

# **NEGÓCIOS E CONFLITOS JURÍDICOS: A Técnica de Ponderação pela ótica da Análise Econômica do Direito vs. a perspectiva da Dogmática dos Direitos Fundamentais**

*NEGOCIOS Y CONFLICTOS JURÍDICOS: La Técnica de Ponderación por la óptica del Análisis Económico del Derecho vs. La perspectiva de la Dogmática de los Derechos Fundamentales*

GASTON JOSE GIUFFRE; REGINA CÉLIA PEZZUTO RUFINO

**RESUMO:** O presente trabalho desenvolverá, por um lado, a raiz da Análise Econômica do Direito, por meio de uma perspectiva aplicada de seus pressupostos teóricos, abocando-se às ideias do economista Britânico Ronald H. Coase. A partir de uma crítica ao posicionamento filosófico que propõe Coase em como ponderar bens em situações de conflito intersubjetivo, demonstrar-se-á que existe uma divergência substancial com a perspectiva de ponderação como proposta pela dogmática dos Direitos Fundamentais, segundo o jurista Alemão Robert Alexy. Utilizar-se-á como método a observação analítica e reflexão (de tipo dedutivo) das premissas e pressupostos epistemológicos de ambas as teorias. Os esclarecimentos sobre a teoria das externalidades de Ronald Coase e sobre a teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy procurarão demonstrar que existem divergências substanciais na técnica de *ponderação* (elemento comum epistemológico de ambas as teorias) de bens em situações de conflito intersubjetivo. Justifica-se o objeto desta pesquisa por que a visão teórica de uma perspectiva, como a de Ronald Coase, incide de uma forma tal na interpretação dos Direitos Fundamentais que os relega a um segundo plano da atividade produtiva, da eficiência econômica e do mercado. Configura-se, assim, o problema da pesquisa: Os discursos econômicos sobre o direito deixam de lado a dogmática dos direitos fundamentais?. O objetivo do trabalho radica em resgatar a dogmática dos Direitos Fundamentais perante um processo econômico que privilegia categorias como “produção”, “eficiência”, “sopesamento pelas ganâncias deriváveis” e que avança sobre outras conquistas assentadas na vida democrática organizada institucionalmente e que não podem, simplesmente, ser relegadas a um segundo plano da vida econômica.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direitos Fundamentais; Ponderação de bens; Conflitos intersubjetivos.

**RESUMEN:** El presente trabajo desenvolverá, por un lado, la raíz del Análisis Económico del Derecho, por medio de una perspectiva aplicada de sus presupuestos teóricos, abocándose a las ideas del economista Británico Ronald H. Coase. A partir de una crítica al posicionamiento filosófico que propone Coase en como ponderar bienes en situaciones de conflicto intersubjetivo, se demostrará que existe una divergencia substancial con la perspectiva de ponderación como propuesta por la dogmática de los Derechos Fundamentales, según el jurista Alemán Robert Alexy. Se utilizará como método la observación analítica y reflexión (de tipo deductivo) de las premisas y presupuestos epistemológicos de ambas

teorías. Los esclarecimientos sobre la teoría de las externalidades de Ronald Coase y sobre la teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy procuraran demostrar que existen divergencias substanciales en la técnica de ponderación (elemento común epistemológico de ambas teorías) de bienes en situaciones de conflicto intersubjetivo. Se justifica el objeto de esta pesquisa porque la visión teórica de una perspectiva, como la de Ronald Coase, incide de una forma tal en la interpretación de los Derechos Fundamentales que los relega a un segundo plano de la actividad productiva, de la eficiencia económica y del mercado. Se configura, así, el problema de la pesquisa: Los discursos económicos sobre el derecho dejan de lado la dogmática de los derechos fundamentales? El objetivo del trabajo radica en rescata la dogmática de los Derechos Fundamentales ante un proceso económico que privilegia categorías como “producción”, “eficiencia”, “sopesamento por las ganancias derivables” y que avanza sobre otras conquistas asentadas en la vida democrática organizada institucionalmente y que no pueden, simplemente, ser relegadas a un segundo plano de la vida económica.

**PALABRAS-CLAVES:** Derechos Fundamentales; Ponderación de bienes; Conflictos intersubjetivos.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho começará desenvolvendo a raiz da Análise Econômica do Direito, por meio de uma perspectiva aplicada de seus pressupostos teóricos, abocando-se às idéias do economista Britânico Ronald H. Coase. A partir da crítica ao posicionamento filosófico (com clara conotação política) que propõe Coase para *ponderar* bens em situações de conflito intersubjetivo, refletir-se-á sobre a divergência dessa análise com a dogmática atual dos Direitos Fundamentais, com base na perspectiva do jurista Alemão Robert Alexy. Esta divergência constitui o objeto de pesquisa deste trabalho que se pretende demonstrar por meio da observação analítica e reflexão (de tipo dedutivo) das premissas e pressupostos epistemológicos de ambas as teorías. Este método permitirá conferir algumas interpretações próprias às teorías referidas com a finalidade de demonstrar a proposição-tese deste artigo: Divergência substancial entre Ronald Coase e Robert Alexy no que se refere à ponderação de bens em situações de conflito intersubjetivo.

Primeiramente, detectar-se-á um elemento epistemológico em comum a partir do qual se poderão identificar as divergências que propõe esta pesquisa. Justifica-se o objeto desta pesquisa por que a visão teórica de uma perspectiva, como a de Ronald Coase, incide de uma forma tal na interpretação dos Direitos Fundamentais que os relega a um segundo plano da atividade produtiva, da eficiência econômica e do mercado. Configura-se, assim, o problema desta pesquisa: Os discursos econômicos sobre o direito deixam de lado a dogmática dos direitos fundamentais?.

O objetivo deste trabalho radica em resgatar a dogmática dos Direitos Fundamentais perante um processo econômico que privilegia categorias como “produção”, “eficiência”, “*sopesamento* pelas ganâncias deriváveis” e que avança sobre outras conquistas assentadas na vida democrática organizada institucionalmente e que não podem, simplesmente, ser relegadas a um segundo plano da vida econômica.

## 1. ESTATUTO EPISTÊMICO DA PESQUISA

A perspectiva de Análise Econômica do Direito, que focaliza sobre os elementos econômicos atribuídos à existência das instituições legais, afronta literalmente com outra perspectiva que focaliza em outras dimensões da vida organizada socialmente. Confronta com determinada realidade da vida em sociedade que se desenvolve em um espaço e tempo (consideram-se estas categorias como inatas da razão humana).<sup>1</sup> Hoje por espaço se pode compreender o universo lingüístico de uma comunidade de sujeitos, devido à emergência da filosofia da linguagem como propriedade fundamental do pensamento pós-moderno.<sup>2</sup> A linguagem apresenta-se como o *médium* constitutivo da realidade que deu lugar ao fenômeno denominado de “giro lingüístico-pragmático da filosofia contemporânea”. Sem linguagem não há mundo, as palavras são a morada do Ser (Heidegger). A chamada guinada “pragmático-lingüística” desloca à metafísica no contexto da reflexão da filosofia dos últimos tempos e se sustenta na idéia da experiência humana desenvolvida no mundo cotidiano da linguagem e historicamente condicionada. Considera Micheliní que “a superação das dicotomias essencialistas (como o aparente e o real, entre alma e corpo etc), a centralidade de um

---

<sup>1</sup> A perspectiva do espaço e tempo, como inatas à razão humana, dominó o mundo ocidental moderno, tal como foi desenhada pelo filósofo Alemão I. Kant. Para revisitar seu pensamento sobre as categorias inatas da razão humana (dom universal da raça humana), sugere-se consultar a obra intitulada: “Crítica a Razão Pura” (de ampla difusão comercial). Para compreender seu pensamento como inserido em um esquema global de idéias coerentes entre si, pode-se ler para complementar a obra: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduzida do Alemão por Paulo Quintela. Lisboa. Textos Filosóficos: Edições 70 Lda. [19--]. Também, sugere-se consultar obras de filosofia que tratem sobre o “idealismo transcendental Alemão”, como por exemplo: SAVATER, Fernando. **La aventura del pensamiento**. Buenos Aires: Sudamericana, 2008.

<sup>2</sup> Dois filósofos, fundamentalmente, destacam-se como representantes da transição entre a modernidade para a pós-modernidade. Afirma o filósofo Espanhol Fernando Savater: “Si ustedes preguntan a un anglosajón quién es el filósofo más importante del siglo XX, casi sin duda les contestará que es Ludwig Wittgenstein. Pero si esa pregunta se la hacen a un europeo continental, inexorablemente responderá Martin Heidegger” (Ver: SAVATER, Fernando. **La aventura del pensamiento**. Buenos Aires: Sudamericana, 2008, p. 333). Sobre Ludwig Wittgenstein, Savater considera que “fue uno de los filósofos más influyentes del siglo XX. Afirmarlo no es una exageración” (Idem, p. 322). Para conferir, em parte, uma análise da filosofia de Martin Heidegger aplicada ao direito constitucional, sugere-se consultar a obra do jurista Brasileiro Lênio Luiz Streck. In: **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 169-170.

conceito não instrumentalista da linguagem, da historicidade e da intersubjetividade são características centrais do que fazer filosófico atual” (MICHELINI, 2007: 364).<sup>3</sup>

Neste macro contexto se situa o pensador Alemão Jürgen Habermas, quiçás, uns dos intelectos mais renomeados nos tempos atuais. Habermas afirma a transcendência constitutiva da realidade pelas formas da linguagem. Considera que graças ao *médium* lingüístico “as interações se interligam e as formas de vida se estruturam” (HABERMAS, 1997: 20). Intenta reintroduzir, num contexto histórico diferenciado da modernidade, a racionalidade segundo ele presente no agir comunicativo: “Tal racionalidade está inscrita no *telos* lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras” (Idem). A racionalidade se inscreve nas experiências lingüísticas de sujeitos que desejarem entender-se sobre algum aspecto do mundo. Racionalidade que Habermas denomina de “razão comunicativa”, não podendo ser vista como uma capacidade subjetiva, “capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer. A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir” (Idem).<sup>4</sup> Destacam-se estes aspectos de Habermas por sua relevância contemporânea para qualquer análise jurídica, de tipo interdisciplinar. O próprio Habermas procura esclarecer “por que a teoria do agir comunicativo concede um valor posicional central à categoria do direito e por que ela mesma forma, por seu turno, um contexto apropriado para uma teoria do direito” (Ibid.: 24). Formulam-se estes esclarecimentos para compreender o estatuto epistêmico (elemento externo da pesquisa) no qual se insere o objeto desta pesquisa.

### 1.1. Perspectiva Aplicada da Análise Econômica do Direito

---

<sup>3</sup> Tradução livre.

<sup>4</sup> É oportuno aclarar que Habermas expressamente distingue a “razão comunicativa” da “razão prática”, como concebida na modernidade (fundamentalmente por Kant); também diferencia a razão prática moderna das teorias funcionalistas e do enfoque sistêmico contemporâneo, afirmando que “Luhmann elimina conseqüentemente a razão prática através da *autopoiesis* de sistemas dirigidos auto-referencialmente” (HABERMAS, 1997: 18). A teoria que propõe Habermas, por sua vez, também se diferencia das teorias sistêmicas por considerar que neutralizam qualquer elemento de obrigatoriedade ou de significado na perspectiva dos participantes. Assim, afirma: “todo pesquisador na área das ciências sociais que não deseja apostar tudo em algo contra-intuitivo, não será atraído por tal solução [referindo-se às teorias funcionalistas e sistêmicas]. Por esta razão, eu resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta... Todavia, se transportarmos o conceito de razão para o *médium* lingüístico e o aliviarmos da ligação exclusiva com o elemento moral, ele adquirirá outros contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas [...] o conceito de razão comunicativa, [o] situo no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade” (Cf. HABERMAS, J. “Rekonstruktive vs. Verstehende Sozialwissenschaften”, in: *Id.* Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt a/M., 1983, 29ss. Apud HABERMAS, **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade, I e II.** Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997, pp. 19-21).

Com base nesse estatuto epistêmico, considera-se que a Análise Econômica do Direito confronta com uma determinada realidade observada no mundo cotidiano das experiências lingüísticas. Mundo onde se desenvolvem idiosincrasias, hábitos de vida, doutrinas (dogmas) e manifestações culturais que demonstram a relevância de certos bens arraigados nas “necessidades públicas” e não na eficiência do mercado. A conotação de “pública” para determinadas necessidades se configura por que se parte da premissa que o “espaço público” não é um mundo que possa ser explicado pela necessidade social inerente a todo ser humano, quer dizer, pela natureza social do homem como sendo uma de suas características inata/essencial (como aduzia Aristóteles). Dentro do objeto desta pesquisa, considera-se que mergulhar no “espaço público” implica reconhecer que não existem utilidades/custos marginais de certos aspectos da vida em sociedade. Por exemplo, uma reunião em um boteco entre amigos que discutem sobre aspectos da política do governo de seu país esta reproduzindo, nesse espaço de comunidade lingüística, o caráter “público” das decisões políticas. Por isso, pode-se afirmar que quando as pessoas na vida em sociedade alegam sobre a importância de estudar uma carreira profissional estão manifestando uma “necessidade pública”. As “necessidades públicas” não derivam da natureza supostamente social do ser humano. A integração social, no marco epistemológico da filosofia da linguagem, não presume sua configuração por necessidades inatas dos homens. Ao contrário, os homens se integram logo de um processo de socialização primária e secundária forte, às vezes até assumido de modo inconsciente, que exige do sujeito criatividade, sacrifícios, tolerância, desejo, amor, ódio etc. O sentido de determinados bens que se modelam por “necessidades públicas” manifestas na linguagem do mundo da vida se verifica nas experiências cotidianas. Assim, por exemplo, a educação, a saúde, entre outros bens que poderiam ser trazidos para esta “esfera pública”, são absolutamente relevantes tanto para a vida coletiva, como individual.

Compreender, por exemplo, o direito de acesso gratuito a educação fundamental, de nível médio e universitário por meio das análises marginalistas das teorias econômicas conduz a desvirtuar o sentido que dito bem adquire para uma comunidade de pessoas e, portanto, as “necessidades públicas”. A educação, como os restantes bens referidos, simplesmente não tem um custo marginal. No caso da educação, por exemplo, trata-se de um bem que pode servir tanto para uma utilidade técnica imediata requerida para um trabalho profissional, pode servir como alternativa terapêutica espiritual, pode servir para ampliar conhecimento cultural a fim de desenvolver uma atividade artística (escrever), pode servir para acalmar as exigências da família, pode servir para abrir uma porta de esperança para um futuro econômico melhor;

enfim, estes múltiplos usos do bem, absolutamente todos, não se podem diferenciar como faria a teoria econômica marginalista atribuindo valores diferenciados a cada um de seus usos.

Imaginando a utilidade final da educação, poder-se-á compreender de modo aplicado a perspectiva dominante nas teorias econômicas marginalistas,<sup>5</sup> como se faz a seguir. É impossível afirmar que estudar é garantia certa para ter sucesso econômico. O modo em como se desenvolve a economia capitalista vigente não garante que estudando inexoravelmente a riqueza emergira. Não existem garantias ínsitas e reais no mundo da vida econômica, nas relações de mercado, nem tampouco no mundo legal para poder afirmar que estudando o sucesso econômico vira. Nenhum empresário emitiu uma oferta pública (de existir poderia ser considerada como meio alternativo de obrigações civis) garantindo às pessoas que estudarem uma melhoria econômica em seu salário. Que uma pretensa melhoria no salário se poderia configurar, porque existem convênios coletivos de trabalho que defendem a categoria de trabalhadores e incluem geralmente a cláusula de “adicional por título”, não implica necessariamente que isso aconteça no mundo da vida (empregando a terminologia de Habermas proveniente da fenomenologia de Husserl). A existência de uma norma jurídica, por sua vigência caracterizada apenas formalmente, não implica que a conduta humana siga os comandos dela.<sup>6</sup> Neste caso imaginário, não significa que o empresário atue reconhecendo o “adicional por título”, naturalmente por sua ligada vocação a respeitar os direitos trabalhistas, como se fosse algo incorporado em sua vida de relações. Tampouco os trabalhadores atuam realmente exigindo esse reconhecimento devido a seus condicionamentos laborais (na vida capitalista atual parece que é mais importante conservar um trabalho presente que crer nas potencialidades do tempo ocioso). Além de condicionamentos, o direito de “adicional por título” de um convênio coletivo do trabalho, para uma determinada categoria de trabalhadores, nasce quando o sujeito beneficiado o conhece. Da ignorância nenhum direito pode emergir. Pode validamente acontecer que os trabalhadores desconheçam seus direitos. De fato, já se afirmou (no âmbito da sociologia do direito) que um jurista apenas conhece entre um 20% e 25% do universo de leis vigentes em um país. Percentual que se

---

<sup>5</sup> Podem ser incluídos os seguintes autores, como considera o jurista Espanhol Juan de la Cruz Ferrer: “[...] la explicación de la ‘utilidad marginal’: Stanley Jevons (1882-1935) en Inglaterra, Leon Walras (1834-1910) en Francia y Carl Menger (1840-1921) en Austria. El más importante ha sido el último, y se le considera el fundador de la llamada ‘Escuela Austríaca’ o marginalista, que ha dado economistas tan significativos como Mises o Hayek. Según la explicación de la utilidad marginal, el valor no se puede basar sin más en la utilidad” (Cf. CRUZ FERRER, Juan de la. **Principios de Regulación Económica en la Unión Europea**. Instituto de Estudios Económicos, Universidad Complutense de Madrid, 2002, p. 105)

<sup>6</sup> Para compreender a mudança pós-positivista na caracterização da validade jurídica se sugere consultar a obra: HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983 (versão Espanhola). Ou: HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Tradução ao Português de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992 (versão Portuguesa).

reduz para um advogado técnico que não é jurista. Com o qual, imaginemos que fica para um trabalhador que não tem formação jurídica. Desconhecer implica que o objeto carece de existência.

Por isso, neste trabalho se defende que os valores de certos bens da “esfera pública” em seus múltiplos usos não são economicamente diferenciáveis. Por exemplo, o primeiro uso (a) de utilidade técnica imediata requerida para um trabalho profissional (= 100) vale tanto como o uso (b) de abrir uma porta de esperança para um futuro econômico melhor (= 100). Aqui, todos os usos implicam custos e utilidades iguais entre si. O uso (a) = 100 equivale ao uso (b) = 100. Provavelmente, porque não é possível atribuir uma utilidade certa, clara, logicamente pré-definida para certos bens (como educação) perante a dinâmica atual do mundo econômico globalizado de produção capitalista.

## **1.2. Critérios para caracterizar determinados Bens**

Há bens donde a utilidade marginal global pode coincidir com os custos globais. A atribuição de valor (utilidade) representado por um, ou grupo de sujeitos da sociedade, é anulada pela carência de valor que outro sujeito ou grupo atribui. Por exemplo, para uma família na favela de Rio de Janeiro pode ser somamente relevante que seu filho estude engenharia para ingressar a trabalhar na Petrobras em Brasil (valor de estudar = 100), enquanto para outro grupo de pessoas é mais relevante em ganâncias estimular o negócio de armas e entorpecentes, portanto, o valor de estudar engenharia é anulado pela carência de valor que outra parte confere (valor de estudar = 0). Essa carência de valor, que emerge pela atribuição negativa conferida por outra parte, demonstra que a utilidade marginal global seria zero. Um grupo de empresários dirigentes da Petrobras pode atribuir valor à carreira de engenharia, embora uma análise que integre fatores e elementos da realidade não pode desconhecer a carência de valor para estudar engenharia representada por outro grupo social. Pretende-se com estes exemplos demonstrar que aplicar a perspectiva da utilidade marginal para determinados bens distorce a realidade da configuração de “necessidades pública” que emergem da “esfera pública”.

A necessidade de estudar se configura na “esfera pública” que é muito mais ampla que o “espaço público”. Enquanto a “esfera pública” abrange a infinidade de expectativas das relações sociais, o “espaço público” é restringido apenas ao centro de tomada de decisão política (o Estado em sentido formal – como centro monopolizador das decisões coletivas

vinculantes).<sup>7</sup> Assim, a educação, como a saúde (entre outros bens), deveriam ser consideradas como necessidades elementares<sup>8</sup> da dinâmica econômica capitalista. Como indústria básica para o desenvolvimento, segundo afirma Juan de la Cruz Ferrer (2002: 51): “As chaves da criação de riqueza e de crescimento econômico se encontram no desenvolvimento das infra-estruturas de transportes, comunicações e energia, que são as que colocam em andamento a produção econômica, e as inversões em educação e sanidade, que são as que permitem prosperar às pessoas para que criem riqueza”.<sup>9</sup> Atribuir à educação o caráter de indústria básica (também chamou-se de quarto fator produtivo do processo econômico: terra, capital, trabalho e conhecimento) resulta das premissas da “sociedade do conhecimento” do mundo pós-capitalista. A sociedade tradicional seria caracterizada por relações de produção de tipo feudal (a terra seria o elemento predominante), a sociedade moderna pela hegemonia do capital privado (o capital seria o fator determinante), a lutas contemporâneas do século XX caracterizariam a emergência da tensão entre capital e trabalho valorizando o trabalho como motor da riqueza e conseqüente possibilidade para transformar (por meios revolucionários) a constituição de uma sociedade (o trabalho seria o fator de emergência), e atualmente com a configuração da sociedade pós-capitalista<sup>10</sup> (como denominada por Peter Drucker) o conhecimento aflora como quarto fator produtivo determinante dos processos econômicos. P. Drucker, que se ubica entre uns dos teóricos atuais da globalização, considera: “As pessoas formadas... são elas a fonte do aumento da produtividade e da inovação [...] O saber tem atingido o lugar de indústria básica, de indústria que proporciona à economia os recursos de produção essenciais e capitais (segundo Peter Drucker)” (DRUCKER Apud FERRER, 2002: 47).<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Para ampliar o conceito e a perspectiva formal na caracterização do Estado, pode-se consultar a obra do jurista Brasileiro: AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto de. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. Em igual sentido, desde uma perspectiva lógica da linguagem, ver: VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003, 2 v. A perspectiva lógica, desenvolvida pelo jurista Pernambucano, influencia em muito a cadência teórica do jurista Paulo de Barros Carvalho que desenvolveu à denominada teoria do “construtivismo lógico-semântico” que se vem praticando em algumas Universidades do Brasil.

<sup>8</sup> Para um estudo amplo e completo das necessidades a partir de uma nova vertente na leitura dos direitos humanos, consultar: GALTUNG, Johan. **Direitos Humanos** – Uma nova perspectiva. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, Arquimédia, 1994 (Coleção: Direito e Direitos do homem).

<sup>9</sup> Cita literal em Espanhol: “Las claves de la creación de riqueza y de crecimiento económico se encuentran en el desarrollo de las infraestructuras de transportes, comunicaciones y energía, que son las que ponen en marcha la producción económica, y las inversiones en educación y sanidad, que son las que permiten prosperar a las gentes para que creen riqueza”. Tradução livre.

<sup>10</sup> Tipo de identificação que coincide, no fundo, com o rótulo de sociedade “pós-moderna”, sociedade “pós-positivista” e “pós-epistemológica”.

<sup>11</sup> Cita literal em Espanhol: “Las personas formadas... son ellas la fuente del aumento de la productividad y de la innovación [...] El saber ha alcanzado el puesto de industria básica, de industria que proporciona a la economía los recursos de producción esenciales y capitales (según Peter Drucker)”. Tradução livre. Para ampliar esta idéia,

Atribuir o caráter de “necessidade pública” a um bem (como a educação) determinara novas funções do Estado e sua conseqüente extensão sobre a vida social dos indivíduos, passando a constituir juridicamente uma obrigação de direito público. Esta caracterização, bastante oportuna para as sociedades Latino-americanas que apresentam altos níveis de pobreza e marginalidade, permitiria ao Estado integrar a rede social por meio de políticas públicas. “A política desempenha um papel fundamental na igualdade ou na desigualdade econômica e que a suposição de que unicamente os mercados livres produzirão a convergência econômica é equivocada. O papel do Estado e dos governos é transcendental (Segundo Bruce R. Scout-2001) (CRUZ FERRER, 2002: 60).<sup>12</sup> O Estado perante as “necessidades públicas” tem uma obrigação primordial, essencial. O conteúdo de sua obrigação é amplo, consistente em desenvolver significativamente, e de alta reforma estrutural, formas planejadas de intervenção direta na vida social e econômica tendentes a equilibrar situações de desigualdades reais. Por isso, defende-se que há certos bens da vida organizada socialmente que denotam ser uma “necessidade pública” que se manifestam na “esfera pública” (como por exemplo: educação, saúde, entre outros) e que não formam parte da lógica da eficiência econômica.

Com base nessas considerações, desenvolver-se-á a seguir especificamente como Ronald Coase propõe ponderar bens em situações de conflito intersubjetivo.

## **2. TEORIA DE RONALD COASE SOBRE AS EXTERNALIDADES: A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO**

A teoria de Ronald Coase se ubica entre as teorias econômicas que começaram a analisar os falhos de mercado (como as “externalidades negativas”) e os métodos de intervenção na dinâmica da economia de mercado capitalista exercitados pelo Estado na sua pretensão de corrigir os falhos. Neste contexto surge um vínculo estreito entre economia e direito, a fim de: a) Determinar a relevância ou não de uma externalidade para definir a licitude ou não da atividade econômica; b) Qual é a resposta institucional mais adequada para a consecução do objetivo de redução do conflito ou internalização da externalidade negativa. Enfim, como restaurar ou compensar os custos ilegítimos que sofre um grupo de pessoas como conseqüência da existência de uma externalidade negativa produzida por outro grupo.

---

sugere-se ver: KAPLAN, Robert S. y NORTON, David P. **Como utilizar el Cuadro de Mando INTEGRAL**. Para implantar y gestionar su estrategia. The Strategy Focused Organization, Ed. Gestión 2000, 2.001.

<sup>12</sup> Tradução livre.

Quais seriam os mecanismos institucionais idôneos para a defesa dos direitos subjetivos sobre recursos escassos?. Os mecanismos institucionais de internalização dos custos externos são diversos porque também são diversas as concepções da natureza e as soluções econômicas da externalidade. O certo, que as externalidades demonstram os falhos do mercado (como uma de suas tendências naturais), a sua incapacidade de auto-regulação, e a necessidade da intervenção do Estado para corrigir esses falhos, para definir *quem* e *como* internalizar as externalidades para promover bem estar econômico (PACHECO, 1994: 136-137).

Diante deste panorama, surgiu como proposta institucional a idéia de que seja o próprio Estado quem internalize a externalidade, detectando-a por meio de instrumentos jurídico-administrativos (por ex.: regulamentos que estabeleçam limites permissíveis à poluição do ar), ou por meio de normas indutoras que induzam comportamentos para reduzir a produção de efeitos negativos, como se dá, por exemplo, pela via de mecanismos fiscais, ou também se criando fundos para eventualmente compensar ou restaurar danos intoleráveis. O remédio jurídico teria o caráter de uma regulamentação administrativa, quer dizer, uma solução heterônoma aos próprios afetados pelas externalidades (segundo a teoria de Pigou, como indica Pacheco).<sup>13</sup> A regulamentação por meio de uma lei geral ajuda a detectar por inferência as externalidades negativas que a atividade econômica abrangida pela regulação produz, assim como verificar os grupos de interesses fundamentalmente privilegiados.

Ronald Coase fez uma crítica radical aos esquemas de Pigou dando lugar a um novo enfoque do tratamento jurídico como econômico das externalidades. Por um lado, critica a inadequação do enfoque fiscal. O fundo de Coase, segundo Pacheco, é negar *a priori* a necessidade da intervenção do Estado para corrigir os falhos do mercado e demonstrar como dito problema pode ser resolvido com os mecanismos autorregulativos de negociação do mercado. A tese de Coase é a seguinte: Todos os afetados chegarão, em um momento dado, a negociar entre si o efeito externo, alcançando uma negociação ótima que beneficia a todos os afetados no conflito suscitado. As condições ou premissas para que esta tese se realize, são: a)

---

<sup>13</sup> Atualmente, pode se conferir esta perspectiva heterônoma aludida no texto, em parte, no Novo Código Florestal que se está discutindo no Senado Federal da República Brasileira. O programa de incentivos fiscais para os sujeitos que preservem a floresta e a fauna, como para aqueles que realizem atividades de recuperação de áreas do meio ambiente degradado é uma forma de induzir a determinado comportamento através de normas indutoras. Neste sentido, seria o Estado quem assume a externalidade negativa do desmatamento ou degradação do meio ambiente (floresta, fauna, espécies do eco-sistema natural e demais). Não se proíbe, nem se sanciona a conduta que degrade o meio ambiente, a técnica é diferente, estimula-se a atividade de recuperação e preservação do meio ambiente por meio de incentivos ou benefícios fiscais. Os custos de preservação e recuperação do meio ambiente, assim, não são considerados como naturais de uma atividade produtiva (especialmente a agrícola). Não se pressupõe a uma atividade produtiva, como a agrícola, o dever prescritivo de não produzir degradando o meio ambiente. Embora, há uma regulação da atividade econômica (agrícola) colocando limites, determinando áreas de preservação permanentes.

delimitar em forma precisa os direitos sobre os recursos escassos, tanto sobre sua titularidade quanto sobre seu conteúdo e; b) Prever a possibilidade de custos de transação zero. Quais são estes custos?. São aqueles necessários para as partes chegarem a uma regulamentação autônoma de suas relações contratuais (Ex.: estar informado, procurar saber com quem se contratará, conduzir as negociações, definir o contrato e seu seguimento etc). Esta negociação teria o potencial de realocar os direitos sobre os recursos de forma eficiente (PACHECO, 1994: 139). O pressuposto teórico desta teoria seria, partindo de uma crítica a Pigou, que toda externalidade implica um conflito recíproco no qual há duas partes abrangidas às que se tem que ter sempre em conta para determinar sobre quem deve recair a ação corretora da externalidade. Para Pigou era colocar algum tipo de fim às ações do agente produtor da externalidade, para Coase trata-se de *evitar o prejuízo mais grave* (podendo se aceitar ser o produtor da externalidade um eventual beneficiado da solução final).

O problema econômico, para Coase, não radica em identificar a atividade causante do efeito externo. O problema é como maximizar o valor da produção. Aqui ingressa a importância do direito, sendo transcendental para Coase um exame de delimitação e de conteúdo dos direitos de propriedade sobre os recursos escassos (contexto inevitável para resolver um conflito intersubjetivo). Assim, a técnica de *ponderação* de bens em situações de conflito intersubjetivo, que propõe Coase, se focaliza em uma análise de custo-benefício das diferentes alternativas de resolução do conflito. Expresamente diz: “[...] tudo é questão de *sopesar* as ganâncias deriváveis da supressão de esses efeitos nocivos frente às ganâncias que se produzem se se permite que continuem produzindo-se” (COASE Apud PACHECO, 1994: 141).<sup>14</sup> Como se pode observar, o *sopesamento* é critério emergente. É este critério epistemológico comum que produz a semelhança entre a teoria de Coase e de Robert Alexy. E será precisamente este elemento em comum que permitirá verificar as divergências fundamentais entre ditos autores, que de alguma forma indicam rumos ou horizontes diferentes de como resolver um conflito.

## **2.1. Crítica à noção de *sopesamento* pelas ganâncias deriváveis**

Para arribar às divergências substanciais entre Ronald Coase e Robert Alexy no que se refere à ponderação de bens em situações de conflito intersubjetivo, esboçar-se-á uma crítica à noção de *sopesamento* pelas ganâncias deriváveis que emerge da teoria de Ronald

---

<sup>14</sup> Tradução livre. Aclara-se que no texto as palavras “sopesar” e “sopesamento” se utilizam como sinônimo de “ponderação”.

Coase, com a finalidade de resolver o objeto desta pesquisa e poder cumprir com o objetivo dela, qual seja: reivindicar a dogmática dos Direitos Fundamentais perante um processo econômico que privilegia categorias como “produção”, “eficiência” e “*sopesamento* pelas ganâncias deriváveis” colocando em um segundo plano outras dimensões relevantes da vida em sociedade.

Para isso, considera-se que determinados bens fundamentais da vida, enquadrados como direitos fundamentais (patrimônio comum da humanidade e de uso público comum), não são mensuráveis economicamente por uma equação matemática de custo-benefício. Como por exemplo: A educação ou a saúde. Como mensurar o custo/produto marginal da educação ou da saúde, tanto individual como coletivamente?. Quanto vale economicamente ter um povo com plena saúde ou alta qualidade educativa?. Se construir prédios em uma cidade traz como conseqüências desastres naturais. É possível estabelecer, por meio de uma conta, a ganância econômica de ter uma cidade com prédios bonitos em relação ao desastre natural?. A proposta de ponderação de Coase é uma metodologia neutral?. Não interferem considerações subjetivas, interesses de poder, negócios lucrativos?.

Esse critério de custo-benefício, “de *sopesar* pelas ganâncias deriváveis”, para medir os conflitos intersubjetivos permite afirmar que economicamente pode valer mais (porque a ganância para o desenvolvimento econômico é maior) manter a eficiência na produção de determinados setores da economia que garantir o acesso gratuito à educação. Por beneficiar o desenvolvimento econômico global se pode, então, desrespeitar os direitos fundamentais. Vale mais a “produção eficiente” que o “acesso gratuito a educação” – vale menos a “educação” que a “produção eficiente”. A equação de Coase se poderia refletir no seguinte exemplo. Existe um conflito entre: Um setor da sociedade (identificam-se como trabalhadores dependentes) (1) que não tem acesso gratuito a saúde (Aplicando a teoria de Coase se quantifica do seguinte modo - produto marginal global deste grupo = 100. Ganância = participar como trabalhadores dependentes na produção econômica sem acesso gratuito a saúde. O valor de 100 é atribuído pela participação no PIB – como impera o desenvolvimento produtivo capitalista seu valor é atribuído segundo a sua participação em dito desenvolvimento), entra em conflito com o setor industrial (2) (quantifica-se: o produto marginal global deste grupo sempre será maior = 200 – sempre será maior por ser o motor do desenvolvimento).<sup>15</sup> Coloca-se 100 e 200, para o grupo (1) e (2), respectivamente, segundo sua

---

<sup>15</sup> Junto com as idéias que predicaram o “fim da história”, a partir da caída do muro de Berlim e do regime comunista, e a hegemonia do capitalismo global, faz-se difícil considerar para o sistema econômico que o produto marginal de um trabalhador seja maior ao produto marginal de um empresário. Quem coloca a riqueza

participação no PIB Nacional. Bem, o grupo (2) pratica uma atividade industrial que tem por externalidade negativa gerar uma espécie de químico residual que afeta a saúde do grupo (1), podendo eventualmente produzir câncer.

Segundo a teoria de Coase, este tipo de conflito se resolveria por custo-benefício *sopesando* as ganâncias que cada parte do conflito produz para conservar a produção eficiente da economia. Então, chega-se à seguinte conclusão: A externalidade que produz o grupo (2) terá um custo de 100 (= ao produto marginal do grupo (1)) que é a ganância que esta parte do conflito produz; a saúde dos trabalhadores dependentes vale igual ao aporte na produção econômica porque livrada às valorações autônomas dos sujeitos implicados no conflito (como sugere Ronald Coase). O custo da externalidade negativa será sempre menor à ganância que produz o setor industrial (= 200). Assim, se a saúde é um bem que se pode livrar sua valoração às negociações privadas e autônomas dos sujeitos implicados em um conflito, sempre valerá menos (marginalmente) que conservar a continuidade da produção econômica. Apesar da externalidade, como o benefício global da atividade econômica do setor industrial é maior, seria (segundo esta teoria de Coase) conveniente resolver a favor do grupo (2). Portanto, o direito de acesso gratuito a saúde fica relegado a um segundo plano da produção econômica. O custo social (a externalidade negativa: degradação da saúde de um grupo de trabalhadores dependentes) é menor ao produto social da atividade econômica (resultado obtido pela ponderação das ganâncias deriváveis). Chegamos à conclusão que a saúde do grupo (1) vale menos que conservar a continuidade da atividade econômica do grupo (2). Por isso, cabe a pergunta: A saúde se pode mensurar?. Os critérios econômicos e matemáticos são tão neutrais para resolverem conflitos intersubjetivos, sem interferirem interesses de poder, negócios lucrativos?. O grupo (2) terá um direito de propriedade sobre a saúde do grupo (1)?. Os conflitos intersubjetivos não envolvem uma dimensão humana?. Para poder abordar estes questionamentos, diretamente vinculados ao objeto desta pesquisa, se atribuirá maior relevância à dogmática dos Direitos Fundamentais.

Até onde é possível imaginar uma força equivalente entre as partes em conflito que permita uma negociação com custo de transação zero?. Existe essa força real em poder negociar nas condições proposta pela teoria de Coase?. Realmente o mercado é imparcial e os

---

numa sociedade é um produtor (empreendedor por iniciativa privada – também denominado de capitalista) e não um trabalhador dependente (também chamado de subordinado). Neste contexto da história capitalista não pode pensar-se que o “trabalho dependente” seja uma variável de valor econômico maior que a “iniciativa produtiva”, que nasce pela disposição à acumulação de capital privado e de tecnologia (e informação) adequada. Em outras palavras, nunca a participação do trabalhador dependente na produção de riqueza vá valer mais economicamente que a disposição à acumulação de capital privado e tecnologia adequada para um empreendimento produtivo. Pelo menos, neste momento histórico, sempre o setor industrial (capitalista/empreendedor) se situara como uma variável econômica de maior relevância que a variável do trabalhador dependente.

interesses em conflito (gerado pelas externalidades) podem ser negociados e resolvidos pela via autorregulativa do mercado?. Por exemplo: os moradores de uma favela em Rio de Janeiro têm poder real para negociar com os possíveis responsáveis pelas enchentes e desastres naturais que ocasionaram a perda de suas moradias e bens?. Via autorregulativa do mercado pressupõe que uma parte propõe e outra aceita. Que podem propor os moradores da favela para negociar?. Poder-se-á dar o custo zero para a negociação entre essas partes?.

Todos estes interrogantes revelarão o ponto de divergência substancial entre a teoria de Ronald Coase e de Robert Alexy no que se refere à técnica de ponderação para resolver conflitos intersubjetivos, devido a que esta análise econômica do direito incide de uma forma tal na interpretação dos Direitos Fundamentais que os relega a um segundo plano da atividade produtiva e da eficiência econômica.

### **3. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTIS SEGUNDO ROBERT ALEXY**

Para chegar à técnica da ponderação que propõe a teoria de Alexy se torna necessário esboçar, sumariamente, as categorias que compõem a dogmática do Direito Fundamental, já que na teoria de Robert Alexy adquire relevância a compreensão da norma de Direito Fundamental.<sup>16</sup>

#### **3.1. Caracterização da norma de Direito Fundamental**

Decifra-se um enunciado normativo, como sendo uma disposição de direito fundamental, por meio de critérios materiais, estruturais e/ou formais. A estrutura da norma de direito fundamental passa a se configurar por *regras* e *princípios*. Esta distinção constitui a base da fundamentação iusfundamental e é chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Constitui o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, servindo de ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Para R. Alexy, regra e princípio se resumirão baixo o conceito de norma: ambos são normas por que dizem o que deve ser, ambos podem ser formulados mediante o uso de expressões deónticas como proibição,

---

<sup>16</sup> Foi utilizada a seguinte obra em Espanhol: ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

permissão ou mandato. Os “princípios” são razões para juízos concretos de dever ser. Regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas. Para alguns, é só uma distinção de grau, o grau de generalidade seria o critério decisivo, para outros, a diferença não é só de grau senão qualitativa. Para Alexy esta última tese é a correta, que lhe permite conceber os princípios como mandato de otimização (ALEXY, 1993: 81-85). Alexy define os princípios da seguinte forma: “Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização” (Ibid.: 86).<sup>17</sup> Mandato é utilizado em sentido amplo, contem a permissão e a proibição.

O condicionamento às possibilidades jurídicas e reais existentes demonstra uma filosofia ou hermenêutica jurídica donde a compreensão da “norma” se amolda ao contexto, contextualiza-se. O sentido normativo se completa, em definitiva, por um conjunto de variáveis que são extrajurídicas e não parte da estrita lógica do dever ser Kelseniano. Assim, o dever ser não é estritamente normativo, é um dever ser donde o jogo da política, as possibilidades reais que permite o contexto histórico terminam conferindo sentido normativo ao princípio conformando, conseqüentemente, sua obrigatoriedade jurídica. Os princípios como mandatos de otimização podem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas. A diferença das regras que são normas que podem ser cumpridas ou não. Por exemplo: Prescrições que se referem ao comportamento negligente – o que se trata é justamente de saber se se tem satisfeito ou não a medida de cuidado ordenado pela prescrição. Este questionamento é característico da regra. Portanto, as regras contem determinações no âmbito do “fático” e juridicamente possível. Por isso, a diferença entre princípio e regra é qualitativa e não tão só de grau. Toda norma é bem ou uma regra ou um princípio. A distinção é semelhante à apresentada por Dworkin, ainda que se diferencie na caracterização do princípio como mandato de otimização.

A distinção entre regras e princípios se mostra de forma clara na colisão – na forma de solucionar um conflito. O conflito entre regras se elimina introduzindo em uma delas uma

---

<sup>17</sup> Tradução livre. Para Alexy, os princípios não contem mandatos definitivos senão só *prima facie*. Se um princípio vale para um caso não se infere que pode valer como resultado definitivo para um conjunto semelhante de casos. Por isso, os princípios carecem de conteúdo de determinação. Para Dworkin, as regras quando valem são aplicáveis no todo-ou-nada, enquanto que os princípios só contem uma razão que indica uma direção, mas que não tem como conseqüência necessariamente uma determinada decisão (Alexy se referindo a Dworkin). Para Alexy, o modelo de Dworkin é simple e ele prefere um modelo diferenciado, ainda que, prevalecendo do caráter *prima facie* das regras e dos princípios (ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 99).

cláusula de exceção ou declarando inválidas, pelo menos, uma de elas. O conceito de validade jurídica não é gradativo, a diferença da validade social, ou vale ou não vale. O que não pode valer são dois juízos concretos de dever ser reciprocamente contraditórios. Segundo Alexy: “Se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências reciprocamente contraditórias no caso concreto, e esta contradição não pode ser eliminada colocando uma cláusula de exceção, então, tem-se que declarar inválida uma delas” (Ibid.: 88-89).<sup>18</sup> Ambas as regras não podem valer simultaneamente, porque senão se esta permitindo e proibindo ao mesmo momento, o qual seria uma contradição lógica. As alternativas tradicionais de solução são: Lei posterior derroga anterior, lei especial derroga lei geral, entre outras possibilidades. Em câmbio, na colisão de princípios um deles tem que ceder. Não significa declarar inválido o princípio cedido. Baixo certas circunstâncias, um precede ao outro. No caso concreto, os princípios têm diferente peso e prima o princípio com maior peso. Aquí se aprimora uma diferença com Ronald Coase. O “maior peso” decidirá a prevalência de um princípio sobre outro, em um conflito concreto, e não as “ganâncias deriváveis” para a produção e eficiência econômica. Esta divergência é substancial.

### **3.2. A dimensão do peso para dirimir princípios em tensão**

É possível aduzir que a concepção de Alexy implica uma análise acabada das circunstâncias que rodeiam o caso concreto e não se circunscreve estritamente ao processo de produção e eficiência econômica. Implica uma hermenêutica que compreenda não só o sentido da norma, no caso do “princípio”, a partir de uma lógica estritamente normativa, também compreender as circunstâncias “fáticas” leva a prever a possibilidade real de aplicação do princípio. O maior peso de um sobre o outro se define por sua maior viabilidade real de aplicação de um nas circunstâncias concretas. Implica sobrepor valores, considerações políticas e históricas que permeiam as normas (princípios). Aquí vá imperar, em definitiva, o poder da fundamentação e da retórica. O “maior peso” significa, na teoria de Alexy, aquele que realiza na maior medida o mandato de otimização, sem se opor a outros mandatos. Alexy afirma que os princípios têm diferente peso. Há que ter em conta que essa diferença vá ser atribuída pelo intérprete, não é uma diferença objetiva. É uma diferença que nascera de um conflito particular entre princípios, e o interprete atribuirá maior peso a um por sobre outro. Com Alexy parece palmaria a vinculação entre a ciência jurídica e a hermenêutica filosófica

---

<sup>18</sup> Tradução livre.

de Gadamer.<sup>19</sup> O valor da norma (no caso o princípio) no é preconcebido pelo sistema jurídico senão que é atribuído por meio de um processo hermenêutico de compreensão.

Afirma Alexy que os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade, no entanto, a colisão de princípios tem lugar além da dimensão de validade, na dimensão do peso. A dimensão do peso se resolve por uma *ponderação* de bens. Alexy funda esta perspectiva no proceder do Tribunal Constitucional Alemão logo de observar como esta corte formula os mandatos de otimização. Por exemplo: “...O desenvolvimento do mais amplo possível de sua personalidade...”; “...A eleição da profissão (...) tem que ser afetada o menos possível pelo poder público...”; “...na eleição da profissão (se realiza) a maior liberdade possível”.<sup>20</sup> Assim, Alexy propõe que a solução para as colisões entre princípios se de por meio de uma “lei de colisão”. Em função de uma sentença do Tribunal Constitucional Alemão sobre incapacidade processual,<sup>21</sup> primeiro seria necessário detectar a relação de tensão, a qual deveria ser resolvida por uma ponderação dos interesses opostos, por que não há uma prioridade absoluta e objetiva dos deveres do Estado. Trata-se de uma ponderação na qual os interesses são abstratamente do mesmo rango, só possuem maior peso no caso concreto. O conflito seria solucionado através de uma *ponderação* dos interesses opostos (Ibid.: 90-91).

---

<sup>19</sup> Gadamer considera a hermenêutica como “um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação”. Expressamente diz: “Uma lei não que ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma maneira, o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendido como um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-los adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui compreender é sempre aplicar [...] A hermenêutica jurídica recorda em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos o modelo de relação entre passado e presente que estávamos procurando. Quando o juiz adéqua a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à idéia jurídica da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica [...] A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justo do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1977, pp. 460/461/487-489.

<sup>20</sup> Conforme as sentenças que Alexy cita do Tribunal Constitucional Alemão. Entre elas: BVerfGE 5, 85 (204); BVerfGE 7, 377 (403); BVerfGE 13, 97 (105). Referenciadas na p. 90, *cf.* ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90 em nota a pé de página. Tradução livre.

<sup>21</sup> Expresamente diz Alexy: “En el fallo sobre la incapacidad procesal, se trata de la admisibilidad de la realización de una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corre peligro de sufrir un infarto. El tribunal constata que en tales casos existe una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental” (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90). Aclara-se que a descrição do caso se faz em nota a pé de página, e não no texto, por que o relevante para o autor deste artigo não é o caso em si, senão as regras que se formulam pela análise de casos.

Esta técnica, ou antes, ideologia ou filosofia, abre as portas para que ingresse a argumentação e cumpra uma relevante função. A argumentação será legitimadora, em última instância, do direito. É vital entrelaçar: *política, interesses e direito*. A virtualidade antipositivista dos princípios emerge pelo tipo de argumentação que introduz, passando ser a argumentação jurídica um caso especial de argumentação prática em geral. O argumento jurídico seria uma espécie mais de resposta à pergunta prática da razão: ¿Qué devo fazer diante determinado caso?. Ou, ¿Como me devo comportar?. Aquí se vislumbra uma vinculação débil entre direito e moral. Como bem referencia Alfonso García Figuerola: “O fundamento do jusnaturalismo de Alexy se haja em última instância na teses da correção, que encontra por sua vez respaldo juridicamente na tradição antipositivista Alemã e filosoficamente no pensamento de Jürgen Habermas” (FIGUEROA, 2003: 176-177).

Trata-se de estudar o direito a partir do nível pragmático de sua linguagem, por isso se tem afirmado que a fundamentação de Alexy é um “jusnaturalismo de tintes lingüísticos” (Ibid.: 177).<sup>22</sup> As normas são concebidas como atos de fala regulativos. Todo ato da linguagem, para ser válida sua pretensão de correção, ou sua razão última para o comportamento devido/adequado por parte de um sujeito, tem que apresentar consistência performativa com a mensagem que transmite. Quer dizer, há uma relação entre a ação comunicativa e a mensagem para que essa ação (comunicação) produza seus efeitos desejados. Essa relação, que permite transcender a ação comunicativa para modular os comportamentos dos sujeitos interlocutores, pode ser denominada de consistência performativa, com base na filosofia de Habermas.<sup>23</sup> A pretensão de correção nos atos de fala

---

<sup>22</sup> Ver: ALEXY, Robert. E. Hilgendorf, Zur transzendentalpramatischen Begründung von Diskursregeln: Rechtstheorie 27 (1995), pp. 183-200, p. 199. Apud FIGUEROA, Alfonso García. La Teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, 159-186 p. Em especial, conferir nota a pé de página em p. 177. Por sua vez, Alfonso G. Figuerola enquadra a teoria de Robert Alexy como jusnaturalismo (ou não positivismo) débil continental que intenta restaurar a tradição jusnaturalista, mas, com certa debilitação. Segundo Figuerola: “Alexy sostiene una tesis débil de la vinculación del Derecho a la moral... De hecho, sería más apropiado calificar a Alexy como un ‘no positivista’” (Idem: 176). Em nota a pé de página, afirma este autor de referencia: “Alexy se inscribe en la tradición iusnaturalista en el sentido (sólo en este sentido –como subraya el propio autor) de que presupone una naturaleza común en los seres humanos que permite hablar de una forma de vida común de los hombres en el que cobra sentido su teoría del derecho” (Cfr. Alexy, R. “Diskurstheorie und Menschenrechte”, en Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, pp. 127-164, p. 141. Apud FIGUEROA, Alfonso García. Op. Cit. Em especial, p. 176 nota a pé de página).

<sup>23</sup> Habermas expressamente diz: “[...] quero destacar a validade deontológica das normas e as pretensões de validade que erguemos com atos de fala ligados a normas (ou regulativos) como constituindo aqueles fenômenos que uma ética filosófica tem que poder explicar [...] Os fenômenos morais descobrem-se, como procurarei mostrar na parte II, por uma investigação formal pragmática do agir comunicativo, no qual os atores se orientam por pretensões de validade. Deve ficar claro por que a ética filosófica –diferentemente, por exemplo, da teoria do conhecimento- pode assumir sem mais a figura de uma teoria especial da argumentação”. HABERMAS, Jürgen. **Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso**. [S.l., s.n.]: (19--), pp. 62/63. Para contextualizar, sugere-se o trabalho que percorre a evolução da filosofia destacando o giro lingüístico-

ou nas ações comunicativas se sujeita a uma condição de validade, qual seja, à consistência performativa entre o ato e sua mensagem. Um exemplo pode ilustrar o conteúdo: Se se institui uma norma que expressa “é injusto que todo devedor cumpra com sua obrigação a termo” é um discurso que apresenta inconsistência performativa. O mesmo acontece afirmando “o gato está no felpudo, mas não o creio” (é um ato constatativo que apresenta inconsistência). A inconsistência se dá entre as exigências ou a pretensão do discurso e a mensagem expressada (FIGUEROA, 2003: 177).

Todo conhecimento é guiado por determinados interesses (segundo Habermas),<sup>24</sup> que se vinculará com as disposições políticas de determinado momento. Quer dizer: os interesses subjetivos do juiz –quem resolverá o conflito dos princípios em tensão- estarão associados a sua compreensão das disposições políticas de seu momento. Com estes esclarecimentos da teoria de Alexy, a continuação se sustenta sobre a correta função da ponderação para dirimir conflitos carregando um discurso que procura interpretar as premissas teóricas de Alexy para demonstrar as divergências com a proposta de Coase.

#### **4. COMPREENSÃO E FUNÇÃO DA PONDERAÇÃO PARA DIRIMIR CONFLITOS**

É relevante compreender, por um lado, o que significa “ponderar”, e por outro, qual é sua “função”. Em princípio, *ponderar* alude à necessidade de olhar as necessidades alheias e postas em conflito. Requer um exame aprofundado das “necessidades” e de suas relações com as “estruturas”. Não se pode ponderar se não se vincularem estas duas variáveis. A análise das “necessidades” revelará tanto o poder de impotência de um setor particular da sociedade, como o estágio atual de concretização dos Direitos Fundamentais em dita gama social. Esta análise metodológica deverá se vincular, momentaneamente, com as “estruturas” imperantes. Estrutura no sentido de como as “necessidades básicas” são canalizadas institucionalmente.

---

pragmático na filosofia contemporânea, in: MICHELINI, Dorando J. Bien común, discurso y ética pública. **Crítica - Revista de Filosofía**. Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Filosóficos, v. 12, n. 36, ISSN 1413-4004, out. 2007, 357-373 p.

<sup>24</sup> Como destaca Hansen: “[...] ao longo da década de 1960, Habermas escreverá sobre a racionalidade que toma conta da sociedade ancorada no conhecimento científico e na eficiência técnica. A coletânea desses artigos será lançada como livro em 1968, com o sugestivo título de **Técnica e ciência como ideologia**: O que difere a teoria crítica da tradicional é antes de tudo a consciência da relação entre interesse e conhecimento, entre práxis e teoria. A teoria tem de compreender o seu próprio contexto de surgimento, a constelação de interesses que a determinaram previamente, para que não seja vítima desse mesmo contexto (REPA, 2005, p. 11)” (vide HANSEN, Gilvan Luiz. Habermas e o projeto de uma Teoria Crítica da Sociedade. In: MARTINS, C. A.; POKER, J. G.. (Org.). **O pensamento de Habermas em questão**. Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008, v. 1, p. 77-96. Em especial, p. 81).

Como são, em definitiva, digeridas pelo sistema jurídico e social, considerando que lei e ambiente social se entrelaçam. Existe uma relação dialética perpetua entre norma e sociedade, empregando as palavras de Gadamer: um “círculo hermenêutico virtuoso”.<sup>25</sup> Com apoio em Gadamer, norma e sociedade formam parte de um “todo” maior a ser compreendido. Desta forma se verificará a falência ou não do sistema, como um todo, em atender as “necessidades básicas”. Verificar-se-ão os entraves do sistema, o qual conduziria para reconhecer os interesses políticos dominantes em ele. Ponderar conduz a um exame complexo, de profundidade se não filosófica, pelo menos, metodológica dos interesses em conflito. Não se trata de uma simple avaliação dos bens jurídicos tutelados pelos princípios em tensão. A ponderação, assim concebida como complexo recurso metodológico e filosófico, tem que conduzir a revelar em sua maior amplitude possível quais são as “necessidades” em tensão e sua relação sistêmico/institucional em una determinada sociedade. O que não pode se impor simplesmente é o argumento financeiro da disponibilidade de recursos. Isso seria reduzir por completo toda uma teoria, que em nenhum momento Alexy, para fundamentar seus enunciados e premissas teóricas, estreita laços com o direito financeiro. Nem muito menos conceber a ponderação apenas pelas “ganâncias deriváveis” para a produção e eficiência econômica.

Por outro lado, resulta pertinente saber a “função” da ponderação. Ou, antes, para onde nos dirige. O ponto final terá que ser os Direitos Fundamentais. Terá que se configurar um quadro comparativo donde realmente se vislumbre a concretização dos Direitos Fundamentais. Assim é que se poderá saber se o mandato de otimização foi realizado na maior medida possível. A “função” esta dirigida a re-atualizar os Direitos Fundamentais que entraram em conflito – por meio dos princípios. Também, o “maior peso”, ao qual alude Alexy, tem que ser compreendido. Parece indicar que será necessário atender aqueles bens jurídicos mais negligenciados pela política imperante. Se a “ponderação” abre as comportas à argumentação, e por meio desta se revelará a política dominante, então o “maior peso” será dado a aquele bem jurídico violentado por essa política imperante. A aqueles Direitos Fundamentais menos atendidos. Dar-se-á, assim, “maior peso” a estes direitos para cumprir, precisamente, o mandato de otimização do enunciado normativo contido nele. Será atribuído

---

<sup>25</sup> Diz Gadamer: “A regra hermenêutica segundo a qual devemos compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo, provêm da retórica antiga e foi transferida, pela hermenêutica moderna, da arte de falar para a arte de compreender [...] Dessa forma o movimento da compreensão transcorre sempre do todo para a parte e, desta, de volta para o todo. A tarefa é ampliar, em círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido. O critério que cada vez se há de empregar para constatar a justeza da compreensão é a concordância de todas as partes singulares com o todo. A falta dessa concorrência significa o fracasso da compreensão”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: Complementos e índices**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 72.

um maior peso, precisamente, para realização do enunciado normativo na maior medida possível. Isto, porque não se pode olvidar que a teoria de Alexy é uma teoria dos Direitos Fundamentais. Conduz à digna pretensão de refortalecer os Direitos Fundamentais e possibilitar sua concretização, apesar de políticas dominantes e interesses opostos. O resultado final da disputa argumentativa terá que privilegiar aquele Direito Fundamental menos atendido, ou mais esquecido; aquele Direito Fundamental mais violentado, tanto por sua falta de recepção prática na vida institucional como por se encontrar ofuscada sua voz por outros interesses políticos que dominam o jogo na vida Estatal. Se a “ponderação” revelará a política dominante (que se encontrará amparada por um dos princípios em tensão no caso concreto), então o “maior peso” será dado para o princípio oposto, precisamente, por carência de otimização de seu enunciado normativo. Maior medida possível significa atribuir relevância às “necessidades” menos atendidas e privilegiar o poder argumentativo para otimizar o enunciado que contem ditas necessidades.

Alexy, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, coloca a seguinte colisão prática de princípios: “ela se da [colisão de princípios] quando se fala, por uma parte, da obrigação de manter o maior grau possível de aplicação do direito penal e, por outra, da obrigação de afetar o menos possível a vida e a integridade física do acusado. Estes mandatos valem relativamente com respeito às possibilidades fáticas e jurídicas de seu cumprimento...” (ALEXY, 1993: 91).<sup>26</sup> Nas possibilidades fáticas e jurídicas de seu cumprimento se encontra a idéia, que muitos autores mal consideram, de reserva do possível para aplicação do princípio em estado de colisão. Esta premissa alude a considerações de índole lógicas. Jurídicas porque não poderia prevalecer um enunciado que contradiga o mecanismo geral do sistema jurídico. Por exemplo, se existisse um enunciado normativo na constituição Brasileira nos seguintes termos: “a educação não é mercadoria de *troca* e não pode ser objeto de comércio”, então não poderiam se impor regras de mercado em um suposto conflito entre o Direito Fundamental de acesso gratuito à educação e a pretensão de livre comércio alegada pelo dono de um estabelecimento educativo particular. Em este caso hipotético, a pretensão de livre comércio não encontraria possibilidades jurídicas de realização por proibição expressa da Constituição.

Por sua vez, as possibilidades fáticas conduzem à compreensão da realidade, vinculando norma com realidade. Por exemplo, a Constituição do Brasil de 1988 em seu Artigo 4º, parágrafo único, diz literalmente: “...A República Federativa do Brasil buscará a

---

<sup>26</sup> Tradução livre.

integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina...”.<sup>27</sup> Este princípio pode entrar, em um caso concreto, em colisão com outro princípio, como por exemplo, com o enunciado do Art. 219 da Constituição Brasileira de 1988 que literalmente estabelece: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país...”.<sup>28</sup> Assim, não poderia se atribuir maior peso ao princípio do Art. 4º se não existissem pontes ou qualquer caminho de acesso ao país Brasileiro, seja por via área, marítima ou ferroviária. Quer dizer, a integração anelada pelo enunciado do Art. 4º se veria truncada faticamente de ser realizada, porque primeiramente se teriam que construir pontes e vias de acesso ao país Brasileiro. Portanto, seria completamente ilógico atribuir-lhe um maior peso ao princípio contido no art. 4º, em uma situação concreta de conflito com o Art. 219. As possibilidades fáticas são, em definitiva, considerações de ordem puramente lógicas. Não se podem interpretar “possibilidades fáticas” como sendo uma liberdade ou um arbítrio do aplicador na interpretação dos princípios em conflito. A teoria de Alexy não deixa um espaço de “livre arbítrio” ao julgador, que será sempre quem ponderará, dará maior peso, e aplicará ao caso concreto um princípio. Não tem, assim, o julgador liberdade (segundo a teoria de Alexy) para considerar se se dão as condições fáticas ou jurídicas.

As condições fáticas e jurídicas estão predefinidas por uma ordem de lógica pura, no primeiro, pela física da realidade, no segundo, pela lógica deontica jurídica. A ordem jurídica consagra o direito de autodeterminação e liberdade, mas, a ordem lógica dos fatos consagra que ainda tendo o direito de ser livre se alguém se tira do décimo piso de um edifício por que sua autodeterminação anela voar, provavelmente –com certeza lógica- o resultado será a morte. As condições fáticas é a física própria da realidade, consagrada em uma ordem lógica pura que pode ser captado pelo mais mínimo sentido comum. São as leis físicas da natureza, e não uma consideração particular do julgador, quem definirá essas condições fáticas. Há uma ordem física que pode ser reconhecida pela lógica comum e que limita a realização de determinadas pretensões. Como na hipótese referida, a pretensão não era buscar a morte senão sentir o máximo de liberdade possível voando, esta pretensão por uma ordem lógica tem

---

<sup>27</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Atualizada até a emenda const. N° 53 de 19-12-2006. São Paulo: Saraiva, 2007. Concordante: BRASIL. **Decreto n° 350, de 21.11.1991**, promulgou o Tratado de Assunção, que estabeleceu o Mercado Comum entre Brasil, Paraguai, Argentina e Uruguai – MERCOSUL.

<sup>28</sup> Idem. Exemplificando: A colisão enunciada no texto pode se dar entre interesses de uma empresa Argentina que pretenda importar em Brasil produtos que formam parte do universo comercial liberado pelo Mercosul, com a finalidade de que sejam comercializados no mercado interno Brasileiro, com interesses de fabricantes locais que se possam ver afetados por essa liberação e pretendam se amparar em dispositivos de caráter protecionistas à indústria local que limitam o acesso livre ao mercado interno, servindo a norma do art. 219 (referida no texto) de respaldo jurídico.

algumas limitações, que não são esclarecidas pelo sistema jurídico quando consagra o princípio de autodeterminação. O mesmo acontece quando Alexy se refere às possibilidades jurídicas. Se o princípio de liberdade de comércio esta consagrado em um Tratado Internacional, mas Brasil ainda não ratificou esse instrumento legal, exigência para a validade de seus enunciados normativos (consagrada pela Constituição Brasileira),<sup>29</sup> como pelo sistema de direito dos Tratados vigente na ordem internacional, então existe uma impossibilidade jurídica de realizar dito princípio no território Brasileiro, sempre concebendo que esse princípio não estiver contemplado pelo sistema interno (Quer dizer: na hipótese que Brasil não se reconheça como economia de mercado e não permita o livre câmbio de mercadorias).

Na teoria de Alexy, o julgador não definirá as condições fáticas e jurídicas, como se vem sustentando, só indicará as condições mediante as quais um princípio precede ao outro. Assim, literalmente o diz Alexy:

A solução da colisão consiste antes em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelece-se entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, indicam-se as condições mediante as quais um princípio precede ao outro. Baixo outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente (Ibid.: 92).<sup>30</sup>

O conceito de precedência condicionada tem importância fundamental para a compreensão da colisão entre princípios. A fórmula lógica empregada por Alexy (Idem) é a seguinte:

---

<sup>29</sup> En esse sentido: “[...] o Ministro Celso de Mello relatou o seu entendimento quanto às regras que devem ser observadas na incorporação dos tratados ao direito interno: [...] É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à incorporação, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos [...] concluídos pelo Estado brasileiro” (Cfr. BRASIL. STF. ADIN nº 1.480/DF, STF, Rel. Min. Celso Mello, DJU 15.09.1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 jun. 2004. Resenha de: GIANCARLO, Dos Santos. **A Incorporação dos Tratados Internacionais ao ordenamento jurídico Brasileiro na visão do Supremo Tribunal Federal.** Texto confeccionado em 07/06/2004. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=1760>>. Acesso em: 15 nov. 2010. Para tanto, a Constituição Brasileira dispõe em seu Artigo 84, VIII: "Compete privativamente ao Presidente da República celebrar Tratados, Convenções e Atos Internacionais sujeitos ao referendo do Congresso Nacional". Parte da doutrina Brasileira destaca: “Após a celebração, o Presidente da República, respeitando o previsto no Artigo 49, I, remete o tratado para apreciação e aprovação do Congresso Nacional, o que ocorre mediante decreto legislativo, respeitando o disposto no Artigo 59, VI, necessitando, para aprovação, de quórum apropriado conforme seu conteúdo (maioria simples ou absoluta de votos), segundo o artigo 47. Após sua aprovação retorna à competência do Presidente da República para ratificá-lo e promulgá-lo mediante decreto. Neste sentido -quanto ao procedimento de composição de vontade do Estado brasileiro- o Plenário do Supremo Tribunal Federal, manifesto na Carta Rogatória nº 8.279: ‘O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I), e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos do direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto chefe de Estado que é - competência para promulgá-los mediante decreto” (Idem).

<sup>30</sup> Tradução livre.

Tomados em si mesmos, P(1) y P(2) conduzem a juízos concretos de dever ser jurídicos reciprocamente contraditórios: P(1) a 'Está proibido realizar a audiência oral' e P(2) a 'Está ordenado realizar a audiência oral' [...] como símbolo para a relação de precedência se utilizará o signo 'P'. Para as condições perante as quais um princípio precede ao outro, se utilizará 'C'. Há quatro possibilidades de decidir o caso...:

P(1) P P (2)

P(2) P P (1)

(P(1) P P(2)) C (3)

(P(2) P P(1)) C (4).<sup>31</sup>

No caso (1) e (2) são relações de precedência incondicionada. Alexy também as chama de relações “abstratas” ou “absolutas” de precedência. No caso (3) e (4) seria uma relação de precedência condicionada, concreta ou relativa. A questão decisiva, para o objeto desta pesquisa, é saber quais são as condições que dão prevalência a um princípio em detrimento de outro. Estas condições de prevalência, segundo Alexy, serão definidas pela metáfora do “peso”. Agora, o maior peso atribuído a determinadas condições não se consegue sopesando “ganâncias deriváveis” de bens em situações de conflito (como propõe Ronald Coase), nem por uma qualidade subjetiva do julgador, ou por seu poder –em definitiva- de julgar. Prevalecerão as condições “manifestas” que privilegiam a proteção de Direitos Fundamentais. Diz Alexy: “[...] o que importa é se os interesses do acusado no caso concreto tem *manifestamente* um peso essencial maior que o de aqueles interesses a cuja preservação deve servir a medida estatal” (Ibid.: 93).<sup>32</sup> Que se quer dizer com o discurso dos pesos?.

Na teoria de Alexy, o “maior peso” (e não as ganâncias) refere-se a privilegiar aquelas condições mediante as quais se otimiza um Direito Fundamental. Os princípios como mandatos de otimização não mantêm entre si relações absolutas de precedência abstrata, e quando se referem a ações e situações não são quantificáveis economicamente. Alexy através de uma fórmula lógica, e de enunciados lógicos, chega a estabelecer a “lei de colisão” como aquela que conduz, através do estabelecimento de condições concretas de precedência, a uma dogmática diferenciada dos distintos direitos em jogo, evitando uma preferência em termos abstratos e gerais. É evidente que não se pode confundir com uma teoria dos valores que em sua maioria tendem a estabelecer relações abstratas de preferência entre os valores, de forma independente a circunstâncias concretas. Segundo a teoria das condições de preferência, nenhum dos princípios ou valores em colisão perante um conflito intersubjetivo pode

---

<sup>31</sup> Tradução livre.

<sup>32</sup> Tradução livre. O sublinhado no texto me pertence.

pretender uma precedência básica de antemão. Haverá que decidir qual interesse deve ceder, tendo em conta a conformação típica do caso e as circunstâncias especiais do mesmo para otimizar os enunciados que contem Direitos Fundamentais. Há situações de conflito entre determinados bens que não podem se dirimir simplesmente quantificando custos e ganâncias deriváveis de uma determinada decisão (segundo a ponderação que propõe Ronald Coase). Contrariamente, a ponderação correta segundo a dogmática dos Direitos Fundamentais (na ótica de Robert Alexy) sugere otimizar os enunciados normativos que contem Direitos Fundamentais. Para conseguir uma ponderação correta, Alexy formula um enunciado geral teórico: “como resultado de toda ponderação jusfundamental correta, pode se formular uma norma de direito fundamental adjunta com caráter de regra mediante a qual pode ser subsumido o caso” (Ibid.: 98).<sup>33</sup> Como se percebe, a metodologia de ponderação que propõe Robert Alexy diverge substancialmente da forma de ponderar bens em situações de conflito intersubjetivo, como proposta por Ronald Coase.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os esclarecimentos sobre a teoria das externalidades do economista Britânico Ronald Coase e sobre a teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy procuraram demonstrar que existem divergências substanciais na técnica de *ponderação* (elemento comum epistemológico de ambas as teorias) de bens em situações de conflito intersubjetivo, por um lado, como é proposta por Ronald Coase, e por outro, como é proposta por Robert Alexy.

Em Ronald Coase será uma ponderação que privilegie a eficiência e a produtividade econômica podendo deixar-se de lado Direitos Fundamentais, pondera-se segundo as “ganâncias deriváveis” para o processo econômico de produção. Em sentido contrário, com Robert Alexy se praticará uma ponderação que otimize os enunciados normativos que contem Direitos Fundamentais. Utilizou-se um método de observação analítica e reflexão (de tipo dedutivo) das premissas e pressupostos de ambas as teorias, e defendeu-se (como base na crítica de determinados pressupostos da análise econômica do direito) que certos bens da vida organizada socialmente denotam ser uma “necessidade pública”, que se manifestam na “esfera pública” (como por exemplo: educação, saúde, entre outros), e que não formam parte da lógica da eficiência econômica. Esta caracterização se fez para revalorizar a dogmática dos

---

<sup>33</sup> Tradução livre.

Direitos Fundamentais como perspectiva que atende melhor as “necessidades públicas”, a diferença da análise econômica do direito.

O problema que norteou esta pesquisa foi formulado nos seguintes termos: Os discursos econômicos sobre o direito deixam de lado a dogmática dos direitos fundamentais?. Por tudo o desenvolvido neste trabalho, chega-se à conclusão que os economistas estudam corretamente a lei da eficiência econômica, mas quando analisam o direito não se preocupam com a estrutura dos Direitos Fundamentais, ou pelo menos, ficam relegados às ganâncias deriváveis para o processo econômico de produção. Por isso, demonstrou-se que existem divergências substanciais na técnica de ponderação de bens em situação de conflito intersubjetivo entre a ótica da Análise Econômica do Direito (como proposta por Ronald Coase) e a perspectiva da dogmática dos Direitos Fundamentais (segundo Robert Alexy), com o objetivo de re-valorizar o discurso da dogmática dos Direitos Fundamentais para satisfazer determinados bens que integram as “necessidades públicas” emergente da esfera pública.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano Peixoto de. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Atualizada até a emenda const. N° 53 de 19-12-2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. STF. ADIN n° 1.480/DF, STF, Rel. Min. Celso Mello, DJU 15.09.1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 04 jun. 2004. Resenha de: GIANCARLO, Dos Santos. **A Incorporação dos Tratados Internacionais ao ordenamento jurídico Brasileiro na visão do Supremo Tribunal Federal**. Texto confeccionado em 07/06/2004. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=1760>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

CRUZ FERRER, Juan de la. **Principios de Regulación Económica en la Unión Europea**. Instituto de Estudios Económicos, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

FIGUEROA, Alfonso García. La Teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: trota, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1977.

\_\_\_\_\_.- **Verdade e Método II: Complementos e índices.** Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALTUNG, Johan. **Direitos Humanos** – Uma nova perspectiva. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, Arquimédia, 1994 (Coleção: Direito e Direitos do homem).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade, I e II.** Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.

\_\_\_\_\_.- **Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso.** [S.l., s.n.]: (19--).

HANSEN, Gilvan Luiz. Habermas e o projeto de uma Teoria Crítica da Sociedade. In: MARTINS, C. A.; POKER, J. G.. (Org.). **O pensamento de Habermas em questão.** Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008, v. 1, 77-96 p.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

\_\_\_\_\_. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2. ed. Tradução ao Português de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1992.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Traduzida do Alemão por Paulo Quintela. Lisboa. Textos Filosóficos: Edições 70 Lda. (19--).

KAPLAN, Robert S. y NORTON, David P. **Como utilizar el Cuadro de Mando INTEGRAL.** Para implantar y gestionar su estrategia. The Strategy Focused Organization, Ed. Gestión 2000, 2.001.

MICHELINI, Dorando J. Bien común, discurso y ética pública. **Crítica Revista de Filosofía.** Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Filosóficos, v. 12, n. 36, ISSN 1413-4004, out. 2007, 357-373 p.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

SAVATER, Fernando. **La aventura del pensamiento.** Buenos Aires: Sudamericana, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos.** São Paulo: IBET, 2003, 2 v.