V. 14 N. 1
JAN-ABR 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 14.09.2017
Aprovado: 30.11.2017

Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional

BALANCING – THE LEGAL CAREER OF A NON-LEGAL CONCEPT OR: NORMATIVE RIGOR AND BALANCING IN STRUCTURAL CHANGE

Joachim Rückert[1]

Tradução do artigo:
RÜCKERT, Joachim. Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel. *JuristenZeitung*, v. 66, n. 19, 2011, p. 913-923.
copyright: Mohr Siebeck Tübingen

Tradutor: *Thiago Reis*[2]

1 Goethe-Universität Frankfurt am Main
Frankfurt – Alemanha

2 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas
São Paulo – SP – Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5602-8454

CC BY-NC

I. Vida humana – vida jurídica – ponderação

"Basta apanhar a vida humana na sua plenitude!" – assim recomenda Goethe, sempre versado em tudo, no prólogo do *Fausto* (verso 167). Ao apanhar duas citações no nosso mundo de notícias diárias, somos conduzidos imediatamente à ponderação, como se vê, já no próprio título: "Como devo decidir? Durante uma semana, Saskia Gräser (19 anos) manteve um diário a respeito de tudo sobre o que deve ponderar". E, então, descobrimos o seguinte:

> *Segunda-feira*. No caminho para a escola, encontro um amigo acompanhado de uma pessoa que me é desconhecida. Devo oferecer-lhes uma carona, mesmo sem conhecer o acompanhante? Após curta hesitação, decido que sim. *Terça-feira*. Pela manhã: Abro já o meu presente de aniversário ou espero até voltar da escola, divertindo-me com ele o resto do dia? Solução: abrir imediatamente! A curiosidade foi maior [...]. (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 19 fev. 2009).

E assim durante toda a semana – ponderação diariamente, a toda hora, em prol e contra, na vida cotidiana, em incontáveis decisões. Há regras para isso? Aparentemente, há poucas ou nenhuma – no diário, não há consulta a nenhuma regra, nenhum catecismo, nenhum livro de boas maneiras, nenhum livro de autoajuda. Com os juristas é diferente? Tratando-se do direito, deve-se esperar que sim.

Novamente ao acaso, encontrei no mundo jornalístico um ideal moderno de jurista: "Ponderar tranquilamente. Republicanos de Karlsruhe: Dieter Grimm no seu 70º aniversário". Festeja-se aqui esse importante juiz de longa atuação no Tribunal Constitucional. O texto formula seu elogio especial da seguinte maneira: "Ponderação tranquila – assim poderíamos definir o estilo com o qual Grimm se movimentou pelas situações conflituosas do direito moderno" (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 11 maio 2007). A ciência do direito tornou-se assunto de um estilo cujo centro reside na "ponderação". Não se fala do direito como norma, apenas das suas situações conflituosas e de movimentações e ponderações como receitas da moda.

Ambos os exemplos podem ser considerados característicos de uma atitude bastante difundida entre juristas e conhecedores do sistema judiciário. Mas onde está, no estilo da ponderação, a rigidez da norma, o jurídico? Onde está a regra posta para durar por determinado tempo, diferenciando assim direito e política? Onde estão a certeza do direito, a estabilidade do direito, a segurança das expectativas? Onde estão os direitos inalienáveis e invioláveis, invocados, como se sabe, de modo impressionante por Friedrich Schiller:

> Não, o poder dos tiranos tem um limite,/ quando o oprimido não encontra direito em lugar algum,/ quando o fardo se torna insuportável, ele recorre/, com ânimo inabalável, ao céu/ e busca os seus direitos eternos,/ que no alto pendem inalienáveis e inquebráveis

como as próprias estrelas.[1]

Rigidez normativa deve produzir certeza do direito. Certeza do direito sempre foi desejo do cidadão. Queremos saber como devemos nos orientar, quais são as punições e os ganhos. Rigidez normativa deve produzir confiança no direito. Rigidez normativa deve ser geral e tratar todos de maneira igual. Ao fim e ao cabo, trata-se de justiça na terra. Ao contrário do que ocorre com a ponderação: ela ajuda no caso concreto. Ela se aproxima da equidade. Ela fez uma carreira surpreendente: de meio decisório da filosofia, da moral, da ética e da política a auxílio do jurista, de auxílio a solução para todos os problemas, de exceção a bala de prata metodológica da nossa prática jurídica. Essa dupla transformação funcional do não jurídico para o jurídico e, depois, dentro do próprio jurídico merece toda a nossa atenção, tanto atual como histórica, na teoria e na prática do direito.

II. Rigidez normativa como ideal jurídico desde a Antiguidade

Certeza jurídica e rigidez normativa "inquebráveis" não eram e não são mero refúgio jusnaturalista, como na passagem de Schiller citada acima. Desde a Antiguidade buscou-se trazer, do céu para a terra, certeza e segurança jurídicas. Até hoje, o exemplo mais abrangente disso, incessantemente retomado, está no famoso e posteriormente assim denominado *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, imperador do tardo Império Romano. Sua constituição introdutória, de 16 de dezembro de 533, reúne tudo a esse respeito. O ideal jurídico reside aqui na boa legislação, feita de determinada maneira:

> Acreditamos ser necessário dar grande difusão à publicação desta constituição, de modo que todos os homens saibam de qual confusão foram libertados, qual foi a extensão do trabalho e como eles obtiveram um direito equilibrado e intrinsecamente verdadeiro. Que eles tenham, no futuro, leis simples e breves, acessíveis a todos e das quais possam facilmente providenciar as respectivas compilações. Que não sejam obrigados a adquirir por um preço alto volumes de direito repletos de leis inúteis, mas que tanto ricos quanto pobres possam adquirir, por pouco dinheiro [as compilações do direito], de modo que todo o conhecimento jurídico esteja disponível por um baixo preço.[2]

1 SCHILLER, Friedrich. *Wilhelm Tell*. Schauspiel. Tübingen: J.G. Cotta, 1804. verso 1274 et seq.

2 Digesto, *Constitutio Tanta*, 13, na tradução de BEHRENDS, Okko (Ed.). *Corpus Iuris Civilis*. Text und Übersetzung. Heidelberg: C.F. Müller, 1995. V. II: Digesten 1-10. p. 82-83.

Pensando a partir das ricas experiências da Antiguidade – Aristóteles, por exemplo, havia reunido na *Política* (em torno de 335 a.C.) 158 constituições para sua teoria do Estado –, Justiniano oferece todo um instrumental para a implementação do ideal jurídico. Naturalmente, o texto jurídico por si só era insuficiente. Era preciso assegurá-lo e protegê-lo institucionalmente. Para tanto, Justiniano utiliza quatro instrumentos principais: uma proibição de interpretação, um mandamento de exclusividade, um dever de consulta, além de penalidades, ainda que não fossem proibições de comentários, como fizeram posteriormente Frederico II da Prússia e outros legisladores ambiciosos. Praticamente todos os grandes legisladores renovaram esse ideal para os "seus" povos, como, por exemplo, os visigodos, que no século VII ordenavam a destruição dos velhos códigos,[3] ou como o imperador Luís da Baviera no século XIV, na introdução do chamado *Kayser Ludgwigs Rechts-Buch* (1346),[4] ou então como Luís XIV da França nas suas *Ordonnances*, ou ainda como Frederico II, por decreto, em 1780, ou como os revolucionários franceses no *Code Civil* de 1804. O século XIX trouxe uma conjuntura secularizada de legislações codificadas, ou seja, de leis exclusivamente novas e ordenadas sistematicamente por princípios, e não mais excessivamente casuísticas. Esse foi o novo caminho de uma legislação completa que deveria assegurar a predominância do parlamento e do direito. Demandas por leis claras costumam ser, ainda hoje, a primeira reação do povo e da política em relação a vários problemas. Não por acaso, encontramo-nos hoje asfixiados por uma onda de reação legislativa que dificilmente se deixa dominar e ordenar por princípios.

A bem-intencionada rigidez normativa mostrou-se rapidamente insustentável, deveres e proibições tornaram-se letra morta. Os instrumentos desapareceram ou foram modificados, mas o ideal permaneceu. Novos meios foram inventados, dentre os quais estão os princípios jurídicos do Estado de Direito (arts. 28, I, e 20, III, da Lei Fundamental alemã – LF) com primazia e reserva frente à legislação, vinculação do juiz à lei (§ 1º da Lei de Organização Judiciária alemã, GVG – *Gerichtsverfassungsgesetz*, de 1877, e art. 97, I, da Constituição alemã)[5] e a vinculação geral à lei e ao direito (art. 20, III, da LF).[6] Daqui resulta a vinculação metodológica de toda a prática jurídica. Essas foram conquistas de políticos liberais do final do século XIX quanto ao sistema de justiça. A prática jurídica deve decidir, portanto,

• • •

3 *Lex Visigothorum*, anno 654 II 1.2 in: WOHLHAUPTER, Eugen. *Gesetze der Westgoten*. Germanenrechte – Texte und Übersetzungen. Weimar, 1936. V. 11.

4 Segundo FREYBERG, Maximilian von (Org.). *Sammlung historischer Schriften und Urkunden*. Stuttgart: J.G. Cotta, 1834. V. 4, p. 381-497.

5 § 1 GVG: "O poder judiciário será desempenhado por tribunais independentes e submetidos apenas à lei"; art. 97, I, da LF: "Os juízes são independentes e submetidos apenas à lei".

6 "[...] vinculados à lei e ao direito".

segundo regras, o que significa: questões de método jurídico são questões constitucionais, não meras questões acadêmicas.

III. A dupla formação da ponderação jurídica até 1914

É precisamente nessa relação entre constituição e método que encontramos, desde 1900 e especialmente desde os anos 1950, uma enorme mudança: uma mudança em direção à ponderação na ciência do direito. Essa tendência certamente não é nova, mas encontramo-nos frente a uma surpreendente transformação funcional de um *topos* que, aparentemente, soa sempre o mesmo. Precisamos, portanto, olhar mais de perto para a sua história se quisermos compreender a sua utilização e reconhecer os fatores que lhe dão sustentação. Pois a ponderação não caiu de um céu de métodos jurídicos, possuindo, ao contrário, condições específicas no tempo e no espaço.

A sua história começa em 1905, no grande embate jurídico-metodológico do período anterior ao marco histórico que representa o início da Primeira Guerra Mundial, em 1914, numa época, portanto, de diversas fermentações. Do ponto de vista econômico, uma renovada explosão demográfica conduziu a um novo ponto alto da industrialização que parecia estabelecer a Alemanha como um poder global; grandes empresas, organizações e corporações alcançaram importância fundamental; a urbanização tornou-se um fenômeno visível; do ponto de vista político, o movimento trabalhista, as convenções coletivas e o socialismo tornaram-se fatores relevantes; o movimento feminista fez-se notar claramente; o triunfo da tecnologia ganha força, não só nas novas universidades técnicas; positivismo filosófico, novas ciências sociais e uma nova metafísica impõem-se ao mesmo tempo; o mundo da arte eclode novamente com *art nouveau*, impressionismo e suas inúmeras variantes; no mundo literário, proclamava-se a superação do realismo burguês e do naturalismo, buscando-se novos horizontes com impressionismo, simbolismo, *belle époque*, expressionismo e dadaísmo.

No campo do direito, justamente após a entrada em vigor do BGB, de 1896/1900, esse ponto alto da época liberal das codificações pós-1871, triunfava a crítica à legislação. "Direito livre" era a nova mensagem, e isso significava "direito não estatal". Mensagem essa veiculada em conhecidos escritos programáticos, sobretudo a partir de 1903 pelo professor austríaco e fundador da sociologia do direito Eugen Ehrlich, bem como a partir de 1906 pelo teórico e historiador do direito Hermann Ulrich Kantorowicz. Do ponto de vista do método, a palavra-chave "ponderação" veio, no entanto, do terceiro integrante desse grupo heterogêneo: Ernst Stampe. Professor de Greifswald hoje pouco conhecido, Stampe escreveu em 1905 três artigos no principal periódico da época, o *Deutsche Juristenzeitung*.[7] No primeiro

7 STAMPE, Ernst. Rechtsfindung durch Konstruktion. *Deutsche Juristenzeitung*, v. 10, p. 417-422, 1905; Rechtsfindung durch Interessenabwägung. *Deutsche Juristenzeitung*, v. 10, p. 713-719, 1905; Gesetz und Richtermacht. *Deutsche Juristenzeitung*, v. 10, p. 1017-1022, 1905.

deles, ele se dedicava de modo muito crítico à "decisão jurídica por meio de construção". No segundo, ele defendia de forma positiva e mais ampla uma "decisão jurídica por meio de ponderação de interesses". No terceiro, intitulado *Lei e poder dos juízes*, ele defendia enfaticamente um amplo poder "social" do juiz. Aqui interessa especialmente o segundo artigo, pois o seu próprio título já contém a expressão-chave "ponderação de interesses". Sopesar e ponderar foram elevados aqui a bandeira de guerra, exigindo-se, de forma bastante moderna, uma "ciência social do direito". Em dezembro de 1904, numa longa conferência a juristas em Berlim, Stampe ofereceu um resumo incisivo:

> Um método bem diferente [do que o da chamada jurisprudência dos conceitos] segue a orientação científica que eu gostaria de denominar ciência social do direito. Ela encontra as proposições jurídicas que faltam não por meio de construção, mas sim de ponderação de interesses. Segundo a sua opinião, as proposições jurídicas devem funcionar como mediações entre interesses conflitantes. Por isso, o princípio orientador da formulação de uma proposição jurídica só pode ser o de verificar, de maneira aprofundada, a importância e o merecimento de tutela de todos os interesses contemplados, estabelecendo a proposição jurídica de tal forma a garantir uma consideração real e adequada dos interesses tidos como valorados.[8]

A proposição jurídica deve ser, portanto, sobretudo "social", não "construída", e sim "ponderada" e de forma bastante genérica "estatuída" pelo jurista, e isso de acordo com a sua "tutela merecida" e "adequação" – mesmo depois de 100 anos, isso soa bastante atual. A contribuição de Stampe nos conduz à orientação decisiva: ele era contemporâneo de Philipp Heck, talvez o jurista mais famoso do início do século XX no campo das discussões metodológicas. Ambos haviam sido colegas em Greifswald durante muito tempo, mesmo antes de 1900. Heck respondeu por escrito, mas de forma crítica. Por que crítica? Ele havia acabado de desenvolver sua jurisprudência dos interesses, da qual a lealdade à lei era um ponto crítico. Logo, Heck respondeu ainda em 1905 com *Jurisprudência dos interesses e lealdade à lei*. Tratando-se de "lacunas no direito", a "avaliação de interesses" seria definitivamente legítima e recomendada. O que Heck considerava "injustificável", no entanto, era a "tentativa promovida por Stampe de suprimir a eficácia da lei, presumida até então, alterando a autorização de poder do juiz" para além das lacunas.[9]

• • •

8 STAMPE, Ernst. Ist die Ausgestaltung, welche die herrschende Doktrin der Lehre von der sogenannten causa des Rechtsgeschäftes gegeben hat, für unser bürgerliches Recht praktisch brauchber? *Jahresbericht über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, v. 46, p. 65-77, 1905. Aqui, p. 66.

9 HECK, Philipp. Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue. *Deutsche Juristen-Zeitung*, v. 10, p. 1140, 1905.

Com isso se fixavam duas linhas tanto decisivas quanto opostas. Elas permanecem até hoje: de um lado, a ponderação genérica; de outro, o esforço de subsunção, compreendendo as situações de interesse e concretizando os conceitos jurídicos a partir da comparação entre grupos de casos seguros e grupos de casos menos seguros, ponderando verdadeiramente apenas de forma secundária e como auxílio frente às chamadas lacunas. Aqui seria possível adentrar um longo debate de teoria do direito que, com ambição global, mistura hoje, de forma confusa, as condições de práticas jurídicas de culturas bastante diferentes. A questão essencial, no entanto, era a diferença em relação a questões de lealdade à lei e poder do juiz, logo da relação entre parlamento e justiça. É nesse ponto que a ponderação entra na ciência do direito, tornando-se, imediatamente, um problema. Como os juristas lidaram com esse problema do ponto de vista teórico e prático? É o que se verá a seguir.

IV. O PRIMEIRO PASSO DA CARREIRA: PONDERAÇÃO *VERSUS* PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Quando se fala de prática jurídica, deve-se investigar a jurisprudência. Isso é possível hoje graças aos bancos de dados disponíveis. Utilizando-se uma busca por palavras-chave, pode-se finalmente pesquisar a jurisprudência do *Reichsgericht*, o Tribunal do Império (incluindo o *Staatsgerichtshof* e o *Finanzhof* da República de Weimar), do Superior Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), do Superior Tribunal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), e do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) – 157.000 julgados no total. Uma busca por "ponderação de interesses", "ponderação de bens" e "ponderação" resultou até 1950, portanto, essencialmente durante a época do Tribunal do Império, uma significativa reserva. Não há menção à "ponderação de bens", apenas uma vez se faz referência à "ponderação de interesses". Em todo caso, fala-se oito vezes de "ponderação". A curva ascende de forma extrema na década após 1950. Numa pesquisa geral até 2009, encontram-se vários casos, sobretudo no Tribunal Constitucional. Há 197 casos de um total de 1.761 para "ponderação de bens", 370 de um total de 20.144 para "ponderação de interesses" e 2.366 de um total de 77.128 para "ponderação". O que importa aqui é a proporção percentual de palavras-chave encontradas em relação ao número total de julgados do respectivo tribunal e em comparação com os demais tribunais. Neste quesito, o Tribunal Constitucional encontra-se bem à frente: em relação à "ponderação de bens" com 1,58% dos seus julgados frente a uma média de 0-0,32%; em relação à "ponderação de interesses" com 2,96% frente a um comparativo de 0-1,4%; e em relação à "ponderação" com 18,95% frente a uma proporção de 0,03-7,75% nos outros tribunais.[10]

10 O autor agradece a Thomas Pierson pela pesquisa e organização da base de dados da jurisprudência.

Essa constatação dificilmente surpreenderá os juristas, visto que o Tribunal Constitucional é conhecido há muito tempo como *o* lugar da ponderação. Mas a história não é tão fácil assim, pois a ponderação possui uma história mais longa e reveladora. O primeiro julgado a utilizar de forma muito clara "ponderação de bens" – ainda não se fala em "ponderação" ou "ponderação de interesses" – é de 1927 e, surpreendentemente, do direito penal, um campo conhecido pela sua rigidez normativa. Como se sabe, *nulla poena sine lege* constitui o princípio fundamental da teoria, do Código Penal desde 1871 (§ 2º, 1, desde 1975, § 1º) e da Constituição (art. 103, 2, da LF). Trata-se de um conhecido julgado sobre exame médico em casos de interrupção da gravidez conforme o § 218 do Código Penal. A decisão estabelece que o seguinte princípio recebeu reconhecimento praticamente geral:

> Em situações da vida nas quais uma ação que corresponda exteriormente a um tipo penal é o único meio de se proteger um bem jurídico ou de se cumprir um dever imposto ou reconhecido pelo direito, a questão sobre saber se a ação é conforme o direito, não proibida ou contrária ao direito deve ser decidida, no direito positivo, a partir da relação de valor entre os bens jurídicos ou deveres em conflito – *princípio da ponderação de bens deveres jurídicos*.[11]

Segue-se, no entanto, uma limitação clara desse procedimento em casos de estado de necessidade de deveres e bens jurídicos, e também de forma geral, nos seguintes termos:

> […] a *ponderação de bens* deve partir das valorações que encontraram a sua expressão geral nos comandos penais do direito positivo promulgados para a defesa de bens jurídicos. Da comparação entre o § 211 e seguintes do Código Penal, bem como dos §§ 224, 225, CP, com o § 218, CP, nas suas versões antiga e nova, depreende-se facilmente que, regularmente, tanto a perda da vida quanto um grave dano à saúde do adulto nos termos do § 224, CP, são superiormente valorados do que a perda da vida do feto.[12]

Parte-se, portanto, das valorações legislativas e de uma comparação entre os casos regulados e das regras, não de uma ponderação livre no sentido de uma "jurisprudência social" como para Stampe. As "relações de valor" devem ser extraídas do direito vigente. Com isso, inicia-se a segunda fase na carreira do termo desde 1900, baseada em valorar, valores e relações de valor. Este é outro aspecto da história da utilização da palavra que mereceria ser aprofundado na teoria e na prática. Pois, na mesma época, ocorre uma disputa de etiquetas a respeito das

11 Decisões do Tribunal do Império em matéria penal, RGSt 61, 242-258, de 11/03/1927 (grifos no original).

12 Decisões do Tribunal do Império em matéria penal, RGSt 61, 242-255 (grifos no original).

palavras-chave mais precisas da metodologia jurídica. Em 1929, o cético Philipp Heck havia cogitado substituir a expressão-chave já estabelecida "jurisprudência de interesses" por "jurisprudência valorativa", mas descartou a alteração, pois, segundo Heck, "a denominação jurisprudência dos interesses reflete, na minha opinião, o cerne do novo método, sua correta integração".[13]

Seus companheiros de armas Heinrich Stoll e Max Rümelin, ao contrário, não acharam a expressão "jurisprudência dos interesses" muito feliz, pois não parecia "nem alemão, nem característico para o método". Ambos recomendaram, em vista do "tipo de procedimento, [...] 'jurisprudência dos valores' ou 'ciência do direito dos valores'[14] ou então 'interpretação das leis valorizadora de interesses'".[15] A hesitação de Heck com relação a "valoração" não era nova. Ele levava as palavras a sério. Já em 1912, ele achava que a palavra "valoração" vinculava-se demais ao ato.

> Frente a todas as outras, a palavra interesse oferece a vantagem de abranger os elementos que nos parecem decisivos, possuindo aqui algumas prerrogativas. Não há expressão mais apropriada. Necessidade, intenção, valor e finalidade enfatizam demais o momento atual. A palavra finalidade, se não quisermos violar o uso da linguagem e produzir mal-entendidos, só pode ser utilizada para designar o objeto do desejo de uma ação, e não as tendências de desejos individuais que influenciam a reflexão [...].[16]

Em 1929, a hesitação de Heck se traduzia quase em apreensão. Pois ela conservava a diferença importante do seu método de análise das decisões legislativas vinculantes sobre os interesses frente a uma valoração absolutamente desvinculada da lei na aplicação do direito – e com isso também frente ao conteúdo da "jurisprudência dos valores" nacional-socialista de Heinrich Lange de 1936. O fato de Heck ter eventual – e fatalmente – reconhecido a força vinculante da produção legislativa nacional-socialista não muda nada a este respeito. Heinrich Lange recomendava literalmente uma nova "jurisprudência dos valores" baseada nas valorações impostas pelo nacional-socialismo como uma superação do debate metodológico em curso desde 1900.[17] Antes dele, Karl Larenz, jovem estrela das discussões

• • •

13 HECK, Philipp. *Grundriss des Schuldrechts*. Tübingen: Mohr, 1929. p. 473, nota 1.

14 STOLL, Heinrich. Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz. *Archiv für die civilistische Praxis*, Beilageheft n. 133, p. 60-117,v1931, Spezielle Nummer: Festgabe für P. Heck, M. Rümelin, A. B. Schmidt. Aqui, p. 67, n. 1 e passim.

15 RÜMELIN, Max. *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*. Tübingen: Mohr, 1930. p. 38.

16 HECK, Philipp. *Das Problem der Rechtsgewinnung*. Tübingen: Mohr, 1912. p. 30-31.

17 LANGE, Heinrich. Mittel und Ziel der Rechtsfindung im Zivilrecht. *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, v. 3, p. 922-925, 1936. Aqui, p. 924.

metodológicas, já afirmara, no seu panorama fundamental sobre *Filosofia do direito e do estado da atualidade*, na segunda edição aumentada de 1935, que "jurisprudência dos valores" representaria o distanciamento correto, promovido pela jurisprudência dos interesses, do "conceito de direito positivista".[18]

Vemos, portanto, duas linhas tentando dominar o debate jurídico: de um lado, uma ponderação de interesses mais leal à lei, representada pelo maior nome da metodologia jurídica da época, Philipp Heck, que enfatizava a função do vínculo à lei e à Constituição presente na referência a uma "obediência meditada" (*denkender Gerhorsam*). E, do outro lado, uma "ponderação social de interesses" mais geral, iniciada com Stampe, que se desvencilha conscientemente da lei, introduzindo, com isso, uma modificação funcional, qual seja, a do engenheiro social. De fato, desde 1900, ambas as linhas têm sido defendidas – e assim o são até hoje. Aqueles que querem preservar contrapõem-se aos que querem movimentar. Os primeiros enfatizam, de forma leal à Constituição, a rigidez normativa, a vinculação à lei e a regra geral igual. Os segundos enfatizam, ao contrário, a abertura social, a valoração livre e o caso concreto. Refutam rapidamente vinculação à lei e rigidez normativa como ilusões que devem ser abandonadas honesta e realisticamente do ponto de vista metodológico e preenchidas pelo juiz como engenheiro social. Para tanto, baseiam-se, com termos jurídicos vagos, no princípio constitucional do Estado Social, mencionado na Lei Fundamental alemã apenas com hesitação e não como programa metodológico. As discussões e procedimentos revolucionários cristalizam-se na mudança funcional da ponderação jurídica.

V. A NOVA FUNÇÃO DA PONDERAÇÃO NO DIREITO PÚBLICO: UMA SEGUNDA RECEPÇÃO METODOLÓGICA

A história inicial da ponderação indica um outro efeito, algo inusitado e claramente bastante desconhecido. "Ponderação de bens" encontra-se no direito penal, como visto, em 1927, no contexto do estado de necessidade, mas conduzida pela lei e em casos excepcionais. No direito privado, ela limitava-se a "ponderação de interesses" segundo critérios valorativos predefinidos em lei. Somente no período nacional-socialista é que esses limites foram extrapolados – para nunca mais serem retraçados claramente. O ponto decisivo encontra-se na discussão de direito público, no campo, portanto, em que a ponderação ainda hoje é proeminente. Claramente, aqui houve uma segunda recepção da metodologia de direito civil após a conhecida recepção conceitualista de Gerber e Laband, no final do século XIX.

18 LARENZ, Karl. *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*. 2. ed. Berlim: Junker und Dünnhaupt, 1935. p. 24-25.

Verificando-se clássicos do direito público desde 1900, como Heinrich Triepel, Richard Thoma e outros, não se encontra, num primeiro momento, quase nada. Triepel é considerado o mestre da jurisprudência dos interesses no direito público, mas ele permanece apegado à posição restritiva de Heck, que o havia influenciado. Ao mesmo tempo, encontra-se em seus textos uma utilização reveladora de "ponderação" que soluciona o mistério do silêncio a seu respeito nas obras dos publicistas. Num trabalho seu de 1907 intitulado *Unitarismo e Federalismo no Império Alemão. Um estudo de direito do Estado e política*, o próprio subtítulo já chama a atenção. De fato, o livro contém, ao final, um § 10 com o título: "ponderação crítica". Após as análises de direito do Estado, esse último parágrafo dedica-se a uma investigação política: "de que lado devem ficar nossas simpatias?"[19] Triepel responde ponderando os prós e contras de cada posição. Na época, essa consideração política chamava-se, sem maiores problemas, "ponderação". O livro termina infalivelmente com um apelo político em favor do unitarismo alemão e do "fortalecimento de um Império prussiano-alemão!".[20]

Pouco tempo depois, em 1913 e novamente em 1917, interveio na discussão Max Weber, jurista, economista e sociólogo amplamente informado e dono de um profundo conhecimento teórico-científico. No seu famoso estudo *O sentido da 'neutralidade valorativa' nas ciências econômicas e sociais*, percebemos sua preocupação a respeito do tema quando lemos que:

> A concepção, bastante frequente, e que deve ser combatida a todo custo, é a seguinte: o caminho para a "objetividade" científica passa por uma ponderação dos diversos juízos de valor contrapostos e por um compromisso "de estadista" entre eles. Com os meios das ciências empíricas, a "linha média" entre eles é *tão impassível* de ser provada cientificamente quanto os juízos de valor mais "extremos". É justamente na *esfera valorativa* que teríamos a respeito dessa linha média, do ponto de vista *normativo*, pouquíssima clareza.[21]

Ponderação era corretamente caracterizada, portanto, como um lugar político de *estadista*, não *empírico*, cientificamente de modo algum *objetivo* e *normativamente* especialmente obscuro. A transformação funcional da ponderação, no âmbito de sua carreira jurídica que vai da exceção à regra metodológica, depende, portanto, de uma mudança precoce em seu

• • •

19 TRIEPEL, Heinrich. *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reich*. Eine staatsrechtliche und politische Studie. Tübingen: Mohr, 1907, p. 116.

20 TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reich*. Op. cit., p. 125.

21 WEBER, Max. *Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*. In: _____. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. von J. Winckelmann. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 489-540. Aqui p. 499.

contexto. A ponderação migrou para as discussões jurídicas a partir de um lugar não problemático nas discussões tradicionais e normativamente mais livres fora do direito, na política, na moral ou na filosofia. Ambas as alterações já estavam presentes antes de 1910 e formavam o pano de fundo das linhas traçadas acima que opunham Stampe e Heck.

Isso se confirma consultando textos de alguns filósofos do direito influentes da época como, por exemplo, de Rudolf Stammler, já bastante conhecido, e do jovem Gustav Radbruch. Na sua famosa obra *A doutrina do direito justo* (1902), Stammler discute, logo no início, o "conceito de justeza de um direito". Ele descreve o método por meio do qual seria possível constatá-lo como "uma ponderação crítica de um conteúdo jurídico formado historicamente, na medida em que se divide sistematicamente em justo ou injustificado".[22] Portanto, "ponderação" representa aqui, assim como no restante da obra,[23] um reconhecido método crítico-filosófico de valoração do direito positivo. O jovem Radbruch escreveu em 1904 uma resenha bastante crítica desta obra, denominando-a, ao mesmo tempo, uma convocação para o despertar a filosofia do direito. Mais especificamente, ele chamou atenção para a formulação de Stammler acerca da "ponderação dos desejos individuais no âmbito da comunidade". Radbruch enxerga aqui o problema de um "método científico da política do direito", duvidando que a proposta, qual seja: a ponderação, "mereça o nome de um método capaz de produzir resultados exatos e livres de dúvida".[24]

As utilizações da palavra são, portanto, claras: Triepel interessava-se por direito do Estado e ponderação, dividindo ambos de forma clara. Max Weber descrevia genericamente usos e perigos de se ponderar. Stammler e Radbruch utilizavam "ponderar" de modo não problemático como uma postura de filosofia ou política do direito, mas não de dogmática ou de prática jurídica.

A propósito, Max Weber também deu maior precisão ao tema juridicamente de forma bastante concreta ao publicar uma resenha, em 1902, sobre o trabalho pioneiro de Philipp Lotmar *O contrato de trabalho segundo o direito privado do Império Alemão*. Ainda que *en passant*, Weber ofereceu nela uma crítica hoje bastante conhecida dos métodos jurídicos que tendem a priorizar um enfoque social, defendendo assim a posição de Lotmar, em parte criticada como sendo formalista:

> Engana-se muito quem enxerga o fundamento do tão criticado caráter "antissocial" do direito privado vigente ou da jurisprudência atual no *formalismo* da construção de

• • •

22 STAMMLER, Rudolf. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Berlim: Guttentag, 1902. p. 24.

23 Ver STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. Op. cit., p. 203, 261, 337, 594.

24 RADBRUCH, Gustav. Literaturbericht Rechtsphilosophie. In: _____. *Gesamtausgabe*. Rechtsphilosophie I, hrsg. von A. Kaufmann. Heidelberg: Müller, 1987, p. 445-454. V. 1. Aqui p. 447-448.

> conceitos jurídicos. Precisamos não de conceitos "positivos" informais, mas sim de *normas* jurídicas *especializadas* e de uma *jurisprudência* imparcial, vinculada à norma e, com isso, também à forma, que é a "irmã gêmea da liberdade".[25]

Weber enfatiza, portanto, o valor da norma e da rigidez normativa, da forma e da liberdade justamente também para a prática jurídica. Com a citação escondida de "irmã gêmea da liberdade", ele se baseia, ao mesmo tempo, no renomado Rudolf von Jhering.[26] Assim, ele indica um contexto mais amplo que envolve a teoria da ciência, a filosofia prática e a separação jurídica dos poderes. Questões de método eram também para ele questões constitucionais.

Tratando-se de ponderação, Triepel e Weber eram, portanto, ainda cuidadosos. Onde, quando e por que ocorre, então, a segunda recepção metodológica no direito público, ou seja, a segunda fase na carreira da ponderação?

VI. Ponderação em todos os lugares?

Aqui também uma consulta à jurisprudência nos conduz ao caminho certo. No mesmo ano de 1927, quando a câmara de direito penal do Tribunal do Império [*Reichsgericht*] estabeleceu, excepcionalmente, a "ponderação de bens", o Tribunal Estatal de Weimar [*Staatsgerichtshof*], naquela época parte do Tribunal do Império [*Reichsgericht*], realizou abertamente uma ponderação individual. Tratava-se de uma disputa acerca dos direitos de diversos Estados alemães sobre correntes de água, neste caso, do rio Danúbio. Segundo o Tribunal, havia sobre o tema apenas uma regra geral de direito internacional. Por consequência, "na aplicação dessa regra ao caso concreto, devia-se levar em consideração as circunstâncias específicas do caso". Concretamente, isso significava:

> Os interesses legítimos dos Estados envolvidos devem ser ponderados com base na equidade. Não se deve considerar apenas a extensão absoluta do dano sofrido por um Estado em virtude da ação de outro, mas também a relação que há entre o uso de um Estado e o dano do outro. Na medida em que vários Estados alemães entram em conflito com fundamento no uso da água de um rio comum, o equilíbrio necessário dos

• • •

25 WEBER, Max. Resenha de Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag. In: *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*. V. 17, 1902, p. 723-734. Aqui p. 725, grifos no original.

26 JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 4. ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1883. Parte II, v. 2, p. 471; [na 1. ed. 1858, p. 497]: "A forma é a inimiga jurada do arbítrio, irmã gêmea da liberdade".

> interesses deve dar especial importância, como dito acima, à relação recíproca em que eles se encontram enquanto membros do Império Alemão.[27]

A posição metodológica dessa ponderação aberta era a aplicação de uma regra muito geral que, em si mesma, não era um problema novo. Na medida em que se aceitavam, ao mesmo tempo, "interesses legítimos" contrapostos, então eles deveriam, consequentemente, "ser ponderados". Assim nasceu a necessidade de um "equilíbrio de interesses". Equilíbrio, no entanto, é uma tarefa bem diferente de ponderação segundo os interesses fixados em lei. Abre-se, assim, o caminho para se considerar um dano não absoluto, mas sim relativo, isto é, de modo que ele não seja compensado inteiramente, mas sim ponderado em relação ao "uso". Tudo isso fora do âmbito de uma hipótese legal, como, por exemplo, uma clássica *compensatio damni cum lucro* do direito civil. Trata-se de uma perspectiva nova na jurisprudência que se conecta a processos inicialmente marginais, mas que posteriormente adquirirão importância central em posturas metodológicas de Direito do Estado.

Em março de 1927, os professores alemães de Direito Público participaram de um congresso em Munique que ficou conhecido como uma disputa metodológica em torno da concepção de ciências do espírito. Deu-se aqui um passo teórico decisivo que, no longo prazo, revolucionou a prática jurídica. Talvez isso nem tenha ocorrido de forma consciente. De qualquer forma, não é assim que ele é percebido desde então. Percebe-se isso, no entanto, quando se presta atenção no problema da ponderação que surgiu também no âmbito dessas discussões. O que estava em jogo era a elaboração jurídica dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar de 1919, ou seja, dos primeiros direitos fundamentais efetivos em toda a extensão do território alemão, mais especificamente da liberdade de expressão. Como se sabe, Rudolf Smend assumiu uma posição altamente provocadora. Ele considerou as "três tentativas de opinião até então disponíveis" como meramente "lógico-formais" e, por isso, "fracassadas". Smend propôs uma solução inspirada nas "ciências do espírito", segundo a qual se deveriam avaliar os respectivos *bens* sociais.[28] Ele não se referia a suportes fáticos [*Tatbestände*] usualmente definidos como condições de consequências jurídicas, mas sim a um outro *tipo*, a meros elementos que justificariam a consequência jurídica ou, de modo geral, à justificação de uma consequência jurídica independentemente de suportes fáticos. Isso muda muito. Com isso, a interpretação dos conceitos jurídicos torna-se, para Smend, uma questão de "relações de ponderação". E ele percebe imediatamente que

27 *Staatsgerichtshof* [Tribunal do Império], In: RGZ [Diário oficial do Tribunal do Império], v. 116, p. 18*-45*, 31* decisão de 07/05/1927.

28 SMEND, Rudolf. *Mitbericht*. In: ROTHENBÜCHER, Karl (Org.). *Das Recht der freien Meinungsäußerung:* Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu München am 24. und 25. März 1927. Berichte mit einem Auszug aus der Aussprache. Berlim: de Gruyter, 1828. p. 44-74. Aqui, p. 51.

os conceitos podem "variar" de acordo com a "confiança da vontade geral que se forma na crítica e na construção da opinião pública" – uma concepção verdadeiramente dinâmica a depender do respectivo *Zeitgeist*. O que importa para ele é somente a apreensão, com base nas "ciências do espírito", das chamadas questões relativas a "constelações de valores". Qualquer coisa além disso seria "formalismo jurídico e conceitualismo vazio".[29] Hoje o enfoque de Smend seria denominado hermenêutico ou social-filosófico. Chamá-lo de "sociológico"[30] seria, de toda maneira, equivocado, mesmo que Smend tenha invocado várias vezes a "realidade".

Na época, tratava-se de uma linguagem metodológica bastante nova. Smend foi apoiado por Erich Kaufmann, internacionalista e filósofo do direito que, em 1921, havia escrito uma fulminante *Crítica da filosofia neokantiana*. O que separava as posições era, portanto, um profundo dissenso filosófico. A esse respeito, como se sabe, o grande mestre Richard Thoma já havia reconhecido, não sem certa ironia, "que os direitos fundamentais, segundo sua concepção original, expressam uma série de convicções jurídicas a respeito das quais o povo alemão deve concordar, cabendo-lhes, neste sentido, uma consagração superior às leis comuns [...]".[31] Mas Thoma acrescentava que essa profissão de fé não desincumbe do dever "de se avaliar, por meio de um trabalho diário sóbrio, o conteúdo preciso e juridicamente defensável de cada dispositivo jurídico dos respectivos artigos da Constituição". E na exposição de Erich Kaufmann ele afirma ter encontrado "originalidade e profundidade", mas devia confessar abertamente que "não havia compreendido muito do que fora dito". O que ele não havia compreendido? Kaufmann denominava certas normas jurídicas "realidades constitutivas", exortando os juristas a desviarem sua atenção de "conceitos funcionais" para "conceitos substanciais". Na conhecida conclusão de Thoma, isso era "a mesma coisa que falar chinês. Eu simplesmente não entendo isso e não são o único neste salão que não entende". Trata-se de um "sintoma bastante preocupante da situação científica atual". Assim era. Pois não se tratava apenas de uma disputa pelo correto método científico, mas também de uma disputa sobre a correta prática jurídica, sobre interpretação clássica ou nova ponderação jurídica. O comentário final de Smend foi incisivo e seus rótulos prevaleceram: a crítica era "formalista", representava uma "fuga irresponsável e privada de espírito" frente aos "problemas reais", os direitos fundamentais não poderiam ser entendidos assim, mas somente

29 SMEND, *Mitbericht*. Op. cit., p. 53.

30 Assim, no entanto, a leitura de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 29, n. 46, p. 2089-2099, 1976. Aqui, p. 2095.

31 Pronunciamento sobre os relatórios do primeiro objeto de deliberação do congresso, in: ROTHENBÜCHER, Das Recht der freien Meinungsäußerung. Op. cit., p. 86. Ver também p. 74-97, 85-87 para a posição de Richard Thoma.

segundo as "ciências do espírito", na sua "maior amplitude espiritual" segundo o "novo pensamento de Direito do Estado". Para Smend, não há espaço entre o espírito e a forma – uma antítese bastante conhecida da filosofia, mas fatal para o direito. A disputa sobre ponderação, mantida até 1914 nos limites do direito civil, irrompia assim abertamente na dogmática e na prática dos direitos fundamentais.

Esse foi um passo decisivo na formação histórica da ponderação na ciência do direito. Trata-se de enfoques prático-jurídicos muito diferentes acerca de normas jurídicas, especialmente as escritas e promulgadas pelo parlamento. E havia muito em jogo: poder da lei e poder do juiz; parlamento e judiciário; separação de poderes e democracia; método jurídico e método científico do direito; política, direito e Estado de Direito; certeza e incerteza jurídicas; justiça em geral e justiça no caso concreto; estabilidade e dinâmica da cultura jurídica; lugar e competência para se definir continuidade e transformação do direito. Neste contexto, não há saída mágica. Isso se percebe em áreas do direito que correm em paralelo, nas quais a ponderação foi claramente reconhecida como sendo pouco problemática. É preciso, portanto, diferenciar.

Ponderação ocorria sem maiores dificuldades não apenas na filosofia do direito, na política jurídica e na política em geral, mas também no próprio direito: por exemplo, no direito administrativo em relação ao uso da discricionariedade e, sobretudo, na prestação de serviços públicos em virtude de competência delegada; ou na aplicação dos chamados conceitos jurídicos indeterminados; ou então em leis de planejamento, como é o caso do pioneiro *Decreto de proteção contra incêndios das florestas, pântanos e bosques* do Estado de Hesse, de 25/06/1938, cujo § 5, 1, fixava:

> O proprietário ou usufrutuário pode autorizar queimadas nos casos do § 2, alíneas *c* e *g*, somente quando, após ponderação de todas as circunstâncias, não houver perigo para áreas de florestas, pântanos e bosques [...].

Uma série de outras leis estaduais com todo tipo de ponderação seria ainda promulgada antes de 1960: de desnazificação "com *ponderação* justa da responsabilidade individual e da postura geral adotada de fato";[32] de reparação de injustiças cometidas pelo nacional-socialismo no serviço público segundo "*ponderação* equitativa dos interesses dos prejudicados e da corporação";[33] de indenização "mediante *ponderação* justa do interesse público em geral e da

• • •

32 Baden-Württemberg, Lei n. 104 de libertação do nacional-socialismo e militarismo, 05/03/1946, art. 2, 1 (grifos JR).

33 Renânia-Palatinado, Lei estadual de reparação de injustiças cometidas pelo nacional-socialismo no serviço público, 19/03/1951, § 6.

parte em particular";[34] de indenização pelo uso feito por estradas de ferro "mediante *ponderação* do interesse público e da parte";[35] de deficiências na ponderação em relação a instalações de controles de enchentes e represas.[36] Daqui resultaram a lei federal de planejamento regional de 1965, cujo § 2, 2, estabelece que "os princípios [...] deveriam ser ponderados de acordo com o § 1" e várias outras leis similares atuais.

Construíram-se, portanto, áreas do direito nas quais a ponderação aberta foi e continua sendo delegada pelo próprio parlamento. Nessas áreas, tanto o planejamento do executivo quanto as decisões do judiciário estão autorizados a ponderar abertamente, desvinculando-se, com isso, do legislador. Mas permanece uma série de áreas problemáticas em que não se pode, de modo algum, pressupor uma tal desvinculação. Isso nos conduz à pergunta "ponderação em todos os lugares".

VII. Ponderação em todos os lugares

Analisar esse novo cenário até o presente requer uma nova consulta à jurisprudência. Considerando-se a grande quantidade de resultados para "ponderação de bens", "ponderação de interesses" e "ponderação", as referências aqui se limitam a um mínimo exemplificativo. Já notamos acima um considerável aumento quantitativo no uso de "ponderação" após 1950. Qual seria então a situação da ponderação nessa prática do ponto de vista qualitativo?

Em relação ao Tribunal Federal Constitucional [*Bundesverfassungsgericht*], os primeiros quatro anos entre 1954 e 1958 são decisivos. Percebe-se um novo tom já nas duas decisões que versam sobre a anexação de Lippe ao Estado da Renânia do Norte-Vestfália e sobre combinação de dispositivos legais em casos de indenização por desapropriação quando se fala de "justa ponderação de interesses" e "ponderar justamente um dispositivo contra o outro".[37] O acréscimo do adjetivo "justo" indica uma ponderação aberta, possuindo o maior vínculo possível à lei, no sentido de Heck. Essa tendência fica muito clara nas duas famosas decisões de janeiro e julho de 1958, referentes ao caso Lüth e ao caso das farmácias. Frente ao nosso panorama histórico de usos do termo "ponderação", a linguagem utilizada pelo Tribunal Constitucional é significativa. Certamente, um ponto importante foi o fato de que também este caso girava em torno de liberdade de expressão, como já na influente posição defendida por

34 Regulamentação do art. 41 da Constituição de Hesse de 06/07/1954, § 7.

35 Renânia do Norte-Vestfália, Lei das estradas de ferro de 05/02/1957, § 9, 2; na Baixa Saxônia, Lei de estradas de ferro e de montanhas de 16/04/1957, § 8, 2.

36 Hamburgo, lei de 20/06/1960, § 55, seção 6.

37 [Decisões do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 3, 267-288 de 24/02/1954; BVerfGE 4, 219-250 de 21/07/1955.

Smend, em 1927. O Tribunal pronunciou-se com muita clareza: quando a expressão de uma opinião "lesa um bem jurídico tutelado por lei", sendo que sua

> [...] proteção merece prioridade frente à liberdade de expressão, então essa intervenção não passa a ser permitida porque realizada em virtude de se expressar uma opinião. Faz-se necessária uma "ponderação de bens": o direito à liberdade de expressão deve recuar frente a interesses de grau superior atribuídos a terceiros quando eles tenham sido violados por meio de exercício da liberdade de expressão. Saber se subsistem interesses preponderantes de terceiros é algo que deve ser determinado em vista de todas as circunstâncias do caso.[38]

Certamente, "interesses dignos de tutela" possuindo "grau superior", ou seja, interesses "prevalentes", são um "aspecto justificante" no sentido apontado acima frente à posição de Smend, não constituindo uma regra apreensível como hipótese legal, mas somente como indicação teleológica. Assim como na decisão penal de 1927 acerca da interrupção da gravidez, aqui também estava em jogo a "ponderação de bens" em caso de colisão de bens ou deveres jurídicos. Ao contrário dessa primeira decisão, no entanto, em 1958, não se tratava de uma ponderação de bens orientada por juízos de valor fixados em lei. A referência a uma hipótese legal torna-se aqui substancialmente mais vaga do que nas decisões mais antigas. Isso era intencional. Dessa forma, o Tribunal assegurou-se a mais alta competência decisória sobre todas as questões jurídicas, bem como sobre a chamada "irradiação de efeitos" dos direitos fundamentais em todas as áreas do direito. Nesta linha, a todo direito fundamental correspondia o caráter de uma norma objetiva, não mais apenas uma prerrogativa subjetiva contra determinados titulares de direitos. A norma objetiva pôde impor-se frente a uma prerrogativa subjetiva, conduzindo ao resultado de uma limitação – uma solução inesperada dentro do sistema de limitações construído de forma cuidadosa pela Lei Fundamental. Chamar isso de "limitação imanente" [*immanente Schranke*], de uma limitação, portanto, que não constava originalmente do texto, ou então de outra coisa qualquer, era irrelevante quanto ao resultado final. Numa retrospectiva de 1992, o relator do caso na época confirmou: "nós tivemos no início a sensação clara de definir o curso: nós somos aqueles que, no futuro, darão forma a toda a nossa ordem jurídica";[39] com a melhor das intenções, os juízes viam-se como guardiões da Constituição – e assim aconteceu também em relação à ponderação.

• • •

38 [Decisão do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 7, 198-230, p. 210-211, de 15/01/1958.

39 Ver o voto do juiz relator Ritterspach e sua entrevista de 1992 reproduzida in: HENNE, Thomas (Ed.). *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Berlim: BWV, 2005. p. 542.

Uma variação reveladora, mas sem maiores consequências, mostra-se na chamada decisão das farmácias. A controvérsia girava em torno do direito fundamental à liberdade de profissão nos termos do art. 12 da Lei Fundamental, bem como de reservas à sua regulamentação. Nos termos da decisão, o direito fundamental deveria "proteger a liberdade do indivíduo, as reservas legais deveriam assegurar proteção adequada aos interesses da comunidade".[40] Na parte dispositiva, afirmou-se:

> Quando se busca corresponder da maneira mais efetiva possível a essas pretensões, ambas igualmente legitimadas no Estado Social de Direito, então a solução somente será encontrada caso a caso após ponderação cuidadosa da importância dos interesses contrapostos e eventualmente antagônicos.[41]

Ao referir "interesses igualmente legítimos" e "antagônicos", o Tribunal manobrou em direção a uma colisão, legitimando-se, consequentemente, para a ponderação. Ao mesmo tempo, deu-se também uma importante modificação, qual seja, o recurso a uma estrutura de regra e exceção:

> Se retivermos, segundo a concepção geral da Lei Fundamental, que a personalidade livre da pessoa constitui o valor mais alto, que lhe deve ser garantida a maior liberdade possível quando da escolha do trabalho, então resulta que essa liberdade somente pode ser restringida na medida em que for indispensável para o bem comum.[42]

Essa estrutura de regra e exceção preserva uma técnica jurídica essencial e longamente experimentada, individualizando grupos de casos diversos e problemas de colisão. Não se trata apenas de uma hierarquia geral de valores, tampouco de uma ordem de valores metafisicamente fundamentada, mas sim de uma estrutura legislativa constitucional que discrimina regras e suas exceções. Não por acaso, o grande constitucionalista Günter Dürig costumava afirmar aos seus estudantes de Tübingen nos anos 1960 que: "regra e exceção, aí está toda a ciência do direito". Ponderação possui aqui um papel apenas secundário, pois os grupos de casos considerados exceção devem ser comparados e delimitados em vista do caso entendido como regra. No entanto, o caso Lüth correspondia mais claramente do que a decisão no caso das farmácias a uma "ciência social do direito" tal como defendida por Stampe em relação ao poder do juiz.

• • •

40 [Decisão do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 7, 377-444, p. 404, de 11/06/1958.

41 [Decisão do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 7, 377, 405.

42 [Decisão do Tribunal Federal Constitucional] BVerfGE 7, 377, 405.

Estatisticamente, a jurisprudência posterior indica uma prevalência cada vez maior de "ponderação de bens" como termo técnico. Não podemos aprofundar esse aspecto aqui. No entanto, isso não surpreende, pois há uma nova linguagem para um novo fenômeno, ou seja, para um novo procedimento. Rudolf Smend – sempre ele – já havia afirmado em 1927 que o que estava em jogo eram "bens políticos" na Constituição. Com a transição para uma ponderação aberta de bens no caso concreto, a ponderação de interesses vinculada tanto quanto possível à lei, no sentido proposto por Heck, transformou-se numa operação jurídica aberta no caso concreto. O procedimento lembra o postulado de uma "clínica" jurídica proposto por Ernst Fuchs, radical defensor do Direito Livre.[43] A ponderação pode ser descrita aqui como um tipo de procedimento. Ela funciona de modo bem diferente do defendido por Heck, pois enxerga colisões em todos os lugares, por exemplo: liberdade contra liberdade, opinião contra propriedade, proteção de direito fundamental contra interesses da comunidade etc., resolvendo colisões apenas no caso concreto, de modo aberto, dinâmico, segundo a respectiva pretensão atual de tutela. Ponderando-se dessa forma, não se constroem regras gerais de conteúdo ou mesmo elementos que concretizem a hipótese legal. Opções clássicas de estruturação jurídica, como a construção de grupos de casos em termos de regra e exceção, de hierarquias ordenadoras, como, por exemplo, "direito federal supera direito estadual" (art. 31, LF) ou de campos normativos distintos, logo não colidentes, como direito público e direito privado, ou não são utilizadas, ou então são utilizadas apenas de modo paralelo e sem maiores consequências, como no exemplo do caso das farmácias.

Muito disso parece ser hoje bastante conhecido e familiar. Mas as condições formativas anteriores a 1914, bem como seu contexto relevante, são desconhecidos, do mesmo modo que a transformação funcional da "ponderação" que, de conceito procedimental político-filosófico, tornou-se uma palavra-chave de metodologia jurídica. Desconhecida é também a importância prática duradoura das discussões anteriores a 1927, precisamente a respeito de "ponderação", assim como a transformação fundamental no contexto do direito, do Estado e da política desde 1900. Ponderar adquire hoje em dia, ao contrário e de forma completamente independente desse contexto formativo, uma força explosiva cada vez maior. Já se desenvolve até uma "teoria geral da ponderação" para todas as áreas do direito.[44] O mais recente panorama de teoria do direito limita-se a afirmar, em relação ao cânone metodológico

43 Sobre a Escola do Direito Livre, ver RÜCKERT, Joachim. Vom "Freirecht" zur freien "Wertungsjurisprudenz" – eine Geschichte voller Legende. In: _____. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* – Germanistische Abteilung, 2008. V. 125, p. 199-255.

44 MICHAEL, Lothar. Methodenfragen der Abwägungslehre. Eine Problemskizze im Lichte von Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik. In: _____. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2000. v. 48, p. 169-203.

"atual", que "ponderação (concordância prática)" foi acrescentada "ao cânone metodológico tradicional de direito público".[45] A modificação para "concordância prática" promovida por Konrad Hesse não é essencial no presente contexto. No entanto, encontra-se repetidamente uma linha crítica muito bem fundamentada que fala em "batalhas de ponderação", no sentido de "estratégias de construção ideológica de conceitos no direito", dado que no caso concreto, por exemplo, os danos efetivos da intervenção são simplesmente ignorados, em vez de identificados abertamente.[46]

No direito penal, ponderação permanece evidentemente limitada às questões tradicionais de estado de necessidade (assim em seis resultados para "ponderação de bens" na jurisprudência do Tribunal Superior Federal até 1960), ou a casos de ponderação delegada pelo legislador, como, por exemplo, na dosimetria da pena segundo o § 46 do Código Penal.[47]

Ao contrário do direito penal, "ponderação" e "ponderação de bens" alcançaram o direito civil. À primazia do conteúdo das decisões constitucionais vincula-se aos poucos aqui também a primazia do método da ponderação, que se tornou tradicional no campo dos direitos fundamentais. Uma longa série de ponderações iniciou-se em 1951 com a decisão "Constanze I"[48] sobre a "consideração de interesses legítimos", sobretudo da imprensa nos termos do art. 5, LF, em oposição aos direitos gerais de personalidade fixados como "outro direito", ao lado de vida, corpo, saúde, liberdade e propriedade nos termos do § 823, 1, BGB. O ponto de partida não era mais o princípio de que um dano deveria ser indenizado caso o ato que o causou não possa ser justificado excepcionalmente, como, por exemplo, estado de necessidade ou consentimento do ofendido. Desde o início percebeu-se, ao contrário, que havia um problema de colisão que deveria ser resolvido com uma ponderação de bens e deveres, exatamente no sentido da decisão Lüth, na qual também havia um dano real.[49]

• • •

45 VESTING, Thomas. *Rechtstheorie*. Munique: Beck, 2007. p. 101, nr. 196.

46 NEUMANN, Ulfried. Strategien ideologischer Begriffsbildung. In: _____. *Recht als Struktur und Argumentation*: Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 64-74.

47 § 46, inciso 2, do Código Penal: "Na dosimetria, o tribunal deve ponderar as circunstâncias opostas que falam a favor e contra o acusado. Deve-se considerar [...]".

48 [Decisões do Tribunal Superior Federal] BGHZ 3, 270-285 de 26/01/1951.

49 Percebe-se isso numa série de outros campos do direito civil, como, por exemplo, no direito societário, cf. [Decisões do Tribunal Superior Federal] BGHZ 3, 75-82 de 11/07/1951; em direito de família quanto à cessão de pretensões de pensão, cf. BGHZ 4, 153-167 de 10/12/1951; em responsabilidade quanto ao ônus da prova no § 831 BGB para danos causados por acidentes de trânsito rodoviário e ferroviário, cf. BGHZ 24, 21-30 de 04/03/1957; e quanto ao grau de culpa concorrente, cf. BGHZ 1, 248-253 de 08/03/1951, apenas para indicar algumas das primeiras decisões.

Na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, "ponderação de bens" (124 resultados), "ponderação de interesses" (525 resultados) e, acima de tudo, "ponderação" (3.860 resultados) foram praticados não só em direito de planejamento regional, mas também na solução da questão, colocada em 1962, sobre se uma cláusula de celibato para oficiais de polícia poderia ser construída a partir dos artigos 1, 2 e 6 da LF.[50] Naturalmente, a literatura jurídica percebeu o fenômeno rapidamente, de forma crítica, apologética, racionalizante, mediadora, recentemente também "em números".[51] A "ponderação geral exigida" até aqui conduz, em última análise, à "imposição de um ato de crença". Em oposição a isso, mobilizam-se "deveres de cuidado procedimentais" na forma de procedimentos numéricos, formais – certamente, "com mais transparência",[52] mas justamente sem a mesma vinculação material, tampouco com a mesma construção de regras. Um estudo histórico-crítico sobre isso, que revele os pressupostos e as condições, o contexto e as mudanças de função da ponderação, até onde consigo ver, não existe – e essa visão se baseia num inventário o mais amplo possível, que não pode ser detalhado aqui de modo razoável.

VIII. A BALANÇA – UMA IMAGEM QUE SE TORNOU FALSA

Parece ser mais útil investigar a imagem da balança, em cujas transformações cristaliza-se, de forma clara, a história da ponderação. Pois a imagem tornou-se falsa. O dicionário *Adelung* de língua alemã apontava, em 1811, quatro significados de "ponderar": "(1) deixar que os bens sejam ponderados. Antigamente, não se contava o dinheiro, ele era ponderado; (2) em outro significado, [...] nivelar, ou seja, ponderar uma superfície; (3) em linguagem figurada, determinar da forma mais precisa a relação de uma coisa em oposição a outra"; e (4) "dividir conforme o peso. Ponderar o pão dos soldados".[53] Na *Grande e completa enciclopédia universal de todas as ciências e artes* de Zedler, publicado em 1748, não se lê nada sobre "ponderação", mas quanto a "sopesar" encontram-se trechos da Bíblia como: "eles te pesaram com uma balança e te acharam muito leve" e a respeito de Jó afirma-se que ele "acredita superar a provação ou ponderação divina de Deus".[54] A linguagem da ponderação está, portanto,

50 [Decisões do Tribunal Superior Administrativo] BVerwGE 14, 21-31 de 22/02/1962.

51 HOFMANN, Ekkehard. *Abwägung im Recht*. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. Não é possível oferecer aqui um panorama da literatura, que deve ser objeto de um estudo específico.

52 HOFMANN, *Abwägung im Recht*. Op. cit., p. 545 e 547.

53 Ver o verbete "ponderação", em: ADELUNG, *Grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Mundart, mit beständiger Vergleichung der übrigen Mundarten, besonders aber der oberdeutschen*. Leipzig: Breitkopf, 1811.

54 ZEDLER, J. J. *Großes vollständiges Universallexikon aller Wissenschaften und Künste*.. Halle: s/n, 1748. V. 55, p. 7-8.

disseminada sem maiores problemas, seja na Bíblia, seja em diversos ofícios e técnicas. Mas ela indica também um contínuo: ao ponderar algo, um dos pesos deve estar fixo. Se não, é impossível relacionar um determinado objeto ao outro, como é o caso do dinheiro, de um certo peso, de uma dada superfície, ou da medida divina para Jó. Mesmo que se queira apenas esclarecer qual das duas partes pesa menos, os pesos individuais permanecem fixos. Eles não serão fixados apenas no momento da ponderação. Esse é o caso também das nossas primeiras imagens da justiça representada com a balança, como, por exemplo, a pesagem de almas no antigo Egito. Aqui, o importante era que a alma da pessoa morta, pesada com uma urna de um lado da balança, correspondesse à medida de vida fixada pela deusa da verdade Maat do outro lado da balança.

Na ponderação política, filosófica ou prática reconhecida posteriormente, não há, no entanto, nenhuma medida fixa, seja no diário mencionado acima na introdução, seja na comparação filosófica das razões – a não ser que uma filosofia traga consigo as regras normativas ou uma hierarquia prática de valores, da forma como ocorre com os fatores de produção normativa para o direito. Mas essas regras são, primeiro, fundamentadas filosoficamente. A medida é fixada para *ambos os lados* apenas por meio do ator da decisão. No campo do direito, isso é um problema explosivo. Neste sentido, a imagem da justiça como balança engana no que diz respeito à ponderação jurídica porque distorce os próprios fatos do caso. O termo "ponderação" sugere assim segurança e estabilidade do procedimento que, em realidade, não existem. A imagem da balança conduz aqui à irracionalidade.

IX. Ponderando a ponderação – jurídica e politicamente

Devemos, portanto, rejeitar a ponderação como um método que não garante certas durabilidade e estabilidade das regras jurídicas e, além disso, ainda é enganoso? Essa pergunta pode ser respondida segundo dois critérios bem diferentes. Podemos considerá-la uma pergunta de política jurídica ou uma pergunta jurídica.

As considerações jurídicas devem partir do nosso direito vigente positivo, sobretudo da Lei Fundamental. Questões prático-jurídicas de método são questões constitucionais. A Lei Fundamental de 1949 reagiu à ditadura nacional-socialista; às suas normas racistas; à negação dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar, dos direitos subjetivos privados, da rigidez normativa no direito penal e dos respectivos meios processuais; ao estabelecimento de um judiciário parcial, tal como ancorado expressamente no *Projeto de Código Civil Popular* (*Volksgesetzbuch*) de 1942;[55] ao mandamento de uma parcial "jurisprudência dos

55 Regra fundamental n. 20: o juiz "decide de acordo com sua convicção livre, construída a partir do estado geral do problema e segundo a interpretação do direito sustentada pela visão de mundo nacional-socialista",

valores"[56]. Não por acaso, uma série de normas da Lei Fundamental utiliza uma linguagem clara contra a ponderação jurídica tal como analisada aqui. Certamente, isso não ocorre expressamente, até porque esse método não estava no horizonte dos redatores da Lei Fundamental em 1949. Mas corresponde ao sentido de princípios essenciais da LF: primeiro, em relação ao princípio do Estado de Direito no art. 20, 1, e art. 28, LF, o que significa, concretamente, a primazia e a reserva da lei parlamentar que, segundo a própria cláusula pétrea do art. 79, 3, LF, é imodificável; além disso, a vinculação concreta do juiz somente à lei no art. 97, 1, LF, segundo o qual os juízes "são independentes, submetendo-se apenas à lei", não podendo introduzir, portanto, nenhum outro critério de decisão; após, a vinculação de todo poder estatal "à lei e ao direito" segundo o art. 20, 3, LF, que reforça a vinculação à lei e cuja referência ao "direito" não pretendia abrir, como se costuma afirmar, uma válvula de escape para critérios valorativos judiciais, mas sim orientar o caminho para uma âncora de emergência frente a novas leis problemáticas, orientando, portanto, para normas supralegais como os direitos humanos e o direito internacional reconhecido; além disso, a limitação do judiciário por meio da separação de poderes e do controle retroativo dos poderes do Estado com base nos critérios fixados em proposições jurídicas e também por provocação; depois, a limitação quase nunca mencionada, mas ainda vigente, acerca da autorização para "desenvolvimento do direito" em relação a casos extremamente problemáticos, como o introduzido pelo § 137 da Lei de Organização Judiciária de 1935 [GVG – *Gerichtsverordnungsgesetz*], mantido de forma atenuada também no § 132, 4, GVG nas redações de 1975 e 1992, ou seja, em questões de "importância fundamental" e somente por meio de decisão colegiada do "grande senado". O fato de ser esse colegiado hoje evitado não muda nada em relação ao comando e à limitação do método aberto de desenvolvimento do direito. Soma-se a isso o controle de constitucionalidade concentrado no Tribunal Federal Constitucional após 1949, segundo o art. 100, LF, e com relação a queixas constitucionais [*Verfassungsbeschwerde*] com fulcro no art. 93, 1, 4a, LF, que também limita as competências da justiça ordinária – em resumo: uma quantidade enorme de garantias bem pensadas.

Obviamente, a pergunta que fica em face dessa rejeição crítica da ponderação diz respeito à sua alternativa metodológica do ponto de vista jurídico. Na maior parte das vezes, a resposta se limita à alternativa "subsunção ou ponderação" e à opinião de que colisões de normas são inevitáveis. Subsunção é entendida aqui como ilusão. Essa alternativa conduz, no entanto, à irracionalidade. Em primeiro lugar, existe, como mencionado acima, uma série

• • •

in: HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Das Volksgesetzbuch als Fundament großdeutschen Rechtslebens*. Berlim: Spaeth & Linde, 1942. p. 13.

56 LANGE, Heinrich. Mittel und Ziel der Rechtsfindung im Zivilrecht. In: _____. *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1936, v. 3, p. 922-925; LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*. Op. cit.

de leis delegando competência decisória. Essas leis permitem ponderação expressamente, não havendo, portanto, sequer necessidade de subsunção. Onde ponderação não é permitida, a subsunção é obrigatória. Essa proposição remete a um procedimento segundo o esquema *se A, então B*, portanto, ao preenchimento da hipótese legal em vista de sua consequência jurídica. Caso os critérios da hipótese legal sejam relativamente abertos, como é o caso da boa-fé no § 242 do BGB, então o que está em jogo não é a invocação da bala de prata da cláusula geral, mas sim pormenorizações jurídico-dogmáticas, notadamente "em consideração aos usos do tráfego".[57] Isso significa que os casos centrais relativamente claros, sempre presentes no início de toda norma, devem ser comparados e completados por meio de analogia e comparações. Basta olhar os comentários ao § 242, BGB, ou aos chamados deveres de garantia do tráfego no § 823, BGB, ou também no direito de danos nos §§ 249 e seguintes do BGB, para notar como se realiza aqui um trabalho de concretização na linha da norma. O trabalho de tipificar a comparação de casos avança sempre sob orientação da regra geral, descendo até o elenco mais pormenorizado de casos e subindo novamente de volta à regra.[58] Com o passar do tempo, alcançam-se assim novas dogmatizações que, por sua vez, permitem novas diferenciações de hipóteses legais, melhorando-se, com isso, a orientação geral do direito. A ponderação também assume aqui uma posição limitada, mas legalmente legítima, na medida em que pode contribuir para a comparação dos casos. Isso, no entanto, só ocorre quando, a partir das ponderações dos casos concretos, elaboram-se novamente pontos de vista gerais para uma construção abrangente de regras. É isso que afirma o art. 1, inc. 2 e 3, do Código Civil suíço de 1912, frequentemente invocado como autoridade na matéria, quando afirma: "Não sendo possível retirar nenhum preceito da lei, então o juiz deve decidir segundo o direito costumeiro e, na falta também deste, segundo a regra que ele enunciaria caso fosse legislador" (inc. 2). "Ao fazê-lo, ele deve seguir a boa doutrina e a tradição" (inc. 3).

O juiz não recebe, aqui, uma autorização para ponderar, mas sim para uma decisão segundo uma "regra" e no sentido da "tradição". Claramente, o legislador procurou manter, também nestes casos, uma orientação o mais próximo possível de regras. Essa foi, de fato, uma solução inteligente. Portanto, a alternativa excludente entre subsunção e ponderação conduz desnecessariamente a um beco sem saída. Isso vale também para a operacionalização, amplamente recepcionada, com novos princípios e sua otimização. Na cultura jurídica norte-americana, marcada pelo precedente judicial e pela atividade dos advogados, isso assume um

• • •

57 Sobre o destino dessa "consideração", ver a análise reveladora de AL-SCHAMARI, Nadia. *Die Verkehrssitte in § 242:* Konzeption und Anwendung seit 1900. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

58 Ver sobre o tema, frequentemente ignorado pela literatura, ZIPPELIUS Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 5. ed. Munique: Beck, 2007.

significado completamente diverso do que na cultura jurídica continental baseada na lei. De modo que o transplante parece ser, de um lado, desnecessário, pois princípios gerais do direito há muito tempo já pertencem, aqui, à cultura legislativa e de forma sistemática. No entanto, aparenta deslocado, pois o método dos princípios como mandamentos de otimização transforma a cultura jurídica em detrimento do parlamento. A implementação de princípios constitucionais, de início ainda razoavelmente genéricos e carregados do ponto de vista político, também pertence às tarefas jurídicas tradicionais e não justifica nenhum método fundamentalmente diverso.

Juridicamente, afirmar que colisões de normas são inevitáveis também não é exato. Controlar juridicamente colisões de normas, em vez de simplesmente deixá-las abertas para a justiça do caso concreto, é algo que pertence à experiência secular das culturas jurídicas europeias continentais. Já apresentamos as técnicas mais conhecidas de controle: a distinção entre regra e exceção, a construção de hierarquias, a separação de áreas (público e privado) e a construção comparativa de grupos de casos. Podemos ainda acrescentar outras técnicas, como a diferenciação histórica da regra e, de modo geral, o âmbito dos métodos de interpretação. Quem conhece o cuidado da literatura de direito comum ao tratar de ampliações e reduções da regra em vista do caso concreto sabe disso muito bem. Infelizmente, os exemplos concretos não são mais facilmente acessíveis como antes.[59] Resolver colisões desta forma constitui uma das grandes conquistas de uma ciência do direito orientada por normas e não por decisões.

A ponderação jurídico-política, ao contrário, não se vincula a regras mais ou menos fixas do ponto de vista normativo. Essa é justamente a característica das decisões políticas. Aqui, fazemos perguntas do tipo: que valor atribuímos ao Estado de Direito? Essa pergunta deve ser respondida diferentemente segundo a maior ou menor intensidade da interferência, ou seja, de forma mais rígida para o direito tributário, administrativo e penal, assim como para as normas de ordem pública no direito civil; de forma mais aberta, no entanto, para o planejamento regional e a seguridade social. O mesmo ocorre com a pergunta: que valor atribuímos à certeza do direito? Frente a intervenções iminentes, frustrações e erros de cálculo, ela é mais importante do que normas sem consequências. Em geral, pode-se dizer que a certeza a respeito do direito deveria ser alta num sistema de bem-estar nunca tão intensamente juridificado como o atual, no qual um número tão grande de cidadãos depende direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente de posições jurídicas.

• • •

59 Um exemplo disso se encontra em RÜCKERT, Joachim. Introdução ao § 1 do BGB. In: SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, nr. 81 quanto à distribuição de riscos em contratos de empreitada.

60 SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlim: Veit und Co., 1840. p. 330.

O sistema jurídico deveria assumir a tarefa de facilitar a orientação. Isso certamente não ocorre por meio de decisões baseadas em ponderações a depender das circunstâncias do caso concreto, posto que delas dificilmente se extraem orientações prospectivas. A tarefa não se resume aqui a uma decisão justa, implicando também, ao mesmo tempo, que se forneça uma orientação concreta a partir de regras gerais. Por isso, deve-se privilegiar a técnica de construção das hipóteses legais tal como desenvolvida ao longo dos séculos. Ela instrui o jurista a oferecer permanentemente claras orientações com base na estrutura da norma *se A, então B*. Certamente, do ponto de vista corporativo, pode ser interessante recorrer a ponderações. O que se exige e é produtivo para *pax et iustitia*, no entanto, é algo bem diferente.

Frequentemente se contrapõe a essa visão um certo "realismo metodológico", para o qual toda decisão é, de qualquer modo, simplesmente uma decisão. Justamente esse "simplesmente" é o que transforma o realismo em cinismo. Pois, se a vinculação entre caso e norma certamente não é puramente lógica ou puramente racional, ela também não se esgota em decisionismo ou irracionalismo. A depender da norma e do caso, é possível construir uma vinculação mais ou menos clara de ambos, dogmatizá-la na forma de características da regra e concentrá-la em hipóteses legais com determinadas consequências jurídicas. Justamente aqui reside uma tarefa jurídica altamente razoável, reconhecida e verdadeiramente adequada ao Estado de Direito. De outro modo, destruir-se-ia a legitimidade fundamental da justiça e da administração públicas, segundo a qual elas não decidem baseadas na própria iniciativa e discricionariedade, mas sim orientadas pelo parlamento. Obviamente, nós podemos virar de cabeça para baixo o nosso sistema – mas é preciso ter bem presente o que estamos fazendo. Uma outra pergunta é saber se devemos oferecer outros mecanismos de solução de conflitos além do sistema judiciário, como, por exemplo, mediação e arbitragem, que funcionam em bases voluntárias e nos quais ponderação parece ser mais apropriada.

Os "experimentos jurídicos dos homens consigo mesmo", na expressão utilizada por Gustav Hugo (1790), nos ensinaram que, para as difíceis dogmatizações, devemos convocar instituições e pessoas específicas. Como se sabe, interpretação e desenvolvimento do direito, bem como aplicação e ponderação do direito, são analítica e normativamente distinguíveis de forma muito nítida, mas nem tanto *de facto*. Esse problema é tão antigo quanto as suas soluções conhecidas, do pretor romano com seu poder de desenvolver o direito por meio do edito, passando pela tentativa de se estabelecerem comissões permanentes para consultas em casos difíceis (chamadas *référé legislatif*), ou pela introdução de tribunais com legitimidade específica, como a Corte de Cassação francesa a partir de 1800, ao qual se atribuía, nas palavras de Savigny, "aquela interpretação extensiva e restritiva incompatível com o exercício puro da judicatura e que não se enquadra no campo da verdadeira interpretação",[60] até o Tribunal Federal Constitucional alemão, com a sua composição oficial, e também o Tribunal Federal do Trabalho, com a sua composição especial paritária por meio de representantes dos dois lados de empregadores e empregados.

A análise histórico-crítica indica, portanto, as condições de ponderações sensatas e ponderações menos sensatas no sistema jurídico. Assim, pode-se perceber uma transformação funcional da "ponderação": de um princípio de procedimento não jurídico para um instrumento de concretização de direitos fundamentais, de planejamento regional, de direito público ou mesmo da ciência do direito em geral. Tanto rigidez normativa quanto ponderação devem ser otimizadas, cada uma, entretanto, em seu lugar, mantendo-se a rigidez acima de tudo. Pois a função do direito significa garantir durabilidade às expectativas, organizando a segurança das expectativas. Isso vale também para a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito como o de "ponderação".

Joachim Rückert

Professor emérito da Goethe-Universität Frankfurt am Main. Doutor e livre-docente em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München. Doutor *honoris causa* pela Universität Tartu.

rueckert@jur.uni-frankfurt.de

Thiago Reis

Professor em tempo integral na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP). Doutor em Direito pela Goethe-Universität Frankfurt am Main.

thiago.reis@fgv.br