

Princípios como um Fator de Direito e Desenvolvimento: uma Visão Jurídico-Econômica da Tutela Judicial de Direitos Fundamentais

Gustavo Lucredi¹

RESUMO: Muito se tem discutido acerca da correção dos métodos de interpretação e aplicação do direito desenvolvidos no âmbito da teoria dos princípios, dentre os quais, destaca-se o sopesamento. O STF, em especial, tem lançado mão desse expediente, ou pelo menos tentado, em escala crescente, principalmente em questões envolvendo colisões de direitos constitucionais. A produção de decisões judiciais que fogem aos padrões do discurso jurídico convencional, lastreadas em juízos de sopesamento, tem deixado muitos juristas, cientistas políticos e economistas apreensivos. Surgem críticas de todas as ordens contra esse novo modelo adjudicatório, que leva em conta não apenas regras, mas também princípios como normas constitucionais. Dentre elas, pretende-se, aqui, abordar somente duas: i) a de que essa metodologia lesa os cânones da segurança e certeza jurídicas e, portanto, causa danos à economia nacional, uma vez que faculta ampla discricionariedade ao Judiciário ao interpretar princípios, ensejando o

¹ Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

espanto dos investidores que naturalmente procuram estabilidade no atendimento de suas expectativas; e ii) a de que esse modelo adjudicatório ponderativo não estipula limites à jurisdição constitucional, podendo ela em nome dos direitos reformar ou anular qualquer medida legislativa ou política social que lhe pareça infensa à constituição. O argumento exposto neste artigo defende que existe uma fronteira dentro da qual os juízes não podem invalidar medidas ou políticas públicas, ainda que elas engendrem certo grau de injustiça, e que o problema não está no método do sopesamento em si, mas na maneira como ele é manejado pelos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; direitos fundamentais; otimização; sopesamento; eficiência de Pareto.

1. Introdução

O presente artigo tem por escopo demonstrar que a tese da otimização, como concebida por Robert Alexy,² permite sim que os princípios operem como um fator de direito e desenvolvimento,³ apesar de muitas vozes contrárias. Várias são as críticas desfavoráveis à teoria dos princípios, da qual a sobredita tese é parte integrante, alguns dizem ter ela prestado um desserviço à argumentação jurídica de nossos tribunais, outros alegam ser

2 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 85 e ss.

3 Não é possível, aqui, delinear as características do movimento intitulado «Direito e Desenvolvimento», pois isto demandaria um trabalho próprio, voltado exclusivamente a essa finalidade, tamanha sua complexidade. Para uma noção geral desse movimento no cenário brasileiro, cf. TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; e SHAPIRO, Mario G. “Towards a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions”, *Legal Studies Research Paper Series, Paper n.º 1207, World Bank Legal Review (forthcoming)*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2144939>. Acesso em: 07/10/2012.

ela responsável por certos problemas da economia nacional. Os primeiros aduzem que a interpretação e aplicação de princípios, sobretudo na jurisdição constitucional, tornou-se verdadeira panaceia, servindo amiúde a propósitos escusos.⁴ Há ainda quem sustente que os princípios, notadamente após a promulgação da Constituição de 1988, passaram a desempenhar funções que não lhe são próprias, numa tentativa paternalista de substituir o mercado por um modelo estatal de bem-estar social, gerando assim uma série de dificuldades econômicas, por exemplo, altas taxas de juros, ausência de crédito de longo prazo e evasão de investimentos estrangeiros.⁵

Não obstante, parece-nos que as vicissitudes irrogadas às normas principiológicas estatuídas pela Constituição da República são produto exclusivo, senão quase exclusivo, de seu errado manuseio pelas instituições,⁶ dentre as quais assume papel de relevo o Poder Judiciário. Uma amostra disso pode ser constatada na alocação ineficiente de recursos destinados à saúde – como medicamentos e tratamentos médicos – realizada por meio de decisões judiciais que albergam interpretações iníquas do ponto de vista macrossocial dos direitos fundamentais, porém, aparentemente

4 Cf. NEVES, Marcelo. “Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal”, *Revista Consultor Jurídico*, de 27 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 21/11/2012.

5 Cf. ARIDA, Persio Edmar; BACHA, Lisboa; e LARA-RESENDE, André. “Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil, In: GIAVAZZI Francesco; GOLDFAJN, Ilan; e HERRERA, Santiago (eds.). *Inflation Targeting and Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005, pp. 265-294.

6 Empregamos, aqui, o termo “instituições” em seu sentido lato, como sistemas de padrões sociais estabelecidos e predominantes que estruturam as interações sociais. Sem embargo, há grande controvérsia na literatura acerca de sua exata definição, se é que é possível alcançá-la. Sobre o debate cf. HODGSON, Geoffrey M. “What Are Institutions”, *Journal of Economic Issues* 40:1 (2006), pp. 2-19.

justas do ponto de vista individual; prática esta que ocorre, inclusive, sob os auspícios do Supremo Tribunal Federal (STF).⁷ No afã de se promover a justiciabilidade dos direitos sociais, acabou-se, na verdade, agravando-se um quadro de desigualdade social, uma vez que a intervenção dos órgãos jurisdicionais nessa área revelou-se, afinal, um agente concentrador de renda, já que os mais beneficiados não são os mais pobres, mas, sim, a camada intermediária da população, conforme apontado em pesquisa realizada por Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Terrazas.⁸

Diante disso, pretende-se expor como a otimização de princípios, em especial a efetuada judicialmente, deve se aperfeiçoar sem que implique a violação da separação de Poderes, na ruptura indevida de contratos particulares e na aniquilação da segurança jurídica, com a consequente garantia do direito de propriedade. Para tanto, valer-me-ei de uma metodologia consentânea com a teoria dos princípios e de algumas ferramentas econômicas a ela subjacentes. De posse desse instrumental, quero evidenciar, na contramão do que muitos acreditam, que a maneira pela qual os direitos fundamentais, com estrutura normológica de princípios,⁹ se concretizam, segundo a dogmática de Alexy, pode sim subsidiar um controle judicial de políticas públicas e legislativas de forma objetiva,¹⁰

7 Veja, por exemplo, as seguintes decisões monocráticas: AI 570455/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 15/02/2006; RE 297276/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 17/11/2004; RE 353336/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJ* 14/02/2005.

8 Cf. SILVA, Virgílio Afonso da e TERRAZAS, Fernanda Vargas. “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?”, *Law & Social Inquiry* 36:4 (2011), pp. 833-843

9 Estamos cientes de que nem todas as normas de direitos fundamentais consubstanciam princípios, parte delas consolidam também regras, tais como a proibição da tortura (CF, art. 5º, inciso III) e a irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (CF, art. 5º, inciso XL).

10 Não se nega aqui obviamente que há certo grau de subjetividade por parte

zelando, inclusive, por uma postura de deferência em relação à autoridade editora do ato revisado. Nesse sentido, apresenta-se aqui o sopesamento como o método por excelência da interpretação e aplicação de princípios, que, ao contrário do que dita o pensamento comum da doutrina,¹¹ evita ingerências descabidas do Judiciário na esfera de competência de outros Poderes da República sem, concomitantemente, descuidar da proteção dos direitos fundamentais. Em verdade, o que se espera fazer neste trabalho é identificar quando tais ingerências tornam-se cabíveis, delimitando uma linha fronteiriça, que obviamente oscila de caso em caso, segundo a qual o Poder Judiciário possa se pautar para justificar sua intervenção nos demais Poderes Públicos. Desse modo, atingir níveis ótimos de satisfação de direitos fundamentais em suas decisões, de sorte a promover o bom desenvolvimento econômico e social da nação, sem, contudo, prejudicar as atribuições institucionais dos demais Poderes da República, uma vez que sua intervenção encontra-se justificada constitucionalmente.

Tendo delineada parte de nossos problemas e traçadas algumas metas, cabe-nos agora fixar o caminho a ser percorrido com vistas à, respectivamente, dirimi-los e alcançá-las. Antes de tudo, entretando, faz-se necessário estabelecer as bases teóricas sobre as quais nos assentaremos. O

daquele que julga segundo o método decisional da dogmática dos direitos fundamentais de Alexy, porquanto a subjetividade é caráter inerente a qualquer método de tomada de decisões, independente da dogmática jurídica a que pertença. Nesse sentido, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. “Poderação e objetividade na interpretação constitucional”, In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: nacionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, pp. 366-372.

11 A propósito dessas opiniões contrárias cf., na Alemanha, PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 141-146. No Brasil cf., por todos, MARTINS, Leonardo. “Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros”, *Cadernos de Direito*, UNIMEP Piracicaba, 3:5 (2003), pp. 36-37.

nosso ponto de partida, consoante já salientado, será a tese da otimização de Robert Alexy. A partir dela intento analisar como litígios judiciais contemplando colisões de direitos fundamentais podem ser solucionados com base na *lei de sopesamento*¹² e, mesmo assim, permitir uma alocação eficiente de recursos em sintonia com as demais instituições democráticas, sem que isso importe em usurpação de funções governamentais ou intervenções estatais nocivas ao domínio econômico. Com isso em mente, recorreremos a algumas descrições gráficas e ferramentas típicas da economia matemática, tais como curvas de indiferença e a conhecida Caixa de Edgeworth, na esperança de que possamos explicar, adequadamente, a maneira pela qual o sopesamento, esquadrinhando as possibilidades jurídicas do caso concreto, consegue granjear resultados ótimos. Por último, lançaremos mão desse aparato científico para construir um modelo jurídico-econômico apto a definir o que são resultados ótimos. Nessa linha, duas assertivas propostas por Jean-Baptiste Pointel em sua tese sobre o sopesamento em um espaço vetorial afiguram-se-ão cruciais a este ensaio.¹³ A primeira refere-se à existência do que ele convencionou chamar de “fronteira de satisfação”, que, quando violada, ensejaria o Poder Judiciário a tomar medidas interventivas para restabelecer a equidade das relações jurídicas *sub judice*, podendo, então, atuar como força contramajoritária,¹⁴ inclusive,

12 Cf., a respeito, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 166-176.

13 Cf. POINTEL, Jean-Baptiste. “Balancing in a vector space”, In: SIECKMANN, Jan-Reinard (ed.), “Legal Reasoning: The Methods of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 124 (2010), pp. 119-144.

14 A ideia de “força contramajoritária” foi introduzida originariamente em BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 16-17, no seguinte contexto: “[...] judicial review is a counter-majoritarian force in our system [...]. When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act [...] it thwarts the will of representatives

revisando políticas públicas. Enquanto a segunda concerne à percepção de que medidas estatais – judiciais, legislativas ou administrativas – resultantes de sopesamentos¹⁵ não precisam necessariamente engendrar uma alocação eficiente no sentido de Pareto, mas pelo menos uma alocação o mais próximo possível disso. Noutras palavras, resultados logrados por meio de sopesamentos e que estejam situados dentro da fronteira de satisfação são considerados ótimos e, por isso, não dariam azo a uma intervenção judicial. Esta premissa, por sua vez, infirmaria a ideia de Dworkin de que a atividade interpretativa genuína conduz a uma única resposta correta,¹⁶ suposição que até hoje dá margens a intervenções descabidas do Judiciário tanto no domínio político como econômico.

of the actual people of the here and now [...]”. Ela até hoje vem sendo objeto de amplas discussões na teoria constitucional.

15 Há quem diga que o sopesamento é um método de tomada de decisões políticas e não jurídicas, pois a hierarquização concreta de bens jurídicos resultante da sua prática ponderativa faz parte da Política e não do Direito, uma vez que cabe aos entes políticos constitucionalmente competentes e democraticamente legitimados fazê-lo. Nesse sentido, cf. MARTINS, Leonardo. “Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros”, *Cadernos de Direito*, UNIMEP Piracicaba, 3:5 (2003), p. 37. Como se vê, apesar de divergirmos desse entendimento, ele vale para esclarecer como a ideia de sopesamento está presente no processo de tomada de decisões administrativas e legislativas, sendo que o problema teórico se encontra no fato de dizer se as decisões judiciais também podem utilizar-se desse expediente. No sentido de que podem, tendo legitimidade para tanto, cf. ALEXY, Robert. “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law* 3:4 (2005), pp. 578-581.

16 Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, pp. 49-53. Para uma visão mais abrangente do debate cf. FREITAS, Juarez. “A melhor interpretação constitucional ‘versus’ A única resposta correta”, In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 317-356.

2. Da otimização à “fórmula de peso”

O ponto nevrálgico da tese em apreço repousa na definição de princípios como *mandamentos de otimização*, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.¹⁷ Depreende-se daí que princípios podem ser efetivados em graus variados, tendo em vista que a execução da ordem estabelecida por uma norma principiológica depende não somente das circunstâncias fáticas reais do caso concreto, mas também das possibilidades jurídicas determinadas pelos princípios colidentes no ordenamento jurídico.¹⁸

De outro lado, é preciso ter em mente que a ideia de otimização corresponde àquilo que é reclamado por uma regra decorrente da própria estrutura dos princípios,¹⁹ dada a relação de mútua implicação que existe entre eles, é a chamada regra da proporcionalidade.²⁰ Esta é composta por

17 Cf., por todos, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91; e SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais I* (2003), pp. 610-611.

18 Cf. ALEXY, Robert. “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris* 13:3 (2000), p. 295.

19 Sobre a origem dessa decorrência na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) e a confusão no direito constitucional brasileiro quanto à sua fundamentação jurídica, cf. MARTINS, Leonardo. “Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros”, *Cadernos de Direito*, UNIMEP Piracicaba, 3:5 (2003), pp. 18-24.

20 No que atina à discussão terminológica em torno da proporcionalidade, mais especificamente, quanto à sua estrutura normativa – se regra ou princípio –, bem como quanto à sua confusão com o princípio da razoabilidade, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 24-27, com quem

três sub-regras: i) adequação (*Geeignetheit*); ii) necessidade (*Erforderlichkeit*); e iii) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).²¹ Os exames da adequação e da necessidade dedicam-se a verificar, respectivamente, se a medida estatal adotada é capaz de promover a finalidade legítima a que se destina e se inexistem medidas alternativas menos gravosas e tão eficazes quanto à que foi escolhida. Em outros termos, essas duas subregras concernem à ideia de otimização no que atina às possibilidades fáticas – dimensão empírica da proporcionalidade –, dando expressão sinergicamente ao conceito da eficiência de Pareto (*Pareto-optimality*). A terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito, diz respeito à otimização no tocante às possibilidades jurídicas – dimensão normativa da proporcionalidade.²²

As possibilidades jurídicas são definidas pelo resultado proveniente da colisão entre dois ou mais princípios num dado caso concreto. Sucede que, diante de determinadas condições fáticas e jurídicas, um princípio acaba

compartilhamos o mesmo entendimento. No entanto, para um posicionamento contrário, segundo o qual é despidianda a identificação da natureza jurídica da proporcionalidade – pouco importando se regra ou princípio – e que, além disso, compreende as expressões razoabilidade e proporcionalidade como sinônimas, cf., entre outros, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 218-246; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 120-122. Existe, ainda, quem entenda que a proporcionalidade não é nem uma regra e nem um princípio, mas, sim, um verdadeiro postulado normativo aplicativo, cf., nesse sentido, ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *Revista Diálogo Jurídico* 1:4 (2001), pp. 23-31.

21 STEINMETZ, Wilson. “Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais”, In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 38-39.

22 ALEXY, Robert. “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law* 3:4 (2005), p. 573.

tendo *peso* maior do que outro, permitindo, com isso, o estabelecimento de um enunciado de preferência.²³ Isso não significa, contudo, que o princípio prevalente numa dada ocasião tenha sua preponderância intacta sempre que confrontado com o mesmo princípio – uma prevalência *in abstracto* –, pelo contrário, embora as normas contrastantes continuem sendo as mesmas, as circunstâncias que revestem cada caso concreto modificam-se, o que faz com que novas variáveis sejam consideradas no processo de *sopesamento*. O sopesamento, em linhas gerais, busca definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto. Em consequência, torna-se possível a busca por um resultado ótimo, consonante com a teoria dos princípios e, como consectário, assentado em uma argumentação jurídica discursivamente racional. Esse raciocínio foi sintetizado por Alexy em sua famosa lei de colisão (*Kollisionsgesetz*), que ostenta a seguinte proposição:

As condições sob as quais um princípio tem prioridade [*precedência*] em face de outro constituem os fatos operativos [*suporte fático*] de uma regra que concede efeito legal [*consequência jurídica*] ao princípio considerado prioritário.²⁴

23 Embora o sopesamento defina as possibilidades jurídicas, isto não equivale a dizer que ele inadmite argumentos factuais, práticos e empíricos em sua fundamentação, ao revés, reconhece a utilidade geral de todo tipo de argumento compatível com a formulação de discursos jurídicos, principalmente para justificar a regra de precedência condicionada que gera. Nesse sentido, cf. *Idem. Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 165-166.

24 O texto em língua inglesa é: “The conditions under which one principle takes priority over another constitute the operative facts of a rule giving legal effect to the principle deemed prior” (ALEXY, Robert. “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris* 13:3 (2000), p. 297).

Uma versão mais técnica pode ser assim plasmada:

Se o princípio P_1 tem prioridade em face do princípio P_2 sob as condições C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , e se P_1 sob as condições C implica o efeito legal R , então é válida a regra que abrange C como os fatos operativos e R como o efeito legal: $C \rightarrow R$.²⁵

Essa regra de precedência condicionada, por sua vez, respalda-se em um sopesamento, cuja fundamentação requer argumentos que atendam premissas específicas, delineadas na chamada lei do sopesamento:

Quanto maior for o grau de não-satisfação de, ou em detrimento de, um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro.²⁶

Pare os fins deste trabalho, só a proporcionalidade em sentido estrito nos interessa, pois é ela, na maioria das vezes, indigitada como a grande vilã dos problemas apontados no introito. Ademais, ela, por si só, denota intrínseca complexidade interna, eis que também pode ser fracionada em três partes ou etapas.²⁷ Na primeira delas o objetivo é averiguar o grau de não satisfação ou de detrimento em face do princípio primário. A isso se segue, logicamente, a segunda etapa, cuja finalidade é a de estimar a importância da satisfação do princípio colidente. Por derradeiro, no terceiro estágio, apura-se se a importância da satisfação desse segundo princípio justifica o detrimento ao ou a não satisfação do primeiro.²⁸ Alexy condensou o

25 *Ibidem*, p. 297.

26 *Idem*. “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16:4 (2003), p. 436.

27 Desse modo, analisar a regra da proporcionalidade em sua inteireza, como expressão da tese da otimização, está fora de cogitação, porquanto transbordaria os objetivos deste artigo e o espaço a que estamos adstritos.

28 Cf., por todos, ALEXY, Robert. “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16:4 (2003), p. 437.

sobredito raciocínio tricotômico numa equação matemática, batizada de *fórmula de peso*, a saber:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

As variáveis contidas na aludida fórmula representam o núcleo de uma complexa estrutura argumentativa,²⁹ que é voltívola. Nessas situações de colisão de princípios, o sopesamento tem em mãos um caso que se amolda por subsunção, simultaneamente, a dois princípios concorrentes (P_i , P_j), os quais oferecem consequências jurídicas opostas a um mesmo problema. Diante de tal circunstância, a fim de se estabelecer qual premissa deve ser aplicada,³⁰ o sopesamento passa, então, a atribuir valores, *primeiro* à intensidade das intervenções (I_i , I_j) em P_i e P_j , *segundo* ao peso abstrato (W_i , W_j) de ambos os princípios e *terceiro* ao grau de confiabilidade das

29 Essa fórmula foi aqui delineada para ilustrar a lógica e a racionalidade do sopesamento como método de aplicação do direito, sem adentrarmos, contudo, em problemas mais intrincados da dimensão analítica da dogmática dos direitos fundamentais, cuja solução requeria um tremendo esforço hermenêutico que foge aos propósitos deste trabalho. Destarte, para uma análise mais profunda da argumentação jurídica embutida na *fórmula de peso*, inclusive, nos direitos sociais, cf. *Idem*. “On Constitutional Rights to Protection”, *Legisprudence* 3:1 (2009), pp. 06-15; do mesmo autor. “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law* 3:4 (2005), pp. 574-577.

30 O processo de identificação de qual premissa deverá ser aplicada num caso de colisão entre princípios faz parte do que Alexy chamou de justificação interna das normas jurídicas, que não refoge, em última instância, ao tradicional pensamento silogístico que ocorre na etapa final de aplicação de toda norma jurídica, desde que se saiba, é claro, qual a norma jurídica aplicável à espécie, conhecimento este que é obtido, *in casu*, através do sopesamento. Para mais detalhes, cf. *Idem*. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 29-36.

suposições empíricas (R_i, R_j) , que dizem respeito ao que a medida restritiva estatal em questão significa para a não realização de P_i e a realização de P_j . Feita a atribuição de números a essas variáveis, o cálculo do peso concreto de P_i (W_{ij}) é obtido de maneira tão simples quanto uma dedução.³¹

3. A eficiência de Pareto como um não objetivo do sopesamento

Este tópico destina-se a explicar um ponto pouco esclarecido por Alexy, talvez porque entenda ele tratar-se de uma questão de pouca importância, que não exija muito esforço para ser compreendida, já que dedutível da própria estrutura da regra da proporcionalidade. Malgrado, na trivialidade desse ponto repousa uma questão essencial ao correto manejo da tese da otimização e, via de consequência, da aplicação da regra da proporcionalidade. Conforme já foi dito acima, a eficiência de Pareto norteia os objetivos tão somente das sub-regras da adequação e da necessidade, e isso tem uma razão de ser. Segundo Jean-Baptiste Pointel, apesar da eficiência de Pareto também aplicar-se à lei de sopesamento, sobretudo, porque lida também com elementos de *empíria*, neste caso, tal eficiência não constitui seu objetivo *real*, mas, sim, seu objetivo *ideal*. Cumpre frisar, entretanto, que rejeitamos parcela dos pressupostos teóricos de Pointel, designadamente a sua noção peculiar de sopesamento, que não se presta a resolver colisões de princípios à guisa de uma disputa litigiosa de interesses. Para ele, não há que se falar em competição ou vitória de um princípio sobre outro, nos moldes da tese de Alexy, ao revés, deve-se levar em consideração todo e qualquer princípio, independente da situação em testilha, toda vez que se proceder a um sopesamento.³²

31 Robert Alexy, “Two or Three?”, In: BOROWSKI, Martin (org.). “On the Nature of Legal Principles”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 119 (2010), p. 11.

32 POINTEL, Jean-Baptiste. “Balancing in a vector space”, In: SIECKMANN,

De minha parte, penso que se o sopesamento fosse, como quer Pointel, uma técnica jurídica voltada a estimar o peso de todos os princípios para, então, acomodá-los da melhor maneira possível à situação concreta *in examen*, estaria, muito provavelmente, fadado ao fracasso. Se os princípios são como vetores, representá-los de forma precisa na Caixa de Edgeworth a partir de curvas de indiferença seria uma tarefa olímpica, senão irrealizável. Parece crível reconhecer que, nessas condições, o sopesamento converter-se-ia em uma prática jurídica contraproducente, razão pela qual descartamos tal proposição desde já.

Com efeito, na esperança de tornar nosso argumento o mais cristalino possível, adotaremos como parâmetro situações que envolvam colisões apenas entre dois princípios, a despeito da possibilidade de se retratar uma antinomia entre múltiplos princípios, mas, obviamente, não de todos. Nesse veio, adotaremos curvas de indiferença para explicar como o sopesamento trabalha e a quais limites deve o Judiciário obedecer para alcançar resultados ótimos. Daí a importância da eficiência de Pareto, à qual fornecemos uma definição inicial:

[...] se pudermos encontrar uma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de nenhuma outra, teremos uma **melhoria de Pareto**. Se uma alocação permite uma melhoria de Pareto, diz-se que ela é **ineficiente no sentido de Pareto**, se a alocação não permitir nenhuma melhoria de Pareto, então ela é **eficiente no sentido de Pareto**.

Uma alocação ineficiente no sentido de Pareto tem a característica indesejável de que há alguma forma de melhorar a situação de alguém sem prejudicar ninguém mais. A alocação poderá ter pontos positivos, mas o fato de ser ineficiente no sentido de Pareto constitui por certo um ponto negativo para ela. Se há um modo de melhorar alguém sem prejudicar mais ninguém, por que não fazê-lo?³³ (Grifos do autor)

Jan-Reinard (ed.). "Legal Reasoning: The Methods of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 124 (2010), p. 119.

33 VARIAN, Hal R. *Microeconomia: Princípios básicos*. Trad. Maria José Cyhlar

Responder a tal questão, à luz da teoria dos direitos fundamentais, é uma das metas principais deste artigo. Posto isso, discutiremos se a eficiência de Pareto é um objetivo a ser buscado pelo sopesamento. Parece intuitivo dizer que sim, hipótese em que se admitiria a tese da única resposta correta, uma vez que o resultado ótimo só seria alcançável na completa ausência de outras maneiras de se melhorar a proteção dos direitos fundamentais; havendo esta possibilidade, a intervenção estatal que estivesse sob análise estaria eivada do vício da inconstitucionalidade. Se isso for verdade, todo contrato privado, política pública ou ato normativo que não for eficiente no sentido de Pareto estará sujeito à alteração ou até mesmo invalidação por parte do Judiciário, porquanto violaria uma norma principiológica de direito fundamental.

3.1. *Princípios como vetores e a descrição gráfica do sopesamento*

Se princípios são mandamentos de otimização, – normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes –, são também, por sua própria natureza, comandos que induzem toda e qualquer decisão a seguir uma dada direção. Em termos matemáticos, portanto, eles podem ser representados por vetores, por exemplo, o direito à liberdade pode ser representado por *liberdade*. Além disso, cabe ressaltar que este vetor também possui um peso matemático.³⁴

No que tange à fundamentação específica ao sopesamento, é importante notar que ela acaba sempre expressando uma preferência: “A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer

Monteiro e Ricardo Doninelli. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 15.

34 POINTEL, Jean-Baptiste. “Balancing in a vector space”, In: SIECKMANN, Jan-Reinard (ed.). “Legal Reasoning: The Methods of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 124 (2010), p. 119.

constrições em período eleitoral”,³⁵ “[...] em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional”,³⁶ “[...] no caso, no confronto de dois artigos constitucionais relevantes, o art. 227 deve prevalecer sobre o art. 226”.³⁷ Em todos esses casos do STF observa-se claramente a manifestação de uma preferência, prioriza-se a liberdade de imprensa à preservação da imparcialidade durante o período eleitoral, a liberdade de expressão e profissão à regulação profissional, a proteção da criança e do adolescente à proteção da entidade familiar. Não se olvide, todavia, que o enunciado de preferência respaldado em um sopesamento está sempre condicionado às peculiaridades do caso concreto.³⁸

É normal, desse modo, que o juiz escolha o princípio que ele acredite fornecer a melhor interpretação para a solução do caso, é justamente o que a ideia de otimização sugere. Utilizaremos o símbolo $>$ para significar que um princípio é *estritamente preferido* a outro, de modo que $P_1 > P_2$ equivale à precedência de P_1 sobre P_2 . Malgrado, há situações nas quais o juiz mostra-se indiferente a dois princípios, utilizaremos o símbolo $\sim$ para indicar que ele sente-se satisfeito com a sua decisão tanto com o princípio P_1 quanto com o princípio P_2 , assim $P_1 \sim P_2$. Por fim, se o juiz tem predileção mútua por ambos os princípios, ou mostra-se indiferente na escolha entre eles, dizemos que ele prefere francamente P_1 a P_2 e grafamos $P_1 \gtrsim P_2$. Essas relações de preferência, compete-nos apontar, são, contudo, logicamente interdependentes, *v.g.*, se $P_1 \gtrsim P_2$ e $P_2 \gtrsim P_1$, podemos concluir que $P_1 \sim P_2$; ou se $P_1 \gtrsim P_2$, mas sabemos que não é o

35 ADI 4451 MC-REF/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 24/08/2012.

36 RE 511961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/11/2009.

37 RE 418376/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23/03/2007.

38 Cf. tópico 2 *supra*.

caso de $P_1 \sim P_2$, podemos concluir que $P_1 > P_2$.³⁹

Descrever preferências mediante o uso de *curvas de indiferença*, com certeza ajuda-nos a ilustrar as ideias por trás da lei do sopesamento, daí a premência em lembrá-la:

Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.⁴⁰

Nesse sentido, as curvas de indiferença exibem apenas os pontos em que o grau de afetação de um princípio P_1 equivale à realização do princípio P_2 , ou seja, indica casos em que o juiz não tem preferência alguma ($P_1 \gtrsim P_2 = P_1 \sim P_2$). Noutros termos, alguém pode equivalentemente referir-se a cada ponto na curva de indiferença como produzindo a mesma intensidade de satisfação para o juiz. Peguemos, a título exemplificativo, o caso que ficou conhecido como “Marcha da Maconha”⁴¹; nele verificava-se o embate entre a liberdade de expressão, de um lado, e a garantia da paz pública, de outro.⁴² É plausível crer que o STF seja favorável a ambos os princípios, dada a importância particular de cada um para a sociedade, contudo, observa-se, *in casu*, a disposição dele em aceitar uma diminuição na paz pública para que haja certo aumento na liberdade de expressão. A relação de substituição

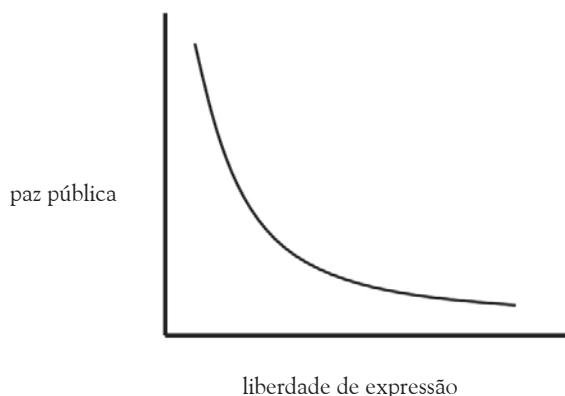
39 Realizamos, aqui, um transplante dos conceitos da teoria da escolha do consumidor à dogmática dos direitos fundamentais, trata-se de uma abordagem recente e que ainda está sujeita a muitos reparos e críticas. Para uma análise econômica do assunto, cf. VARIAN, Hal R. *Microeconomia: Princípios básicos*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pp. 36-37.

40 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167.

41 ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/06/2011.

42 É evidente que outros princípios – como o direito à livre associação, liberdade de expressão, etc. – também estavam em jogo neste caso, contudo, preferimos dar destaque ao confronto principal.

constatada entre o grau de afetação de um princípio e a importância da satisfação do outro, representada na curva de indiferença, corresponde à sua inclinação, a qual é conhecida na teoria econômica como *taxa marginal de substituição*.⁴³ As situações julgadas pelo STF como igualmente boas ou indiferentes podem, então, ser representadas por pontos em uma curva:



Essa curva de indiferença apresenta uma taxa marginal decrescente de substituição, pois à medida que a paz pública diminui, exige-se um aumento cada vez maior da liberdade de expressão, para compensar cada diminuição adicional na paz pública, e vice-versa.⁴⁴ No entanto, estamos diante de uma curva que representa a preferência de uma corte, que sem sombra de dúvidas está sujeita a imperfeições, no sentido de haver possibilidade de melhorias de Pareto. Às vezes, como frequentemente ocorre, a preferência original do legislador ou do governo produzia alocações mais eficientes que a judicial,⁴⁵

43 VARIAN, Hal R. *Op. cit.*, pp. 50-52.

44 Este exemplo é uma adaptação do original de ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168.

45 Como já apontamos no caso da saúde pública. Para uma análise empírica que indica nesse sentido cf. SILVA, Virgílio Afonso da e TERRAZAS, Fernanda Vargas. "Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?", *Law &*

mesmo assim, aquelas acabaram desautorizadas por esta com espeque em um sopesamento, daí a fama de vilão deste método de interpretação e aplicação do direito. Portanto, é preciso que comparemos as curvas de indiferença traçadas a partir das preferências de nossas instituições, no intento de se averiguar se se justifica ou não uma intervenção judicial. Para tanto, nos valeremos da Caixa de Edgeworth, com a qual explicaremos quando decisões tomadas com base em sopesamentos podem sobrepor-se a outras.

3.2. Comparando indiferenças: a fronteira de satisfação

Como pontuamos acima, são frequentes as controvérsias ponderativas entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário envolvendo alocações de recursos. Isso é facilmente perceptível em casos pertinentes à saúde pública, em que ambas as instituições conferem pesos distintos aos princípios em rumo de colisão. Nessa baliza, é emblemático o julgamento da Suspensão de Liminar 228,⁴⁶ ajuizada pela União contra decisão que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que dispusessem de tais unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias.⁴⁷ Irresignada com a decisão, a União alegou a violação, dentre outros,⁴⁸ do princípio da

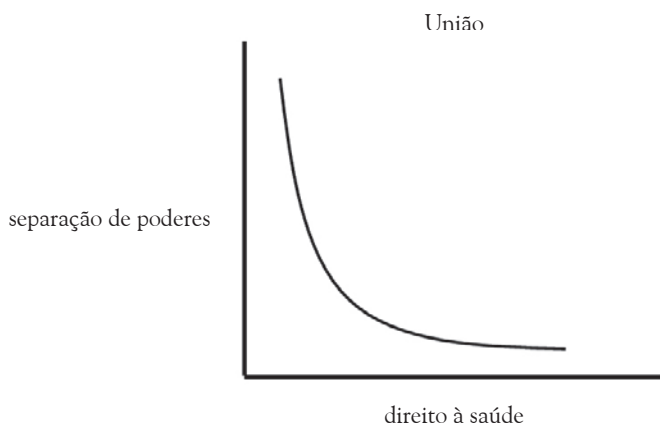
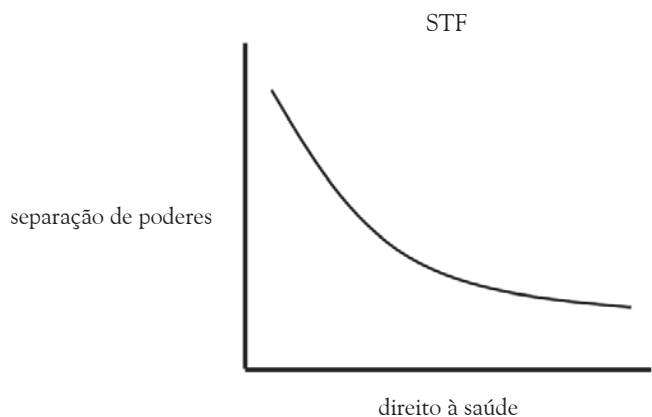
Social Inquiry 36:4 (2011), pp. 831-849.

46 SL 228/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 21/10/2008.

47 MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*/Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2011, p.74.

48 Os outros princípios apontados pela União como igualmente violados pela decisão judicial são: a ordem público-administrativa à saúde pública e à economia pública, o princípio da legalidade orçamentária e a cláusula da reserva do financeiramente possível.

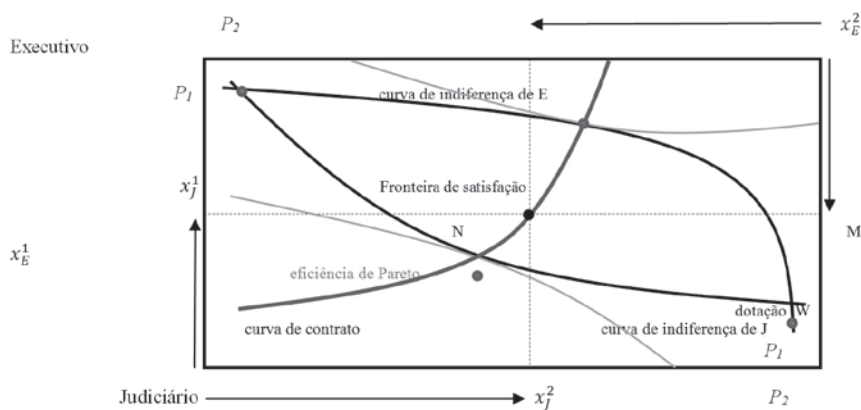
separação funcional dos Poderes. O STF, todavia, mostrou-se disposto a abrir mão de uma taxa marginal do postulado da divisão dos Poderes em prol do direito à saúde, sustentando inexistir no caso em tela ofensa ao art. 2º da Constituição da República. Essas preferências opostas podem ser ilustradas nas seguintes curvas de indiferença:



De que maneira podemos saber, então, quando o Judiciário está autorizado a legitimamente interferir nas preferências discricionárias do Executivo? Bastaria ao Judiciário entender que a política social do Executivo produz uma alocação ineficiente, ou em certa medida iníqua, para poder

reformá-la? Qual a garantia que temos de que a regra de preferência do Judiciário será melhor do que a do Executivo?

A Caixa de Edgeworth permite-nos representar as dotações e preferências de duas instituições num único e conveniente diagrama. Para entendê-la, é preciso examinar as curvas de indiferença e as dotações das instituições envolvidas. Com efeito, tomemos as duas instituições com as quais ora trabalhamos, Executivo (E) e Judiciário (J), e os princípios com os quais lidamos anteriormente, separações de Poderes (P_1) e direito à saúde (P_2). Representaremos o sopesamento do Judiciário por $X_J = (x_J^1, x_J^2)$, onde x_J^1 simula a taxa que a instituição J está disposta a abrir mão de P_1 para, em contrapartida, obter um ganho em P_2 , este retratado por x_J^2 . Assim, o sopesamento do Executivo é representado por $X_E = (x_E^1, x_E^2)$. Um par de sopesamentos, X_J e X_E , é chamado *alocação*,⁴⁹ e podemos reproduzi-la na Caixa de Edgeworth:



Começemos pela dotação original indicada pelo ponto W na figura, esta é a alocação dada pela situação concreta em análise. Observemos que

49 Cf., a propósito, VARIAN, Hal R. *Microeconomia: Princípios básicos*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 604.

as curvas de J e de E passam por essa alocação. A região em que J está melhor do que em sua dotação inicial consiste em todos os sopesamentos acima de sua curva de indiferença que passam por W . A região onde E está melhor do que em sua dotação inicial, consiste em todas as alocações acima, do ponto de vista de E , de sua curva de indiferença que passa por W , já do nosso ponto de vista, isso se situa *abaixo* da curva de indiferença dele. Por conseguinte, a região da caixa onde tanto J quanto E estão melhores encontra-se na interseção dessas duas regiões, ou seja, na *fronteira de satisfação*. Presumivelmente, no decorrer das negociações as duas instituições envolvidas chegarão a uma troca vantajosa – uma troca que as moverá para um ponto dentro da fronteira de satisfação.

Não existe nada de particularmente especial sobre a alocação M . Qualquer alocação na fronteira de satisfação seria possível – toda alocação de bens nessa região é uma alocação que faz com que cada instituição esteja melhor do que na dotação inicial. Precisamos apenas supor que as instituições façam trocas e alcancem *algum* ponto nessa região. Desse modo, podemos repetir o mesmo processo de trocas no ponto M , traçando duas curvas de indiferença que passam por ele, e construir uma nova “região de vantagem mútua” ou fronteira de satisfação. Imaginamos, portanto, que colimando melhorarem ainda mais sua situação as instituições mover-se-iam para um novo ponto N nessa região, onde supostamente não seria mais possível realizar novas trocas.⁵⁰ Quando isso ocorrer, estaremos diante de uma alocação eficiente no sentido de Pareto, a qual, todavia, o sopesamento (ou proporcionalidade em sentido estrito) não exige para qualificar o resultado de ótimo, como, aliás, acontece nas sub-regras da adequação e da necessidade. Nesse particular, basta uma simples alocação legítima de direitos, que não implique violação a direitos fundamentais, para que o sopesamento original, do órgão administrativo ou legislativo, dependendo

50 Cf. VARIAN, Hal R. *Microeconomia: Princípios básicos*. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pp. 606-607.

do caso concreto, não mereça reparos por parte do órgão jurisdicional. A medida estatal não precisa engendrar a melhor alocação de direitos entre todas as alternativas existentes, no sentido de ser a única concebível nos termos da eficiência de Pareto, para que seja constitucionalmente justificada. Para tanto, basta que seja a melhor possível do ponto de vista dos legisladores e administradores, a quem compete o múnus público da elaboração das políticas públicas e legislativas, por serem os detentores, por excelência, da visão técnica macrosocial.⁵¹

O que se argumenta, em outras palavras, é que toda alocação de direitos que estiver situada nas extremidades ou no interior da fronteira de satisfação não merece a intervenção do Judiciário. Sintomaticamente, a fronteira de satisfação serve como um indicador ao Judiciário de que, conquanto haja uma alternativa mais vantajosa em termos de distribuição e restrição de direitos fundamentais, existe uma grande margem dentro da qual deverá prestar deferência à Administração Pública ou ao Legislativo, em prol do respeito aos chamados princípios formais.⁵² Isso porque nesse panorama de direitos relativizados pelas contingências materiais, surge a delicada questão das escolhas trágicas, as quais competem, por excelência, à esfera política.⁵³

51 No que tange à aptidão superior do Legislativo e do Executivo na formulação, interpretação e execução de políticas públicas e normativas em relação ao Judiciário, bem como da legitimidade da visão macrosocial daqueles em prejuízo da visão individual deste na solução de conflitos que envolvam interesses da coletividade e direitos constitucionais, cf. WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal* 115:6 (2006), pp. 1346-1407.

52 Sobre o papel dos princípios formais no sopesamento cf. MÖLLER, Kai. “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007), p. 455; e ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 105-106.

53 WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 88.

Nesse contexto, Gustavo Amaral critica a interferência do Judiciário nessas alocações de recursos, aduzindo que os conflitos de pretensões positivas ocorrem em múltiplos momentos, desde antes da elaboração do orçamento até o momento da entrega efetiva da utilidade, embora seja este o único momento geralmente levado em consideração pelos tribunais.⁵⁴ Fato este que leva à boa parte das distorções do sistema de proteção a direitos fundamentais acima apontadas, ensejando, assim, interferências jurisdicionais indevidas no campo político. Situação esta que só se agrava quando se tem em mente que as decisões judiciais partem de uma ótica estrita de microjustiça, que não consegue nem sequer imaginar a teia de consequências por ela deflagrada.⁵⁵

4. Conclusão: o sopesamento impõe um limite à revisão judicial

A fórmula de Radbruch tem especial relevo para o arremate deste trabalho, pois é ela que nos oferece uma interpretação dos sopesamentos que se encontram na zona que denominamos fronteira de satisfação.⁵⁶ A propósito, ela diz que:

54 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 126.

55 Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 150.

56 Nesse sentido, cf. POINTEL, Jean-Baptiste. “Balancing in a vector space”, In: SIECKMANN, Jan-Reinard (ed.). “Legal Reasoning: The Methods of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 124 (2010), pp. 127-128. Sobre a compatibilidade da fórmula de Radbruch com o conceito de Direito de Alexy e, por via oblíqua, sua teoria dos princípios, cf. ALEXY, Robert. “Law, Morality, and the Existence of Human Rights”, *Ratio Juris* 25:1 (2012), pp. 3-14.

O conflito entre justiça e certeza jurídica pode muito bem ser resolvido da seguinte maneira: O direito positivo, assegurado pela legislação e o poder, tem precedência ainda que seu conteúdo seja injusto e falhe em beneficiar as pessoas, a menos que o conflito com a justiça alcance um grau tão intolerável que a lei ou estatuto, como “direito falho”, deva sucumbir à justiça. É impossível delinear uma linha mais precisa entre casos de anarquia e ausência de lei, de um lado, e leis que são válidas apesar de seus defeitos. Uma linha de distinção, contudo, pode ser desenhada com clareza: Onde não há nem sequer um esforço em se promover a justiça, onde a igualdade, o núcleo da justiça, é deliberadamente traída na promulgação do direito positivo, então, a lei não é meramente “direito falho”, falta-lhe completamente a própria natureza do direito. Pois o direito, inclusive o direito positivo, não pode ser de outra maneira definido, senão como um sistema e uma instituição cujo próprio significado é servir à justiça.⁵⁷ (Tradução nossa)

Posto isso, podemos afirmar que todo “direito falho”, conseqüência de um sopesamento falho, e que, por isso mesmo, expressa uma regra de preferência falha, pode ser entendido, a despeito de tudo, como integrando a fronteira de satisfação. De fato, este espaço é também reputado como o núcleo da justiça, de sorte que toda regra não localizada dentro dos limites da fronteira, ofende algum princípio. Em verdade, o juiz, ao analisar o caso concreto, deverá, portanto, perscrutar se a regra ou política pública que dimana das preferências de outras instituições se encontram ou não dentro da fronteira de satisfação.⁵⁸ Caso contrário, há três alternativas: i) invalidar a regra; ii) criar uma exceção; ou realizar uma interpretação conforme.

De outro ângulo, se na fronteira de satisfação estão os limites de todas as normas, visto que ali tanto para uma instituição ou como para outra o resultado de um sopesamento apresenta-se melhor em relação à sua dotação original e, além disso, não se constata ali qualquer violação a princípios, muito embora possam ocorrer otimizações defeituosas, isto

57 RADBRUCH, Gustav. “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, trans. Bonnie L. Paulson and Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies* 26:1 (2006), p. 7.

58 POINTEL, Jean-Baptiste. *Op. cit.*, p. 127.

não justifica a adoção pelo Judiciário da norma perfeita, cuja alocação seja eficiente no sentido de Pareto. De outro modo, o juiz estaria alçando-se ao posto de legislador ou governante, negando, via de consequência, validade a escolhas tomadas democraticamente.⁵⁹

Ronald Dworkin considera que o juiz deve buscar a única resposta correta.⁶⁰ Em nosso modelo, isso equivale a dizer que toda regra que não expresse um sopesamento eficiente no sentido de Pareto deva ser afastada. Parece-nos um ponto de vista um tanto quanto radical. Não só a proteção da separação dos Poderes, mas também a manutenção do Estado Democrático de Direito e o equilíbrio geral dos princípios seriam melhor salvaguardados se os juízes e tribunais respeitassem as decisões das outras instituições que se apresentassem minimamente aceitáveis, dentro dos limites da fronteira de satisfação. Alocações eficientes no sentido de Pareto podem e devem ser eleitas como metas das políticas sociais e legislativas das instituições democráticas em geral, exceto pelo Judiciário. Neste caso, como já apontado, encararíamos uma situação de usurpação de funções, somada à inexistência de qualquer garantia de que o novo juízo produza uma alocação mais eficiente que a vigente outrora. Enfim, a teoria dos princípios de Alexy nos afigura mais compreensível à luz da tese da melhor resposta possível do que da única resposta correta.

59 POINTEL, Jean-Baptiste. "Balancing in a vector space", In: SIECKMANN, Jan-Reinard (ed.). "Legal Reasoning: The Methods of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 124 (2010), p. 127.

60 Cf., a defesa da tese da única resposta correta, em DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, pp. 331-338.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, Num. 4 (2005): 572-581.

_____. "Law, Morality, and the Existence of Human Rights", *Ratio Juris*, Vol. 25, Num. 1 (2012): 2-14.

_____. "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Vol. 16, Num. 4 (2003): 433-449.

_____. "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, Vol. 3, Num. 1 (2009): 1-17.

_____. "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, Num. 3 (2000): 294-304.

_____. "Two or Three?", In: BOROWSKI, Martin (org.). "On the Nature of Legal Principles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 119 (2010): 9-18.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; e LARA-RESENDE, André. "Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil, In: GIAVAZZI, Francesco; GOLDFAJN, Ilan; e HERRERA, Santiago (eds.). *Inflation Targeting and Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *Revista Diálogo Jurídico*, Vol. 1, Num. 4 (2001): 1-36.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6.ed, São Paulo: Saraiva, 2004.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; e SHAPIRO, Mario G. "Towards a new law and development: new state activism in Brazil and the challenge for legal institutions", *Legal Studies Research Paper Series, Paper n.º 1207, World Bank Legal Review (forthcoming)*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2144939>. Acesso em: 07/10/2012.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

FREITAS, Juarez. "A melhor interpretação constitucional 'versus' A única resposta correta", In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HODGSON, Geoffrey M. "What Are Institutions", *Journal of Economic Issues*, Vol. 40, Num. 1 (2006): 1-25.

MARTINS, Leonardo. "Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros", *Cadernos de Direito*, UNIMEP Piracicaba, Vol. 3, Num. 5 (2003): 15-45.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010/Gilmar Ferreira Mendes*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÖLLER, Kai. "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", *International Journal of Constitutional Law* 5:3 (2007): 453-468.

NEVES, Marcelo. "Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal", *Revista Consultor Jurídico*, de 27 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 21/11/2012.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

POINTEL, Jean-Baptiste. “Balancing in a vector space”, In: SIECKMANN, Jan-Reinard (ed.). “Legal Reasoning: The Methods of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 124 (2010): 119-144.

RADBRUCH, Gustav. “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, trans. Bonnie L. Paulson and Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Num.1 (2006): 1-11.

SILVA, Virgílio Afonso da & TERRAZAS, Fernanda Vargas. “Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?”, *Law & Social Inquiry*, Vol. 36, Num. 4 (2011): 825-853.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

_____. “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

_____. “Poderação e objetividade na interpretação constitucional”, In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: nacionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

STEINMETZ, Wilson. “Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais”, In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: Princípios básicos*, trad. Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli, 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, Vol. 115, Num. 6 (2006): 1346-1407.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

6. Casos citados

AI 570455/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 15/02/2006

RE 297276/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 17/11/2004

RE 353336/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJ* 14/02/2005

ADI 4451 MC-REF/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJ* 24/08/2012

RE 511961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 13/11/2009

RE 418376/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 23/03/2007

ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 27/06/2011

SL 228/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 21/10/2008