



Ponderação: teorias e principais críticas

Balancing: theories and main criticisms

Sara Azevedo

Vol. 11 No. 1
maio 2024
e-publica.pt

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

fct Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

PONDERAÇÃO: TEORIAS E PRINCIPAIS CRÍTICAS
BALANCING: THEORIES AND MAIN CRITICISMS

SARA AZEVEDO¹

<https://orcid.org/0000-0003-0177-8677>

Lisbon Legal Theory Group | Lisbon Public Law | ICJP | FDUL

saraazevedo@fd.ulisboa.pt

Resumo: Nas últimas décadas, a ponderação tornou-se um dos tópicos mais controversos na teoria do direito (e, em especial, na teoria dos direitos fundamentais). Tal deve-se, antes de mais, à ambiguidade do termo “ponderação”, amiúde utilizado com diferentes aceções. A este obstáculo, de cariz linguístico, acresce a variedade de teorias sobre a ponderação: a mesma é perspectivada quer como uma atividade arbitrária, quer como uma atividade apta a produzir resultados racionais; por outro lado, tanto se afirma que o resultado da ponderação está limitado a determinado caso concreto, como se defende que é extrapolável para outras situações. O presente estudo incidirá sobre as mencionadas teorias. Após uma breve caracterização de cada conceção, procurar-se-á demonstrar por que motivo a ponderação é um método apto a alcançar resultados racionais e universalizáveis. A defesa desta posição implica a análise (e desconstrução) de algumas das críticas de que a ponderação tem sido alvo, entre as quais se destaca a conhecida por objeção da incomensurabilidade.

Palavras-chave: método da ponderação; teorias sobre a ponderação; principais críticas; objeção da incomensurabilidade

Abstract: In recent decades, balancing has become one of the most controversial topics in legal theory (and especially in the theory of fundamental rights). This is due to the ambiguity of the term “balancing”, which is often used in different ways. In addition to this linguistic barrier, there are a variety of theories on balancing: it is either regarded as an arbitrary activity or as an activity capable of leading to rational results; on the other hand, it is claimed that the result of balancing is limited to a specific case or that it can be applied to other situations. This paper focuses on these theories. After a brief characterisation of each view, it is argued that balancing is a method capable of achieving rational and universal results. Such a claim requires an analysis (and dismantling) of some of the criticisms to which balancing has been subjected, including the known as the incommensurability objection.

Keywords: balancing method; theories on balancing; main criticisms; incommensurability objection

1. Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora Integrada do Lisbon Public Law Research Centre (<https://lisbonpubliclaw.pt/en/investigadores/sara-azevedo/>). Membro do Lisbon Legal Theory.

1. A ponderação: o método, os modelos e as teorias

O tema objeto do presente estudo gerou (e continua a gerar) intensos debates na literatura. Tal deve-se, antes de mais, à ambiguidade do termo “ponderação”, amiúde utilizado com diferentes aceções.² O mesmo tanto se reporta à atividade de ponderar (*ponderação-atividade*), como se refere ao respetivo resultado (*ponderação-produto*). O termo é ainda adotado quer para aludir a um mero método jurídico, quer quando está em causa um específico modelo de utilização desse método.

Os modelos de ponderação configuram propostas sobre como a atividade de ponderar tem lugar (e.g., o amplamente difundido modelo de ponderação de Robert Alexy).³ Diferentemente, a ponderação enquanto técnica ou método consiste na utilização de um qualquer modelo de ponderação para realizar uma atividade da qual se extrai um resultado. Por esse motivo, a ponderação consiste numa operação intelectual de segunda ordem ou numa metatécnica, com um amplo escopo de ação, aplicável sempre que, a propósito de outra técnica jurídica (a resolução de conflitos normativos, a interpretação de enunciados, etc.), se patenteia um cenário de discricionariedade (Silva Sampaio, 2021: 54).

No contexto dos conflitos normativos, a ponderação corresponde a uma operação intelectual através da qual, atendendo a determinado contexto fáctico, são identificadas as considerações a favor e contra a preferência de cada uma das normas em conflito e se estabelece a prevalência de uma norma sobre outra. Os contornos desta operação intelectual são moldados quer pelo modelo de ponderação utilizado, quer pelas normas do conjunto normativo que se afigurem relevantes⁴. A aceção da ponderação *qua* técnica ou método jurídico assume, por isso, um caráter conceptualmente parasitário, uma vez que o seu conteúdo depende de outros conceitos (Chiassoni, 2019: 167).

Ao obstáculo descrito, de cariz linguístico, acresce o dissenso sobre como deve ser perspectivada a ponderação⁵. As distintas visões ou teorias sobre o tema são usualmente agrupadas em quatro universos relevantes (Martínez Zorrilla, 2007: 155 ss)⁶. Por um lado, a ponderação é percebida como uma atividade arbitrária, quer por ser dominada pelas preferências subjetivas do decisor (ceticismo ou emotivismo), quer por, pelo menos, ser guiada por uma espécie de intuição moral (intuicionismo). A esta posição contrapõe-se a visão da ponderação como uma atividade sujeita a controlo

2. Analisando os vários tipos de ambiguidade suscitados pelo termo, cfr. Silva Sampaio (2023b; 108 ss).

3. Cfr. Alexy (2003), (2008) e (2014).

4. Neste sentido, distinguindo entre *brute balancing* (ponderação como técnica para resolver conflitos *prima facie* irresolúveis sem a consideração do conjunto de normas jurídicas aplicável) e *guided balancing* (ponderação como técnica que considera as normas jurídicas aplicáveis, atendendo ao conjunto normativo em questão – entre as quais se destaca o princípio da proporcionalidade), cfr. Silva Sampaio (2021: 56 ss).

5. Neste caso, as conceções incidem sobre a ponderação enquanto método, embora por vezes considerem determinados modelos de ponderação.

6. Apresentando uma taxonomia ligeiramente distinta, cfr. Canas (2017: 706 ss). Sobre o tema, cfr. ainda Silva Sampaio (2023b: 134 ss).

racional. Por outro lado, tanto se afirma que o resultado da ponderação está limitado a determinado caso concreto (particularismo), como se defende que, embora ancorado em certo contexto fáctico, o produto da ponderação é extrapolável para outras situações sempre que as mesmas classes de casos se verifiquem (universalismo).

Questão diferente respeita a saber como instanciar a categorização apresentada - *i.e.*, como qualificar as concepções defendidas por cada autor tendo por base as teorias expostas. A este respeito, é comum o estabelecimento de conexões entre as várias teorias.^{7/8}

O presente estudo incidirá sobre as mencionadas teorias. Após uma breve caracterização de cada concepção, procurar-se-á demonstrar por que motivo a ponderação é um método apto a alcançar resultados racionais e universalizáveis. A defesa desta posição implica a análise (e desconstrução) de algumas das críticas de que a ponderação tem sido alvo, entre as quais se destaca a conhecida por objeção da incomensurabilidade.

2. As teorias sobre a ponderação

As teorias sobre a ponderação elencadas *supra* procuram responder a duas questões: (i) saber se a ponderação é um método apto a alcançar resultados universalizáveis e (ii) saber se a ponderação é um método apto a alcançar resultados racionais.

2.1. Serão os resultados alcançados pela ponderação universalizáveis?

O binómio que opõe o particularismo ao universalismo encontra as suas raízes fora do domínio jurídico - mais precisamente, na filosofia moral. Extravasando o propósito deste estudo abordar detalhadamente a configuração inicial destas duas teorias, os parágrafos seguintes limitar-se-ão à enunciação dos seus aspetos nucleares.

7. Note-se que a literatura diverge na categorização das visões defendidas por cada autor. A título de exemplo, para Moreso, a teoria *alexiana* da ponderação cai nas malhas do particularismo. Cfr. Moreso (2009: 278 ss). No entanto, curiosamente, são vários os autores que evidenciam as similitudes entre as concepções de Moreso e Alexy. A título de exemplo, cfr. Chiassoni (2019: 203 ss); Clérico (2012: 113 ss). No mais, certos autores qualificam o modelo de ponderação *alexiano* de antiparticularista. Cfr. Lucatuorto (2007: 171-181). Patenteia-se a mesma dificuldade de categorização da posição de Guastini: a sua recondução ao particularismo - defendida, entre outros, por Moreso - é refutada por Alessio Sardo. Cfr. Moreso (2009: 268 ss); Sardo (2018b: 63-72). No que respeita às diversas conexões possíveis entre as quatro posições expostas, ilustrativamente, Moreso enquadra a posição de Guastini tanto no chamado de emotivismo, como no particularismo. Cfr. Moreso (2009: 268 ss).

8. Como é sobejamente reconhecido, muitos autores associam a qualificação de uma norma como princípio ao modo como a mesma conflitua com outras normas e ao processo de resolução dessa antinomia. Essa é a razão que justifica a maior alusão às normas de princípio na apresentação das diferentes teorias da ponderação. Esta opção - que assume o propósito de reproduzir e sintetizar, do modo mais rigoroso possível, o pensamento de cada autor - não implica a adoção do referido critério de distinção.

De acordo com o universalismo, a tomada de decisão no domínio da moral é guiada por um conjunto de normas ou princípios que determinam a correção ou incorreção da ação. É a verificação das propriedades compreendidas em tais normas ou princípios em cada caso concreto que permite o juízo sobre a sua aplicabilidade. A correção ou incorreção da ação depende desta operação de subsunção do caso à norma. Diferentemente, segundo o particularismo, a correção ou incorreção moral de determinada ação não é aferida mediante a subsunção do caso à norma, mas através da consideração e compreensão das circunstâncias concretas do contexto em que tal ação se realiza. Na verdade, a perspectiva particularista ataca o pressuposto essencial de que o universalismo parte: a existência de sentidos de dever ser universais ou, pelo menos, a sua capacidade para guiar a conduta humana em termos que transcendam o mero cunho pedagógico (Martínez Zorrilla, 2007: 163-183).⁹

É natural que as referidas posições não possam ser acriticamente transpostas para o campo jurídico – desde logo, atendendo à maior facilidade em descortinar o conjunto de normas jurídicas integradas em determinado conjunto normativo. Contrariamente ao que sucede no caso dos ordenamentos morais, os ordenamentos jurídicos dispõem de modos de produção de normas institucionalizados que viabilizam a referida tarefa de identificação do conjunto de normas no mesmo compreendidas.¹⁰

De todo o modo, como visto, a dicotomia universalismo - particularismo tem vindo a ser considerada na discussão sobre o método da ponderação. Neste contexto, a ponderação pode ser percebida como uma atividade cingida ao caso individual, cujo resultado é inteiramente dependente do (e limitado ao) recorte de realidade fática no mesmo compreendido. A esta visão particularista contrapõe-se a posição segundo a qual o produto da ponderação consiste no estabelecimento de certas regras aplicáveis a todas as situações que partilhem as mesmas propriedades relevantes. A emergência das tais regras – que associam casos genéricos a certas soluções – permite o recurso a um método subsuntivo. Ainda assim, a resolução de um conflito por aplicação do método da ponderação, sob esta perspectiva, pode variar em função das circunstâncias do caso: basta que surjam outras propriedades relevantes não consideradas até ao momento (Martínez Zorrilla, 2007: 163-183 e 211 ss).

Regista-se uma clara tendência para a adoção de teorias sobre a ponderação qualificáveis como universalistas.¹¹ Esta tendência encontra

9. Realça-se, contudo, que a literatura sobre o tema nem sempre converge na densificação do que entende por universalismo e particularismo. Sobre a questão, remete-se para os vários estudos publicados na obra Luque (ed.) (2015).

10. Abordando especificamente este aspeto (*i.e.*, a transposição destas correntes para o domínio jurídico), cfr. Redondo (2015: 74 ss). Versando o tema especificamente no contexto da ponderação, cfr. Silva Sampaio (2021: 61 ss); Silva Sampaio (2023a: 671 ss e 684 ss).

11. A título de exemplo, os modelos de ponderação de Alexy, Moreso e Mendoca partilham estas características. Cfr. Alexy (2003), (2008) e (2014); Moreso (2008: 76 ss), (2009: 267 ss; 285 ss e 302 ss) e (2012); Martínez Zorrilla (2007: 252 ss) e Mendonca (2017: 180-203). Com construções interessantes sobre as limitações impostas ao decisor por casos passados, cfr. Sartor (2018: 126 ss); Moniz Lopes (2018: 144 ss).

sustento tanto nas *supra* mencionadas características dos ordenamentos jurídicos (em contraposição com os ordenamentos morais), como na maior dificuldade em aderir a uma visão particularista e, simultaneamente, configurar a ponderação como uma atividade sujeita a controlo racional.

Por outro lado, a adesão ao universalismo constitui uma decorrência da conceção dos conflitos normativos como abstratos e independentes da efetiva aplicabilidade de duas normas contrapostas a determinado caso concreto.¹² Se é possível, em termos teóricos, conceber um cenário de conflito entre normas sem respetiva ocorrência empírica, então também é possível aplicar o método da ponderação tendo apenas por base casos genéricos e hipotéticos (Moniz Lopes, 2018: 139). O caso é relevante na medida em que instancie propriedades constantes nas normas jurídicas. Logo, a resolução do conflito normativo implica necessariamente a subsunção de um caso a uma norma (postulado essencial do universalismo): tal ocorre tanto no momento pré-ponderação, quando se conclui que o contexto fáctico convoca mais do que uma norma, como no momento pós-ponderação, apurando-se a norma aplicável *all things considered*.

2.2. Será a ponderação uma atividade apta a alcançar resultados racionais?

Como visto, as correntes cética e intuicionista respondem negativamente à questão colocada, porquanto ambas percecionam a ponderação como uma atividade arbitrária.

Atualmente, a posição dita cética tem como principal impulsionador Riccardo Guastini. Segundo este autor, a ponderação implica o exercício de um duplo poder discricionário: (i) o ato de criar uma hierarquia axiológica entre princípios, ao estabelecer qual prevalece no caso e (ii) o ato de alterar o valor comparativo dos princípios à luz de uma nova e distinta questão por resolver, o que implica a conceção da referida ordenação como uma hierarquia axiológica móvel, casuisticamente variável (Guastini, 2014: 216 ss e 2008: 16 ss). Esta visão é plenamente consentânea com os restantes postulados teóricos assumidos pelo autor, dos quais se destaca a igualmente cética teoria da interpretação.¹³

12. O argumento exposto pressupõe a rejeição da distinção entre conflitos *in concreto* e conflitos *in abstracto*, defendendo-se que todos os conflitos normativos são detetáveis no plano abstrato e teórico. Os conflitos *in concreto* são usualmente caracterizados por dependerem de um caso concreto, sendo desse contexto fáctico que nasce a inconsistência - *i.e.*, é o mundo real que causa o conflito. Contrariamente, no caso dos conflitos *in abstracto*, as normas conflituam em abstrato, sem que seja necessário ocorrer uma situação concreta, por se verificar uma sobreposição conceptual entre as classes de casos reguladas pelas normas contrapostas. Vários argumentos militam no sentido do abandono desta distinção - desde logo, a mesma desafia a separação entre o *ser* e o *dever ser* pressuposta pela Guilhotina de Hume. Sobre o tema, e no sentido exposto, cfr. Battista Ratti (2013: 95 ss); Sardo (2018a: 8 ss); Moniz Lopes (2019: 335-342 - em especial, 337-338).

13. De todo o modo, como bem esclarece David Martinez Zorrilla, a recusa (no todo ou em parte) de uma teoria cética no domínio interpretativo não preclui a sua defesa no domínio do método da ponderação. Assim, inexistente uma conexão necessária entre as duas teses. Martinez Zorrilla (2007: 159-163). Advogando que a posição de Guastini corresponde a uma conceção radicalmente subjetiva da ponderação, cfr. Moreso

O intuicionismo corresponde a uma visão amplamente disseminada no domínio da metaética, contando nessa esfera com vários representantes.¹⁴ De acordo com esta visão, tal como o ser humano possui um conjunto de sentidos externos para captar propriedades empíricas (como o olfato ou a visão), também incorpora um sentido interno que lhe permite apreender a correção ou incorreção de uma ação moral. Assim, segundo este entendimento, os juízos morais são efetuados com base na intuição moral. No domínio jurídico, a aceitação do intuicionismo equivale a conceber a aplicação do método da ponderação como uma capacidade natural do ser humano, que tem lugar de modo intuitivo, varia casuisticamente e depende de um juízo subjetivo.¹⁵

Paralelamente, a recondução da ponderação a uma atividade irracional e arbitrária tem sido amparada em três pontos: (i) na circunstância de configurar uma figura vazia e retórica que não fornece critérios e se baseia nas apreciações subjetivas do decisor; (ii) na imprevisibilidade dos resultados alcançados, dada a sua total dependência do caso concreto e, por último, (iii) no facto de envolver a comparação de realidades incomparáveis – também conhecida por objeção da incomensurabilidade.¹⁶

Às visões apresentadas opõe-se a conceção da ponderação como um método apto a alcançar resultados racionais. A cabal compreensão desta posição exige, porém, um esclarecimento sobre o que deve ser entendido por racionalidade. Trata-se de um conceito ambíguo, que se presta a múltiplas aceções, não existindo consenso quanto às suas condições essenciais. Todavia, é comum elevar-se (i) a clareza, (ii) a completude das premissas, (iii) a observância das regras da lógica e do ónus de argumentação, (iv) a consistência e (v) a coerência a condições essenciais do conceito de racionalidade ou de decisão racional.¹⁷ Tendo por base esta

(2009: 268 ss). No sentido de que a ponderação não é uma atividade racional, dado que inexistem padrões de racionalidade que evitem a arbitrariedade, cfr. Habermas (1996: 253 ss).

14. Muito sucintamente, é possível associar a ética normativa à discussão de questões substantivas sobre aquilo que se deve fazer e aquilo que é bom ou valioso, reconduzindo-se a metaética à investigação sobre a natureza desse tipo de discussão, ocupando-se de problemas metafísicos, epistemológicos e semânticos suscitados pela ética. Com a definição apresentada, cfr. Galvão (2016: 143 ss). Cfr., ainda, Sayre-McCord (2023).

15. Sobre o tema, explicando as origens do *intuicionismo* e aproximando a visão de Peczenik – cfr. Peczenik (1992: 195) – a uma abordagem *intuicionista*, cfr. Martínez Zorrilla (2007: 157-159).

16. Cfr. Bernal (2008: 43 ss). Evidenciando alguns destes aspetos e defendendo que configuram inconvenientes do recurso à ponderação, cfr. Aleinikoff (1987: 972 ss).

17. Cfr. C. Bernal (2008: 50 ss). Em termos ligeiramente distintos, considerando que os critérios de racionalidade da ponderação não são diferentes da racionalidade jurídica em geral (salientando, em especial, a coerência entre decisões, a fundamentação e previsibilidade das decisões, assim como a suscetibilidade de universalização dos seus fundamentos), cfr. Atienza Rodríguez (2012: 32 ss). Noutro contexto, a propósito da distinção entre racionalidade e razoabilidade, o autor identifica quatro condições para que uma decisão seja racional: (i) o respeito pelas regras da lógica dedutiva; (ii) o respeito pelos princípios da racionalidade prática (da consistência, da eficiência, da coerência, da generalização e da sinceridade); (iii) a consideração de todos os modos de produção do direito; e (iv) a não consideração de critérios éticos, políticos, entre

noção aproximada de racionalidade, procurar-se-á desconstruir os argumentos em que assenta a visão da ponderação como uma atividade irracional e arbitrária.

(i)

A visão da ponderação como um processo decisório totalmente dominado pelas preferências subjetivas do decisor parte de dois equívocos.

Em primeiro lugar, parece confundir racionalidade com objetividade – a circunstância de a ponderação consubstanciar uma atividade racional não implica que a mesma seja desprovida de carga valorativa; logo, admite-se um grau significativo de subjetividade no juízo ponderatório, não obstante a sua regulação por determinados critérios. Reconhecendo que a referida subjetividade pode contribuir para a contestabilidade do juízo efetuado, Alexy relembra que a racionalidade decisória se basta com a justificabilidade do juízo, não se exigindo a sua incontestabilidade. Concretizando, um juízo pode ser contestável e, ainda assim, racional (Alexy, 2003: 134 ss; 2012: 471 ss).¹⁸

Em segundo lugar, concebendo-se a ponderação como uma metatécnica aplicável em cenários de discricionariedade, o juízo sobre a ausência de critérios orientadores apenas pode ser levado a cabo a propósito de cada modelo de ponderação.¹⁹ A título de exemplo, o modelo proposto por Alexy baseia-se em duas leis da ponderação – a substantiva e a epistémica. A primeira determina que quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro. Assim, muito sucintamente, cabe ao intérprete-aplicador “medir” o grau de intensidade de interferência nas normas colidentes, atribuindo-lhe os graus de leve, moderado ou grave (Alexy, 2003, 2008 e 2014). Tendo presente o modelo da ponderação brevemente apresentado, e de acordo com o mesmo autor, a objeção da falta de racionalidade da ponderação só seria defensável caso não fosse possível efetuar juízos racionais sobre a atribuição dos referidos graus. Ora, segundo Alexy, tanto na argumentação jurídica em geral como no domínio específico da ponderação, a racionalidade de uma estrutura inferencial encontra-se essencialmente dependente do modo como as premissas que a encadeiam são justificadas.

Em síntese, a crítica sob escrutínio falha o alvo, dado que a eventual ausência (ou escassez) de critérios orientadores configura uma limitação dos modelos de ponderação (*i.e.*, das propostas sobre como a ponderação deve

outros, não previstos especificamente no ordenamento jurídico. Cfr. Atienza (1987: 193-194). Ainda sobre a racionalidade na ponderação, identificando algumas das condições aludidas, cfr. Alexy (2017: 20 ss).

18. Mostrando-se crítico desta visão, por considerar que o estabelecimento de uma relação de prioridade condicionada entre dois princípios deve ser conceptualmente separado da justificação desse processo, pelo que a justificação *a posteriori* de uma decisão não implica necessariamente que esta tenha sido tomada com recurso a um procedimento racional, cfr. Sardo (2018b: 91).

19. Remete-se para a nota 11 do presente estudo. Veja-se, ilustrativamente, a reflexão crítica encetada por Carlos Bernal Pulido sobre o modelo de Alexy, concluindo que o mesmo apresenta oportunidades de aperfeiçoamento, ainda que possibilite, ultrapassados esses reparos, uma decisão racional. Cfr. Bernal Pulido (2008: 52 ss).

ocorrer) e não da ponderação enquanto método. Em todo o caso, os modelos de ponderação desenvolvidos pela doutrina até ao momento – como é o caso da proposta *alexiana* – procuram ultrapassar esta objeção.

No mais, importa lembrar que, no âmbito da atividade ponderatória, o decisor é limitado não só pelos resultados de outros juízos ponderatórios – reais ou hipotéticos –, mas também pelas normas jurídicas aplicáveis a esta atividade, entre as quais ressalta o princípio da proporcionalidade.²⁰

(ii)

A crítica relativa à imprevisibilidade das decisões alcançadas através da ponderação desconsidera a proposta universalista, segundo a qual a norma de decisão extraível da resolução do conflito é extensível a todos os casos inseríveis na mesma classe.²¹ Por outro lado, como visto, não obstante o contexto de discricionariedade, a ponderação é orientada pelas normas jurídicas aplicáveis, das quais sobressaem os conhecidos por princípios da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade, da segurança jurídica e da proteção da confiança. O espaço de liberdade conferido ao decisor é limitado pela aplicabilidade das referidas normas, que contribuem decisivamente para mitigar a imprevisibilidade das respetivas decisões.

(iii)

Resta focar a crítica relativa à impossibilidade de comparar realidades incomparáveis – comumente conhecida por objeção da incomensurabilidade. A sua complexidade aconselha, porém, a um tratamento autónomo. De todo o modo, justifica-se um ponto prévio: a crítica, nos termos apresentados, pressupõe a sinonímia entre os conceitos de incomensurabilidade e incomparabilidade, opção altamente contestada na literatura. Assim, feito este reparo, a abordagem ao tema terá sobretudo em consideração o conceito de incomparabilidade, depurando-o do de incomensurabilidade.

Por fim, deve salientar-se que defender a racionalidade da ponderação não equivale a afirmar que a atividade de ponderar ocorre sempre de forma racional. Assim, autores como Alexy assumem uma posição intermédia, com a qual se concorda: ao invés de considerarem que a ponderação jamais poderá ser um processo racional ou, pelo contrário, que se desenrola sempre de modo racional, defendem que, por vezes, é possível atingir racionalmente um resultado por via da ponderação.²² Por outras palavras, a ponderação pode ou não configurar uma atividade racional (o que dependerá, designadamente, do modelo de ponderação adotado e do modo como é aplicado), mas não está necessariamente condenada à irracionalidade.

20. Em sentido próximo, embora coloque a tónica na moldura criada pelos chamados casos paradigmáticos, que vêm delimitar o conjunto de decisões admissíveis, cfr. Moreso (2012: 38 ss).

21. Especificamente sobre o tema, apelidado pelo autor como *the ad hoc problem*, cfr. Alexy (2017: 25 ss). Sobre a tese universalista, remete-se para a secção anterior.

22. Cfr. Alexy (2017). Neste sentido, cfr. Borowski (2013: 1410-1413) e Bernal Pulido (2008: 52 ss). Sobre o tema, ver ainda Petersen (2013).

3. A objeção da incomensurabilidade

A par das objeções dirigidas individualmente a cada modelo de ponderação, que não serão objeto de análise nesta sede, a ponderação tem sido alvo de críticas transversais, das quais a irracionalidade, a incomensurabilidade, a violação do princípio democrático, a violação do princípio da separação de poderes e a degradação da força normativa da Constituição constituem apenas alguns exemplos.²³

Não obstante o conjunto impressionante de críticas, os próximos parágrafos incidirão exclusivamente sobre a conhecida por objeção da incomensurabilidade. A restrição gizada carece, naturalmente, de justificação. Três razões, de diferente natureza, sustentam esta delimitação.

Em primeiro lugar, crê-se que a crítica relativa à irracionalidade foi suficientemente escrutinada *supra*, a propósito das teorias sobre a ponderação.

Em segundo lugar, algumas das críticas endereçadas à ponderação assumem como paradigma a aplicação deste método no contexto da fiscalização da constitucionalidade de normas infraconstitucionais.²⁴ É o caso das que sustentam a violação dos princípios democrático e da separação de poderes. Neste domínio, tem cabimento salientar as competências acometidas aos órgãos de cada função estadual e questionar se, de algum modo, a adoção do método da ponderação implica uma usurpação pelos tribunais (em especial, pelo Tribunal Constitucional) de competências atribuídas a outro órgão.

Porém, tal reflexão é menos relevante perante a aplicação do método da ponderação a outros casos.²⁵ Como visto, a ponderação enquanto método é utilizável em diferentes cenários de discricionariedade – por exemplo, a que emerge na atividade interpretativa, na escolha entre vários significados possíveis assacáveis a um enunciado normativo –, extravasando o campo dos conflitos normativos. Mesmo dentro dos conflitos normativos, a questão não se coloca com a mesma premência no cenário de colisão direta de normas constitucionais. Por outro lado, atendendo ao exposto, qualquer juízo sobre a violação dos princípios democrático e da separação de poderes encontra-se dependente do concreto modelo de ponderação utilizado (não podendo ser feito em abstrato, em relação à ponderação enquanto metatécnica).

23. Apresentando estas e outras críticas à ponderação, entre outras referências, cfr. Aleinikoff (1987: 972 ss); Reis Novais (2003: 640 ss); Jestaedt (2012: 157 ss) e Urbina (2017: 39 ss).

24. Repare-se que, no contexto dos conflitos constitucionais, existem duas categorias a considerar: a colisão direta entre normas constitucionais e os conflitos mediados por normas infraconstitucionais, cuja produção é o resultado de uma ponderação abstrata, realizada pelo legislador, entre normas constitucionais. É precisamente essa ponderação abstrata que pode ser escrutinada no âmbito da fiscalização da constitucionalidade. Distinguindo entre as ponderações de laboratório realizadas pelo legislador ordinário das intervenções restritivas efetuadas por órgãos infralegislativos, cfr. Pereira Coutinho (2010: 566 ss).

25. Especificamente sobre estes temas, cfr. Böckenforde (2017: 235 ss); Bernal Pulido (2011: 228 ss); Silva (2011b: 244 ss).

Por último, os autores favoráveis ao recurso ao método da ponderação têm reagido de uma de duas formas às críticas expostas: (i) ou as acomodam, aperfeiçoando o modelo de ponderação que desenvolveram ou ao qual aderiram ou (ii) demonstram a sua insubsistência. Como exemplo da primeira via, realçam-se as adaptações protagonizadas por Alexy ao respetivo modelo (e.g., a incorporação da variável da fiabilidade das premissas subjacentes e a introdução da teoria dos princípios formais).²⁶ Exemplo da segunda via é o trabalho desenvolvido por autores como Carlos Bernal Pulido a propósito do problema da irracionalidade da ponderação.²⁷

Ademais, basta adotar-se uma perspetiva analítica e normativista para se refutar críticas como a que alerta para a degradação da força normativa da Constituição. Na verdade, não é por se admitir quer a possibilidade de conflito entre normas constitucionais, quer a hipótese de uma norma constitucional ser limitada por uma norma infraconstitucional ao abrigo de uma norma constitucional que se assiste à erosão da força normativa da Constituição. Aliás, não só está por demonstrar o que deve ser entendido, neste contexto, por força normativa – visto não estar em causa uma deterioração do nível hierárquico das normas –, como são altamente contestáveis os enquadramentos desenvolvidos em alternativa ao método da ponderação.²⁸

No fundo, a superação de algumas das objeções – seja no sentido da sua consideração aquando do aperfeiçoamento do modelo de ponderação adotado, seja no sentido da sua refutação – retiram premência à sua análise.

3.1. A diferença entre incomensurabilidade e incomparabilidade

Dito isto, a incomensurabilidade pode ser definida como a situação em que inexistente uma unidade de medição cardinal que represente o valor de ambos os objetos (Chang, 1997: 1 ss; 2015: 205).²⁹ Inicialmente, vingou a visão segundo a qual os objetos incomensuráveis seriam, simultaneamente, incomparáveis. Dito de outro modo, as noções de incomensurabilidade e incomparabilidade eram empregues sinonimicamente ou, pelo menos, estabelecia-se uma relação de implicação entre elas.³⁰

26. A título de exemplo, já com a chamada de fórmula do peso completa refinada, cfr. Alexy 2014: 513 ss.

27. Cfr. Bernal Pulido (2008: 52 ss) e (2011: 228 ss).

28. Para mais desenvolvimentos sobre a crítica da degradação da força normativa da Constituição, cfr. Habermas, (2010: 326 ss).

29. Adotando uma definição ligeiramente distinta de incomensurabilidade, cfr. Scharffs (2001: 1389 ss); Veil (2010: 181 ss). Na escala ordinal é estabelecida uma ordem não ancorada numa estrutura algébrica; contrariamente, na escala cardinal é estabelecida uma ordenação de elementos através de valores numéricos que expressam a sua posição ou importância – cfr. Silva Sampaio (2018: 89 ss). Note-se que a utilização do termo *objeto* é propositada, dado que podem estar em causa várias realidades – desde valores ou portadores de valores (*value bearers*), no domínio da filosofia, a direitos, normas ou razões, no domínio do direito.

30. Cfr., neste sentido, Raz (1986, pp. 322 ss) e, posteriormente, Raz (1997: 110 ss).

A par desta visão, chegou a ser defendida a distinção entre incomensurabilidade forte e incomensurabilidade fraca. A primeira corresponderia aos casos em que não é discernível, entre dois objetos, quer uma relação de superioridade / inferioridade, quer uma relação de paridade. A segunda radicaria na circunstância de existir uma ordenação entre os objetos que assentaria em uma de duas concepções – a dos direitos como trunfos (*rights as trumps*) e a de ordem lexical (*lexical order*). Segundo este entendimento, a ordenação baseada em qualquer uma das noções pressupõe uma ponderação prévia e, nessa medida, a incomensurabilidade fraca já não se apresentaria incompatível com aquela operação intelectual (Waldron, 1994: 815 ss). Esta visão é, todavia, criticada por Virgílio Afonso da Silva, ao relembrar que Waldron emprega um conceito de ponderação não coincidente com o usualmente difundido na literatura sobre o tema e que, conseqüentemente, a distinção que advoga e as conseqüências que da mesma extrai colapsariam perante a utilização do termo ponderação na sua aceção mais comum (Silva, 2011a: 283 ss).

Como a definição deixa intuir, o fenómeno da incomensurabilidade extravasa o contexto jurídico, consubstanciando um problema filosófico amplamente discutido no domínio da razão prática.³¹ Neste contexto, embora a questão não seja totalmente pacífica, tem sido defendido que a justificação de uma escolha exige a comparação entre alternativas.³² Partindo-se deste pressuposto, os entraves colocados por esta aceção de incomensurabilidade são facilmente apreendidos: se a justificação de uma escolha depende da comparação entre alternativas e se a incomensurabilidade equivale ou implica incomparabilidade, a presença de objetos incomensuráveis frustra a racionalidade decisória pressuposta pela razão prática.

O raciocínio exposto é, em certa medida, transponível para o domínio jurídico: uma vez que a ponderação – *qua* metatécnica ou técnica de segunda ordem – implica a comparação entre alternativas, a referida noção de incomensurabilidade bloquearia o acesso a um processo decisório racional.³³ Curiosamente, parte do sucesso desta visão deve-se à perceção da ponderação como um método que contribui para a degradação da força normativa da Constituição e, em particular, das normas de direitos fundamentais. Assim, este entendimento parte do pressuposto errado de que tratar um valor, interesse ou direito como incomensurável – escudando-

31. Cfr., a título de exemplo, os vários estudos incluídos em Chang (1997) e, mais recentemente, Hsieh (2021). Nesta sede, utiliza-se o conceito de razão prática na aceção de campo do conhecimento que lida com o processo deliberativo inerente à ação. Assim, a razão é conotada como “prática” não só por ter como objeto a ação, mas também pela circunstância de o processo deliberativo desembocar na ação. Para mais desenvolvimentos, cfr. Wallace (2020) e os vários estudos em Baumann / Betzler (2004).

32. Trata-se de uma corrente denominada comparativismo. Cfr. Chang (1997: 7 ss); Chang (2015: 216 ss).

33. Cfr., entre outros, Silva (2011a: 283) e Scharffs (2001: 1416 ss), concluindo este último autor que a intuição desempenha um papel relevante no processo deliberativo que incide sobre bens incomensuráveis.

-o do exercício ponderatório - equivale à concessão de uma maior proteção.³⁴

Em rutura com a visão exposta, tem sido defendido que os objetos incomensuráveis podem ser, ainda assim, comparáveis. Logo, a ausência de uma unidade de medição cardinal não preclui a comparabilidade entre objetos: de acordo com esta nova proposta, não sendo possível ordenar os objetos de acordo com uma escala cardinal, seria suficiente ordená-los através de uma escala ordinal (Chang, 1997: 1 ss; 2015: 205 e Silva, 2011a: 280 ss). O inverso não é, contudo, verdadeiro: os objetos incomparáveis são, também, incomensuráveis. Assim, sem prejuízo da autonomização dos dois conceitos, verifica-se uma relação de implicação entre incomparabilidade e incomensurabilidade (e não o contrário).

Pelo visto, é sem surpresa que se constata a progressiva secundarização do conceito de incomensurabilidade e a contraposta centralidade assumida pela noção de incomparabilidade. Na verdade, é apenas a verificação deste último fenómeno que pode obstar à racionalidade decisória (Chang, 2015: 205 ss). O referido releva tanto no domínio da razão prática, como no campo jurídico.

A incomensurabilidade só constituiria um verdadeiro desafio à utilização do método da ponderação caso as operações de medição que a mesma pressupõe carecessem necessariamente de uma escala cardinal. Porém, a medição não se encontra dependente de uma quantificação numérica, podendo ancorar-se numa escala ordinal.³⁵

É certo que a operação de medição poderia ser definida como o método através do qual são atribuídos números a magnitudes.³⁶ Neste sentido, a atribuição de um número a uma quantidade permitiria determinar a magnitude dessa quantidade. Por sua vez, a quantidade consubstancia uma propriedade que assume tipicamente uma configuração física, como o peso ou a altura (Silva Sampaio, 2018: 89 ss). Face à definição apresentada, o conceito de medição não poderia ser utilizado no método da ponderação - pelo menos, no seu sentido próprio ou normal. No entanto, esta aceção de medição tem sido substituída por um conceito mais amplo: basta que exista um processo de atribuição não aleatório e consistente para se poder falar, num sentido muito lato, em medição, rompendo-se com a ideia de que o raciocínio quantitativo se encontra limitado à representação numérica. Mesmo que não seja possível aceder à simbologia numérica, basta um raciocínio por aproximação (Sartor, 2013: 1429 ss; 2018: 613 ss). Adotando-se um conceito lato de medição, complementado com a noção de escala ordinal (que, estabelecendo uma ordem, não implica a representação numérica ou a separação das unidades ordenadas em intervalos iguais), a ausência de quantificação numérica não preclui o recurso à ponderação.

34. Realçando a insustentabilidade desta visão, cfr. Schauer (1994: 794); Silva (2011a: 275).

35. Sobre a noção de escala ordinal, remete-se para a nota 29.

36. Realça-se, porém, que não existe consenso na literatura quanto ao conceito de medição - *i.e.*, quanto a saber que objetos são suscetíveis de medição e em que condições pode a mesma ocorrer. Cfr. Tal (2020).

3.2. O conceito de incomparabilidade

Face ao exposto, a incomparabilidade pode ser definida como a situação em que não é possível estabelecer uma relação de avaliação comparativa entre dois ou mais objetos a respeito de determinado valor de cobertura – *covering value* (Chang, 1997: 6 e 2015: 205 ss).^{37/38}

Fazendo uso de um exemplo apresentado por Virgílio Afonso da Silva, perante a escolha entre a música composta por Bach e a composta por Madonna, a escolha pode sustentar-se no juízo comparativo segundo o qual Bach compôs música melhor. Neste caso, o *covering value* consiste na qualidade da música. No entanto, poderia ser substituído por outro – e.g., o contributo para a cultura ocidental. A contestabilidade do juízo comparativo efetuado – i.e., a ausência de consenso sobre quem compôs músicas melhores – não culmina na incomparabilidade entre as duas alternativas. A comparabilidade encontra-se demonstrada pela possibilidade de se construir um juízo comparativo – seja ou não consensual. É certo que as dificuldades suscitadas pela escolha do valor de cobertura relevante, pela sua eventual vagueza ou pela circunstância de se apresentar como uma súmula de vários valores contributivos não devem ser menosprezadas. Porém, estas contingências não inviabilizam a comparação entre objetos, muito embora possam dificultá-la significativamente (Silva, 2011a: 282 ss e Chang, 1997: 14 ss e 22 ss).

A definição apresentada deixa em aberto saber quais são as relações de avaliação comparativa que podem ser estabelecidas entre objetos, sendo precisamente quanto a este aspeto que inexistente consenso na literatura.

Poder-se-ia afirmar que dois objetos são comparáveis se e apenas se é verdade que um deles é melhor do que o outro ou que ambos têm igual valor. É a chamada de tese tricotômica (*trichotomy thesis*), precisamente por advogar que existem apenas três tipos de relações entre dois objetos: a de superioridade, a de inferioridade e a de exata paridade. Qualquer hipótese fora destas opções consubstanciaria um caso de incomparabilidade.

Esta perspetiva é usualmente defendida tendo por base o conceito de transitividade e o conhecido por *small improvement argument*. Diz-se que a relação entre os objetos *A*, *B* e *C* é transitiva se a seguinte afirmação for

37. A autora desenvolve esta definição, precisando que dois objetos são incomparáveis se é falso que entre eles se estabeleça uma relação de valor positiva, básica e binária a respeito de um valor de cobertura. Uma relação de valor é positiva quando representa o modo como dois objetos se relacionam e não o contrário – i.e., o falhanço no estabelecimento de uma relação de valor. O conjunto de relações de valor é básico quando esgota o espaço conceptual de comparabilidade entre dois objetos em relação a um valor de cobertura. Uma relação de valor é binária se relaciona dois objetos a respeito de um valor de cobertura.

38. Neste sentido, advogando a essencialidade deste conceito, uma vez que inexistente uma comparação *simpliciter*, cfr. Chang (1997: 5 ss). A par da expressão valor de cobertura (*covering value*), Chang emprega igualmente a expressão consideração de cobertura (*covering consideration*), em virtude de poder estar em causa mais do que um valor de cobertura, colocando-se a questão de saber como se relacionam entre si. Cfr. Chang (2015: 208).

verdadeira: se *A* e *B* têm o mesmo valor e se *C* é melhor do que *A*, então *C* é melhor do que *B*. Caso *C* não seja, afinal, melhor do que *B*, então *A*, *B* e *C* são incomparáveis, visto que a relação entre eles não é transitiva. Por seu turno, de acordo com o *small improvement argument*, quando *A* não é melhor do que *B* e uma melhoria num deles (e.g., *A+*) não o torna melhor do que o outro (e.g., *B*), então nenhuma das relações de comparação expostas se verifica, o que determina a incomparabilidade entre *A* e *B* - visto que nem um é melhor do que o outro, nem têm exatamente o mesmo valor. Assim, a força do argumento está totalmente dependente da adoção da tese tricotômica (Chang, 2015: 212 ss).³⁹

Como referido, esta posição não é genericamente aceite; pelo contrário, tem sido intensamente questionada na literatura recente sobre o tema.⁴⁰ Destaca-se, em especial, a posição desenvolvida por Ruth Chang, uma das principais opositoras da tese tricotômica. De acordo com a autora, esta visão parte de uma assunção substantiva que é, no mínimo, debatível: a de que as três relações identificadas esgotam o espaço conceptual da comparabilidade. No entanto, esta assunção não deve integrar a própria noção de incomparabilidade. No seu entendimento, existe uma quarta relação de valor para além das três descritas.⁴¹ Dois objetos podem não estabelecer uma relação de superioridade, inferioridade ou exata paridade a respeito de um valor e serem, ainda assim, comparáveis. Nesse caso, encontram-se naquilo a que Chang denomina de *on a par* (Chang, 2015: 212 ss).⁴² Esta quarta relação de valor permite ultrapassar o *small improvement argument*: quando duas alternativas estão *on a par* não são nem melhores nem piores e uma pequena melhoria numa delas não revela uma relação de superioridade ou inferioridade quanto à satisfação de um *covering value*. Logo, com o abandono da tese tricotômica, o referido argumento perde relevância, visto que do mesmo deixa de poder ser extraído um cenário de incomparabilidade (Chang, 1997: 23 ss).

Resta explicitar se e de que modo o trabalho desenvolvido acerca da noção de incomparabilidade no domínio da razão prática tem relevância no contexto jurídico e, em particular, a respeito no método da ponderação.

Em primeiro lugar, poder-se-ia dizer que os valores pressupostos pelas normas jurídicas são não apenas incomensuráveis, mas também incomparáveis.⁴³ Contudo, esta afirmação pode ser rebatida em duas frentes: (i) por um lado, remetendo-se para a posição exposta *supra* que afasta a tese tricotômica e admite uma quarta relação de valor; (ii) por outro lado, esclarecendo-se que a ponderação considera alternativas concretas e

39. Relacionado a tese tricotômica com a transitividade e o *small improvement argument*, cfr. Silva (2011a: 293 ss).

40. Cfr., enunciando as objeções dirigidas à tese tricotômica, assim como as propostas alternativas que tem espoletado, Hsieh (2021).

41. Expondo desenvolvidamente os argumentos que sustentam esta afirmação, cfr. Chang (2002: 663 ss). Sobre o tópico, cfr. igualmente Andreou (2015: 9 ss).

42. Transpondo a proposta de Chang para o contexto jurídico e apresentado uma tricotomia alternativa - *aproximadamente maior*, *aproximadamente menor* e *mais ou menos igual*, cfr. Canas (2017: 739 ss).

43. Por exemplo, no caso das normas de direitos fundamentais, a vida, a liberdade de expressão, etc.

não valores abstratos. Assim, a título de exemplo, perante um conflito entre a norma que consagra a liberdade de expressão e a norma que consagra o direito à privacidade, não se pretende analisar os valores abstratos da privacidade ou da liberdade de expressão; pretende-se, outrossim, comparar as numerosas possibilidades de proteger e garantir as posições jurídicas conferidas por essas normas numa situação concreta. O referido retira relevância à incomensurabilidade ou eventual incomparabilidade dos valores pressupostos por normas jurídicas, quando considerados em abstrato (Silva, 2011a: 286 ss).⁴⁴

No mais, as considerações tecidas a propósito do conceito de incomparabilidade assumem um inegável impacto na comparação entre alternativas concretas inerente à ponderação. Em suma, as características das operações de medição compreendidas no método da ponderação não permitem uma análise tão fina como a exigida pela tese tricotómica.

O referido pode ser ilustrado através do seguinte exemplo: suponha-se que a autoridade normativa emite uma norma que impõe a colocação de um aviso no rótulo das bebidas alcoólicas que alerta para a necessidade de moderação no consumo de álcool. Em simultâneo, determina-se que o referido aviso tem de ter determinada dimensão. A referida norma infraconstitucional consubstancia uma interferência na norma que consagra a liberdade de iniciativa económica (prevista no artigo 61.º da Constituição). A interferência opera, porém, ao abrigo de outra norma constitucional, a que consagra o direito à saúde (artigo 64.º da Constituição). À partida, o juízo a efetuar sobre a intensidade da interferência na norma de direito fundamental restringida não sofreria alterações caso o sinal a colocar no rótulo passasse a ter uma dimensão ligeiramente superior. Ora, para um defensor da tese tricotómica e da noção de transitividade à mesma associada, o exemplo exposto seria suficiente para sustentar a incomparabilidade entre as alternativas em jogo, o que frustraria a tomada de uma decisão racional através da ponderação.⁴⁵

É neste contexto que assume relevância posição de Ruth Chang: como referido, devido à escala adotada (ordinal), o método da ponderação fornece um processo de medição *arredondado* (*rough measurement*), que não deteta diferenças mais finas entre graus de intensidade de interferências em normas. Assim, é possível que a ponderação culmine numa hipótese em que as alternativas estão numa relação de *rough equality* ou *on a par* e não numa relação de exata paridade, inferioridade ou de superioridade. Tal não implica, contudo, que a decisão alcançada seja desprovida de racionalidade assente na incomparabilidade entre as alternativas.⁴⁶

44. Na perspetiva da razão prática, também Chang reconhece que a comparabilidade entre valores é mais desafiante do que a comparabilidade entre alternativas de ação, muito embora ressalve que, no primeiro caso, é possível comparar as instanciações dos valores num determinado contexto fáctico. Cfr. Chang (2015: 209 ss).

45. Expondo um exemplo semelhante e alcançando a conclusão exposta, cfr. Silva (2011a: 294 ss).

46. Opondo os casos referidos em texto aos de *small / large trade-offs*, cfr. Silva (2011a: 286 ss). Esta ideia constitui uma transposição, para o domínio da ponderação, da contraposição entre *notable / nominal* desenvolvida por Chang. Segundo a autora, os

Concluindo, a incomensurabilidade não constitui um verdadeiro obstáculo à ponderação, visto que dois objetos incomensuráveis podem, ainda assim, ser comparáveis. Por outro lado, a incomparabilidade configura um fenômeno raro, sendo até discutível se existem casos de incomparabilidade autêntica, atendendo à existência de relações de valor positivas para além das admitidas pela tese tricotômica (Chang, 1997: 13 ss). As dificuldades suscitadas pela escolha do valor de cobertura relevante, pela sua eventual vagueza ou pela circunstância de se apresentar como uma súmula de vários valores contributivos não inviabilizam a comparação entre alternativas, muito embora possam dificultá-la significativamente. No mais, e focando especificamente o caso dos conflitos normativos, há um aspeto que facilita o processo decisório: a circunstância de a ponderação entre duas ou mais normas considerar alternativas concretas e não valores abstratos, pelo que importa sobretudo aferir a comparabilidade entre a interferência x na norma $_y$ e a interferência w na norma $_z$. Por último, a incomparabilidade constitui um obstáculo a todo o raciocínio prático, não sendo correto configurá-la como uma “crítica” unicamente assacável à ponderação.

aparentes casos de incomparabilidade podem ser refutados caso se encontre um exemplo notável e um exemplo meramente nominal. Nessa situação, a comparação é óbvia, por existirem exemplos tão claros e inseríveis nos antípodas do espectro de satisfação de determinado valor. No entanto, funcionando esse espectro como um *continuum*, não é por existirem várias versões progressivamente melhores do exemplo nominal que se passa de um cenário de comparabilidade para um de incomparabilidade. Cfr. Chang (1997: 14 ss) e (2002: 673 ss).

Referências

- Aleinikoff A. Constitutional Law in the Age of Balancing. *The Yale Law Journal*. 1987; 96 (5). 943-1005.
- Alexy R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003;16 (4). 433-449.
- Alexy R. La fórmula del peso. In: Carbonell M (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 2008, 13-42.
- Alexy R. Formal Principles. Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*. 2014;12 (3). 511-524.
- Alexy R. Proportionality and Rationality. In: Jackson VC, Tushnet M (eds.). *Proportionality – new frontiers, new challenges*. Cambridge: Cambridge University Press; 2017, 13-29.
- Andreou C. Parity, comparability and choice. *The Journal of Philosophy*. 2015; 112 (1). 5-22.
- Atienza M. Para una Razonable Definición de “Razonable”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 1987; 4. 189-200.
- Atienza Rodríguez M. A vueltas con la ponderación. In: Atienza Rodríguez M, García Amado JA (eds.). *Un Debate sobre la Ponderación*. Lima / Bogotá: Palestra Editores / Editorial Temis; 2012, 9-37.
- Battista Ratti G. *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*. Madrid: Marcial Pons; 2013.
- Baumann P, Betzler M (eds.). *Practical Conflicts – New Philosophical Essays*. Cambridge: Cambridge University Press; 2004.
- Bernal Pulido C. La racionalidad de la ponderación. In: Carbonell M (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 2008, 43-68.
- Bernal Pulido C. ¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España. In: Sieckmann J (coord.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons; 2011, 223-242.
- Böckenforde E. Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights. In: Künkler M, Stein T (eds.). *Constitutional and Political Theory: Selected Writings I*. New York: Oxford University Press; 2017, 235-265.
- Borowski M. On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen. *German Law Journal*. 2013; 14 (8). 1409-1418.
- Canas V. *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controle de Atos Legislativos*. Almedina: Coimbra; 2017.

Chang R. (ed.) *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*. Cambridge: Harvard University Press; 1997.

Chang R. Introduction. In: Chang R (ed.). *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*. Cambridge: Harvard University Press; 1997, 1-34.

Chang R. The possibility of parity. *Ethics*. 2002; 112 (4). 659-688.

Chang R. Value incomparability and incommensurability. In: Hirose I, Olson J (eds.). *The Oxford Handbook of Value Theory*. Oxford: Oxford University Press; 2015, 205-224.

Chiassoni P. La balanza inexistente. *Analisi & Diritto*. 2019; 1. 165-231.

Clérico L. Sobre "Casos" y ponderación. Los Modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias?. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. 2012; 37. 113-145.

Galvão P. Ética. In: Galvão P (org.). *Filosofia. Uma Introdução por Disciplinas*. Lisboa: Edições 70; 2016, 143-174.

Guastini R. Una Teoría Cognoscitiva de la Interpretación. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. 2008; 29. 15-31.

Guastini R. *Interpretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2014.

Habermas J. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. New Baskerville: The MIT Press; 1996.

Habermas J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6.ª ed. Madrid: Trotta; 2010.

Hsieh N. Incommensurable Values. In: Zalta EN (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/value-incommensurable/>); 2021.

Jestaedt M. The Doctrine of Balancing. Its Strengths and Weaknesses. In: Klatt M (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press; 2012, 152-172.

Lucatuorto PL. Regole aritmetiche per il bilanciamento giudiziale del conflitto fra principi costituzionali: dalla "formula del peso" all'informativa giuridica decisionale. *Rivista di Diritto, Economia e Gestione delle Nuove Tecnologie*. 2007; 3 (2). 1-12.

Luque P (ed.). *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons; 2015.

Martínez Zorrilla D. *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*. Madrid: Marcial Pons; 2007.

Mendonça D. Conflicto y balance de derechos. In: Aguiló Regla J, Grández Castro P (coord.). *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra Editores; 2017, 171-204.

- Moniz Lopes P. Balancing principles and a fortiori reasoning. In: Duarte D, Silva Sampaio J (eds.). *Proportionality in law – an analytical perspective*. S.I.: Springer; 2018, 137-156.
- Moniz Lopes P. Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas. O Enquadramento das Normas Regulamentares na Teoria dos Conflitos Normativos. I. Lisboa: AAFDL; 2019.
- Moreso JJ. Alexy y la Aritmética de la Ponderación. In: Carbonell M (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 2008, 69-83.
- Moreso JJ. *La Constitución: Modelo para Armar*. Madrid: Marcial Pons; 2009.
- Moreso JJ. Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism. *Ratio Juris*. 2012; 25 (1). 31-46.
- Peczenik A. Legal collision norms and moral considerations. In: Brouwer PW et al. (eds). *Coherence and Conflict in Law*. Deventer: Kluwer Academic Publishers; 1992, 177-197.
- Pereira Coutinho L. Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais. In: Miranda J (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. I. Coimbra: Almedina; 2010, 557-574.
- Petersen N. (2013). How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. *German Law Journal*, 14 (08), pp. 1387-1408.
- Raz J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press; 1986.
- Raz J. Incommensurability and Agency. In: Chang R (ed.). *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*. Cambridge: Harvard University Press; 1997, 110-128.
- Redondo MC. Dos Modelos de Norma y Razonamiento Práctico. In: Luque P (ed.). *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons; 2015, 59-88.
- Reis Novais J. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora; 2003.
- Sardo A. Let's talk about antinomies. Normative systems reloaded. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2018a; 36. 1-24.
- Sardo A. Three theories of judicial balancing: a comparison. *Dignitas – Revija za človekove pravice/Slovenian journal of human rights*. 2018b; 53/54. 60-95.
- Sartor G. The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-Numerical Magnitudes. *German Law Journal*. 2013; XIV (8). 1419-1456.
- Sartor G. A Quantitative Approach to Proportionality. In: Bongiovanni G et al. (eds.). *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*. Dordrecht: Springer; 2018, 613-636.

Sartor G. Consistency in balancing: from value assessments to factor-based rules. In: Duarte D, Silva Sampaio J (eds.). Proportionality in law – an analytical perspective. S.l.: Springer; 2018, 121-136.

Sayre-McCord G. Metaethics. In: Zalta EN, Nodelman U (eds.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy (disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/metaethics/>); 2023.

Scharffs BG. Adjudication and the Problems of Incommensurability. *William and Mary Law Review*. 2001; 42 (4). 1367-1435.

Schauer F. Commensurability and Its Constitutional Consequences. *Hastings Law Journal*. 1994; 45, (4). 785-812.

Silva Sampaio J. Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights. In: Duarte D, Silva Sampaio J (eds.). Proportionality in law – an analytical perspective. S.l.: Springer; 2018, 71-110.

Silva Sampaio J. Brute Balancing, Proportionality and Meta-Weighing of Reasons. In: Sieckmann J (ed.). Proportionality, Balancing, and Rights – Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights. S.l.: Springer; 2021, 49-84.

Silva Sampaio J. Ponderação e Proporcionalidade – Uma teoria analítica do raciocínio constitucional. I. Lisboa: Almedina; 2023a.

Silva Sampaio J. Ponderação e Proporcionalidade – Uma teoria analítica do raciocínio constitucional. II. Lisboa: Almedina; 2023b.

Silva VA da. Comparing the incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2011a; 31 (2). 273-301.

Silva VA da. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In: Sieckmann J (coord.). La teoría principialista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons; 2011b, 243-260.

Tal E. Measurement in science. In: Zalta EN (ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy (disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/measurement-science/>); 2020.

Urbina FJ. A Critique of Proportionality and Balancing. Cambridge: Cambridge University Press; 2017.

Veel PN. Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making. *Law and Ethics of Human Rights*. 2010; 4 (2). 177-228.

Waldron J. Fake Incommensurability. A Response to Professor Schauer. *Hastings Law Journal*. 1994; 45 (4). 813-824.

Wallace RJ. Practical Reason. In: Zalta EN (ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy (disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/practical-reason/>); 2020.