

Concordância Prática no Pensamento Jurídico-Constitucional de Konrad Hesse¹

Practical Concordance in Konrad Hesse's Constitutional Thought

WOLFGANG HOFFMANN-RIEM

Universidade de Hamburgo, Bucerius Law School. Hamburgo, Alemanha.

RESUMO: O presente artigo aborda a origem, o desenvolvimento teórico e a aplicação judicial do princípio da concordância prática no Direito Constitucional alemão, a partir do pensamento de Konrad Hesse. O texto analisa a forma como o princípio da concordância prática foi acolhido no âmbito acadêmico e a sua posterior aplicação pelo Tribunal Constitucional alemão, sua inter-relação com o princípio da proporcionalidade, as críticas elaboradas a ele, bem como as suas possibilidades de realização em face dos desafios originados pela assim chamada *Legal Technology*.

PALAVRAS-CHAVE: Concordância prática; Konrad Hesse; direitos fundamentais; proporcionalidade; *Legal Technology*.

ABSTRACT: This article addresses the origin, theoretical development and judicial application of the principle of practical concordance in German constitutional law, based on the thought of Konrad Hesse. The text analyzes how the principle of practical concordance was accepted in the academic field and its subsequent application by the German Constitutional Court, its interrelationship with the principle of proportionality, the criticisms made of it, as well as its possibilities of realization in front of the challenges originated by the so-called *Legal Technology*.

KEYWORDS: Practical concordance; Konrad Hesse; fundamental rights; proportionality; *Legal Technology*.

SUMÁRIO: I – A linha diretiva para o surgimento da concordância prática; II – Em especial: Sobre a relação dos direitos fundamentais com a concordância prática; III – Concordância prática na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha; IV – Crítica ao princípio da concordância prática; V – Significado do princípio da concordância prática no Direito Constitucional para além da proteção dos direitos fundamentais; VI – Desafios atuais; Consideração final.

Como estudante, conheci pela primeira vez Konrad Hesse no primeiro semestre de verão do ano de 1960. Era o meu terceiro semestre de graduação. Ele falou sobre direito administrativo. A palestra foi no seu estilo

1 Tradução realizada do original em alemão por Italo Fuhrmann, doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

sóbria e excepcional na clareza da condução do pensamento, muito embora o conteúdo não fosse precisamente sujeito a imposto por divertimento. Eu tentei prestar atenção em tudo, anotei muito, e minhas anotações foram utilizadas com êxito para a preparação ao 1º e ao 2º exame estatal. No entanto, o tema da concordância prática – até onde eu me recordo – ainda não era objeto de discussão.

I – A LINHA DIRETIVA PARA O SURGIMENTO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA

Este conceito só mais tarde se tornou uma das marcas registradas de Konrad Hesse. Nada obstante, o “criador” do conceito foi *Richard Bäumlín*, um cientista suíço que, assim como *Konrad Hesse*, foi fortemente influenciado por *Rudolf Smend*. Em 1961, *Bäumlín* utilizou pela primeira vez este conceito no artigo “Estado, Direito e História”². *Bäumlín* escreve sobre a “essência do direito histórico”³. O direito constitucional seria aberto, de modo que seus princípios e conceitos individuais não são logicamente uniformes, mas, ao contrário, são respostas parciais postas lado a lado, que requerem continuamente maior concretização, não no mero sentido de “aplicar” ou “implementar”, mas no desenvolvimento tópico do problema que traz as respostas parciais na ação histórica para a concordância prática⁴.

Em um comentário extremamente positivo do livro⁵, *Konrad Hesse* refere também os pensamentos a ele vinculados, no entanto em uma formulação modificada: “Importante é que os padrões sejam trazidos a uma consonância prática na execução do Direito na realidade jurídica”⁶. Ele adiciona, todavia, as palavras em latim: “*Concordantia disconcordantium*”⁷.

Na primeira edição do livro *Elementos do Direto Constitucional da República Federal da Alemanha*, doravante apenas *Elementos*, publicado em 1967, surge pela primeira vez o conceito “concordância prática” em *Hesse*, designadamente na seção sobre o “procedimento da concretização

2 *R. Bäumlín*, Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, 1961, p. 30.

3 Ver o subtítulo na nota de rodapé 1 do artigo citado.

4 *R. Bäumlín*, p. 30, na nota de rodapé 36. Referência a certos paralelos em *Scheuner*.

5 *K. Hesse*, JZ 1963, p. 485 e ss. Esse comentário foi realizado pouco após a publicação da tese de livre-docência de Peter Lerche, na qual Lerche não tinha desenvolvido o tema de modo idêntico, mas um imperativo substancialmente parecido da “equiparação mais suave possível”. *P. Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, p. 125 e ss.

6 *Hesse*, JZ 1963, p. 486.

7 Sobre a origem dessa forma de expressão, ver *G. Lübke-Wolf*, Das Prinzip praktischer Konkordanz, in: Herrmann/Krämer (Hrsg.), Festschrift für Christian Kirchberg, 2017, 143, 144 e ss.

da interpretação constitucional”. Ele é definido de forma autônoma e, conforme segue, indo além da descrição realizada por *Bäumlin*⁸: “Bens jurídicos protegidos constitucionalmente precisam de tal modo ser dispostos na resolução do problema jurídico-constitucional, que cada um deles ganhe realidade”. *Hesse* complementa:

Onde surgem colisões, uma não deve ser realizada à custa da outra numa apressada “ponderação de bens” ou mesmo numa “ponderação abstrata de valores”. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição coloca a tarefa de uma otimização: ambos bens jurídicos precisam de limites estabelecidos para que possam alcançar uma eficácia otimizada. Os limites precisam deste modo ser proporcionais em cada caso concreto; eles não podem ir além do necessário para produzir a concordância entre ambos os bens jurídicos. “Proporcionalidade” caracteriza neste contexto uma relação de duas medidas variáveis, designadamente aquela que melhor se adapta a cada tarefa de otimização, e não uma relação entre uma “finalidade” concreta e um ou mais meios variáveis.⁹

A definição e a explicação da concordância prática como imperativo de otimização não estão na seção sobre direitos fundamentais, mas, sim, na parte geral sobre “interpretação constitucional como concretização”, abrangendo todo o direito constitucional. Aqui desenvolve *Hesse* – não diferindo de *Bäumlin* – topoi, compreendido como pontos de vista no debate sobre problemas e na ordenação de diferentes bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Os demais topoi classificados por *Hesse*, e que estão reciprocamente relacionados em termos de conteúdo, são o critério do efeito integrador, o princípio da unidade da Constituição, a correição funcional, assim como a força normativa da Constituição¹⁰. Esses são princípios gerais da interpretação constitucional.

Esses topoi devem proporcionar o alcance de resultados sustentáveis, controláveis e racionalmente fundamentados. A “exatidão” dos resultados que devem ser obtidos em um procedimento de concretização das normas constitucionais não é uma questão de comprovação exata como nas ciências naturais; esta última jamais poderia permanecer no campo da interpretação jurídica, a não ser como uma ficção ou uma mentira dos juristas,

8 *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967, p. 28 e ss.

9 Assim já a formulação na nota de rodapé 7 da citada primeira edição. Essa formulação é ainda idêntica da última edição da obra *Elementos*, ver *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. ed., 1995/1999, p. 28, número de margem 72.

10 *K. Hesse*, Grundzüge, número de margem 71-75. Eu cito – salvo indicação em contrário – apenas a 20ª edição.

atrás da qual as verdadeiras razões da decisão, ou mesmo uma decisão silenciosa, seriam ocultadas de forma não dita e incontrollável. *Hesse* acentua como objetivo normativo a “relativa correção”, que admite a limitação de seu anseio; no entanto, pode ser feita compreensível, convincente e, pelo menos, previsível até certo grau¹¹.

O direito constitucional precisaria ser “realizado” através da ação humana; somente dessa forma ele ganharia a realidade de uma ordem vida e que molda a realidade histórica¹². A capacidade da Constituição de produzir efeito na realidade regulando e determinando a convivência, ou seja, para além da produção do efeito meramente normativo, estaria condicionada à possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição, que é descrita pela “força normativa da Constituição”¹³: onde a Constituição ignora o nível de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo, falta a ela o elemento indispensável de sua vitalidade. A força da Constituição se baseia no fato de que ela possa se vincular às forças espontâneas e com as tendências vivas da época, desenvolvendo essas forças e relacionando umas com as outras¹⁴.

O conteúdo de uma norma constitucional, conforme *Hesse*, não pode ser realizado, em regra, apenas com base em requisitos normativos, sobretudo na forma expressa de um texto linguístico, tanto menos se o texto da norma for concebido de modo geral, incompleto e indeterminado. Para dirigir a conduta humana nas respectivas situações, as normas mais ou menos fragmentárias necessitam por isso da concretização. Isso apenas seria possível, se, para além do contexto normativo, forem incluídas no procedimento especificidades das relações concretas de vida, que se relacionam com a norma¹⁵. A partir dessa exigência, torna-se, ao mesmo tempo, claro – ainda que sem o emprego desta terminologia – que o Direito e a prática também devem proceder, quando for o caso, de modo interdisciplinar.

11 Assim a formulação já na primeira edição, p. 30; na 20ª edição, ver número de margem 76.

12 *K. Hesse*, Grundzüge, número de margem 41.

13 Sobre ela, ver, mais desenvolvida, *K. Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, publicado, entre outros, in: Häberle/Hollerbach (Org.), Konrad Hesse. Ausgewählte Schriften, 1984, p. 3 e ss. Sobre esse princípio, ver, da rica literatura, por exemplo, *R. Wahl*, Die normative Kraft der Verfassung. Die Antrittsvorlesung Konrad Hesses in ihrem historischen Kontext (i. E.). Sobre o tema, ver, também, o relatório do Congresso de B. Kümper, “Die normative Kraft der Verfassung”: 100 Jahre Konrad Hesse, 60 Jahre Antrittsvorlesung Konrad Hesses, DÖV 2018, p. 756 e ss.

14 *K. Hesse*, Grundzüge, número de margem 43.

15 *K. Hesse*, Grundzüge, número de margem 45.

II – EM ESPECIAL: SOBRE A RELAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A CONCORDÂNCIA PRÁTICA

Na seção dos *Elementos* dedicada especialmente aos direitos fundamentais e a sua limitação, a fórmula da concordância prática é descrita de modo levemente diferenciado, especificamente direcionada para a problemática dos direitos fundamentais. Tanto as liberdades fundamentais, quanto, também, outros bens jurídicos que com eles se colidem deveriam ganhar realidade. Na medida em que as disposições protegidas de ambas se sobrepõem ou colidem entre si no seu âmbito de proteção, a limitação dos direitos fundamentais precisaria fundamentalmente estabelecer a concordância prática. Essa tarefa exigiria uma disposição “proporcional” dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos com eles colidentes. Como os direitos fundamentais pertencem a uma parte essencial da ordem constitucional, essa determinação de proporcionalidade nunca deve ser efetivada de uma forma que prive a eficácia de uma garantia fundamental, inteiramente ou mais do que necessário, da vida em comunidade¹⁶.

III – CONCORDÂNCIA PRÁTICA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA

O primeiro e o segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha utilizaram o princípio da concordância prática de modo distinto em termos argumentativos¹⁷. Consoante a minha pesquisa, o termo não aparece nas decisões do Senado nas quais o próprio *Konrad Hesse* trabalhou como Relator – certamente expressão da modesta contenção que caracteriza este excepcional juiz: nenhuma publicidade em causa própria!

Existe uma exceção aparente. No processo sobre a obrigatoriedade de as rádios difusoras em contratarem determinados freelancers, o representante da reclamação conduzida contra as emissoras, *Fritz Ossenhühl*, introduziu o princípio na argumentação – possivelmente como aperitivo para o Relator. O princípio do Estado Social, a partir do qual derivam as prescrições protetivas do direito do trabalho, deveria ser colocado em nível de equivalência à liberdade de radiodifusão em concordância prática. Nas

16 K. Hesse, Grundzüge, número de margem 318.

17 Apenas alguns exemplos: BVerfGE 41, 29/51; 41, 88/108; 83, 130/143; EuGRZ 2018, 320/323. Outros exemplos podem ser encontrados em G. Lübke-Wolf, p. 147 e ss.

decisões contestadas, o Tribunal Federal do Trabalho não teria levado em consideração fundamentalmente a contenção exigida pela Constituição¹⁸.

O Senado não aceitou a referência de *Ossenbühls* à concordância prática nesse processo¹⁹. O princípio do Estado Social não teria a mesma equivalência em contraposição à liberdade de radiodifusão. Portanto, não se tratava de uma relação jurídica de tensão no sentido de resolução de uma concordância entre os dois princípios. Em especial, o princípio do Estado Social não estaria apto a restringir direitos fundamentais sem uma concretização mais detalhada do legislador, ou seja, diretamente, em virtude da sua abertura. O princípio do Estado Social não poderia diretamente impor restrições aos direitos fundamentais²⁰. Neste contexto, o Senado fez referência à repartição de competências entre o Legislativo e o Judiciário, e com isso ao princípio diretivo da correção funcional também enfatizado por *Hesse*. Tal abordagem sugere que a orientação pela concordância prática teria sido empregada caso o legislador, na sua tarefa de desenvolver o princípio do Estado Social, tivesse especificado o regime jurídico dos *freelancers* das emisoras de rádio difusão, e, nesse sentido, tivesse que examinar se os bens jurídicos colidentes alcançariam uma eficácia ótima²¹.

IV – CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA

O princípio da concordância prática tem relação com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Este princípio²², entretanto, está a caminho de se tornar um princípio constitucional universal²³. Ele exige, como sabido, a elaboração de um objetivo legítimo de uma regulação, a clarificação da adequação de uma medida para o alcance do objetivo, a certeza da necessidade como imperativo, de encontrar entre várias medidas possíveis a menos gravosa, e, finalmente, a avaliação do resultado como adequado (a assim designada proporcionalidade em sentido estrito, também caracterizada por

18 BVerfGE 59, 231/249.

19 BVerfGE 59, 131/262 e ss.

20 BVerfGE 59, 231/263.

21 Da mesma forma teria que ser aplicado se o legislador tivesse concretizado as tarefas constitucionais de garantia e proteção, por exemplo, para fazer valer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais também na relação recíproca entre privados.

22 Sobre a origem, o desenvolvimento e o atual conteúdo do princípio da proporcionalidade, ver, por todos, *H. Dreier*, in: *Dreier (Org.)*, *Grundgesetz Kommentar*, v. I, 3. ed., 2013, comentário preliminar, número de margem 145 e ss.

23 Cf., *O. Lepsius*, *Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, in: *Jestaedt/Lepsius (Org.)*, *Verhältnismäßigkeit*, 2015, 2, com outros desenvolvimentos na nota de rodapé 1, p. 25, nota de rodapé 80.

razoabilidade). Se a finalidade e o meio não forem desproporcionais, ainda assim isso não significa necessariamente que já se tenha alcançado uma otimização na resolução de uma colisão entre bens jurídicos²⁴.

Apenas para ser citado, e não desenvolvido em detalhes, existe na literatura uma ampla discussão acerca do alcance e do significado do princípio da proporcionalidade – em especial como crítica ao modelo de ponderação²⁵. Mesmo o princípio da concordância prática como tal já foi criticado – como, por exemplo, por *Herbert Bethge*²⁶ em 1977, descrevendo-o como um “nada lírico”, ou uma fórmula vazia teológica encobrindo um decisionismo. No ano de 2008, *Andreas Fischer-Lescano* formulou um ataque bastante incisivo. Ele entende o princípio como expressão de “arranjos autoritários de valores e princípios, como porta de entrada para mecanismos repressivos de ponderação e como tolerância repressiva administrada pelo Estado”²⁷. Uma análise mais precisa sobre o fundamento dessa crítica mostra que essa e outras formulações incisivas de *Fischer-Lescano* não atingem especificamente o princípio da concordância prática, mas se baseiam na crítica das premissas incidentes. Essa crítica se baseia sobretudo na dogmática dominante dos direitos fundamentais, especialmente ao modo usual de se invocar os deveres de proteção e com eles a legislação vinculada à realização do bem-estar social, na medida em que eles não servem para a distribuição recíproca de espaços para a autonomia social. Uma crítica semelhante, porém mais moderada, foi formulada por *Karl-Heinz Ladeur*, no que se refere à dogmática da ponderação dos direitos fundamentais. Essa dogmática falha na tarefa principal do Direito, ou seja, garantir a auto-organização, a autocoordenação e a auto-observação das redes produtivas de relações entre privados²⁸. Em um modelo de sociedade liberal, existiria

24 Em relação a isso, formulou *M. Jakobs*, em der Grundsatz der Verhältnismässigkeit DVBl 1985, 97/99, que a proporcionalidade designaria um limite de tolerância, enquanto a concordância prática caracterizaria um ponto de otimização. Sobre essa avaliação, não iremos proceder aqui a maiores desenvolvimentos.

25 A crítica se dirige em especial à figura jurídica da ponderação. Como exemplo de tal crítica, ver, entre vários, *K.-H. Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004; *R. C. de Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013. Existe uma concordância prevalecente na literatura jurídica: ver, exemplificativamente, as contribuições in: *Jestaedt/Lepsius* (Org.).

26 *H. Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, p. 315 em relação com p. 273 e ss.

27 *A. Fischer-Lescano*, Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 2008, p. 166/177 e passim. Sobre a crítica contrária, ver, por todos, *M. Schladebach*, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, Der Staat, v. 35, 2014, p. 263/274 e ss.

28 *Ladeur*, p. 62 e ss.

ainda a alternativa de se renunciar à intervenção e ceder à procura por uma solução de auto-organização privada²⁹⁻³⁰.

Tal crítica objetiva a correta relação entre Estado e sociedade, e especialmente a negligência, na perspectiva dos críticos citados, da segurança prioritária da capacidade prestacional da auto-organização autônoma da sociedade, e, com isso, uma externalização reforçada da solução dos problemas nos fóruns sociais. A crítica parte do pressuposto de que a liberdade como auto-organização autônoma estaria suficientemente garantida em muitos âmbitos sem a intervenção do Direito, de tal modo que uma sociedade democrática estaria na condição de gerenciar em princípio conflitos jurídico-constitucionais, bem como administrar diversos interesses colidentes.

Isso, sem dúvida, se aplica em alguns setores da sociedade, mas, de forma alguma, em todos. *Peter Derleder* analisou criticamente os pressupostos fundamentais de tal posicionamento, especialmente com vistas para a problemática das relações de poder nos âmbitos regulados pelo direito privado³¹. Quem analisar – indicando aqui um outro e, especialmente intenso, campo problemático – o poder, por exemplo, do Google e do Facebook e a exposição assimétrica dos cidadãos como usuários dos seus serviços terá dificuldades em ver suficientemente garantida a proteção da autonomia do usuário apenas como produto de uma auto-organização social e, quando necessário, o seu controle pelo direito privado.

Na medida em que são reconhecidos os deveres de proteção baseados nos direitos fundamentais e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – assim como afirmado por *Hesse*³² e pela opinião dominante³³ –, e esses são acionáveis no caso concreto, a tarefa de possibilitar um equilíbrio otimizado entre os bens jurídicos afetados deveria ser irrenunciável. Dessa maneira

29 *Ladeur*, p. 14.

30 Outro modo de crítica – que pode ser encontrada no manual de T. Kingreen/R. Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 34. ed., 2018, número de margem 376 e ss. – se relaciona com a aplicação do princípio da concordância prática em situações nas quais existe uma colisão de um direito fundamental sem reserva com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionais. Na medida em que a crítica é direcionada à posição de Hesse (*Grundzüge*, número de margem 376 com nota de rodapé 60), ela já por isso incorre em erro, porque Hesse sequer tematiza os direitos fundamentais sem reservas na passagem citada.

31 Ele se ocupa especialmente com os processos de formação do poder e suas consequências, ver *P. Derleder*, *Die uneingelöste Grundrechtsbindung des Privatrechts*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Org.) (nota de rodapé 22), p. 242 e ss., 244 e ss.

32 *Hesse*, *Grundzüge*, número de margem 351 e ss. Mais detalhado em *Hesse*, *Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers*, in: *Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon* (Org.), *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit*, Festschrift für E. G. Mahrenholz, 1994, p. 541 e ss.

33 Cf., por todos, *Dreier*, número de margem 96 e ss., com referências adicionais.

formula *Hesse*: os direitos fundamentais “influenciam as normas de direito privado de forma tão mais estruturada quanto for necessário para proteger a liberdade pessoal contra o exercício do poder econômico e social”³⁴.

As questões preliminares importantes para a crítica de *Fischer-Lescano* devem ser trabalhadas de forma independente da ideia central da concordância prática, designadamente: se e em que medida os limites constitucionais imanentes incidem, se e em que medida os deveres de proteção são reconhecíveis, em que intensidade os direitos fundamentais se aplicam às relações privadas, e que possibilidades existem para a democratização estendida dos processos de tomada de decisão. Tais perguntas deveriam levar igualmente a uma resposta se para a colisão de distintos bens jurídicos não seriam decisivos outros critérios para além do princípio da equivalência otimizada.

V – SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL PARA ALÉM DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Voltando ao conceito elaborado por *Konrad Hesse*. Para o seu trabalho, o surgimento da concordância prática é uma parte da tarefa de realização da Constituição para além do âmbito específico da proteção dos direitos fundamentais. Sobre a interpretação constitucional, *Hesse* aplica considerações metódicas, que já foram postas por *Bäumlin*, e, posteriormente, elaboradas com mais detalhes por *Friedrich Müller*³⁵, aluno de *Hesse*. *Hesse* critica o positivismo praticado de forma acrítica e inconsequente, observado por ele em grande parte da literatura, bem como os esforços para superar o positivismo por meio do recurso acrítico a “valores”³⁶. Também um retorno aos cânones tradicionais da interpretação não seria uma saída, uma vez que passariam ao largo dos problemas complexos da atual interpretação constitucional³⁷. Em particular, ainda remanescem fora de consideração a estrutura interna e a condicionalidade do processo de interpretação; ao invés disso, deveriam ser investigados os limites, as possibilidades e as condicionantes reais da interpretação constitucional³⁸. A concretização da norma

34 *Hesse*, Grundzüge, número de margem 357.

35 Cf., em especial, *F. Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 2. ed., 1994, assim como *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik, v. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. ed., 2013.

36 *Hesse*, Grundzüge, número de margem 52.

37 *Hesse*, Grundzüge, número de margem 52, 53 e ss.

38 *Hesse*, Grundzüge, número de margem 59.

exigida por *Hesse* (ver, *supra*, I) precisaria incluir no processo, para além do contexto normativo, as especificidades das relações concretas de vida, às quais a norma está relacionada³⁹. “Compreender” como fundamento da concretização seria apenas possível com vistas a um problema concreto. A determinação e a “aplicação” a um caso concreto seriam um procedimento unificado, e não uma aplicação subsequente de algo dado.

Uma vez que o estabelecimento das diretivas da concordância prática não está restringido ao âmbito específico dos direitos fundamentais, ela também dialoga com outros interesses fundamentados para o bem-estar social – ou seja, interesses para além dos direitos fundamentais –, como, por exemplo, a concretização legislativa das determinações dos objetivos do Estado, assim como a segurança do Estado Social (art. 20, § 1º, da LF), a proteção dos fundamentos naturais da vida (art. 20a da LF) ou a garantia da eficiência das infraestruturas (ver, por exemplo, art. 87f da LF).

Aqui, com em outros âmbitos, é errado compreender a aplicação da concordância prática como tarefa primordial dos Tribunais. Isso iria contrariar o princípio da correção funcional no cumprimento das tarefas estatais. A realização da Constituição, incluindo a observância do princípio da proporcionalidade sob a influência da garantia da concordância prática, obriga em primeira linha o legislador, bem como o governo na execução administrativa da lei⁴⁰. Perante os Tribunais, ela entra em cena no que se refere ao exercício da sua função de controle. Ela deve ser determinada de forma independente nos respectivos casos – na jurisdição geral, e diferente, se necessário, na jurisdição constitucional.

VI – DESAFIOS ATUAIS

A tese de *Hesse* sobre a dependência do conteúdo das normas das suas respectivas realidades de vida deve, por conseguinte, ser compreendida como apelo na busca de alterações das condicionantes normativas e empíricas para possibilitar a concordância prática sob atuais condições. No entanto, isso apenas deve acontecer em áreas específicas do tema. Até o momento, deve ser enfatizado que as mudanças realizadas têm um amplo significado na ordem jurídica, e que, de nenhum modo, estão relacionadas especificamente às possibilidades do estabelecimento da concordância prá-

39 *Hesse*, Grundzüge, número de margem 45.

40 Ver, por exemplo, *M. Schladebach*, p. 264 e ss.

tica; porém, podem plenamente desenvolver efeitos no desempenho dessa atividade.

1 EXPANSÃO E DIFERENCIAÇÃO NA MARGEM DE CONFORMAÇÃO DO DIREITO

A necessidade de uma concretização do Direito aplicável, embora orientada juridicamente, mas não apenas determinada pelo texto legal – sua transformação no caso concreto em norma de decisão⁴¹ –, e, com isso, especialmente a tarefa de lidar com a abertura de grandes partes do Direito, bem como o preenchimento necessário das margens de conformação do Direito, ganharam muito em significado sob as atuais condições. Não menos importante é a descoberta enfatizada por *Hesse* de normas “em sua maioria mais ou menos” fragmentárias⁴², que é o fundamento para muitos esforços atuais de identificação da margem de conformação⁴³ na aplicação do Direito, e para a sua sistematização, e, em especial, para a procura dos fatores determinantes para o preenchimento das margens de conformação. O objeto das minhas considerações a seguir são apenas decisões baseadas em prescrições normativas (relativamente) abertas. Essa abertura pode se basear em distintas circunstâncias.

Um exemplo de esforços mais antigos pela sistematização das formas de aparição da abertura é a distinção de *Robert Alexy* do conhecimento da margem de conformação estrutural-normativa e epistêmica⁴⁴. Os primeiros designam as situações nas quais o Direito nem permite nem proíbe algo inequívoco, ou seja, deixa margens de atuação conformativa – como se pode ver, por exemplo, em conceitos abertos à valoração, autorizações para o exercício de discrições ou ao planejamento e à organização. As margens de conformação epistêmicas são caracterizadas como incertezas do conhecimento. Se os pressupostos empíricos e as possíveis consequências e, portanto, os prognósticos já são incertos, surgem as margens de conformação para o conhecimento empírico; no caso de incerteza em decorrência de prescrições normativas vagamente formuladas e que necessitam de preenchi-

41 Sobre este conceito, ver *Müller/Christensen*, número de margem 233 e ss.

42 *Hesse*, Grundzüge, número de margem 45.

43 Acerca da discussão sobre a tendência para a abertura fortalecida, isto é, a desmaterialização de programas normativos, ver *M. Klatt/J. Schmidt*, Spielräume im öffentlichen Recht, 2010; *M. Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: *D. Ehlers/H. Pünder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. ed., 2016; *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2018, S. 80 e ss., 84 e ss., com mais indicações; *O. Lepsius*, Gesetzesstruktur im Wandel. parte 2: Strukturmerkmale delegierter Rechtserzeugung, Jus 2019, p. 123/124 e ss.

44 *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, p. 420 e ss.

mento valorativo, são dadas margens de conformação para o conhecimento normativo. Tais margens de conformação podem abrir um corredor para diferentes caminhos na superação do problema. Isso não é nenhuma carta branca para arbitrariedades ou para a livre escolha de valores. A ordem jurídica conhece orientações normativas regulares para o preenchimento das margens de conformação e descreve os limites normativos do corredor, que, no entanto, requerem concretização de sua parte.

Essa e outras possíveis sistematizações formuladas por *Alexy* ainda não dizem nada sobre os diferentes tipos e variedade de aparição de tais margens de conformação e sua frequência, sobre a variedade e a heterogeneidade dos problemas a serem superados no âmbito da margem de conformação, assim como sobre os métodos disponíveis e as orientações de conteúdo para lidar com as margens de conformação normativas⁴⁵.

Nada obstante, é indiscutível a constatação de que a complexidade de muitas relações de vida aumentou nos últimos tempos, assim como a variedade de abordagens para a solução do problema. De alta significação é, especialmente, a expansão das possibilidades para a geração de conhecimento. No entanto, a atual e contínua conjuntura da pesquisa científica e não científica⁴⁶ indica que os métodos de construção do conhecimento assim como a consistência do conhecimento aumentaram. Frequentemente, são abertas ao mesmo tempo novas áreas para o não conhecimento ou mesmo da incerteza. Uma vez que a aplicação de normas depende muitas vezes de prognoses de conhecimento – também os requisitos da aptidão, da necessidade e adequação como elementos integrantes da proporcionalidade ilustram isso –, as incertezas de prognose alargam a margem de conformação para reações jurídicas.

Requisitos específicos se depreendem da tarefa de lidar com intensidades e formas distintas do não conhecimento ou, de todo modo, da in-

45 A resposta a essa pergunta sobre o princípio da proporcionalidade e a implementação do imperativo da otimização de orientações decisivas continua sendo controversa. Da mais recente literatura, ver, por exemplo, *E. Hofmann*, *Abwägung im Recht*, 2007; *N. Petersen*, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015.

46 Cf., por todos, *I. Appel*, *Methodik des Umgangs mit Ungewissheit*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Org.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 327 e ss.; *A. Voßkuhle*, *Expertise und Verwaltung*, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, p. 637, especialmente 652 e ss.; *I. Augsberg*, *Informationsverwaltungsrecht – zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen*, 2014, p. 115 e ss., 133 e ss., 142; *W. Hoffmann-Riem*, *Innovation und Recht*, Fünfter Teil; *Hill/Schliesky* (Org.), *Management von Unsicherheit und Nichtwissen*, 2016; *M. Hong*, *Chancen und Risiken externen Sachverständigen in den Verwaltungsverfahren der Wissensgesellschaft*, *Die Verwaltung* 51 (2018), p. 377 e ss.

certeza (subjativa). Neste contexto, pode ser, por exemplo, difícil classificar reciprocamente as margens de conformação estruturais e epistêmicas. Também podem surgir incertezas de diagnóstico e/ou de prognóstico, tanto em relação aos riscos que devem ser considerados quanto em relação às perspectivas de êxito das medidas de prevenção dos riscos. A forma como a falta de certeza normativa se torna normativamente relevante, e como deve ser tratada na implementação do imperativo de otimização, não depende apenas da posição normativa dos bens jurídicos afetados pela decisão, mas também do grau de probabilidade da ocorrência das consequências desejáveis e da prevenção das consequências indesejáveis.

Práxis e ciência utilizam, especialmente em tais situações, a fórmula quanto-tanto⁴⁷. Uma fórmula ainda muito global assim disposta: quanto maior o perigo, tanto maiores são os requisitos que devem ser implementados em medidas de precauções, como, por exemplo, em sistemas de segurança⁴⁸. Requisitos para o peso de uma violação de direitos fundamentais são o ponto de partida das fórmulas que, exemplificativamente, são elaboradas por *Robert Alexy*: quanto mais grave for uma violação a um direito fundamental, mais robustas devem ser as razões que sustentam essa violação, isto é – nas incertezas epistêmicas –, maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a violação⁴⁹. O sociólogo *Ortwin Renn* formulou a ação preventiva – também com vistas para a segurança do aceite de decisões que envolvam riscos – como regra prescritiva: “Quanto maior a incerteza, mais importantes são as medidas de resiliência, isto significa a prevenção de irreversibilidades e da propagação do risco”. Tais fórmulas só serão aqui referenciadas a título de exemplo, sem analisar a sua adequação em concreto.

As possibilidades para a otimização também serão estendidas por meio da expansão do arsenal de instrumentos aplicáveis. Para além das proibições e permissões como formas de ação, são adicionadas, por exemplo, instrumentos fortemente orientados para o incentivo⁵⁰. Também existem múltiplas possibilidades de se levar em conta orientações para o futuro em atuações incertas, por exemplo, complementando as autorizações para ações de risco, a criação de deveres de observação e avaliação, ou pre-

47 Cf., por exemplo, *M. Klatt/J. Schmidt*, especialmente p. 9 e ss.

48 Ver o tema, por exemplo, em BGHZ 181, 253.

49 Cf., *R. Alexy*, Die Gewichtsformel, in *Jickeli/Kreutz/Reuter u. a. (Org.)*, Gedächtnisschrift für J. Sonnenschein, 2003, p. 771 e ss., especialmente 789; *M. Klatt/J. Schmidt*, p. 9 e ss.

50 Cf., por todos, *U. Sacksofsky*, Anreize, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Org.)*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, v. II, 2. ed., 2012, § 40.

cauções à reversibilidade das decisões tomadas, por exemplo, através de reservas de revogação ou retirada e limites de tempo, também no decurso da distinta estruturação do direito experimental⁵¹. Também é típico – por exemplo no direito regulatório – a combinação de distintos instrumentos⁵².

Igualmente, é significativo para o preenchimento da margem de conformação normativa o fato de que nem sempre partiremos de uma situação de conflito bipolar, para as quais primacialmente as declarações de *Hesse* sobre concordância prática⁵³ são dirigidas. Hodiernamente, a ordem jurídica deve lidar⁵⁴ com um número crescente de situações de conflito multi-polar e multiestrutural, para as quais podem ser indicadas outras formas de procedimento na otimização do que nos casos de conflitos bipolares.

Um outro problema nas otimizações é a abertura trans e internacional das prescrições normativas e dos âmbitos da vida, ligadas com uma grande variedade de experiências, valores e culturas que deve ser levada em consideração. Associações de vários níveis – como a União Europeia – não apenas expandem os tipos normativos determinantes e as formas de suas vinculações recíprocas, mas também os interesses e os atores a serem levados em conta, assim como possíveis alternativas de solução. Uma das reações dos criadores das normas às incertezas vinculadas na determinação de medidas adequadas para a solução do problema é a assim chamada finalização do direito comunitário europeu e do direito nacional por ele influenciado⁵⁵. O criador da norma formula metas e objetivos – incluindo aí uma combinação de distintas finalidades, em parte não facilmente compatíveis entre si – e renuncia frequentemente a prescrições, ou, pelo menos, a prescrições inequívocas, ao nível das medidas.

Estendido também foi o espectro das consequências ou finalidades a serem consideradas juridicamente. Discussões sobre o âmbito e os limites na orientação das consequências permitidas na aplicação do Direito⁵⁶

51 Sobre estes últimos, ver *Hoffmann-Riem*, *Innovation und Recht*, p. 358 e ss., 362 e ss. com outras indicações.

52 Cf., com o exemplo do direito da eficiência energética, *Hoffmann-Riem*, *Innovation und Recht*, p. 402 e ss.

53 Cf. as formulações *supra* na nota de rodapé 8.

54 Por todos: *M. Schmidt-Preuß*, *Multipolarität und öffentliches Recht*, in: *Depenheuer et al. (Org.)*, *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, 2007, p. 597 e ss.

55 Sobre o tema, por exemplo, *Hoffmann-Riem* *Innovation und Recht*, p. 84 e ss.; *J. Pfeffler*, *Die Dichotomie konditionaler und finaler Normen*, 2014. Em termos de crítica, ver *R. Breuer*, *Konditionale und finale Rechtsetzung*, *AöR* 127 (2002), p. 523 e ss.

56 Cf., por todos, *T. W. Wälde*, *Juristische Folgenorientierung*, 1979. *G. Lübbe-Wolf*, *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, 1981. Da mais recente literatura, ver *T. Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates: Geschichte*

são consideradas hoje amplamente ultrapassadas ou, pelo menos, muito estreitas. Os efeitos jurídicos determinantes, em especial, não se limitam, na maioria das vezes, à promulgação de um ato jurídico como *Output*. Além disso, as normas não se destinam apenas às consequências de uma medida para os seus destinatários, mas, muitas vezes, para os afetados indiretamente, ou seja, no nível micro: o impacto. Nesse sentido, muitas normas objetivam efeitos mais abrangentes nas áreas afetadas da sociedade, por exemplo, no direito de eficiência energética (para citar apenas um exemplo) sobre a integridade dos mercados, ou a promoção de uma concorrência justa e aberta, assim como da eficiência energética⁵⁷. Isso se relaciona com o nível macro do *Outcome*⁵⁸.

Observações sobre a expansão dos aspectos juridicamente determinantes não estão estritamente relacionadas, ou mesmo limitadas, ao âmbito dos direitos fundamentais ou do direito constitucional. Elas se relacionam igualmente ao direito infraconstitucional e a sua aplicação. Uma das várias consequências é a tendencial e crescente descoberta do deslocamento das decisões resolutivas do problema, por meio da necessidade de lidar com margens de conformação normativas, do nível de definição da norma para o de aplicação da norma. No entanto, em ambos os níveis o princípio da concordância prática deve ser observado.

2 IMPORTÂNCIA DE FATORES DISTINTOS DE CONTROLE E SUAS INTERAÇÕES

A descoberta de variadas margens de opções jurídicas agrava a necessidade de se encontrar auxílios na escolha das opções, que não podem ser obtidas apenas por meio da interpretação normativa. Outros fatores de decisão se tornam importantes. A exigência de *Hesse* para a inclusão de desenvolvimentos extralegais e das peculiaridades das relações concretas de vida na concretização e aplicação da norma também se mostra aqui

und Theorie einer juristischen Denkfigur, 2015, com demais fundamentações na nota de rodapé 142, assim como página 366 e seguintes, com demais fundamentações na nota de rodapé 198 e ss.

57 O exemplo deriva da Resolução (EU) nº 1.227/2011, de 25.10.2011, sobre a integridade e transparência do mercado de comércio de energia (Abl. L 326/1).

58 Acerca dos conceitos, ver F. Nullmeier, Input, Output, Outcome, Effektivität und Effizienz, in: Blanke/Nullmeier/Reichard/Wewer (Org.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 4. ed., 2010, 357 e ss.; C. Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-ABmann/Voßkuhle (Org.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, v. I, 2. ed., 2012, número de margem 70 e ss.

pertinente. Ela direciona o olhar também para outros fatores importantes de controle para além do texto normativo⁵⁹.

A tais fatores de controle pertencem também – assim como também enfatizado por Hesse⁶⁰ – a organização e o procedimento. A realização do Direito, incluindo também a ação nas margens de opções, também é co-determinada por outros fatores, especialmente extrajurídicos, como, por exemplo, os recursos disponíveis: meios financeiros, informações corretas e conhecimento, assim como tempo⁶¹. Além disso, é importante salientar o fator de controle pessoal⁶², que é de especial importância, porque – como formulado por Hesse – o direito é realizado através da ação humana⁶³. Por meio do fator pessoal, são utilizáveis em especial a experiência e o conhecimento de valores dos atores envolvidos⁶⁴.

A totalidade dos respectivos fatores determinantes de controle é associada em partes da atual literatura ao conceito das “estruturas de regulação”⁶⁵. Esse conceito está relacionado às condições de surgimento, aplicação e eficácia do Direito. Pressuposto fundamental para isso é que os respectivos fatores disponíveis de decisão, as suas interdependências e o modo de utilização de coordenação da ação sejam codeterminantes para a correção normativa do resultado. Para além dos modos formais, podem ser também importantes modos informais (por exemplo, formas de interação), incluindo também a cooperação e a rede de ligação de atores do Poder Público com outras autoridades ou do setor privado.

O reconhecimento da relevância de tais dimensões de controle permite ligações com outras ideias do conhecimento científico. Pode se refe-

59 Aqui é importante salientar que o Direito, consoante a compreensão atual, de nenhuma forma pode ser entendido apenas como uma ciência de interpretação orientada pela norma, mas mais abrangente como uma ciência da ação que inclui a relação com o contexto, orientada pela solução do problema, e também de elementos de criação do Direito. Cf., por exemplo, *Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, v. I, número de margem 15.

60 Hesse, *Grundzüge*, número de margem 358-360, nesta parte para a realização e garantia dos direitos fundamentais.

61 Ver, em especial, as contribuições em *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle* (Org.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, v. III, 2. ed., 2013, 4, 6 e 7 parte.

62 Cf., sobre o tema, A. *Voßkuhle*, *Personal*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Org.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, v. III, § 43.

63 K. Hesse, *Grundzüge*, número de margem 44 (nesta parte relacionado com o direito constitucional).

64 Para a utilização de tais fatores de controle, a ordem jurídica conhece distintas regras, que comumente estabelecem um âmbito geral e prescrevem determinadas estruturas, mas não necessariamente dirigidas para o problema concreto. Cite-se, por exemplo, ao lado do direito procedimental e organizatório, o direito do serviço público e o direito financeiro.

65 Sobre ele, ver, entre vários, H.-H. Trute/D. Kühlers/A. Pilniok, *Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept*, in: *Schuppert/Zürn* (Org.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, 2008, p. 175 e ss.

rir, exemplificativamente, à pesquisa de governança, – na medida em que se relaciona com a ação administrativa –, que se baseia especialmente no modo e na qualidade da ação administrativa e na adequação do problema das estruturas de governança⁶⁶.

3 DESAFIOS ATRAVÉS DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

Problemas específicos com efeitos também no tratamento da ponderação, incluindo a realização da concordância prática, estão vinculados à atual transformação digital⁶⁷ em curso em muitas áreas da vida. São igualmente afetadas a legislação e a aplicação do Direito. Nas discussões jurídicas, a utilização de novos instrumentos digitais é rubricada, em especial, sob a designação “*Legal Tech(nology)*”⁶⁸. No entanto, a utilização de técnicas digitais não é nova na área do Direito. Elas são utilizadas há muito tempo para comunicações jurídicas, por exemplo para documentação e arquivamento, para o acesso a conhecimentos de especialistas, para análise de documentação, para assessoria jurídica e preparação das sentenças, mas também para aplicação de sanções por violações normativas. Atualmente, são abertos outros campos de aplicação no âmbito da *Legal Tech*⁶⁹. A esses pertencem igualmente as decisões automatizadas. Há pouco tempo existem para isso até mesmo autorizações legais no direito tributário, social e administrativo alemão⁷⁰.

66 Sobre pesquisa de governança, ver, por todos, *Schuppert* (Org.), *Governance-Forschung*, 2. ed., 2006; *Benz* (Org.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*, 2004; *Hoffmann-Riem*, *die Governance-Perspektive in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung*, 2011.

67 Acerca da transformação digital, ver *T. Cole*, *Digitale Transformation*, 2. ed., 2017; *Stengel/van Looy/Wallaschkowski* (Org.), *Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft: Das Ende des Industriezeitalters und der Beginn einer neuen Epoche*, 2017; *R. Pflegl/C. Seibt*, *Die digitale Transformation findet statt!*, e & i Elektrotechnik & Informationstechnik, 2017, p. 333 e ss.

68 Da abrangente literatura, ver apenas os dois manuais *Hartung/Bues/Halbleib* (Org.), *Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarktes*, 2018; *Breidenbach/Glatz* (Org.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2018; e como exemplos da literatura de periódicos, ver *G. Buchholtz*, *Legal Tech. Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung*, JuS 2017, p. 955-960; *B. Fiedler/M. Grupp*, *Legal Technologies: Digitalisierungsstrategien für Rechtsabteilungen und Wirtschaftskanzleien*, DB, 2017, p. 1071 e ss.; *P. Prior*, *Legal Tech – Digitalisierung der Rechtsberatung*, ZAP 2017, p. 557 e ss.; *W. Bernhardt*, *Digitalisierung der Justiz – Herausforderungen und Potentiale*, Verwaltung & Management 2017, p. 251 e ss.; Cf., também, as contribuições relacionadas com a *Legal Tech* in: *Taege* (Org.), *Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren*, 2017, assim como in: *Würkert/Klafki/Winter* (Org.), *Digitalisierung und öffentliches Recht*, 2017.

69 Espera-se, com isso, entre outros, a economia de custos, o aumento da rapidez, a eficiência, a previsibilidade e a efetividade na preparação e na tomada de decisões, bem como na sua execução.

70 Cf., em especial, §§ 3a, 24 Abs. 1, 35a, 37 Abs. 2, 3, 4; 41 Abs. 2, 2a VwVfG. Regras similares podem ser encontradas no Código Fiscal e no Código Social X. Sobre decisões automatizadas, ver, por todos, *H.-P. Bull*, *Der “vollständig automatisiert erlassene” Verwaltungsakt – zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von EGovernment*, DVBl 2017, p. 409 e ss.; *J. Hellbich*, *Rechtsfragen der “automatisierten” Ermessensausübung im Steuerrecht*, DStR 2017, p. 574 e ss.; *A. Berger*, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, NVwZ 2018, p. 1260 e ss.; *A. Guckelberger*, *E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?*, p. 235,

No entanto, elas ainda estão formuladas de uma forma bastante contida. Dito de forma mais simplificada, elas estão atualmente limitadas às assim chamadas decisões vinculantes, ou seja, a decisões sem margem de conformação. Isso leva em conta o fato de que em todo o caso os algoritmos tradicionalmente utilizados são programados de forma determinada, ou seja, são direcionados a prescrições inequívocas. Tais autorizações citadas para decisões puramente automáticas não são aplicáveis, consequentemente, às áreas nas quais, por exemplo, estão em jogo ponderações, na medida em que para isso não surjam prescrições inequívocas. Porém, é levado em consideração que tal pressuposto poderia ser visto como preenchido, se a regulação pudesse igualmente ser emitida por meio de uma prescrição administrativa, que não dependesse de outras avaliações⁷¹.

Como decorrência dos novos desenvolvimentos no âmbito da inteligência artificial (IA)⁷², especialmente da recriação de redes neurais, expandem-se as possibilidades de utilização de sistemas complexos de informação, incluindo também as decisões automatizadas⁷³. A ciência jurídica também deve se ajustar de forma tempestiva e procurar critérios para a avaliação se uma decisão automatizada com base na IA corresponde qualitativamente a uma decisão humana ou se sua qualidade muda ou mesmo se é superada.

A ênfase de *Konrad Hesse* de que o Direito é realizado por meio da ação humana está correta, sem embargo, apenas parcialmente para as decisões automatizadas. Porque, na medida em que são utilizados sistemas algorítmicos, as ações se baseiam, em última análise, em construções técnicas, e não humanas⁷⁴. Isso se confirma ainda que os programas sejam desenvolvidos por pessoas – geralmente por desenvolvedores de *softwares*, não necessariamente por juristas –, e que os *Inputs* normativos e empíricos

262 e ss., com outras indicações na nota de rodapé 29; *H. Kube*, E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, in: VVDStRL 78, 2019, p. 289, 306 e ss.

71 Acerca da discussão sobre a classificação de algoritmos como prescrição administrativa, ver *Guckelberger*, p. 269 e ss.

72 Sobre ela, ver, por todos, *S. Russell/P. Norvig*, Künstliche Intelligenz. Ein moderner Ansatz, 3. ed., 2012; *M. Lenzen*, Künstliche Intelligenz. Was sie kann & was uns erwartet, 2018; acerca de questões específicas, ver as contribuições de *Wischmeyer/Rademacher* (eds), *Regulating Artificial Intelligence*, 2020. Sobre a utilização da inteligência artificial no Direito, ver, por exemplo, *M. Herberger*, “Künstliche Intelligenz” und Recht, NJW 2018, 2825.

73 Especial sobre o problema da utilização de Machine Learning para decisões sob incerteza, ver *Y. Hermstrüwer*, Artificial Intelligence and Administrative Decisions under Uncertainty, in: *Wischmeyer/Rademacher*, p. 99 e ss.

74 De forma mais detalhada acerca das distinções, ver, por exemplo, *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – eine Herausforderung für das Recht, AöR 142 (2017), p. 1/25 e ss.

para as decisões (possam) ser inseridos não apenas por computadores, mas também por pessoas.

Os computadores podem, em alguns aspectos, superar as capacidades humanas, por exemplo, no rápido processamento de grandes quantidades de dados, na aquisição de correlações complexas e nas prognoses construídas a partir delas. Isso pode aliviar o aplicador do Direito, por exemplo, na avaliação da necessidade ou da adequação de uma medida. O mesmo vale para o acompanhamento dos efeitos por ela desencadeados e, se for o caso, para as decisões sobre consequências de desenvolvimentos inesperados.

Nada obstante, em face da atual e ampla estrutura determinística de algoritmos, e da sua dependência de prescrições inequívocas, pode surgir, no curso da programação, a tentativa de imputar ao Direito na sua codificação maior clareza e capacidade de vinculação do que é metodologicamente justificado⁷⁵. Surge um risco semelhante na preparação de pressupostos empíricos para os *Inputs* das decisões baseadas em algoritmos.

Na situação atual, (ainda) faltam importantes capacidades humanas nos sistemas técnicos de informação, incluindo as que se relacionam com as ponderações e otimizações, e que, portanto, podem ser importantes para o estabelecimento da concordância prática. Essas capacidades incluem a utilização de saber implícito, o desenvolvimento da criatividade, o emprego da intuição e, também, a atribuição de sentido à norma. Falta também (pelo menos ainda) a capacidade de trabalhar com as fórmulas complexas de quanto-tanto. Os algoritmos, conseqüentemente, não são capazes de lidar com o princípio da concordância prática da mesma forma que as pessoas nas tomadas de decisões pessoais.

Sistemas de algoritmos de aprendizagem, como, por exemplo, a *Machine Learning*, podem realizar desempenhos que se aproximam do agir humano e, em alguns aspectos, podem superar o seu desempenho. Como isso afetará a possibilidade e a qualidade das decisões judiciais ponderativas, não é, atualmente, previsível. Neste contexto, deve ser levada em consideração a circunstância de que tais sistemas, que foram primeiramente desenvolvidos por humanos, podem atualizar programas de aprendizagem de forma autônoma. Isso está ligado ao risco de restrições consideráveis de

75 Nesse ponto, eu costumo falar sobre o risco de um “neopositivismo digital”.

sua compreensão e controle por pessoas⁷⁶. Tais restrições podem também levar a déficits nas decisões sobre ponderações.

Nada obstante, a IA está sendo utilizada atualmente para superar tais restrições. Assim, por exemplo, estão sendo feitos esforços no contexto da assim chamada *Supervised Machine Learning* para uma melhor combinação entre as capacidades técnicas e humanas⁷⁷. Até que ponto isso será exitoso, permanece, por ora, em aberto.

Se – como eu espero – a expansão das possibilidades de utilização da *Legal Technology* avançar, a prática jurídica e a ciência terão que implementar e conceber que a decisão humana seja determinante na interação entre máquina e homem, de modo a escapar de uma substituição técnica. Atingidos por essa medida são, em especial, a programação, a criação de *Trainings* e programas de teste, especialmente para algoritmos de aprendizagem, o registro de contextos concretos, assim como a inserção de *Inputs* normativos e relacionados a fatos nos casos concretos.

Da mesma forma, devem ser desenvolvidos novos caminhos para garantir a legitimação democrática – também para as decisões sobre ponderação⁷⁸. Nesse sentido, também devem ser assegurados equivalentes funcionais para a garantia da responsabilidade normativa, que, até o momento, são transmitidos por fatores de controle pessoal e procedimental. Ainda a ser completamente resolvida é a garantia da responsabilidade democrática e do Estado de Direito, quando sistemas de aprendizagem alteram autonomamente programas, especialmente quando a mudança não é reconhecível nem controlável, mas, na melhor das hipóteses, puder ser reconstruída indiretamente com base nos resultados da aplicação da norma. Déficit na compreensão prejudicam igualmente as possibilidades de controle⁷⁹.

76 Sobre o tema, ver, de forma detalhada, T. Wischmeyer, *Regulierung intelligenter Systeme*, AöR 143 (2018), p. 1/32 e ss.; ders., *AI and Transparency: Opening the Black Box*, in: Wischmeyer/Rademacher, p. 75 e ss. Zur Entwicklung einer “Explainable Artificial Intelligence”. Ver A. Holzinger, *Explainable AI (ex-AI)*, *Informatic Spectrum* 2018, p. 138 e ss.; B. Walzl/R. Vogl, *Increasing Transparency in Algorithmic-Decision-Making with Explainable AI*, *DuD* 2018, p. 613 e ss.

77 Sobre os desenvolvimentos, ver, também, Y. Hermstrüwer, in: Wischmeyer/Rademacher, nota de rodapé 21; D. Lehr/P. Ohm, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*. *UC Davis Law Review* 51 (2017): 653/676; E. Talley, *Is the Future of Law a Driverless Car? Assessing How the Data-Analytics Revolution will Transform Legal Practice*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 174 (2018), p. 183 et passim.

78 Sobre os riscos correspondentes, ver, por exemplo, Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. ed., 2018, número de margem 47 até § 35a.

79 Excetuando-se, em todo caso, a atual competência ainda limitada de muitas decisões que lidam com algoritmos, faltam também até agora precauções suficientes no processo para que se possa exercer eficazmente um controle. Assim, por exemplo, não está assegurado que os algoritmos sob influência do código

CONSIDERAÇÃO FINAL

No âmbito da transformação digital, o Direito enfrenta uma profunda transformação em quase todas as dimensões de sua criação e aplicação. Espera-se que as especificidades desencadeadas por meio dos instrumentos digitais não contradigam as atuais formas metódicas e teóricas de diferenciações, sem se preocupar com a substituição por equivalentes funcionais. Também inserta nessa esperança está a capacidade para ponderações complexas e, especialmente, para lidar com princípios como o da concordância prática e, em geral, com requisitos democráticos e do Estado de Direito para decisões ancoradas em normas jurídicas. Neste contexto, ainda há muito a ser feito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. Die Gewichtsformel. In: JICKELI/KREUTZ/REUTER u. a. (org.). *Gedächtnisschrift für J. Sonnenschein*, 2003.
- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*, 1985.
- APPEL, I. Methodik des Umgangs mit Ungewissheit. In: SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM (org.). *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004.
- AUGSBERG, I. *Informationsverwaltungsrecht – zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen*, 2014.
- BÄUMLIN, R. *Staat, Recht und Geschichte*. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, 1961.
- BENZ (org.). *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*, 2004.
- BERGER, A. Der automatisierte Verwaltungsakt. *NVwZ*, 2018.
- BERNHARDT, W. *Digitalisierung der Justiz – Herausforderungen und Potentiale*, Verwaltung & Management, 2017.
- BETHGE, H. Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977.
- BREIDENBACH; GLATZ (org.). *Rechtshandbuch Legal Tech*, 2018.
- BUCHHOLTZ, G. *Legal Tech*. Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung. *JuS*, 2017.
- BULL, H.-P. Der “vollständig automatisiert erlassene” Verwaltungsakt – zur Begriffsbildung und rechtlichen Einhegung von EGovernment. *DVBl*, 2017.

fonte – o programa que traduz os algoritmos em *software* com capacidade funcional – sejam divulgados à instância de controle, como, por exemplo, o Tribunal, e como pode ser efetivado um controle nos sistemas de aprendizagem das possíveis alterações em curso da programação. Acerca da discussão sobre a possibilidade de uma E-Justiça, ver as fundamentações em *Kube*, p. 291, nota de rodapé 1.

- COLE, T. *Digitale Transformation*. 2. ed., 2017.
- DREIER, H. In: DREIER (org.). *Grundgesetz Kommentar*, v. I, 3. ed., 2013.
- FIEDLER, B.; GRUPP, M. *Legal Technologies: Digitalisierungsstrategien für Rechtsabteilungen und Wirtschaftskanzleien*. DB, 2017.
- FISCHER-LESCANO, A. Kritik der praktischen Konkordanz. *KJ*, 2008.
- FRANZIUS, C. Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht. In: HOFFMANN-RIEM; SCHMIDT-AßMANN; VOßKUHLE (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, v. I, 2. ed., 2012.
- HARTUNG; BUES; HALBLEIB (org.). *Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarktes*, 2018.
- HELLBICH, J. *Rechtsfragen der "automatisierten" Ermessensausübung im Steuerrecht*. DStR, 2017.
- HERBERGER, M. *"Künstliche Intelligenz" und Recht*. NJW, 2018.
- HESSE, K. Die normative Kraft der Verfassung. 1959. In: HÄBERLE/HOLLERBACH (org.). Konrad Hesse. *Ausgewählte Schriften*, 1984
- HESSE, K. Grundzüge. Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers. In: DÄUBLER-GMELIN/KINKEL/MEYER/SIMON (org.). *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit*, Festschrift für E. G. Mahrenholz, 1994.
- HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik. Deutschland*, 1967.
- HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik. Deutschland*, 20. ed., 1995/1999.
- HESSE, K. JZ, 1963.
- HOFMANN, E. *Abwägung im Recht*, 2007.
- HOFFMANN-RIEM, W. *Innovation und Recht – Recht und Innovation*, 2018.
- HOFFMANN-RIEM, W. Innovation und Recht, Fünfter Teil. In: HILL/SCHLIESKY (org.). *Management von Unsicherheit und Nichtwissen*, 2016.
- HOFFMANN-RIEM; SCHMIDT-AßMANN; VOßKUHLE (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, v. III, 2. ed., 2013.
- HOFFMANN-RIEM, W. *Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – eine Herausforderung für das Recht*. AöR 142, 2017.
- HOLZINGER, A. Explainable AI (ex-AI). *Informatic Spectrum*, 2018.
- HONG, M. *Chancen und Risiken externen Sachverständes in den Verwaltungsverfahren der Wissensgesellschaft*, Die Verwaltung 51, 2018.
- JAKOBS, M. *Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. DVBl, 1985, 97/99.
- JESTAEDT, M. Maßstäbe des Verwaltungshandelns. In: EHLERS, D.; PÜNDER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed., 2016.
- KLATT, M.; SCHMIDT, J. *Spielräume im öffentlichen Recht*, 2010.
- KINGREEN, T.; POSCHER, R. *Grundrechte*. Staatsrecht II, 34. ed., 2018.

- KUBE, H. E-Government: Ein Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht? In: VVDStRL 78, 2019.
- KÜMPER, B. *“Die normative Kraft der Verfassung”*: 100 Jahre Konrad Hesse, 60 Jahre Antrittsvorlesung Konrad Hesses, DÖV. 2018.
- LADEUR, K.-H. Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004.
- LEHR, D.; OHM, P. Playing with the data: what legal scholars should learn about machine learning. *UC Davis Law Review* 51, 2017.
- LENZEN, M. *Künstliche Intelligenz*. Was sie kann & was uns erwartet, 2018.
- LEPSIUS, O. Die Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. In: JESTAEDT/LEPSIUS (org.). *Verhältnismäßigkeit*, 2015.
- LEPSIUS, O. *Gesetzesstruktur im Wandel*. parte 2: Strukturmerkmale delegierter Rechtserzeugung, Jus, 2019.
- LERCHE, P. *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961.
- LÜBBE-WOLF, G. Das Prinzip praktischer Konkordanz. In: HERRMANN/KRÄMER (hrsg.). *Festschrift für Christian Kirchberg*, 2017.
- LÜBBE-WOLF, G. *Rechtsfolgen und Realfolgen*. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen? 1981.
- MÜLLER, F. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. ed., 1994.
- MÜLLER, F.; CHRISTENSEN, R. *Juristische Methodik*. v. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. ed., 2013.
- NULLMEIER, F. Input, Output, Outcome, Effektivität und Effizienz. In: BLANKE; NULLMEIER; REICHARD; WEWER (org.). *Handbuch zur Verwaltungsreform*. 4. ed., 2010.
- OLIVEIRA, R. C. de. Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013.
- PETERSEN, N. *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015.
- PFEFFERL, J. *Die Dichotomie konditionaler und finaler Normen*, 2014.
- PFLEGL, R.; SEIBT, C. *Die digitale Transformation findet statt! e & i Elektrotechnik & Informationstechnik*, 2017.
- PRIOR, P. *Legal Tech – Digitalisierung der Rechtsberatung*. ZAP, 2017.
- RUSSELL, S.; NORVIG, P. *Künstliche Intelligenz*. Ein moderner Ansatz. 3. ed., 2012.
- SACKSOFSKY, U. Anreize. In: HOFFMANN-RIEM; SCHMIDT-AßMANN; VOßKUHL (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, v. II, 2. ed., § 40, 2012.
- SCHLADEBACH, M. *Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip*. Der Staat. v. 35, 2014.
- SCHMIDT-PREUß, M. Multipolarität und öffentliches Recht. In: Depenheuer et al. (org.). *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, 2007.
- SCHUPPERT (org.). *Governance-Forschung*. 2. ed., 2006.
- STELKENS; BONK; SACHS. *Verwaltungsverfahrensgesetz*. 9. ed., 2018.

STENGEL; VAN LOOY; WALLASCHKOWSKI (org.). *Digitalzeitalter* – Digitalgesellschaft: Das Ende des Industriezeitalters und der Beginn einer neuen Epoche, 2017.

Sobre o autor:**Wolfgang Hoffmann-Riem**

Professor afiliado de Inovação e Direito na Bucerius Law School, Hamburgo. Professor emérito de direito público e administração pública da Universidade de Hamburgo. De 1995 a 1997, foi chefe do Departamento de Justiça (Senador) do Estado de Hamburgo, além de Presidente do Comitê de Direito do Bundesrat alemão. De 1999 a 2008, ele foi Juiz do Tribunal Constitucional alemão. Seu campo de responsabilidade como relator incluiu – entre outros – a proteção da privacidade e dos dados, a liberdade de expressão e informação, bem como a inviolabilidade do lar. De 1979 a 1995, 1997 a 1999, foi diretor do Hans-Bredow-Institute on Radio and TV-Broadcasting. Na Universidade de Hamburgo, fundou e presidiu o Centro de Pesquisa em Direito e Inovação (1995 - 2012). Ele ainda é um dos diretores do Instituto de Pesquisa sobre a Lei de Proteção Ambiental da Universidade de Hamburgo. Desde 2007, ele é membro alemão da “Comissão Europeia para a Democracia através do Direito” (Comissão de Veneza) do Conselho da Europa.

Artigo convidado.