-se determinar de modo mais claro as vantagens e desvantagens da teoria da ponderação na competição com modelos alternativos no discurso da ciência jurídica.

**Palavras-chave:** teoria da ponderação; Robert Alexy e Escola de Kiel; teoria dos princípios; teoria da realização do direito; conhecimento jurídico e criação do direito.

**Abstract:** The doctrine of balancing, in the shape that has been given to it by Robert Alexy and his Kiel School, may be considered one of the export hits of the German legal scholarship on a global scale. The widespread dissemination and the frequent use of the doctrine of balancing, however, stands in remarkable contrast to the fact that the premises, construction and inner dynamics of the balancing model as well as its consequences for the legal dogmatics are rarely the subject of critical reflection. The intuitive plausibility of that model seems to make such questions superfluous. If, nevertheless, one analyzes the central building blocks of the doctrine of balancing, then, if one takes into account the context in which it arose, one can, on the one hand, understand its triumphal march and its development into a paradigm of the scholarship of public law in Germany. On the other hand, an in-depth analysis allows a more precise assessment of the strengths and weaknesses of the doctrine of balancing, both on the level of legal theory and on the level of legal dogmatics; on this basis, the advantages and disadvantages of the doctrine of balancing in its competition with alternative approaches in the jurisprudential discourse can be more clearly determined.

**Keywords:** doctrine of balancing; Robert Alexy and the Kiel School; principles theory; theory of the concretization of law; cognition of law and creation of law.

## 1. A marcha triunfal da teoria da ponderação

Se o sucesso de uma construção teórico-jurídica puder ser medido em função da quantidade de citações, ou, mais exatamente, da frequência com que a comunidade científica se refere a ela de modo positivo,<sup>2</sup> então a teoria da ponderação, especialmente na

---

<sup>2</sup>Para referências, vejam-se Arno Scherzberg, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“. Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde, 1989, p. 69 (n. 185); Peter Lerche, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: Festschrift für Klaus Stern, 1997, p. 197 (n. 1 e 2); Martin Borowski, Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte, 1998, p. 98 (n. 245–248); Martin Borowski, Prinzipien als Grundrechtsnormen, in: ZöR 53 (1998), p. 307 (308 n. 4).

configuração que lhe foi dada por *Robert Alexy* e pela sua Escola de Kiel,<sup>3</sup> pode ser facilmente considerada como um verdadeiro *hit*. Se se amplia o olhar para além das fronteiras do mercado jurídico nacional e se pergunta pela sua recepção nos discursos jurídicos praticados em outros idiomas, aí sim é que não se pode negar à teoria da ponderação o título de sucesso de exportação da ciência jurídica alemã. Afinal, a apenas pouquíssimos produtos da teoria jurídica alemã do estado, ou mesmo da ciência jurídica alemã de modo geral, dedicaram-se tanta atenção e interesse nas últimas duas décadas quanto os que foram dedicados à teoria da ponderação.<sup>4</sup>

Todavia, a frequência com que se atesta profissão de fé aos motivos centrais da teoria da ponderação, de não difícil apreensão e dotados de “elevada plausibilidade intuitiva”<sup>5</sup>, (ainda) contrasta – pelo menos na Alemanha – de modo notório e mesmo irritante com a intensidade com que a dogmática jurídica, orientada para a aplicação do direito, se ocupa,

---

<sup>3</sup> Quando se fala, aqui e adiante, da “Escola de Kiel”, fundada por *Robert Alexy*, não se sugere a existência de uma comunidade fechada de adeptos, mas, sim, aponta-se para a circunstância de que *Alexy* pôde encontrar entre seus assistentes e alunos defensores declarados da teoria dos princípios; como pertencentes a esta “Escola” devem ser mencionados, sem pretensão de exaustividade, *Jan-Reinard Sieckmann*, *Marius Raabe*, *Nils Jansen*, *Martin Borowski*, *Helge Stück* e *Matthias Klatt*. Confirmam-se *Jan-Reinard Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990; *Jan-Reinard Sieckmann*, *Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien*, in: *ARSP Beiheft 53* (1994), p. 205 ss.; *Jan-Reinard Sieckmann*, *Zur Begründung von Abwägungsurteilen*, in: *Rechtstheorie 25* (1994), p. 45 ss.; *Jan-Reinard Sieckmann*, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, in: *Rechtstheorie 25* (1994), p. 163 ss.; *Jan-Reinard Sieckmann*, *Abwägung von Rechten*, in: *ARSP 81* (1995), p. 164 ss.; *Jan-Reinard Sieckmann*, *Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell*, in: *ARSP 83* (1997), p. 14 ss.; *Jan-Reinard Sieckmann*, *Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen*, in: *Analyomen 2*, *Proceedings of the 2<sup>nd</sup> Conference “Perspectives in Analytical Philosophy”*, 1997, p. 349 ss.; *Marius Raabe*, *Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag*, in: *Christoph Grabenwarter/Stefan Hammer/Alexander Pelzl/Eva Schulev-Steindl/Ewald Wiederin (Org.)*, *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, 1994, p. 83 ss.; *Marius Raabe*, *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, 1998; *Nils Jansen*, *Die Struktur rationaler Abwägungen*, in: *Annette Brockmüller et al. (Org.)*, *Ethische und strukturelle Herausforderungen des Rechts*, 1997, p. 152 ss.; *Nils Jansen*, *Die Abwägung von Grundrechten*, in: *Der Staat 36* (1997), p. 27 ss.; *Nils Jansen*, *Die Struktur der Gerechtigkeit*, 1998; *Borowski*, *Grundrechte* (n. 2, acima); *Borowski*, *Prinzipien* (n. 2, acima), p. 307 ss.; *Helge Stück*, *Subsumtion und Abwägung*, in: *ARSP 84* (1998), p. 405 ss.; *Matthias Klatt*, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, 2004.

<sup>4</sup> Como indicador, nesse sentido, pode-se mencionar que as três principais obras de *Robert Alexy* estão traduzidas em inúmeros idiomas: a sua “*Theorie der juristischen Argumentation*” (1. ed. 1978, 4. ed. 2001) foi, até aqui, traduzida em seis línguas (inglês [1989], espanhol [1989], italiano [1998], português [2001 e 2005], chinês [2002] e lituano [2005]), a “*Theorie der Grundrechte*” (1. ed. 1985, 3. ed. 1996) em duas línguas (espanhol [1993 e 2001] e inglês [2002]), enquanto “*Begriff und Geltung des Rechts*” (1. ed. 1992, 4. ed. 2005) já conhece traduções em cinco línguas (espanhol [1994 e 1997], italiano [1997], coreano [2000], inglês [2002] e sueco [2005]). [Nota de Tradução: A quinta edição da “*Theorie der Grundrechte*” (2006) foi traduzida para o português por Luís Virgílio Afonso da Silva (USP) e publicada pela “Malheiros Editores” em 2008; atualmente, esta tradução se encontra disponível na segunda edição e quinta tiragem (2017). Depois da conclusão do texto de *Matthias Jestaedt*, a “*Theorie der juristischen Argumentation*”, hoje na 8. ed. (2015), foi traduzida em mais duas línguas (coreano [2007] e croata [2015]); a “*Theorie der Grundrechte*”, hoje na 8. edição (2018), em mais quatro (coreano [2007], polonês [2010] e italiano [2012], além da já mencionada tradução para o português), e, finalmente, “*Begriff und Geltung des Rechts*”, hoje na 5. ed. (2011), recebeu traduções em mais seis línguas (árabe [2006/2013], romeno [2008], eslovaco [2009], português [2009], russo [2011] e chinês [2013]).

<sup>5</sup> Assim, *Borowski*, *Grundrechte* (n. 2, acima), p. 98.

implícita ou explicitamente, tanto das premissas, leis elementares e dinâmicas internas quanto das consequências da teoria da ponderação.<sup>6</sup> As reflexões que se seguem se dedicam justamente a estes aspectos e pretendem isolar cirurgicamente os altos e baixos da teoria da ponderação, com base na análise de sua estrutura.

### 1.1. As vigas mestras da teoria da ponderação

Inicialmente, devem ser recapituladas as vigas mestras e diretrizes fundantes da teoria da ponderação, ainda que de modo breve. Quatro noções-chave podem ser invocadas para a caracterização da teoria da ponderação de *Robert Alexy*, que, por sua vez, erige-se como resultante de uma teoria sobre a estrutura do direito orientada a partir de *Ronald Dworkin*<sup>7</sup> e de uma teoria da argumentação jurídica orientada pela teoria do discurso de *Jürgen Habermas*.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Se as aparências não enganam, este quadro vem se alterando paulatinamente. Crítica detalhada encontra-se, em particular, em *Scherzberg*, Grundrechtsschutz (n. 2, acima), p. 169 ss., 280 ss.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, p. 40, 55 ss., 69; *Christian Starck*, Buchbesprechung: Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, in: Der Staat 32 (1993), p. 473 (476); *Helge Rossen*, Grundrechte als Regeln und Prinzipien, in: Christoph Grabenwarter/Stefan Hammer/Alexander Pelzl/Eva Schulev-Steindl/Ewald Wiederin (Org.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, p. 41 ss.; *Michaela Peters*, Grundrechte als Regeln und Prinzipien, in: ZöR 51 (1996), p. 159 ss.; *Lerche*, Optimierungsgebote (n. 2, acima), p. 204 ss.; *Christian Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, 1998, p. 163 ss., especialmente p. 166 ss.; *Karl-Eberhard Hain*, Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, 1999, p. 96–161; *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999, p. 212 ss., 222 ss., 241 ss.; *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003, p. 73–85; *Karl-Heinz Ladaur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, 2004, passim; *Ulrich Vosgerau*, Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes. Zum Gewährleistungsgehalt schrankenvorbehaltsloser Grundrechte am Beispiel der Glaubens- und Gewissensfreiheit, 2007, item A.VII. – No debate da teoria do direito, pelo contrário, a teoria dos princípios foi submetida desde o início a críticas severas; vejã-se, por todos: *Klaus Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, especialmente p. 269 ss., 299 ss., 335 ss.; *Klaus Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20 (1989), p. 163 ss.; *Ulrich Penski*, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. Ihre Unterscheidung und das Problem der Positivität des Rechts, in: JZ 1989, p. 105 ss.; *Aulis Aarnio*, Taking Rules Seriously, in: ARSP Beiheft 42 (1990), p. 180 ss.; *Alexander Somek*, Rechtssystem und Republik. Über die politische Funktion des systematischen Rechtsdenkens, 1992, p. 206 ss.; *Giovanni Sartor*, Defeasibility in Legal Reasoning, in: Rechtstheorie 24 (1993), p. 281 ss.; *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. ed. 2001, p. 254 ss., 261 s.; *Alexander Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, especialmente p. 134 ss..

<sup>7</sup> Sobre a relação da concepção da teoria dos princípios de *Robert Alexy* com a distinção entre regras e princípios em *Ronald Dworkin*, vejã-se *Robert Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips (1979), in: *Robert Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, p. 177 ss.; complementarmente, *Alexy*, Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 77 c/c n. 27. Veja-se, recentemente, ainda, *András Jakab*, Prinzipien, in: Rechtstheorie 37 (2006), p. 49 (50 ss.).

<sup>8</sup> Confira-se, em particular, a tese segundo a qual o discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático em geral: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (n. 4, acima), p. 261 ss., especialmente p. 263 ss. (“tese do caso especial”); *Robert Alexy*, Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs (1995), in: *Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rübmann* (Org.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, p. 113 ss. Vejã-se, complementarmente, *Robert Alexy*, Ota Weinbergers Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität, in: *Peter Koller/Werner Krawietz/Peter Strasser* (Org.),

*A distinção entre regras e princípios*

A primeira noção-chave: a teoria da ponderação também é corriqueiramente designada como teoria dos princípios, ou, mais propriamente, como o coração dela.<sup>9</sup> Isso porque ela se ampara na tese segundo a qual, do ponto de vista da teoria do direito, as normas jurídicas podem ser classificadas, em função de suas respectivas estruturas, de modo estritamente dicotômico: uma norma jurídica “ou é uma regra ou um princípio”.<sup>10</sup> Uma regra se caracteriza pelo seu caráter de “tudo-ou-nada”: ou ela incide ou não incide. Nesta última hipótese, então, ela não encontra aplicação; na primeira, ela determina definitiva e exclusivamente a solução do caso jurídico concreto. Em oposição ao caráter de “dever-ser incondicional” da regra, um princípio se afigura como simples “dever-ser prima-facie”<sup>11</sup>: um princípio não se reveste de um caráter de tudo-ou-nada, mas sim de uma espécie de caráter de mais-ou-menos.<sup>12</sup> Ele se caracteriza pela circunstância de que pode incidir em graus variados e de que a medida exigível de sua aplicação não depende apenas de condições fáticas, mas também de condições jurídicas. Estas últimas, isto é, as possibilidades jurídicas de aplicação do princípio, são condicionadas por princípios e regras contrapostos – dito de outro modo: colidentes. Em outras palavras: se e em que medida o “dever-ser prima-facie” corporificado num princípio corresponde, em concreto, a um específico “dever-ser incondicional”, é algo que depende justamente de saber se e de que modo posições jurídicas contrastantes, sejam elas princípios ou regras, opõem-se à aplicação do princípio em cada caso singular.

*Princípios como mandamentos de otimização*

---

Institution und Recht, Rechtstheorie, Beiheft 14 (1994), p. 143 ss.; Robert Alexy, Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurses (1995), in: Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, p. 165 ss.; Robert Alexy, The Special Case Thesis, in: Ratio Juris 12 (1999), p. 374 ss.. Ainda sobre isso, Hain, Grundsätze (n. 6, acima), p. 141–146 (crítica: 147–153), com inúmeras referências.

<sup>9</sup> Para a caracterização da própria perspectiva como “teoria dos princípios”: Alexy, Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 71 ss., especialmente p. 81, 84, 100 ss., 509 ss.. Exemplificativamente, na literatura secundária: Poscher, Grundrechte (n. 5, acima), p. 73 ss..

<sup>10</sup> Assim, Alexy, Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 77. Veja-se, ainda, Robert Alexy, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (1985), in: Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rübmann (Org.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, p. 217 ss.; Robert Alexy, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Bernd Schilcher/Peter Koller/Bernd-Christian Funk (Org.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, p. 31 ss..

<sup>11</sup> Sobre o “caráter definitivo” das regras, de um lado, e o “caráter prima-facie” dos princípios, de outro: Alexy, Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 87–90.

<sup>12</sup> Sobre isso, Alexy, Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 75 s., 78 s., 87 ss.. Veja-se, ainda, Alexy, Rechtsprinzip (n. 7, acima), p. 177 ss.; Alexy, Struktur der Rechtsprinzipien (n. 10, acima), p. 31 ss..

A segunda noção-chave: diferentemente de *Ronald Dworkin*<sup>13</sup> – e, neste sentido, indo além da teoria dele –, *Robert Alexy* caracteriza princípios como “mandamentos de otimização”.<sup>14</sup> Isso significa que, em se tratando de um princípio, não apenas a medida em que o bem jurídico por ele almejado será implementado depende das condições fáticas e, principalmente, jurídicas in concreto, mas também que, observadas as condições prevalescentes, deve-se alcançar o máximo grau possível de implementação do bem jurídico em questão: isto é, o seu grau ótimo.

#### *A lei do sopesamento na modalidade da fórmula do peso*

A terceira noção-chave: central para a diferenciação de regras e princípios é o seu comportamento distinto em casos de colisão. Nas palavras de *Robert Alexy*: “a distinção entre regras e princípios mostra-se de modo mais nítido nas colisões de princípios e nos conflitos de regras.”<sup>15</sup> Enquanto um conflito de regras somente pode ser solucionado por meio do afastamento completo de uma delas, que eventualmente será declarada inválida, ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção que contenha uma disposição que elimine o conflito, as colisões de princípios caracterizam-se pela definição de uma relação condicionada de precedência [“bedingte Vorrangsrelation”]<sup>16</sup> entre eles à luz das circunstâncias concretas do caso. “Quanto maior o grau de não-satisfação [...] de um dos princípios, maior há de ser a importância do outro.”<sup>17</sup> A fixação desta relação condicionada de precedência, por sua vez, haveria de ser determinada por uma regra, chamada de “lei de colisão”<sup>18</sup> ou “lei do sopesamento”<sup>19</sup>. As condições sob as quais um princípio precede ao

---

<sup>13</sup> Sobre isso, vejam-se mais detalhes em *Alexy*, *Rechtsprinzip* (n. 7, acima), p. 177 ss..

<sup>14</sup> Seminalmente, *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 75 ss.; *Robert Alexy*, *Die Gewichtsformel*, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 771 (771). Que os princípios enquanto mandamentos de otimização apresentam como atributos teórico-normativos justamente aqueles que são próprios das regras é algo que já foi salientado inúmeras vezes (confira-se por exemplo *Sieckmann*, *Regelmodelle* [n. 3, acima], p. 65; *Borowski*, *Grundrechte* [n. 2, acima], p. 76 ss.; *Poscher*, *Grundrechte* [n. 6, acima], p. 79). Consequentemente, coloca-se a questão sobre como seria possível sustentar a dicotomia normativo-estrutural entre regra e princípio, que é decisiva para a teoria dos princípios; mesmo as tentativas mais recentes de determinação do conteúdo da otimização ou do referente da otimização dos princípios não logram convencer, o que certamente não pode ser abordado em detalhe aqui (apenas registrem-se as acuradas análise e crítica de *Poscher*, op. cit., p. 79–81).

<sup>15</sup> *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 77.

<sup>16</sup> Sobre o “significado elementar” do topos da “relação condicionada de precedência” para a noção de colisão de princípios e, com isso, para a teoria dos princípios: *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 81 ss..

<sup>17</sup> *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 146.

<sup>18</sup> *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 79 ss., especialmente p. 83 ss.; complementarmente, veja-se p. 143.

<sup>19</sup> Assim, *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), S. 146; *Alexy*, *Gewichtsformel* (n. 14, acima), p. 772.

outro constituem, assim, o suporte fático de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio dotado de precedência.<sup>20</sup> Alexy caracteriza o resultado desta ponderação de princípios colidentes como “norma atribuída de direito fundamental” [“zugeordnete Grundrechtsnorm”],<sup>21</sup> nos casos em que direitos fundamentais estão envolvidos.

A lei de colisão pode ser apresentada na modalidade da fórmula do peso da seguinte maneira:<sup>22</sup>

*Bens jurídicos protegidos a serem ponderados (Princípios)*

**a** = Bem jurídico protegido em favor do qual se intervém (Finalidade/Objetivo da Intervenção)

**b** = Bem jurídico a despeito do qual se intervém

*Elementos da fórmula do peso*

**V** = Valor do bem protegido, “importância da satisfação”

**P** = Probabilidade de lesão

**I** = Intesidade (Gravidade) da lesão

$$\text{FP}_{a,b} = \frac{\text{V}_a \cdot \text{P}_a \cdot \text{I}_a}{\text{V}_b \cdot \text{P}_b \cdot \text{I}_b} = \frac{\text{FP}_a}{\text{FP}_b}$$

*Regras indicadoras de excesso [“Übermaßregeln”]*

- (1) desproporcional quando:  $\text{FP}_{a,b} < 1$  (ou seja, Fator-Peso<sub>b</sub> > Fator-Peso<sub>a</sub>)
- (2) proporcional quando:  $\text{FP}_{a,b} \geq 1$  (ou seja, Fator-Peso<sub>b</sub> ≤ Fator-Peso<sub>a</sub>)

### *Princípios formais e materiais*

Dando continuidade ao desenvolvimento da teoria de *Robert Alexy*, primariamente voltada aos direitos fundamentais, a sua escola<sup>23</sup> (incluindo o próprio *Alexy*) tem ampliado o alcance do modelo dos princípios para todas as normas jurídicas, diferenciando ainda princípios formais e materiais. Enquanto princípios *materiais* se referem à otimização de bens jurídicos materiais concretos – como vida, propriedade ou autodeterminação religiosa –, os princípios *formais* ou procedimentais pretendem vincular seus destinatários, tanto quanto

<sup>20</sup> Confira-se *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 83.

<sup>21</sup> *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 84–87.

<sup>22</sup> Veja-se, sobre isso, detalhadamente: *Alexy*, *Gewichtsformel* (n. 14, acima), p. 777–783, especialmente p. 783–791 e 791 ss.. Por razões de transparência, registre-se que a fórmula do peso tal qual apresentada neste texto opera com formas simplificadas de representação em favor da facilidade de entendimento; a versão *alexiana* original da fórmula do peso bem como a formulação “ampliada” e “a fórmula ampliada integral do peso” encontram-se em *Alexy*, op. cit., p. 790 c/c n. 37 e p. 791 c/c n. 39.

<sup>23</sup> Confira-se n. 3, acima.

possível, a resultados anteriores obtidos por outras instâncias decisórias.<sup>24</sup> Constituem princípios formais, neste sentido, por exemplo, a vinculação à lei, a reserva legal ou a margem de discricionariedade política do legislador.<sup>25</sup> Na medida em que estas garantias são traduzidas na linguagem do modelo dos princípios, elas se submetem ao domínio da lei de colisão ou da lei do sopesamento, o que significa que podem ser limitadas por outros princípios (ou regras) contrapostos – sejam de natureza formal ou material.<sup>26</sup>

## 1.2. A ponderação como novo paradigma do direito (público)

As condições científico-atmosféricas de incubação favoráveis à teoria da ponderação<sup>27</sup>, juntamente com sua conexão com a teoria do discurso de *Jürgen Habermas* (adaptada às necessidades específicas dos juristas), a sua “elevada plausibilidade intuitiva”,<sup>28</sup> a crescente relevância da máxima da proporcionalidade<sup>29</sup> e, não menos importante, o seu considerável poder de explicação com relação à jurisprudência do tribunal constitucional federal sobre a máxima da proporcionalidade no âmbito dos direitos fundamentais<sup>30</sup> possibilitaram, na Alemanha, o avanço da ponderação à condição de um paradigma no direito público e mesmo além dele<sup>31</sup>. A teoria da ponderação despontou, por assim dizer, como a concepção teórica certa, na hora e no lugar certos. A impressão é que interesses de finalidades frequentemente colidentes no âmago de relações jurídicas poligonais poderiam ser melhor descritos, isto é, dito de modo breve, que uma ordem jurídica complexa poderia ser melhor descrita com auxílio da teoria da ponderação, segundo a qual não existem mais – ou existem apenas marginalmente – regras absolutas e abstratas, mas (quase) apenas relações concretas e relativas de precedência.

---

<sup>24</sup> Confirmam-se *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 89, 120; *Sieckmann*, *Regelmodelle* (n. 3, acima), p. 148, 152, 153 ss.; *Raabe*, *Grundrechtsschutz* (n. 3, acima), p. 210 ss., 240 ss..

<sup>25</sup> Sobre o último ponto, *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 120 e 427; *Robert Alexy*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in: *VVDStRL 61* (2002), p. 7 ss.; *Borowski*, *Grundrechte* (n. 2, acima), p. 158 ss.; *Raabe*, *Grundrechtsschutz* (n. 3, acima), p. 210 ss., 240 ss. e *passim*.

<sup>26</sup> Detidamente sobre este ponto, *Raabe*, *Grundrechtsschutz* (n. 3, acima), *passim*; *Alexy*, *Verfassungsrecht* (n. 25, acima), p. 7 ss..

<sup>27</sup> Sobre isso, *Lerche*, *Optimierungsgebote* (n. 2, acima), p. 199 ss., especialmente p. 203 e 204; confira-se, complementarmente, *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung* (n. 6, acima), p. 241 ss..

<sup>28</sup> Para referências, veja-se n. 5, acima.

<sup>29</sup> Sobre isso, na perspectiva da teoria dos princípios: *Alexy*, *Gewichtsformel* (n. 14, acima), p. 772–777.

<sup>30</sup> Sobre isso, *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung* (n. 6, acima), p. 213 c/c n. 31, assim como p. 217 c/c n. 50.

<sup>31</sup> Análise e crítica monográficas em: *Walter Leisner*, *Der Abwägungsstaat*, 1997.

## 2. Os pontos altos da teoria da ponderação

Com isso chegamos, já, à apresentação das vantagens da teoria da ponderação, na proposta da teoria dos princípios. Uma vez que a maior parte das virtudes são evidentes ou, ao menos, amplamente conhecidas, esboçam-se, a seguir, apenas quatro significativas vantagens:

### *O ganho em racionalização*

Primeira: a teoria da ponderação funciona quase como um esquema interpretativo congênito à máxima da proporcionalidade, ancorada no direito positivo. Tentativas anteriores – pensem-se apenas em algumas concepções mais célebres, como a de *Peter Lerche*, que falava de um princípio do “equilíbrio tão mutuamente favorável quanto possível” [“nach beiden Seiten möglichst schonenden Ausgleich”],<sup>32</sup> ou a de *Konrad Hesse*, que cunhou a fórmula da “concordância prática”<sup>33</sup> – apreendiam a proibição de excesso, de importância cada vez mais pronunciada – elevada de princípio intermediário do direito policial a macroprincípio ubíquo do direito constitucional, ou mesmo do direito como um todo<sup>34</sup> –, de modo tendencialmente impreciso; estas concepções não foram capazes de esclarecer a estrutura interna da proibição de excesso de modo satisfatório, quer na perspectiva da teoria do direito, quer do ponto de vista metodológico. A reconstrução da ponderação como um processo de otimização de princípios, tornando-a assim permeável ao discurso racional, é um mérito da teoria da ponderação que não se pode subestimar.<sup>35</sup>

### *A alocação de ônus argumentativos*

Segunda: na medida em que a ponderação exigida pela proibição de excesso no caso concreto deixa de ser vista como uma *black box* teórica, metódica e dogmática, os ônus

---

<sup>32</sup> *Peter Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, p. 152 ss.; *Peter Lerche*, *Grundrechtsschranken*, in: *HStR V*, 1. ed. 1992, § 122, números de margem 5 ss..

<sup>33</sup> *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed. 1995, números de margem 72 e 317.

<sup>34</sup> Confirmam-se, sobre isso, as indicações e referências em *Jestaedt*, *Grundrechtseinfaltung* (n. 6, acima), p. 241 ss., especialmente p. 242–244.

<sup>35</sup> De modo idêntico, no mérito, *Poscher*, *Grundrechte* (n. 6, acima), p. 73 ss..

argumentativos podem ser alocados de modo mais racional e consciente, preciso e simples. A assim chamada fórmula do peso permite que sejam articuladas afirmações de exatidão quase matemática sobre o modo como se relacionam os diferentes pesos uns com os outros, bem como sobre as respectivas consequências desta relação. O momento de aleatoriedade na ponderação de bens pode ser, deste modo, significativamente reduzido.<sup>36</sup>

### *Justiça e adequação ao caso concreto*

Terceira: talvez a mais significativa vantagem da teoria da ponderação seja não ter ancorado os princípios em um firmamento de valores distante e inalcançável, mas sim tê-los demovido de seu patamar abstrato e – se é que se pode formular assim – principiológico/axial, de modo a torná-los aproveitáveis *no e para o* caso concreto por meio de um processo racional-argumentativo. A teoria da ponderação – e aqui a noção-chave é: relação condicionada de precedência no caso concreto – se coloca a serviço tanto da justiça quanto da adequação das soluções orientadas por princípios no caso concreto. Em que pese o endosso do caráter abstrato da dimensão principiológica, não se perde a flexibilidade das soluções jurídicas de conflitos e colisões, tampouco, inversamente, exige-se o abandono de princípios jurídicos abrangentes – quer de um grupo de casos, quer de um setor jurídico – como preço a ser pago pela obtenção de soluções flexíveis para os casos concretos. Em síntese, a questão pode ser colocada desta forma: os princípios são ajustáveis em seus pormenores aos casos concretos, sem que com isso seja negada a sua estrutura de princípios. Deste modo, ajustam-se umas às outras a norma abstrata e as circunstâncias concretas dos casos particulares. Ao aplicador do direito e ao acadêmico impõe-se a obrigação de articular sua argumentação dogmático-jurídica com atenção ao caso, isto é, levando em consideração os elementos fáticos que constituem o caso.

### *Potencial explicativo com relação à jurisdição constitucional*

Quarta e derradeira vantagem: provavelmente inexistente, ainda hoje, qualquer perspectiva alternativa concernente aos direitos fundamentais (em sua estrutura) que seja

---

<sup>36</sup> Sobre isso, por todos, *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 143 ss., especialmente p. 149 ss. e 152 (“A lei do sopesamento determina o que deve ser fundamentado racionalmente”), que caracteriza sua concepção como “modelo de fundamentação” e a afasta da alternativa do “modelo decisionista”(op. cit., p. 144); *Borowski*, *Prinzipien* (n. 2, acima), p. 313, com outras referências.

capaz de contemplar a jurisprudência do tribunal constitucional federal em matéria de direitos fundamentais como um todo de modo tão receptivo quanto a teoria da ponderação. Nenhuma outra chave interpretativa dá conta de descrever teoricamente e de mapear concepcionalmente a práxis de interpretação e aplicação de direitos fundamentais do tribunal constitucional como a teoria da ponderação.<sup>37</sup> No esquema da teoria da ponderação pode-se encontrar uma proposta interpretativa ambiciosa do tratamento conferido pelo tribunal constitucional federal à proibição de excesso, a qual abarca todos os direitos fundamentais.<sup>38</sup>

### 3. Os pontos baixos da teoria da ponderação

Menos conhecidos e menos discutidos são, até aqui, os danos colaterais dogmáticos e metodológicos causados pela administração da teoria da ponderação. Uma vez que estes danos não são poucos em número nem desconsideráveis em gravidade, a eles será dedicada atenção nas próximas páginas.

Ainda sem adentrar em especificidades, pode-se dizer que as desvantagens e as fraquezas da teoria da ponderação se devem essencialmente ao fato de que ela pretende ser mais do que é, segundo sua origem e seu talhe: uma teoria setorial sobre a estrutura dos direitos fundamentais, focada no comportamento destes direitos em casos de colisão e desenvolvida desde a perspectiva do observador.<sup>39</sup> O que<sup>40</sup> ela pretende ser: uma concepção dotada de poder explicativo tendencialmente universal, a principal teoria para análise e aplicação dos direitos fundamentais, capaz de tudo abarcar e determinar, ou, de modo sucinto, a chave-mestra para todos os problemas metódicos e dogmáticos no âmbito dos direitos fundamentais.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Sobre isso, *Sieckmann*, *Regelmodelle* (n. 3, acima), p. 251. Não sem razão atribui-se à teoria dos princípios uma eficácia fomentadora de um positivismo de matriz jurisdicional constitucional [“*verfassungsgerichtspostivistische Wirkung*”] – ainda que na ausência de um propósito positivista jurisdicional constitucional [“*verfassungsgerichtspostivistische Absicht*”] – *Rossen*, *Grundrechte* (n. 6, acima), p. 51 e 53; *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung* (n. 6, acima), p. 217 c/c 50 e outras passagens; *Poscher*, *Grundrechte* (n. 6, acima), p. 76; *Vosgerau*, *Freiheit des Glaubens* (n. 6, acima), item A.VII.

<sup>38</sup> Um “potencial descritivo quase ilimitado” é atribuído à teoria dos princípios também por *Poscher*, *Grundrechte* (n. 6, acima), p. 75 ss. (citação na p. 75).

<sup>39</sup> Confira-se *Borowski*, *Prinzipien* (n. 2, acima), p. 318; sobre isso, *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung* (n. 6, acima), p. 220–222.

<sup>40</sup> Nota bene: em conexão – metódica – com a “teoria da argumentação jurídica” concebida por *Robert Alexy* (veja-se *Alexy*, *Theorie der Argumentation* [n. 4, acima], passim, especialmente p. 259 ss.).

<sup>41</sup> Por todos: *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 32 ss., 38, 71, 498 ss., 520 s.; *Borowski*, *Prinzipien* (n. 2, acima), p. 313. Conforme *Poscher*, *Grundrechte* (n. 6, acima), p. 74, a teoria dos princípios desenvolve “uma dinâmica em que, ao final, todas as estruturas dogmáticas convencionais são conglobadas”; pontualmente,

*A estrutura circular da fundamentação dos princípios*

Enquanto viga mestra da teoria dos princípios, a teoria da ponderação se erige sobre o comportamento diverso de regras, de um lado, e de princípios, de outro, em casos de colisão. Observando-se mais de perto, o comportamento diverso em casos de colisão se revela como a *differentia specifica* a partir da qual se articula a distinção entre regras e princípios. O adendo que também aparece ocasionalmente, segundo o qual as regras seriam caracterizadas por um grau menor de abstração do que os princípios, descortina-se neste contexto como referência a uma diferença comumente presente, mas que, não obstante, é apenas acidental, uma vez que de modo algum se reveste do caráter de uma distinção conceitualmente necessária entre regra e princípio.

A teoria da ponderação está de fato em condições de indicar como se deve proceder *sempre que* um conflito de regras ou uma colisão de princípios tem lugar. Ela silencia, contudo, de modo eloquente sobre o *se* e o *quando* de um conflito de regras ou de uma colisão de princípios, mais especificamente, sobre *quando* é que o aplicador do direito está diante de regras em conflito e sobre *quando* é que está diante de princípios colidentes. A teoria dos princípios responde, portanto, à segunda questão, referente ao modo (da solução) de uma colisão de princípios, sem oferecer uma resposta aceitável à primeira questão, logicamente prioritária, sobre se, ou mais especificamente, quando uma colisão de princípios tem lugar.<sup>42</sup>

*Ronald Dworkin* se recusa a enfrentar a questão da demonstrabilidade da existência dos princípios mediante recurso à ideia de que os princípios, em conformidade com seu modo de ser próprio, não se submetem ao teste de pedigree: “A principle is a principle of law if it figures in the soundest theory of law that can be provided as a justification for the substantive and institutional rules of the jurisdiction in question”.<sup>43</sup> *Ralf Dreier* corrobora esta tese ao sustentar que “princípios juridicamente válidos [sic!] implodem o conceito positivista de direito por força de sua própria estrutura, porque eles fazem da realização aproximada de um

---

*Poscher*, op. cit., p. 75: “A integralidade da dogmática dos direitos fundamentais se deixa amarrar em uma fórmula de ponderação”.

<sup>42</sup> Mais detidamente sobre o mero caráter hipotético e a posteriori da classificação teórico-estrutural de normas em regras e princípios: *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (n. 6, acima), p. 214 ss., e, especialmente, p. 218 ss.; *Humberto Bergmann Ávila*, Theorie der Rechtsprinzipien, 2006, p. 56 ss., especialmente p. 57; *Vosgerau*, Freiheit des Glaubens (n. 6, acima), item A.VII. Em direção semelhante, veja-se a crítica de *Poscher*, Grundrechte (n. 6, acima), p. 75.

<sup>43</sup> *Ronald Dworkin*, Taking Rights Seriously, 2. ed. 1978, p. 66 (versão alemã: Bürgerrechte ernstgenommen, 1. ed. 1990, p. 122 ss.).

ideal moral uma obrigação jurídica”.<sup>44</sup> *Robert Alexy* lança ainda mão de uma fundamentação de ordem pragmática: um princípio deve ser considerado como pertencente a um ordenamento jurídico concreto, isto é, como válido no interior dele, “se há pelo menos um caso no âmbito de alcance deste princípio em que ele possa figurar corretamente como fundamento para a decisão”.<sup>45</sup> Nenhuma destas três estratégias se mostra convincente.

Para começar com a última delas: o argumento de *Alexy* segundo o qual um princípio será válido desde que possa ser articulado como fundamento para uma decisão jurídica em pelo menos um caso, é – observado cuidadosamente – nada mais que uma *petitio principii*. Afinal, somente quando um princípio vale, isto é, somente quando pertence a um ordenamento jurídico, é que ele pode “figurar corretamente como fundamento para [uma] decisão”. A efetiva utilização em um contexto de justificação jurídica nada fundamenta por si só, antes sendo ela mesma carente de fundamentação. Esta fundamentação – normativa – apenas pode, contudo, ser realizada mediante recurso à validade jurídico-positiva, pressupõe a validade, portanto, e não a fundamenta.<sup>46</sup>

Os argumentos de *Ronald Dworkin* e *Ralf Dreier* têm maiores implicações. De fato, a tese de *Dworkin* segundo a qual os princípios não se submetem ao “teste de positivação” [“Positivierungstest”], isto é, não estão sujeitos à necessidade de demonstração de sua validade em conformidade com o direito positivo, também se deixa ler como uma *petitio principii*. Contudo, na medida em que se passa a levar em conta o complemento da tese de *Dworkin* de que isso se passa desta maneira “em função da especificidade dos princípios”, bem como o esclarecimento de *Dreier*, de que os princípios “fazem da realização aproximada de um ideal moral uma obrigação jurídica”, abre-se o horizonte em direção à disputa fundamental acerca da separação e distinção entre direito e moral. Sobre isso haveria obviamente muito a se dizer. Entretanto, não é preciso ir tão longe para enfrentar o argumento de *Dworkin* e *Dreier*: justamente a premissa determinante articulada expressamente por *Dreier* e subjacente à argumentação de ambos autores, segundo a qual os princípios implodem, em função de sua própria natureza, o conceito positivista de direito, nada tem de evidente. Aqui se afirma como juridicamente essencial algo que, na melhor das

---

<sup>44</sup> *Ralf Dreier*, *Der Begriff des Rechts* (1986), in: *Ralf Dreier*, *Recht – Staat – Vernunft*, 1991, p. 95 (103 ss., citação na p. 105).

<sup>45</sup> *Alexy*, *Rechtprinzip* (n. 7, acima), p. 197 ss., veja-se, complementarmente, 206 ss..

<sup>46</sup> Confira-se, complementarmente, *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung* (n. 6, acima), p. 215 ss..

hipóteses, se justificaria apenas como uma afirmação contingencial sobre conteúdos jurídicos.<sup>47</sup>

Uma perspectiva positivista se caracteriza pela insistência na estrita distinção entre direito e moral, e não pela afirmação da total ausência de pontos de contato entre direito e moral: desde a perspectiva positivista não se questiona a existência significativa, quer do ponto de vista qualitativo, quer do quantitativo, de conexões entre direito e moral. O aspecto decisivo de uma abordagem positivista consiste exatamente no fato de que a questão sobre a validade juspositiva de leis e valores morais é respondida *exclusiva e unilateralmente* a partir do direito positivo.<sup>48</sup> O conceito positivista de direito toma como ponto de partida, em outras palavras, a autonomia ou a autopoiesis – mas não a autarquia ou a auto-hipostasiação – do direito,<sup>49</sup> o que significa que o direito apenas pode ser criado e revogado em conformidade com o próprio direito.<sup>50</sup> Ideais morais *podem* perfeitamente possuir o status de normas jurídicas válidas; a sua realização *pode* também ser elevada à condição de uma obrigação jurídica. Contudo, desta virtualidade jurídica se passa a uma realidade jurídica apenas sob a condição de que se possa demonstrar a existência de uma decisão de recepção por parte do direito positivo, isto é, de uma decisão produtora de direito por parte de um órgão competente para criar o direito investido pelo direito positivo.

O exemplo mais significativo e, ao mesmo tempo, evidente de uma recepção abrangente de valores morais pelo direito oferecem justamente aqueles princípios que ocupam o centro da teoria dos princípios: os direitos fundamentais. Direitos fundamentais – pense-se na dignidade da pessoa humana, no livre desenvolvimento pessoal, nas liberdades de expressão e religiosa, na proteção ao casamento e à família – incorporam valores morais em dosagem e nitidez dificilmente alcançáveis por outras disposições jurídico-normativas. E, ainda assim, os direitos fundamentais valem somente quando e na medida em que a eles é

---

<sup>47</sup> Fundamentalmente, sobre a contraposição entre conceitos jurídicos essenciais e conceitos jurídicos de conteúdo [“Rechtswesens- und Rechtsinhaltsbegriffe”], veja-se: *Felix Somló*, *Juristische Grundlehre*, 1917, § 10 (p. 26 ss, especialmente p. 27); apoiando-se em *Somló: Hans Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 18 s. c/c p. 375 e outras passagens.; *Adolf Julius Merkl*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, p. 290 ss. e outras passagens.

<sup>48</sup> Mais detalhadamente sobre isso, *Matthias Jestaedt*, *Das mag in der Theorie richtig sein ... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*, 2006, p. 38 ss., complementarmente, veja-se ainda, p. 40 ss..

<sup>49</sup> Sobre a autopoiesis do direito (em contraposição à inexistente auto-hipóstase): *Jestaedt*, *Grundrechtentfaltung* (n. 6, acima), p. 9 ss. (c/c n. 8), 185 ss. (c/c n. 213 e 215) e 289 ss..

<sup>50</sup> Sobre isso, de modo inovador, *Adolf Julius Merkl*, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, 1923, p. 238, 240, 279; *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. 1960, p. 196 ss.; *Hans Kelsen*, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, p. 21 s., 82 ss.; recentemente, *Jestaedt*, *Theorie* (n. 48, acima), p. 32 ss., 38 ss., 40 ss., com amplas referências.

atribuída validade jurídica pelo legislador constituinte. No caso da lei fundamental [“Grundgesetz”] pode-se ainda acrescentar que o próprio legislador constituinte, ao consignar, no Art. 1, § 2, a profissão de fé “aos direitos humanos invioláveis e inalienáveis como fundamento de qualquer sociedade humana, da paz e da justiça neste mundo”<sup>51</sup>, decidiu-se meramente por uma remissão estática, e não dinâmica à moral. Em síntese: mesmo os direitos fundamentais não são princípios jurídicos em função de sua natureza ou singularidade, mas sim apenas quando e na medida em que estas natureza e singularidade lhes forem atribuídas por uma decisão do direito constitucional positivo. Esta decisão há de ser, conseqüentemente, demonstrada. Isso e nada mais é o que se tem em mente quando se fala em teste de positivação [“Positivierungstest”].<sup>52</sup>

Resumidamente: na medida em que a teoria dos princípios determina a diferença e a singularidade de princípios e regras com base no respectivo comportamento específico em casos de colisão e, simultaneamente, procura oferecer a prova da existência de regras e princípios justamente com recurso ao comportamento em casos de colisão in concreto, ela acaba por se encerrar em uma circularidade lógica, mostrando-se tautológica: afinal, uma norma é um princípio exatamente se, quando e porque ela se sujeita à lei do sopesamento; e uma norma se sujeita à lei do sopesamento, se, quando e porque ela constitui um princípio.

#### *Resolução de colisões para além da ponderação*

A segunda objeção se relaciona à afirmação de que as normas jurídicas seriam ou regras ou princípios, ou seja, estariam estritamente sujeitas a um código binário. Neste caso a objeção se dirige menos ao teorema enquanto tal e mais ao significado que se lhe costuma atribuir e à sua implementação prática: não se contesta, portanto, que as normas *possam* apresentar diferentes comportamentos em casos de colisão. Contesta-se, contudo, por um lado, que o comportamento de regras e princípios em casos de colisão possa ser sempre fenomenologicamente diferenciado de modo incontroverso e identificado de modo nítido,<sup>53</sup> e,

---

<sup>51</sup> Sobre o Art. 1, § 2, da lei fundamental [“Grundgesetz”], confira-se *Josef Isensee*, Positivität und Überpositivität der Grundrechte, in: HGR II, 2006, § 26, números de margem 80 ss.; sobre a ideia de que a garantia da dignidade da pessoa humana do Art. 1, § 1, primeira frase, da lei fundamental [“Grundgesetz”] também representa “direito suprapositivo positivado”: *Josef Isensee*, Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, in: AöR 131 (2006), p. 173 (175 ss.).

<sup>52</sup> Veja-se ainda, *Lerche*, Optimierungsgebote (n. 2, acima), p. 205 ss., 206 ss..

<sup>53</sup> Sobre isso, confira-se ainda, *Hain*, Grundsätze (n. 6, acima), p. 110 ss..

por outro lado, que o comportamento diverso em casos de colisão se configure como *a* distinção operativa do sistema para toda a estrutura do direito.<sup>54</sup>

Para discussão deste ponto recorre-se a um exemplo que costuma ser tomado como demonstrativo da existência de uma colisão de princípios, mas que, examinado mais de perto, termina por evidenciar um conflito de regras: trata-se da argumentação com base no topos da “capacidade funcional” [“Funktionsfähigkeit”]. Dele se vale o tribunal constitucional federal em variados contextos para a restrição de direitos fundamentais ou de direitos equivalentes aos direitos fundamentais:<sup>55</sup>

– Assim, a restrição à igualdade eleitoral por meio da cláusula segundo a qual somente os votos daqueles partidos que obtiveram ao menos 5% do total de votos válidos serão levados em consideração para a distribuição das cadeiras no parlamento é justificada com recurso à capacidade funcional do parlamento e do governo.<sup>56</sup>

– A restrição do sigilo postal de detentos no sistema prisional por meio da abertura de correspondências pelos oficiais de execução da pena é justificada com recurso à capacidade funcional da execução penal.<sup>57</sup>

– A restrição à liberdade de expressão e à liberdade religiosa de professores e professoras da rede pública de ensino por meio da imposição de moderação política é justificada com recurso à capacidade funcional do sistema educacional.

Os exemplos poderiam ser multiplicados.<sup>58</sup> Na totalidade dos casos, a solução seria aparentemente encontrada mediante ponderação envolvendo o direito fundamental em questão e a capacidade funcional de uma instituição estatal. Consequentemente, a teoria dos princípios alcinha todos estes casos de colisões de princípios. Observando-se com mais cuidado, percebe-se, contudo, que não ocorre ponderação alguma: antes se encerra a proteção

---

<sup>54</sup> Também neste sentido vejam-se, *Lerche*, Optimierungsgedote (n. 2, acima), p. 206 ss.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (n. 6, acima), p. 215 ss.; *Poscher*, Grundrechte (n. 6, acima), p. 78 ss..

<sup>55</sup> Sobre o topos da “capacidade funcional”, utilizado na dogmática das restrições a direitos fundamentais, veja-se: *Martin Kriele*, Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, in: HStR V, 1992, § 110, números de margem 65–68, com amplas referências.

<sup>56</sup> Confirmam-se BVerfGE 1, 208 (248, 256); 4, 31 (40); 4, 142 (143); 4, 375 (380); 5, 77 (83); 6, 84 (92 ss.); 14, 121 (135); 34, 81 (99); 47, 198 (227); 51, 222 (236 s.); 95, 408 (419).

<sup>57</sup> Confira-se, de modo semelhante, o recurso à eficiência funcional [“Funktionstüchtigkeit”] da execução penal: BVerfGE 33, 367 (383).

<sup>58</sup> Confira-se “capacidade funcional do exército federal” (BVerfGE 28, 243 [261]; vejam-se, ainda, BVerfGE 32, 40 [46]; 48, 127 [159 ss.]; 69, 1 [23 s.]), “da universidade” (BVerfGE 33, 303 [339]) ou “do sistema de justiça” (BVerfGE 33, 23 [32]). Aqui, pode-se mencionar, em particular, a argumentação do tribunal constitucional federal com recurso ao topos da “capacidade funcional [“Funktionsfähigkeit”] da execução penal” (BVerfGE 33, 367 [383]; 51, 324 [344, 345 s.]), que é utilizada por *Alexy* (Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 79 s. como também na p. 82 ss.) para a demonstração do modo de funcionamento da lei de colisão.

do direito fundamental no momento em que a capacidade funcional de instituições estatais assim exige.<sup>59</sup> O mínimo necessário à manutenção da capacidade funcional não pode estar sujeito à ponderação, caso almeje cumprir com a sua tarefa de viabilizar a implementação de uma tarefa estatal concreta, constitucionalmente prevista. A capacidade funcional se revela, assim, como regra e não como princípio. Nos casos em que se recorre à capacidade funcional, não se trata, essencialmente, da compatibilização de pretensões colidentes. Trata-se, antes, de determinar exatamente o que é exigível para a manutenção da capacidade funcional de uma instituição estatal in concreto. A determinação do estritamente necessário à funcionalidade não é, via de regra, algo fácil; aqui desempenha um papel relevante saber qual o órgão competente (com frequência será o legislador) para esta determinação (e correspondente fixação). Problemas de delimitação emergem nesta constelação. Todavia, não se trata de ponderação, isto é, de restrição mútua de mandamentos de otimização.

A meu ver, deixa-se mostrar com este exemplo que: a distinção entre conflito de regras e colisão de princípios não é tão simples e evidente como sugere a teoria dos princípios. Também assim, esta distinção não funciona, sob auspícios práticos, como critério orientador ou plano de coordenadas (dos direitos fundamentais). Com isso – trate-se de acentuar –, o poder explicativo da distinção entre regras e princípios, de um lado, e da distinção entre conflito de regras e colisão de princípios, de outro, não é, de modo algum, posto em causa; este poder explicativo é apenas – ainda que severamente – relativizado.

#### *O problema metodológico dos “standards situacionais”*

Uma terceira objeção tem por alvo o fato de que a teoria da ponderação – a despeito do indiscutível ganho em racionalidade discursiva – promete por meio da fórmula do peso um grau de exatidão e de segurança na aplicação do direito que ela não está em condições de entregar. A fórmula do peso corresponde – vista a partir de seu contorno externo – ao ideal de uma ciência exata ou, é-se mesmo tentado a dizer: matemática. O que anteriormente restava inacessível ao olhar e à compreensão, no âmago da caixa-preta da ponderação, agora se pode – esta a impressão – expressar precisamente e, simultaneamente, calcular às claras por meio de uma fórmula lógico-matemática.

---

<sup>59</sup> Confirmam-se as indicações em *Matthias Jestaedt*, *Zuständigkeitsüberschießende Gehalte bundesstaatlicher Kompetenzvorschriften – Plädoyer für eine allgemeine Normgehaltslehre* –, in: Josef Aulehner/Andreas Dengler/Karlheinz Konrad/Stefan Langer/Anna Leisner/Oliver Lepsius/Johannes Möller/Markus Möstl/Susanne Pfab/Michael Stender/Christian Waldhoff (Org.), *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, 1997, p. 315 (324 s., especialmente p. 325).

As aparências, contudo, enganam. A exatidão e a traducibilidade dos procedimentos de ponderação em fórmulas lógicas estão sujeitas a limites bastante estreitos – limites que a fórmula da ponderação [“Abwägungsformel”] antes oculta do que revela,<sup>60</sup> na medida em que não resta inserida em um modelo mais refinado de realização do direito [“Rechtsgewinnungs-Modell”], isto é, na medida em que não é inserida em um modelo metodológico de realização do direito como *um* elemento entre muitos outros.<sup>61</sup> Afinal, a fórmula do peso opera com parâmetros que ela simplesmente nomeia em nível teórico-abstrato, mas sobre cuja determinação prático-concreta o intérprete é deixado na mão. Por meio de algumas perguntas é possível demonstrar que com a fórmula do peso mais questões são lançadas do que respondidas:<sup>62</sup>

- Com o valor do bem a ser protegido, a probabilidade e a gravidade da lesão ao bem a ser protegido se esgotam todos os parâmetros relevantes? Seria o caso de, oportunamente, diferenciar-se ainda mais?
- É mesmo possível estabelecer parâmetros gerais e abstratos de modo definitivo diante da pluralidade e singularidade das circunstâncias do caso concreto?
- Como se determina a escala métrica de cada parâmetro particular? Em que unidade de medida – calculável<sup>63</sup> – se determina, por exemplo, o valor do bem a ser protegido? E com que procedimento, que método?
- Como se relacionam os parâmetros uns aos outros? Com que fatores numéricos devem ser lançados o valor do bem a ser protegido, a probabilidade de lesão e a intensidade da lesão no “cálculo” de ponderação?<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Nesse sentido, também a crítica em *Hain*, Grundsätze (n. 6, acima), p. 140 e outras passagens.

<sup>61</sup> Sobre a ideia de que uma tal colocação em perspectiva e consequente relativização da ponderação não é compatível com a teoria dos princípios, veja-se o item 7, abaixo.

<sup>62</sup> No particular, não se levam em consideração, adiante, as objeções contra a chamada “escala triádica” [“triadische Skalierung”] (sobre isso, *Alexy*, Gewichtsformel [n. 14, acima], p. 777–783).

<sup>63</sup> Sobre o problema – central – da incomensurabilidade dos valores jurídicos conflitantes (e sobre a racionalidade que lhes é própria): *Ralph Christensen/Kent D. Lerch*, Dass das Ganze wahr ist, ist nicht ganz unwahr, in: *JZ* 62 (2007), p. 438 ss., em especial o item 1.b (“problema da heterogeneidade dos contextos desencadeadores de argumentação”), assim como item 3, com amplas referências.

<sup>64</sup> *Christensen/Lerch*, Das Ganze (n. 63, acima), item 1.b, falam em uma “tentativa ingênua de recurso à teoria matemática da decisão”. – Ressalvas fundamentais (1) contra a mensurabilidade e convertibilidade em escalas de valores (jurfundamentais), (2) contra o favorecimento ingênuo da “racionalidade argumentativa do discurso público” a despeito da “confiança liberal na criatividade do saber difuso vinculado à práxis social”, mas também (3) contra a ponderação de interesses situativamente orientada, que privilegia expectativas de proteção de curto prazo em detrimento daquelas de longo prazo, são formuladas sobretudo por *Ladeur*, Kritik der Abwägung (n. 6, acima), passim, especialmente p. 12 ss. e 76 ss. (passagem citada: p. 77).

– Quais circunstâncias fáticas do caso particular devem ser consideradas como jurídicas, isto é, como relevantes para a ponderação e com base em quais critérios? Com que parâmetros se constitui o caso juridicamente relevante?

Estas não são, de modo algum, questões simplesmente acessórias de dimensionamento teórico ou operacionalização prática, que, quando muito, tangenciariam apenas periféricamente o significado e o poder explicativo da fórmula do peso, sem afetá-los de forma grave. Muito pelo contrário: significado e poder explicativo da fórmula do peso dependem de saber se e de que modo se podem encontrar respostas convincentes a estas perguntas. Pois, sem esta fundamentação essencialmente metodológica – quais são os parâmetros, as unidades de medida e os métodos de mensuração? Com base em que chave as variáveis se deixam comparar e calcular? –, a fórmula do peso resta, em certo sentido, pairando no ar. É simples demonstrar como o resultado da fórmula do peso, isto é, como o veredicto sobre a proporcionalidade ou desproporcionalidade de uma relação concreta de meio-fim depende primariamente do modo como os elementos mencionados na fórmula do peso somente em abstrato são determinados in concreto. Sem qualquer indicação sobre o caminho pelo qual os pesos introduzidos na fórmula devem ser encontrados, medidos e comparados, a fórmula do peso padece da asséptica clareza de um jogo de contas de vidro [“Glasperlenspiel”] intelectual.<sup>65</sup>

Quando se leva em consideração que a fórmula do peso permanece sem um fundamento metódico satisfatório, a exatidão por ela afirmada, ou pelo menos insinuada, se revela como meramente aparente, como quimera metodológica. Diante de tudo isso, impõe-se a impressão de que os protagonistas da teoria dos princípios caíram vítimas da homonímia do conceito de “ponderação”: ao invés de levar em conta que, no contexto do direito, somente se pode falar em “ponderação” em sentido *metafórico*, eles a conceituam e concepcionalizam como *técnica* (de decisão). Assim, é de se rezear, contribuem – contrariamente às próprias intenções de conformar as fundamentações decisórias mais racionalmente – para invisibilizar as decisões efetivamente tomadas no processo de resolução de colisões por meio de uma “fachada retórica”.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Insistindo que a lei do sopesamento, ilustrável com ajuda de curvas de indiferenciação, não se torna imprestável, apesar da ausência de mensurabilidade dos parâmetros nela inseridos: *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 146 ss., especialmente p. 149 s. e 152 (“A lei do sopesamento determina o que deve ser fundamentado racionalmente. Com isso ela diz algo diverso de nada e não é, portanto, uma fórmula vazia”); de resto, é de se lembrar, aqui, das vantagens da teoria da ponderação mencionadas no item 2, acima.

<sup>66</sup> Sobre isso, mais detidamente, *Christensen/Lerch*, *Das Ganze* (n. 63, acima), item 1.a–c (construção citada no item: 1.b).

Colocado de modo positivo: a teoria da ponderação está em condições de formular de forma mais exata que as propostas teóricas até então existentes as questões que devem ser respondidas no contexto da discussão da proporcionalidade (em sentido estrito), bem como os ônus argumentativos aos quais se deve fazer jus, conseguindo, assim, descrever a estrutura da ponderação de forma mais precisa e racional; para além disso, contudo, ela não é útil no oferecimento de respostas às questões da ponderação, isto é, na operacionalização prática da ponderação.<sup>67</sup> Nesta medida, ela não consegue “ultrapassar os limites de uma formalização analítica cuidadosa do intuicionismo moral”.<sup>68</sup>

### *O problema dogmático dos “standards situacionais”*

Operar com “standards situacionais” implica não apenas uma problemática *metodológica*, mas também – e com isso chego à quarta objeção – uma *dogmática*: como acontece com frequência, aquilo que se aprecia como vantagem desde determinado ponto de vista mostra-se como fraqueza quando observado desde outra perspectiva. Se anteriormente se destacou positivamente que a teoria da ponderação possibilita soluções adequadas e adaptadas ao caso particular, agora é chegada a hora de examinar o outro lado desta medalha: o problema dogmático dos chamados “standards situacionais”.<sup>69</sup> Se os princípios contêm apenas um “dever ser prima-facie” e se afirmações consistentes sobre os efeitos atribuíveis a um princípio somente podem ser feitas diante do caso particular e circunscritas a ele, então – formulado de modo preciso –, é o caso que rege a norma e não mais a norma que rege o caso. No lugar da lei parlamentar se ergue a “lex situationis”.<sup>70</sup>

Tomando-se como exemplo o esvaziamento e a desvalorização do direito legislado na jurisprudência do tribunal constitucional federal relativa a direitos fundamentais, pode-se demonstrar este mecanismo funcional de inversão de papéis:<sup>71</sup> se a lei funcionava

---

<sup>67</sup> Nitidamente mais cético, Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. ed. 1994, p. 315 ss., segundo o qual a ponderação se realiza “ou de modo arbitrário ou irrefletido de acordo com standards e hierarquizações habituais”.

<sup>68</sup> Citação em: *Somek*, *Rechtliches Wissen* (n. 6, acima), p. 135.

<sup>69</sup> Para conceito e tema, veja-se, *Ladeur*, *Kritik der Abwägung* (n. 6, acima), p. 45.

<sup>70</sup> Para conceito e tema, veja-se: *Rainer Eckertz*, *Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als Grenzproblem des Rechts*, 1986, p. 180; confira-se ainda *Fritz Ossenbühl*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, in: *DVB1*. 1995, p. 904 (908, 909).

<sup>71</sup> Sobre isso e sobre o que virá adiante, *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung* (n. 6, acima), p. 37 ss., p. 54 ss., especialmente p. 59–63, com inúmeras referências; *Matthias Jestaedt*, *Die Grundrechtsrevolution frisst ihre*

anteriormente como a medida das coisas jurídicas, como regra que valia de modo universal e inquebrantável, geral e rígido – simultaneamente funcionando como *rationis ordinatio* –, diante dos direitos fundamentais compreendidos como princípios uma lei passa a ter força apenas se e na medida em que suas disposições mostram-se abertas e maleáveis a concretizações em conformidade com os direitos fundamentais no caso particular. Com isso, contudo, sujeita-se a lei à “reserva do caso particular de direitos fundamentais” [“*Einzelfallvorbehalt*”]. Sua desgeneralização conduz inevitavelmente a uma degeneração. Pois a lei perde juntamente com a corrosão pontilista de suas generabilidade e inviolabilidade também a sua capacidade de oferecer orientação e segurança para a aplicação do direito. A lei representa, no fim das contas – formulado de modo contundente –, uma fase transitória, em regra efetivamente necessária, mas frequentemente pouco determinada e, com isso, pouco relevante na concretização e individualização de valores constitucionais, a saber, de direitos fundamentais no caso particular.<sup>72</sup>

#### *O “grau zero da dogmática jurídica”*

No contexto do problema dos “standards situacionais”, adstritos ao caso, elaborados a partir dele e válidos apenas para ele, apresenta-se outro ponto de crítica. À teoria da ponderação, que na forma da teoria dos princípios selou uma aliança momentosa com a “teoria da argumentação jurídica” de Alexy, atribui-se a condição de “grau zero da dogmática jurídica”.<sup>73</sup> De fato, a teoria da ponderação culmina com a reivindicação tão banal quanto abstrata de que o aplicador do direito deve tomar uma decisão racionalmente fundamentada para o caso concreto mediante consideração de todas as circunstâncias relevantes para este caso. Tendo em conta as condições do discurso racional, é dificilmente imaginável um grau menor de orientação em termos de guia para a ação – significa dizer: de orientação concreta.

Adicione-se a isso o fenômeno dos “standars situacionais” e pode-se até mesmo dizer: a teoria dos princípios contribui para tolher o direito legislado de sua função de orientação e estruturação, ao mesmo tempo em que fracassa, por sua vez, em cumprir com a tarefa que disso lhe emerge, consistente em municiar o igualmente despossado aplicador do direito com

---

Kinder – Bedachtes und Bedenkliches aus fünf Jahrzehnten Grundrechtsdeutung –, in: *Journal für Rechtspolitik* 8 (2000), p. 99 ss..

<sup>72</sup> Indicando caminhos, *Rainer Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, in: *NVwZ* 1994, p. 401 ss., especialmente p. 407 ss..

<sup>73</sup> Veja-se *Poscher*, *Grundrechte* (n. 6, acima), p. 81 ss..

coisa diversa de fórmulas que, dada a sua elevada abstração, nada dizem. A notória discrepância entre poder explicativo, de um lado, e capacidade de orientação, de outro, é, assim, uma característica peculiar da teoria da ponderação.<sup>74</sup>

*“Constitucionalização” do ordenamento jurídico*

A sexta objeção dá conta do fato de que a teoria da ponderação, quando ativada universalmente, conduz a um desescalamento do ordenamento jurídico.<sup>75</sup> Os escalões de criação do direito previstos pelo próprio direito positivo – constituição, lei, decreto, regimento, ato administrativo, decisão judicial, contrato e assim por diante –, que, em função de determinações do direito positivo se encontram em complexas relações hierárquicas uns com os outros,<sup>76</sup> são tendencialmente despidos de sua autonomia. Sob o império de uma constituição investida de supremacia e de uma jurisdição constitucional ativista, desescalamento significa, entretanto, o mesmo que constitucionalização do ordenamento jurídico.<sup>77</sup>

O catalisador definitivo, com a ajuda do qual a teoria da ponderação implementa a constitucionalização do ordenamento jurídico, é a “norma atribuída de direito fundamental” [“zugeordnete Grundrechtsnorm”].<sup>78</sup> Por “norma atribuída de direito fundamental” a teoria dos princípios entende uma “norma, para a qual é possível uma fundamentação correta do ponto de vista dos direitos fundamentais”.<sup>79</sup> Nesta definição se manifesta de modo marcante

---

<sup>74</sup> De modo semelhante, *Poscher*, Grundrechte (n. 6, acima), p. 76: “O problema do imenso potencial interpretativo da abordagem da teoria dos princípios reside na sua correlação negativa com o poder explicativo dela”.

<sup>75</sup> Sobre este fenômeno, veja-se, mais detidamente, *Clemens Jabloner*, Stufung und „Entstufung“ des Rechts, in: ZöR 60 (2005), p. 163 ss..

<sup>76</sup> O mais sofisticado esquema interpretativo em matéria de teoria do direito está associado ao nome de *Adolf Julius Merkl*, que responde por estudos pioneiros sobre a chamada teoria da estrutura escalonada do ordenamento jurídico [“Stufenbaulehre”]; confira-se, particularmente, *Adolf Julius Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues (1931), in: *Adolf Julius Merkl*, Gesammelte Schriften, v. I/1, 1993, p. 437 (464 ss., 480 ss.); veja-se, complementarmente, *Kelsen*, Reine Rechtslehre (n. 50, acima), p. 228 ss.. Para um exame histórico da recepção e sobre o significado atual desta teoria, *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (n. 6, acima), p. 298 ss., especialmente p. 300 ss., com amplas referências.

<sup>77</sup> Sobre isso, *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, com amplas referências; *Robert Alexy, Philip Kunig, Werner Heun e Georg Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), p. 7 ss., 34 ss., 80 ss., 119 ss.; *Ladeur*, Kritik der Abwägung (n. 6, acima), p. 44 s.; sobre a distinção entre constitucionalização em sentido *autêntico* e *inautêntico*: *Matthias Jestaedt*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: DVBl. 2001, p. 1309 (1318 ss.).

<sup>78</sup> Sobre isso, *Alexy*, Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 57 ss., 84 ss..

<sup>79</sup> Assim, *Alexy*, Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 86, veja-se ainda p. 61.

o vínculo entre teoria dos princípios, de um lado, e “teoria do discurso jurídico racional”, de outro.<sup>80</sup> “Normas atribuídas de direito fundamental” é como a teoria dos princípios denomina os resultados da ponderação obtidos com base na fórmula do peso. “Normas atribuídas de direito fundamental” não são, de fato, autônomas – o atributo “atribuída” expressa isso de modo claro –, pois elas são derivadas de um mandamento de otimização de direito fundamental; a despeito disso (ou, talvez seja de se dizer: justamente por isso?) atribui-se a elas nível hierárquico constitucional.<sup>81</sup> Por trás da fórmula da “norma atribuída de direito fundamental” esconde-se, portanto, nada menos que a afirmação de que não apenas os bens protegidos por direitos fundamentais – que encontram entrada nos cálculos de proporcionalidade e que são ponderados uns contra os outros – e a máxima da proporcionalidade enquanto tal possuem status constitucional, mas também os *resultados* obtidos por meio da ponderação.

Considerando-se a circunstância de que os direitos fundamentais são compreendidos não apenas como direitos de defesa perante o estado, mas também, em virtude da assim chamada dimensão objetiva, como obrigações de proteção por parte do estado,<sup>82</sup> pode-se reformular, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, virtualmente qualquer relação jurídica em que titulares de direitos fundamentais estejam envolvidos como sopesamento entre pretensões jusfundamentais de liberdade e igualdade. Justamente o direito privado se apresenta, nesta perspectiva, como regime das colisões de direitos fundamentais por excelência:<sup>83</sup> no código civil (BGB) o estado delimita, dito de modo simplificado, as esferas de direitos fundamentais dos cidadãos nas suas relações uns com os outros. O meio desta delimitação é preferencialmente a ponderação de pretensões de direitos fundamentais. Os resultados de ponderações legislativas que o legislador inscreve no código civil podem ser, de modo consistente e sem dificuldades, compreendidos como “normas atribuídas de direito fundamental”. Eles mesmos deveriam, portanto, gozar de hierarquia constitucional. O dilema do rei Midas se descortina por completo: tudo aquilo com que o modelo da ponderação entra em contato se transforma em ouro, isto é, no caso dos direitos fundamentais interpretados extensivamente: direito constitucional.

---

<sup>80</sup> Veja-se (a primeira parte do) subtítulo da tese de doutorado de *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation* (n. 3, acima).

<sup>81</sup> Nitidamente em *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (n. 4, acima), p. 57 ss., 86 e passim.

<sup>82</sup> Indicando caminhos, *Josef Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: *HStR V*, 1. ed. 1992, § 111.

<sup>83</sup> Confira-se, por todos, *Matthias Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001; no ponto, *Ladeur*, *Kritik der Abwägung* (n. 6, acima), p. 64 (destaque no original): “O direito civil é a infraestrutura jurídica multipolar que viabiliza o exercício dos direitos fundamentais”.

A concepção amplamente difundida do caráter de ordem-moldura da constituição, uma moldura que reserva espaço para diferentes concretizações das disposições constitucionais,<sup>84</sup> é tendencialmente incompatível<sup>85</sup> com este modelo. Por meio da categoria da “norma atribuída de direito fundamental” dilui-se, ademais, a relevante distinção entre simples *conformidade* constitucional, isto é, entre o que é constitucionalmente permitido, e *status* constitucional [“Verfassungsrangigkeit”], isto é, aquilo que é constitucionalmente determinado ou garantido.<sup>86</sup> Esta diluição é, contudo, apenas consequência e expressão da circunstância de que, com base na “teoria do discurso jurídico racional”, dois significados inconciliáveis de “fundamentar” não podem mais ser diferenciados. A questão sobre o que se pode “fundamentar” como conteúdo de um direito fundamental por meio de interpretação deve ser distinguida estritamente da questão: que tipo de criação infraconstitucional de direito se pode “fundamentar” com base no direito fundamental correspondente? Enquanto a primeira questão visa a saber – na perspectiva, por exemplo, do legislador – quais são os determinantes constitucionais da própria atuação, a segunda questão pretende investigar se um resultado concreto da atividade legiferante fez jus a estes determinantes. Objeto da primeira das “fundamentações” mencionadas são os direitos fundamentais; objeto da segunda, por sua vez, são as normas de nível infraconstitucional (lei, decreto e assim por diante).<sup>87</sup>

*Alexy* tenta salvar o teorema da constituição como ordem-moldura – também e particularmente contra a “no-discretion thesis” de *Ronald Dworkin*<sup>88</sup> – por meio da observação de que o modelo da ponderação nem sempre implicará necessariamente a existência de um único resultado possível para a ponderação in concreto.<sup>89</sup> Esta observação é, de fato, apta a resgatar a legitimidade do teorema da moldura. Ela se deixa, contudo, dificilmente harmonizar com a categoria da “norma atribuída de direito fundamental”: pois,

---

<sup>84</sup> Seminalmente: *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR II, 3. ed. 2004, § 15, números de margem 166 ss., com amplas referências.; veja-se, ainda, *Josef Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: HStR VII, 1. ed. 1992, § 162, números de margem 43 ss..

<sup>85</sup> Sobre isso, veja-se *Hain*, Grundsätze (n. 5, acima), p. 131 ss., e p. 155–157, com amplas referências.

<sup>86</sup> Mais detalhadamente sobre isso, *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (n. 6, acima), p. 235 ss. com amplas referências, complementarmente, p. 247.

<sup>87</sup> Sobre isso, *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (n. 6, acima), p. 233 ss. assim como p. 236 ss..

<sup>88</sup> Sobre a “no-discretion thesis” ou a “right-answer thesis”: *Dworkin*, Bürgerrechte (n. 43, acima), p. 143 ss., especialmente p. 152 ss.. Análise acurada em: *Claudia Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, p. 193 ss., 215 ss. com amplas referências; veja-se a posição crítica de *Hain*, Grundsätze (n. 6, acima), p. 139 ss..

<sup>89</sup> Confira-se *Alexy*, Rechtsprinzip (n. 7, acima), S. 206 ss., especialmente p. 208 ss.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 143, 149, 152, 494, 520 ss.; sobre a inserção em uma teoria dos “espaços de discricionariedade”: *Alexy*, Verfassungsrecht (n. 25, acima), p. 7 ss., especialmente p. 25 ss.; *Sieckmann*, Regelmodelle (n. 3, acima), p. 231 ss., resumidamente na p. 237; *Jansen*, Abwägung (n. 3, acima), p. 44 ss..

se o modelo da ponderação, em função de razões metodológicas, não admite apenas um único resultado para a ponderação, é, por outro lado, exatamente esta a consequência dogmática da qualificação dos resultados da ponderação como “norma atribuída de direito fundamental”. O status constitucional do resultado da ponderação obtido in concreto determina a exclusão jurídico-positiva de todos os outros resultados *possíveis* para a ponderação – pois o seu respectivo nível hierárquico constitucional *não foi atualizado* –, por força da supremacia constitucional que milita favoravelmente ao resultado obtido.

Com o desescalamento resta engatilhada a armadilha da constitucionalização: quando tendencialmente tudo possui nível hierárquico constitucional, a supremacia constitucional perde o seu significado. Onde tudo possui significado primacial, não se pode mais responder a qualquer questão jurídica e não se pode mais orientar relação jurídica alguma com recurso à supremacia. A constitucionalização da ordem jurídica puxa o tapete da constituição naquilo que lhe é específico – por paradoxal que isso possa parecer. Deste modo, ela age perniciosamente sobre o tecido funcional e institucional da constituição: “a jurisdição constitucional obtém, por meio da teoria dos princípios, acesso a praticamente todas as questões jurídicas e a toda decisão política de um conflito. A tendência material à constitucionalização se reflete na tendência à judicialização via jurisdição constitucional. Tanto o papel dos tribunais ordinários quanto o papel da política se tornam confusos diante da jurisdição constitucional. Ambos se tornam apenas provedores de otimizações provisórias para colisões de direitos fundamentais, que, contudo, sujeitam-se à decisão final por parte do órgão competente para a interpretação autoritativa da constituição”.<sup>90</sup>

#### *A tese da alternatividade da realização do direito: subsunção ou ponderação*

Com isso chego à penúltima objeção: na teoria dos princípios a distinção entre regras e princípios possui um status não apenas dogmático, mas também, especificamente, um status metódico. Às diferentes estruturas normativas, regra de um lado, princípio de outro, correlacionam-se diferentes métodos de realização do direito. Enquanto as regras são associadas ao modelo da subsunção, os princípios como que atualizam o modelo da ponderação. Assim como o registro teórico estrutural-normativo encontra no par conceitual regra–princípio uma doutrina dos dois reinos, o registro metódico/metodológico conhece igualmente uma doutrina dos dois reinos: a realização do direito se aperfeiçoa em

---

<sup>90</sup> Citação: *Poscher*, Grundrechte (n. 6, acima), p. 83.

conformidade com este esquema ou na forma da subsunção ou na forma da ponderação.<sup>91</sup> Nestes dois níveis vale a mesma fórmula: *tertium non datur*. O aluno de *Alexy, Jan-Reinard Sieckmann*, articula conceitualmente este complexo de ideias da seguinte maneira: “A aplicação de regras se dá mediante subsunção de uma situação fática sob uma hipótese fática normativa e dedução da consequência jurídica. [...] A aplicação dos princípios exige, diversamente, via de regra, uma ponderação de princípios colidentes.”<sup>92</sup>

Tanto contra a codificação binária da realização do direito em subsunção e ponderação quanto contra a vinculação entre regra e subsunção, de um lado, e princípio e ponderação, de outro, haveria muito a se dizer.<sup>93</sup> Aqui a crítica se restringirá a três pontos:

Primeiro: a concepção de aplicação das regras subjacente à teoria da ponderação, que a entende como “subsunção de uma situação fática sob uma hipótese fática normativa [de uma regra] e dedução da consequência jurídica”, é aquela do positivismo legalista ingênuo, que assistia à jurisprudência construtivista dos conceitos, há muito superada.<sup>94</sup> Aqui, o aplicador do direito aparece como um autômato apolítico a realizar subsunções,<sup>95</sup> como um valor neutro na perspectiva da teoria da realização do direito. Querer enxergar nisso mais que

---

<sup>91</sup> Expressamente, *Alexy*, *Gewichtsformel* (n. 14, acima), p. 771: “Há duas operações fundamentais de aplicação do direito: subsunção e ponderação.”

<sup>92</sup> *Sieckmann*, *Regelmodelle* (n. 3, acima), p. 18 ss. (citação: p. 18). Confirma também *Raabe*, *Grundrechte* (n. 3, acima), p. 202 ss.; *Robert Alexy*, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in: *Ratio Juris* 16 (2003), p. 433 ss..

<sup>93</sup> Confirma-se, ainda, *Poscher*, *Grundrechte* (n. 6, acima), p. 77 ss.; complementarmente, *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung* (n. 6, acima), p. 232 ss..

<sup>94</sup> O *locus classicus*: “A *decisão jurídica* consiste na subsunção de uma dada situação fática sob o direito válido e ela é, como toda inferência lógica, independente da vontade; não há liberdade decisória sobre se a conclusão deve ser alcançada ou não; ela se impõe – como se diz – por si mesma, com inerente necessidade. Ao indivíduo chamado a decidir pode caber investigar a ocorrência de uma situação fática correspondente ao tipo normativo e nisso pode lhe ser reservada uma ampla margem de discricionariedade; de qualquer maneira, a conformação desta margem independe da sua vontade, e ele deve utilizá-la na forma em que se lhe apresenta, na forma como ela se mostra ao seu intelecto. O direito objetivo (a premissa lógica maior) pode, da mesma forma, conceder ao julgador um poder discricionário abrangente, pode lhe determinar que observe a equidade ou lhe delegar uma decisão discricionária. Ainda assim o juiz não deverá fazer vigorar a *sua* vontade, mas sim aquela do direito objetivo; ele é a *viva vox legis*; ele não cria para si a premissa maior, mas sim a reconhece como emanacão de um poder que se ergue acima dele. [...] Isso vale indistintamente, quer seja um ‘tribunal’, quer seja uma ‘instância administrativa’ o chamado a decidir” (*Paul Laband*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tomo II, 5. ed. 1911, p. 178 – destaques no original). – A proximidade à teoria da judicatura e ao modelo de juiz de *Montesquieu*, segundo os quais o juiz é um “être inanimé”, nada senão “la bouche, qui prononce les paroles de la loi”, e segundo os quais as decisões judiciais “ne soient jamais qu’un texte précis de la loi” e a “puissance de juger [...] est en quelque façon nulle” (todas as citações em: *Montesquieu*, *De l’esprit des lois* (1748), 1834, Tomo 1, Livro 11, Cap. 6, p. 297, 300 e 305), é indisfarçável (veja-se *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung* [n. 6, acima], p. 309 ss.).

<sup>95</sup> Sobre conceito e tema: *Regina Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, 1986, passim, especialmente p. 292 ss..

uma caricatura ou mesmo uma paródia do processo altamente complexo de realização do direito é algo que, hoje, não mais se sustenta.<sup>96</sup>

Segundo: mesmo a concepção de aplicação dos princípios, isto é, da realização do direito enquanto ponderação, é merecedora de críticas. Embora toda colisão de princípios seja resolvida por meio de uma *decisão* de ponderação, a teoria dos princípios insiste que “ponderações de princípios não são caracterizáveis como criações de normas jurídicas, mas sim apenas como procedimentos cognitivos que visam à determinação do conteúdo normativo definitivo de princípios colidentes”.<sup>97</sup> Assim, no caso da ponderação não se trata de *criação* do direito, mas apenas de *conhecimento* do direito; não se trata de *imposição* de valores, mas apenas de *declaração* de valores pré-existentes. De modo conciso: “a aplicação do direito não possui, em conformidade com suas pretensões, caráter constitutivo, mas meramente declaratório de direito”.<sup>98</sup> Novamente nos deparamos aqui com a negação do caráter criador do direito de toda aplicação jurídica, típica da jurisprudência dos conceitos. Uma vez mais se revela quão pouco sólido é o fundamento sobre o qual se alicerça a teoria da “norma atribuída de direito fundamental”. – Além disso, é de se perguntar como se concilia esta tese sobre o caráter meramente declaratório da decisão de ponderação com a tese, igualmente propagada por esta teoria, segundo a qual o resultado da ponderação não se mostra, via de regra, unívoco, mas sim plurívoco.<sup>99</sup>

Finalmente, terceiro: uma vez que a decisão sobre o procedimento cognitivo que conduzirá à aplicação do direito – modelo da subsunção ou modelo da ponderação – depende da estrutura da norma a ser interpretada, emerge um dilema segundo o qual a escolha do procedimento cognitivo depende de pressupostos que somente se sabem existentes (ou não) posteriormente à aplicação de um específico procedimento cognitivo, já que a estrutura das normas se determina em função do comportamento em caso de colisão e este, por sua vez, apenas pode ser aferido por meio da interpretação das normas em questão.<sup>100</sup>

A teoria dos princípios se encontra e se vê refletida na tradição de um racionalismo antivoluntarista, isto é, idealista, ao qual é cara a tendência de negação ou escamoteamento

---

<sup>96</sup> Desenvolvido de modo mais detalhado em *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (n. 6, acima), p. 279 ss.; *Jestaedt*, Theorie (n. 48, acima), p. 20 ss., com amplas referências em cada um deles.

<sup>97</sup> Assim, *Sieckmann*, Regelmodelle (n. 3, acima), p. 145 ss. (citação: p. 145, com referência a *Dworkin*, Rights [n. 43, acima], p. 86 ss.). Outras referências em *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (n. 6, acima), p. 230 (n. 98).

<sup>98</sup> Assim, *Raabe*, Grundrechtsschutz (n. 3, acima), p. 495 e outras passagens.

<sup>99</sup> Sobre isso, *Alexy*, Theorie der Grundrechte (n. 4, acima), p. 143, 149, 152, 420 ss., 494, 520 ss. e outras passagens.

<sup>100</sup> Mais detidamente, *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (n. 6, acima), p. 230 ss..

do elemento político na realização do direito: realização do direito, quer parecer, é algo que ocorre de modo apolítico, seja por força de simples subsunção, seja em função do recurso à fórmula do peso.

*O escamoteamento dos espaços discricionários de criação do direito*

Um oitavo e último ponto crítico se conecta à afirmação do mero caráter cognitivo da ponderação: a teoria da ponderação tende a rejeitar a distinção entre programação autônoma e programação heterônoma imanente a todo ato de criação do direito, na medida em que ela concebe a ponderação como pura atividade (lógico-dedutiva?) de conhecimento. A aplicação do direito se esgota, em conformidade com ela, no conhecimento do direito. Não resta espaço algum para a criação do direito. Consequentemente, não resta também espaço algum para as prerrogativas administrativas ou mesmo legislativas de conformação. A teoria da ponderação conduz, quando levada às últimas consequências, à negação da existência de espaços discricionários de criação do direito.<sup>101</sup> Que com isso se conferem amplos poderes ao tribunal constitucional já foi tematizado aqui.

Isso é algo que reconhecem até mesmo os protagonistas da teoria dos princípios, que oferecem uma proposta alternativa para a reconstrução dos espaços legislativos de criação discricionária do direito na resolução de colisões de direitos fundamentais: o espaço legislativo de criação discricionária do direito seria, por sua vez, resultado de uma ponderação, mais propriamente de uma ponderação de princípios formais com princípios materiais.<sup>102</sup> Com isso, contudo, e aqui este aspecto pode ser apenas esboçado, os problemas não se tornam menores, mas sim maiores.<sup>103</sup> Pois a teoria da ponderação afirma existirem meros mandamentos de otimização lá onde a constituição reconhecidamente pressupõe a existência de determinações taxativas e, com isso, *avessas* à ponderação: tanto na ordem de competências da repartição vertical de poderes (numa federação: repartição federativa)

---

<sup>101</sup> Sobre isso, veja-se ainda, *Hain*, Grundsätze (n. 6, acima), p. 132 ss., 155 ss.; *Ladewig*, Kritik der Abwägung (n. 6, acima), p. 78 ss..

<sup>102</sup> Confirmam-se *Sieckmann*, Regelmodelle (n. 3, acima), p. 147 ss.; *Raabe*, Grundrechtsschutz (n. 3, acima), p. 184 ss.. *Robert Alexy* mesmo se esforça em reformular o espaço – legislativo – de criação discricionária do direito nos moldes de uma teoria dos “espaços discricionários epistêmicos” e “estruturais” (*Alexy*, Verfassungsrecht [n. 25, acima], p. 15 ss., especialmente p. 16 ss. e 27 ss.). Confirma-se, ainda, a perspectiva de *Marcel Kaufmann*, Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 8 (1997), p. 161 ss..

<sup>103</sup> Mais detidamente, *Hain*, Grundsätze (n. 6, acima), p. 135–138; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (n. 6, acima), p. 221–241 e p. 245, com inúmeras referências.

quanto na horizontal. A supremacia da constituição ou a vinculação à lei de executivo e judiciário não são, exemplificativamente, meros mandamentos de otimização e não contêm apenas um “dever-ser prima-facie”; elas ambicionam observância incondicional, dispendo, portanto, de um caráter de tudo-ou-nada.

#### 4. O futuro da teoria da ponderação

As reflexões sobre os altos e baixos da teoria da ponderação terão de ser interrompidas por aqui. Se se pergunta, resumidamente, sobre o futuro da teoria da ponderação, então é preciso diferenciar: a pergunta pretende saber que destino *está* reservado à teoria da ponderação na práxis do judiciário e da argumentação jurídica ou pretende inquirir sobre o lugar que se *deve*, segundo os seus méritos, reservar à teoria da ponderação? No primeiro caso, trata-se de uma prognose fática, no segundo, de uma questão normativa.

Como um esquema de explicação maleável e fungível, a teoria da ponderação se revela como um dos mais importantes, e, de todo jeito, irrenunciáveis instrumentos de uma teoria jurídica que se comporte como um positivismo de matriz jurisdicional constitucional [“verfassungsgerichtspositivistisch”]. É uma vez que um espaço bastante central é reservado pelo direito positivo à ponderação – independentemente de sua concepcionalização metodológica, teórica e dogmática – em relações jurídicas complexas, é de se projetar um futuro resplandecente e seguro à teoria da ponderação, enquanto o positivismo de matriz jurisdicional constitucional [“Verfassungsgerichtspositivismus”] se mantiver como ideologia dominante.<sup>104</sup>

Se se contrastam os altos e baixos da teoria da ponderação, contudo, a previsão quanto ao futuro desta teoria na configuração que lhe é dada pelos trabalhos da Escola de Kiel adquire feições nitidamente mais críticas. A pretensão da teoria da ponderação de conformar uma teoria universal dos direitos fundamentais é exagerada, projetada de maneira irrealizável. Se se reduz a pretensão da teoria da ponderação, todavia, ao status de uma teoria estrutural-analítica dos direitos fundamentais, setorial e focada nas respectivas colisões, inserida no âmbito de uma teoria mais refinada e abrangente da realização do direito do que a alternativa

---

<sup>104</sup> Sobre as múltiplas facetas do fenômeno do positivismo de matriz jurisdicional constitucional: *Matthias Jestaedt*, *Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat*, in: *Hommage an Josef Isensee*, 2002, p. 183 ss., com amplas referências; confirmam-se, ainda, as indicações em *Somek*, *Rechtliches Wissen* (n. 6, acima), p. 79 ss., especialmente p. 80, assim como p. 203. Para uma possível tendência contrária, confira-se *Bernhard Schlink*, *Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel*, in: *JZ* 62 (2007), p. 157 ss..

subcomplexa entre subsunção e ponderação, então nada milita contra e tudo a favor de que lhe seja assegurado um lugar proeminente na dogmática dos direitos fundamentais.

Para retornar ao início destas reflexões: se logo de largada designou-se a teoria da ponderação como excepcional produto (de exportação) da ciência jurídica alemã, é preciso anexar a este *merchandising* uma devida advertência: administrada em dosagem equivocada e em um contexto inapropriado – isto é, de modo universal e extensivo – o produto “teoria da ponderação” provoca muito mais danos do que é capaz de gerar benefícios.

## Referências

- AARNIO, Aulis. Taking Rules Seriously, in: **ARSP** Beiheft 42 (1990), p. 180–192.
- ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips (1979), in: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 177–212.
- ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (1985), in: ALEXY, Robert/KOCH, Hans-Joachim/KUHLEN, Lothar/RÜSSMANN, Helmut (Org.). **Elemente einer juristischen Begründungslehre**, Munique: Beck, 2003, p. 217–233.
- ALEXY, Robert. Ota Weinbergers Kritik der diskurstheoretischen Deutung juristischer Rationalität, in: KOLLER, Peter/KRAWIETZ, Werner/STRASSER, Peter (Org.). Institution und Recht, **Rechtstheorie** Beiheft 14 (1994), p. 143–157.
- ALEXY, Robert. Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs (1995), in: ALEXY, Robert/KOCH, Hans-Joachim/KUHLEN, Lothar/RÜSSMANN, Helmut (Org.). **Elemente einer juristischen Begründungslehre**, Munique: Beck, 2003, p. 113–122.
- ALEXY, Robert. Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurses (1995), in: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 165–174.
- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, 3. ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1996.
- ALEXY, Robert. The Special Case Thesis, in: **Ratio Juris** 12 (1999), p. 374–384.
- ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 4. ed., Frankfurt: Suhrkamp, 2001.
- ALEXY, Robert. Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: SCHILCHER, Bernd/KOLLER, Peter/FUNK, Bernd-Christian (Org.). **Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts**, Viena: Verlag Österreich, 2000, p. 31–52.
- ALEXY, Robert. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: **VVDStRL** 61 (2002), p. 7–33.

ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel, in: JICKELI, Joachim/KREUZ, Peter/REUTER, Dieter (Org.). **Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein**, Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p. 771–792.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in: **Ratio Juris** 16 (2003), p. 433–449.

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**, 4. ed., Freiburg/Munich: Alber, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Theorie der Rechtsprinzipien**, Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

BITTNER, Claudia. **Recht als interpretative Praxis**. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz**, Munich: [s.n.], 1990.

BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998.

BOROWSKI, Martin. Prinzipien als Grundrechtsnormen, in: **ZöR** 53 (1998), p. 307–335.

BUMKE, Christian. **Der Grundrechtsvorbehalt**. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998.

CHRISTENSEN, Ralph/LERCH, Kent D.. Dass das Ganze wahr ist, ist nicht ganz unwahr, in: **JZ** 62 (2007), p. 438–444.

DREIER, Ralf. Der Begriff des Rechts (1986), in: DREIER, Ralf, **Recht – Staat – Vernunft**, 1991, Frankfurt: Suhrkamp, p. 95–119.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, 2. ed., Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Bürgerrechte ernstgenommen**, 1. ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1990.

ECKERTZ, Rainer. **Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als Grenzproblem des Rechts**, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1986.

GÜNTHER, Klaus. **Der Sinn für Angemessenheit**, Frankfurt: Suhrkamp, 1988.

GÜNTHER, Klaus. Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: **Rechtstheorie** 20 (1989), p. 163–190.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HAIN, Karl-Eberhard. **Die Grundsätze des Grundgesetzes**. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1999.

HERMES, Georg. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: **VVDStRL** 61 (2002), p. 119–154.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

HEUN, Werner. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: **VVDStRL** 61 (2002), p. 80–118.

ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: **HStR** V, 1. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1992, § 111.

ISENSEE, Josef. Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: **HStR** VII, 1. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1992, § 162.

ISENSEE, Josef. Staat und Verfassung, in: **HStR** II, 3. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2004, § 15.

ISENSEE, Josef. Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, in: **AöR** 131 (2006), p. 173–218.

ISENSEE, Josef. Positivität und Überpositivität der Grundrechte, in: **HGR** II, Heidelberg: C. F. Müller, 2006, § 26.

JABLONER, Clemens. Stufung und „Entstufung“ des Rechts, in: **ZöR** 60 (2005), p. 163–185.

JAKAB, András. Prinzipien, in: **Rechtstheorie** 37 (2006), p. 49–65.

JANSEN, Nils. Die Abwägung von Grundrechten, in: **Der Staat** 36 (1997), p. 27–54.

JANSEN, Nils. Die Struktur rationaler Abwägungen, in: BROCKMÖLLER, Annette et al. (Org.). **Ethische und strukturelle Herausforderungen des Rechts**, 1997, p. 152–168.

JANSEN, Nils. **Die Struktur der Gerechtigkeit**, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998.

JESTAEDT, Matthias. Zuständigkeitsüberschießende Gehalte bundesstaatlicher Kompetenzvorschriften – Plädoyer für eine allgemeine Normgehaltslehre –, in: AULEHNER, Josef/DENGLER, Andreas/KONRAD, Karlheinz/LANGER, Stefan/LEISNER, Anna/LEPSIUS, Oliver/MÖLLER, Johannes/MÖSTL, Markus/PFAB, Susanne/STENDER, Michael/WALDHOFF, Christian (Org.). **Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?**, Stuttgart: Boorberg, 1997, p. 315–343.

JESTAEDT, Matthias. **Grundrechtsentfaltung im Gesetz**. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

JESTAEDT, Matthias. Die Grundrechtsrevolution frisst ihre Kinder – Bedachtes und Bedenkliches aus fünf Jahrzehnten Grundrechtsdeutung –, in: **Journal für Rechtspolitik** 8 (2000), p. 99–113.

JESTAEDT, Matthias. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: **DVBl.** 2001, p. 1309–1322.

JESTAEDT, Matthias. Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: DEPENHEUER, Otto/HEINTZEN, Markus/AXER, Peter/JESTAEDT, Matthias (Org.). **Nomos und Ethos.** Hommage anlässlich des 65. Geburtstages von Josef Isensee, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 183–228.

JESTAEDT, Matthias. **Das mag in der Theorie richtig sein ...** Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KAUFMANN, Marcel. Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip, in: **Staatswissenschaften und Staatspraxis** 8 (1997), p. 161–186.

KELSEN, Hans. **Allgemeine Staatslehre**, Berlin: Julius Springer Verlag, 1925.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**, 2. ed., Viena: Franz Deuticke, 1960.

KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**, Viena: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979.

KLATT, Matthias. **Theorie der Wortlautgrenze.** Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2004.

KRIELE, Martin. Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, in: **HStR** V, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, § 110.

KUNIG, Philip. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: **VVDStRL** 61 (2002), p. 34–79.

LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Tomo II, 5. ed., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911.

LADEUR, Karl-Heinz. **Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik.** Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

LEISNER, Walter. **Der Abwägungsstaat**, Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

LERCHE, Peter. **Übermaß und Verfassungsrecht**, Colônia: Heymann, 1961.

LERCHE, Peter. Grundrechtsschranken, in: **HStR** V, 1. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1992, § 122.

LERCHE, Peter. Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: BURMEISTER, Joachim (Org.). **Verfassungsstaatlichkeit**. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, Munique: Beck, p. 197–209.

MERKL, Adolf Julius. **Die Lehre von der Rechtskraft** entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Viena: Franz Deuticke, 1923.

MERKL, Adolf Julius. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, Berlin: Julius Springer Verlag, 1927.

MERKL, Adolf Julius. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues (1931), in: MERKL, Adolf Julius. **Gesammelte Schriften**, v. I/1, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 437–492.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois** (1748), Tomo 1, Paris: Firmin Didot, 1834.

OGOREK, Regina. **Richterkönig oder Subsumtionsautomat?**, Frankfurt: Klostermann, 1986.

OSSENBÜHL, Fritz. Abwägung im Verfassungsrecht, in: **DVBl.** 1995, p. 904–912.

PENSKI, Ulrich. Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. Ihre Unterscheidung und das Problem der Positivität des Rechts, in: **JZ** 1989, p. 105–114.

PETERS, Michaela. Grundrechte als Regeln und Prinzipien, in: **ZöR** 51 (1996), p. 159–182.

POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte**. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

RAABE, Marius. **Grundrechte und Erkenntnis**. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998.

RAABE, Marius. Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag, in: GRABENWARTER, Christoph/HAMMER, Stefan/PELZL, Alexander/SCHULEV-STEINDL, Eva/WIEDERIN, Ewald (Org.). **Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft**, Stuttgart: Boorberg, 1994, p. 83–100.

RÖHL, Klaus F.. **Allgemeine Rechtslehre**, 2. ed., Colônia: Heymann, 2001.

ROSSEN, Helge. Grundrechte als Regeln und Prinzipien, in: GRABENWARTER, Christoph/HAMMER, Stefan/PELZL, Alexander/SCHULEV-STEINDL, Eva/WIEDERIN, Ewald (Org.). **Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft**, Stuttgart: Boorberg, 1994, p. 41–60.

RUFFERT, Matthias. **Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning, in: **Rechtstheorie** 24 (1993), p. 281–316.

SCHERZBERG, Arno. **Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“**. Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde, Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

SCHLINK, Bernhard. Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, in: **JZ** 62 (2007), p. 157–162.

SCHUPPERT, Gunnar Folke/BUMKE, Christian. **Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung**, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2000.

SIECKMANN, Jan-Reinard. Abwägung von Rechten, in: **ARSP** 81 (1995), p. 164–184.

SIECKMANN, Jan-Reinard. Logische Eigenschaften von Prinzipien, in: **Rechtstheorie** 25 (1994), p. 163–189.

SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990.

SIECKMANN, Jan-Reinard. **Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell**, in: **ARSP** 83 (1997), p. 14–36.

SIECKMANN, Jan-Reinard. Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien, in: **ARSP** Beiheft 53 (1994), p. 205–213.

SIECKMANN, Jan-Reinard. Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen, in: **Analyomen** 2, Proceedings of the 2<sup>nd</sup> Conference “Perspectives in Analytical Philosophy”, 1997, p. 349–356.

SIECKMANN, Jan-Reinard. Zur Begründung von Abwägungsurteilen, in: **Rechtstheorie** 25 (1994), p. 45–69.

SOMEK, Alexander. **Rechtssystem und Republik**. Über die politische Funktion des systematischen Rechtsdenkens, Viena/Nova York: Springer Verlag, 1992.

SOMEK, Alexander. **Rechtliches Wissen**, Frankfurt: Suhrkamp, 2006.

SOMLÓ, Felix. **Juristische Grundlehre**, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1917.

STARCK, Christian. Buchbesprechung: Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, in: **Der Staat** 32 (1993), p. 473–478.

STÜCK, Helge. Subsumtion und Abwägung, in: **ARSP** 84 (1998), p. 405–419.

VOSGERAU, Ulrich. **Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes.** Zum Gewährleistungsgehalt schrankenvorbehaltsloser Grundrechte am Beispiel der Glaubens- und Gewissensfreiheit, Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

WAHL, Rainer. Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, in: **NVwZ** 1994, p. 401–409.