



A MÁXIMA DA PONDERAÇÃO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA TÉCNICA PARA A TOMADA DE DECISÕES PAUTADA NA EFICIÊNCIA

Anna Luiza Vitor de Moraes¹

Gustavo Rocha Martins²

RESUMO

Com o presente estudo pretende-se fazer uma abordagem da colisão de princípios, assunto esse que vem despertando o interesse da mais moderna doutrina, sob uma nova perspectiva, qual seja, a Análise Econômica do Direito. Essa nova forma de estudar o direito o faz sob a ótica de conceitos e de teorias econômicas que, aplicadas aos institutos jurídicos, buscam soluções para a otimização dos mesmos. Neste diapasão, objetiva-se aqui propor uma adição de critérios oriundos da ciência econômica ao princípio da ponderação, solução atualmente utilizada para o deslinde de conflitos de princípios e direitos fundamentais, a fim de dotar de maior objetividade as decisões judiciais garantindo uma maior efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

PALAVRAS-CHAVE: COLISÃO DE PRINCÍPIOS. ANÁLISE ECONÔMICA. EFICIÊNCIA.

¹ Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

² Mestrando em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Pós-graduado em Direito Processual Constitucional pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Professor de Direito Constitucional e Processo Constitucional das Faculdades Integradas Vianna Júnior.



INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste estudo é analisar a máxima da ponderação com técnica para a tomada de decisões judiciais, sugerindo a inserção de conceitos econômicos em sua aplicação aos casos concretos de forma a dotá-la de maior objetividade.

Para isto a presente pesquisa se baseia na bibliografia referenciada ao final deste trabalho pesquisada nos seguintes meios: livros, revistas científicas, revistas informativas, jornais, sítios da internet etc.

Nesse contexto, pretende-se no primeiro item deste estudo estabelecer uma distinção entre as normas constitucionais tidas como regras e princípios com o intuito de verificar a forma de solução dos conflitos entre regras e colisões de princípios.

Estabelecida tal distinção, parte-se, no segundo item, para a análise da máxima da ponderação, como técnica para a tomada de decisões frente a casos em que ocorra colisão de princípios, e sua forma de aplicação.

Por fim, busca-se através da inserção de conceitos econômicos na aplicação da máxima da ponderação, conferir à mesma uma maior objetividade a fim de repelir as críticas geralmente levantadas sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito como uma de suas fases.

1 PRINCÍPIOS

1.1 Conceito

Primeiramente, cumpre registrar a necessidade de se proceder nesse estudo a uma diferenciação entre regras e princípios.

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem



uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008, p. 85).

Partindo deste ponto, insta consignar que os princípios nem sempre foram considerados normas jurídicas. Inicialmente, na teoria jurídica tradicional, os princípios eram considerados apenas um meio de integração do ordenamento jurídico nos casos em que não houvesse lei regulamentadora específica.

Os princípios tinham por finalidade auxiliar a aplicação do direito servindo como meio de integração da ordem jurídica. Ademais, essa é a posição adotada no ordenamento jurídico pátrio, conforme se observa do texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42): “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Com o advento do neoconstitucionalismo e a normatividade conferida aos princípios, o enfoque até então dado aos mesmos, e, principalmente, à distinção entre eles e as regras, mudou.

Assim, cumpre, a priori, estabelecer conceitos necessários à delimitação do objeto a ser investigado nesse estudo, qual seja, o conceito de princípios. Nesse contexto, insta consignar que o gênero norma constitucional comporta duas espécies, quais sejam, as regras e os princípios.

Nesse sentido é o entendimento perfilhado por Luís Roberto Barroso (1996, pág. 141, apud CUNHA JUNIOR, 2010, p. 152):

É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Verifica-se, pois, que tem-se como entendimento sedimentado



doutrinariamente que “as regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos.” (MENDES, 2007, p. 274)

Assim, por serem as regras mandamentos ou proibições de natureza objetiva, são aplicadas ao caso concreto através da subsunção, de forma que, diante da ocorrência de conflitos entre regras, deverá o jurista pautar-se pelos critérios clássicos de solução de conflitos entre normas, quais sejam, os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

Quanto aos princípios, o doutrinador e atual ministro do egrégio Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 274), entende que os mesmos seriam verdadeiros mandados de otimização. Vale colacionar:

Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso atraindo.

O mesmo jurista complementa informando que os direitos fundamentais decorrem do princípio da dignidade humana, sendo uma verdadeira forma de concretização do mesmo. Vejamos, pois:

Direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. (MENDES, 2007, p. 227)

Extraí-se, pois, que os direitos fundamentais estariam inseridos na idéia de princípios, daí porque a utilização, nesse trabalho, da expressão “princípios”.

Ademais, nesse sentido é a conclusão de Robert Alexy (2008, p. 94) extraída da análise de exemplos de soluções de colisões entre princípios encontrados em casos de sopesamento de interesses levados a cabo pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão:

Os sopesamentos de interesses demonstram com grande clareza que o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direitos fundamentais (pelo menos também) como princípios. Isso pode ser



percebido de forma ainda mais clara quando o tribunal formula expressamente mandamentos de otimização, como, por exemplo, no caso da decisão sobre o Partido Comunista Alemão (*BVerfGE* 5, 85 (204)): “o desenvolvimento de sua personalidade na *maior medida possível*”; na decisão sobre farmácias (*BVerfGE* 7, 377 (403)): “A escolha da profissão (...) deve ser protegida o *máximo* possível contra intervenções dos poderes estatais”; e na decisão sobre regulação dos ofícios manuais (*BVerfGE* 13, 97 (195)): “a *maior liberdade possível* na escolha da profissão” [...].

Ainda sobre a diferenciação entre regras e princípios, vale colacionar o entendimento de Robert Alexy (p. 86 e 87 apud CUNHA JUNIOR 2010 p. 155):

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.

Por conclusão, extrai-se que, uma vez que os princípios são considerados normas jurídicas impositivas de otimização, eventual colisão que possa ocorrer entre os mesmos, não implicará necessária exclusão de um frente ao outro, pois o ordenamento jurídico pátrio permite o balanceamento de valores diante do caso concreto através da máxima da ponderação. No tocante às regras, o mesmo não ocorre, visto que as mesmas, quando colidentes, não podem coexistir, por certo que as regras antinômicas excluem-se.

Sob esta ótica, o entendimento de Alexy (2008, p. 91) sobre o tema é no sentido de ser a colisão de princípios e o conflito de regras o ponto crucial para a correta distinção entre essas duas espécies de normas jurídicas.

A distinção estaria, pois, no modo de resolução desses conflitos. No caso das regras, cuja convivência é antinômica, não existiria de fato, um conflito,



uma vez que o conflito de regras se resolve no âmbito da validade, de forma que uma norma válida afastará a inválida. Já no tocante aos princípios, tema objeto deste estudo, o conflito se resolverá na dimensão do valor, sendo que diante do caso concreto a solução poderá se dar através da aplicação dos princípios colidentes em medidas, não implicando, pois, necessariamente na exclusão de um para a aplicação de outro.

Diante do exposto, conclui-se que princípios seriam mandamentos de otimização, enquanto as regras seriam normas que impõem deveres ou garantem direitos definitivos.

1.2 Colisão de princípios

A partir do início do século XXI, o constitucionalismo, até então caracterizado como uma forma de limitação do poder político, passa a objetivar a eficácia da Constituição.

Nesse contexto, surge no ordenamento jurídico uma nova forma de estudar e entender o constitucionalismo, chamado neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo cujo foco é a concretização de direitos fundamentais com vistas a cumprir com os valores e políticas alinhavados no corpo da Constituição.

Verifica-se, pois, do texto da Constituição, uma preocupação com a promoção da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais decorrentes de políticas sociais e valores a ele incorporados.

Ocorre que, com a necessidade cada vez maior de proteção e promoção de direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo enfrenta a tarefa de atingir uma efetiva concretização dos mesmos.

Nesse sentido, é a doutrina de Roberto Barroso (p. 5, *apud* LENZA, 2012, p. 65):

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do



Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Ademais, o fenômeno da constitucionalização do Direito não se limita à incorporação de valores aos temas anteriormente regulamentados pela legislação ordinária. Um novo fenômeno aparece nesse cenário chamado filtragem constitucional do Direito, que implica em uma leitura de todas as normas à luz dos valores insertos no corpo da Constituição.

A filtragem constitucional do Direito é o fenômeno através do qual os valores insculpidos no texto da Constituição passariam a se tornar de observância obrigatória em todas as relações humanas, sejam elas públicas ou privadas.

Todavia, tendo em vista que as normas que veiculam tais valores caracterizam-se por uma abertura semântica característica dos princípios constitucionais, sua aplicação através da subsunção, diante de vários casos concretos, mostrou-se impossível.

[...] A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – constante em constituições compromissórias, marcadas pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporam ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas. (NETO, C.; SARMENTO, D., 2012, p. 203)



Portanto, tem-se que o presente estudo terá por âmbito de incidência as colisões de princípios em situações fáticas nas quais dois ou mais deles poderão ser aplicados para o deslinde da lide formada.

Nesse contexto, tem se que “a colisão entre princípios constitucionais decorre, [...], do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição.” (BARROSO, 2010, p. 330)

No mais, partindo-se do fato de que não há hierarquia entre os princípios, extrai-se que todos esses devem coexistir no ordenamento jurídico. Assim, diante do caso concreto, dois princípios podem colidir, e isso ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, e um deles terá que ceder. Todavia, isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência (ALEXY, 2008, 93-94).

Insta salientar, que essa relação de precedência informada por Robert Alexy manifesta-se apenas diante do caso concreto, não significando que um princípio terá precedência absoluta sobre outro ou que um deles deverá ser tido como prioridade no ordenamento jurídico.

Portanto, tendo em vista que os princípios devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização, a solução para a colisão dos mesmos verificados no caso concreto estará no sopesamento entre os interesses conflitantes.

Assim, se numa situação hipotética um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização de outro, a solução para essa colisão estará na verificação de uma relação de precedência entre os princípios colidentes, com base nas circunstâncias do caso concreto.



Ou seja, a solução não estará na declaração de invalidade de um dos princípios e sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ademais, a colisão existente não será resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, exceção esta que seria considerada em todos os casos futuros, como uma regra em si.

Como forma de solucionar essa problemática surge a máxima da ponderação, técnica de decisão jurídica pela qual se busca um equilíbrio, um sopesamento dos direitos contrapostos através da aplicação do princípio da proporcionalidade, ou razoabilidade, tendo como escopo a argumentação jurídica.

Nesse contexto, vale colacionar entendimento perfilhado por Paulo Bonavides (2005, p. 425), *verbis*:

Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao “princípio da concordância prática”, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2010, p. 335), a ponderação consiste “em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente.”

Longe de ser a solução para o problema, essa técnica é muito criticada por não oferecer referências objetivas para a valoração a ser feita e por necessitar de uma rica argumentação jurídica que, muitas vezes, não é vista na prática.

Além do mais, muitas vezes não será possível ao intérprete fazer essa valoração e aplicar cada direito em confronto em medidas. Em algumas situações fáticas o juiz deverá simplesmente preterir um direito a outro por verdadeira impossibilidade de coexistência frente ao caso concreto.



2 MÁXIMA DA PONDERAÇÃO

2.1 A máxima da ponderação como técnica para a tomada de decisões

O surgimento da máxima da ponderação possui íntima ligação com o surgimento do princípio da proporcionalidade, inicialmente tido como meio de “controle” dos atos administrativos.

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão. (BARROSO, 2010, p. 255)

Nesse contexto, a razoabilidade nasce no ordenamento jurídico norte-americano ligada à ideia de devido processo legal, tal como é hoje concebida pela doutrina pátria, inicialmente empregada no âmbito penal.

Já no ordenamento jurídico alemão, a proporcionalidade tem origem como meio de controle da discricionariedade do poder público consubstanciado nos atos administrativos.

Todavia, apenas após a Segunda Guerra Mundial foi possível verificar nos ordenamentos jurídicos europeus uma caminhada da proporcionalidade que inicialmente delimitava-se ao âmbito do direito administrativo para o âmbito do direito constitucional, onde possui destaque atualmente. A partir de então, o princípio da proporcionalidade passou a guardar estreita relação com um controle do excesso nas relações jurídicas através da verificação da co-relação entre meio e fim evitando-se o uso de meios desproporcionados com o intuito de atendimento do fim colimado.

Nesta última acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou



quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. (BONAVIDES, 2005, p. 393)

Verifica-se, pois, que a proporcionalidade em sentido amplo seria, então, uma exigência de racionalidade dos atos administrativos de forma geral - atos do executivo, do legislativo e do judiciário - que deveriam contar com um mínimo de sustentabilidade a fim de adquirir legitimidade.

Atualmente, a proporcionalidade possui, segundo entendimento de parte da doutrina pátria, a mesma natureza jurídica dos direitos fundamentais, ou seja, a natureza de princípio. Nesse sentido é o entendimento aventado por Paulo Bonavides (2005, p. 401):

Que o caráter de princípio implica o princípio de proporcionalidade, significa que o princípio de proporcionalidade com seus três princípios parciais de *pertinência* (Geeignetheit), *necessidade* (Erforderlichkeit) ou mandamento de uso do meio mais brando, e *proporcionalidade em sentido estrito*, aliás mandamento de ponderação ou avaliação, logicamente resulta da natureza de princípio, a saber, deste se deduz.

A proporcionalidade tornou-se um meio de exigir uma certa conformação tanto dos atos tanto do legislativo e do executivo, quanto do judiciário, aos direitos fundamentais. Entretanto, a máxima da ponderação e seus subprincípios não se encontram positivados expressamente no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, grande parte da doutrina entende que o princípio da proporcionalidade infere-se do que disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ademais, esse é o entendimento doutrinário de Paulo Bonavides (2005,



p. 436). Vale colacionar:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado Democrático de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

A proporcionalidade foi, nas últimas décadas, ganhando maior destaque como instrumento da interpretação jurídica, principalmente como técnica para a solução de colisões entre princípios. E isto se deu, principalmente, pelo fato de não existir uma hierarquia entre os princípios capaz de informar uma precedência geral de uns frente a outros que seria aplicável aos casos de colisões de princípios.

Esse posicionamento encontra guarida nas concepções contemporâneas do Direito, que o qualificam como um sistema aberto de normas. Diante da complexidade das relações sociais de nosso tempo, não há como descer à concretude da vida social para apreendê-la em sua totalidade. Floresce, portanto, a normatização de condutas, por via indireta, através de parâmetros colocados por normas, que, apesar do grau de abstração, contam com existência objetiva. (TAVARES, 2012, p. 777)

Assim, a ponderação adquiriu maior destaque, como técnica a ser utilizada para a tomada de decisões diante de casos concretos através da aferição da proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras [...], a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso [...], concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção. (BONAVIDES, 2005, p.426)

Entretanto, o uso da proporcionalidade em sentido estrito como uma das fases da ponderação é alvo de severas críticas pela doutrina que indica ser esta uma forma de aumentar a discricionariedade dos juízes, embora ela seja aceita por boa parte da doutrina como técnica de solução de controvérsias.



Passemos, então, à análise dos subprincípios da máxima da ponderação, dentre eles a proporcionalidade em sentido estrito.

2.2 Forma de aplicação

A máxima da ponderação, assim como empregada atualmente pelo Judiciário, implica na análise da decisão a ser tomada no caso concreto através das seguintes fases: *i*) adequação dos meios empregados; *ii*) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e *iii*) a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse contexto, infere-se que a adequação dos meios empregados, assim como a necessidade da medida adotada, correspondem aos pressupostos fáticos da técnica da ponderação, de forma que a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito corresponderia à análise dos pressupostos jurídicos e valores aventados na Constituição Federal de 1988.

A primeira fase, qual seja, a adequação dos meios, pressupõe uma correlação entre estes e os fins que se pretende alcançar com vistas a verificar se os meios escolhidos são aptos a atingir os fins pretendidos.

Quanto ao ponto, vale colacionar o ensinamento doutrinário de Paulo Bonavides (2005, p. 396) que bem elucida a questão:

Desses elementos o primeiro é a pertinência ou aptidão (Geeignetheit), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (Übermassverbot), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que “a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.

Já na segunda fase, o operador do direito deverá verificar se o meio escolhido é o melhor dentre os existentes para atingir os fins desejados. Essa



análise implicaria verificar se o meio adotado é necessário à conservação dos interesses envolvidos no conflito.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila entendimento perfilhado por Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 171), *verbis*:

[...], um ato estatal que limita direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

A necessidade ou exigibilidade equivale à melhor escolha possível, dentre os meios adequados, para atingir os fins. Dentro da concepção do Estado de Direito, a necessidade da medida seria a escolha daquela que menos ônus traga ao cidadão ou que menos fira os interesses envolvidos. Exige-se, nessa fase, a escolha do meio menos gravoso entre os que possam salvaguardar o bem jurídico do caso concreto. Verifica-se, pois, que não se trata da escolha do fim, mas sim do meio utilizado em sua relação de custo/benefício.

Para que se possa aferir a necessidade do meio empregado, deverá o intérprete analisar, abstratamente, medidas alternativas, para fins de comparação, objetivando uma verdadeira otimização das possibilidades fáticas.

Todavia, apenas a análise dos pressupostos fáticos acima mencionados não basta para que se obtenha uma solução para a colisão de princípios. Faz-se necessária, por fim, a análise dos pressupostos jurídicos.

A razão de ser desse último teste é facilmente explicável: se fossem suficientes apenas os dois primeiros exames – adequação e necessidade -, uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência mas que restringisse outros vários direitos de forma muito intensa teria que ser considerada proporcional e, portanto, constitucional. Isso porque, além de adequada, a medida é necessária. (SILVA, 2009, p. 174)

A análise da proporcionalidade em sentido estrito se cumpre ao objetivo de evitar que a decisão frente ao caso concreto, mesmo que adequada e necessária, fira um dos interesses envolvidos além daquilo que a promoção de outro possa justificar.



A proporcionalidade em sentido estrito, [...], significa a relação entre meios e fins que seja, no dizer de Willis Santiago Guerra Filho, “*juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável à dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individualmente ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam desvantagens”. (TAVARES, 2012, p. 782)

Entretanto, a aplicação da análise da proporcionalidade em sentido estrito como ultima fase da máxima da ponderação utilizada como técnica para a tomada de decisões é constantemente criticada pela doutrina. E isto porque alguns doutrinadores entendem que o ocorre nessa última fase é a substituição da discricionariedade do legislador pela do magistrado.

A análise da proporcionalidade em sentido estrito ensejaria, portanto, uma certa discricionariedade do intérprete por não contar com critérios objetivos de aferição aumentando a margem de autonomia dos mesmos. Verifica-se, portanto, uma certa preocupação da doutrina com a necessidade de uma argumentação jurídica capaz de “legitimar” tais decisões.

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o “modo-positivista-de-fundamentar” as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isto ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. [...].(STRECK, 2010, p. 231)

Entretanto, tal “direito fundamental” - conforme defendido por Lenio Luiz Streck - a decisões adequadamente justificadas muitas vezes não é respeitado na prática dos tribunais brasileiros.

Ademais, verifica-se que tais decisões são, na verdade, difíceis de fundamentar, isto porque a máxima da ponderação, com a análise de todas as suas fases, geralmente não é de fato aplicada, servindo apenas como meio de



fundamentar escolhas subjetivas.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 O porquê da análise econômica do Direito

Uma das preocupações dos últimos governos no Brasil é a solução de problemas de justiça social tão evidentes nessa sociedade. Observa-se que, cada vez mais, programas, políticas e normas são implementados com o fito de diminuir desigualdades e injustiças. Verifica-se, portanto, que os governos vêm empenhando-se arduamente para a efetivação de direitos fundamentais, dentre os quais destacam-se, por mais discutidos, os direitos sociais³.

A necessidade de implementação e salvaguarda desses direitos é de origem histórica, por certo que “a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque.” (BARROSO, 2010, p. 329)

Nesse contexto, constantemente surgem casos em que dois ou mais princípios são aplicáveis ao mesmo caso concreto. E, quando isso ocorre, fica o jurista ainda mais obrigado a se pautar por uma argumentação jurídica dotada de racionalidade.

Dessa forma, a solução a ser buscada, a fim de que seja alcançada a justiça do caso concreto, é uma ponderação entre esses valores, solução essa que

³ “Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação. Neste contexto, há uma verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade etc. Também cresce muito o interesse doutrinário pelos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. Se antes estes eram vistos preponderantemente como normas programáticas, passa-se a discutir a sua eficácia jurídica a partir de novas bases, que incorporam ao debate a argumentação moral. Neste campo, a ênfase na análise dos enunciados normativos, que caracterizava a doutrina da efetividade, é substituída por uma discussão marcada pela preocupação com valores e democracia, repleta de novas categorias, importadas sobretudo do Direito germânico, como o “mínimo existencial”, a “reserva do possível” e a “proibição do retrocesso.” SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In, SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. p. 127.



pode levar a uma eventual subjetividade do intérprete⁴.

Assim é que se torna admissível e, mesmo, necessária a atribuição de competência ao Estado para, tutelando primordialmente o interesse público, fazer o devido balizamento da esfera até aonde vão interesses particulares e comunitários, para o que, inevitavelmente, restringirá direitos fundamentais, a fim de assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos, concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente. É nessa dimensão, objetiva, que aparecem princípios como o da isonomia e proporcionalidade, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, sendo, portanto, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde poderemos incluí-los na categoria, equiparável, das “garantias fundamentais”. (GUERRA FILHO, 2001, p. 36)

Aparece, então, no cenário jurídico uma nova forma de estudar, investigar e compreender o direito, que é a Análise Econômica do Direito.

A Análise Econômica do Direito (AED), [...], é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. (GICO, 2012, p. 1)

E é justamente aí que se encontra a conveniência do estudo conjunto entre Economia e Direito na busca de otimização da efetivação de direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Inicialmente cumpre registrar que “a escassez é o ponto de partida da análise econômica. [...]. A Economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos.” (SALAMA, 2008, p. 16).

A Lei da Escassez, ponto fulcral da análise econômica, tem aplicação direta no estudo do Direito visto que a implementação de direitos, como quaisquer

⁴ Questão muito debatida hodiernamente em obras como: STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 2. ed. Ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.



relações e atos da vida em sociedade, implica em custos.

Partindo do fato de que vivemos em uma sociedade em que os recursos são escassos, de forma que não podemos ter tudo o que queremos - escolhas devem ser feitas - verificamos que a implementação de direitos não será total⁵.

Nos dizeres de Luciano Benetti Timm (p. 18), “isso implica aceitar que nem todas as necessidades sociais serão supridas e que nem todas as injustiças serão resolvidas pelo ordenamento jurídico e pelos tribunais.”

Insta registrar, por conseguinte, como um dos grandes pensadores da Análise Econômica do Direito, Richard Posner (1992, *apud* COELHO, 2007, p. 7), relaciona a interação entre Direito e Economia:

[...] a principal, senão única, função do jurista deveria ser a de garantir que a alocação de direitos entre as partes se desse sempre de maneira eficiente, e, partindo daí, concluiu que apenas o estudo interdisciplinar de Economia e Direito capacitaria os juristas para o exercício dessa atividade.

Ademais, a ideia de que os direitos devam ser assegurados de maneira

⁵ Para ilustrar a questão, insta colacionar aqui parte do artigo veiculado no jornal Valor Econômico (sexta-feira e fim de semana, 23, 24 e 25 de março de 2012 – ano 12 – nº 594), intitulado “Direito à felicidade”, por Maíra Magro e Juliano Basile, p. 4 a 7 da Revista Eu & Fim de Semana, o qual informa que o egrégio Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões, diante de casos de colisão de direitos fundamentais, no sentido de assegurar o direito à felicidade. A despeito de não estar expresso na Constituição Federal de 1988, esse direito tem sido utilizado na argumentação jurídica feita para embasar decisões de “casos difíceis” nas quais as escolhas a serem feitas geralmente envolvem a satisfação do direito de um em meio à insatisfação do direito de tantos outros: “Uma das áreas em que o Supremo mais tem invocado a busca da felicidade envolve justamente a saúde. Um mês antes do julgamento das pesquisas com células-tronco, Celso de Mello mencionou esse direito ao defender o custeio de uma cirurgia de um paciente que poderia morrer a qualquer momento. Depois de ficar tetraplégico num assalto em uma avenida em Pernambuco, um estudante de 25 anos entrou na Justiça pedindo ao governo do Estado que pagasse os custos da implantação de um marcapasso, para que pudesse respirar sem aparelhos. A cirurgia era delicada e custaria US\$ 150 mil. O estudante ganhou a causa no Tribunal de Justiça de Pernambuco, mas a então presidente do STF, ministra Ellen Gracie, suspendeu a liberação do dinheiro. Ela manifestou “deferência aos familiares” e disse reconhecer “o sofrimento e a dura realidade vivida pelo agravante”, mas entendeu que o pedido poderia gerar um precedente econômico grave, abrindo espaço para inúmeros pedidos de operações que poderiam comprometer as finanças de governos estaduais. (...) Mas, no voto que definiu o resultado, Celso de Mello determinou o pagamento da cirurgia, entendendo que houve omissão do Estado em garantir a segurança pública. “A realidade da vida tão pulsante nesse caso impõe que se dê provimento a esse recurso e se reconheça a essa pessoa o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que a mantém ligada a um leito hospitalar”, afirmou o ministro. A decisão foi um suspiro de esperança para a família. Mas a cirurgia não foi capaz de salvar a vida do estudante.”



eficiente não é apenas uma idealização, constitui verdadeiro mandamento constitucional inserido no art. 37 da Constituição Federal de 1988, sobre o qual teceremos algumas considerações a seguir. Senão, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também,[...]. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

O princípio da eficiência foi acrescentado ao rol de princípios constitucionais da Administração pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, de forma que, até então, não havia consenso na doutrina e jurisprudência sobre sua existência implícita, ou não, no ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, a doutrina antes mesmo da edição da emenda constitucional supramencionada já informava que o princípio da eficiência na Administração Pública poderia ser inferido do texto do art. 74, inciso II, da Constituição Federal que dispõe, *verbis*:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
[...]
II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
[...].

Verifica-se, pois, que, tendo em vista que a atividade estatal pressupõe uma relação jurídica entre a administração e administrados, poderão esses exigir que a administração pautar seus atos na legalidade, moralidade e eficiência de forma que o interesse público seja atendido com a melhor alocação de recursos públicos possível de forma a evitar desperdícios.

Ressalte-se a interligação do *princípio da eficiência* com os princípios da razoabilidade e da moralidade, pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária e, como salientado por Diogo de Figueiredo, deve-se considerar como imoralidade administrativa ineficiência grosseira da ação da Administração Pública. (MORAES, 2006, p. 90)



Passa-se, portanto, a alguns conceitos da economia necessários à compreensão da aplicação da análise econômica do direito ao tema.

3.2 Noções de economia aplicáveis

A ciência econômica, que atualmente tem por objeto o estudo de condutas que envolvem escolhas e requerem a tomada de decisões (GICO, 2012, p. 13), tem por fundamento quatro teorias básicas, as quais têm relação direta com a ciência do direito.

A primeira delas seria a Lei da Escassez, entendida como o fato de que os recursos disponíveis em uma sociedade, de forma geral, são escassos. Isto posto, conclui-se que não há como todos os indivíduos satisfazerem suas necessidades, o que, em parte, explica a existência do direito: se todos os indivíduos pudessem satisfazer todas as suas necessidades, não haveria conflitos e, sem conflitos, não teria razão a existência do direito.

A segunda idéia é a de que, em uma sociedade onde os recursos são escassos, escolhas devem ser feitas e estas incorrem em *trade-offs*, ou seja, escolher uma opção faz com que a outra seja preterida – ao ganhar uma coisa, outra é perdida.

Os *trade-offs*, ou custos de oportunidade, seriam os custos advindos da escolha por uma opção frente à renúncia de outra – são os custos de se tomar aquela decisão.

Outro postulado é o da maximização racional, que explica a tendência dos indivíduos em uma sociedade de tentarem maximizar ao extremo suas escolhas. Dessa forma, mesmo que inconscientemente, os indivíduos, ao optarem por uma escolha, estarão sempre buscando obter a maior vantagem possível.

Essa teoria leva à quarta delas, a de que indivíduos, ao fazerem uma valoração entre as opções disponíveis, estão respondendo a incentivos uma vez que avaliam os custos e benefícios inerentes àquela escolha.

E é neste cenário que aparece a noção de eficiência que deve pautar



todas as ações da Administração Pública. “Assim, a eficiência é um critério essencial, mas não o único, a ser levado em conta na apreciação da justiça. É importante, para que se alcancem quaisquer fins considerados justos, que os meios sejam eficientes.” (BARRETO, p. 15)

Extrai-se da doutrina de Ivo Gico o conceito de eficiência, vejamos:

Eficiência [...] é um termo técnico utilizado no sentido Pareto-eficiente, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem. (GICO, 2012, p. 21)

Insta registrar, ainda, mais um conceito econômico – o de externalidades. As externalidades, que poderão ser positivas ou negativas, constituem impactos, conseqüências geradas pela ação de escolha. Essas externalidades não afetam apenas as partes envolvidas na tomada da decisão, mas sim a toda a sociedade.

Observa-se que o mesmo ocorre na situação de um conflito levado ao Poder Judiciário que deverá tomar uma decisão – escolha – diante daquele caso concreto, de forma que os efeitos daquela decisão, além de afetarem as partes envolvidas, poderão afetar também a sociedade como um todo.

Defende-se aqui, portanto, que a utilização da máxima da ponderação na busca de uma solução para os casos de colisão de princípios não deve se restringir à verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Mais que isso, sugere-se ao intérprete prever as eventuais conseqüências da decisão a ser tomada em um contexto social, a fim de que os direitos sejam garantidos da forma mais eficiente possível.

3.3 Aplicação à máxima da ponderação

A máxima da ponderação, técnica utilizada atualmente para a solução de colisão de princípios e, conseqüentemente, para a tomada de decisões, constitui-se na análise de três fases ou subprincípios, quais sejam, adequação - na qual se infere se os meios que se pretende empregar para a solução de um conflito são



aptos a efetivá-la -, necessidade – que implica verificar se há outro meio apto à consecução do fim desejado que seja menos gravoso às partes -, e proporcionalidade em sentido estrito - que seria o juízo de valor feito sobre as vantagens de escolha de um meio frente a outro diante do caso concreto.

Quanto ao tema, vale colacionar doutrina de Pierre Müller (*apud* BONAVIDES, 2005, p. 398):

Quem utiliza o princípio, segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.

Conforme já analisado no capítulo 02 deste estudo, a utilização da máxima da ponderação através do emprego dessas fases, principalmente do emprego da proporcionalidade em sentido estrito, é constantemente alvo de críticas pela doutrina que entende que a mesma carece de objetividade.

Nesse contexto, surge a Análise Econômica do Direito como uma possível solução do impasse mencionado.

O resgate da objetividade advém da concepção científica emprestada à Economia, e que, por meio da Análise Econômica do Direito passa então a atingir o fenômeno jurídico. E é por isso, por responder a um fetiche por objetividade existente no Direito, que a Análise Econômica do Direito conquista, diferentemente de outras disciplinas jurídicas tipicamente americanas, uma simpatia quase mundial. (COELHO, 2007, p. 21)

Assim, o intuito deste estudo é verificar como a Análise Econômica do Direito pode contribuir com a tomada de decisões a fim de que estas sejam as mais eficientes possíveis e, conseqüentemente, as mais justas.

Nesse sentido, propõe-se aqui, portanto, que a ponderação de princípios não seja feita na estrita observância das fases ou subprincípios acima mencionados, de forma que o juiz atue com “compromisso com as conseqüências” (ARGUELHES, *apud* SARMENTO, 2009, p. 172) das decisões tomadas verificando, assim, as externalidades (impactos) que a solução encontrada causarão na sociedade onde a mesma surtirá seus efeitos.



Nesse sentido, Richard Posner (apud, ARGUELHES, apud SARMENTO, 2009, p. 173) defende o ideal do pragmatismo jurídico “entendido como uma concepção que atribui às consequências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juízes.”

Todavia, não se pretende aqui defender o pragmatismo jurídico a qualquer custo, mas apenas adicionar a análise de alguns critérios objetivos quando da solução de colisão de princípios e direitos fundamentais, a fim de se alcançar uma maior efetivação desses direitos. O objetivo é inserir na análise das fases da ponderação alguns pontos a serem observados pelos juízes como as externalidades, os custos de oportunidade e a eficiência da decisão a ser tomada.

Assim, certo é que no processo de tomada de decisão faz-se necessário um sopesamento entre os custos e os benefícios gerados pela eventual escolha. Tais custos, todavia, não se restringem a questões financeiras, implicam, pois, em todos os efeitos que tal escolha poderá gerar, inclusive para terceiros estranhos à relação onde a decisão será tomada. Esses efeitos são conhecidos na ciência econômica por externalidades, as quais poderão ser positivas ou negativas.

Para a ciência econômica esses efeitos são considerados como falhas de mercado, e implicam nos efeitos causados pela decisão tomada em uma relação em outras relações – mercados – de forma que os custos e benefícios que gerarão em outras relações não são previstos nem quantificados quando da tomada da decisão não estando tais fatores inseridos nesta.

Todavia, insta registrar que a mera análise consequencial não se presta a dotar de objetividade as decisões a serem tomadas diante de casos difíceis.

[...] mesmo uma tese pragmática sofisticada com a de Posner – que pode ser formulada como “o juiz deve decidir levando em conta as consequências, exceto quando isso gerar consequências indesejáveis” – não fornece orientação suficientemente detalhada para a atividade jurisdicional. (ARGUELHES, 2009, p. 210)

Noutro giro, verifica-se que em toda escolha encontra-se implícito um custo, conhecido na ciência econômica por custo de oportunidade, que implica na perda correspondente a não escolha da opção preterida.



Nesse contexto, verifica-se que a Lei da Escassez dita que, sendo os recursos em uma sociedade limitados, toda decisão acarretará na renúncia a outras opções cujos custos deverão ser comparados a fim de se tomar a decisão que mais beneficie o agente.

Assim, extrai-se que, “custos de oportunidade são custos implícitos, que não envolvem desembolso monetário. Esses valores são estimados a partir do que poderia ser ganho no melhor uso alternativo” (GARCIA; VASCONCELLOS, 2006). Os custos de oportunidade seriam, portanto, custos implícitos ou explícitos aos quais se sujeitam os agentes frente ao benefício obtido pela escolha realizada.

Conclui-se, pois, que a inserção da verificação das externalidades e dos custos de oportunidade inerentes à escolha a ser feita após a fase de análise da proporcionalidade em sentido estrito da técnica da ponderação tende a conferir maior eficiência às decisões a serem tomadas.

Defende-se, isto sim, que as considerações tipicamente jurídicas levem em conta também as consequências da solução a ser adotada, pois, [...] ainda que nem toda solução justa seja eficiente, toda solução ineficiente certamente é injusta, considerando que não se pode conceber como justiça a busca de finalidades através do desperdício de recursos insuficientes para atender todas as necessidades humanas. (BARRETO, p. 17)

E isto porque a eficiência de Pareto implica na “maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização dos custos sociais. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos.” (SALAMA, 2008, p. 22 e 23)

A máxima da eficiência, expressamente agasalhada pelo art. 37 da Constituição Federal, portanto, deve servir de parâmetro adicional à da proporcionalidade, dando-lhe mais concretude e permitindo um maior controle intersubjetivo das decisões tomadas em seu nome. A efetivação prática dessa máxima é imperiosa num país com tantos desafios como o Brasil, de modo a, mais velozmente, se lograr a efetivação de direitos e garantias fundamentais nela previstos, sem recair em posições utópicas que desconsideram os custos – inclusive os de oportunidade – da efetivação de tais direitos. (BARRETO, p. 17)



CONCLUSÃO

O avanço do constitucionalismo a partir do início do século XXI possui estreita ligação com a afirmação dos direitos fundamentais, os quais, conforme já informado, possuem natureza principiológica.

Ocorre que a máxima efetivação de direitos fundamentais em uma sociedade acaba por acarretar colisões frente aos casos concretos onde os direitos de um indivíduo esbarram nos de outro. Surge, assim, a máxima da ponderação como técnica para tomada de decisões nas quais se faz necessária uma análise de proporcionalidade e razoabilidade.

A aplicação da máxima da ponderação implica na verificação da adequação do meio a ser adotado com o intuito de atingir o fim colimado; da necessidade de utilização desse meio por não existir outro menos gravoso ao deslinde do conflito; e da proporcionalidade em sentido estrito como juízo de valor no sentido de buscar a maior efetivação de um direito fundamental ferindo-se ao mínimo o outro direito fundamental em conflito.

Todavia, essa aplicação da máxima da ponderação, embora amplamente aceita e utilizada no ordenamento jurídico pátrio, é alvo de severas críticas por parte da doutrina que entende carecer a mesma de critérios objetivos, tornando as decisões daí advindas repletas de subjetividade e discricionariedade.

Nesse contexto, tendo em vista a escassez de recursos e as infinitas necessidades humanas, verifica-se um empenho dos governos no sentido de prover direitos a fim de diminuir desigualdades sociais e injustiças.

O princípio da eficiência foi, então, acrescentado ao rol de princípios constitucionais que devem reger os atos da Administração Pública pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, constituindo dever da Administração Pública buscar diminuir desperdícios de forma que, diante de uma realidade de recursos escassos, o não desperdício estaria mais próximo ao ideal de justiça almejado pelo Estado Democrático de Direito e espelhado nos valores insertos na Constituição Federal de 1988.



E é justamente na intenção de diminuir desperdícios que se verifica a importância da aplicação prática da ciência econômica na análise de casos de colisão de princípios, tendo em vista que a economia é a ciência que estuda o comportamento humano ensejador de tomada de decisões – escolha.

Surge, por conseguinte, a Análise Econômica do Direito como ferramenta útil para aplicação da economia em situações jurídicas que originalmente não estavam a ela associadas.

Assim, sugere-se nesse estudo uma interdisciplinaridade entre direito e economia através da inserção de conceitos econômicos na análise da máxima da ponderação, os quais implicariam na verificação de mais três fases, a saber, externalidades, custos de oportunidade e eficiência.

Objetiva-se, pois, conferir uma maior eficiência às decisões judiciais através da observância de teorias como a das externalidades, dos custos de oportunidade e dos *trade-offs*.

Com a instituição de conceitos econômicos como critérios a serem analisados durante o “processo de ponderação” para a solução de colisões de princípios, busca-se ratificar a necessidade de análise da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de conferir mais racionalidade às decisões judiciais.

Nesse sentido, propugna-se por uma análise das conseqüências – externalidades – quando da tomada de uma decisão, além dos custos de oportunidade e eficiência, deixando-se claro que a mera análise consequencial não basta à boa atuação do juiz.

A solução, portanto, para os casos de colisão de princípios, geralmente conhecidos por *hard cases*, seria adotar a máxima da ponderação como técnica de tomada de decisão, todavia, à luz da Análise Econômica do Direito.



**A MAXIMUM OF BALANCING AND THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: A
TECHNIQUE FOR MAKING DECISIONS GUIDED BY EFFICIENCY**

ABSTRACT

With this study we intend to make an approach to collision of principles, this issue that has aroused the interest of the more modern doctrine, from a new perspective, namely the Economic Analysis of Law. This new way of studying the law does from the standpoint of economic concepts and theories that apply to legal institutions, seek solutions to optimize the same. In this vein, we seek to propose an addition of criteria from economics to the principle of weighing solution currently used for disentangling conflicts of fundamental principles and rights in order to provide greater objectivity of legal decisions ensuring greater effectiveness of guaranteed constitutional rights and guarantees.

KEY WORDS: COLLISION OF PRINCIPLES. ECONOMIC ANALYSIS. EFFICIENCY.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Tradução da 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria Constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora LúmenJúris, 2009.

BASILE, Juliano. MAGRO, Maíra. Direito à felicidade. **Valor Econômico**. Revista Eu & Fim de Semana. Sexta-feira e fim de semana, 23, 24 e 25 de março de 2012 – Ano 2012 – nº 594.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Racionalidade do processo de solução de colisões entre direitos fundamentais à luz da análise econômica do direito. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21780/racionalidade-do-processo-de-solucao-de-colisoes-entre-direitos-fundamentais-a-luz-da-analise-economica-do-direito>>. Acesso em jan. de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em set de 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376 de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em Set de 2013.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A análise econômica do Direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2010.



GICO, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In, TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-33.

GUERRA FILHO, Wilis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: 2001. 2. ed. rev. e amp.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev. atual. E amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, C.; SARMENTO, D. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos Direito FGV. Estudo 22, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição, Autonomia do Direito e o Direito Fundamental a obter respostas adequadas (corretas). In: Bernardo Gonçalves Fernandes (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e amp. Editora Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Marco Antônio S.; GARCIA, **Manual E. Fundamentos de Economia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.