

Para os meus filhos.

Agradecimentos.

Para a elaboração desta dissertação foram absolutamente decisivos os ensinamentos do Professor Doutor David Duarte, meu orientador.

Foi com deslumbramento que ao fim de tantos anos de prática do direito, aprendi com ele não só uma nova maneira de encarar as normas jurídicas, mas todo um novo universo – o da ponderação – sobre o qual apenas tinha ideias intuitivas, fruto da prática, muito longe da perspetiva científica que ele me transmitiu.

Graças a ele tenho hoje uma consciência muito mais profunda das várias técnicas de raciocínio jurídico, do pensar o direito, do como pensar o direito, o que alterou a minha prática judiciária.

Foi para mim não apenas um professor, mas, um Mestre, no sentido clássico de que mais do que ensinar direito, ensinou-me a pensar o direito e a descobrir novos mundos jurídicos.

A ele pois, os meus sinceros agradecimentos.

Resumo:

Quando duas normas jurídicas entram em conflito não resolúvel por inexistência de normas de conflito (o que acontece em especial no domínio dos direitos fundamentais ou quando se tentam aplicar princípios jurídicos), a solução em direito não pode ser por subsunção, tem de ser através da ponderação. A ponderação não deve ser subjetiva, mas objetiva, baseada num sistema controlável externamente. O sistema neste momento internacionalmente mais reputado de fazer a ponderação é a fórmula do peso de Robert Alexy.

Aqui explica-se em que consiste a ponderação de bens, a sua origem e expressão noutros países, a sua admissibilidade, a referida fórmula, e defende-se a aplicação de um sistema alternativo baseado na teoria psicológica da pirâmide das necessidades humanas, de Abraham Maslow. Verifica-se a validade das teses testando-as em casos concretos. Faz-se ainda a aplicação destes princípios a problemas próprios do direito administrativo.

Abstract:

When the conflict concerning two legal rules is not resolvable due to the absence of rules of conflict (which happens particularly in the field of fundamental rights or when one tries to apply legal principles), the solution cannot be found through subsumption, but by ponderation reasoning. This ponderation should not be subjective, but objective, based on an externally controllable system. Currently, the most internationally reputed ponderation system is Robert Alexy's weight formula.

Here it is explained the definition of balancing, its origin and expression in other countries, its eligibility, and the above mentioned formula. It is advocated the application of an alternative system based on the psychological theory of Maslow's hierarchy of needs, alongside with examples of the applicability of this theory in tangible cases. These principles are also applied to the singularities of administrative law.

Lista de abreviaturas, siglas e símbolos.

Ac.: Acórdão.

CPTA: Código de Processo dos Tribunais Administrativos.

CRP: Constituição da República Portuguesa.

RL: Relação de Lisboa.

Trabalho sobre a ponderação de bens em Direito Administrativo.

Índice Geral:

Índice Geral:	6
1- Introdução.....	7
2. A ponderação de bens em geral.....	12
2.1. Explicação sobre o que consiste a ponderação de bens.....	12
2.1.1. A admissibilidade da ponderação de bens.....	16
2.1.2. Fronteiras entre ponderação e subsunção.....	18
2.1.3. A experiência Norte - Americana.....	19
2.1.4. A experiência Alemã.....	24
2.2.1. Teses Atuais.....	27
2.2.2. Tese de Alexy: a fórmula do peso.....	29
2.2.3. Críticas à fórmula do peso.....	32
2.2.4. Exemplos de aplicação prática da fórmula do peso.....	33
2.3.1. Tese da Pirâmide de Maslow.....	34
2.3.2. Diferença entre princípios e regras.....	34
2.3.3. Explicação da tese da pirâmide de Maslow.....	36
2.3.4. Hierarquia absoluta ou relativa.....	40
2.3.5. Subsunção de várias condutas a cada um dos escalões da pirâmide de Maslow.....	41
2.3.6. Testagem da tese em casos concretos.....	42
2.3.6.1. Primeiro caso: Acórdão Luth.....	42
2.3.6.2. Segundo Caso: Acórdão Lebach.....	42
2.3.6.3. Conclusão sobre a tese proposta.....	43
2.3.7. Vantagens da tese defendida.....	43
2.3.8. Crítica à tese e possíveis respostas.....	45
2.3.9. Comparação dos resultados obtidos pelos dois métodos.....	45
3. A ponderação de bens no Direito Administrativo.....	47
3.1. A necessidade da ponderação de bens para resolver problemas de direito administrativo.....	47
3.2. Princípios próprios do direito administrativo.....	49
3.3. Exemplos práticos da ponderação de bens em direito administrativo:.....	51
3.3.1. Primeiro caso.....	51
3.3.2. Segundo caso.....	52
3.3.3. Terceiro caso.....	54
3.4. A ponderação de bens face a conflitos entre princípios jurídicos infraconstitucionais.....	55
4. Conclusões:.....	57
5. Bibliografia citada:	58
6. Webgrafia:	60
7. Glossário:.....	61
8. Índice onomástico:.....	63

1- Introdução.

Equacionamento da questão da ponderação de bens e explicação da estrutura do trabalho.

Neste trabalho vamos debruçarmo-nos sobre a técnica jurídica conhecida como ponderação de bens, primeiro em geral, depois da sua aplicação no direito administrativo.

Quando falamos em ponderação podemos estar a referir-nos a vários conceitos distintos. A ponderação pode desde logo ser encarada num conceito lato ou num conceito restrito. Estamos perante a ponderação em termos latos quando, por exemplo, nos reportamos à avaliação que o legislador faz quando opta por um direito em detrimento de outro, quando a administração na elaboração de um plano diretor municipal decide se uma determinada zona do território vai ser destinada a construção urbana para habitação ou se vai ser apenas para instalação de indústrias ou outlets comerciais, etc.. Existe ainda ponderação de interesses (distinta da ponderação de bens que aqui nos interessa) quando o Juiz para decidir conceder ou não uma providência cautelar, faz a ponderação de interesses públicos e privados referida no artº 120.2 do CPTA.

A ponderação de bens que nos interessa aqui e que constitui o tema deste trabalho, é aquela que costuma ser chamada de restrita, e que consiste num método de resolução de conflitos normativos, emergentes de conflitos entre princípios jurídicos (constitucionais ou infra-constitucionais) ou direitos fundamentais, não resolúveis por uma norma de conflitos. Ou seja, ela visa resolver um problema de lacuna jurídica em sede de normas de conflitos. Pode é acabar por ter uma função fiscalizadora da atividade de ponderação de interesses realizada pela administração ou pelo legislador (se isto for admissível), mas isso será apenas o resultado da sua aplicação prática. Faremos por vezes referência à ponderação em sentido lato, mas apenas por uma necessidade de enquadramento e de limitação de fronteiras dos campos de intervenção dos diversos intervenientes do sistema judiciário.

Afigura-se-me que o tema tem especial importância para o panorama jurídico nacional, pois a ponderação de bens não tem sido entre nós objeto de grande tratamento doutrinal nem tem fundamentado muitas decisões judiciais. A situação é estranha, até porque

é a teoria mais importante e mais usada no mundo inteiro para resolver estes conflitos. Está na altura de importarmos esta técnica para o nosso arsenal jurídico. A compreensão dos seus pressupostos teóricos e do seu alcance terá para nós dois efeitos: um interno e um externo.

O efeito interno é uma melhor resolução dos conflitos em questão, segundo uma técnica que tem dado provas em todo o mundo.

O efeito externo é tornar mais compreensíveis certas decisões dos Tribunais Comunitários e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que para o jurista nacional são por vezes estranhas, como que vindo de ordenamentos jurídicos diferentes, quando a diferença está na forma de conceber o direito e na maneira de o aplicar.

Neste trabalho vamos começar por explicar em que consiste a ponderação de bens na perspetiva restrita que nos interessa. Vamos analisar a questão da admissibilidade da ponderação de bens, as críticas ao método, que negam a possibilidade de construção de um sistema objetivo, as teses defensoras do método, e retiraremos as necessárias conclusões desta discussão.

Seguiremos fazendo um percurso histórico do desenvolvimento da teoria da ponderação de bens, em especial, focando-nos nos contributos Norte – Americanos e Alemães.

Veremos então o estado atual da doutrina nesta matéria, em especial, as teses de Robert Alexy e a sua fórmula do peso, bem como as críticas que lhe são feitas. Testaremos a fórmula do peso perante situações concretas.

Apresentarei depois uma tese alternativa, baseada na aplicação da pirâmide de Abraham Maslow. Explicarei em que consiste esta tese, e anteciparei algumas críticas de que ela possa ser objeto. Também ela será testada perante casos concretos, de forma aos seus resultados poderem ser comparados com a fórmula do peso.

Na segunda parte do trabalho apreciaremos a ponderação de bens no Direito Administrativo. Discorreremos sobre a necessidade da ponderação de bens para resolver problemas próprios de Direito Administrativo, explicando a razão de ser necessário recorrer à ponderação de bens para resolver problemas suscitados pelo mesmo.

Alguns valores e princípios próprios do Direito Administrativo serão sopesados. Analisaremos alguns dos problemas que o direito administrativo tem hoje. Tentaremos

resolver os problemas mencionados através da ponderação de bens, sem quebrar a unidade do sistema.

Testaremos a fórmula do peso em Direito Administrativo, bem como a aplicação prática da tese da aplicação da Pirâmide de Maslow.

Por fim, retiraremos as necessárias conclusões.

Uma vez que não existe praticamente nada publicado em Portugal sobre esta matéria, a primeira parte terá de ser mais extensa do que a segunda, pela necessidade de um correto enquadramento geral do tema a desenvolver por forma a tornar as teses defendidas perceptíveis.

Convém fazer aqui uma advertência. A validade jurídica das afirmações e conclusões por mim defendidas, parte de três axiomas, que têm de ser aceites para se poder compreender a lógica que preside ao meu raciocínio (podendo-se ou não concordar com eles).

O primeiro, é que o direito é uma ciência exata, no sentido que estabelecido o quadro factual, conhecido o quadro normativo, não pode haver duas soluções corretas, só pode haver uma. Já Stammler dizia que “*a aplicação do direito é uma técnica de base científica*”¹

O segundo é que em caso de conflito insanável entre a segurança jurídica e a justiça, a opção deve ser sempre feita pela segurança jurídica. Dizia a este respeito Manuel de Andrade:

“A vida e o espírito postulam um direito reto (richtig), quer dizer, justo e oportuno: um direito que harmonize a pura justiça que valora e julga a realidade existente, aspirando a estruturá-la segundo um modelo ideal, com o efetivo e relativo condicionalismo dessa mesma realidade – um direito, no fim de contas, que estabeleça a justiça do possível ou a possível justiça. Mas por outro lado a vida pede também, e antes de tudo, segurança, e portanto um direito certo, ainda que seja menos reto. A certeza do direito, sem a qual não pode haver regular previsibilidade das decisões dos Tribunais, é na verdade condição evidente e indispensável para que cada um possa ajuizar das consequências dos seus atos, saber quais o bens que a ordem jurídica lhe garante, traçar e executar os seus planos de futuro.

Não será de mais sublinhar ainda uma vez, que a certeza do direito sobreleva à retidão. Porque a vida contenta-se melhor com um direito certo, embora com menos possibilidade de ser reto, do que com um direito que lhe ofereça largas virtualidades de retidão, mas à custa de menos certeza. Trata-se de um conceito fundamental que nunca se deve perder de vista, e que relamente, não costuma ser desconhecido. Isto porém não é exato sem qualquer restrição. Tem os seus limites, para além dos

¹ Stammler, Rudolf *Die Lehre von dem Richtigen Rechte*, pág. 312.apud Francesco Ferrara, *Interpretação e Aplicação das Leis*, 4ª ed., coleção Studium, trad. Manuel de Andrade, pág. 186.

quais a injustiça e a inoportunidade do direito constrange e mortifica a tal ponto a vida que esta passa a querer retidão a mais, ainda que a tenha de pagar pelo preço duma certeza menor.

O ideal seria que o direito fosse sumamente certo sem deixar de ser também sumamente reto. Mas este ideal é inacessível, tanto para a política e para a técnica legislativa como para a ciência jurídica, até porque em parte são contraditórios os processos com que se alcança a certeza e os que levam à retidão do direito. O objetivo que se deve pretender será pois tão somente que o direito seja certo sem grave detrimento da sua retidão ou reto sem grande prejuízo para a sua certeza. E a melhor teoria da interpretação será portanto aquela por via da qual o direito legislado mais completamente realize nas duas doses ótimas, nas proporções exatas, esta fórmula de combinação ou equilíbrio entre a certeza e a retidão, cumprindo todavia não esquecer que, num dado grau, o primeiro requisito prevalece ao segundo”¹

Esta percepção da necessidade de prevalência da certeza sobre a justiça é comum a outros sistemas jurídicos, o que prova que o essencial das questões jurídicas não depende do sistema, depende da nossa percepção do direito. Veja-se por exemplo o Norte-Americano Ronald Dworkin, ao defender a sua teoria dos princípios, diz:

“Ninguém pensa que o direito, tal como ele se apresenta, seja perfeitamente justo. Suponhamos que uma série de precedentes seja de facto injusto, por recusar-se a tornar efetivo, como um direito jurídico, algum direito político dos cidadãos. Mesmo que um Juiz encarregue da decisão desaprove estes precedentes por alguma razão, a doutrina da consistência articulada exige, não obstante isso, que ela permita que o seu argumento seja influenciado por tais precedentes”².

O terceiro é que na opção entre o método do controle pelo processo e o método do controle pelo resultado, o método que considero adequado para fundamentar e aferir a validade de um raciocínio jurídico é sempre o método do resultado (que como veremos, é defendido pelo Tribunal Constitucional Alemão e que também explica em parte a técnica do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem). Também não estou aqui a defender nada de novo, o instituto do abuso do direito é exatamente isto: o controle do exercício de direitos pela valoração da solução final. Já Ferrara chamava a atenção para a importância capital da decisão:

“A atividade do intérprete tendente a apurar o conteúdo da lei e a desenvolvê-lo e completá-lo, bem como a elaboração científica, têm por último fim a aplicação. Porque o direito vive para se realizar, e a sua realização consiste nem mais nem menos que na aplicação aos casos concretos. O conhecimento do direito visa este objetivo prático – a decisão dos casos jurídicos.

Mas aqui se nos depara outro aspeto da atividade do jurista – a arte da decisão. O juiz terá de adaptar a norma abstrata à situação de facto, terá de adaptar a norma abstrata à situação de facto, terá de sotopor o caso controverso aos princípios exatos que o governam, de escolher, insto é, que princípios são de aplicar na hipótese (atividade de subsunção).

¹ Andrade, Manuel de, *Interpretação e Aplicação das Leis*, ed. Arménio Amado – Editor Sucessor, Coimbra, 1987, pág. 54.

² Dworkin, Ronald, in *Taking Rights Seriously*, ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, trad. Nelson Boeira, pág. 140 (1ª ed. 1977),

Ora esta atividade não é simples, já que o facto se apresenta envolvido entre circunstâncias e detalhes nem sempre juridicamente importantes ou nem todos de igual valor, e deverá ser isolado nos seus elementos juridicamente sensíveis; e, além disso, a todo o caso singular não é aplicável mas só disposição, mas um conjunto de disposições combinadas e reagindo umas sobre as outras.

Ocorre, pois, que o jurista considere o efeito das normas na sua totalidade, e não apenas uma norma de per si; tal como o mecânico não precisa de conhecer só uma ou outra lei cinemática, mas deve também saber por que modo, na cooperação de várias leis, se produz o resultado complexo. Está nisto a aplicação consciente do direito, ou a técnica da decisão: está em saber atinar com as diversas normas a que, na sua combinação, pertence governar o caso concreto.

Esta atividade exige aptidões ou disposições de que nem todos os juristas são dotados.

Pois não basta conhecer, ainda que profundamente, o direito para o saber traduzir em realidade, e há teóricos distintos que não são capazes desta elasticidade mental que os torne mestres na arte de decidir. Existe ainda uma capacidade espiritual, um sentimento próprio, e assim se explica como, ao lado da técnica na aplicação, há também uma aplicação instintiva do direito, por via da qual, sem mais, o prático sente a decisão justa e a segue.

De certo que este instinto jurídico é dum extraordinário auxílio para o jurista, mas não basta., nem merece confiança cega. E porque o instinto muitas vezes pode enganar, e a aplicação inconsciente oferece o perigo do erro e do arbítrio, por isso o juiz deve controlar se a solução instintiva que à primeira vista lhe parece justa é verdadeiramente tal e concorda com o direito positivo, ou pelo contrário não passa duma intuição ou aspiração do sentimento jurídico que não tem correspondência na lei”¹.

Nesta dissertação usa-se a Norma APA para citações e referência bibliográfica.

¹ Ferrara, cit., pág. 185.

2. A ponderação de bens em geral.

2.1. Explicação sobre o que consiste a ponderação de bens.

Como é sabido, a norma jurídica divide-se em hipótese factual, elemento deôntico e consequência legal. Por exemplo, na norma jurídica “Quem circule numa estrada a uma velocidade superior a 90 km/h será punido em multa”, a hipótese factual é a previsão (quem circule na estrada a mais de 90Km/h), o elemento deôntico é a proibição (os elementos deônticos, em direito, podem ser três, a proibição, a permissão ou a imposição e, só pode existir um deles em cada norma), e a consequência legal é a punição em multa¹.

Ou seja, reduzindo o raciocínio a uma fórmula matemática para mais fácil compreensão, podemos dizer que:

$$C1 \times D = R$$

Em que

C1 = previsão factual

D = elemento deôntico

R = consequência legal.

Diz-se que duas (ou mais) normas jurídicas entram em conflito, quando ambas preveem para a mesma situação soluções jurídicas distintas. O conflito entre normas, regra geral, é resolvido internamente pelo próprio sistema jurídico em que elas estão inseridas, através das chamadas regras de conflito. São exemplos destas regras a *lex posterior derogat priori*, a *lex specialis derogat generalis*, a hierarquia das fontes de direito (Constituição, Lei, Regulamento).

Por exemplo, no nosso caso da estrada, se a norma jurídica for “Quem circule numa estrada com duas vias em cada sentido, separadas por um separador central, a uma velocidade superior a 120 km/h será punido em multa”, esta norma está em contradição com a norma

¹ Duarte, David, *Rebutting Defeasibility as Operative Normative Defeasibility*, in *Liber Amicorum José de Sousa Brito*, pág. 355 e ss.

geral das estradas. A autoestrada aparece como uma norma especial, e o conflito é resolvido internamente pelo sistema através do princípio da *lex specialis derogat generalis*.

Matematicamente, a questão pode ser enunciada nos seguintes termos:

$$(C1 + C2) \times D = R.$$

Em que

C1 + C2 = previsão factual legal especial das autoestradas

D = elemento deôntico

R = consequência legal.

E poderíamos continuar. Por exemplo, se a norma prever que em caso de chuva a velocidade máxima em autoestrada passa para 110 Km/h, teríamos:

$$(C1+C2+C3) \times D = R.$$

O conflito continuaria a ser resolvido pela mesma regra de conflitos.

A questão torna-se mais interessante fora das regras da especialidade. Por exemplo, imagine-se a seguinte situação:

A norma jurídica 1 diz que os proprietários dos veículos cuja matrícula termina em número par, doravante, apenas podem circular nos dias pares de calendário: $(C2 + C4 \dots C30) \times D = R$

A norma jurídica 2 diz que os proprietários dos veículos cuja matrícula termina em número par, doravante, apenas podem circular às segundas, quartas e sextas.

A contradição entre as duas normas deve ser resolvido pelas normas de conflitos, v. g., *lex posteriori derogat priori*.

O conflito tanto pode ser por parte da previsão factual, como aconteceu nas hipóteses que acabamos de ver, como por parte do operador deôntico.

Mas há situações em que temos para a mesma hipótese duas consequências legais distintas, sem que as regras de conflito nos consigam dizer qual deve prevalecer. Estas situações costumam pôr-se frequentemente quando, por exemplo, estão em causa dois princípios constitucionais, de direitos fundamentais. Como não há entre eles uma hierarquia pré-definida constitucionalmente, como têm o mesmo valor jurídico, as regras de conflitos não nos conseguem dizer qual deve ter a primazia.

Assim sendo, a solução passa pela ponderação dos bens em jogo. Esta ponderação, é externa ao sistema legal. E, *“isto é verdade, mesmo no caso em que são normas do sistema legal que regulam a concreta aplicação do método da ponderação: especificamente, o princípio da proporcionalidade”*¹.

Esta conceção da ponderação de bens como método de resolução de conflitos normativos, quando não existem normas de conflitos que resolvam a colisão (ou seja, restrita), distingue-se da ponderação de bens ou interesses em sentido lato, por exemplo, que a administração faz, quando decide quando está a elaborar um plano, se uma determinada parcela do território é para construção habitacional ou para serviços, ou instalação de indústrias. Esta distinção é importante, pois a primeira percepção que se tem da ponderação é a lata, e nem todos os autores a distinguem com a discriminação que me parece necessária, tratando-se muitas vezes ao mesmo nível a ponderação de bens e de interesses quando fala na obrigação do legislador ponderar bens na despenalização do aborto, na apreciação do Governo sobre a confidencialidade de documentos, na ponderação da administração quando elabora planos e, quando o Juiz decide entre a liberdade de expressão e o direito à honra.² Já Luís Arroyo Jimenez³ está mais próximo do nosso conceito, ao distinguir na ponderação um conceito amplo de um conceito restrito, dizendo que este é:

“Um método para a resolução de certas antinomias, que, além do mais, está caracterizado para que o seu emprego seja normalmente utilizado como um critério para distinguir entre duas categorias de normas, como são os princípios e as regras (...) um exemplo da atribuição do termo ponderação deste segundo significado restrito poderia ser a constatação de que se realizou uma ponderação de direitos fundamentais em conflito, por um lado o direito fundamental de liberdade religiosa, na sua dimensão coletiva ou comunitária, da Igreja Católica, em relação com o dever de neutralidade religiosa do Estado e, por outro lado, os direitos fundamentais do recorrente ao apoio à liberdade ideológica e religiosa, em relação com a liberdade de expressão”.

A ponderação de bens na perspetiva que nos interessa aqui também não se confunde com a ponderação de interesses a que alude o artº 120.2 do CPTA. Diz este preceito:

“Nas situações previstas nas alíneas b) e c) do número anterior, a adoção da providência ou das providências será recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados, em presença, os danos que resultariam da sua concessão se

¹ Duarte, cit., pág. 170

² Vide neste sentido, Santiago, José Maria Rodriguez de, *La Ponderacion de bienes e intereses em el derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2000, pág. 10.

³ Jimenez, Luís Arroyo, *Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2009, pág. 20.

mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências.”

Ou seja, determinado o resultado jurídico (e portanto, a dúvida não é de qual a norma a aplicar, nem o seu sentido) o mesmo será aferido por um critério económico, a comparação entre os danos resultantes da concessão e os danos resultantes da recusa. Este normativo, pode ser traduzido pela seguinte fração, que torna o raciocínio mais claro:

$RxD1/RxD2 = X/Y$, em que:

R= resultado jurídico

D1= danos resultantes da concessão

D2= danos resultantes da recusa

Se X for maior que Y, a providência é recusada, se X for menor ou igual a Y, a providência é concedida.

Estamos pois perante situações distintas.

Para a resolução deste problema da colisão de direitos fundamentais existem dois grupos essenciais de teorias: as internas e as externas.

Para as teorias internas, os direitos fundamentais estão originariamente limitados e, a questão, é apenas a de descobrirmos os limites e as exceções com que os mesmos nasceram. Para as externas, os limites a que todos os direitos estão sujeitos são fronteiras que vamos descobrindo sucessivamente por via da aplicação do direito. Diz a este respeito Alfonso Garcia Figueiroa 1:

“Os autores que defendem uma teoria interna dos limites dos direitos fundamentais acreditam, no final, que cada direito fundamental se encontra perfeitamente delimitado para sempre. Um direito é o que é, ainda que todavia não conheçamos exatamente o que diz. Por outras palavras, o seu conteúdo será ontologicamente invariável, ainda que não o seja do ponto de vista meramente epistemológico. Desde este ponto de vista, como os direitos foram nitidamente demarcados nalgum lugar misterioso, não existe a possibilidade de introduzir novos limites. Este posicionamento provoca uma aliança entre posições hiper-racionalistas e teológicas. Esta aliança é menos surpreendente do que parece, pois no fundo ambas situam os direitos fundamentais numa «região de verdades eternas». Esse lugar misterioso de verdades eternas é para o jusnaturalismo teológico o Reino de Deus e para certo jusnaturalismo o Terceiro Reino de Frege (...) A mim este posicionamento parece-me extremamente problemático. Frente a ele, a tese dos limites externos afirma que os direitos fundamentais não apresentam uns confins rígidos ex ante. Os direitos funcionam em muitos casos como mandatos de otimização que tendem a expandir-se e a colidir com outros direitos com os quais

¹ Figueiroa, Alfonso Garcia, *Neoconstitucionalismo y Ponderación*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2009, pág. 89.

devem ser ponderados. Como se vê, a ideia de ponderação parece, senão consubstancial, pelos menos muito harmônica com a teoria dos limites externos, e além disso, pressupõe uma concepção não metafísica do discurso prático, porque o discurso prático não é independente das decisões dos homens, mas precisamente um produto destes”.

É também meu entendimento que as teorias que melhor respondem às questões em causa e de que aqui nos estamos a ocupar são as teorias externas.

2.1.1. A admissibilidade da ponderação de bens.

Críticas ao método, que negam a possibilidade de construção de um sistema objetivo.

Teses defensoras do método.

Conclusão pela necessidade de ponderação.

Dentro das teorias externas, a mais importante hoje em todo o mundo é a da ponderação de bens.

A discussão sobre a ponderação de bens começou há mais de 50 anos¹. Reis Novais, cit., defende que esta apareceu originalmente como uma forma de resolver o problema das restrições não autorizadas aos direitos fundamentais. Este autor relata que a doutrina não conseguiu chegar a uma posição consensual, mas, distintamente, a Jurisprudência Norte-Americana e Alemã chegaram a soluções muito próximas, “*de procedimentos e juízos de ponderação como forma de resolver os problemas das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas*”.

A ponderação de bens tem sido alvo de críticas. Sintetiza-as Reis Novais² da seguinte forma:

“Impossibilidade de colher da Constituição parâmetros materiais suscetíveis de balizar objetivamente o recurso ao método, subjetivismo, intuicionismo e arbitrariedade, transferência ilegítima de poderes do legislador para o juiz com substituição da reserva de lei pela reserva da sentença, dissolução dos controlos típicos de Estado de Direito, corrosão da força normativa da Constituição, nivelção e indiferenciação dos direitos fundamentais, tirania dos valores e fórmula vazia, de tudo a ponderação de bens no domínio dos direitos fundamentais tem sido, em com argumentos de peso, acusada”.

¹ Novais, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, pág. 640.

² Novais, cit..

Entendo contudo, ser não apenas preferível, mas uma verdadeira obrigação do Julgador dos Estados Democráticos, que as razões das suas opções sejam escrutináveis pelos cidadãos. Que o caminho para a decisão seja transparente. A transparência não é apenas uma obrigação da administração *stricto sensu*, é-o também do aparelho judicial, como disse Marko Novak: “*giving reasons for a decision, in cases of both deductions and balancing, is, after all, what judges owe to society (to the parties and the general public) in a democracy*”¹.

Acresce que os críticos não oferecem alternativas à ponderação objetiva de bens. Ficar-se pela mera subjetividade, não controlável, sem que se possa prever pelo menos um quadro da decisão judicial, não se me afigura razoável.

Outra questão que às vezes é levantada é o limite da ponderação. Ao longo do percurso de criação/aplicação do direito, começando pelo legislador constituinte, legislador ordinário, administração, Juiz, há espaços próprios de ponderação (*lato sensu*) de cada um dos intervenientes, em que os outros não devem interferir². A crítica da possibilidade de eventual interferência de um Juiz em espaços de ponderação de outros poderes, é uma falsa questão. A ponderação de bens quando feita pelo Judicial visa exatamente preencher uma lacuna de previsão por parte de outros poderes. Não há nem deve haver pois invasão de esferas alheias.

Por estes motivos, entendo que o caminho tem de ser o aprofundamento da ponderação objetiva de bens.

Postos perante o problema de se ter de fazer uma ponderação de bens, a primeira abordagem natural será casuística (e assim aconteceu historicamente), será uma apreciação do caso concreto, um “*hoc balancing*”. Caso a caso, o intérprete, balança os interesses em jogo em cada um dos pratos da balança, e diz, segundo a sua opinião, qual devia prevalecer.

Esta solução é puramente subjetiva e pode depender muitas vezes dos humores do julgador, das suas motivações extrajurídicas (os juízes não são quimicamente puros) e, pior, torna difícil controlar a bondade da ponderação.

Por isso alguns autores começaram a defender a necessidade da ponderação ser objetiva, ser algo controlável, ter regras definidas. É o chamado “*definitional balancing*”.

¹ Novak, Marko, *Three Models of Balancing (in Constitutional Review)*, Ratio Iuris, vol. 23, Nº 1, março 2010, pág. 105.

² Neste sentido, vide Ortega, Luís, *La Ponderación en el Marco del Pluralismo*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2009, pág.14.

2.1.2. Fronteiras entre ponderação e subsunção.

É normal os defensores da ponderação afirmarem que este por ser um sistema diferente da subsunção, se lhe opõe. Ou temos subsunção ou temos ponderação. Assim o dizem também os críticos da ponderação.

Contudo, parece-me que no rigor dos conceitos, embora esta separação embora possa ser nítida, os métodos apesar de serem incompatíveis quando se resolve uma questão, podem não poder existir separadamente em todos os casos. É verdade que se pudermos aplicar apenas o método subsuntivo, se este resolver satisfatoriamente a questão, a ponderação não será chamada à liça. Contudo, o inverso já não será verdade. Afigura-se-me que mesmo quando se aplica a ponderação, há no percurso intelectual momentos em que o jurista ainda usa a subsunção. A questão parece-me ter sido devidamente exposta por Luís Prieto Sanchis¹, nos seguintes termos:

“Costuma dizer-se que a ponderação é o método alternativo à subsunção: as regras seriam objeto de subsunção, de modo que comprovado o encaixe da factualidade pressuposta, a solução normativa é imposta pela regra; os princípios e direitos, ao contrário, seriam objeto de ponderação onde a solução se obtém a partir das razões em litígio. Isto é certo, mas não creio que a ponderação constitua uma alternativa à subsunção, como se o intérprete tivesse de optar por um caminho ou outro. Na minha opinião, operam em fases distintas da aplicação do direito: é verdade que se não existe um problema de princípios, o Juiz limita-se a subsumir o caso ao pressuposto ou condição de aplicação descrito pela lei, sem que se requeira ponderação alguma. Mas quando se colocam problemas como os aqui examinados é preciso ponderar, sem que a subsunção seja afastada. Ao contrário, o passo prévio a toda a ponderação consiste em constatar que no caso examinado resultam relevantes ou aplicáveis dois princípios em luta. Por outras palavras, antes de ponderar é necessário «subsumir», constatar que o caso está incluído no campo de aplicação de dois princípios, quer dizer, que estes são relevantes para resolver o dito caso. Por exemplo, para dizer que uma pena é desproporcionada por representar um limite não tolerável ao exercício de um direito, é necessário antes que o comportamento enunciado possa ser subsumido não uma, mas duas vezes: no tipo penal e no direito fundamental. Problema diferente é que às vezes as normas chamadas a ser ponderadas necessitem ou apresentem de forma fragmentada ou indeterminada o pressuposto de facto, de modo que decidir que são pertinentes ao caso implique um exercício de subsunção que podemos designar por valorativo; não é óbvio, por exemplo, que consumir álcool ou deixar crescer a barba constituam exercícios de liberdade religiosa – constituem-no – mas é imprescindível subsumir tais condutas no

¹ Sanchis, Luís Prieto, *Diez argumentos sobre Neoconstitucionalismo, Juicio de Ponderación e Derechos Fundamentales*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2009, pág. 68 e ss.

tipo de liberdade religiosa para logo ponderar esta com os princípios que fundamentam a sua eventual limitação.

Mas se antes de ponderar é necessário de alguma maneira subsumir, mostrar que o caso individual que examinamos forma parte do universo de casos em que resultam relevantes dois princípios em luta, depois de ponderar creio que aparece de novo a exigência da subsunção. E isto é assim porque a ponderação destina-se a formular uma regra, a partir de uma norma em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se posterga um dos princípios para ceder o passo a outro que, superada a antinomia, opera como uma regra e, por isso, como a premissa normativa de uma subsunção. A ponderação deve-nos indicar que nas circunstâncias X, Y ou Z o princípio 1 (por exemplo a liberdade religiosa) deve triunfar sobre o 2 (por exemplo a tutela da ordem pública); pelo que se deduz que quem se encontra nas condições X, Y ou Z não pode ser perturbado nas suas práticas religiosas mediante a invocação da cláusula de ordem pública. A ponderação configura-se, pois, como um passo intermédio entre a declaração de relevância de dois princípios em conflito para regular prima facie um certo caso e a construção de uma regra para regular definitivamente esse caso; regra que por certo, mercê do precedente, pode generalizar-se e terminar por tornar desnecessária a ponderação nos casos apreciados ou repetidos.

Esta orientação da ponderação até à subsunção expressa a necessidade de transformar umas normas que aparecem formuladas como categorias em hipotéticas ou condicionais, e por isso, aptas para aplicação judicial. Com efeito, uma das características dos direitos e dos seus limites é que na Constituição aparecem indeterminados, no sentido que resultam não numerados as condições ou circunstâncias em que um há de ceder ou triunfar na presença do outro. Por isso se diz que são normas derrotáveis, normas em que desconhecemos os casos em que podem ser excecionadas, por mais que esses casos existam. Prima facie parece que o direito à honra deve ser sempre respeitado, mas o mesmo prima facie se pode dizer da liberdade de expressão. A ponderação serve então para estabelecer as condições em que triunfa o primeiro ou a segunda, dando assim vida a normas hipotéticas ou condicionais”.

2.1.3. A experiência Norte - Americana.

Descrição do contributo norte-americano, quer teórico, quer ilustrando com casos e decisões do Supreme Court relevantes.

Para melhor se compreender os termos da discussão, como a generalidade dos Acórdão nesta matéria tem a ver com o primeiro aditamento, convém relembrar o seu texto:

"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."
("O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das

peças de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.")

A necessidade desta norma não ter uma interpretação literal e sem restrições foi sentida muito cedo. Por isso, a Jurisprudência Norte-Americana criou um critério que permitia o seu afastamento: quando se verificasse um “clear and present danger”.

Originalmente, este critério, que era aplicado de forma mecânica, permitiu responder a algumas questões durante largos períodos de tempo, sobretudo no séc. XIX e primeira metade do século XX.

Posteriormente, o Supreme Court dos Estados Unidos superou a mecanicidade deste conceito através de um conjunto de decisões, onde a ponderação (balancing) aparece como o método de decidir qual dos direitos fundamentais prevalece no caso concreto.

As teses norte-americanas sobre a liberdades de expressão, seguem fundamentalmente dois modelos básicos: a tese do “mercado de ideias” e a tese do paradigma do autogoverno democrático¹.

A tese do “Marketplace of ideas”, também conhecida como Holmesiana, por um dos seus maiores defensores ter sido o juiz Oliver Wendell Holmes, defende que as ideias competem entre si em busca da sua aceitação pela comunidade, até uma prevalecer como fundamento da liberdade de expressão. É um processo evolucionário, em que a liberdade de expressão é um bem em si próprio, não dependendo de resultados económicos, sociais ou políticos.

A tese do paradigma do autogoverno democrático teve como principal teórico Alexander Meiklejohn, e defende que a liberdade de expressão garantida pelo primeiro aditamento existe fundamentalmente para facilitar o autogoverno democrático (logo, não é um valor à se stante), logo, nem todas as opiniões devem ou podem ser ouvidas, mas que tudo o que merece ser ouvido deve ser dito (“that everything worth saying shall be said”²).

¹ Krotoszynski, Ronald J. Jr., in *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective*, ed. New York University Press, 2006, págs. 14 e ss.

² Meiklejohn, Alexander, in *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, ed. 1960, pág. 26, apud Krotoszynski, Ronald J., Jr., *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective*, New York and London, ed. New York University Press, 2006, pág. 15.

O Supreme Court nunca tomou uma posição definitiva sobre o dissêndio teórico, mas a maior parte das suas decisões acabaram por abraçar a tese Holmesiana¹. O Tribunal acabou por aceitar a liberdade de expressão como fundamento de decisão numa grande variedade de domínios, desde o evidente discurso político, mas abrangendo também questões comerciais como os limites da publicidade, editoriais como o direito a publicar material pornográfico, etc.. Vejamos algumas dessas decisões históricas, que ilustram esta evolução.

O primeiro caso sobre o qual nos vamos debruçar é o da *American Communications Association vs Douds*, de 08/05/1950. A questão que se pôs neste caso foi a de saber-se se os membros da direção dos sindicatos podiam ser obrigados a declarar que não eram membros do Partido Comunista Americano e de que não defendiam o derrube violento do Governo Federal dos Estados Unidos, sob pena de que se não o fizessem veriam o sindicato em causa excluído da proteção da *National Labor Relations Act*. Os dirigentes sindicais recusaram-se a fazer essa declaração. O Supreme Court entendeu que a obrigação de fazer a declaração não ofendia a primeira emenda. Os apelantes requereram a aplicação do princípio do “clear and present danger” à legislação para apreciar a sua conformidade, mas o Tribunal (Juiz Vinson) recusou a sua aplicação mecânica e defendeu um “balancing test”, nos seguintes termos:

“In essence, the problem is one of weighing the probable effects of the statute upon the free exercise of the right of speech and assembly against the congressional determination that political strikes are evils of conduct which cause substantial harm to interstate commerce and that Communists and others identified by § 9(h) pose continuing threats to that public interest when in positions of union leadership. We must, therefore, undertake the "delicate and difficult task to weigh the circumstances and to appraise the substantiality of the reasons advanced in support of the regulation of the free enjoyment of the rights"2.

Também me parece defender esta ideia de ponderação a declaração do Juiz Jackson, onde ele defende que a ponderação entre liberdade e autoridade é uma tarefa inesgotável da atividade judicial. Foram estas as suas palavras:

“The task of this Court to maintain a balance between liberty and authority is never done, because new conditions today upset the equilibriums of yesterday. The seesaw between freedom and power makes up most of the history of governments, which, as Bryce points out, on a long view, consists of repeating a painful cycle from anarchy to tyranny and back again. The Court's day-to-day task is to reject, as false, claims in the name of civil liberty which, if granted, would paralyze or impair authority to defend existence of our society, and to reject, as false, claims in the name of security which would undermine our freedoms and open the way to oppression. These are the

¹ Krotoszynski, cit., pág. 21.

² O texto integral pode ser lido em <http://supreme.justia.com/us/339/382/case.html#F3/15>

competing considerations involved in judging any measures which government may take to suppress or disadvantage its opponents and critics”).

Uma outra decisão onde a ponderação aparece como método, foi o processo *Dennis vs United States*. Neste processo, o Tribunal decidiu que *Dennis* (secretário-geral do Partido Comunista dos Estados Unidos) não tinha o direito de liberdade de expressão protegido pela primeira emenda, se esse exercício estava em linha com uma conspiração para derrubar o governo. A decisão baseou-se ainda no princípio do “clear and present danger”, como se pode ler na sua parte decisória¹, mas o Tribunal deixou de defender uma aplicação mecânica deste critério, passando a defender que a sua aplicação depende de uma avaliação (“In each case, [courts] must ask whether the gravity of the *evil*, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger”).

O Juiz *Frankfurter*, neste processo, expõe a ponderação efetuada em termos, que se me afiguram defender uma análise casuística para resolver os casos judiciais:

“Our judgment is thus solicited on a conflict of interests of the utmost concern to the wellbeing of the country. This conflict of interests cannot be resolved by a dogmatic preference for one or the other, nor by a sonorous formula which is, in fact, only a euphemistic disguise for an unresolved conflict. If adjudication is to be a rational process, we cannot escape a candid examination of the conflicting claims with full recognition that both are supported by weighty title-deeds”).

No processo *New York Times Company vs Sullivan*, em 1964, o *Supreme Court* proferiu uma decisão de verdadeiro definitional balancing ao criar uma verdadeira regra jurídica: “Um Estado não pode, sob o primeiro e décimo quarto aditamentos, conceder uma indemnização a um funcionário público em virtude de falsidade difamatória relacionada com a sua conduta oficial a menos que ele prove que houve intenção maliciosa – que a declaração fora feita com conhecimento da sua falsidade ou com despreocupação sobre se a mesma era verdadeira ou falsa (“*A State cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves "actual malice" -- that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false*”)². O grande interesse desta decisão, e que aparentemente é contrária à declaração do Juiz *Frankfurter* referida no caso anterior, é que o Tribunal não se limitou a resolver aquele caso concreto, mas criou uma regra interpretativa para todos os casos idênticos futuros.

¹ O texto integral pode ser lido em <http://supreme.justia.com/us/341/494/case.html>

² O texto integral pode ser lido em <http://supreme.justia.com/us/376/254/case.html>

No processo *Elrod vs Burns*¹ levantava-se a questão de se poderem dispensar funcionários públicos apenas com base no critério da sua filiação partidária, o que era uma prática corrente até então, tendo o Tribunal concluído, através de um processo de ponderação, que esta prática podia ofender o primeiro aditamento.

No processo *Roe vs Wade*, de 22/01/1973, famoso por ter legalizado o aborto, o Tribunal fez uma ponderação entre o interesse do Estado em preservar a saúde da grávida e o interesse em preservar a vida humana, tendo concluído que no princípio o primeiro prevalecia, mas à medida que o feto ia crescendo, o seu direito ia aumentando, até que aos 3 meses de vida se tornava prevacente. Disse-se neste histórico Acórdão:

“In view of all this, we do not agree that, by adopting one theory of life, Texas may override the rights of the pregnant woman that are at stake. We repeat, however, that the State does have an important and legitimate interest in preserving and protecting the health of the pregnant woman, whether she be a resident of the State or a nonresident who seeks medical consultation and treatment there, and that it has still another important and legitimate interest in protecting the potentiality of human life. These interests are separate and distinct. Each grows in substantiality as the woman approaches term and, at a point during pregnancy, each becomes "compelling." With respect to the State's important and legitimate interest in the health of the mother, the "compelling" point, in the light of present medical knowledge, is at approximately the end of the first trimester. This is so because of the now-established medical fact, referred to above at that, until the end of the first trimester mortality in abortion may be less than mortality in normal childbirth. It follows that, from and after this point, a State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health. Examples of permissible state regulation in this area are requirements as to the qualifications of the person who is to perform the abortion; as to the licensure of that person; as to the facility in which the procedure is to be performed, that is, whether it must be a hospital or may be a clinic or some other place of less-than-hospital status; as to the licensing of the facility; and the like. This means, on the other hand, that, for the period of pregnancy prior to this "compelling" point, the attending physician, in consultation with his patient, is free to determine, without regulation by the State, that, in his medical judgment, the patient's pregnancy should be terminated. If that decision is reached, the judgment may be effectuated by an abortion free of interference by the State. With respect to the State's important and legitimate interest in potential life, the "compelling" point is at viability. This is so because the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother's womb. State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother. Measured against these standards, Art. 1196 of the Texas Penal Code, in restricting legal abortions to those "procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother," sweeps too broadly. The statute makes no distinction between abortions performed early in pregnancy and those performed later, and it limits to a single reason, "saving" the mother's life, the legal justification for the procedure. The statute, therefore, cannot survive the constitutional attack made upon it here”².

¹ O texto integral pode ser lido em <http://supreme.justia.com/us/427/347/case.html>

² O texto completo pode ser lido em <http://supreme.justia.com/us/410/113/case.html> .

No processo *New York vs Ferber*, de 04/07/1982, o Tribunal decidiu aceitar em determinadas circunstâncias a criminalização da distribuição de pornografia infantil, porque entendeu que as vantagens da proibição superavam os danos resultantes das limitações ao primeiro aditamento¹.

No processo *Tennessee vs Garner*, de 27/03/1985, estabeleceu-se que o uso de força letal por parte de autoridades policiais só era possível exceto se necessária para prevenir a fuga do criminoso e o agente tenha causa provável (“probable cause”) para acreditar que o suspeito constitui um perigo relevante de morte ou ameaça de lesão física grave para si ou outros².

Estes processos são exemplos de ponderações de bens feitas pelo Supreme Court Norte-Americano. As suas conclusões e as suas técnicas podem ser usadas por nós, mesmo advindo de um sistema jurídico diferente.

2.1.4. A experiência Alemã.

Descrição do contributo alemão, quer teórico, quer com decisões de Tribunais Alemães.

Na Alemanha a discussão inicial foi fundamentalmente teórica. Desta discussão nasceram teorias internas como a da imanência, da limitação dos direitos fundamentais pelas leis gerais, ou externas e do “chamado pensamento de intervenção e limites”³.

Contudo, foi um conjunto de casos práticos que permitiu que a ponderação de bens assumisse um relevo essencial. O Tribunal Constitucional vai passar a aferir a constitucionalidade das normas pelos resultados obtidos (*Ergebniskontrolle*), e não pelos processos (*Verfahrenskontrolle*).

Entre eles, releva o processo *Luth*, cuja decisão data de 15 de janeiro de 1958.

Este processo começou quando um produtor de cinema alemão, Veit Harlan, que tinha feito vários filmes no período nazi, defendendo o regime, em especial um em que os

¹ O texto completo pode ser lido em <http://supreme.justia.com/us/458/747/case.html#753> .

² O texto completo pode ser lido em <http://supreme.justia.com/us/471/1/case.html> .

³ Novais, cit., pág. 678.

judeus eram denegridos, chamado “Jud Sub” (1941), produziu um filme chamado “Amada Imortal” (1951). O filme foi objeto de vários protestos por parte da comunidade judaica e, Eric Luth, que presidia ao Clube de Imprensa, escreveu um manifesto contra o filme, exortando as pessoas a não irem vê-lo. O filme foi um fracasso de bilheteira. O produtor processou Eric Luth por danos e obteve ganho nas instâncias ordinárias. Luth recorreu para o Tribunal Constitucional Alemão que lhe deu razão,

O Tribunal Constitucional Alemão vai dar razão a Luth, com base em três ideias principais: primeiro, a de que os direitos fundamentais não se aplicam apenas às relações entre os cidadãos e o Estado, mas entre os próprios cidadãos; segunda, a que os direitos fundamentais exercem um efeitos irradiante sobre todo o sistema jurídico; terceira, que os valores e princípios tendem a colidir e, que a colisão de direitos só pode ser resolvida pela ponderação de bens.

No processo Apotheken, também de 1958, discutia-se a legitimidade de lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de novas farmácias a uma especial permissão da autoridade administrativa. Sustentou-se que o Tribunal não teria legitimidade para apreciar o caso, porque ele implicava a avaliação de uma lei, porquanto ele não estaria em condições de verificar a existência de uma alternativa e, ainda que isto fosse possível, de confirmar se a verificação dessa alternativa seria avaliável pelo legislador. O Tribunal recusou o argumento formal quanto à sua incompetência para proceder à avaliação dos atos legislativos, observando que a Constituição confiou-lhe a guarda dos direitos fundamentais em face do legislador e que, portanto, se da interpretação desses direitos decorre limitação para o legislador, deve o Tribunal dispor de condições para exercer essa fiscalização. Também a questão relativa à "liberdade de utilização de meios igualmente adequados" (Wahlzwischen mehreren gleichgeeigneten Mitteln) por parte do legislador haveria de levar em conta os planos ou níveis (Stufen) de exigência de proteção emanados dos próprios direitos fundamentais.

O Tribunal concluiu que (em resumo):

“a) que a liberdade de instalação de farmácias, em outros países com o mesmo standard civilizatório da Alemanha, não levou a uma efetiva ameaça da saúde pública (examinou-se em particular a situação existente na Suíça com base nos laudos apresentados pelos peritos designados);

b) que a liberdade de instalação de farmácias não levaria, necessariamente, a uma multiplicação ilimitada desses estabelecimentos, porquanto a decisão sobre a sua instalação ou não,

tendo em vista os elevados custos financeiros, passa por inevitáveis considerações de ordem econômica e análise de mercado;

c) que o temor revelado pelo legislador quanto à eventual impossibilidade de os farmacêuticos cumprirem seus deveres legais em razão da queda de sua capacidade financeira revelava-se igualmente infundada, uma vez que uma decisão pessoal economicamente equivocada não poderia servir de base para a decisão legislativa em apreço. Ademais, a tendência revelada no sentido da superação do modelo de farmácia de fabricação pelo de simples entrega de produtos acabados reduz a responsabilidade do farmacêutico e aumenta o seu tempo livre;

d) que a maior procura de medicamentos decorreria, segundo a opinião dos experts, fundamentalmente, das mudanças ocorridas nas condições de vida durante a guerra – subnutrição, estresses físico-emocionais –, não estando relacionada com a existência de múltiplos locais de venda de produtos farmacêuticos.

Assim, embora ressaltando que não poderia decidir sobre o sistema jurídico mais adequado para regular a matéria, concluiu o Tribunal que o modelo adotado pelo Estado da Baviera revelava-se incompatível com a liberdade de exercício profissional estabelecida na Lei Fundamental.

Resta evidente que, para afirmar a inconstitucionalidade do modelo legislativo consagrado, teve o Tribunal que infirmar a prognose estabelecida pelo legislador, quanto à possibilidade de uma multiplicação dos estabelecimentos farmacêuticos em razão da ausência de uma regulação restritiva. A manifesta inconsistência do prognóstico estabelecido pelo legislador ressaltava que a decisão adotada não protegia o interesse público, contendo, portanto, restrição incompatível com o livre exercício de atividade profissional. ¹

No processo "Kassenzahnarzt-Urteil", discutia-se a norma que estabelecia um numerus clausus, para a entrada de dentistas nas caixas de assistência, o que equivaleria, praticamente, a uma proibição de exercício profissional. O executivo argumentou que a norma pressupunha o perigo de que entrada ilimitada dos dentistas redundaria numa concorrência descontrolada, o que resultaria em redução dos rendimentos dos dentistas. A confirmar-se esse prognóstico, a própria existência das caixas de assistência ficaria ameaçada. O Tribunal não aceitou o argumento, defendendo, em resumo, o seguinte:

“A liberação da inscrição de dentistas nas caixas de assistência provocaria um aumento de odontólogos vinculados às caixas não superior a 12 %, o que não seria suficiente para afetar substancialmente os ganhos desses profissionais.

Na sua análise, anotou a Corte que 50% da população estava vinculada aos seguros de saúde. Se considerados os membros da família, cerca de 80% da população estaria submetida ao regime de seguro de assistência. Por isso, os dentistas, assim como os médicos, dependiam da vinculação às caixas de assistência.

Por outro lado, os números existentes em janeiro de 1959 demonstravam que existiam 28.742 dentistas estabelecidos como profissionais liberais. Desses, 24.286 estavam vinculados diretamente às caixas de assistência e 3.786 apenas às caixas complementares. Portanto, 84% dos consultórios estavam vinculados às caixas de assistência e 14% às caixas complementares. Em síntese, somente 2% dos profissionais liberais dessa categoria não estavam vinculados ao sistema de assistência direta ou complementar.

¹ Mendes, Gilmar Ferreira, in Revista Jurídica Virtual, vol. I, nº 8, ano 2000, retirado a 07/04/2011, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm

Em face desses números, a Corte concluiu que o livre acesso às caixas de assistência poderia quando muito elevar – na mais drástica das hipóteses – em não mais do que 4.500 o número de profissionais vinculados a essas instituições, o que não seria suficiente para causar uma redução significativa dos ganhos médios auferidos pela categoria ou um aumento significativo das despesas das caixas de assistência.

Assim sendo, não se vislumbavam razões de interesse público suficientes para restringir a liberdade de exercício profissional dos dentistas”.¹

Com base nesta fundamentação, o Tribunal entendeu que a restrição era incompatível com o princípio da liberdade de exercício profissional.

No processo Lebach, tudo começa quando foram mortos quatro soldados e tentada uma chantagem a um corretor. Um dos intervenientes do crime teve uma pena mais leve (6 anos) que os outros, por se ter entendido que a sua participação fora mais pequena. Quando chegou a 2/3 da pena, teve a possibilidade de obter liberdade condicional. Nessa altura, uma estação de televisão, a ZDF, tinha realizado um documentário sobre o crime, mostrando fotografias dos autores e os seus nomes. O interveniente em causa, que pretendia recomeçar a sua vida na cidade onde nascera, pediu que o filme fosse proibido, com base nos seus direitos de personalidade, o direito ao seu nome e o direito à sua imagem. Do lado da ZDF tínhamos o direito à liberdade de imprensa. O Tribunal Constitucional deu-lhe razão e proibiu a transmissão do filme.

Estes foram apenas alguns dos processos judiciais que marcaram a experiência germânica.

2.2.1. Teses Atuais.

O estado atual da doutrina nesta matéria.

A ponderação de bens aparece hoje como a mais eficaz ferramenta jurídica para resolver problemas de colisão de direitos. Pode-se defender que ela só deve ser aplicada em sede de direitos fundamentais, mas, na minha opinião, as suas virtualidades não se restringem a tal. Mesmo no domínio infraconstitucional, ela representa a solução quando temos de decidir, por exemplo, perante dois princípios jurídicos que, num caso concreto, são incompatíveis.

¹ Mendes, cit.

Como vimos supra, a primeira reação normal quando se está perante a necessidade de se fazer uma ponderação de bens, é fazê-la de forma casuística, apreciando o caso concreto.

Assim foi também em Portugal. Tal pode ser visto, por exemplo, no Ac. da RL de 01/10/20091, onde se pode ler:

“Para resolução do aludido conflito de direitos, haverá, pois, que recorrer, ao nível da lei ordinária, ao aludido normativo que estipula que, caso sejam iguais os direitos em conflito ou da mesma espécie, deve cada um deles manter o seu núcleo principal, cedendo o estritamente necessário para que ambos produzam o seu efeito. Mas, se os direitos em questão forem desiguais ou de espécie diferente, deverá prevalecer aquele que for considerado superior.

Assim, e em abstrato, a hierarquização dos direitos eminentemente pessoais, como são os que afetam a personalidade, sempre levaria a sobrevalorizar este em detrimento do direito de propriedade.

Entende-se, todavia, que sendo embora de respeitar a real prevalência dos direitos de personalidade relativamente ao direito de propriedade, fruto da hierarquia decorrente, designadamente, das normas constitucionais, essa hierarquia não é absoluta, havendo que sopesar a realidade factual em concreto, tendo em consideração que o direito hierarquicamente inferior – neste caso, o direito de propriedade - deve ser respeitado até onde for possível e apenas deve ser limitado na exata proporção em que isso é exigido pela tutela razoável do conjunto principal de interesses. É que, como refere CAPELO DE SOUSA, ob. cit., 547, em caso de conflito entre um direito de personalidade e um direito de outro tipo, a respetiva avaliação «abrange não apenas a hierarquização entre si dos bens ou valores do ordenamento jurídico na sua totalidade e unidade, mas também a deteção e a ponderação de elementos preferenciais emergentes do circunstancialismo fáctico da subjetivação de tais direitos, maxime, a acumulação, a intensidade e a radicação de interesses concretos juridicamente protegidos. Tudo o que dará primazia, nuns casos, aos direitos de personalidade ou, noutros casos, aos com eles conflituantes direitos de outro tipo». Urge, portanto, averiguar se, no caso concreto, a prevalência de um direito relativo à personalidade não resulta em desproporção inaceitável, visto que, como antes ficou dito, o sacrifício e limitação do direito considerado inferior – direito de propriedade - deverá apenas ocorrer na medida adequada e proporcionada à satisfação dos interesses tutelados pelo direito dominante. Para o efeito, importa lançar mão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, há que sopesar a adequada proporção entre os valores em análise, aquilatando em que medida é que o sacrifício que se impõe ao titular de um direito se justifica face à lesão do outro, vedando-se o uso de um meio intolerável para quem é afetado pela medida restritiva.”

A ponderação nos termos feitos pela corrente do ad hoc balancing tem, na minha opinião, um defeito inultrapassável. É que de cada vez que o Juiz vai fazer a ponderação, ele parte do zero. Ou seja, todos os outros casos anteriores em que houve ponderação não lhe podem ser úteis, porque não houve o estabelecimento de regras para o futuro. Não há uma evolução jurídica continuada e sistematizada. É como aquele velho exemplo da filosofia que distinguia o homem do tigre, dizendo que o homem pode aprender com as experiências dos

¹ Consultável in www.dgsi.pt .

seus antepassados, não necessitando de as repetir, por força da educação, ao passo que o tigre tem de percorrer exatamente os mesmos passos dos seus antepassados, por não ter outra maneira de aprender.

Tenho pois para mim que o definitional balancing, é o caminho a percorrer.

Dentro do definitional balancing podem ainda ver-se duas correntes. Uma que defende que apartir de um caso concreto se podem ou devem criar regras para o futuro (como fez o Supreme Court no processo *New York Times Company vs Sullivan*, supra referido). Outra, que defende a criação prévia de um sistema lógico ao qual a ponderação de bens será submetida sempre que houver um conflito normativo não resolúvel por normas de conflitos, que veremos infra.

O primeiro é próprio de um pensamento do sistema do case law. O segundo será mais familiar para os juristas do sistema continental. Afigura-se-me que um sistema misto, em que devemos partir do segundo para criar estruturas de raciocínio, complementadas pela primeiro que permita a criação de regras jurisprudenciais para oferecer maior segurança ao sistema, será o desejável e o por mim defendido.

2.2.2. Tese de Alexy: a fórmula do peso.

Explicação da fórmula do peso de Robert Alexy.

De entre os defensores da ponderação de bens, pela sua importância, pelas conclusões e teses defendidas, avulta hoje o nome de Robert Alexy.

Todos recordamos que classicamente a diferença entre princípios e regras, era que os princípios constituíam conceitos gerais e abstratos, e as regras eram normas específicas e concretas. O critério mais seguido era o da generalidade, embora houvesse outros.¹

Com Robert Alexy esta conceptologia muda radicalmente. Alexy também parte da divisão da norma jurídica entre regras e princípios¹. Mas, para ele, enquanto as regras são de

¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., 2008, tradução de Carlos Bernal Pulido, ed. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, pág. 65.

aplicação rígida, binária, ou se aplicam ou não (a sua aplicação faz-se pela subsunção), os princípios deixam de se distinguir por serem normas de uma ordem superior, para passarem a ser normas qualitativamente diferentes. Passam a distinguir-se das regras por serem elásticos, por poderem ser comprimidos, por poderem aplicar-se muito ou pouco. Quando dois princípios conflituam entre si, a aplicação depende de um trabalho de ponderação entre ambos. Um expande-se à custa do outro. Quando um se expande, ou outro comprime-se. Ele diz que os princípios são verdadeiros mandados de otimização (Optimierungsgebote). Por isso, os princípios passam a ter, consoantes as circunstâncias do caso concreto, uma aplicação maior ou menor dos seus comandos. Diz ele:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam por poderem cumprir-se em diferente grau e que a medida devida do seu cumprimento não só depende das capacidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das capacidades jurídicas determina-se por princípios e regras opostos.

Ao contrário, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por isso as regras contêm determinações no âmbito fáctico e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda a norma ou é uma regra ou um princípio”²

Já antes Ronald Dworkin defendera algo parecido, embora não tivesse a noção de mandados de otimização para os princípios. Disse este autor:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os factos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceite, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis opõe-se aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”³

Robert Alexy defende⁴ também que a ponderação de bens tem uma lei básica, a que chama a “*The first law of balancing*”. Exprime-a da seguinte forma: “quanto maior for o

¹ Alexy, cit.

² Alexy, cit, pág. 67.

³ Dworkin, cit., págs. 39 a 42.

⁴ Alexy, Robert, *On Balancing and Subsumption, a Structural Comparison*, in Ratio Juris, Vol. 16 No. 4 December 2003 (433–49).

*grau de insatisfação ou detrimento de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação de outro*¹.

Acrescenta: “A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três etapas. A primeira etapa envolve o estabelecimento do degrau de insatisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Isto é seguido pela segunda etapa na qual a importância da satisfação do princípio competidor é estabelecida. Finalmente, na terceira etapa estabelece-se a importância de satisfação do último princípio justifica o detrimento ou a não satisfação do primeiro²”.

Partindo desta lei, constrói a teoria da fórmula do peso, com base numa escala tripartida, atribuindo a cada um dos elementos da escala o valor de fraco, médio ou forte, para efeitos da ponderação.

A fórmula do peso leva em consideração três elementos. O primeiro, é a intensidade da interferência (I) sofrida pela prevalência do princípio oposto, o segundo a importância do direito (W), o terceiro a fiabilidade das assumpções (R). Na aplicação do critério da fiabilidade das assumpções enuncia a segunda lei da Ponderação, nos seguintes termos: “*Quanto mais forte for o peso da interferência com um direito constitucional, maior deve ser a fiabilidade das suas premissas*”.

A fórmula terá então assim a seguinte redação:

$$W_{ij} = (I_i \times W_i \times R_i) : (I_j \times W_j \times R_j) = a/b$$

A cada um dos elementos atribui-se um valor, consoante o classifiquemos de fraco, médio ou forte. O resultado final é uma fração (a/b), em que deve dar-se prevalência ao princípio que tenha obtido a maior pontuação. Para os valores de I e de W, a pontuação será assim respetivamente de 1, 2 ou 4. Para o valor de R a pontuação será de ¼, ½ ou 1. A prevalência será dada ao número da fração que seja mais alto.

Convém a meu ver fazer aqui uma precisão sobre a fiabilidade das assumpções, sob pena de se poder cair numa incongruência matemática: se a indecisão em I ou W for entre 2 ou 4 e optarmos por 4, então o R deve ser ½, mas se na mesma indecisão optarmos por 2 então o R deve ser pelo menos 1 sob pena de duplicação da penalização da fraqueza atribuída

¹ Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, tradução de Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, pág. 102 (1ª ed. Em Alemão, 1985).

² Alexy, *On Balancing and Subsumption, a Structural Comparison*, cit.

a I ou W. Ou seja, quando se fala na fiabilidade das assumpções, eu entendo que se deve falar na fiabilidade *mínima* das assumpções.

2.2.3. Críticas à fórmula do peso.

Descrição das principais críticas que têm sido endereçadas pela doutrina à fórmula do peso.

Várias críticas têm sido feitas a esta fórmula do peso, verdadeiramente revolucionárias, umas a defender a sua evolução, outras a negar a sua utilização.

Para Jan Sieckmann o critério da importância do direito deve ser concreto e não abstrato¹. Discordo desta variante, por se me afigurar que a relevância concreta não deve ser aferida em sede de importância do direito, mas em sede do grau de interferência sofrido por um direito fundamental pela aplicação do outro, ou seja, não em “W” mas em “I”.

Para Lars Lindhal², os números e as escalas usados são completamente arbitrários. Este autor defende embora as premissas estejam corretas, as suas teses devem ser usadas sem recurso a fórmulas matemáticas. Mais defende que a tese de Alexy está mais próxima do método da subsumção do que da ponderação.

Outro problema que costuma ser apontado à fórmula do peso é que ela só resolve problemas quando de cada lado da balança está um direito. Mas se a ponderação tiver de se fazer entre vários direitos de cada um dos lados ? Neste caso, a fórmula, pelo menos diretamente, não parece responder a esta dúvida.

Independentemente das críticas, será bom recordar que Alexy defende que o seu método não deve ser aplicado cegamente, ele acha que constitui antes uma forma de explicar a racionalidade da ponderação.

¹ Sieckmann, Jan, *Balancing, Optimisation, and Alexy's "weight Formula"*, in *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*, pág. 105.

² Lindghal, Lars, *On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing*, in *Liber Amicorum José de Sousa Brito*, pág. 365 e ss.

2.2.4. Exemplos de aplicação prática da fórmula do peso.

Testagem da fórmula do peso perante situações concretas.

Testemos agora a fórmula do peso pela sua aplicação a vários casos concretos. Os casos que escolhi para ilustrar a aplicação foram o caso Luth e o Lebach.

No caso Luth temos que (ficando no numerador a posição do direito de personalidade e no denominador a posição dos direitos económicos lesados):

$I_i = 4$ porque se os direitos económicos prevalecerem os direitos de personalidade serão completamente excluídos.

$W_i = 4$, atenta a importância dos direitos de personalidade no mundo contemporâneo.

$R_i = 1$, pois a fiabilidade das assumpções anteriores deve ser considerada forte.

$I_j = 2$, pois a prevalência dos direitos de personalidade provocam uma interferência de carácter médio nos direitos económicos em causa (pressupondo que o fracasso de bilheteira se deve apenas às críticas).

$W_j = 4$, atenta a importância dos direitos patrimoniais na sociedade atual.

$R_j = 1$, pois a fiabilidade das assumpções anteriores deve ser considerada forte.

Logo, a fração resultante será $16/8$, pelo que se chega à mesma solução do Tribunal.

Vejamos o caso Lebach, sendo o numerador a posição do detido e o denominador a posição da ZDF.

$I_i = 4$,

$W_i = 4$

$R_i = 1$

$I_j = 2$

$W_j = 4$

$R_j = 1$

Logo, a fração resultante será $16/8$, pelo que se chega à mesma solução do Tribunal.

Verificamos que nestes casos concretos pode-se não concordar com a pontuação atribuída nos diversos pontos da fórmula. Nesse caso, podemos discuti-la. Mas, esta é

exatamente a virtude do sistema: estamos a discutir pontos concretos e objetivos da ponderação. A discussão aparece assim muito mais objetivada.

2.3.1. Tese da Pirâmide de Maslow.

Apresentação de um sistema alternativo à fórmula do peso.

Vejamos agora um sistema alternativo ao de Alexy, por mim proposto.

Na minha opinião, o problema da ponderação de bens, não é de origem jurídica, mas humano e social.

É que se o direito visa satisfazer necessidades humanas, há que averiguar em que medida as satisfaz, quais e como.

Para avançarmos, temos de aceitar que é possível graduar a importância dos direitos fundamentais de acordo com a importância da necessidade humana que naquele caso concreto satisfazem. A prova deste pressuposto faz-se testando a tese em casos concretos.

2.3.2. Diferença entre princípios e regras.

Explicação da minha conceção que recusa a distinção entre princípios e regras.

Temos também de compreender, antes de avançarmos, que tenho das relações entre princípio e regras uma visão diferente da de Robert Alexy, embora parta da sua explicação e use o seu conceito de mandado de otimização, que é a meu ver, o único que consegue dar lógica ao sistema. Como vimos supra, este autor entende que as regras se aplicam ou não e, os princípios aplicam-se mais ou menos, conforme os casos. Eu entendo que quando os conflitos normativos não são resolúveis por regras de subsunção, o confronto não se faz entre uma regra e outra, ou entre uma regra e um princípio, ou entre dois princípios, mas, entre dois blocos normativos compostos cada um por regras e princípios. São dois conjuntos (compostos cada um por princípios jurídicos e regras que os especializam) que se digladiam, expandindo-se um à custa do outro, nos mesmos exatos termos que Alexy define a compressão e a

expandibilidade para os princípios (logo, para mim, nestes casos, as regras, tal como os princípios, podem ser comprimidas, umas vezes vão-se aplicar, outras não, outras só se aplicam parcialmente). É que na minha perspetiva (e aqui diferentemente de Alexy), a distinção entre os princípios e as regras jurídicas é para mim apenas uma questão de extensão de previsão normativa. Partimos dos princípios e, quando passamos para as regras, estamos apenas a aumentar o campo de previsão da norma. Vistas desta maneira, todas as normas jurídicas, de certa forma, pelo menos as de um bloco, estão entre si numa relação de especialidade. Por exemplo, a norma do princípio da liberdade de expressão (a todos, entre o fazer o que querem, está incluído o poderem exprimir o seu pensamento livremente) é especial em relação à norma do princípio geral de liberdade (todos podemos fazer o que quisermos). E a norma da liberdade de imprensa é especial em relação à norma da liberdade de expressão (todos os jornalistas podem exprimir livremente através dos meios de comunicação social o seu pensamento). E assim sucessivamente, até chegarmos às chamadas regras jurídicas. As regras estarão para os princípios apenas numa situação de especialidade. São apenas normas especiais relativamente a eles. Daí que em última instância, acabe por se esbater (rectius, desaparecer) a diferença entre princípios e regras. Esta conceção não se confunde com a visão clássica, não é a mesma coisa sob outras roupagens, pois nesta a separação entre princípios e regras era bastante nítida. É uma visão do direito como um puzzle. Como um quadro composto por um conjunto de delicados mecanismos de relojoaria, cada um com diversos andares, mas todos interligados entre si, de forma que um minúsculo movimento de uma pequena roda dentada vai ter consequências em todo o ordenamento. Para mim, não existem normas jurídicas de per si, que existam à se stante. Todas as normas fazem parte de um delicado ecossistema, que muda como um todo quando muda a mais ínfima das suas partículas. A visão do sistema jurídico como um conjunto integrado em que não é possível distinguir entre princípios e regras começa já a ser defendida por parte da doutrina. Diz por exemplo a este respeito Alfonso Garcia Figueiroa¹:

“Com o seguinte exemplo desejaria realçar que não é necessário recorrer a uma distinção forte entre regras e princípios para levar adiante o programa neoconstitucionalista, mas pelo contrário. É verdade que os neoconstitucionalistas, que aliás são os defensores mais influentes do argumento dos princípios, defendem uma distinção mais ou menos forte entre regras e princípios (eles

¹ Figueiroa, Alfonso Garcia, *Neoconstitucionalismo y Ponderación*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2009, pág. 83.

acreditam que as regras e os princípios são categorias mutuamente excludentes e conjuntamente exaustivas do gênero da norma), mas a mim parece-me que essa distinção forte é, apesar das aparências, incompatível com uma compreensão neoconstitucionalista do direito. Mais, creio que é precisamente a dinâmica própria dos ordenamentos constitucionalizados que invalida a distinção forte entre regras e princípios, no sentido de que num Estado Constitucional não podem existir regras.

Por outro lado, parece-me que a distinção entre regras e princípios só contribui para manter no imaginário da dogmática a ilusão de que existem propriamente regras, o qual, insisto, é particularmente duvidoso no Estado Constitucional. Se assumimos uma posição genuinamente neoconstitucionalista, não existem nos ordenamentos constitucionalizados regras propriamente ditas. A distinção entre regras e princípios é problemática em dois sentidos. O primeiro é – já o avancei – que o binómio regras/princípios que surge aparentemente para invalidar uma visão formalista do direito, paradoxalmente a reforça, porque para assegurar a autonomia da categoria dos princípios, os defensores da tese forte da separação entre regras e princípios vêm-se obrigados a reforçar também por contraste o conceito de regra, caracterizando estas em termos ultra formalistas. Ele resulta particularmente surpreendente quando avisamos que a distinção entre regras e princípios nasceu para se compreender melhor o funcionamento do direito nos Estados constitucionais. Paradoxalmente, o Direito constitucionalizado demonstra mais claramente que essa distinção forte entre regras e princípios não é adequada, porque contribui em última instância a reforçar uma conceção legalista do direito”.

2.3.3. Explicação da tese da pirâmide de Maslow.

Maslow entendia que “*as necessidades humanas estavam numa hierarquia. Representou esta conceção através de uma pirâmide em que, na base, estariam as necessidades fisiológicas e, no cume, as necessidades mais elevadas que seriam de autorrealização*”¹. Entendia ele que na busca de satisfação das suas necessidades, uma pessoa só passa de um escalão inferior para um escalão superior quando o inferior está satisfeito.

A pirâmide começou com cinco escalões, mas na fase mais elaborada da sua teoria Maslow propôs oito²:

A primeira constitui as necessidades fisiológicas e reportam-se a questões de sobrevivência: a alimentação, o respirar, a necessidade reprodutiva.

O segundo é composto pelas necessidades de segurança, ou manutenção do que se tem, como segurança física, financeira, saúde, económica.

¹ Monteiro, Manuela, e Santos, Milice, *Psicologia*, 2^o vol., Porto Editora, pág. 113.

² Gleitman, Henry, *Psicologia*, Fundação Calouste Gulbenkian, 5^a ed., pág. 931.

O terceiro são as necessidades de associação, tais como a amizade, a família, as organizações a que se adere (clubes, partidos políticos, gangues).

O quarto são as necessidades de estima, que abrangem quer um desejo de realização pessoal elevado, quer o desejo de reconhecimento pelos outros das suas qualidades e da sua capacidade em atingir esse patamar elevado.

O quinto são as necessidades cognitivas, como a necessidade de conhecimento, de inovação.

O sexto são as necessidades estéticas.

O sétimo são as necessidades de realização pessoal ou autorrealização.

Por último, Maslow falava em necessidade de experiências-limite, escalão que se me afigura de pouca importância para as questões jurídicas em análise.

A primeira opção que temos de tomar é o número de degraus com que vamos erigir o nosso sistema. Tenho a percepção que oito escalões é um número excessivo e que resultará em divisões artificiosas das necessidades humanas a satisfazer para efeitos da nossa classificação. Parece-me assim preferível, para efeitos jurídicos, trabalharmos com as cinco divisões da versão original: necessidades de fisiológicas ou de sobrevivência, necessidades de segurança, necessidades de afeto e pertença, necessidades de estima e, necessidades de autorrealização.

Ou seja (e esta é apenas uma das interpretações possíveis da pirâmide de Maslow, sendo discutível a qualificação de cada uma das necessidades em cada um dos respetivos escalões, v.g., é discutível se a moradia faz parte do 1º ou segundo escalão, sendo minha opinião que deve ser inserida no 2º escalão) 1

¹ Exemplo de uma pirâmide de maslow criada por Cláudio Domingos, retirada em 05/01/2012, in <http://www.google.pt/imgres?q=pir%C3%A2mide+de+maslow&hl=pt-PT&biw=1120&bih=533&gbv=2&tbn=isch&tbnid=b99GYK1BO4G-fM:&imgrefurl=http://www.conexaorh.com.br/artigo15.htm&docid=q5yPHJWZRGn0cM&imgurl=http://www.conexaorh.com.br/images/piramide.gif&w=514&h=310&ei=yvj7Ts38JY-r8QPv1NXEQ&zoom=1&iact=rc&dur=156&sig=113571013000868899359&page=1&tbnh=142&tbnw=236&start=0&ndsp=9&ved=1t:429,r:6,s:0&tx=115&ty=81>



A primeira crítica a esta teoria é que, evidentemente, ela não se aplica uniformemente a todas as pessoas. Há pessoas que põem necessidades estéticas à frente de necessidades de associação ou de segurança. Há pessoas que dão a vida por outros, pela honra ou pelo Estado. Há presos políticos que fazem greve de fome até morrerem. Por outro lado, o ser humano não busca exclusivamente uma de cada uma dessas necessidades autonomamente. Na vida, todas as pessoas buscam satisfazer simultaneamente vários graus de necessidade, sem que se possa dizer que as necessidades de um patamar inferior estão todas integralmente, sem reservas, satisfeitas.

Não obstante, afigura-se-me que o critério é tendencialmente correto e consegue explicar muitos comportamentos.

As necessidades primárias também não necessitam de estar integralmente satisfeitas para se passar para um nível superior. Também aqui podemos ver uma elasticidade das necessidades, havendo contudo certamente um núcleo irreduzível que enquanto não for satisfeito não nos permite subir de nível.

Acresce que o que se pretende não é uma verdade absoluta para todos os indivíduos em todas as situações, mas um critério aceite como válido na generalidade das situações, pela generalidade dos cidadãos.

Há outras críticas à tese de Maslow, mas prendem-se com questões metodológicas, tais como os exemplos das pessoas que ele escolheu para concluir que todos aspiramos a uma realização pessoal e que as pessoas pessoalmente realizadas não são agressivas. Trata-se de

um aspecto particular da teoria de Maslow, onde me parece que os críticos podem ter razão, mas cujas conclusões não são aqui relevantes para o efeito pretendido, porque essa parte da tese de Maslow é irrelevante para o nosso trabalho.

Todos percebemos intuitivamente que o direito fundamental à imagem não pode sobrepor-se ao direito fundamental à vida. Mas, isso não vem, pelo menos diretamente, na Constituição. A Constituição não fornece nenhum critério de hierarquia de direitos fundamentais. Então, como e porque dizemos que, para efeitos de Julgamento pela comunidade, a vida é mais importante que a imagem ? Acho que não se comete nenhuma heresia se se disser que a integridade moral ou física de uma pessoa será em princípio menos importante que a integridade da sua vida, mas a CRP trata exatamente pelas mesmas exatas palavras as duas (artsº 24 e 25). E diariamente, sacrificamos uma por causa de outra: por exemplo, a noção de consentimento presumido nos casos de intervenção cirúrgica urgente.

Se aferirmos a importância dos direitos fundamentais pela necessidade que naquele caso concreto ele satisfaz, já temos então um critério objetivo. Por exemplo, já está justificado constitucionalmente o consentimento presumido.

Esta solução vem tentar responder a um problema constitucional que os civilistas não sentiram muito: As teses sobre a tutela da personalidade, baseadas no artº 70 do Código Civil, bem antes da Constituição de 1975, sempre resolveram com razoável à vontade o problema do conflito de direitos de tutela dos vários aspetos da personalidade. E já o critério da ponderação (dos interesses, ainda não dos bens) em causa (a par da natureza do bem em causa, das exigências da vida em comum e do consentimento do lesado) era usado para, perante condições concretas, admitir restrições ao direito geral de personalidade. O que com esta minha hipótese pretendo fazer é trazer um elemento de lógica interna ao direito constitucional e ao sistema de restrições dos direitos fundamentais, oferecendo um critério objetivo de resolução para o conflito de direitos.

Outro problema que aqui se levanta é como decidir quando os dois direitos em conflito estão no mesmo patamar. Afigura-se-me que neste caso a solução adequada será dar prevalência ao que for mais sacrificado se a opção for pelo oposto, ou, como diz Alexy, graduar pela intensidade de interferência.

Devo ainda fazer a advertência que considero existirem uma série de conflitos normativos (a nível da aplicação dos princípios jurídicos) que se me afigura que a minha tese não resolve. Ela destina-se apenas aos direitos fundamentais.

2.3.4. Hierarquia absoluta ou relativa.

Chegados a este ponto, uma questão se levanta: os direitos que satisfazem necessidades mais próximo da base da pirâmide sobrepõem-se sempre sobre os direitos que satisfazem necessidades de um degrau mais alto da pirâmide ?

A questão põe-se com mais acuidade quando estão em jogo interesses de uma multiplicidade de sujeitos contra um único. Por exemplo, os direitos de segurança de toda uma comunidade devem ceder perante o direito à vida de uma única pessoa ? Ou o direito à honra de um elevado número de pessoas deve ceder perante o direito à segurança de uma única ?

Por razões quer de coerência do sistema, quer de garantia para todos os cidadãos, defendo que sim.

O que por vezes haverá são decisões com motivação não jurídica, v. g. política, que podem explicar decisões em contrário do que defendo. Por exemplo, deve um Estado pagar um resgate de um refém a um grupo terrorista ? Aparentemente, de acordo com a Pirâmide de Maslow, se a sobrevivência é a necessidade fundamental, temos de responder que sim. Mas, se dissermos que sim, não estamos a por em risco a vida de todos os demais cidadãos ? E esta objeção, é jurídica ou política ?

Se se entender como digo, esta hipótese poderá funcionar a par da fórmula do peso de Alexy. Ou, pode ajudar a solucionar um dos problemas da fórmula, o da dificuldade da ponderação quando estão em causa de um dos lados mais do que um direito fundamental, ao eliminar da equação da ponderação de bens todos os direitos menos importantes que aqueles de grau mais próximo da base, reduzindo e simplificando o universo da ponderação. Pode ainda servir para, no caso da fórmula do peso, ajudar a classificar a importância (concreta ou abstrata) do direito.

2.3.5. Subsunção de várias condutas a cada um dos escalões da pirâmide de Maslow.

Vejamos algumas subsunções possíveis de direitos a cada um dos escalões, a fim de começarmos a concretizar a ideia.

No primeiro escalão, em que estão em causa necessidades fisiológicas ou de sobrevivência, deve ser integrado em primeiro lugar o direito à vida, bem como por exemplo o direito a constituir família. O direito à integridade física só deve ser integrado neste escalão se a sua violação se refletir no direito à vida, pois em caso contrário deve ser integrado no segundo escalão.

No segundo escalão, em que estão em causa necessidades de segurança, devem ser integrados direitos gerais de liberdade, ou expressões deste, como a liberdade de expressão, liberdade de imprensa, o direito ao habeas corpus, bem como o direito de propriedade privada.

No terceiro escalão, em que estão em causa necessidades de afeto e pertença, devem ser integrados direitos como a reserva da intimidade da vida privada e familiar, a proteção contra quaisquer formas de discriminação, liberdade de religião, de reunião, de manifestação, de participação na vida pública, de associação.

No quarto escalão, em que estão em causa necessidades de estima, devem ser integrados direitos como a liberdade de aprender e de ensinar, de imagem, de reputação.

No quinto escalão, em que estão em causa necessidades de autorrealização, devem ser integrados direitos como a liberdade de criação cultural.

Esta integração destes direitos nestes escalões é meramente indicativa ou exemplificativa. Não só não é taxativa, como não pode ser definitiva. É apenas um ponto de partida, porque é abstrata, quando o que se pretende com este critério é que ele seja concreto. Ou seja, um determinado direito, numa determinada circunstância, pode ser integrado num escalão e noutra circunstância o mesmo exato direito pode ser integrado noutro, dependendo da necessidade humana que satisfaz no caso concreto. Por exemplo, o direito de manifestação em geral, em princípio cabe no terceiro escalão, como caberá por exemplo uma manifestação de um partido político em normal campanha eleitoral, mas uma manifestação de moradores a exigir mais policiamento para um determinado bairro, poderá cair no segundo escalão, porque

estão em causa questões de segurança. São os moldes do caso concreto que vão definir em que escalão deve ser subsumido o direito.

Há situações em que a mesma conduta pode ser abstratamente cindida em aplicação de vários direitos. Ou seja, uma mesma conduta satisfaz ao mesmo tempo várias necessidades. Para efeitos da nossa ponderação, devemos atender à necessidade de valor mais elevado.

Há casos de conflitos em que os direitos em confronto satisfazem necessidades de igual grau. Se não pudermos dizer que uma das necessidades humanas a satisfazer é mais importante do que outra, então, entendo que nestes casos a solução passa por aferir qual das soluções mais satisfaz o conjunto das necessidades humanas em causa ou, se uma delas afasta de modo intolerável a satisfação de uma das necessidades.

2.3.6. Testagem da tese em casos concretos.

Vamos testar esta minha solução com casos concretos, os mesmos que usamos para a fórmula de Alexy.

2.3.6.1. Primeiro caso: Acórdão Luth.

No processo Luth, o direito do Sr. Luth é um direito à liberdade de expressão, que entendo dever ser integrado no segundo escalão (necessidades de segurança). O direito do cineasta é um direito de proteção económico, pelo que deve ser integrado também nas necessidades de segurança. Estamos perante um caso em que entendo que os dois direitos estão no mesmo patamar. Então, temos nesta hipótese de fazer funcionar a regra da intensidade da interferência. Se sacrificarmos a liberdade de expressão, a interferência será total. No caso inverso, isso não ocorrerá. Assim sendo, deve dar-se prevalência ao direito de liberdade de expressão. É interessante notar que neste caso, o que permite resolver o conflito é exatamente a mesma regra que na fórmula de Alexy também faz a diferença.

2.3.6.2. Segundo Caso: Acórdão Lebach.

No processo Lebach, aparentemente, temos de um lado o direito à imagem e do outro o direito à liberdade de imprensa. Só que a liberdade de imprensa, para ser satisfeita, não necessita de exhibir a imagem do condenado. A exibição da imagem satisfaz apenas

interesses de voyeurismo, integráveis no último escalão. Daí que a solução dada pelo Tribunal alemão se mostre à primeira vista justificada à luz da pirâmide. Contudo, entendo que o Tribunal não decidiu corretamente. Bastava afastar o elemento em causa. Afigura-se-me que a decisão correta seria dar prevalência ao direito de liberdade de expressão expurgado da imagem do condenado. Assim, o direito à imagem, do quarto escalão, não seria afetado pelo direito à liberdade de imprensa, do segundo escalão, pelo que os dois poderiam conviver perfeitamente. Ou seja, a decisão judicial devia ter sido a de permitir a exibição do filme, mas sem autorizar imagens do sujeito em causa. Serve este exemplo para chamar a atenção que muitos casos de aparente conflito de direitos fundamentais, são apenas aparentes, e devem-se a uma eventual dificuldade de integração das condutas.

2.3.6.3. Conclusão sobre a tese proposta.

Estes exemplos e a solução que lhes dei podem não ser pacíficos, mas podemos discutir os fundamentos da solução de forma objetiva. E este parece-me ser um dos méritos da proposta: permite a qualquer pessoa, mesmo não jurista, discutir a solução jurídica de um caso concreto. Quero também chamar a atenção que a solução obtida por este método não pode ser aplicada acriticamente. Como dizia Manuel de Andrade, se um brilhante raciocínio jurídico nos levar a um resultado absurdo, é o raciocínio que está errado. Se a aplicação desta tese num caso concreto nos levar a um resultado absurdo, temos ou de a afastar (nesse caso concreto), ou, em última instância, repensar a sua validade. Esta tese, tal como a da fórmula do peso de Alexy, destina-se não apenas a fazer uma ponderação, a fornecer um meio de fazer a ponderação, mas também a fundamentar a referida ponderação de forma lógica e objetiva, a demonstrar a bondade das soluções obtidas pela ponderação.

2.3.7. Vantagens da tese defendida.

Em primeiro lugar, como já disse, ela fornece um critério cuja discussão é suscetível de ser objetivada.

Em segundo lugar, pode ajudar a justificar as restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Se por exemplo, em caso de grave epidemia de

uma doença letal facilmente propagável, for publicada uma norma que obrigue toda a população a vacinar-se, esta norma constitui obviamente uma violação de um direito fundamental, com expressão constitucional, o direito à integridade física de quem não quer vacinar-se. Ora, a percepção desta norma infraconstitucional como a satisfação de uma necessidade de primeiro grau, de sobrevivência, será justificada pelo direito fundamental à vida. Nesta tese, a colisão não será assim entre a norma infraconstitucional que fixa a obrigatoriedade de vacinação e o direito constitucional fundamental à integridade física, mas entre o bloco da norma constitucional fundamental do direito à vida interpretada nos termos da norma infraconstitucional que obriga à vacinação, de um lado e, o direito constitucional fundamental à integridade física do outro. Ou seja, a minha proposta de interpretação da forma das limitações aos direitos fundamentais do artº 18 da CRP, através da ponderação de bens, é que só se deve aferir da constitucionalidade de uma restrição dentro do bloco das necessidades que pretende satisfazer. Se conflitar com outro bloco ou mais restritamente com outro direito fundamental, a ponderação deve ser feita entre os dois blocos ou entre um bloco e o outro direito fundamental.

Em terceiro lugar, é suficientemente elástica para permitir que o mesmo direito num determinado caso satisfaça uma necessidade e noutra outra.

Em quarto lugar, a sua adaptabilidade a culturas diferentes permite-lhe graduar os direitos de forma a refletir os problemas de cada uma das sociedades. Por exemplo, o direito à água dificilmente será considerado uma necessidade de primeiro grau nos países do Norte da Europa (pelo menos, por enquanto), atenta a sua abundância e, certamente por isso não consta do cardápio dos direitos fundamentais, que são essencialmente uma construção euro-americana. Mas, já constará certamente do mesmo catálogo de uma constituição da África subsariana, cujos juízes não terão especial dificuldade em graduá-la na base da pirâmide.

Em quinto lugar, permite ao direito acompanhar as mudanças da sociedade: se as necessidades mudam, muda também o degrau onde integramos os direitos.

Em sexto lugar, porque ao centrar a ponderação dos bens num campo não exclusivamente jurídico, permite que o raciocínio dos Juristas seja claro e perceptível para os cidadãos não juristas, legitima o direito e permite-lhe cumprir melhor a sua função social. A hipótese é simples e facilmente apreensível por qualquer pessoa.

2.3.8. Crítica à tese e possíveis respostas.

Em primeiro lugar, como disse, a hipótese não responde a um problema de uma colisão de direitos de importância similar, que estejam no mesmo degrau da pirâmide. Mas permite-nos, no caso concreto, pelo menos contextualizar a discussão e tentar diferenciar quer importâncias de direitos, mesmo que no mesmo patamar, quer graus de intolerabilidade de violação de direitos. Se os direitos estão no mesmo patamar, deve entrar em jogo a regra da intensidade da interferência.

Em segundo lugar, a hipótese não é verdadeira para todas as pessoas, em todas as circunstâncias. Mas como o que se pretende é a construção de um edifício jurídico que seja aceite pela generalidade da comunidade (e há muitas soluções jurídicas que não são pacíficas dentro da comunidade), ela valerá e será legitimada enquanto expressão da motivação e de explicação das opções da generalidade das pessoas.

Em terceiro lugar, pelo menos aparentemente, a hipótese é conservadora e reacionária em relação ao mundo. Ela parte do mundo como está, e fica-se pelo seu respeito. Não como devia estar. Não é uma hipótese jurídica de cuja aplicação resulte a mudança da sociedade. Mas também é verdade que é uma hipótese que consegue acompanhar essas mudanças, não é um elemento de estaticidade. Mais, como é maleável em função da cada caso concreto, a sua aplicação como um instrumento conservador ou progressista depende mais dos seus aplicadores do que dela própria. Como aliás, todas as normas jurídicas.

2.3.9. Comparação dos resultados obtidos pelos dois métodos.

Afigura-se-me que quer pela aplicação da fórmula do peso de Alexy, quer pela aplicação da pirâmide de Maslow, os resultados concretos a que vamos chegar serão muito parecidos ou mesmo idênticos. E isto confirma a validade e a força da ponderação de bens como solução para a resolução de conflitos normativos.

Os dois métodos têm inegavelmente facetas positivas comuns. Tornam a motivação da decisão jurídica transparente. Permitem que o percurso intelectual do Juiz seja cognoscível. Fornecem elementos de crítica para se poder atacar a decisão judicial. Balizam os termos da discussão. Os seus fundamentos passam a ser apreensíveis e contestáveis.

A tese de Alexy é certamente muito mais elaborada que a da pirâmide de Maslow. As suas soluções afiguram-se-me lógicas. Tem contra si o facto de ser de difícil apreensão. A sua aplicação do compreensão dificilmente será compreendida por não juristas. Mesmo por juristas, exige o conhecimento da sua mecânica para que os fundamentos das suas soluções possam ser compreendidos e aplicados.

A tese da pirâmide de Maslow é claramente mais simples. É mais intuitiva para o cidadão comum. Joga com conceitos e valores que todos intuimos e compreendemos. Permite que a decisão judicial seja integrada no íntimo de cada pessoa. Permite aos cidadãos aderirem aos seus fundamentos. Legitima mais o direito e o Juiz.

O futuro da ponderação depende do que vier a ser a prática judiciária nesta matéria. Existem evidentemente mais propostas de sistemas de ponderação da doutrina. Todas as teses estão sujeitas a melhoramentos e modificações. Várias podem até ser aplicadas simultaneamente, porque, como disse, não são soluções mecanicistas de problemas jurídicos, são formas de demonstrar a racionalidade da ponderação e permitir a sua discussão.

3. A ponderação de bens no Direito Administrativo.

3.1.A necessidade da ponderação de bens para resolver problemas de direito administrativo.

A ponderação como instrumento ao serviço do direito administrativo, como ferramenta utilizável por todos os operadores jurídicos que lidam com o direito administrativo e, não apenas os juízes, apontada por Luís Arroyo Jimenez. Diz este autor a este respeito: *“Da caracterização realizada nas secções precedentes resulta com clareza que a ponderação não é um tipo de discurso que resulte exclusivo de um determinado operador judiciário ou da sua atividade própria. Não se trata, em particular, de uma técnica privada da atividade de controle realizada pelos Juízes e pelos Tribunais. Se a ponderação é um método característico da resolução dos conflitos integrados por princípios, então, será normal que esse dito método seja usado por todos os operadores jurídicos chamados a interpretar e aplicar as normas que pertencem a essa categoria”*.¹

É verdade que a ponderação aparece assim, no direito administrativo, como uma atividade realizada em primeiro lugar pelo legislador, quando realiza as suas opções. Pela administração quando pratica certos atos. Aos tribunais cabe verificar se essas ponderações foram feitas corretamente, numa perspetiva de legalidade e não de oportunidade.

Assim, tal como noutros ramos do direito, temos por vezes concretas soluções legislativas cujos comandos são incompatíveis, não obstante o normal esforço do legislador em tentar evitar essas situações. Quando elas ocorrem, na generalidade dos casos, também aqui o habitual é as regras de conflitos conseguirem resolver os problemas. Mas, ocorrem não raras vezes, conflitos normativos para os quais as regras de conflitos não dão solução. Isto é tanto mais vulgar quanto mais estão em causa direitos fundamentais diretamente aplicáveis ou apelamos a princípios jurídicos, constitucionais ou infraconstitucionais, para resolver questões concretas. Como no direito administrativo atual (assim como do direito em geral) os ventos sopram no sentido de haver cada vez mais um apelo a esta aplicação direta de direitos fundamentais ou à aplicação de princípios jurídicos derogatórios de regras jurídicas em casos concretos como fundamento das soluções pretendidas, estes casos tendem a aumentar.

Entendo que também nestas situações, a solução adequada passa pela utilização da ponderação de bens, como ferramenta jurídica objetiva, que pode justificar a decisão final.

¹ Jimenez, cit, pág. 23.

Um dos exemplos clássicos da ponderação da administração é a atividade planificadora urbanística. Nesta existe uma ponderação de interesses (e aqui estamos a referir-nos à ponderação lato sensu) que é realizada, em primeiro lugar, pela administração. A administração ao elaborar os planos, decide quais as áreas em que se pode construir, o que é que se pode construir, quanto se pode construir, etc..

A generalidade dos processos judiciais em Portugal aprecia a validade de atos administrativos por referência aos planos. Contudo, a questão que se pode levantar, é se as concretas opções dos planos podem ser também elas objeto de análise judicial. E, sendo este admissível, se devemos ficar pelo controle negativo ou devemos antes avançar para um controle positivo. Diz a este respeito, José Maria Rodriguez de Santiago, defendendo esta última tese:

“Já se alcançou, pelo menos, o ponto de rejeitar as decisões da administração que não superem um exame de mínima racionalidade (qualificação de um terreno com destino a destinado a infantário na mesma parcela em que se torne viável uma indústria prejudicial, nociva e perigosa; irracional configuração de uma rua, que forme uma figura de garrafa, com largura de dez metros num extremo e de cinco no outro; etc), sobretudo, por aplicação do princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. Mas, da exigência negativa de que não se adotem decisões sobre planificação irracionais ou arbitrarias, ao mandato positivo (exigível e controlável na prática) de que essa decisões façam previamente a ponderação, que há de ser verificável, de todos os interesses públicos e privados em jogo, há desde logo um trajeto que não é curto.”¹

Defendo que nada obsta a que as concretas decisões dos planos sejam fiscalizadas pelos Tribunais em sede de legalidade, tal como aliás já ocorre noutros países, como a Alemanha.

A experiência alemã nesta matéria serve-nos contudo de aviso. Os Tribunais alemães começaram a exigir de tal forma um respeito pela ponderação, que chegaram a resultados que podemos classificar de exagerados ou absurdos. Por exemplo, o Tribunal Administrativo de Stuttgart declarou nulo um plano de 1934, que já servira de base a inúmeras construções e decisões judiciais, após analisar em que modos essa ponderação tivera lugar. Por isso, acabaria mesmo por nascer o princípio da conservação do plano (“Grundsatz der Planerhaltung”)².

¹ Santiago, José Maria Rodriguez de, *Ponderación y Actividad Planificadora de la Administración*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2009, pág. 117.

² Santiago, José Rodriguez de, *La Ponderación de Bienes e Intereses em el Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2000, pág. 33.

A questão é pois de saber-se até onde podem ir os poderes de cognição do Tribunal: devem bastar-se com um controle negativo das opções urbanísticas, ou devem poder avançar para um controle positivo ? Isto é, devem limitar-se a verificar se as soluções do caso concreto não ofendem princípios como o da arbitrariedade, se devem ficar pela constatação de que as decisões discricionárias da administração não ofendem de forma ostensiva critérios legais, ou, devem verificar se as soluções discricionárias da administração se justificam no caso concreto, nomeadamente, se existe respeito pelo princípio da proporcionalidade ? Em nome do princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, inclino-me para a segunda posição.

Assim sendo, através da ponderação, abre-se um novo domínio de fiscalização judicial da atividade administrativa.

3.2. Princípios próprios do direito administrativo.

No direito administrativo, como noutros ramos do direito, para além dos direitos fundamentais, coexistem um conjunto de princípios que estão por detrás das concretas opções constitucionais ou infraconstitucionais que são tomadas, e que devemos ter presentes para melhor aplicar os referidos direitos fundamentais. Podemos desde logo, dizer que os principais são os seguintes¹:

- Princípio da prossecução do interesse público;
- Princípio da legalidade;
- Princípio do respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares;
- Poder discricionário da Administração;
- Princípio da Justiça (sentido amplo);
- Princípio da igualdade;
- Princípio da proporcionalidade;
- Princípio da boa fé;
- Princípio da justiça (sentido restrito);

¹ Amaral, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 34.

- Princípio da imparcialidade.

Esta enumeração não é claramente exaustiva, mas apenas exemplificativa. Pense-se noutros importantes princípios que conformam a atividade administrativa, como por exemplo, os do tempus regit actum, o da necessidade da fundamentação dos atos, princípio da celeridade, princípio da colaboração ou da participação, princípio do dever de decisão, princípio da desburocratização, princípio da eficiência, princípio da gratuidade, princípio da informalidade procedimental, princípio do inquisitório, princípio do aproveitamento dos atos administrativos, princípio do aproveitamento de atos de particulares, princípio do aproveitamento do processo instrutório de 1º grau, princípio da conformação do processo administrativo segundo os direitos fundamentais, princípio da congruência entre o pedido e a decisão, princípio da continuidade do órgão, princípio da disponibilidade (relativa) do processo administrativo pela administração, princípio da globalidade da decisão final, princípio do recurso administrativo único, princípio da responsabilidade por danos, princípio da taxatividade legal das formas e termos da execução¹.

Mas nem esta enumeração pretende ser exaustiva. Cada um dos ramos do direito administrativo tem, por seu turno, princípios próprios.

Por exemplo, no urbanismo, podem-se citar a título de exemplo o princípio da justa ponderação e da superação dos conflitos de interesses coenvolvidos nos planos, o princípio da publicidade dos planos², o princípio da separação das utilizações urbanisticamente incompatíveis³ ou outros.

Na contratação pública também há princípios próprios, como o princípio da concorrência, da publicidade, da transparência dos procedimentos concursais, da gratuidade, do favor do procedimento, do formalismo, do inquisitório, também só para citar alguns⁴.

A aplicação destes princípios, ou de outros valores constitucionais no direito administrativo, não justifica, a meu ver, qualquer especialidade de aplicação em relação ao que dissemos supra sobre a ponderação de bens em geral.

¹ Oliveira, Mário Esteves de, Gonçalves, Pedro Costa, Amorim, J. Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, 2ª ed., Almedina.

² Correia, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo*, vol. 1, 2ª ed., Almedina, pág. 118.

³ Correia, cit., pág. 500.

⁴ Oliveira, Mário Esteves de, e Oliveira, Rodrigo Esteves de, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2010.

3.3. Exemplos práticos da ponderação de bens em direito administrativo:

Vejamos agora como a ponderação de bens pode ajudar a resolver alguns problemas do direito administrativo, através de alguns exemplos práticos.

3.3.1. Primeiro caso.

Vejamos o exemplo do conflito entre o direito à greve dos funcionários das empresas de transportes públicos e o direito de liberdade de circulação dos utentes das mesmas, que costuma ser garantido pelos chamados serviços mínimos, cuja aplicação pode ser forçada pela aplicação do instituto da requisição civil.

Apliquemos a fórmula do peso, sendo o numerador o direito à greve e o denominador do direito de liberdade de circulação.

A Intensidade da interferência sofrida pelo direito de liberdade de circulação pode ser classificado de grau médio, pois existem outros meios de transporte alternativos. O grau de interferência sofrido pelo direito à greve depende evidentemente do grau de extensão dos serviços mínimos. Se o conjunto de serviços mínimos fixado tiver, por exemplo, tal extensão que a greve não seja sentida pelas pessoas (e um dos objetivos da greve é que ela seja sentida não só pela entidade patronal mas também pelos clientes da empresa) nem traga prejuízos à empresa, então, o grau de interferência será elevado. A importância dos direitos em causa deve ser classificada de forte bem o como o grau de fiabilidade das assunções. Logo, teremos:

$$W_{ij} = (I_i \times W_i \times R_i) : (I_j \times W_j \times R_j) = a/b, \text{ em que:}$$

$$W_{ij} = (4 \times 4 \times 1) : (2 \times 4 \times 1) = 16/8$$

Ou seja, o direito à greve deve prevalecer nestes casos.

Se o conjunto de serviços mínimos fixados se limitar a garantir uma circulação restrita de passageiros, permitindo mesmo assim que a empresa sofre prejuízos com a greve, o grau de interferência será mínimo, pelo que teremos então:

$$W_{ij} = (1 \times 4 \times 1) : (2 \times 4 \times 1) = 4/8$$

Neste caso, os serviços mínimos deverão ser respeitados, obtendo-se assim um respeito pela liberdade de circulação.

Como dissemos supra, esta aplicação da fórmula permite debater argumentos concretos da ponderação: podemos discutir se a classificação do grau de interferência está correto ou não, se os direitos têm ou não a mesma importância, se as nossas suposições são ou não fiáveis. Estamos a distinguir elementos concretos da ponderação, não estamos a ter uma visão meramente subjetiva, não controlável por terceiros, da mesma.

Se aplicarmos a tese da pirâmide de Maslow ao mesmo caso, teremos de ver qual o escalão em que a greve deve ser inserida no caso concreto. Se estiver em causa, por exemplo, uma greve de “solidariedade” dificilmente deixará de poder ser integrada no 3º escalão; se estiver em causa uma greve apenas para obter melhores condições salariais, o normal será enquadrá-la no segundo escalão; se for para obter o pagamento de salários em atraso, poderá ser enquadrada no primeiro escalão. O direito de liberdade de circulação tem a ver com a nossa segurança, pelo que deverá ser enquadrado no segundo escalão (a menos que a liberdade de circulação não esteja verdadeiramente em causa, caso em que não haverá sequer colisão de direitos). Se ficarem ambas no mesmo escalão, a solução tem de passar obrigatoriamente pela intensidade da interferência, nos termos defendidos por Alexy.

3.3.2. Segundo caso.

Vejamos agora o exemplo de conflito entre o direito ao ambiente (artº 66 da CRP) e o direito económico de liberdade de iniciativa privada (artº 61.1 da CRP).

Imaginemos um caso em que estão em causa a construção de um centro comercial, para cuja construção é necessário abater um sobreiro, espécie protegida por lei e, cuja preservação impede a construção do centro comercial.

Apliquemos a fórmula do peso, sendo o numerador o direito ao ambiente e o denominador o direito económico de liberdade de iniciativa privada.

A intensidade de interferência sofrida pelo direito do ambiente deve ser classificada como de grau 1, pois o abate de apenas um sobreiro não causa um grande dano ambiental. A importância do direito deve ser classificada de médio, a e fiabilidade das suposições referidas de forte.

A intensidade da interferência sofrida pelo direito económico de liberdade de iniciativa privada deve ser classificada de médio, pois impede-o de ser exercido nos termos pretendidos, mas não o impede de ser exercido noutros termos ou em outro local. A importância do direito deve ser classificado de médio. A fiabilidade das assunções classifico-a de forte.

Logo teremos:

$W_{ij} = (I_i \times W_i \times R_i) : (I_j \times W_j \times R_j) = a/b$, em que:

$W_{ij} = (1 \times 2 \times 1) : (2 \times 2 \times 1) = 2/4$

Neste caso, não restam dúvidas que o abate do sobreiro deve ser permitido.

Mas, imaginemos que estamos não perante apenas um exemplar de um sobreiro, mas perante um enorme montado de sobreiro. Aqui, a intensidade da interferência sofrida pelo direito do ambiente já a classifico de forte, pelo que então teremos:

$W_{ij} = (4 \times 2 \times 1) : (2 \times 2 \times 1) = 8/4$

Neste caso, o direito ao ambiente deveria prevalecer.

Este exemplo demonstra como nos casos mais complexos, mais de fronteira, o cerne da discussão far-se-á predominantemente em sede de classificação da intensidade da interferência. Isto permite-nos retirar duas ilações:

Uma, que é normal, diria mesmo, inevitável, que assim seja. São as circunstâncias do caso concreto que ditam a intensidade da interferência. Daí que a fórmula do peso não seja apenas uma regra abstrata para graduar direitos, é uma fórmula concreta para graduar aplicações de direitos.

Outra, que esta comprovação ilustra porque motivo disse supra não concordar com a tese de Jan Sieckmann. Acho que as circunstâncias do caso concreto se refletem na intensidade da interferência, sendo desnecessário (e mesmo indesejável por duplicação da consideração dos elementos do caso concreto) que o peso (weight) do direito no caso concreto seja relevado.

Vejamos agora a aplicação da pirâmide de Maslow a este caso.

A liberdade de iniciativa privada deveria ser classificada no segundo escalão. A proteção do ambiente, quando está em causa apenas um sobreiro, terá apenas um valor simbólico, pelo que a sua proteção deverá ser classificada no 5º escalão. Mas, na segunda

hipótese, a preservação de um espaço importante da biodiversidade existente pode ser classificada como uma questão de segurança, do segundo escalão (afigura-se-me que não deve ser classificada como uma questão de sobrevivência, do primeiro escalão). Neste caso, entendo que decisão do caso concreto depende da intensidade da interferência no caso concreto.

3.3.3. Terceiro caso.

Vejamos um caso de conflito entre o direito à imagem e o direito ao normal desenvolvimento da atividade produtiva, sobre que versou o Ac. do Tribunal Constitucional Espanhol de 11 de abril de 1994, relatado por José Maria Rodriguez de Santiago¹.

Uma empresa de produção de carnes curadas pretendia realizar fotografias publicitárias com um seu trabalhador a cortar presunto. O trabalhador recusou invocando o seu direito à imagem e a empresa despediu-o. O Tribunal Constitucional ponderou os dois direitos e na sua ponderação acabou por dar razão ao trabalhador.

De acordo com a fórmula do peso, teríamos de considerar que a intensidade da interferência sofrida pelo direito à imagem é forte, a importância do direito será forte bem como a fiabilidade das assunções. Do outro lado a interferência do direito será fraca (a empresa pode prosseguir a sua atividade publicitária por outro meio) e os demais valores fortes. Logo teremos:

$$W_{ij} = (I_i \times W_i \times R_i) : (I_j \times W_j \times R_j) = a/b, \text{ em que:}$$

$$W_{ij} = (4 \times 4 \times 1) : (1 \times 4 \times 1) = 16/4$$

Logo, prevalece o direito à imagem do trabalhador, tal como o Tribunal Constitucional decidiu.

Se aplicarmos a tese da pirâmide de Maslow teremos de considerar o direito à imagem no 4º escalão. Dificilmente subsumiríamos a pretensão da empresa ao direito ao normal desenvolvimento da atividade económica, pelo que entendo que este é mais um caso em que a ponderação não me parece necessária, ao contrário do que disse o Tribunal (e este

¹ Vide Santiago, José Maria Rodriguez de, *La Ponderacion de Bienes e Intereses em el Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2000, pág. 118.

será mais um exemplo de que a ponderação para ser corretamente efetuada necessita no seu percurso de recorrer à subsunção, como Luís Prieto Sanchis defende no texto supra citado).

3.4. A ponderação de bens face a conflitos entre princípios jurídicos infraconstitucionais.

A ponderação de bens não serve apenas para resolver conflitos entre direitos fundamentais. Também pode resolver conflitos entre princípios jurídicos. Vejamos, por exemplo, o caso concreto da admissibilidade ou não do princípio do justo impedimento em matéria de concursos públicos.

A aplicação prática deste princípio não está prevista no Código dos Contratos Públicos, nem em nenhuma da legislação para que este remete em termos subsidiários.

Contudo, sendo um princípio geral de direito, diríamos à partida que nada impede a sua aplicação. Aliás, esta é a tese defendida por Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira¹. Dizem estes autores:

“Tratando-se assim, embora, de um silêncio aparentemente bastante ruidoso, não deixamos de ser sensíveis, relativamente sensíveis, diga-se, por um lado, à indispensabilidade de este escape para permitir uma aplicação justa do direito, por outro lado, ao facto de ele corresponder a um princípio fundamental da ordem jurídica – não a deixando cair em formalismos cegos e permitindo conciliá-la com os acasos da imprevisibilidade humanamente desculpável, desde que com isso não se ponham em causa, claro, outros interesses seus de igual dimensão”.

Ou seja, mediante certas condições, estes autores aceitam a aplicação deste princípio aos concursos públicos.

Se aplicarmos a fórmula do peso teremos em conflito o princípio do justo impedimento com uma série de princípios, por exemplo, o princípio da igualdade, pois pode estar em causa o conhecimento de informação privilegiada por parte de quem alegue este justo impedimento. A par deste, podem-se pensar nos princípios da transparência ou mesmo da concorrência.

¹ Oliveira, in *Concursos...* pág. 256.

A intensidade da interferência sofrida pelo princípio do justo impedimento é grande, pois o relevo dado ao princípio da igualdade exclui-o completamente. A importância do princípio justo impedimento é de valor reduzido. A fiabilidade das assumpções é forte.

A intensidade da interferência sofrida pelo princípio da igualdade depende evidentemente da possibilidade de no caso concreto o concorrente ter conseguido aceder a informação privilegiada. Se as possibilidades foram fracas, a intensidade da interferência também será fraca. A importância do direito será forte. A fiabilidade da assunção é forte. Logo teremos:

$$W_{ij} = (1 \times 1 \times 1) : (1 \times 4 \times 1) = 1/4$$

Assim sendo, o respeito do princípio da igualdade em sede de concursos públicos, exclui a aplicação do princípio do justo impedimento, ao contrário do defendido pelos autores citados.

Afigura-se-me que a minha tese da pirâmide dificilmente será aplicável em casos como este. A fórmula do peso parece-me muito mais apta a resolver este caso. Daí que eu tenha dito supra que a minha tese não se me afigura aplicável ao conflito entre princípios jurídicos, mas apenas ao conflito entre direitos fundamentais.

4. Conclusões:

Podemos pois retirar as seguintes conclusões:

Existem conflitos normativos entre princípios constitucionais e direitos fundamentais para os quais não existe norma de conflitos para os resolver.

Entre as teorias internas e externas conhecidas a nível mundial que tentam responder, a tendência é para se considerar que as que melhor resolvem a questão são as externas.

Dentro destas, a que tem vindo a obter maior apoio doutrinário e jurisprudencial há mais de cinquenta anos é a ponderação de bens.

A conceção de Robert Alexy de que a norma jurídica se divide entre princípios e regras, sendo que os princípios são elásticos e as regras de aplicação binária, é neste momento predominante a nível mundial.

A fórmula do peso de Robert Alexy é neste momento a teoria incontornável quando se discute a ponderação de bens, sendo que a discussão atual é essencialmente se a fórmula está ou não correta, se deve ou não ser modificada, ou se apenas devem ser aplicados os seus princípios sem se matematizar as questões.

Para uma melhor aplicação da ponderação de bens e para uma maior aplicação dos preceitos constitucionais, entendo que há que aceitar que nas normas jurídicas não há distinção entre princípios e regras, elas distinguem-se apenas pelo seu menor ou maior campo de previsão normativa.

A aplicação da pirâmide de Maslow aos conflitos de direitos fundamentais pode ser um sistema mais simples de ajudar a fundamentar a ponderação.

Da análise de vários exemplos, não resulta uma diferença significativa em termos de resultado da aplicação de uma ou outra das duas teorias, nos vários ramos de direito, desde o cível, o penal ou o administrativo.

A aplicação da ponderação de bens no direito administrativo permite fundamentar melhor as decisões judiciais.

5. Bibliografia citada:

Alexy, Robert, (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, tradução de Julian Rivers. Oxford, Oxford, University Press, (1ª ed. em Alemão, 1985).

Alexy, Robert, (2008), *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, tradução de Carlos Bernal Pulido, ed. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales (1ª ed. em Alemão, 1986).

Amaral, Diogo Freitas do, (2003), *Curso de Direito Administrativo*, vol II, Coimbra, 2ª edição, Almedina.

Andrade, Manuel de, (1987), *Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra, 4ª edição, Arménio Amado – Editor Sucessor.

Caballero, Francisco Velasco, (2009), *Método de La Ponderación y Sistema Competencial*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, ed. Marcial Pons.

Canotilho, Gomes, (1998), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, edição Almedina, 2ª edição.

Correia, Fernando Alves, (2004), *Manual de Direito do Urbanismo*, Coimbra, vol. I, 2ª edição, Almedina.

Duarte, David, (2009), *Rebutting Defeasibility as Operative Normative Defeasibility*, in *Liber Amicorum José de Sousa Brito*, Coimbra, edição Almedina.

Dworkin, Ronald, (2002), *Taking Rights Seriously*, São Paulo, ed. Martins Fontes, trad. Nelson Boeira, (1ª ed. em Inglês, 1977).

Ferrara, Francesco, (1987), *Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra, 4ª edição, tradução de Manuel de Andrade, edição Arménio Amado – Editor Sucessor.

Figueiroa, Alfonso Garcia, (2009), *Neoconstitucionalismo y Ponderación*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, ed. Marcial Pons.

Gleitman, Henry, (2002), *Psicologia*, Lisboa, 5ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian.

Jimenez, Luís Arroyo, (2009), *Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, ed. Marcial Pons.

Krotoszynski, Ronald J., Jr., (2006), *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective*, New York and London, ed. New York University Press.

Lindghal, Lars, (2009), *On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing*, in Liber Americorum José de Sousa Brito, Coimbra, edição Almedina.

Monteiro, Manuela, e Santos, Milice, (2002), *Psicologia*, Porto, 2º vol., edição Porto Editora.

Novais, Jorge Reis, (2003), *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, edição Coimbra Editora.

Oliveira, Mário Esteves de Oliveira e Oliveira, Rodrigo Esteves de, (2011), *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, edição Almedina.

Oliveira, Mário Esteves de, Gonçalves, Pedro Costa, Amorim, J. Pacheco de, (2005), *Código do Procedimento Administrativo, Comentado*, Coimbra, 2ª edição, Almedina.

Ortega, Luís, (2009), *La Ponderación en el Marco del Pluralismo*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, ed. Marcial Pons.

Sanchis, Luís Prieto, (2009), *Diez argumentos sobre Neoconstitucionalismo, Juicio de Ponderación e Derechos Fundamentales*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, ed. Marcial Pons.

Santiago, José Maria Rodriguez de, (2000), *La Ponderacion de Bienes e Intereses em el Derecho Administrativo*, Madrid, edição Marcial Pons.

Santiago, José Maria Rodriguez de, (2009) *Ponderación y Actividad Planificadora de la Administración*, in *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, ed. Marcial Pons.

Sieckmann, Jan, (2010), *Balancing, Optimisation, and Alexy's "Weight Formula"*, in *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*, Stuttgart, edição Franz Steinar Verlag.

6. Webgrafia:

Alexy, Robert, *On Balancing and Subsumption, a Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 4 dezembro 2003 (433–49), acessado em 7 de abril de 2010.

Mendes, Gilmar Ferreira, *Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial*, *Revista Jurídica Virtual*, vol. I, nº 8, ano 2000, acessado em 21 de maio de 2011.

Novak, Marko, *Three Models of Balancing (in Constitutional Review)*, *Ratio Juris*, vol. 23, Nº 1, março 2010, acessado em 10 de abril de 2010.

<http://supreme.justia.com/us/339/382/case.html#F3/15> , acessada em 16 de abril de 2011.

<http://supreme.justia.com/us/341/494/case.html> , acessada em 16 de abril de 2011.

<http://supreme.justia.com/us/376/254/case.html> , acessada em 16 de abril de 2011.

<http://supreme.justia.com/us/458/747/case.html#753> , acessada em 16 de abril de 2011.

<http://supreme.justia.com/us/471/1/case.html> , acessada em 16 de abril de 2011.

7. Glossário:

CONSEQUÊNCIA LEGAL: resultado legal da norma jurídica.

DEFINITIONAL BALANCING: ponderação feita com recurso a regras previamente estabelecidas e que vigoram para qualquer ponderação.

ELEMENTO DEÔNTICO: previsão de comando legal da norma jurídica, pode ser de três espécies (proibição, imposição ou permissão), sendo que só pode haver um em cada norma jurídica.

FIABILIDADE DAS ASSUMPCÕES: grau de certeza que o intérprete atribui às classificações outorgadas à intensidade da interferência e ao peso do direito.

FÓRMULA DO PESO: fórmula matemática inventada por Robert Alexy que permite objectivar a ponderação, e que se exprime pela seguinte expressão: $W_{ij} = (I_i \times W_i \times R_i) : (I_j \times W_j \times R_j) = a/b$

HOC BALANCING: ponderação feita com base nos interesses em jogo no caso concreto, sem recurso a regras previamente estabelecidas.

INTENSIDADE DA INTERFERÊNCIA: restrição que um princípio sofre pela expansão do princípio oposto.

MANDADOS DE OTIMIZAÇÃO (OPTIMIERUNGSGEBOTE): característica que os princípios têm e consiste na sua vocação em se expandirem indefinidamente, procurando aplicar-se a todas as hipóteses possíveis.

MARKETPLACE OF IDEAS: tese sobre a liberdade de expressão que importa para o direito o conceito de liberdade de mercado da economia.

MÉTODO DO PROCESSO (VERFAHRENSKONTROLLE): técnica jurídica de controle do resultado obtido pela verificação da correcção do processo subsuntivo em todos os passos da decisão.

MÉTODO DO RESULTADO (ERGEBNISKONTROLLE): técnica jurídica de controle do resultado obtido pela verificação da correcção da solução face aos objectivos que a lei pretende atingir.

NORMA JURÍDICA: comando legal abstracto e obrigatório que disciplina as relações sociais.

PARADIGMA DO AUTOGOVERNO DEMOCRÁTICO: tese sobre a liberdade de expressão que entende estar a mesma ao serviço de uma governabilidade democrática.

PESO DO DIREITO: importância abstracta que um direito tem.

PIRÂMIDE DE MASLOW: hierarquia das necessidades humanas que fundamentam as opções que as pessoas tomam na sua vida, segundo a qual só quando temos uma necessidade satisfeita é que passamos a procurar a satisfação de necessidades superiores.

PONDERAÇÃO: método de resolução de conflitos normativos não resolúveis por normas de conflitos, permitindo fazer a opção sobre qual dos bens jurídicos deve prevalecer no caso concreto.

SUBSUNÇÃO: técnica jurídica que se aplica quando se diz que um caso concreto se enquadra numa previsão legal abstracta.

8. Índice onomástico:

Alexy, Robert, 2, 31, 32, 36, 47, 59
American Communications Association vs Douds, 22
Andrade, Manuel de 10, 45
Apotheken, 27

A

balancing, 21

B

clear and present danger, 21
consequência legal, 13, 14

C

definitional balancing, 19, 30
Dennis vs United States, 23
Duarte, David, 1
Dworkin, Ronald, 11, 32

D

elemento deontico, 13, 14
Elrod vs Burns, 24
Ergebniskontrolle, 26

E

Ferrara, Francesco, 11
fiabilidade das assumpções, 33, 58
Figueiroa, Alfonso Garcia, 16, 37
fórmula do peso, 33, 53, 54, 56, 59
Frankfurter, Juiz, 23

F

hoc balancing, 18
Holmes, Oliver 21

H

importância do direito, 33
intensidade da interferência, 33, 58

I

Jackson, Juiz 23

J

Jimenez, Luís Arroyo, 15, 49

K

Kassenzahnarzt-Urteil, 28

L

Lebach, 28, 35, 44

Lindhø, Lars, 34

Luth, 26, 34, 44

M

Marketplace of ideas, 21

Maslow, Abraham, 2, 9, 35, 38, 47

Meiklejohn, Alexander, 22

N

New York Times Company vs Sullivan, 24, 30

New York vs Ferber, 25

Novais, Reis, 17

Novak, Marko, 18

O

Optimierungsgebote, 31

Oliveira, Mário Esteves, 57

Oliveira, Rodrigo Esteves, 57

P

pirâmide de Maslow, 42, 47, 54, 55, 56, 59

ponderação, 2, 8, 15, 19, 49, 59

previsão factual, 13, 14

primeiro aditamento, 21

princípios, 36

R

regras, 36

Roe vs Wade, 24

S

Sanchis, Luís Prieto, 19

Santiago, José Maria Rodriguez de, 50, 56

Sieckmann, Jan, 34, 55

Stammler, 10

subsunção, 2, 19, 36

T

Tennessee vs Garner, 25

V

Veit Harlan, 26

Verfahrenskontrolle, 26
Vinson, Juiz, 22