

Paulo Ricardo Ferrari Sabino

**O modelo de aplicação de
princípios jurídicos de Alexy:
da teoria econômica ao
direito da concorrência**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DEPARTAMENTO DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do
Estado e Direito Constitucional

Rio de Janeiro
Maio de 2005

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Paulo Ricardo Ferrari Sabino

**O modelo de aplicação de
princípios jurídicos de Alexy:
da teoria econômica ao direito da concorrência**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Antônio Cavalcanti Maia

Rio de Janeiro
Maio de 2005



Paulo Ricardo Ferrari Sabino

**O modelo de aplicação de
princípios jurídicos de Alexy:
da teoria econômica ao
direito da concorrência**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Antônio Cavalcanti Maia

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fernando Galvão de Andréa Ferreira

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Luis Fernando Schuartz

Escola de Direito – Fundação Getúlio Vargas/RJ

Prof. João Pontes Nogueira

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Paulo Ricardo Ferrari Sabino

Graduou-se em Direito pela UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) em 1998. É advogado no Rio de Janeiro.

Ficha catalográfica

Sabino, Paulo Ricardo Ferrari

O modelo de aplicação de princípios jurídicos de Alexy: da teoria econômica ao direito da concorrência / Paulo Ricardo Ferrari Sabino; orientador: Antônio Cavalcanti Maia – Rio de Janeiro: PUC; Departamento de Direito, 2005.

77p.

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Princípios. 3. Colisão de Princípios. 4. Custo/Benefício. 5. Direito da Concorrência. 6. Robert Alexy. I. Sabino, Paulo Ricardo Ferrari. II. Maia, Antônio Cavalcanti. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 004

A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para esta empreitada, assumindo os custos necessários para que fossem produzidos os benefícios esperados deste trabalho.

Agradecimentos

Aos meus pais e irmãos, que me disponibilizaram as ferramentas necessárias para que este longo caminho fosse percorrido com sucesso.

Às escolas por que passei e aos professores que cuidaram de minha educação, esta que é a chave para a evolução humana.

À Faculdade de Direito da UERJ e ao Instituto de Economia da UFRJ, em cujas salas de aula tive a oportunidade de adquirir o conhecimento que serviu de apoio para o desenvolvimento deste trabalho.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, seus professores e funcionários, sempre atenciosos e incentivadores. Ao meu orientador Prof. Antônio Maia, pela confiança depositada e pelas dicas de ontem e de hoje.

Aos colegas de curso, pelos animados debates e pelo agradável convívio, sem o qual esta jornada teria se tornado bem mais dura.

Aos colegas de profissão que se dedicam à difusão no Brasil da cultura da concorrência, fundamental para o desenvolvimento sócio-econômico de nosso país. O desafio de estabelecer uma conexão entre o tema central deste trabalho e o direito da concorrência é também um esforço neste sentido.

Aos colegas e amigos de escritório, em especial José Carlos da Matta Berardo e Júlia Cadaval Martins, pela inestimável ajuda na fase de pesquisa.

Finalmente, à Patrícia, pelo exemplo de paciência e companheirismo, sem cujo amor nada disso faria sentido.

Resumo

Sabino, Paulo Ricardo Ferrari. **O modelo de aplicação de princípios jurídicos de Alexy: da teoria econômica ao direito da concorrência.** Rio de Janeiro, 2005. 77 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho objetiva analisar o modelo de aplicação de princípios jurídicos de Robert Alexy, com um enfoque que buscará explorar as conexões existentes entre o modelo e os conceitos típicos de teoria microeconômica nos quais o pensamento de Alexy está em parte inspirado. A apresentação desses conceitos será feita de maneira a permitir que o leitor não familiarizado com o tema possa melhor assimilar e compreender as noções econômicas presentes na obra do autor. Será conferida uma atenção especial à noção de otimização que desempenha um papel fundamental na definição de princípios jurídicos adotada por Alexy. Também terá destaque e será detalhadamente explorado o fato de que o modelo formulado por Alexy segue uma linha de pensamento que está amplamente centrada na consideração do raciocínio ‘custo x benefício’ como fio condutor de sua proposta para a solução das colisões de princípios. A incorporação do raciocínio ‘custo x benefício’ — que é típico da teoria econômica — à análise de complexas questões jurídicas deve ser, assim, alvo de algumas interessantes reflexões. Neste ponto será estabelecida uma das ligações existentes entre o núcleo deste trabalho e o direito da concorrência, que se justifica pelo fato de que esta área do direito se caracteriza por uma ampla aproximação entre o direito e a economia e por tratar o raciocínio ‘custo x benefício’ com uma naturalidade que faz dela um exemplo bastante útil para a compreensão e aceitação da proposta de Alexy. Adicionalmente, o trabalho dedicará algumas linhas à apresentação de determinados aspectos relevantes da fórmula de ponderação elaborada por Alexy, ocasião em que novas conexões com o direito da concorrência serão explicitadas. Vale ressaltar, ainda, a preocupação de que seja destacada a aptidão do modelo proposto por Alexy para reduzir o espaço que usualmente é ocupado pela intuição e pelo subjetivismo na complexa análise das situações de colisão de princípios.

Palavras-chave

Princípios; colisão de princípios; custo/benefício; direito da concorrência;
Robert Alexy.

Abstract

Sabino, Paulo Ricardo Ferrari. **Alexy's model for the application of legal principles: from economic theory to the competition law**. Rio de Janeiro, 2005. 77 p. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This thesis examines Robert Alexy's model for the application of legal principles, exploring the connection between Alexy's model and the typically microeconomic theories which inspired, in part, Alexy's thinking. Economic concepts are presented in a manner that allows readers who are not familiar with economic theory to assimilate and understand the notions contained in Alexy's work. Special attention is given to the notion of optimization, which occupies a fundamental role in Alexy's definition of legal principles. The thesis also explores in detail the influence of cost/benefit thinking on Alexy's model, leading to his proposal for resolving conflicts between principles. The incorporation of cost/benefit analysis – typical of economic theory – into the analysis of complex legal questions raises a number of interesting issues, which are examined in the context of competition law. Because legal and economic theories converge in this area of the law, so that cost/benefit analysis naturally applies, competition law furnishes examples that facilitate understanding and acceptance of Alexy's model. Certain other aspects of the Weight Formula elaborated by Alexy are also studied, again linking Alexy's theories to competition law. A central concern of this thesis is to highlight how Alexy's model can reduce the space usually occupied by intuition and subjectivism in the complex analysis of situations where principles collide.

Keywords

Principles; conflict of principles; cost/benefit; competition law; Robert Alexy.

Sumário

1. Introdução	11
2. Os sistemas jurídicos na visão de Alexy	13
3. Considerações sobre a teoria da argumentação jurídica de Alexy	18
4. O conceito de princípio jurídico e a noção tradicional de regra jurídica	23
5. Inexistência de hierarquia entre os valores juridicamente relevantes	26
6. A lei de balanceamento e a fórmula de ponderação	41
7. Alguns aspectos relevantes da fórmula de ponderação	56
8. Reflexões sobre a incorporação do raciocínio ‘custo x benefício’ à solução de questões jurídicas	63
9. Conclusão	72
10. Referências Bibliográficas	75

“For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics....We learn that for everything we have to give up something else, and we are taught to set the advantage we gain against the other advantage we lose, and to know what we are doing when we elect.”

Oliver Wendell Holmes

Introdução

A presente dissertação tem o propósito central de analisar o modelo de aplicação de princípios jurídicos de Robert Alexy, com um enfoque que buscará explorar as conexões existentes entre o modelo e os conceitos típicos de teoria microeconômica nos quais o pensamento de Alexy está em parte inspirado.

É que o modelo proposto por Alexy, cuja singularidade reside no tipo de raciocínio empregado pelo autor – pouco usual para a grande maioria dos juristas – para definir os princípios jurídicos e lidar com as dificuldades inerentes à sua aplicação aos casos concretos, incorpora e aproveita certos conceitos básicos da teoria microeconômica tradicional, além de trazer para o campo do direito um tipo de racionalidade que, embora subjacente ao pensamento econômico, pode ser bastante útil para a elaboração de uma teoria (da aplicação) dos princípios jurídicos.

Assim, espera-se que este trabalho seja capaz de levar o leitor não familiarizado com o tema a compreender os conceitos de teoria microeconômica que sejam relevantes para o modelo de aplicação de princípios jurídicos, contribuindo dessa forma para um melhor entendimento da proposta teórica de Alexy.

O texto está dividido em nove capítulos, incluindo esta introdução. Inicialmente, será apresentada no capítulo 2 a visão de Alexy a respeito dos sistemas jurídicos, sendo em seguida dedicadas algumas páginas a um breve estudo de sua teoria da argumentação jurídica (capítulo 3).

No capítulo 4 será feita uma introdução do conceito de princípio jurídico adotado por Alexy, com destaque especial para as diferenças existentes entre este conceito e a noção tradicional de regra jurídica.

Os capítulos 5 e 6 formam o eixo central do presente trabalho. Neles serão analisados os três sistemas que integram a teoria da ordem fraca dos princípios e serão detalhados os elementos que compõem o conceito de princípio jurídico.

Além disso, propõe-se que nesses capítulos sejam examinadas algumas importantes noções típicas da teoria econômica que estão presentes na obra de Alexy, como por exemplo a idéia de otimização, o critério de Pareto, o raciocínio ‘custo x benefício’ e as curvas de indiferença.

Também serão estudadas, especificamente no capítulo 6, a lei de balanceamento e a fórmula de ponderação pensada por Alexy para orientar a solução de casos que envolvem colisão de princípios.

Os capítulos 7 e 8 são dedicados à apresentação de comentários sobre a fórmula de ponderação e sobre a incorporação do raciocínio ‘custo x benefício’ à solução de questões jurídicas. Nesses capítulos são exploradas algumas conexões existentes entre a discussão apresentada sobre o modelo de Alexy e o direito da concorrência, o qual se caracteriza justamente por viabilizar uma aproximação entre o direito e a economia e por tirar proveito do raciocínio ‘custo x benefício’ de uma tal forma que a sua consideração neste trabalho, em conjunto com alguns aspectos do *law & economics*, se torna interessante para a compreensão das idéias subjacentes ao modelo proposto por Alexy.

Por fim, no capítulo 9 são expostas algumas conclusões sobre as discussões acima.

2

Os sistemas jurídicos na visão de Alexy

Não é possível analisar o modelo de aplicação de princípios jurídicos de Alexy sem antes compreender a sua proposta de conceituação e estruturação dos sistemas jurídicos.

Seguindo o mesmo caminho trilhado por Ronald Dworkin, Alexy é defensor da tese de que é inviável conceber um sistema jurídico com base na visão tradicional positivista de que somente às regras é reservado o papel de protagonista do sistema, sendo os princípios encarados de forma quase indiferente pelos participantes dos processos em âmbito jurídico.

É bem verdade que Alexy discorda de alguns pontos do pensamento de Dworkin, em especial aqueles que gravitam em torno da teoria da única resposta correta.

Para Dworkin, nos casos difíceis os juízes não podem prescindir da utilização dos princípios jurídicos, os quais funcionam nestes casos como critérios normativos para a tomada de decisão. Neste aspecto, Dworkin se apresenta como um crítico da idéia positivista – que aparece notadamente nas teses de Hart – de que a textura aberta das normas jurídicas abriria espaço para que os juízes decidissem, em algumas situações, conforme a sua vontade, já que a lacuna deixada pelo ordenamento deveria ser preenchida, nos casos difíceis, por um ato volitivo do julgador que poderia estar pautado apenas em seus pontos de vista pessoais.

Preocupa Dworkin o fato de que tal concepção positivista poderia resultar em uma perigosa discricionariedade judicial, já que nos casos difíceis o juiz estaria autorizado a decidir a questão por meio de um ato volitivo que não estaria fundamentado em critérios objetivos contidos no sistema.

Conforme esclarecem Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto ao comentarem a posição de Dworkin sobre a questão,

“[c]oncebendo-se as normas jurídicas somente como regras, é certo que o sistema estático será lacunoso, e esse problema é resolvido pelo normativismo através da atribuição de poder discricionário para o magistrado definir volitivamente a solução do caso concreto. No entanto, se, além das regras, entende-se que o sistema jurídico

também contém princípios, esse problema não persiste, já que sempre preexistirão critérios normativos para determinar a decisão do caso concreto (os princípios).”¹

Assim, é necessário reconhecer que os princípios deverão desempenhar nos casos difíceis o papel de referencial normativo das decisões a serem tomadas pelos juízes, o que em tese contribuiria para eliminar a indesejada discricionariedade judicial que estaria presente nas visões positivistas sobre o assunto.

Seguindo nessa linha de pensamento, Dworkin sustenta que, mesmo para tais casos difíceis, é possível afirmar que existe uma única resposta correta. A identificação desta resposta é uma tarefa árdua que, segundo o autor, só poderia ser cumprida por um juiz onisciente (o “Juiz Hércules”) que fosse capaz de “conhecer todos os princípios e operar a ligação entre eles, possuindo uma visão completa do conjunto do direito vigente”². Trata-se de um ser ideal, com poderes especiais que na verdade o colocam mais distante do humano e mais próximo do divino. Embora reconheça que, no mundo real, a obtenção da única resposta correta pode se revelar uma tarefa impossível, esta limitação não deve ser entendida como uma negativa da existência de tal resposta.

Alexy critica esta visão de Dworkin segundo a qual seria possível encontrar, em cada caso difícil, uma única resposta correta. O recurso a uma figura ideal com poderes especiais não resolve o problema, pois seria necessário estabelecer um procedimento por meio do qual tal resposta pudesse ser alcançada.

Assim sendo, tem-se que a teoria dos princípios não seria suficiente, por si só, para garantir a obtenção da única resposta correta. Aliás, Alexy entende que, não sendo possível sequer formular uma teoria forte dos princípios, na qual, por exemplo, estivessem determinadas todas as relações de prioridade existentes entre os princípios, torna-se ainda mais difícil sustentar uma teoria da única resposta correta, pois ao que tudo indica esta pressupõe a existência daquela.

Por outro lado, tendo em vista que, para Dworkin, a obtenção da única resposta correta é uma missão reservada somente àqueles seres especiais dotados de uma capacidade divina de tudo compreender, é pouco provável que nos casos

¹ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*, in Os Princípios da Constituição de 1988, Peixinho, Manoel Messias, Guerra, Isabella Franco e Nascimento Filho, Firly (org.), Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 72.

² MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 79.

concretos seja possível dar efetividade à teoria, restando clara, portanto, na visão de Alexy, a necessidade de que as teses de Dworkin sejam reforçadas por um terceiro nível a ser acrescentado ao sistema: a argumentação jurídica.

Com efeito, se o sistema é composto por regras e princípios jurídicos, passa a ser necessário que o juiz adote em suas avaliações um mecanismo de ponderação que lhe auxilie na solução dos diversos casos, pois a colisão de princípios exigirá que, de alguma forma, sejam estabelecidas concretamente as relações de hierarquia e precedência existentes entre os princípios incidentes sobre o caso. Alexy propõe que a ponderação se desenrole no âmbito de um procedimento que deverá corresponder à argumentação jurídica, a qual contribui para incrementar o grau de racionalidade da decisão a ser proferida pelo juiz.

A esse respeito, é bastante esclarecedora a seguinte passagem de seu artigo *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*:

“Los principios, como las reglas, no regulan por sí mismos su aplicación. Si se quiere lograr un modelo adecuado del sistema jurídico, entonces se debe añadir a estos dos niveles que expresan, en relación con la cuestión de la corrección de la decisión, el lado pasivo del sistema jurídico, otro lado activo referido a esta cuestión. Los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada. Una respuesta concluyente a la cuestión de la única respuesta correcta sólo es posible refiriéndose a estos tres niveles.”³

Percebe-se que Alexy busca estabelecer um modelo que, sem desconsiderar os avanços obtidos a partir das teses de Dworkin sobre a incorporação dos princípios ao sistema jurídico, esteja alinhado com a preocupação de que seja conferida racionalidade às decisões jurídicas.

Para Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto, “[a] proposta de Alexy é justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta correta, substitutiva da idéia de Hércules”⁴. Note-se, entretanto, que Alexy não acredita que seja possível, mesmo a partir de um procedimento argumentativo, obter em todos os casos a única resposta correta, mas de todo modo a idéia de que existe tal resposta nortearia a conduta dos participantes do processo no sentido de que estes acreditam que o seu argumento seja o único correto para o caso.

³ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, Doxa 5, 1988, pp. 148/149.

⁴ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 89.

Os participantes do procedimento atribuem aos seus argumentos uma pretensão de correção que na realidade passa a ser, em algumas situações, mais útil do que a própria correção absoluta, já que, como visto, esta pode se tornar inalcançável.

Mas o importante é que, em nenhuma hipótese, abandona-se a exigência de que o argumento se apresente como uma opção que ressalta as idéias de correto e verdadeiro, ainda que de uma maneira relativa.

No capítulo 3 a seguir, serão apresentadas algumas considerações sobre a teoria da argumentação jurídica de Alexy. Antes, porém, cabem algumas palavras sobre os dois outros elementos do sistema jurídico, as regras e os princípios. É importante desde logo esclarecer que, embora regras e princípios possuam características inteiramente distintas, inclusive e especialmente no que toca à metodologia seguida na sua aplicação aos casos concretos, a sua convivência dentro de um mesmo sistema jurídico é algo tão comum nas sociedades contemporâneas que é difícil negar a importância de ambos para a estruturação dos sistemas.

Regras e princípios são espécies do gênero norma. Embora essa definição possa parecer excessivamente trivial, há um aspecto por trás dela que é essencial para o entendimento da concepção de Alexy sobre os sistemas jurídicos. Trata-se da incorporação da idéia de que os princípios são – tanto quanto as regras – partes integrantes do ordenamento jurídico, dispondo de força normativa e conteúdo material vinculante, ao qual é possível associar, em termos concretos, um dever-ser juridicamente válido de características similares às de qualquer regra.

Assim, uma vez reconhecido que aos princípios cabe o *status* de tipo ou espécie de norma, surge a exigência de que seja desenvolvido um método de aplicação dos princípios jurídicos que, na medida do possível, esteja apto a atender aos requisitos de racionalidade, objetividade e controle intersubjetivo que – não por acaso – se tornaram condições necessárias, nos tempos atuais, para a estruturação de todo e qualquer sistema jurídico de base democrática.

Em outras palavras, a inclusão dos princípios no sistema jurídico depende da elaboração de um método que possibilite a sua aplicação racional aos problemas jurídicos, especialmente face ao seu caráter de norma fundamental.

Naturalmente, o ponto de partida deste método é o próprio conceito de princípio jurídico, formulado por Alexy como um contraponto à noção tradicional de regra jurídica. Este tópico voltará a ser abordado mais adiante.

Considerações sobre a teoria da argumentação jurídica de Alexy

Embora o presente trabalho não tenha o propósito de examinar e discutir questões relativas à teoria da argumentação de Alexy, é válido abordar aqui, antes do início da análise do conceito de princípio jurídico, alguns aspectos relevantes desta parte da obra do autor, em especial no que se refere ao conjunto de regras que informam o discurso jurídico.

Segundo esclarece Manuel Atienza, “[o] discurso jurídico é, na opinião de Alexy, um caso especial do discurso prático geral. Isso quer dizer, mais concretamente, que: 1) no discurso jurídico se discutem questões práticas, 2) erige-se também uma pretensão de correção (a pretensão de justiça seria um caso de pretensão de correção), mas 3) isso se faz (e daí ser um caso *especial*) dentro de determinadas condições de limitação.”¹ Resumidamente, o procedimento que vigora para o discurso jurídico, além de seguir as regras do discurso prático geral, submete-se, igualmente, às regras e formas que são peculiares ao discurso jurídico, as quais impõem uma limitação que está expressa na sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática jurídica².

Alexy propõe a instituição de um ‘código da razão prática’, com base no qual seria viável elaborar justificativas e questionamentos para proposições racionalmente fundamentadas submetidas à apreciação dos participantes do discurso. As regras que integram este código podem ser divididas em dois grupos: as regras relativas à estrutura dos argumentos e as regras sobre o procedimento discursivo. A título ilustrativo, algumas dessas regras são apresentadas a seguir, acompanhadas de suas respectivas descrições³:

¹ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, Landy Editora, São Paulo, 2002, p. 253.

² Também merece destaque o papel desempenhado pela noção de igualdade nos discursos jurídicos. A esse respeito, veja-se o seguinte esclarecimento de Fernando Galvão (FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Uma Introdução à Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy*, De Andréa Ferreira & Morgado Editores, Rio de Janeiro, 2003, pp. 69/70), “[a] pretensão de correção, erguida nestes discursos, implica a pretensão de justificação, que pressupõe, por sua vez, considerar o outro, perante quem se justifica, como um igual. Esta noção é tão importante, que, para Alexy, os sistemas jurídicos que não possuem uma *pretensão à correção*, ainda que implicitamente, não são sistemas jurídicos, na medida em que ela é um elemento essencial do conceito de Direito, que estabelece sua conexão com a Moral.”

³ Este conjunto de regras foi extraído do artigo acima citado de autoria de Antônio Cavalcanti Maia e Cláudio Pereira de Souza Neto (pp. 92 a 95). Conforme os autores ressalvam no artigo, não

Regras que se referem à estrutura ou forma dos argumentos

(1) *Regra que exige a não contradição*: “ningún hablante puede contradecirse’. Essa é uma regra da lógica tradicional. Ao enunciá-la, Alexy mostra que a teoria da argumentação acompanha o princípio básico da lógica formal e, obviamente, não se propõe a substituí-la.”⁴

(2) *Regra que exige a universalidade*: “Todo hablante que aplique um predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier outro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes.”⁵

(3) *Regra que exige a clareza lingüística*: “para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del language’. Essa regra tem em vista permitir que os participantes possam criticar as proposições normativas formuladas por outros com base no uso incorreto da linguagem, de modo que representa um estímulo decisivo à correção linguística.”⁶

(4) *Regra que exige a verdade das premissas empíricas utilizadas*: “para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico)’. (...) Se se deduz determinada conclusão de um certo enunciado, que descreve características, estados de coisas ou acontecimentos, qualquer participante do processo argumentativo pode iniciar a análise da veracidade desse enunciado.”⁷

(5) *Forma de argumento que leva à completude dedutiva*: “quien apela a una regla en una fundamentación presupone al menos que se cumplen las condiciones de aplicación de esa regla. Estas condiciones de aplicación pueden ser las características de una persona, de una acción ou de un objeto,

se trata do rol completo de regras apresentado por Alexy, mas ao que tudo indica é uma seleção bastante representativa.

⁴ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 92.

⁵ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 92.

⁶ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 92.

⁷ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 93.

la existencia de un determinado estado de cosas o el que suceda un determinado acontecimiento. Esto significa que quien aduce una regla como razón presupone como verdadero un enunciado... que describe tales características, estados de cosas o acontecimientos'. Dessa forma de argumento resulta, quando combinada com a regra antes enunciada, que uma norma só deve ser determinante se as condições de sua aplicação estiverem efetivamente presentes — daí o seu vínculo com a regra anterior, que permite que se lance mão de argumentos teóricos para comprovar que tais condições não se verificam.”⁸

(6) *Forma de argumento que leva à consideração das conseqüências*: “quien aduce como razón para N [uma proposição normativa singular] una aserción sobre consecuencias presupone una regla que expresa que la producción de estas consecuencias es obligatoria o es buena.”⁹

(7) *Forma de argumento das ponderações*: “As formas de argumento características da ponderação são as chamadas regras de prioridade, que têm sentido somente quando há conflito entre duas outras regras. Neste caso, é necessário decidir qual vai prevalecer. As regras de prioridade podem estabelecer justamente quais são as condições sob as quais deve prevalecer uma regra. Desse modo, esta também é uma subforma da regra da completude dedutiva dos argumentos.”¹⁰

(8) *Regra que exige o intercâmbio de posições*: “Quien afirma una proposición normativa presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.”¹¹

(9) *Regras relativas à análise do surgimento das convicções morais*: “Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante

⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 93.

⁹ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 93.

¹⁰ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 94.

¹¹ MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 94.

deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla no pasa semejante prueba: a) si aunque originalmente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.’ No mesmo sentido: ‘Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables’¹².

Regras sobre o procedimento discursivo¹³

- (1) Quem pode falar pode participar do discurso;
- (2.a) Todos podem problematizar qualquer asserção;
- (2.b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso;
- (2.c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades;
- (3) A nenhum falante se pode impedir de exercer, mediante coerção interna ou externa ao discurso, seus direitos fixados em 1 e 2 acima.

Em entrevista concedida a Manuel Atienza¹⁴, Alexy destaca um importante aspecto relacionado à sua obra sobre a argumentação jurídica que para ele permanece em destaque até os dias atuais. Trata-se da conexão existente entre o discurso jurídico e o discurso prático geral (como dito, aquele é um caso especial deste), que confere uma natureza dupla ao direito e o aproxima da moral. A passagem a seguir é útil para elucidar esta questão:

“Las vinculaciones a la ley, al precedente y a la dogmática definen su carácter institucional y autoritativo. La apertura a la argumentación práctica general le añaden una dimensión ideal y crítica. La conexión entre estos dos aspectos lleva a una vinculación entre el Derecho y la moral que es algo excluido por el concepto positivista de Derecho.”¹⁵

Outro aspecto indicado por Alexy como um dos pontos de sua obra sobre a argumentação jurídica que continuam sendo importantes nos dias atuais é o que

¹² MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. art. cit., p. 94.

¹³ As regras foram transcritas de ATIENZA, Manuel. ob. cit., p. 244.

¹⁴ *Entrevista concedida por Robert Alexy a Manuel Atienza*, Doxa 24, 2001, pp. 671 a 687.

¹⁵ *Entrevista concedida por Robert Alexy a Manuel Atienza*, Doxa 24, 2001, p. 672.

revela que o discurso jurídico pode ser uma modalidade de argumentação prática e racional (ainda que atrelada à moral), a partir de um sistema de regras e formas como o introduzido acima¹⁶. Veja-se a esse respeito o seguinte trecho da entrevista concedida a Manuel Atienza:

“Mackie ha defendido la tesis de que es falso que con nuestros juicios morales erijamos una pretensión de objetividad, porque no existen valores objetivos. Lo llama la ‘teoría del error’ (‘error theory’; J.L. Mackie, *Ethics* 1977, p. 35). La teoría del discurso opone a la teoría del error la tesis de que la argumentación práctica racional resulta posible. Lo que demuestra esa posibilidad es el hecho de que se haya construido. La construcción consiste en un sistema de reglas y de formas que viene a explicitar de qué manera la razón puede ser práctica. Se constituye así una alternativa a los extremos del puro objetivismo y del puro subjetivismo.”¹⁷

Percebe-se, desse modo, o compromisso de Alexy com o estabelecimento de uma teoria da argumentação jurídica que, em primeiro lugar, reconheça os vínculos existentes entre o direito e a moral e permita que tais vínculos sejam explorados discursivamente e, em segundo lugar, não subestime o fato de que o direito tem um viés formal e institucional que não pode ser menosprezado no curso da argumentação.

E talvez o mais importante de tudo seja o esforço de Alexy em demonstrar que a teoria da argumentação jurídica proporciona ganhos de racionalidade para o debate jurídico que, ao mesmo tempo, permitem que a avaliação dos casos concretos seja permeada por valores morais, sem que se torne necessário assumir o risco de que tal avaliação se incline excessivamente para o subjetivismo.

¹⁶ A entrevista mostra ainda a existência de um terceiro aspecto da obra de Alexy sobre a argumentação jurídica que o autor considera importante mesmo após tantos anos de sua divulgação: a constatação ampliada e geral de que “el Derecho erige necesariamente una pretensión de corrección”.

¹⁷ *Entrevista concedida por Robert Alexy a Manuel Atienza*, *Doxa* 24, 2001, p. 672.

4

O conceito de princípio jurídico e a noção tradicional de regra jurídica

Para Alexy, os princípios “son mandatos de optimización”, isto é, “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”¹ Nos capítulos 5 e 6 abaixo, os elementos desta definição serão analisados de forma detalhada. Por ora, o mais importante é entender por que razão o conceito de princípio opõe-se à noção de regra jurídica.

O cerne da questão está no fato de que, conforme se infere da definição acima, ao contrário do que ocorre com as regras, os princípios podem ser cumpridos em graus variados, de acordo com as restrições jurídicas e fáticas que lhes são impostas.

A aplicação de um determinado princípio jurídico a um caso concreto não segue a lógica do ‘tudo-ou-nada’ típica das regras, as quais contêm comandos que devem ser seguidos de forma exata e precisa.

A seguinte explicação apresentada por Alexy em artigo no qual discorre rapidamente sobre as três principais teorias existentes acerca dos princípios é esclarecedora²:

“According to the standard definition of principle theory (Alexy 1996, 75ff.), principles are norms commanding that something be realized to the highest degree that is actually and legally possible. Principles are therefore *optimization commands*. They can be fulfilled in different degrees. The mandatory degree of fulfillment depends not only on actual facts but also on legal possibilities. The field of legal possibilities is determined by countervailing principles and rules. Contrariwise, rules are norms that can only be either complied with or not. If a rule is valid, it requires that one do exactly what it demands, nothing more and nothing less. Rules therefore comprise a decision in the fields of actual and legal possibilities. They are *definitive commands*. This means that the difference between rules and principles is a difference in quality and not only one of degree. Every norm is either a rule or a principle (Alexy 1996, 77ff.; 1995, 203).”

As regras não comportam ponderação e, por isso, reforçam a segurança jurídica. Esta característica das regras é admitida por Alexy quando ele afirma que:

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86.

² ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*, Ratio Juris, Vol. 13, No. 3, setembro, 2000, p. 295.

“Desde el punto de vista de la vinculación al texto constitucional, de la seguridad jurídica y de la previsibilidad, el modelo puro de reglas es, sin duda, la alternativa más atractiva. El modelo puro de reglas es sostenido por quien considera que las normas de derecho fundamental son normas que posiblemente requieren complementación pero son siempre aplicables sin ponderación y, en este sentido, son *libres de ponderación*. En el modelo puro de reglas queda abierta la cuestión nada simple de interpretar las disposiciones de derecho fundamental — por ejemplo, con la ayuda de las “viejas buenas reglas de la hermenéutica jurídica — pero, puede renunciarse en él al procedimiento de la ponderación, sobre el que pesan tantas inseguridades.”³

Há entre os princípios e regras uma diferença qualitativa, que ultrapassa os limites da visão mais usual de que a distinção entre ambos está relacionada ao “grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade”. Sobre o assunto, é interessante o seguinte esclarecimento de Virgílio Afonso da Silva:

“Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios.”⁴

Vale mencionar que, no artigo acima referido, Virgílio Afonso da Silva critica a posição de Humberto Ávila sobre a questão, refutando o argumento de que existe entre os princípios e as regras uma simples distinção no seu grau de abstração — os princípios são, naturalmente, mais abstratos do que as regras — de modo que ambos devem ser submetidos a um exercício de interpretação. Assim sendo, não valeria a idéia de que a aplicação das regras segue a lógica do ‘tudo-ou-nada’. Para Virgílio Afonso da Silva, no entanto, “[h]á, neste ponto, não somente uma imprecisão no uso do termo ‘tudo ou nada’ como sinônimo de ‘imediatez’, como também a desconsideração de uma distinção trivial na teoria geral do direito: a distinção entre texto e norma. Segundo essa distinção, de larguíssima aceitação, independente de corrente doutrinária, texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é o *produto da interpretação desse enunciado*. (...) Diante da diferença entre texto e norma, o argumento de Ávila perde força. A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de *normas* e não entre dois tipos de *textos*. É por isso que tanto as regras, quanto os princípios pressupõem uma

³ ALEXY, Robert. ob. cit., p. 118.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, No. 1, 2003, p. 609.

interpretação prévia. Isso não significa, contudo, que ambos tenham a mesma estrutura. Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los.”⁵

O exame dos mecanismos de solução de conflitos entre regras e de colisões entre princípios é um outro meio eficaz de visualizar a distinção entre regras e princípios.

Segundo Alexy, numa situação de conflito entre regras, ou uma delas deverá ser declarada inválida, ou deverá ser introduzida uma cláusula de exceção que seja capaz de eliminar o conflito⁶.

A colisão de princípios, entretanto, é solucionada de uma maneira completamente distinta e potencialmente mais complexa. Esse ponto será examinado detalhadamente adiante mas é importante que fique logo claro que a solução da colisão de princípios segue uma lógica — presente na noção de balanceamento — que se distancia da que é seguida na solução do conflito entre regras, fato esse que contribui para evidenciar as diferenças existentes entre regras e princípios.

Por fim, vale destacar que na aplicação dos princípios jurídicos entra em cena um tipo de raciocínio que é na verdade pouco familiar para os juristas, em especial para aqueles estritamente habituados ao método da subsunção, característico da aplicação das regras. Pensar a solução de um problema jurídico a partir de um raciocínio do tipo ‘custo x benefício’ — que está por detrás da idéia de otimização — pode soar estranho para muitos juristas e profissionais do direito, os quais em regra são treinados a encarar a decisão dos casos jurídicos sob a ótica da realização do justo, e não como a maximização do resultado associado a um determinado objetivo cuja implementação está sujeita a restrições (ainda que tal maximização não seja incompatível com o ideal de justiça).

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, art. cit., pp. 616/617 (grifos no original).

⁶ Conforme o próprio Alexy, “a conflict between two rules can only be solved by either introducing an exception clause into one of the two rules or declaring at least one of them invalid.” (ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*, art. cit., pp. 295/296).

Inexistência de hierarquia entre os valores juridicamente relevantes

A questão sobre a inexistência de uma hierarquia estrita entre os princípios é uma das principais preocupações de Alexy. A impossibilidade de que os princípios sejam ordenados em uma escala que permita o estabelecimento de precisas relações de hierarquia entre eles é um risco para a tese de que os princípios integram o sistema jurídico e possuem força normativa.

Não sendo possível expressar numericamente o peso dos princípios e sua intensidade de realização, torna-se inviável a definição de uma ordem estrita de princípios que “conduzca en cada caso precisamente a un resultado”¹. Surge então o risco de que a teoria dos princípios seja utilizada de forma arbitrária, aleatória ou sem fundamentação racional, como se o conjunto dos princípios integrantes de um sistema jurídico fosse um simples catálogo de *topoi*.

Para mitigar este risco, Alexy propõe que seja estabelecida uma “orden débil”² entre os princípios, que permita, segundo Manuel Atienza, “a sua aplicação ponderada (de maneira que sirvam como *fundamento* para decisões jurídicas)”³. Tal ordem fraca funciona como uma espécie de *second-best* que substitui, com relativa segurança, a ordem hierárquica estrita.

Esta ordem fraca é composta de três elementos distintos: (i) um sistema de condições de prioridade; (ii) um sistema de estruturas de ponderação; e (iii) um sistema de prioridades *prima facie*. Cada um desses elementos será analisado a seguir.

O sistema de condições de prioridade

Em síntese, tal sistema estabelece que, se um princípio prevalece sobre outro em um determinado caso concreto — no qual identifica-se uma colisão de princípios —, é possível que o mesmo critério possa ser aplicado a novas situações concretas, de modo que as relações de prioridades fixadas no caso paradigmático se tornam relevantes também para a solução de outros casos.

¹ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, art.cit., p. 145.

² ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, art.cit., p. 146.

³ ATIENZA, Manuel. ob.cit., p. 267.

Para resolver uma colisão de princípios, é necessário antes de mais nada avaliar o peso de cada um dos princípios incidentes sobre o caso concreto específico. Isto porque não se admite a predominância absoluta ou abstrata de um princípio sobre outro, de modo que as circunstâncias específicas do caso concreto desempenham um papel essencial na solução da colisão⁴.

É bem verdade que esta visão de que inexistente uma predominância absoluta de um princípio sobre outro suscita algumas reflexões e precisa ser encarada com cuidado quando o que está em jogo é a dignidade humana. É aceitável admitir que a dignidade humana deve em alguns casos ceder espaço à realização de um outro princípio? Uma proposta para solucionar este problema seria o reconhecimento de que há, conforme esclarece Ana Paula de Barcellos, “um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, a norma mantém a sua natureza de princípio (...)”⁵.

Em entrevista concedida em 26 de abril de 2002 à Revista Trimestral de Direito Civil⁶, Alexy aborda este tema e expõe, sucintamente, o seu entendimento sobre a controvertida questão. É válido reproduzir aqui a íntegra da resposta dada por Alexy às perguntas formuladas na entrevista com relação ao assunto:

“RTDC: Em seu livro *Teoria dos direitos fundamentais*, o senhor expõe três modelos para a compreensão das normas jusfundamentais. O modelo puro de princípios, o modelo puro de regras e um modelo combinado regra/princípio. O senhor indica este terceiro modelo como o mais adequado. Mais adiante defende o duplo caráter da norma jusfundamental. No art. 5º da Constituição brasileira há diversas normas jusfundamentais positivadas. De acordo com o seu ponto de vista, qual é o caráter destas normas? São princípios ou possuem um caráter duplo?

RA: Eu acredito que possuam um caráter duplo. Como os direitos constitucionais são direitos fundamentais, precisam ter o caráter de princípio, porque, de outro modo, não teríamos um sistema racional de limitação ou restrição. O princípio da proporcionalidade não seria utilizado, portanto, elas precisam ter o caráter de princípio. Mas, além disso, elas precisam ter o caráter de regra também. Se, contudo, existem algumas decisões concretas já realizadas pela Constituição, as quais podem, em uma certa extensão, ser aplicadas sem

⁴ Já é possível perceber que o raciocínio aplicado para a solução da colisão de princípios é bem diferente do que é empregado no caso de um conflito entre duas regras, em que a solução adotada é automática e direta, como visto acima.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002. pp. 193/194.

⁶Entrevista concedida por Robert Alexy à Revista Trimestral de Direito Civil, RTDC, Vol. 16, outubro/dezembro, 2003, p. 311.

sopesamento, então a Constituição resolveu estes casos definitivamente e isto possui, portanto, o caráter de regra.

RTDC: E a dignidade da pessoa humana?

RA: A dignidade humana possui um caráter duplo em outro sentido. Nós não podemos nunca afirmar que a dignidade humana precisa ser um pouco sacrificada em prol de outras regras coletivas. No entanto, o conceito de dignidade humana é um conceito de resultado. Se a dignidade humana for infringida, o ato estatal é inconstitucional. Este constitui o caráter de regra da dignidade humana. Por outro lado, se a dignidade humana é infringida ou violada, depende das razões em jogo contrárias e a favor de sua ação. Logo, atrás de um uso apodítico dos julgamentos cujo cerne é a dignidade humana, há outros julgamentos que concernem não somente à dignidade humana, mas também a razões contra uma decisão a qual é, *prima facie*, demandada pela dignidade humana.” (grifos no original)

Em outra entrevista — a que foi concedida a Manuel Atienza⁷ —, Alexy mais uma vez aborda a questão:

“En la pregunta te referías a la ‘gradualidad’ y a la dignidad humana. La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión. Pero también aquí las cosas no son tan simples. Tras la estructura de reglas de dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación. Pero ese es otro tema.”

Aparentemente, portanto, um caminho a ser seguido a fim de resolver a complexa questão acerca da inserção da dignidade humana em um sistema que contempla regras e princípios e que atribui a esses últimos a característica de valores relativos seria tratar a dignidade humana, ou ao menos o seu conteúdo nuclear, como uma regra, cuja aplicação nos casos concretos não comporta ponderação.

Voltando ao ponto sobre o papel desempenhado pelas circunstâncias específicas do caso concreto na solução da colisão de princípios, cabe notar que Alexy apresenta a idéia de que deve ser estabelecida uma “*relación de precedencia condicionada*”⁸ entre os princípios, pautada exatamente nas tais circunstâncias do caso concreto. De acordo com esta relação de precedência, uma vez presentes certos requisitos ligados ao caso concreto, os quais constituem os fundamentos fáticos para a solução da situação de colisão, o princípio *x* se sobrepõe, naquela hipótese específica, ao princípio *y*, o qual, todavia, continua integrando o ordenamento jurídico, ainda que sem aplicação no caso em questão.

⁷Entrevista concedida por Robert Alexy a Manuel Atienza, Doxa 24, 2001, p. 678.

⁸ALEXY, Robert. ob. cit., p. 92 (grifos no original).

Assim, em algumas situações o princípio que garante a proteção da vida e da integridade física prevalecerá em relação aos princípios que orientam a aplicação do direito penal, desde que, em tais situações, se verifiquem as condições que determinam esta precedência.

A partir desta idéia de relação de precedência condicionada, Alexy formula o conceito que ele denominou de “ley de colisión”⁹. Segundo tal conceito, é possível fixar uma regra que determinará que certas conseqüências jurídicas – associadas a um determinado princípio – deverão incidir nos casos em que estejam presentes as condições que autorizam a precedência deste princípio. Em outros termos, verificada a ocorrência dos pressupostos fáticos que constituem as condições de precedência do caso, a solução do problema implicará a adoção das conseqüências jurídicas associadas ao princípio fixado como predominante pela relação de precedência (este princípio foi fixado como predominante exatamente porque, no caso, verificou-se a ocorrência dos pressupostos fáticos – ou condições – que autorizam a sua precedência).

A relação de precedência condicionada pode ser representada da seguinte maneira: $(P_1 \text{ P } P_2) C$, o que significa que o princípio P_1 se sobrepõe ao princípio P_2 quando verificadas as circunstâncias C .

Assim, em cada caso concreto, é possível extrair uma regra que estabelecerá a conexão entre as circunstâncias C do caso e a conseqüência jurídica derivada do princípio prevalecente¹⁰.

Esta regra tem características de norma fundamental e sua aplicação aos diversos casos pode ser operacionalizada por meio do método da subsunção, como se a regra fosse – ela própria – parte do ordenamento jurídico vigente.

É importante no entanto ressaltar que a existência dessas regras - estabelecidas a partir das diversas situações de colisão de princípios - não é suficiente para que se possa apontar, em cada um dos casos concretos, a única decisão correta a ser tomada. É que sempre estará aberta a possibilidade de que surjam novas situações concretas com características distintas daquelas que vigoravam nos casos passados, tornando assim inviável a aplicação automática e direta das regras já existentes. De todo modo, tais regras anteriores ao caso pelo menos servem de insumo para a argumentação a ser desenvolvida pelas partes por ocasião da análise do caso concreto, o que significa que,

⁹ALEXY, Robert. ob. cit., p. 94.

¹⁰ Esta regra é assim representada: $C \rightarrow R$, ou seja, se estão presentes os fundamentos fáticos contidos em C , então vale a conseqüência jurídica R , decorrente do princípio predominante.

em qualquer hipótese, a construção dessas regras é útil para a definição de uma escala de importância relativa dos princípios jurídicos.

O sistema de estruturas de ponderação

Este segundo elemento da teoria sobre a ordem fraca dos princípios decorre diretamente da própria definição dos princípios jurídicos.

Com efeito, como visto acima, os princípios são mandamentos de otimização, no sentido de que são normas que determinam que algo deve ser realizado no maior grau possível, sendo tal realização limitada tanto pelas possibilidades fáticas quanto pelas possibilidades jurídicas (estas dizem respeito às regras e princípios opostos ou colidentes).

Percebe-se que o cerne do conceito de princípios jurídicos formulado por Alexy é a noção de otimização.

Embora seja possível compreender intuitivamente qual o significado e o conteúdo da noção de otimização, a importância deste conceito para o modelo formulado por Alexy torna necessário que algumas linhas sejam dedicadas ao estudo de seus aspectos mais relevantes.

Não é novidade que o conceito de otimização é um dos pilares da teoria econômica, desempenhando nela um papel que se assemelha ao de princípio essencial, razão pela qual é na literatura econômica que o presente trabalho deverá buscar esclarecimentos sobre o assunto, em linha com os objetivos gerais apresentados no capítulo 1 acima.

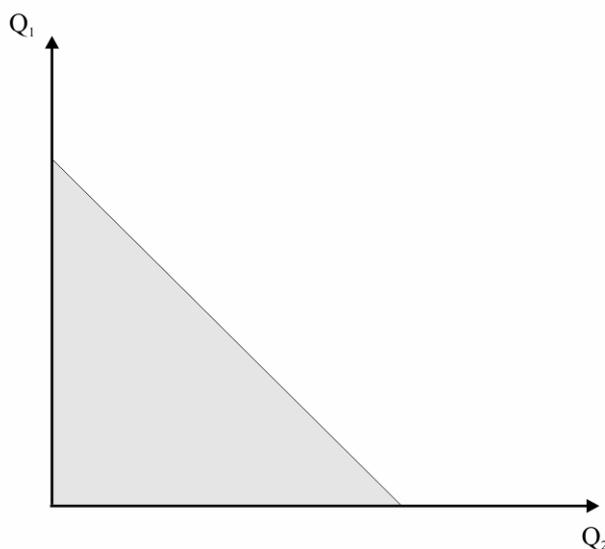
A idéia de otimização que permeia o pensamento econômico pode ser sintetizada da seguinte forma: enquanto agentes racionais, as pessoas fazem escolhas de modo a obter o que existe de melhor ao seu alcance.

Para entender melhor este raciocínio, é interessante analisar, a título ilustrativo, o comportamento que a teoria microeconômica tradicional prevê para o consumidor. Segundo Hal R. Varian¹¹, “os economistas supõem que os consumidores escolhem a melhor cesta de bens que eles podem adquirir”. É fácil identificar os dois aspectos centrais desta descrição do comportamento do consumidor. Em primeiro lugar, o consumidor deve selecionar, a partir de um conjunto de bens disponíveis para o seu consumo, uma cesta de bens que ele considere como a melhor, segundo seus gostos e

¹¹ VARIAN, Hal R. *Microeconomia: Princípios Básicos*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1994, p. 23.

preferências. Todavia, o consumidor sabe que neste processo de escolha deverá obrigatoriamente observar o que os economistas chamam de ‘restrição orçamentária’, ou seja, deverá escolher a cesta de bens que está em condições de adquirir vis-à-vis a quantidade de dinheiro de que dispõe para gastar.

O gráfico abaixo será útil para visualizar o problema enfrentado pelo consumidor. Suponha para simplificar que a cesta de bens que o consumidor deve escolher é formada por apenas dois itens: o produto 1 e o produto 2. Imagine também que o consumidor dispõe de uma quantidade ‘d’ de dinheiro. Em um dos eixos do gráfico estão representadas as quantidades do produto 1 disponíveis para o consumidor. No outro eixo, aparecem as quantidades do produto 2. A área sombreada na figura mostra todas as quantidades do produto 1 e do produto 2 que podem ser adquiridas por um consumidor que dispõe de uma quantidade ‘d’ de dinheiro, tendo em vista os preços do produto 1 e do produto 2.



A reta indicada na figura se chama reta orçamentária e apresenta as quantidades do produto 1 e do produto 2 que, somadas, custam exatamente a quantidade de dinheiro 'd'¹². O consumidor não pode adquirir cestas de bens que estejam situadas fora da área sombreada, pois não teria dinheiro para pagar pelas respectivas quantidades dos produtos 1 e 2. A partir do limite da área sombreada (isto é, a reta orçamentária), se o consumidor deseja consumir mais do produto 1, ele terá que se sacrificar e reduzir a quantidade de produto 2 a ser adquirida.

Neste contexto, o problema enfrentado pelo consumidor se resume então a escolher uma cesta de bens que, uma vez observada sua restrição orçamentária, lhe traga o máximo de satisfação¹³. Não é necessário demonstrar aqui como o consumidor fará essa escolha (denominada pelos economistas de escolha ótima), mas é importante que fique claro o tipo de raciocínio empregado pela teoria econômica para descrever o comportamento do consumidor.

Tal comportamento, como visto, segue à risca a lógica da otimização, já que o consumidor busca adquirir a cesta de bens que, dentro do possível, lhe proporciona maior benefício.

Feitos esses esclarecimentos, é possível agora compreender as razões que levaram Alexy a qualificar os princípios jurídicos como um mandamento de otimização.

Com efeito, basta estabelecer uma conexão entre o conceito de princípio jurídico formulado por Alexy e as linhas gerais da teoria econômica do comportamento do consumidor apresentadas acima para que se possa entender como Alexy incorpora a noção de otimização em seu modelo.

Segundo Alexy, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, tendo em vista as restrições impostas pelas possibilidades fáticas e jurídicas. Tal como ocorre com o consumidor, que não pode simplesmente escolher a cesta de bens que mais lhe agrada sem observar a sua restrição orçamentária, nos casos concretos a realização do conteúdo de um determinado princípio jurídico está sujeita a dois fatores de restrição, os quais tornam obrigatória a observação dos limites impostos pelas possibilidades fáticas e jurídicas, que aqui desempenham um papel que se

¹² A equação matemática a que corresponde a reta orçamentária é a seguinte: $p_1q_1 + p_2q_2 = d$, onde p_1 é o preço do produto 1, p_2 é o preço do produto 2, q_1 é a quantidade do produto 1, q_2 é a quantidade do produto 2 e d é a quantidade de dinheiro de que dispõe o consumidor.

¹³ Na verdade, diz-se, em teoria microeconômica, que o consumidor faz escolhas buscando maximizar a função "utilidade", mas esse rigor não é fundamental para o entendimento do problema ora analisado.

equipara ao da restrição orçamentária na teoria econômica do comportamento do consumidor.

Em termos mais rigorosos, o problema de otimização proposto por Alexy em seu conceito de princípio jurídico compreende a identificação do “ponto de máximo” de realização do conteúdo do princípio – a realização ótima –, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas incidentes no caso.

Interessante notar a ligação existente entre o conceito de princípio jurídico elaborado por Alexy – que enfatiza a necessidade de que o conteúdo dos princípios jurídicos seja realizado dentro dos limites do possível – e o tipo de raciocínio usualmente empregado nos estudos de *law and economics*¹⁴. Tal conexão decorre, em grande parte, da incorporação por Alexy do raciocínio do tipo ‘custo x benefício’ ao seu modelo de aplicação de princípios jurídicos, incorporação essa que se evidencia, por exemplo, no fato de que o grau de cumprimento do preceito contido em um certo princípio jurídico pode variar, segundo Alexy, conforme a interferência de um outro princípio colidente, o que implica reconhecer que à aplicação de um determinado princípio a um caso concreto estará sempre associado um custo, representado pelo sacrifício imposto à realização do princípio colidente.

Concluída, pois, a discussão sobre a idéia de otimização e sobre sua conexão com o conceito de princípio jurídico formulado por Alexy, passa a ser necessário avançar na análise no sentido de entender o significado dos fatores de restrição “possibilidades fáticas e jurídicas” inseridos por Alexy como limitadores da realização do conteúdo dos princípios jurídicos.

Quanto às possibilidades jurídicas, trata-se de aplicar uma lei de ponderação (ou balanceamento) que pode ser resumida da seguinte maneira: “Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del outro.”¹⁵ Vale esclarecer que a adoção da lei de ponderação se faz necessária para que seja garantido o cumprimento da regra de

¹⁴ De fato, conforme aponta Luis F. Schuartz (SCHUARTZ, Luis Fernando. *Nos Limites do Possível: “Balanceamento” entre Principios Jurídicos e o Controle de sua Adequação na Teoria de Robert Alexy*, in Norma, Contingência e Racionalidade, Renovar, Rio de Janeiro. No Prelo.), o “possível” a que se refere o conceito de Alexy tem um papel semelhante ao de uma “variável de restrição em problemas de maximização do tipo *trade-off* (como os que são comuns em descrições do comportamento de funções-objetivo microeconômicas e nos escritos sobre *law and economics*)”.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, art.cit., p. 147.

proporcionalidade estrita, que constitui uma das três faces do princípio da proporcionalidade¹⁶.

O princípio da proporcionalidade mantém com os princípios jurídicos uma estreita e direta relação, havendo entre eles uma ampla área de intersecção, como se a tarefa de considerar os princípios no sistema jurídico fosse equivalente a tratar os casos concretos à luz da proporcionalidade.

Nesse sentido, conforme destacado pelo próprio Alexy:

“The practical significance of principle theory in the form of the optimization thesis is found above all in its equivalence to the principle of proportionality (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Principle theory implies the principle of proportionality and the principle of proportionality implies principle theory (Alexy 1996, 100ff.). The fact that principle theory implies the principle of proportionality means that the three sub-principles it contains, the principle of appropriateness, of necessity, and of proportionality in a narrow sense follow logically from it; hence, they are deducible from it in a strict sense. The same is true if we proceed from the other side of the equivalence relation, namely, that the principle of proportionality implies principle theory. Thus, one who rejects principle theory must reject the principle of proportionality, too. The dispute over principle theory can therefore be seen as a reflection of the dispute over the proportionality principle.”¹⁷

Observada a proporcionalidade estrita, o que implica, como visto, a adoção da lei de balanceamento, tem-se que a realização de um determinado princípio será sempre relativizada pela interferência do princípio oposto, visto que ambos estão em rota de colisão.

Aliás, ainda no tocante às possibilidades jurídicas, vale lembrar que Alexy sustenta a tese de que não é possível conceber a coexistência de seu conceito de princípios jurídicos com a idéia de que certos princípios devem ser tomados como absolutos.

Isto porque, se por um lado não se admite que os princípios absolutos sejam submetidos a uma ponderação, pois sempre prevalecem diante de qualquer outro princípio, por outro lado o próprio conceito de princípio jurídico elaborado por Alexy estabelece que deverão ser observados em cada caso não apenas os limites fáticos, mas também os jurídicos, o que impõe a consideração nas situações concretas dos princípios

¹⁶ As outras duas faces, a adequação e a necessidade, serão abordadas posteriormente. Na verdade, apesar da denominação de princípio atribuída à proporcionalidade, as suas três faces devem ser tratadas como regras, conforme observa Alexy na nota 84 da página 112 de seu *Teoría de los Derechos Fundamentales* (ob. cit.).

¹⁷ ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*, art. cit., p. 297.

opostos àquele tomado inicialmente como absoluto, cuja importância será assim relativizada¹⁸.

No capítulo 6 a seguir, a questão sobre a otimização com relação às possibilidades jurídicas voltará a ser examinada de forma detalhada. Neste momento é mais importante passar à análise do significado das possibilidades fáticas como fatores de limitação para a realização do conteúdo dos princípios jurídicos.

Inicialmente, cumpre observar que a inserção das possibilidades fáticas no conceito de princípios jurídicos está ligada à exigência de que sejam levadas em conta as outras duas faces do princípio da proporcionalidade ainda não comentadas, quais sejam, a regra da adequação e a regra da necessidade.

A regra da necessidade pode ser explicada da seguinte forma: imagine que existam duas medidas possíveis para que seja atingido o objetivo de concretizar aquilo que determina um certo princípio P_1 , uma das quais interfere mais acentuadamente do que a outra na realização de um outro princípio P_2 ; nessa hipótese, a melhor decisão a ser tomada será a escolha da medida que representa menor custo para o princípio P_2 , visto que ambas as medidas contribuem no mesmo grau para a realização do princípio P_1 .

Para a regra da adequação, o raciocínio a ser aplicado não é muito diferente. Suponha que esteja em análise a adoção de uma determinada medida M que, embora tenha o fim de promover a realização de um princípio P_1 qualquer, é na verdade inútil para que este objetivo seja atingido, sendo portanto indiferente, para a realização do princípio P_1 , se a medida em questão será adotada ou não; por outro lado, suponha que é certo que esta medida M trará prejuízos para a realização de um outro princípio P_2 qualquer; nesse caso, a adoção de M deverá ser proibida, pois em nada contribui para a realização de P_1 , e ainda por cima traz prejuízos para a realização de P_2 ¹⁹.

Verifica-se que essas duas regras estabelecem um critério objetivo a ser seguido na tomada de decisão acerca da adoção de uma medida que afeta a realização do conteúdo de princípios jurídicos.

Para Alexy, o critério a ser seguido neste tipo de decisão (ou escolha) é o mesmo que está por trás da idéia de “ótimo de Pareto”. A esse respeito, veja-se o seguinte

¹⁸ A esse respeito, confira-se: ALEXY, Robert. ob. cit., p. 106.

¹⁹ A esse respeito, vale mencionar: ATIENZA, Manuel. ob.cit., p. 268; ALEXY, Robert. *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*, in *Derecho y Razón Práctica*, Distribuciones Fontamara (Colección de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 30), México, 1993, p. 46; ALEXY, Robert. ob. cit., pp. 113 a 115.

trecho de seu artigo *On the Structure of Legal Principles*: “*The principles of appropriateness and necessity stem from the obligation of a realization as great as possible relative to the actual possibilities. They express the idea of Pareto-optimality.*”²⁰

Pareto foi um sociólogo e economista italiano, nascido no século XIX, cujos estudos serviram de base para uma série de conceitos fundamentais da teoria microeconômica tradicional, inclusive o controvertido conceito de eficiência econômica.

Assim, a utilização por Alexy de mais este ferramental de aplicação tipicamente econômica torna recomendável que se proceda aqui a uma nova incursão pelo campo da teoria microeconômica.

A noção de ‘eficiência de Pareto’ será o ponto de partida dessa nova incursão. Na essência, tal noção constitui, conforme ensina Hal R. Varian, um “critério útil para comparar os resultados de diferentes instituições econômicas”²¹. Comparar situações e decidir qual delas é a melhor, à luz de um determinado critério, são tarefas que fazem parte da rotina dos economistas, especialmente daqueles encarregados da formulação de políticas públicas.

O critério da eficiência de Pareto tem, portanto, o papel de servir de guia para a realização de certas avaliações e correspondente tomada de decisão quando está em jogo, por exemplo, a adoção de uma medida que afetará os interesses de um certo número de indivíduos. Desse modo, se tal medida melhora a situação de pelo menos um indivíduo, sem gerar perdas para nenhum outro, então é correto afirmar que a sua adoção propicia ‘eficiência’, no sentido prescrito por Pareto²².

Seguindo nessa linha de raciocínio, uma situação será considerada “eficiente de Pareto” ou “ótimo de Pareto” quando “não existir outra alocação que deixe todo mundo

²⁰ ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*, art. cit., p. 298.

²¹ VARIAN, Hal R. ob. cit., p. 16.

²² A visão de que a noção de Pareto é na verdade um critério para certas avaliações é enfatizada por Jorge Fagundes: “[é] importante deixar claro que o conceito de eficiência de Pareto é somente um critério (ou uma *norma*) para a verificação da existência – ou não – de eficiência *social* em uma determinada situação, *qualquer que ela seja*. Em meu juízo, a maior virtude do conceito está justamente no fato de que ele confere um significado *normativo*, bastante aceitável em termos de suas implicações de juízo de valor, à palavra eficiência, ao associar diretamente essa última às utilidades (bem estar) dos indivíduos. Isso implica que, como critério, poderá ser aplicado a diferentes tipos de problemas, tais como aqueles associados à busca de eficiência na distribuição de bens ou à eficiência de uma determinada distribuição de bem estar (utilidades entre indivíduos) ou mesmo, ainda que com algumas adaptações, no âmbito da *eficiência dinâmica*.” (FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência - Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste*, Editora Singular, São Paulo, 2003, p. 56, grifos no original).

ao menos tão bem quanto antes e torne alguma pessoa estritamente melhor.”²³ Havendo a possibilidade de melhorar a situação de alguém sem gerar prejuízos para qualquer outra pessoa, tem-se em decorrência da aplicação do critério proposto por Pareto que a situação ótima ainda não estará configurada.

Uma vez estabelecido o quadro que caracteriza a situação ótima, é possível afirmar que todas as melhorias individuais possíveis — sem perdas para outros indivíduos — foram esgotadas.

Um exemplo não muito complexo de situação ótima que poderá auxiliar bastante na compreensão dessa idéia é o estado de equilíbrio competitivo analisado nos cursos de microeconomia, o qual possui a propriedade de apresentar as características do “ótimo de Pareto”. Suponha que um analista esteja interessado em avaliar o mercado de venda de sorvete em uma pequena cidade. Após examinar as características estruturais do mercado, o analista se convence de que, neste caso, o mercado opera no estado de equilíbrio competitivo, em razão, por exemplo, do fato de que há um grande número de pequenos vendedores de sorvete na cidade, cuja ação individual seria incapaz de interferir no preço do produto²⁴.

Em seu estudo, o analista está preocupado em determinar o preço e a quantidade de sorvete vendida por mês na pequena cidade. Após suas observações, ele conclui que mensalmente são vendidas 200 unidades de sorvete na cidade, ao preço de \$1 cada um. Como este mercado opera no estado de equilíbrio competitivo, a quantidade de 200 e o preço de \$1 serão tomados, respectivamente, como a quantidade e o preço de equilíbrio do mercado.

Os economistas entendem que o estado de equilíbrio acima referido configura uma situação ótima que se enquadra no conceito de Pareto. Para ilustrar esta conclusão, basta examinar o que aconteceria com o mercado caso a quantidade de sorvete vendida mensalmente fosse inferior à quantidade de equilíbrio (considere, por exemplo, a quantidade de 180). Nesta hipótese, conforme previsto no modelo, haveria ao menos um vendedor disposto a ofertar uma unidade adicional de sorvete a um preço (por exemplo, \$0,90) que seria inferior ao preço que algum consumidor estaria disposto a pagar pelo produto (por exemplo, \$1,10). Assim, seria possível gerar uma melhoria para ambos se

²³ VARIAN, Hal R. ob. cit., p. 16.

²⁴ Esses vendedores são considerados *price takers*, no sentido de que, para eles, o preço do sorvete é determinado pelo mercado, e individualmente eles não podem exercer qualquer influência sobre este dado. A situação desses vendedores é inteiramente oposta à do monopolista, já que este encontra condições para determinar o preço do produto que ofertará no mercado.

eles acertassem a venda desta unidade adicional de sorvete por um preço intermediário entre \$0,90 e \$1,10. Dessa forma, todas as quantidades de sorvete vendidas mensalmente inferiores a 200 unidades – que é a quantidade de equilíbrio – deixariam de atender ao critério por trás da idéia de “ótimo de Pareto”, já que sempre haveria pelo menos uma hipótese em que seria possível melhorar a situação de alguém sem gerar prejuízos para outro indivíduo.

O gráfico abaixo auxiliará no entendimento deste raciocínio. Nele são apresentadas duas curvas bastante conhecidas dos economistas: a curva de demanda e a curva de oferta. A curva de demanda relaciona o preço do sorvete à quantidade demandada do produto. Se o preço do sorvete diminui, a quantidade de sorvete demandada ou procurada pelos consumidores aumenta. Sendo assim, se o preço do sorvete for reduzido de \$1,11 para \$1,10, haverá uma venda adicional de sorvete, já que a quantidade demandada aumentará de 179 para 180. Isto significa que existe algum consumidor que estaria disposto a pagar \$1,10 pelo sorvete.

A curva de oferta, por sua vez, “mede quanto as pessoas [no caso, os vendedores de sorvete] estão dispostas a oferecer de um bem a cada preço.”²⁵ Se o preço do sorvete é de \$0,89, os ofertantes estão dispostos a vender 179 unidades do produto. Se o preço aumentar para \$0,90, o gráfico mostra que os ofertantes estarão dispostos a vender uma unidade adicional de sorvete, pois a quantidade ofertada varia de 179 para 180.

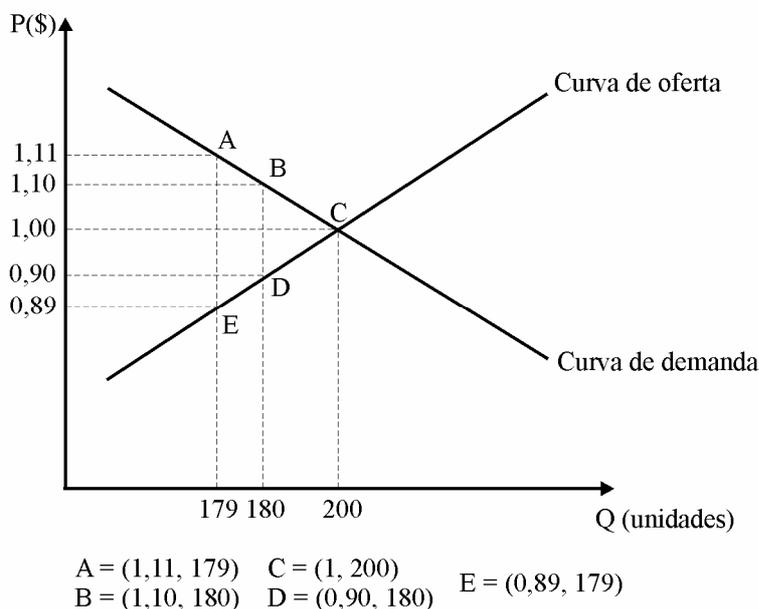
Pelo exposto acima, percebe-se que, no nível de quantidade em questão, há pelo menos um consumidor que estaria disposto a pagar \$1,10 por uma unidade de sorvete, ao passo que há também algum vendedor disposto a ofertar uma unidade adicional de sorvete por \$0,90. Um preço intermediário entre \$0,90 e \$1,10 atenderia aos interesses dos dois indivíduos, e não há razão para acreditar que eles não chegariam a um acordo. Fica assim comprovado que a quantidade inferior a 200 unidades não é “eficiente de Pareto”, pois é possível encontrar uma nova situação que propicia melhorias para dois indivíduos.

Por outro lado, no estado de equilíbrio competitivo, tem-se uma quantidade tal que, segundo ensina Hal R. Varian, “a disposição de pagar por uma unidade adicional seja exatamente igual ao preço requerido para ofertar essa unidade”²⁶. Em outras palavras, o raciocínio exposto no exemplo acima seria aplicável a todas as quantidades

²⁵ VARIAN, Hal R. ob. cit., p. 335.

²⁶ VARIAN, Hal R. ob. cit., p. 333.

subseqüentes de sorvete (maiores do que 180), até que fosse atingida a quantidade de equilíbrio (e o preço correspondente).



Concluída a análise do exemplo acima, é possível compreender, em linhas gerais, a essência do critério por trás da idéia de “ótimo de Pareto” e o seu significado conceitual para a teoria microeconômica. Resta agora transportar este raciocínio para o modelo proposto por Alexy.

Como visto, o critério por trás da idéia de “ótimo de Pareto” serve de referência para que seja realizado o conteúdo de um determinado princípio quando consideradas as possibilidades fáticas. Trata-se da inclusão no modelo de aplicação de princípios jurídicos das regras de necessidade e adequação já examinadas anteriormente, as quais mantêm uma relação de equivalência com o mandamento de otimização em relação às possibilidades fáticas²⁷.

Assim, enquanto na teoria microeconômica há a preocupação, como exemplificado acima, de que seja alcançada uma nova situação que traga benefícios tanto para os demandantes quanto para os ofertantes, no modelo de aplicação de princípios jurídicos é utilizado, de forma equivalente, o critério segundo o qual a alternativa a ser escolhida deverá sempre ser aquela que se apresenta como a melhor para ambos os princípios. Desse modo, havendo duas medidas que contribuem no mesmo grau para a realização do conteúdo de um certo princípio, deverá ser selecionada

²⁷ A esse respeito, confira-se: SCHUARTZ, Luis Fernando. art. cit. No prelo.

aquela que traz o menor prejuízo para o outro princípio afetado por tais medidas (regra da necessidade). Por outro lado, toda medida que é neutra para um certo princípio, mas é prejudicial para outro, deve ser descartada (regra da adequação).

Em outras palavras, tem-se o objetivo de evitar, conforme esclarece Luis F. Schuartz, “aquelas intervenções concretas em princípios (...) que sejam evitáveis ‘sem custos’ para outros princípios”²⁸. Segundo Alexy, havendo “la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida”²⁹, a alternativa que atende a este critério deve prevalecer.

Essas observações encerram a análise do sistema de estruturas de ponderação. Cabe agora examinar o terceiro e último elemento da teoria sobre a ordem fraca dos princípios: as prioridades *prima facie*.

O sistema de prioridades ‘prima facie’

Há situações em que é possível identificar uma prioridade *prima facie* de determinado princípio sobre outro. Mas tal prioridade pode às vezes não ser confirmada, o que significa que o princípio antes considerado como predominante cede lugar para o princípio colidente. Essa troca de posições dependerá, no entanto, de que o interessado produza prova que seja capaz de afastar a ordem de prioridade inicial³⁰. Assim, trata-se de um sistema que determina a distribuição do ônus da prova na fixação do princípio prevalecente.

Em resumo, os três sistemas apresentados acima permitem a construção de uma teoria fraca dos princípios, que será útil para reduzir a arbitrariedade no processo de tomada de decisão nos diversos casos concretos, além de contribuir para que tais decisões possam atender a padrões aceitáveis de racionalidade.

²⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. art. cit. No Prelo.

²⁹ ALEXY, Robert. *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*, art. cit., p. 46.

³⁰ É importante destacar que a argumentação deverá desempenhar um importante papel neste processo de determinação da ordem dos princípios em questão (a esse respeito, veja-se: ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, art.cit., pp. 148/149).

A lei de balanceamento e a fórmula de ponderação

A necessidade de que seja estabelecido um mecanismo de solução para os conflitos entre princípios decorre do fato de que, como visto, a realização do conteúdo de um determinado princípio jurídico está sujeita a um fator de restrição, denominado por Alexy de “possibilidades jurídicas”, que pode ser resumido como o princípio ou conjunto de princípios cuja realização caminha em sentido contrário à realização do princípio tomado inicialmente.

O conflito entre princípios é solucionado a partir da aplicação da lei de balanceamento, que é na verdade uma expressão da regra da proporcionalidade estrita. A lei de balanceamento pode ser enunciada nos seguintes termos: *“The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other.”*¹

Percebe-se que um dos principais aspectos desta lei é o reconhecimento de que, nas situações de conflito, a realização de um determinado princípio virá sempre acompanhada de um sacrifício à realização do princípio oposto, de modo que a decisão de que certo princípio seja aplicado na solução de um determinado caso concreto segue uma lógica bastante similar à do raciocínio “custo x benefício”. Também nestes casos é necessário buscar uma solução ótima que seja capaz de dar conta do fato de que não é possível chegar a uma solução final da controvérsia sem que se faça uma escolha entre ao menos dois cenários possíveis, sendo função do julgador avaliar qual desses cenários melhor atende à lei de balanceamento acima enunciada.

Em outras palavras, decidir os casos em que se verifica a ocorrência de um conflito entre princípios implica necessariamente o reconhecimento de que um dos princípios deverá ceder espaço à aplicação do outro. É preciso entender que, diante de uma situação de colisão de princípios, haverá sempre um custo associado à escolha de um dos princípios para solucionar o caso concreto sob apreciação, custo esse que é exatamente o sacrifício imposto à realização do princípio colidente. Desde que tal escolha atenda ao critério de otimização explicitado no próprio conceito de princípio jurídico apresentado acima, não há

¹ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in *Ratio Juris*, vol. 16, No. 4, dezembro, 2003, p. 436.

nada de censurável na decisão de sacrificar a realização de um certo princípio em benefício de outro².

Aliás, convém notar que o reconhecimento de que, nas situações de colisão de princípios, sempre haverá um custo associado à escolha de um determinado princípio para solucionar o caso é inteiramente compatível com a definição de princípios proposta por Alexy. Isto porque o reconhecimento da existência desse prejuízo ao princípio colidente tem o efeito de impor, face à lei de balanceamento, certos limites à realização do conteúdo do princípio selecionado, o que significa dizer que tal realização está sujeita a um fator de restrição representado pelo princípio colidente. Como visto, tal fator é denominado por Alexy de “possibilidades jurídicas”, e integra a definição de princípios jurídicos.

Pode-se dizer que, se a realização do conteúdo de um determinado princípio resulta em prejuízos para um princípio colidente, surge então a exigência de que seja atendida a condição imposta pela lei de balanceamento: quanto maior o grau de prejuízo imposto a um princípio, maior deverá ser a importância da realização do princípio colidente. Assim, nos casos concretos, estando em discussão a possibilidade de que a realização do conteúdo de um princípio seja severamente prejudicada, exige-se que a importância da realização do princípio colidente se mostre expressiva, havendo neste aspecto um fator capaz de estabelecer um freio à realização do conteúdo do princípio inicialmente tomado como prevalecente.

Mesmo quando a decisão resultar em sacrifício para princípios cujo conteúdo seja excessivamente genérico e abstrato, para os quais é difícil estabelecer o grau de prejuízo suportado, permanece a idéia de que a realização do conteúdo do princípio prevalecente está sujeita à limitação contida na lei de balanceamento. Tanto quanto possível, é necessário avaliar se a importância da realização do princípio prevalecente justifica o sacrifício imposto ao princípio colidente.

É fundamental ter em mente, então, que o sacrifício imposto à realização de um princípio deve ser proporcional à importância do princípio colidente, sendo

² Não é raro encontrar profissionais do direito que resistem à idéia de que é possível que certos princípios sejam obrigados a ceder espaço à realização de outros, em alguns casos concretos. Um advogado especialista em direito administrativo pode não aceitar facilmente que garantias decorrentes do princípio da ampla defesa sejam flexibilizadas em um processo administrativo sancionador, o que é de fato natural e razoável. Mas mesmo nesses casos é necessário às vezes refletir sobre os custos e benefícios associados a determinadas medidas de proteção da ampla defesa, face a seus impactos, por exemplo, sobre os princípios da eficiência da administração e da economia processual.

esta a essência da lei de balanceamento. Nesse sentido, é aceitável que um prejuízo apenas leve causado à realização de um princípio seja admitido por meio da apresentação de uma justificativa simples, já que neste caso não há a exigência, à luz da regra da proporcionalidade estrita, de que sejam apresentadas razões mais profundas para justificar o prejuízo. Todavia, conforme a argumentação avança no sentido de considerar prejuízos cada vez mais intensos à realização deste princípio, é necessário fortalecer, no mesmo sentido, a justificativa adotada para autorizar o prejuízo.

A partir de um certo ponto, o prejuízo causado à realização do princípio haverá atingido um nível tão elevado que um acréscimo adicional de prejuízo dificilmente poderá ser contrabalanceado por meio de mais um fortalecimento das razões que lhe servem de justificativa.

Um exemplo poderá ajudar no esclarecimento deste raciocínio. Suponha que existe a previsão legal de que o prazo para apresentação de defesa em um processo administrativo sancionador qualquer é de 30 dias e que esteja sob análise a adoção de uma medida que proponha a redução deste prazo para 29 dias. Se, por um lado, tal medida poderia ser vista como limitadora da ampla defesa, por outro não seria difícil sustentar a tese de que, nesta hipótese, uma razão apenas simples já seria suficiente para justificar a medida, tendo em vista que o encurtamento do prazo seria de apenas 1 em 30 dias. No entanto, se uma nova medida propusesse uma redução adicional no prazo, haveria a necessidade de que a razão inicialmente apresentada para justificar a redução fosse fortalecida. O mesmo critério valeria para a hipótese de novas e adicionais reduções no prazo até que, a partir de um determinado nível de redução (por exemplo, cinco dias), passaria a ser inviável a tarefa de justificar a medida pois dificilmente seria possível fortalecer ainda mais a razão anteriormente adotada. Se ainda assim a medida fosse instituída, haveria um quadro em que uma severa limitação à ampla defesa estaria sendo perpetrada sem uma justificativa à altura (isto é, proporcional).

Esta linha de raciocínio guarda certa semelhança com algumas leis básicas de inspiração marginalista da teoria microeconômica. A título ilustrativo, pode-se mencionar a lei da produção marginal decrescente que se insere no capítulo sobre as restrições tecnológicas impostas às escolhas realizadas pelas empresas.

A lei da produção marginal decrescente pode ser entendida de forma intuitiva, sendo aplicável, em regra, à maioria dos processos de produção. Ela

estabelece que, mantidos constantes os demais fatores de produção, acréscimos sucessivos na quantidade de um dos insumos utilizados na produção propiciará aumentos na quantidade total de bens produzidos pela empresa, mas normalmente esses aumentos serão cada vez menores, isto é, o aumento marginal na produção será decrescente.

O exemplo da produção de uma fazenda é bastante claro para explicar esta regra. Imagine uma fazenda produtora de leite que conta com 100 vacas cuja ordenha diária rende 4000 litros do produto. Suponha, então, que uma nova vaca seja inserida no processo produtivo: essa unidade será capaz de adicionar, hipoteticamente, 40 litros de leite à quantidade total produzida diariamente na fazenda. No entanto, mantidos os demais fatores constantes (isto é, a quantidade de trabalhadores empregados na produção, a área disponível para pastagem, a quantidade de ração utilizada etc.), é provável que uma segunda vaca inserida no processo, embora aumente a quantidade total de leite produzida, não faça a produção da fazenda aumentar em 40 litros/dia (que é a quantidade de leite adicionada pela primeira nova vaca inserida no processo), em razão da limitação proporcionada pelos demais insumos mantidos constantes. O mesmo ocorrerá caso novas unidades sejam inseridas no processo produtivo, de modo que será cada vez menor o acréscimo adicional (marginal) na quantidade total de leite produzida pela fazenda decorrente da inserção sucessiva de novas vacas no processo.

Se a inserção de novas unidades continuar, é possível que, a partir de um certo número de vacas, a quantidade total de leite produzida pela fazenda comece a diminuir³.

Verifica-se a existência de uma conexão entre a lógica – de cunho marginalista – seguida pela lei econômica acima e o raciocínio apresentado para a avaliação da proporcionalidade entre, de um lado, prejuízos causados à realização de um princípio e, de outro, razões que sirvam de justificativa para tais prejuízos.

Trata-se, ao menos aparentemente, de uma tentativa de instituir algum referencial relativamente palpável para a aplicação aos casos concretos da regra de proporcionalidade estrita expressa na lei de balanceamento.

³ VARIAN, Hal R. ob. cit., p. 344.

É claro que, ao lidar com princípios jurídicos, raramente o julgador poderá visualizar de forma clara e precisa a magnitude dos prejuízos causados ao princípio em questão e a dimensão da justificativa proposta para o caso. A interferência em um princípio jurídico não é algo que possa ser rigorosamente quantificado, mas essa restrição não é um obstáculo absoluto à adoção do tipo de racionalidade acima exposta.

A adoção de escalas para a classificação dos prejuízos à realização do conteúdo dos princípios já seria uma alternativa interessante, que de algum modo permitiria a utilização, na prática, da linha de raciocínio acima apresentada. Ainda que não seja capaz de garantir uma aplicação precisa e rigorosa da regra de proporcionalidade estrita, é inegável que o estabelecimento do tipo de conexão acima apontado contribui expressivamente para incrementar o grau de racionalidade das decisões tomadas nos casos em que esteja em disputa a realização do conteúdo de princípios jurídicos colidentes.

O grande desafio enfrentado por Alexy parece ser, portanto, o estabelecimento de um método de aplicação da lei de balanceamento que, ao mesmo tempo, atenda a padrões de racionalidade (contidos na exigência de que seja alcançada uma solução ótima para a questão) e permita a sua operacionalização nos diversos casos concretos em que esteja configurada uma situação de colisão de princípios. Tal método será assim capaz de, tanto quanto possível, evitar que a escolha a ser realizada pelo julgador se pautem em impressões subjetivas ou aleatórias.

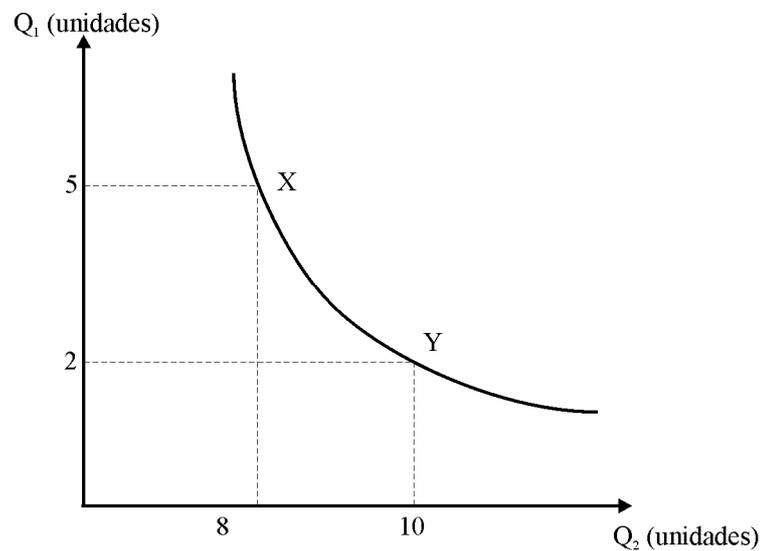
Segundo Alexy, a utilização da lei de balanceamento acima enunciada exige que o julgador proceda a avaliações racionais acerca de: (i) o grau de não-realização de um certo princípio (ou, de forma equivalente, o grau de prejuízo a tal princípio); (ii) a importância da realização do princípio colidente; e (iii) a existência de uma relação entre os princípios colidentes que possa justificar o sacrifício de um em benefício do outro.

Assim, tem-se, por exemplo, que o prejuízo causado à realização de um certo princípio (como a liberdade de expressão) encontra justificativa na importância da realização do princípio colidente (no precedente utilizado por Alexy⁴, a proteção dos direitos da personalidade).

⁴ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 437.

Para ilustrar o raciocínio que está por detrás da lei de balanceamento, Alexy recorre às denominadas “curvas de indiferença”, as quais são utilizadas em teoria microeconômica para representar graficamente as preferências do consumidor.

A figura a seguir apresenta um exemplo de curva de indiferença aplicável a um determinado consumidor. Considerando que este consumidor deverá efetuar escolhas sobre as quantidades que pretende consumir de dois bens, a curva revela as cestas de bens (ou pares de quantidades de cada um dos bens) para as quais o consumidor é indiferente. Assim, conforme a figura abaixo, o consumidor em questão se posiciona com indiferença em relação à cesta de bens X (formada por exemplo por 5 unidades do bem 1 e 8 unidades do bem 2) e à cesta de bens Y (formada por exemplo por 2 unidades do bem 1 e 10 unidades do bem 2).

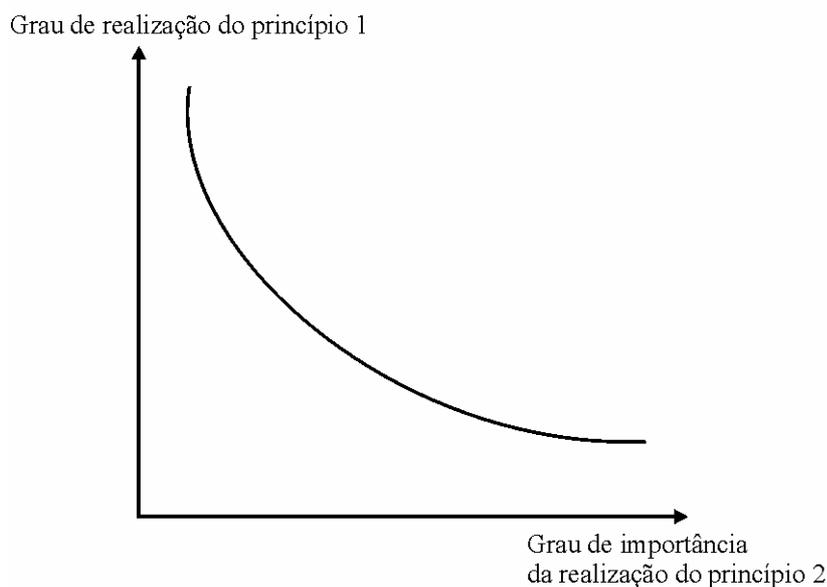


Conforme destacado por Hal R. Varian, “a curva de indiferença através de uma determinada cesta de consumo é formada por todas as cestas de bens que deixam o consumidor indiferente entre elas e a cesta considerada.”⁵

Assim, a curva de indiferença revela que o consumidor do exemplo acima aceita trocar três unidades do bem 1 por duas unidades do bem 2, o que expressa a relação de substituição entre os dois bens⁶.

Sinteticamente, pode-se dizer que a relação de substituição informa qual seria o ganho (ou acréscimo no consumo de um dos bens) capaz de compensar a perda (ou redução no consumo do outro bem) experimentada pelo consumidor em questão.

Alexy desloca esse raciocínio para o plano das colisões de princípios, estabelecendo por meio da curva de indiferença de segundo grau mostrada abaixo representações das relações de substituição entre, de um lado, o grau de realização de um determinado princípio e, de outro, o grau de importância da realização do princípio colidente (isto é, os elementos da lei de balanceamento).



É importante deixar aqui registrado que o próprio Alexy faz a ressalva de que a utilização das curvas de indiferença tem o propósito de ilustrar as idéias por detrás da lei de balanceamento, não sendo portanto um mecanismo suficiente para que seja atingida a solução final do caso.

⁵ VARIAN, Hal R. ob. cit., p. 40.

⁶ Em termos mais técnicos, essa relação é denominada de “taxa marginal de substituição”.

A dificuldade está, na verdade, no fato de que “estes conceptos [utilizados nas curvas de indiferença propostas para o balanceamento de princípios] escapan a una metrificaci3n que pudiera conducir a um c3lculo intersubjetivamente obligatorio del resultado”⁷.

Logo, a tarefa de determinar precisamente o resultado do balanceamento a partir da aplica3o direta das curvas de indiferença esbarra na impossibilidade de que sejam dimensionadas matematicamente as vari3veis que integram o c3lculo (o grau de realiza3o de um determinado princ3pio e o grau de import3ncia da realiza3o do princ3pio colidente).

Mas nem por isso o recurso 3s curvas de indiferença e o racioc3nio de balanceamento perdem sua utilidade na medida em que, para dizer o m3nimo, explicitam alguns dos elementos que dever3o ser considerados na aprecia3o do caso concreto e delimitam, genericamente, a rela3o existente entre tais elementos de modo a orientar a tomada de decis3o. Tal rela3o est3 representada na curva de indiferença aplic3vel 3 colis3o de princ3pios, a qual informa ao julgador, em termos gerais, que a perda imposta 3 realiza3o de um determinado princ3pio s3 3 aceita quando h3 um incremento na import3ncia da implementa3o do princ3pio colidente (quanto de incremento dever3 compensar a perda 3 algo que n3o pode ser respondido com precis3o matem3tica em todos os casos).

Alexy estabelece um modelo tri3dico ou de tr3s n3veis para avaliar tanto o grau de n3o-realiza3o de (ou preju3zo a) um certo princ3pio, que passa ent3o a ser denominado de “intensidade de interfer3ncia”, quanto a import3ncia da realiza3o do princ3pio colidente. Os adjetivos “leve”, “moderada” e “s3ria” podem ser utilizados para definir os tr3s n3veis, que ser3o representados, dessa forma, pelas letras “*l*”, “*m*” e “*s*”, respectivamente. Al3m disso, a not3o “*Pi*” dever3 ser empregada para representar o princ3pio cuja interfer3ncia est3 sob an3lise e “*Ii*” ser3 a intensidade de interfer3ncia neste princ3pio *Pi*.

Para a avalia3o da import3ncia da realiza3o do princ3pio colidente nos casos concretos, Alexy prop3e a seguinte metodologia: a import3ncia da realiza3o de um princ3pio dever3 ser determinada por meio da elimina3o da interfer3ncia no princ3pio colidente; assim, a retirada da interfer3ncia em *Pi* resultar3 em uma interfer3ncia no princ3pio colidente (representado por “*Pj*”) cuja intensidade ser3, dessa maneira, igual 3

⁷ ALEXY, Robert. ob. cit., p. 164.

importância concreta de Pj. Não é por acaso que a importância da realização do princípio Pj deverá ser representada por “Ij”.

Note-se que a aplicação destas variáveis deve ser moldada pelas circunstâncias concretas do caso, não incluindo, portanto, considerações sobre a importância abstrata dos princípios, as quais serão tratadas em separado mais adiante.

De um modo mais direto, a importância da realização de Pj é equivalente à intensidade de interferência em Pj (isto é, Ij) caso seja eliminada a intervenção em Pi. Conforme esclarece Alexy, o custo associado à predominância de Pi é justamente a intensidade de interferência em Pj.

Por último, é necessário estabelecer o modo pelo qual o terceiro elemento do modelo – a relação entre as duas avaliações acima – deverá operar no processo de balanceamento.

O problema a ser enfrentado aqui diz respeito à viabilidade de que seja estabelecida esta relação se, ao que tudo indica, não é possível comensurar as interferências em princípios colidentes. Alexy soluciona esse impasse argumentando que não é necessário comparar diretamente as duas interferências, sendo na realidade suficiente que seja avaliada a importância para a Constituição de cada um dos elementos em análise, o que já permitirá que se estabeleça um juízo comparativo entre as intensidades de interferência.

Na avaliação da importância para a Constituição, surgem dois aspectos que são fundamentais para garantir a almejada comensurabilidade. O primeiro desses aspectos é a existência de um ponto de vista comum sobre a Constituição, cuja pressuposição é condição necessária para qualquer tentativa de atribuir racionalidade às decisões dos litígios. Se cada indivíduo sustenta um ponto de vista próprio e distinto para a Constituição, jamais será possível atingir a decisão correta do caso, pois o que será considerado correto para uns sempre poderá ser visto como equivocado por outros.

O segundo aspecto está relacionado à fixação de uma escala na qual serão inseridas as avaliações sobre os impactos (positivos ou negativos) de cada um dos elementos em análise na Constituição. A já conhecida escala triádica “leve”, “moderada” e “séria” também pode ser adotada em tais avaliações.

Com base nesses dois aspectos é possível estabelecer os juízos comparativos entre as intensidades de interferência em Pi e Pj. São nove hipóteses a serem consideradas, divididas em três categorias:

Pi prevalece sobre Pj:

- (1) $I_i: s, I_j: l$
- (2) $I_i: s, I_j: m$
- (3) $I_i: m, I_j: l$

Pj prevalece sobre Pi:

- (1) $I_i: l, I_j: m$
- (2) $I_i: m, I_j: s$
- (3) $I_i: l, I_j: s$

Situações de impasse:

- (1) $I_i: l, I_j: l$
- (2) $I_i: m, I_j: m$
- (3) $I_i: s, I_j: s$

Apresentados os três elementos cuja avaliação é o ponto de partida da aplicação da lei de balanceamento, é possível agora analisar a fórmula de ponderação proposta por Alexy para tornar viável a utilização do modelo nos diversos casos concretos.

A fórmula de ponderação deve ser construída a partir da definição do peso concreto do princípio em questão, isto é, o peso deste princípio face às circunstâncias específicas do caso sob apreciação. O peso concreto é dado pela seguinte fórmula:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Como visto, I_i é a intensidade de interferência em P_i e I_j é a importância concreta de P_j (o princípio colidente), obtida a partir da avaliação da interferência em P_j causada por uma hipotética eliminação da interferência em P_i . A divisão desses dois elementos, simbolizada por “ W_{ij} ”, expressa o peso concreto de P_i em relação a P_j .

Para calcular o quociente, torna-se necessário atribuir valores aos três níveis de intensidade da escala triádica. Alexy sugere a escolha da seqüência geométrica 2^0 , 2^1 e 2^2 (isto é, 1, 2, e 4), atribuindo esses valores aos níveis “l”, “m” e “s”, respectivamente. Assim, são possíveis os seguintes resultados para W_{ij} :

- (1) $W_{ij} = s / l = 4 / 1 = 4 \rightarrow P_i$ prevalece sobre P_j ;
- (2) $W_{ij} = s / m = 4 / 2 = 2 \rightarrow P_i$ prevalece sobre P_j ;
- (3) $W_{ij} = m / l = 2 / 1 = 2 \rightarrow P_i$ prevalece sobre P_j ;

- (4) $W_{ij} = l / s = 1 / 4 = 0,25 \rightarrow P_j$ prevalece sobre P_i ;
 (5) $W_{ij} = m / s = 2 / 4 = 0,5 \rightarrow P_j$ prevalece sobre P_i ;
 (6) $W_{ij} = l / m = 1 / 2 = 0,5 \rightarrow P_j$ prevalece sobre P_i ; e, nos demais casos,
 (7) $W_{ij} = 1 \rightarrow$ não há predominância pois I_i e I_j são iguais.

Se W_{ij} é maior do que 1, P_i prevalece sobre P_j . Ao contrário, se W_{ij} é menor do que 1, P_j prevalece sobre P_i .

É interessante refinar a escala triádica de modo a tornar mais precisas as avaliações da intensidade de interferência e da importância concreta. O desdobramento da escala triádica em um modelo duplo-triádico, por exemplo, permitiria a inclusão de seis novos níveis à seqüência⁸, com importantes ganhos para a exatidão das avaliações. Todavia, alerta Alexy que desdobramentos adicionais no modelo duplo-triádico criariam dificuldades para a aplicação da classificação às situações concretas, pois uma escala com um número maior do que as nove sub-divisões do modelo duplo-triádico tornaria incompreensível o significado de cada um dos níveis de classificação.

Além disso, quanto menor a diferença entre os níveis, maior a dificuldade para enquadrar as avaliações na classificação. Veja-se o seguinte exemplo: não é tão difícil diferenciar as classificações *sl* (levemente séria) e *sm* (moderadamente séria), pertencentes ao modelo duplo-triádico; todavia, se for adicionado um nível intermediário entre essas duas classificações, provavelmente será impossível definir nos casos concretos, de forma segura e justificada, em qual classificação as interferências se enquadram. Embora essa sub-divisão possa tornar a escala ainda mais exata, é provável que, na prática, o excesso de níveis impeça que o modelo cumpra sua função, pois será inviável justificar racionalmente, nos casos reais, o enquadramento das diversas situações nos níveis de classificação previstos no modelo.

Em regra, os fatos não apresentam uma riqueza de detalhes que permita diferenciar de forma tão minuciosa uma situação concreta de outra. Por essas razões, ao que tudo indica o modelo duplo-triádico é o grau máximo de sub-divisão recomendado para a classificação das interferências nos princípios.

Outra ressalva importante colocada por Alexy refere-se à utilização da seqüência geométrica para a atribuição de valores aos níveis de classificação das interferências. A

⁸ A seqüência passaria a ter, então, nove níveis: levemente leve, moderadamente leve, seriamente leve, levemente moderada, moderadamente moderada, seriamente moderada, levemente séria, moderadamente séria e seriamente séria.

adoção de uma seqüência geométrica não parece ser, em uma primeira análise, uma condição necessária para o funcionamento do modelo. Seria possível escolher uma seqüência aritmética (por exemplo, os valores 1, 2 e 3) para a expressão numérica da tríade. Nesse caso, os pesos concretos W_{ij} passariam a ser obtidos por meio da diferença entre I_i e I_j , em substituição ao seu quociente. Sempre que W_{ij} for maior do que zero, P_i prevalece sobre P_j . Quando W_{ij} for negativo, P_j prevalece sobre P_i . Nos demais casos, em que I_i e I_j têm o mesmo valor, W_{ij} seria igual a zero, não havendo predominância de um princípio sobre outro.

Ocorre que, caso seja adotado o modelo duplo-triádico, a seqüência geométrica permitirá que o resultado de W_{ij} informe de maneira mais clara e explícita o peso concreto do princípio em questão, especialmente nas hipóteses em que a intensidade de interferência tenha sido exacerbada.

O seguinte exemplo ajudará no esclarecimento deste raciocínio: imagine que esteja em discussão a adoção de uma medida que impeça uma grande empresa de realizar um investimento necessário ao início de um novo negócio por estar devendo a um de seus credores o montante de R\$ 1,00; tal medida resultaria em uma significativa interferência no princípio da livre iniciativa, provavelmente classificada como *ss* (muito séria), sendo a sua justificativa absolutamente irrelevante (isto é, *ll* ou muito leve), o que resultaria nos seguintes valores para o peso concreto da livre iniciativa: (a) para uma seqüência aritmética (por exemplo, 1,2,3,...,9)⁹, W_{ij} seria igual a 8 ($ss = 9$, $ll = 1$, $W_{ij} = 9 - 1$); e (b) para uma seqüência geométrica (por exemplo, 2^0 , 2^1 , 2^2 , ..., 2^8), W_{ij} seria igual a 256 ($ss = 2^8$, $ll = 2^0$, $W_{ij} = 256 / 1$); agora imagine que a dívida fosse de R\$ 100 milhões, o que significaria que a justificativa para a interferência na livre iniciativa seria muito mais relevante do que a anteriormente considerada (por exemplo, *sl* ou levemente séria); nesta situação, os resultados obtidos para W_{ij} seriam: (a) $9 - 7 = 2$, para uma seqüência aritmética; e (b) $256 / 64 = 4$, para uma seqüência geométrica; fica claro que a utilização da seqüência geométrica resulta em uma variação muito mais expressiva no valor do peso concreto da livre iniciativa (de 256 para 4) quando comparadas as duas situações, motivo pelo qual tem-se que a seqüência geométrica cumpre melhor a função de explicitar a desproporcionalidade de certas medidas vis-à-vis suas justificativas, realçando as diferenças existentes entre as respectivas intensidades de interferência.

⁹ Lembre-se de que, no modelo duplo-triádico, há nove níveis de classificação para as intensidades de interferência (ver nota de rodapé 63 acima).

Um fator adicional a ser considerado na construção da fórmula de ponderação é o que trata do peso abstrato dos princípios em colisão. Alexy define o peso abstrato de um princípio, que se contrapõe à intensidade de interferência exatamente pelo fato de que esta é sempre um dado concreto, da seguinte forma: “(...) the abstract weight of Pi is the weight which Pi has relative to other principles independently of the circumstances of any case. (...) Many constitutional principles do not differ in their abstract weight. Some, however, do. The right of life, for instance, has a higher abstract weight than the general freedom of action.”¹⁰

Quando os pesos abstratos dos princípios em colisão são iguais, não há necessidade de que eles sejam inseridos na fórmula de ponderação, pois a sua inclusão não contribuiria para a solução do balanceamento. Quando são iguais, os pesos abstratos se anulam e podem ser desconsiderados sem prejuízo para o caso concreto.

Todavia, quando são diferentes, os pesos abstratos deverão ser contemplados na fórmula de ponderação, a qual passa a ter, desse modo, o seguinte formato:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i}{I_j \times W_j}$$

W_i é o peso abstrato do princípio P_i e W_j é o peso abstrato do princípio P_j . Observe que, se W_i é igual a W_j , o quociente entre os dois é igual a 1, o que significa que neste caso os pesos abstratos não interferem no resultado final.

Vale notar que os valores de W_i e W_j podem ser atribuídos por meio da adoção da mesma escala triádica aplicável às intensidades de interferência.

O terceiro e último fator a ser levado em conta no raciocínio de balanceamento é o que Alexy denominou de “reliability of the empirical assumptions concerning what the measure in question means for the non-realization of P_i and the realization of P_j under the circumstances of the concrete case”¹¹.

Trata-se da consideração no modelo do grau de certeza das premissas empíricas relativas à realização ou não realização dos princípios em questão. Conforme esclarece Alexy:

¹⁰ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 440.

¹¹ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 446.

“La pregunta acerca de la existencia de márgenes epistémicos aparece cuando son inciertos los conocimientos acerca de lo que está ordenado, prohibido o confiado a la discrecionalidad del Legislador por los derechos fundamentales. La causa de la incertidumbre puede radicar en la falta de certeza de las premisas empíricas o de las normativas. La incertidumbre puede convertirse en un problema en cada una de las fundamentaciones relevantes que se produzcan en el ámbito de los derechos fundamentales.”¹²

Alexy enuncia uma segunda lei do balanceamento para explicitar como este fator opera na fórmula de ponderação¹³: “*The more heavily an interference with a constitutional right weighs, the greater must be the certainty of its underlying premisses.*”¹⁴

A versão final da fórmula de ponderação passa então a ser a seguinte:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j}$$

As notações utilizadas para o grau de certeza ou *reliability* serão R_i e R_j . Tal como ocorre com as demais variáveis, para o grau de certeza também são atribuídos valores segundo uma escala triádica. As classificações para o grau de certeza são, portanto, as seguintes: certo ou *reliable* (r), plausível (p) e não evidentemente falso (e).

Os valores atribuídos a cada uma dessas classificações são: para r , $2^0 = 1$; para p , $2^{-1} = 1/2$; para e , $2^{-2} = 1/4$. Segundo Alexy, a atribuição desses valores está alinhada ao fato de que, quanto maior o grau de incerteza das premissas, menor a força do argumento.

Assim, se o grau de certeza de uma determinada premissa é elevado, deve ser atribuído o valor $2^0 = 1$ a R_i ou R_j , conforme o caso, que corresponde à classificação r (certo ou *reliable*). Alexy cita como exemplo¹⁵ uma hipotética medida legislativa que proíba o consumo de produtos derivados de *cannabis*: é certo que tal proibição interferirá no princípio constitucional que protege a liberdade. Por outro lado, se o grau de certeza de uma determinada premissa está situado em um nível médio ou

¹² ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, No. 66, setembro/dezembro, 2002, p. 49

¹³ Esta segunda lei é denominada por Alexy de “Epistemic Law of Balancing” (ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 446).

¹⁴ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 446.

¹⁵ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 447.

intermediário, o valor a ser atribuído deverá ser $2^{-1} = 1/2$, que corresponde à classificação *p* (plausível). No exemplo citado por Alexy, é apenas plausível que a medida proposta pelos legisladores de proibição de produtos derivados de *cannabis* seja necessária para evitar danos a bens coletivos (especialmente a saúde pública). Por fim, se é reduzido o grau de certeza da premissa em questão, o valor de $2^{-2} = 1/4$ deverá ser atribuído.

Em cada caso concreto, deverá ser avaliado o grau de certeza das premissas empíricas concernentes à produção de efeitos negativos ou positivos sobre a realização dos princípios respectivos.

Aparentemente, a inclusão das duas variáveis analisadas – o peso abstrato e o grau de certeza – tem o propósito de evitar que as intensidades de interferência sejam responsáveis, isoladamente, pelo balanceamento de princípios, o que sugere que a importância das intensidades não deverá ser superdimensionada nos casos reais.

Havendo por hipótese uma situação em que se sabe que a intensidade de interferência em um determinado princípio é elevada em comparação com a intensidade de interferência aplicável ao princípio colidente, não é possível extrair uma conclusão final a respeito da questão sobre qual princípio deverá prevalecer.

Com efeito, o fato de que uma intensidade de interferência é superior à outra poderá perder relevância caso haja uma diferença entre os pesos abstratos dos princípios respectivos que seja suficiente para anular essa superioridade ou, ainda, caso o grau de certeza das premissas empíricas aplicáveis à intensidade de interferência superior não seja de tal magnitude que possa assegurar que os efeitos pretendidos serão alcançados.

Em resumo, conforme esclarece Luis F. Schuartz, “[d]e acordo com a fórmula, o peso concreto $W_{i,j}$ é uma medida da relação entre os produtos indexados $(I.G.S)_k$ [na notação utilizada aqui: $(I.W.R)_k$], com $k = \{i, j\}$ e $i \neq j$, das três variáveis *I*, *G* e *S* referentes a cada princípio em colisão. Na ‘fórmula do quociente’, essa relação está expressa como razão entre os produtos $(I.G.S)_k$. A contrapartida jurídica dessa medida é simples de perceber. Se $(I.G.S)_i > (I.G.S)_j$ e, portanto, $W_{i,j} > 1$, a fórmula nos diz que *Pi* prevalece sobre *Pj* e que a realização, no caso concreto, de *Pi* às custas de *Pj* é aceitável juridicamente; conseqüências opostas se verificam na hipótese em que $(I.G.S)_i < (I.G.S)_j$.”¹⁶

¹⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. art. cit. No Prelo.

Alguns aspectos relevantes da fórmula de ponderação

Concluída a apresentação da fórmula de ponderação proposta por Alexy, é possível observar que um de seus principais objetivos é servir de referência para a busca de um padrão racional de aplicação da lei de balanceamento de princípios jurídicos em situação de colisão.

Não há a pretensão de que a fórmula seja capaz de resolver matematicamente os problemas que envolvem choque de princípios¹, mas nem por isso deve ser diminuída a aptidão da fórmula de fornecer um itinerário capaz de conduzir o julgador a uma decisão racionalmente fundamentada.

É importante destacar o fato de que a fórmula de ponderação possui a qualidade de capturar e sistematizar racionalmente as principais variáveis que de maneira intuitiva são levadas em consideração pelos participantes de processos decisórios que envolvem princípios em conflito. A fórmula proporciona o benefício de ordenar o pensamento e lidar com tais variáveis de uma forma que tem o objetivo de, tanto quanto possível, expurgar desvios de rota que possam comprometer a racionalidade da decisão.

O uso de um padrão matemático para a explicitação do raciocínio de balanceamento não deve ser alvo de críticas. Não seria correto dizer que a fórmula de ponderação busca fornecer soluções automáticas e mágicas, a partir de um conjunto de triviais operações de multiplicar e dividir, para complexas situações de conflito de princípios. Diversamente, conforme ensina Luis F. Schuartz, “o papel teórico da fórmula está (...) na ilustração da estrutura do modelo triádico por meio de números”². Ilustrar, tornar explícito e ordenar racionalmente parecem ser os verdadeiros propósitos da fórmula de ponderação, que não se confundem com o inadequado rótulo de cálculo formal e matemático para identificação da solução de problemas jurídicos.

Adicionalmente, pode-se dizer que a fórmula de ponderação funciona como um guia ou referencial de análise que permite, ainda que com algumas sérias ressalvas, a operacionalização nos casos concretos – dentro de um rigoroso padrão de racionalidade – do método de balanceamento, o qual, pelo menos até o

¹ Esse ponto específico voltará a ser tratado adiante.

² SCHUARTZ, Luis Fernando. art. cit. No Prelo.

momento, é o candidato eleito para solucionar o problema das colisões de princípios.

Interessante notar que essa função de guia ou referencial de análise desempenhada pela fórmula de ponderação guarda certa semelhança com a prática adotada pelo direito da concorrência no exame de determinadas categorias de casos antitruste.

É usual que a legislação de defesa da concorrência se utilize de conceitos genéricos e abertos que, na prática, deixam espaço para um perigoso indeterminismo na solução dos casos concretos. Um exemplo corriqueiro é a norma que estabelece sanções para condutas que possam limitar a livre concorrência: há múltiplas leituras para esse dispositivo legal, de modo que não é difícil que as decisões que tratam da aplicação dessa norma nos variados casos concretos apontem para direções completamente distintas.

Assim, a fim de mitigar esse risco, é também usual que as autoridades de defesa da concorrência estabeleçam os denominados *guidelines* que contêm a metodologia aplicável à análise dos respectivos casos antitruste³. Estes *guidelines* buscam incorporar o que há de melhor e mais avançado no conhecimento teórico e prático sobre as situações em questão, sendo ainda um ótimo exemplo de aproximação entre o direito e a economia no trato de problemas jurídicos.

De maneira pragmática, os *guidelines* funcionam como um roteiro que orienta o raciocínio da autoridade rumo à decisão final do caso, tornando mais fácil a tarefa de aplicar, concretamente, nos diversos casos, a norma definida de forma tão abstrata na legislação de defesa da concorrência.

Por outro lado, ao incorporar o saber econômico aplicável à situação antitruste em questão, inspirando-se nos modelos teóricos existentes sobre o assunto, o guia de análise possibilita que tal conhecimento possa efetivamente ser aplicado na solução de casos concretos, no sentido de operacionalizar a passagem do teórico/abstrato para o prático/concreto.

³ Existem ainda razões adicionais para a adoção pelas autoridades antitruste dos *guidelines* de análise, as quais, no entanto, não são importantes para o tema ora abordado. Um exemplo brasileiro de *guideline* é o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal a que se refere a Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001, adotado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Portanto, o que se verifica é que, além de servir de padrão norteador da aplicação de certas normas antitruste, os *guidelines* possibilitam a utilização, na prática, de elementos de análise que tipicamente só transitariam no plano abstrato.

É possível afirmar que na fórmula de ponderação também são encontrados, em certo sentido, esses mesmos atributos usualmente conferidos aos *guidelines*. Em primeiro lugar, pode-se dizer que, tendo em vista o fato de que a lei de balanceamento se apresenta como uma prescrição geral, a fórmula de ponderação cumpre a missão de evitar que os juízes se posicionem frente à exigência de balanceamento de uma maneira pouco uniforme, aleatória ou sem que estejam claros os elementos que necessariamente devem ser considerados na avaliação do tipo ‘custo x benefício’ subjacente à lei de balanceamento.

Cuida-se aqui de atribuir à fórmula de ponderação a função de demarcar o espaço em que a colisão de princípios será discutida e apreciada, estabelecendo certos limites essenciais à ação do julgador. Ao nortear o raciocínio que, em tese, conduzirá à solução da colisão de princípios, a fórmula também contribui para colocar um freio ao ímpeto discricionário do julgador.

Em segundo lugar, a fórmula de ponderação estabelece uma ligação, válida para os casos de colisão de princípios, entre a idéia de balanceamento e a decisão final do julgador, conduzindo os participantes do processo por um caminho que vai do abstrato à solução concreta do caso.

É verdade que os *guidelines* têm um significado distinto, pois incorporam o conhecimento teórico sobre a prática em questão, apresentando elementos materiais para a solução do caso, o que não ocorre com a fórmula de ponderação, que apenas informa o arcabouço dentro do qual deverá ser processado o debate que levará à solução do problema⁴. Mas, ao que tudo indica, ainda assim permanece a idéia de que a fórmula auxilia os participantes do processo na tarefa de sair de um nível mais abstrato para outro menos abstrato, em direção à decisão do caso.

⁴ O grau de certeza é a variável escolhida para o fim de incluir na fórmula de ponderação os elementos teóricos que possam influir na decisão. Para solucionar o problema acerca do peso concreto de um princípio em relação a outro, é necessário avaliar a plausibilidade da hipótese tomada como premissa sobre a realização ou não realização do princípio respectivo. Nesta avaliação, será levado em consideração o conhecimento teórico e científico sobre a premissa em questão, mas isso evidentemente não significa que a fórmula de ponderação forneça, ela própria, elementos capazes de indicar a resposta para o problema. Tais elementos surgirão em decorrência da análise e classificação, conforme o modelo triádico, de cada uma das variáveis inseridas na fórmula.

É importante destacar também que esse deslocamento não pode prescindir da exigência de que sejam atendidas as condições que conferem ao balanceamento o *status* de mecanismo racional de decisão de casos de colisão de princípios.

O modelo triádico se apresenta como a opção disponível para o cumprimento de tal exigência, opção essa que está refletida na fórmula de ponderação.

Outro aspecto relevante enfatizado por Alexy refere-se à conclusão de que a fórmula de ponderação opera no nível formal e não substitui, evidentemente, o trabalho de apreciação e julgamento das questões relevantes para o caso.

Tal aspecto ganha destaque quando Alexy propõe uma discussão sobre a existência de aspectos similares entre o balanceamento e o método de subsunção. Antes de entrar na análise deste tema, é necessário entender como funciona, em linhas gerais, o método de subsunção e quais as suas limitações para a aplicação da lei.

Segundo Alexy, o conhecido método da subsunção segue as regras da lógica, conforme o esquema dedutivo abaixo⁵:

- (1) $(x)(Tx \rightarrow ORx)$
- (2) $(x)(M^1x \rightarrow Tx)$
- (3) $(x)(M^2x \rightarrow M^1x)$
- .
- .
- .
- (n + 2)(x)(Sx \rightarrow Mⁿx)
- (n + 3)Sa
- (n + 4)ORa (1) – (n+3)

Resumidamente, essa estrutura estabelece que a seguinte linha de raciocínio deverá ser aplicada no método de subsunção: (1) é a norma abstrata em vigor, a qual contém uma condição T à qual está associada uma determinada consequência (uma sanção, por exemplo); (2) – (n+2) são regras semânticas que estabelecem conexões entre T e os elementos presentes na descrição do caso (S); (n + 3) é a

⁵ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 433.

descrição do caso relativa à parte 'a'; (n + 4) é a decisão final do caso baseada na seqüência lógica que vai de (1) a (n + 3)⁶.

De um lado, é inegável o caráter formal da estrutura acima, enquanto mecanismo de solução de problemas jurídicos. De outro, todavia, resta claro que essa estrutura tem o mérito de explicitar as premissas que deverão ser utilizadas no julgamento dos casos, sendo este um requisito para o adequado funcionamento do método da subsunção.

Mas Alexy aponta a existência de dois fatores que limitam a capacidade de este método dedutivo dar conta da tarefa de equacionar os problemas relacionados à aplicação das leis às situações concretas.

O primeiro desses fatores está ligado ao fato de que “it is always possible that another norm, requiring another solution, is applicable”⁷. Nesta hipótese, sugere-se que o caso seja submetido a um novo raciocínio dedutivo para análise da subsunção às meta-regras que usualmente são utilizadas para a solução das situações em que duas normas incidem sobre o mesmo problema⁸.

Entretanto, é possível que a situação de conflito não possa ser resolvida por meio da subsunção às meta-regras, passando a interessar, nesta hipótese, que o balanceamento seja aplicado ao caso.

O segundo fator – na verdade o mais relevante para o tema aqui tratado – diz respeito à justificação do julgamento fundado no método da subsunção. É que, segundo Alexy, “[i]n order to justify a judgment, it is not enough that some premisses from which it follows logically can be set out. The premisses themselves must be justified”⁹.

O ponto controvertido aqui é a discussão sobre a necessidade de justificação interna e externa do julgamento. A justificação interna ocorre quando a decisão é obtida, via raciocínio dedutivo, a partir de certas premissas, tal como ocorre com o método de subsunção.

A justificação externa, por sua vez, envolve as próprias premissas utilizadas na justificação interna. Neste campo, os argumentos tipicamente utilizados no discurso jurídico passam a desempenhar o seu papel.

⁶ No artigo *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, Alexy apresenta um exemplo bastante esclarecedor de aplicação dessa estrutura lógica.

⁷ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 434.

⁸ Alexy cita como exemplos de meta-regras: *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*.

⁹ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 435.

É importante observar que, neste momento, Alexy introduz uma discussão que trata justamente da possibilidade de que a justificação interna seja descartada, tendo em vista que a justificação externa já seria, por si só, suficiente para resolver o caso. O formalismo da justificação interna seria assim substituído pela argumentação. Alexy se mostra crítico desta visão, preferindo enfatizar os ganhos de racionalidade que tal estrutura formal propicia, na medida em que “[t]he Subsumption Formula shows both what kinds of premisses are necessary in order to justify a legal judgment and how these premisses must be related to each other”¹⁰.

Feitas essas observações, é possível agora retornar ao tema sobre a existência de aspectos similares entre o balanceamento e o método de subsunção. A conclusão é no sentido de que há certa similaridade entre os dois métodos, que se revela na identificação de um viés formal comum, que se aplica tanto à estrutura de subsunção quanto ao método de balanceamento. De fato, segundo afirma Alexy, “[i]n both cases a set of premisses can be identified from which the result can be inferred. Neither the Subsumption Formula nor the Weight Formula contributes anything directly to the justification of the content of these premisses. To this extent both are completely formal”¹¹.

Todavia, conforme destacado pelo próprio Alexy, a constatação de que a fórmula de ponderação atua no plano formal não deve comprometer a sua importância para a solução do problema da colisão de princípios, visto que o método de balanceamento contribui para que sejam identificados “the kind and the form of the premisses which are necessary in order to justify the result”¹².

Trata-se, portanto, de uma resposta à questão sobre quais fatores devem ser levados em consideração na aplicação da lei de balanceamento às situações concretas. Ainda que formal, esse aspecto se mostra essencial para o desenrolar das interações argumentativas que conduzirão os participantes do processo decisório à solução final uma vez que funciona como um mecanismo de seleção e filtragem das premissas que deverão incidir no caso, além de ordenar a sua utilização no processo de apreciação da colisão de princípios.

¹⁰ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 435.

¹¹ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 448.

¹² ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 448.

Para Alexy, “[t]he Subsumption Formula represents a scheme which works according to the rules of logic; the Weight Formula represents a scheme which works according to the rules of arithmetic. But this difference must not be overestimated. The real premisses of the Weight Formula are not numbers but judgments about degree of interference, the importance of abstract weights and degrees of reliability. The Subsumption Formula and the Weight Formula are to this extent on the same footing, as judgments remain in both cases the basis.”¹³

A relevância da fórmula de ponderação não está centrada, portanto, na sua característica de trabalhar numericamente os dados que são levados em conta na apreciação da colisão de princípios.

Em vez disso, a fórmula de ponderação deve ser vista como uma moldura na qual deverão ser inseridos os diversos juízos de valor sobre as variáveis definidas para o modelo, decorrendo daí o acima referido toque formal da fórmula.

¹³ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, art. cit., p. 448.

Reflexões sobre a incorporação do raciocínio ‘custo x benefício’ à solução de questões jurídicas

Um dos marcos do modelo elaborado por Alexy é a incorporação ao pensamento jusfilosófico de um tipo de raciocínio que é na verdade muito peculiar à teoria econômica. O aproveitamento desta racionalidade no exame de complexas questões jurídicas – como a colisão de princípios – é uma proposta que enseja reflexões. Este capítulo tem justamente o objetivo de apresentar e desenvolver algumas dessas reflexões, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema.

Analisar o problema da colisão de princípios jurídicos sob a ótica do raciocínio ‘custo x benefício’ pode parecer, à primeira vista, uma proposta pouco usual. De fato, é provável que, para muitos juristas, a adoção deste tipo de racionalidade como auxiliar na solução das colisões de princípios seja algo tão distante que a própria aceitação do modelo formulado por Alexy poderia restar comprometida.

Todavia, é possível apontar algumas situações – extraídas especialmente da prática norte-americana – em que o raciocínio ‘custo x benefício’ desempenhou um papel fundamental (ainda que não exclusivo) na orientação dos tribunais para a tomada de decisão em casos de elevada complexidade. Evidentemente, nas áreas em que a interação entre o direito e a economia é mais intensa podem ser encontrados os mais variados exemplos de aplicação deste tipo de racionalidade à solução de questões jurídicas.

O direito da concorrência é um caso típico e exemplar de aproximação entre o direito e a economia, sendo possível extrair de sua teoria e práxis algumas lições que serão bastante esclarecedoras.

Em mais de um século de vivência com o tema da defesa da concorrência, os tribunais norte-americanos acumularam uma vasta jurisprudência nesta matéria, a qual pode ser uma interessante fonte de pesquisa para o estudo da questão relacionada à incorporação do raciocínio ‘custo x benefício’ ao pensamento jurídico.

Assim, é válido proceder aqui a uma investigação da experiência acumulada pelos tribunais norte-americanos com o direito da concorrência (ou *antitrust law*), a qual será útil para mostrar que o raciocínio ‘custo x benefício’ está muito mais

próximo do pensamento jurídico do que à primeira vista possa parecer. Sugere-se que o fio condutor desta investigação seja o debate em torno da aplicação da denominada regra *per se* à análise das infrações antitruste.

A regra *per se* é um critério de análise aplicado aos processos de investigação de condutas anticompetitivas. Segundo este critério, para alguns tipos de práticas empresariais vigora uma presunção de ilegalidade que isenta a autoridade da obrigação de avançar no itinerário da análise antitruste e do ônus de apreciar certos argumentos de defesa que usualmente seriam válidos para outros tipos de práticas, de modo que, uma vez demonstrada a ocorrência da conduta em questão, a decisão de condenar a empresa estaria suficientemente fundamentada.

Os acordos para fixação de preços entre concorrentes (os cartéis) são um tipo de prática ao qual em regra é aplicado o critério *per se*. O conhecimento teórico acumulado a respeito da natureza e dos efeitos concorrenciais das práticas sujeitas à regra *per se*, aliado à ampla experiência dos tribunais com a análise de tais práticas, permite que as autoridades de antemão rejeitem certos argumentos de defesa que, por presunção, são considerados como incapazes de afastar a ilicitude da conduta.

É que a análise antitruste se caracteriza pela existência de um roteiro de investigação (com diversas etapas seqüenciais) cujo cumprimento abre a possibilidade de que diversos argumentos de defesa sejam desenvolvidos pelas partes envolvidas no processo. Para determinadas práticas, no entanto, nem todas as etapas do roteiro de investigação deverão ser cumpridas pois incide a presunção de que os argumentos de defesa associados a certas etapas de análise não serão válidos para o caso.

Por outro lado, para as práticas examinadas sob a regra da razoabilidade ou regra da razão (que se apresenta como uma alternativa à aplicação do critério *per se*), recomenda-se, em linhas gerais, que sejam verificados certos aspectos adicionais da conduta, como a produção de efeitos positivos a partir de ganhos de eficiência econômica, que podem resultar na absolvição das partes acusadas.

Conforme aponta a literatura especializada, a adoção do critério *per se* exige que seja feita uma escolha entre dois aspectos distintos do problema. De um lado, é provável que a utilização da regra *per se* nos casos concretos resulte em perdas para a precisão e acuidade das análises, ou pelo menos implique no reconhecimento de que as autoridades não estão necessariamente focadas na busca

de uma exatidão absoluta nas análises. De outro lado, é usual que a utilização do critério *per se* produza melhorias para a segurança jurídica, além de propiciar uma economia dos recursos públicos destinados às complexas investigações antitruste e de criar um desestímulo à adoção de condutas que na maioria dos casos configurariam ilícitos antitruste¹. Pode-se dizer, desse modo, que a adoção do critério *per se* envolve a avaliação de um *trade-off* entre os dois aspectos acima, pois os ganhos obtidos de um lado virão sempre acompanhados de perdas para o lado oposto.

Com efeito, em primeiro lugar é razoável supor que, quanto maior o grau de precisão das análises antitruste, mais elevados serão os custos associados à realização de tais análises. É sobre as autoridades públicas que recai o ônus de incrementar o grau de acuidade das investigações antitruste, o que significa que a exigência de exatidão absoluta poderá tornar a investigação excessivamente onerosa para a administração pública.

Em segundo lugar, a busca pelas autoridades de decisões que sejam absolutamente precisas deverá redundar em prejuízos para a segurança jurídica, ainda que isso possa parecer paradoxal.

Para compreender este raciocínio, é necessário explicitar o significado que está sendo atribuído aqui ao princípio denominado de 'segurança jurídica'. Para o universo empresarial, a previsibilidade é um dos fatores que mais influem no processo de tomada de decisão. O estabelecimento de um ambiente propício à realização de negócios depende em grande parte da capacidade de as empresas realizarem prognósticos corretos sobre os riscos (jurídicos ou não) que são levados em consideração nos processos de tomada de decisões. Adicionalmente, é também determinante que as empresas possam tomar decisões com base em visões claras e transparentes a respeito do marco regulatório e da reação das autoridades públicas face a condutas que sejam postas sob sua fiscalização.

Assim, pode-se afirmar que, para as empresas, a segurança jurídica envolve, sobretudo, os atributos de previsibilidade e clareza, na medida em que permitem uma redução da incerteza inerente a qualquer tomada de decisão.

¹ A esse respeito, é interessante o texto *Per se illegality and truncated rule of reason: the search for a foreshortened antitrust analysis*, de William E. Cohen, integrante da *Federal Trade Commission*, agência norte-americana que atua na defesa da concorrência. (COHEN, William E., *Per Se Illegality and Truncated Rule of Reason: The Search for a Foreshortened Antitrust Analysis*, novembro, 1997, texto obtido em <http://www.ftc.gov/opp/jointvent/persepap.htm>, data de acesso: 3/1/2005).

É possível agora entender a importância da regra *per se* para a segurança jurídica. A adoção deste critério favorece a fixação (para determinadas situações) de um padrão único de decisão, pois evita que as autoridades sejam levadas a agir casuisticamente, examinando em cada um dos casos concretos todos os argumentos de defesa submetidos à sua apreciação. Se para determinadas situações as autoridades excluem de antemão a possibilidade de que determinados argumentos de defesa sejam submetidos à sua avaliação, face à reduzida probabilidade de que tais argumentos sejam ao final aceitos, torna-se viável a definição de um padrão ou referencial regulatório estável que possa servir de orientação para os agentes econômicos no que toca à reação das autoridades públicas face à conduta em questão.

Na hipótese contrária, isto é, caso não fosse possível que as autoridades adotassem uma linha de decisão única para determinadas situações previamente estabelecidas, o grau de incerteza enfrentado pelos agentes econômicos no processo de tomada de decisão seria elevado. A existência de dúvidas sobre a aceitação de um determinado argumento concreto de defesa para a conduta em questão, tendo em vista a multiplicidade de precedentes jurisprudenciais, contribui para a criação de falsas expectativas acerca do comportamento das autoridades públicas diante do caso concreto.

Ao estabelecer que determinada conduta será considerada por si só um ilícito antitruste, independentemente de quaisquer atributos qualitativos, justificativas econômicas ou empresariais ou, ainda, de questionamentos relacionados a seus efeitos para a concorrência, a autoridade pública estará sinalizando de forma clara e transparente como agirá caso se depare com a conduta em questão, garantindo previsibilidade à tomada de decisão por parte dos agentes econômicos.

Em terceiro lugar, a adoção da regra *per se* para a análise de certas práticas estabelece uma espécie de contra-incentivo à adoção de tais práticas pelas empresas. É que, sendo reduzido o espaço para a apresentação de argumentos de defesa nos processos de investigação e análise dessas práticas, há a expectativa de que as empresas sejam desestimuladas a adotar esse tipo de conduta, pois o risco de condenação é alto, bastando para tanto que haja a demonstração do fato tido como ilícito. O tratamento *per se* funciona, portanto, como um freio à difusão da

prática em questão no meio empresarial, ao tornar a sua adoção extremamente arriscada para os agentes econômicos.

Todavia, é inevitável o risco de que a ausência de uma acuidade absoluta nas análises antitruste leve as autoridades, em um número indeterminável de casos, a tomar decisões equivocadas, condenando empresas que na verdade não estariam incorrendo em qualquer ilicitude. Uma investigação mais detalhada poderia revelar que a conduta da empresa acusada, que à primeira vista parecia ser ilícita, encontra uma justificativa aceitável ou não produz os indesejados efeitos anticoncorrenciais que lhe foram imputados.

O risco de que sejam proferidas decisões equivocadas é justamente o custo associado ao aproveitamento dos benefícios indicados acima. Como observado anteriormente, é inviável que os três objetivos mostrados anteriormente – a economia de recursos públicos, a ampliação da segurança jurídica e a criação de um contra-incentivo à adoção de práticas infrativas – sejam alcançados sem que haja alguma perda para os objetivos que se situam na outra face do problema.

Na mesma linha de raciocínio, tampouco seria possível implementar uma política de precisão absoluta nas análises e, simultaneamente, dar ênfase à redução do ônus suportado pela administração pública com as investigações antitruste ou, ainda, privilegiar a segurança jurídica.

Resta claro que o problema enfrentado pelas autoridades de defesa da concorrência ao decidir pela utilização da regra *per se* em algumas situações exige uma solução que passa pela aplicação do raciocínio ‘custo x benefício’.

A partir do reconhecimento de que não é possível realizar todos os objetivos simultaneamente, surge a necessidade de que seja feita uma escolha que necessariamente resultará em prejuízos para ao menos um dos objetivos inicialmente visados.

É claro que esse tipo de escolha representa, na verdade, uma opção de política pública, mas nem por isso o exemplo deixa de ser útil para mostrar que o raciocínio ‘custo x benefício’ está muito mais presente no direito do que usualmente se imagina. Afinal, quando os tribunais (especialmente a corte constitucional) enfrentam questões que envolvem colisões de princípios, também realizam escolhas cujos efeitos podem ser semelhantes àqueles produzidos por decisões de política pública.

Outro exemplo que não poderia deixar de ser mencionado de incorporação do raciocínio ‘custo x benefício’ à avaliação de questões jurídicas é a corrente conhecida como análise econômica do direito (ou *law & economics*). Aliás, a ligação existente entre ambos é tão estreita que se torna recomendável examinar aqui certos aspectos relevantes desta tão controvertida corrente, a fim de ilustrar algumas questões que podem auxiliar na compreensão dos objetivos do modelo proposto por Alexy.

Um primeiro aspecto que merece atenção diz respeito à constatação de que a análise econômica do direito não sobrevive sem uma teoria sobre a racionalidade humana. É fundamental para o *law & economics* entender o comportamento dos indivíduos, como eles fazem escolhas e quais os critérios que orientam a sua tomada de decisão.

Naturalmente, na teoria econômica são encontradas algumas importantes contribuições para este debate. Segundo Herbert Hovenkamp, “[e]conomists model and attempt to predict individual behavior on the assumption that people act rationally with the goal of maximizing their expected utility.”² A maximização da utilidade é, portanto, o referencial que, para a teoria econômica, orientará o comportamento dos indivíduos.

Ocorre que o cálculo de maximização da utilidade envolve necessariamente uma avaliação dos custos e benefícios associados à conduta em questão. Em algumas situações, a existência de sanções legais afeta essa avaliação, levando os indivíduos a mudanças em seu padrão de comportamento justamente pelo fato de que o risco de imposição de penalidades poderá alterar a relação custo/benefício e trazer implicações para a maximização de utilidade. Esse é um dos pontos de interesse precípuo da análise econômica do direito, pois trata dos impactos da legislação sobre a conduta dos indivíduos vis-à-vis o pressuposto de que tais indivíduos agem racionalmente buscando maximizar sua utilidade.

Assim, ao assumir que os indivíduos tomam decisões com base em uma avaliação dos seus efeitos sobre a maximização de utilidade, levando em consideração nesta avaliação, inclusive, os riscos de imposição de sanções legais, o *law & economics* assimila de tal modo o raciocínio ‘custo x benefício’ que seria

² HOVENKAMP, Herbert. *Rationality in Law & Economics*, George Washington Law Review, No. 60, janeiro, 1992, p. 293.

possível afirmar que há entre tal corrente e o modelo proposto por Alexy uma importante área de convergência.

Adicionalmente, vale notar que as questões tratadas no campo da análise econômica do direito envolvem necessariamente conflitos entre indivíduos na disputa por uma alocação de recursos que melhor atenda aos seus respectivos interesses.

Se os indivíduos agem com o objetivo de maximizar utilidade e os recursos disponíveis são escassos, é inevitável o surgimento de situações de conflitos de interesse.

Conforme ensina Herbert Hovenkamp, “[t]hese issues [tratadas no campo da análise econômica do direito] involve allocations of resources among persons whose interests conflict in the sense that one person frequently can be made better off only when another is made worse off”³.

O que é relevante nesta discussão é o fato de que tal abordagem ressalta a idéia de que no âmbito do *law & economics* não é possível solucionar as questões sem reconhecer que determinados indivíduos serão obrigados a arcar com os custos dessa solução.

A existência de um conflito de interesses que coloca os indivíduos em pólos opostos e a impossibilidade de que seja tomada uma decisão que possa ser benéfica para os dois lados impõe a aplicação de uma decisão que inevitavelmente trará perdas para um dos lados.

Em outros termos, surge a exigência de que o legislador (ou a autoridade julgadora, conforme o caso) faça uma escolha, que deverá ser racionalmente orientada, a fim de decidir qual interesse prevalecerá.

De certa maneira, essa mesma idéia se faz presente também no pensamento de Alexy, especialmente quando o autor trata dos conflitos entre princípios. Ao decidir em um determinado caso concreto, conforme o modelo proposto por Alexy, que um princípio prevalece sobre outro, o julgador estará reconhecendo que um dos lados deverá arcar com as perdas decorrentes de sua decisão, em um referencial de análise que guarda certa semelhança com o padrão encontrado no *law & economics*.

³ HOVENKAMP, Herbert. art. cit., p. 295.

Por outro lado, a proposta de incorporar certos elementos típicos do pensamento econômico a um modelo que pretende servir de orientação para a solução de problemas jurídicos enseja o exame de determinadas questões concernentes à relação entre o direito e a economia que, não por acaso, também despertam o interesse dos estudiosos do *law & economics*.

Em primeiro lugar, segundo esclarece Robert Cooter, “the contrast in methods between economics and law is stark – one is quantitative, the other is verbal; one is empirical, the other is hermeneutical; one aspires to be scientific, the other aspires to be just.”⁴

Nesse contexto, a interação entre as duas vertentes de pensamento e a adoção no plano jurídico de uma lógica que é própria da teoria econômica pode parecer uma verdadeira utopia, ainda que existam teses em sentido contrário que têm se mostrado frutíferas.

Além disso, as diferenças de linguagem existentes entre o direito e a economia tendem a criar dificuldades adicionais ao estabelecimento de ligações entre as duas vertentes de pensamento que possam, na prática, ser úteis para a resolução de problemas jurídicos. Para muitos profissionais do direito, o discurso fundado em uma linguagem econômica está às vezes excessivamente distante de sua prática, mesmo nas hipóteses – não raras – em que na verdade há uma convergência não percebida entre as duas linhas de raciocínio.

E os economistas, por sua vez, tendem a não valorizar o discurso que não se baseia em análises quantitativas e matemáticas, deixando para o direito, assim, o papel de cuidar sobretudo das formalidades do problema, já que, na visão de alguns, a solução da questão será dada, materialmente, pelo argumento de cunho econômico.

Novamente, um bom exemplo de diálogo entre direito e economia, em que as dificuldades para a criação de pontes entre os dois campos de conhecimento têm sido superadas, é o direito da concorrência. Nesta área, é comum a existência de profissionais com formação multidisciplinar, para os quais a função de estabelecer conexões entre as duas vertentes de pensamento é mais simples.

Em segundo lugar, é possível sustentar que a teoria econômica contribui para incrementar o grau de racionalidade das decisões tomadas em âmbito

⁴ COOTER, Robert. *Justice at the Confluence of Law and Economics*, Social Justice Research, Vol. 1, No. 1, 1987, p. 67.

jurídico. Na medida em que oferece, em determinadas situações, elementos teóricos que influenciam na avaliação dos casos submetidos à apreciação jurídica, a teoria econômica se torna um importante (ainda que insuficiente) suporte racional para a tomada de decisão nestes casos.

Nesse sentido, é esclarecedora a seguinte observação de Robert Cooter e Thomas Ulen a respeito do fato de que a teoria econômica pode ser útil para explicar o comportamento dos indivíduos diante de mudanças na legislação: *“Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws. This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense.”*⁵

O mais interessante desta passagem, no entanto, é a ênfase atribuída ao fato de que a “behavioral theory” fornecida pela teoria econômica permite ao legislador ou formulador de políticas públicas ir além da intuição quando analisa certas questões de natureza jurídica.

Assim, fica claro que a teoria econômica pode desempenhar a função de reduzir o espaço que o subjetivismo, a intuição e o decisionismo ocupam em certas avaliações, dando ao processo jurídico um respaldo racional que antes não estava disponível para o julgador.

Havendo um canal que possibilite alguma aproximação entre o direito e a economia na análise de questões que envolvam aspectos jurídicos, pode-se dizer que a decisão tomada neste contexto resistirá melhor a críticas cujo objetivo seja questionar a racionalidade da medida adotada pela decisão.

É necessário aqui fazer a ressalva de que esta tese não se confunde com a visão de que a teoria econômica deverá determinar as soluções para os casos jurídicos. As observações acima não têm o propósito de abrir uma discussão sobre a necessidade de que o direito deva ser analisado unicamente sob a ótica da teoria econômica. Diversamente, pretende-se apenas o reconhecimento de que os elementos fornecidos pela teoria econômica podem ser um importante referencial racional para a tomada de decisão também em âmbito jurídico, o que em certa medida vai ao encontro da essência do modelo proposto por Alexy para a aplicação de princípios jurídicos.

⁵ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics*, Addison Wesley Longman, EUA, 2000, p. 3.

Conclusão

Feitas as observações acima, fica a expectativa de que o presente trabalho tenha cumprido o seu objetivo de proporcionar ao leitor uma oportunidade de conhecer melhor o modelo de aplicação de princípios jurídicos de Robert Alexy, à luz especialmente daquelas noções típicas da teoria microeconômica presentes no pensamento do autor.

Espera-se também que o trabalho possa ter contribuído para o debate acerca da necessidade de que haja uma maior inserção da lógica econômica (cujo elemento subjacente é o raciocínio ‘custo x benefício’) no exame das questões jurídicas, visto que a familiarização dos juristas e profissionais do direito com este tema é importante para a compreensão do modelo proposto por Alexy e para que a aplicação do princípio da proporcionalidade aos casos concretos possa ser operacionalizada.

Em especial para os profissionais que freqüentemente estão envolvidos na formulação de políticas públicas, a introdução deste tipo de raciocínio, a partir do reconhecimento de que a aplicação de princípios (quando em rota de colisão) inevitavelmente exige sacrifícios, já que os benefícios obtidos de um lado virão sempre acompanhados de perdas para o outro, deve auxiliar na busca de uma solução para o caso concreto que se apresente como aceitável do ponto de vista de sua fundamentação racional.

Genericamente, se o caso concreto coloca dois princípios em situação de colisão, a medida a ser adotada para decidir o caso necessariamente produzirá efeitos positivos para um dos lados e negativos para o outro, de modo que, para que a solução final esteja devidamente fundamentada, impõe-se que os benefícios e prejuízos gerados pela medida sejam levados em conta e “calculados”, a fim de que se possa mostrar que os ganhos associados à solução em questão superam as perdas.

Por outro lado, a aproximação entre o direito e a economia cria um terreno fértil para o desenvolvimento de debates cujo potencial de produção de bons frutos para a solução de casos jurídicos é elevado. É claro que essa questão deve ser encarada com muito cuidado pois não é desejável que a importância da análise econômica para a solução de problemas em âmbito jurídico seja superestimada,

hipótese em que a retórica econômica passaria a ocupar um espaço que, no saldo final, traria mais prejuízos do que benefícios ao debate.

Todavia, parece estar já consolidada a visão de que a teoria econômica é capaz de fornecer, em diversas situações, alguns importantes elementos analíticos para a tomada de decisão em âmbito jurídico, sendo portanto uma ferramenta indispensável para certas áreas do direito.

O direito da concorrência, como visto, é uma dessas áreas, na qual a conexão existente entre o direito e a economia tem se mostrado bastante promissora. Um bom exemplo do modo por meio do qual essa conexão se opera e auxilia a aplicação do direito ao caso concreto são aqueles casos em que a autoridade antitruste decide pela aprovação de uma determinada operação de aquisição em que uma empresa que detém elevada participação de mercado passa a ser a controladora de seu principal concorrente.

À primeira vista, essa operação poderia causar prejuízos à concorrência, devido à união de dois importantes concorrentes, o que autorizaria a autoridade antitruste a adotar medidas intervencionistas com o fim de impedir a realização da operação, em atenção ao princípio constitucional da livre concorrência.

No entanto, sabendo que os economistas acumulam um amplo conhecimento nessas questões, a autoridade poderia considerar em seu julgamento, por hipótese, os elementos de análise fornecidos pela teoria econômica sobre o assunto (ou, ainda, alguns dados que poderiam ser gerados por um estudo econômico a respeito da dinâmica concorrencial no mercado em questão), concluindo então nesse caso que, apesar de a operação redundar na união de dois importantes concorrentes, os riscos de prejuízos à concorrência são reduzidos (por exemplo, em razão do fato de que o mercado sob análise se caracteriza pela inexistência de barreiras à entrada de novos concorrentes).

A decisão da autoridade poderia repercutir como uma verdadeira contradição — uma união de dois importantes concorrentes não prejudica a livre concorrência? —, mas esse aparente paradoxo revela a importância da aproximação entre o direito e a economia para a solução dos problemas jurídicos, pois os elementos fornecidos pela teoria econômica mostraram, no caso em questão, que a melhor decisão a ser proferida pela autoridade, do ponto de vista jurídico (isto é, tendo em mente a aplicação do princípio constitucional da livre concorrência), seria na verdade a aprovação da operação, e não a sua proibição.

A lição que se pode extrair, portanto, desse interessante exemplo é que a incorporação de elementos analíticos próprios da teoria econômica contribui para reduzir o espaço que usualmente é ocupado pela intuição nas análises jurídicas, além de incrementar o grau de racionalidade das decisões.

Em certo sentido, tais efeitos positivos também podem ser atribuídos ao modelo de aplicação de princípios jurídicos de Robert Alexy, na medida em que o autor propõe um referencial de análise para a solução de colisões de princípios cujo propósito, aparentemente, é também a redução do subjetivismo e do decisionismo na apreciação dessas questões, com o conseqüentemente aumento do rigor analítico-racional das decisões.

Por fim, um último comentário a respeito das reflexões aqui apresentadas busca destacar o objetivo de que o presente trabalho possa ser útil para levar as discussões sobre o modelo proposto por Alexy para outras searas, notadamente aquelas (como a do direito da concorrência) em que os órgãos julgadores se apresentam como um espaço próximo do ideal para o desenvolvimento de tal debate.

É que a penetração dessas discussões nos tribunais (judiciais ou administrativos) que se caracterizam pela sólida formação teórica e acadêmica de seus integrantes pode se tornar essencial para que a proposta de Alexy seja testada e aprimorada.

Tendo em vista que já não é mais viável pensar os sistemas jurídicos sem uma consistente teoria sobre os princípios, e dado que as questões que envolvem colisões de princípios podem estar presentes em diversas situações, talvez em um número muito maior de casos do que inicialmente se possa imaginar, refletir sobre o modelo de Alexy é possivelmente uma das principais alternativas disponíveis atualmente para se lidar com o tema, razão pela qual é válido que essas questões sejam levadas à análise de um conjunto cada vez maior de formuladores de políticas públicas e profissionais do direito.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica**, Doxa 5, 1988, p. 139.

ALEXY, Robert. **Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional**, in Derecho y Razón Práctica, Distribuciones Fontamara (Colección de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 30), México, 1993, p. 37.

ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**, Ratio Juris, Vol. 13, No. 3, setembro, 2000, p. 294.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22, No. 66, setembro/dezembro, 2002, p. 13.

ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**, Ratio Juris, Vol. 16, No. 4, dezembro, 2003, p. 433.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**, Landy Editora, São Paulo, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**, Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

COHEN, William E., **Per Se Illegality and Truncated Rule of Reason: The Search for a Foreshortened Antitrust Analysis**, novembro, 1997, texto obtido em <http://www.ftc.gov/opp/jointvent/persepap.htm>, data de acesso: 3/1/2005.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law and Economics**, Addison Wesley Longman, EUA, 2000.

COOTER, Robert. **Justice at the Confluence of Law and Economics**, Social Justice Research, Vol. 1, No. 1, 1987, p. 67.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Massachusetts, 1999 (bibliografia consultada).

Entrevista concedida por Robert Alexy a Manuel Atienza, Doxa 24, 2001, p. 671.

Entrevista concedida por Robert Alexy à Revista Trimestral de Direito Civil, RTDC, Vol. 16, outubro/dezembro, 2003, p. 311.

FAGUNDES, Jorge. **Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência - Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste**, Editora Singular, São Paulo, 2003.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. **Uma Introdução à Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy**, De Andréa Ferreira & Morgado Editores, Rio de Janeiro, 2003.

HOVENKAMP, Herbert. **Rationality in Law & Economics**, George Washington Law Review, No. 60, janeiro, 1992, p. 293.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice**, West Group, St. Paul, Minn., 1999 (bibliografia consultada).

KRATTENMAKER, Thomas G. **Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses**, Georgetown Law Journal, No. 77, outubro, 1988, p. 165 (bibliografia consultada).

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1997 (bibliografia consultada).

MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy**, in Os Princípios da Constituição de 1988, Peixinho, Manoel Messias, Guerra, Isabella Franco e Nascimento Filho, Firly (org.), Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 57.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia**, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1999 (bibliografia consultada).

MELO, Luiz Martins de. **Modelos Tradicionais de Concorrência**, in Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticos, David Kupfer e Lia Hasenclever (org.), Editora Campus, Rio de Janeiro, 2002, p. 3 (bibliografia consultada).

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1996, tradução de João Guilherme Vargas Netto (bibliografia consultada).

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Nos Limites do Possível: “Balanceamento” entre Princípios Jurídicos e o Controle de sua Adequação na Teoria de Robert Alexy**, in Norma, Contingência e Racionalidade, Renovar, Rio de Janeiro. No Prelo.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, No. 1, 2003, p. 607.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: Princípios Básicos**, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1994.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)