

## O QUE SIGNIFICA OTIMIZAR PRINCÍPIOS? UMA PERGUNTA, TRÊS RESPOSTAS, TRÊS PROBLEMAS

WHAT DOES OPTIMIZING COLLIDING PRINCIPLES MEAN? ONE QUESTION, THREE ANSWERS, THREE PROBLEMS

Fernando Leal\*

**Resumo:** Neste trabalho eu argumento ser possível identificar três sentidos diferentes da ideia de otimização como referencial normativo de solução de problemas que envolvem princípios em colisão ao longo da obra de Robert Alexy. Eu chamo esses sentidos de otimização como composição de primeira ordem (ou composição relacionada ao caso), otimização como seleção e otimização como composição de segunda ordem. Eu defendo que cada um desses sentidos pode ser apresentado como uma estratégia de solução racional para problemas de decisão diferentes. Na minha visão, enquanto os dois primeiros sentidos estão relacionados à harmonização de princípios em colisão em casos específicos, o terceiro sentido encontra-se relacionado a considerações dinâmicas exigidas pelas próprias bases do projeto filosófico alexyano de institucionalização da razão. Como conclusão, aponto que, de cada sentido apresentado, uma questão em aberto – que pode ser tratada como um desafio para a teoria dos princípios – surge.

**Palavras-chave:** Princípios. Otimização. Maximização. Não-positivismo. Robert Alexy.

**Abstract:** In this paper, I argue that it is possible to identify three different meanings of the idea of optimization qua normative guide for the solution of colliding principles problems within the works of Robert Alexy. I label these meanings optimization as first-order composition (or case-related composition strategy), optimization as picking, and optimization as second-order composition. I claim that each of these meanings may be conceived as a rational solution strategy for different decision-making problems. In my view, while the two first meanings are related to the harmonization of colliding principles in the case at hand, the third one is related to dynamical analyses required by the very basis of Alexy's institutionalization of reason"philosophical project. As a conclusion, I point out that from each of these meanings, one open question – which can be seen as a challenge to the principle's theory – arises.

**Keywords:** Legal principles. Optimizing. Maximizing. Non-positivism. Robert Alexy.

\* Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Coordenador Adjunto do Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação; Pesquisador do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro; Edifício Luiz Simões Lopes - Praia de Botafogo, 190 - Botafogo, Rio de Janeiro - RJ, 22250-900; farleal@hotmail.com

## Introdução

Mais do que uma simples imagem, a ideia de “otimização” desempenha um papel central na teoria dos princípios de Alexy e, em um sentido mais amplo, no seu próprio projeto de institucionalização da razão. Em sua mais conhecida relação com a teoria, ela aparece como traço distintivo da natureza dos princípios, concebidos por Alexy como comandos para serem otimizados.<sup>1</sup> Por meio dessa construção conceitual, Alexy vincula à natureza da norma, ao mesmo tempo, um método específico de aplicação e um ônus de argumentação.

No primeiro caso, a máxima da proporcionalidade aparece como o instrumental metodológico apto por excelência para conduzir o processo de otimização de princípios em colisão. Isso porque, na teoria dos princípios, a concepção de princípios como comandos para serem otimizados e a máxima da proporcionalidade estão em relação de mútua implicação conceitual. Nas palavras de Alexy, cada submáxima da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) se segue logicamente do caráter de princípio, ou seja, cada uma delas é deduzível desse caráter (ALEXY, 2006, p. 100).

No segundo caso, a concepção de princípios como comandos para serem otimizados exige a superação de um ônus argumentativo, na medida em que impõe ao tomador de decisão que precisa superar colisões entre princípios o dever de buscar a solução que realize cada uma das normas imbricadas na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2006, p. 75). O processo de “ponderação” ou “balanceamento” não se resume, assim, a uma simples atribuição justificada de pesos às razões sustentadas por cada uma das normas imbricadas no caso concreto para que, ao final, possa-se optar não arbitrariamente pela razão “mais pesada” (DWORKIN, 1978, p. 26). Como metáfora representativa do modo de aplicação de princípios colidentes, “ponderar” significa, no sentido apresentado, buscar a melhor harmonização possível entre as normas em tensão tanto relativamente às possibilidades fáticas (o que se busca por meio da aplicação dos exames de adequação e de necessidade) quanto em relação às possibilidades jurídicas (dever relacionado à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito).

A imagem de princípios colocados em relação de tensão, porém, não se esgota no edifício teórico de Alexy como a expressão, em termos normativos, de conflitos concretos entre razões em casos específicos. Ao contrário, é possível encontrar a referência a princípios contrapostos quando Alexy explica e justifica a sua teoria não positivista sobre a natureza do direito. Não se trata, nesse ponto, de somente afirmar, como Dworkin (1978, p. 41 e ss), que princípios, como padrões morais de tomada de decisão, são normas jurídicas e que, por isso, o direito necessariamente inclui elementos morais entre os critérios de validade. Para Alexy, a tese de que o direito alberga necessariamente tanto uma dimensão fática ou real quanto uma dimensão ideal ou crítica e a própria justificação do

<sup>1</sup> Não privilegiarei, neste texto, a expressão “mandamentos de otimização”, apesar de sua ampla divulgação, em razão do refinamento feito por Alexy após reconhecer a correção das objeções de Aarnio e Sieckmann sobre a necessidade de diferenciar o objeto da otimização (princípios) do próprio comando de otimização (uma meta-regra de decisão). Como resposta às críticas, Alexy, (2000, p. 300) introduz a distinção entre comandos de otimização e comandos para serem otimizados (princípios).

caráter necessário do direito como instituição social pode ser explicada a partir da exigência de composição entre os princípios da justiça e da segurança jurídica (ALEXY, 2009, p. 159). E, para o autor, “[a] tese da dupla natureza exige a colocação dos dois princípios na relação correta.” (ALEXY, 2009, p. 159). Aqui mais uma vez a metáfora da harmonização de princípios concorrentes aparece. Mas, dessa vez, não como a expressão de um dever de busca pela satisfação de reclames por correção em casos pontuais. Ao contrário, Alexy (2009, p. 159) indica explicitamente que, no caso da adequada composição entre a facticidade e a idealidade exigida pela tese da dupla natureza do direito, pode-se falar em uma “correção de segunda ordem” (*Richtigkeit zweiter Stufe*). E, para ele, a correção de segunda ordem é uma questão de sopesamento (ALEXY, 2010, p. 174).

Como se percebe, a referência a relações de tensão entre princípios e à necessidade de composição dessas colisões aparece em dois níveis distintos: como um problema de definição de cursos concretos de ação e como um problema moral mais amplo a partir do qual uma concepção sobre a natureza do direito é justificada. O argumento que pretendo desenvolver neste trabalho é o de que, nesses níveis, a ideia de otimização como referencial normativo para a superação desses problemas aparece em *três* momentos e, em cada um deles, com um *sentido diferente*. Identificar esses sentidos parece-me crucial para entender mais precisamente como o ideal regulativo de otimização pretende efetivamente funcionar na teoria dos princípios. Com outras palavras, o que pretendo é investigar o que exatamente prescreve a regra que determina a otimização de princípios (os comandos a serem otimizados). Para tanto, explorarei algumas conexões entre a racionalidade jurídica e a racionalidade econômica pressupostas por Alexy quando ele se refere aos processos de aplicação de princípios (ALEXY, 1995, p. 169)<sup>2</sup> para buscar correlacionar os sentidos de otimização a possíveis soluções racionais diferentes para problemas de decisão diferentes. Eu chamarei esses sentidos de “otimização como composição de primeira ordem”, “otimização como seleção” e “otimização como composição de segunda ordem”. Os próximos tópicos deste trabalho estão estruturados exatamente em torno de cada um desses rótulos. No final, concluo com possíveis objeções que podem ser feitas à teoria dos princípios em razão de cada um dos sentidos identificados.

## **1 Otimização como composição de primeira ordem (ou estratégia de composição relacionada ao caso concreto)**

Princípios são definidos como comandos para serem otimizados porque são normas que podem ser realizadas em diferentes graus, na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas (*i.e.* as circunstâncias do caso) e jurídicas (*i.e.* considerando as demais regras e princípios incidentes no caso) (ALEXY, 2006, p. 75-76). Para os casos de colisão entre princípios, a definição indica que a solução preferível do ponto de vista da própria natureza da norma é a que realiza cada um dos princípios colidentes na maior medida possível. E, como já anunciado, a proporcionalidade cumpre

<sup>2</sup> Nas palavras do autor: “[a] conceituação de princípios como mandamentos de otimização leva na verdade à inclusão de critérios do campo da racionalidade econômica no direito – e este é exatamente o sentido.”

o papel de orientar metodologicamente essa composição. Para Alexy (2006, p. 101), os exames de adequação e de necessidade dizem respeito à otimização relativamente às possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito está relacionada à otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Mas, apesar de relacionadas a aspectos diferentes de problemas normativos, todas as sub-regras da proporcionalidade são expressões da ideia de otimização (ALEXY, 2011, p. 4). Nesse momento, focarei a otimização de princípios em colisão relativamente às possibilidades *fáticas*.

Nesse ponto é possível identificar o primeiro sentido de otimização pressuposto pela teoria dos princípios. Otimizar, no contexto da realização de princípios colidentes relativamente às possibilidades fáticas, significa buscar a melhor composição possível entre as normas em tensão, consideradas todas as circunstâncias, em um caso concreto. Trata-se, por isso, de uma estratégia de decisão de primeira ordem voltada à *maximização* de objetivos que se encontram imbricados em uma situação específica. Em uma linguagem mais comum no âmbito da teoria da decisão e da microeconomia, o ideal normativo que orienta a solução da colisão exige a seleção da alternativa decisória (que, nesse caso, está relacionada à *medida* a ser implementada), cujos efeitos são capazes de realizar, na maior medida possível, os dois objetivos (*i.e.* princípios)<sup>3</sup> em relação de tensão. A solução ótima é, nesse sentido, a solução do tipo *first best* para o caso concreto,<sup>4</sup> entendida como a solução que realiza ambos os princípios na medida do máximo possível.<sup>5</sup> Esse primeiro sentido fica evidente quando Alexy recorre ao conceito de “ótimo de Pareto” para explicar como as interações entre meios e fins (*i.e.* princípios) podem ser compreendidas nos níveis da adequação e da necessidade. No final, o tipo de composição entre princípios que se busca é aquele em que uma posição não pode ser melhorada sem causar prejuízos para a outra (ALEXY, 2011, p. 4).

A composição preferível entre princípios colidentes depende, assim, do modo como a medida cuja legitimidade se aprecia no caso concreto é capaz de realizar determinados objetivos jurídicos relevantes com os menores custos possíveis para outros objetivos jurídicos relevantes que possam ser afetados, caso a medida venha a ser implementada. Limita-se, portanto, ao universo disponível de medidas a possibilidade de otimizar os princípios relativamente às possibilidades fáticas. Isso se extrai claramente da análise dos roteiros de argumentação subjacentes aos exames de adequação e de necessidade.

No primeiro exame, busca-se aferir a aptidão da medida sob consideração para promover ou fomentar a finalidade por ela visada (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 36). Se, por exemplo, o estado de coisas buscado é promover o direito à saúde e o meio-ambiente saudável e equilibrado consagrados constitucionalmente, a proibição de importação de pneus usados revela-se uma me-

<sup>3</sup> Não há maiores problemas em tomar princípios como objetivos se se assume o caráter eminentemente teleológico dessas normas e do tipo de raciocínio necessário para se justificar a realização, a partir da implementação de medidas concretas, dos estados de coisas a eles vinculados. Sobre o tema, Leal (2014b, p. 196 e ss.) e também Sieckmann (1990, p. 78).

<sup>4</sup> Sobre esse sentido, ver Farnsworth (2007, p. 48).

<sup>5</sup> A busca pela solução ótima tem sido usada como base para críticas que pretendem vincular à teoria dos princípios a existência de uma única resposta correta. A transposição da racionalidade econômica e da figura do “ótimo de Pareto” para o direito pode ser problematizada na medida em que leva a crer que existe um ponto de ótimo a ser perseguido em cada caso, que essa busca é sempre racionalmente justificável (e não, por exemplo, a seleção, em algumas hipóteses, de respostas satisfatórias), que esse ponto ótimo pode ser identificado e que os participantes do discurso jurídico se deixam efetivamente orientar pela busca desse objetivo. Sobre essas críticas, ver Schuartz (2005, p. 195 e ss.). Também, sobre o problema e possíveis respostas às objeções, ver Leal (2014a).

dida no mínimo potencialmente capaz de contribuir para a realização daqueles dois objetivos.<sup>6</sup> Ela pode, portanto, ser considerada uma medida *adequada* para o alcance das finalidades que se busca realizar por meio da sua implementação. Fosse outro o caso – e, portanto, fosse a medida inapta para ao menos promover a finalidade por ela visada, ou seja, *inadequada* –, deveria ser considerada inválida na medida em que não realiza os princípios envolvidos no caso na maior medida possível. A explicação é simples. Dada a colisão, é possível pressupor que potenciais promoções e restrições de objetivos juridicamente relevantes estão em jogo. Há, com outras palavras, ganhos e perdas. Mas, se após uma análise mais apurada no plano da adequação constata-se que não há ganhos possíveis (porque a medida simplesmente não é capaz de sequer promover os fins por ela almejados), é porque apenas restam as perdas. E a situação em que não há ganhos ou perdas, relacionada diretamente à exclusão da medida “do mundo”, torna-se “superior de Pareto” relativamente à situação em que somente há perdas (ALEXY, 2006, p. 103), o que já bastaria para a reprovação da medida no exame de adequação. É possível, assim, pensar em alternativas de decisão diferentes no caso que podem levar a uma realização maior ou menor dos princípios colidentes, visto que deve ser considerada preferível a alternativa ótima no sentido anteriormente apresentado.

Embora o tipo de justificação teórica subjacente à submáxima da adequação seja complexo, na prática são raros os casos em que uma medida pode ser considerada efetivamente inadequada. No geral, como destaca o próprio Alexy (2011, p. 5), as medidas escolhidas pelo Legislador fomentam em alguma medida os objetivos por ele perseguidos. Isso reduz o significado prático do dever de adequação (ALEXY, 2011, p. 5), o que desloca para o dever de *necessidade* o protagonismo no processo de otimização de princípios em colisão relativamente às possibilidades fáticas.

No plano da necessidade há uma espécie de cotejo virtual de medidas. Nesse nível, o que se busca saber é se, dada a medida sob consideração (vamos chamá-la de  $M$ ), não existe nenhuma outra medida igualmente adequada a  $M$  cuja implementação implique *menores* restrições ao objetivo afetado pela eventual aplicação de  $M$ . Há, portanto, duas etapas relacionadas ao cotejo entre meios no plano da necessidade. Em um primeiro momento, é preciso saber se a medida alternativa é pelo menos igualmente adequada a  $M$ ; em um segundo momento, o que se busca saber é se a medida alternativa, se implementada, é capaz de restringir com menor intensidade o princípio afetado. Se houver, portanto, uma medida  $M_x$  que seja tão eficaz quanto  $M$  para atingir o fim por ela visado, mas que restrinja menos o objetivo afetado, é porque  $M$  não é uma medida necessária (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 38). Se se pensar no caso de uma celebridade que não quer ver suas fotos publicadas em revistas de fofocas e pede, em juízo, a proibição da divulgação de sua imagem em *qualquer* contexto, é preciso saber se, dada a adequação da medida pedida pela celebridade, não existe alguma medida alternativa capaz de tutelar a privacidade e a intimidade da pessoa com a mesma intensidade da proibição absoluta de publicação, mas que restrinja menos liberdades, como as de imprensa e exercício de profissão de *paparazzi*. Se essa outra medida existir, é porque a implementação da medida sugerida implica custos excessivos para determinados direitos fundamentais, já que é possível pensar

<sup>6</sup> Exatamente o que se discutiu na ADPF n. 101, nos termos do voto da Ministra Relatora.

em alguma outra medida que garanta os mesmos benefícios a certos direitos, mas com sacrifícios menores a outros (ALEXY, 2006, p. 102 e ss). Essa medida alternativa seria, portanto, “superior de Pareto” em relação à anterior. Isso já seria suficiente para que se afirmasse ser *M* uma medida desnecessária. Nada obstante, se não fosse possível conceber nenhuma outra medida capaz de melhorar a posição de um dos princípios envolvidos sem piorar a do outro, é porque se estaria diante de uma composição “ótima de Pareto”.

Como se nota nos dois exames – mas, sobretudo, no plano da necessidade –, a imagem de otimização está relacionada à melhor composição possível *para o caso concreto* entre duas normas colidentes (nos termos de uma distribuição “ótima de Pareto”) e à possibilidade de realização *parcial* de cada um dos objetivos colidentes. Como indica Alexy (2011, p. 5), a otimização relativa às possibilidades fáticas consiste em evitar custos evitáveis.<sup>7</sup>

## 2 Otimização como seleção

Quando se pensa na ponderação propriamente dita, um dos pressupostos do sentido de otimização relativamente às possibilidades fáticas, como se verá, deixa de existir. E isso é suficiente para que se possa reconhecer um segundo sentido por trás da prescrição do comando de otimização vinculado à natureza dos princípios.

A realização dos princípios em colisão relativamente às possibilidades *jurídicas* ocorre no plano da proporcionalidade em sentido estrito. Diferentemente, contudo, do que ocorre na aplicação das sub-regras da adequação e da necessidade, a aplicação dos roteiros argumentativos atrelados à terceira etapa do exame de proporcionalidade não admite a possibilidade de realização *parcial* dos objetivos em tensão. Quando princípios colidem, custos são *inevitáveis* (ALEXY, 2011, p. 6). Porque a consideração da medida cuja legitimidade se aprecia já foi superada, resta apenas o confronto efetivo entre os princípios, cuja solução, nos termos da lei de sopesamento (*Abwägungsgesetz*), deve-se orientar na seguinte regra de decisão: quanto maior o grau de não realização ou restrição de um princípio, maior deve ser a importância da realização do outro (ALEXY, 2006, p. 146). Como se percebe, os resultados possíveis relacionados à aplicação dessa regra levam, no fim do dia, apenas à proporcionalidade ou não da restrição concreta. Não há, nesse passo, um “meio termo” capaz de rearranjar as relações de perdas e ganhos entre os princípios envolvidos. Não há, com outras palavras, a possibilidade de realizar um pouco, ou em diferentes graus, cada um dos princípios colidentes. Otimizar, nesse caso, significa apenas optar justificadamente por uma entre duas alternativas reciprocamente exclu-

<sup>7</sup> Um problema facilmente apontável relacionado ao emprego do conceito de “ótimo de Pareto” para orientar normativamente as colisões de princípios se localiza na aparente inaptidão da teoria dos princípios para lidar com situações do tipo “Pareto incomparáveis”, muito comuns quando se pensa em mudanças de políticas que afetam e restringem objetivos jurídicos. Essas situações ocorrem quando a implementação de uma medida alternativa pode “melhorar” a situação de um dos princípios envolvidos, ainda que ela não leve a uma situação “superior de Pareto” em relação à distribuição inicial de perdas e ganhos entre os princípios envolvidos ou mesmo em relação a uma situação em que um terceiro princípio possa ser afetado em razão da mudança de políticas. Uma das vantagens anunciadas do uso do critério de eficiência de Kaldor-Hicks é a sua aptidão para acomodar situações para as quais o critério de eficiência de Pareto não é capaz de levar a uma decisão justificada, incluindo a dificuldade real de aplicação da noção de superioridade de Pareto. Sobre o tema, ver Posner (2007, p. 13).

dentos: pelo reconhecimento ou não de que a intensidade de restrição a um princípio é compensada relativamente à importância da realização do outro que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 40).

Dessa forma, ao contrário do que a otimização relativamente às possibilidades fáticas pressupõe, a otimização de princípios em relação às possibilidades jurídicas não admite alguma hipótese de composição parcial entre as normas envolvidas. O único ponto de contato entre ambas se limita à expressão de uma estratégia maximizadora para a solução de casos específicos, consideradas todas as circunstâncias do problema. Visto rigorosamente, é inclusive questionável se, no presente caso, realmente se pode falar em otimização relativa às possibilidades jurídicas como algo diferente de uma simples imagem alusiva a razões em relação de tensão, já que, segundo Alexy (2000, p. 299), a ideia de otimização exige que alguém possa ajustar o seu comportamento ao que prescreve uma norma em graus diferentes, *i.e.*, com amplitudes maiores ou menores.

### 3 Otimização como composição de segunda ordem

O terceiro sentido de otimização identificável no edifício teórico de Alexy nos tira dos processos de justificação de relações de preferência condicionada entre princípios em casos concretos e nos leva diretamente à concepção do autor sobre a natureza do direito e o seu projeto teórico. Saímos da prática e nos movemos para as próprias bases do direito, no âmbito das quais a ponderação desempenha um papel fundamental (ALEXY, 2010, p. 174).

O projeto teórico de institucionalização da razão sugere uma maneira específica de se encararem as relações entre direito e moral e uma determinada conformação político-institucional como o ambiente ótimo para a realização da correção prática na subidealidade do real (ALEXY, 2009 p. 159 e ss.; ALEXY, 1999, p. 33 e ss.). A justificação desse argumento parte da tese de que o direito compreende uma dupla natureza: uma ideal, que vincula o direito com a moral, e outra factual, que se exprime por meio da produção autoritativa do direito e da sua eficácia social (ALEXY, 2010, *passim*). Ambas as dimensões dizem respeito, respectivamente, aos ideais de justiça e de segurança jurídica (ALEXY, 2010, p. 174).<sup>8</sup> Essas dimensões estão, ao mesmo tempo, em uma relação de *complementaridade*, na medida em que são os limites da dimensão ideal que justificam, como reclames da própria ideia de correção moral, a necessidade da positividade do direito, e em uma relação do tipo *trade-off*, visto que quanto maior é a ênfase dada a uma dimensão, menor tende a ser o papel efetivamente cumprido pela outra nos processos de produção e aplicação do direito.

#### 3.1 A tese da dupla natureza do direito: uma breve apresentação

O ponto central da concepção não positivista do direito está na defesa de que o direito ergue necessariamente uma *pretensão de correção*. No projeto alexyano, a determinação do sentido

<sup>8</sup> Ver, também, Alexy (2008, p. 293).

de correção está intrinsecamente conectada com a concepção procedimental sobre a racionalidade prática em que se ampara a teoria do discurso (ALEXY, 2010, p. 172). Para uma análise sobre o sentido de otimização por trás da estratégia de justificação da necessidade do direito, porém, a teoria do discurso é muito mais importante pelos seus problemas do que pelos possíveis méritos que poderiam justificar uma preferência por essa concepção ética. Isso porque, por mais que a teoria do discurso possa garantir algum nível de racionalidade para a formulação de juízos práticos, a efetiva dificuldade de implementação dos seus pressupostos ideais de operacionalização limita sobremaneira o seu papel para resolver definitivamente problemas morais concretos. Em primeiro lugar, nada garante – mesmo no plano ideal – que o desenvolvimento de um discurso sob condições ideais de deliberação<sup>9</sup> leve sempre a uma única resposta correta. Além disso, há problemas de implementação e observância dos resultados de discursos práticos e dificuldades para garantir o alcance dos níveis desejáveis de organização interindividual para a satisfação de certas exigências morais (ALEXY, 2009, p. 156-158). Essas limitações do discurso ideal, aliadas aos constrangimentos que caracterizam o desenvolvimento de discursos reais (como tempo e conhecimento limitados e limitada capacidade para a troca de papéis),<sup>10</sup> exigem o estabelecimento de procedimentos juridicamente regulados considerados indispensáveis para a garantia de alcance de decisões e do seu cumprimento (*enforcement*) (ALEXY, 2010, p. 173). A dimensão real do direito, *i.e.*, a sua positividade, é, como produto desse esforço de justificação, uma necessidade moral para evitar os custos da anarquia e da guerra civil e, ao mesmo tempo, para alcançar as vantagens da coordenação e da cooperação sociais (ALEXY, 2010, p. 173).

Mas o fato de a própria existência do direito positivo ser moralmente justificada não afasta da realidade do direito a exigência de correção. As decisões concretas que são tomadas no âmbito de um sistema jurídico específico continuam aspirando a ser moralmente corretas, ainda que essa pretensão nem sempre seja realizada em nome, por exemplo, de exigências de segurança jurídica. Esse poderia ser o caso em que, mesmo diante de razões potencialmente capazes de derrotar uma regra claramente incidente, opta-se pela aplicação da norma como forma de garantir o seu caráter autoritativo. Casos como este apenas mostram como, na expressão de Alexy, justiça e segurança podem colidir em situações específicas. Mas, como ambos estão intrinsecamente vinculados à natureza do direito, não há como um prevalecer completamente. Para Alexy (2010, p. 174), decorre da dupla natureza do direito a necessidade de mantê-los na proporção correta; e quando essa proporção é atingida, alcança-se a harmonia em um sistema jurídico.

A referida harmonização entre os dois ideais vinculados à dupla natureza do direito exige uma maneira específica de determinar as relações entre direito e moral para a identificação do direito válido em uma certa ordem jurídica e um arranjo político-institucional determinado. No primeiro caso, Alexy (2009, p. 159) apresenta a fórmula de Radbruch como o primeiro passo para a institu-

<sup>9</sup> De acordo com Alexy (2009, p. 157), “[...] o discurso prático ideal em todos os aspectos é definido pela busca de uma resposta para uma questão prática sob as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e completa ausência de coerção na direção da produção de completa clareza linguístico-conceitual, completa informação empírica, completa capacidade e disposição para a troca de papéis e completa imparcialidade.” A suposição dessas condições é uma simples ideia regulativa.

<sup>10</sup> Para Alexy (2009, p. 157), “[...] discursos práticos reais são definidos pela busca, em seu âmbito, de uma resposta para questões práticas sob as condições de tempo limitado, participação limitada e limitada ausência de coerção com limitada clareza linguístico-conceitual, informação empírica limitada, capacidade limitada para o câmbio de papéis e imparcialidade limitada.”

cionalização da razão.<sup>11</sup> No segundo, o autor apresenta um modelo normativo de organização do poder político que comunga uma concepção deliberativa de democracia, o reconhecimento de direitos fundamentais e a previsão de jurisdição constitucional (ALEXY, 2009, p. 161-163). Esse arranjo é chamado de “constitucionalismo democrático”. Ambos os elementos são complementados, ainda, pelos ditames de uma teoria da argumentação jurídica e pelas ferramentas metodológicas oferecidas pela teoria dos princípios para garantir a maior racionalidade possível, dentro do sistema jurídico, para a construção de relações concretas de prioridade entre princípios (ALEXY, 2009, p. 163 e ss.). Essas seriam as condições consideradas pelo modelo teórico como necessárias – e que, portanto, funcionariam como ideais regulativos – para a maior realização possível da correção prática na realidade. A aproximação entre real e ideal é, portanto, não só pressuposta mas possível, mas como crucial para a realização da correção (ALEXY, 2009, p. 157).

### 3.2 A institucionalização do direito como a solução de segunda ordem para um problema de decisão

A institucionalização do direito nos moldes sugeridos pelo projeto de institucionalização da razão é, como visto, uma necessidade para a realização da correção prática diante de limitações próprias dos discursos ideais e da impossibilidade de realização, nas condições subideais da realidade, dos seus pressupostos. Reconhecer a facticidade do direito sem descartar os reclames por correção torna-se, assim, um caminho para permitir a maior realização possível de exigências morais ao longo do tempo, dados os constrangimentos *reais* a que se submetem tomadores de decisão quando precisam resolver problemas práticos específicos. Não se trata aqui, por isso, de lidar com a realização de objetivos jurídicos *on the spot*, como ocorre no processo de aplicação das sub-regras da proporcionalidade. Uma maneira que me parece plausível de reconstruir o que está em jogo, ao contrário, é pensar que, nesse ponto, o projeto teórico de Alexy está preocupado com a criação de condições para que *dinamicamente* valores necessariamente vinculados ao conceito de direito que estão – ainda que potencialmente – em relação de tensão (justiça e segurança) possam ser realizados na maior medida possível, considerados os custos envolvidos para a tomada de decisões corretas e as chances de erro vinculadas à busca pelas melhores respostas em qualquer problema prático em um mundo repleto de limitações. Se essa reconstrução puder ser colocada como um problema de decisão racional dentro da teoria, a composição entre os dois princípios (ou, em um sentido a ser apresentado, a *otimização* entre eles) emerge como uma espécie de decisão de segunda ordem que ergue a pretensão de funcionar como resposta para lidar com as dificuldades concretas de realização de um ideal de correção. Essa leitura me parece plausível na medida em que Alexy, além de admitir a inserção da racionalidade econômica do direito ao conceituar princípios como comandos para serem otimizados, recorre à imagem de princípios em colisão para justificar a necessidade do direito, a fórmula de Radbruch e o que ele chama de “constitucionalismo democrático” e

<sup>11</sup> A fórmula de Radbruch permite que, em nome da segurança, mesmo normas com defeitos morais possam ser consideradas válidas, já que a perda da validade apenas acontece em casos de injustiça extrema. Em sua expressão resumida, a fórmula prescreve que “injustiça extrema não é direito”.

se refere a uma correção de segunda ordem para justificar a conexão necessária entre justiça e segurança com a própria ideia de direito (ALEXY, 2010, p. 174).

Uma decisão de segunda ordem pode ser definida como uma decisão sobre a estratégia apropriada para reduzir os problemas associados com a tomada de decisões de primeira ordem (SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT, 2000, p. 187). Dado o conceito, parece-me possível conectar, no plano da metodologia do projeto filosófico de Alexy, as decisões de primeira ordem com aquilo a que o autor chamou de correção de primeira ordem, *i.e.*, com a tomada de decisões práticas em um ambiente ideal (ALEXY, 2010, p. 174), e o projeto normativo de institucionalização da razão com a correção de segunda ordem, *i.e.*, com a solução para reduzir os custos relacionados às dificuldades intrínsecas e de implementação real das condições necessárias para o empreendimento de discursos ideais. Porque a busca incessante por decisões corretas, em cada problema singular, em um mundo subideal, elevaria excessivamente custos de decisão e de erro, busca-se uma solução que permita, ao longo do tempo e, assim, da solução de diversos casos, a maior realização possível da correção com os menores custos. Como visto, para Alexy, essa é uma resposta que exige um (meta)sopesamento entre os princípios da justiça e da segurança.

Até este ponto, parece possível diferenciar o sentido de otimização por trás da institucionalização da razão como resposta para um problema de decisão que envolve princípios em colisão dos sentidos anteriores de otimização, com base nos níveis diferentes em que cada tipo/problema decisório está colocado. Enquanto a otimização de princípios relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas se apresenta como referencial normativo para a composição de colisões em eventos determinados (*i.e.*, um critério de maximização direta de objetivos em tensão orientada para o caso), a otimização dos princípios mais fundamentais vinculados à natureza do direito aparece vinculada à solução para um típico problema decisório de segunda ordem. Além disso, o presente sentido de otimização refere-se a uma estratégia de maximização *indireta* dos ideais de justiça e segurança, na medida em que não negligencia os custos de decisão e de erro envolvidos nos processos não ideais de tomada de decisão (VERMEULE, 2005, p. 608). Otimizar aqui significa, portanto, maximizar dinamicamente considerando limites, como custos, e não simplesmente buscar a melhor resposta para um caso específico consideradas todas as circunstâncias fáticas e jurídicas do problema (VERMEULE, 2005, p. 610).<sup>12</sup> Nesse terceiro sentido, o ideal de otimização significa maximização global à luz de condições limitadoras.

---

<sup>12</sup> A principal diferença entre as duas estratégias de maximização está no ponto de parada para o desenvolvimento de novas cadeias de argumentos e/ou para a busca de mais informação. Enquanto nas estratégias de maximização direta (o que, a meu ver, está por trás do que chamei de otimização como composição de primeira ordem) a busca por novos dados e argumentos ocorre sem a consideração dos custos envolvidos nos próprios processos de busca por mais argumentos e dados e, ainda, as chances de erro no processamento desses dados, nas estratégias de maximização indireta (aquelas que, a meu ver, estão por trás do que chamei de otimização como composição de segunda ordem) a busca por novos dados e argumentos ocorre até o ponto em que os custos por esses elementos se equiparam ou excedem os benefícios esperados de informações ou opções adicionais.

## Conclusão

Já se disse que o século XX, sobretudo em sua parte final, pode ser rotulado como o “século da cultura de otimização” (BRUNO, 2010, p. 37). Fora dos escritos sobre *Law and Economics*, a concepção de princípios como mandamentos de otimização parece ser o reflexo mais proeminente, no campo da teoria do direito, desse movimento. Mas os ecos dessa cultura não se fazem notar apenas pela vinculação da ideia de otimização à natureza das normas-princípio. A manutenção do foco da teoria dos princípios na estrutura da ponderação e o refinamento cada vez maior de ferramentas metodológicas destinadas a orientar os processos de composição de princípios colidentes também revelam como o desenvolvimento e a aplicação de técnicas de otimização reverberaram no direito no contexto da referida cultura.

No trabalho de Robert Alexy, a ideia de otimização aparece como referencial normativo no qual processos de fixação de relações de preferência condicionada entre princípios devem se orientar. Isso não significa, porém, que a palavra otimização tenha invariavelmente o mesmo sentido quando se refere à possibilidade de composição de tensões entre princípios nos diversos contextos sugeridos pelo amplo edifício teórico do autor. Ao longo deste trabalho, argumentei que o conceito de otimização pode expressar três deveres diferentes para a harmonização de dois ou mais princípios em colisão. Em primeiro lugar, ele pode se referir a um dever de composição de primeira ordem que expressa o referencial de uma estratégia maximizadora de decisão. Esse é o caso quando os exames de adequação e de necessidade, no plano da proporcionalidade, entram em cena. Em segundo lugar, a ideia de “otimização de princípios” pode ser uma metáfora vazia cujo papel é simplesmente desvelar o fato de que o tomador de decisão deve escolher uma de duas opções mutuamente excludentes, já que a realização parcial dos objetivos em tensão não é possível. Isso acontece quando se alcança o nível da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, maximizar os objetivos colidentes no caso concreto significa apenas decidir se as intervenções causadas em determinados princípios são ou não compensadas pela possível realização de outros. Finalmente, quando a imagem da otimização de princípios está relacionada ao projeto de investigação da natureza do direito e entra como base de justificação tanto da necessidade da institucionalização do direito quanto do constitucionalismo democrático e da fórmula de Radbruch, passa-se a vincular à ideia de otimização a busca por uma estratégia de maximização *indireta* entre justiça e segurança.

Cada um desses sentidos está relacionado a um problema diferente de decisão. Nos dois primeiros casos, a decisões de primeira ordem em que são consideradas todas as circunstâncias para o alcance da melhor resposta possível para o caso; no terceiro, a uma decisão de segunda ordem sobre como lidar globalmente com um conjunto de problemas considerando os limites típicos da tomada de decisão sob condições não ideais. Compreender alguns pontos da teoria dos princípios e da concepção de Alexy sobre a natureza do direito nessa perspectiva pode ser um campo frutífero para a defesa e a crítica de certas teses que pressupõem determinadas condições de racionalidade de tomadores de decisão equiparáveis a agentes econômicos para a justificação de decisões jurídicas.

Para concluir, gostaria de levantar três possíveis objeções atreladas a cada um dos três sentidos de otimização identificados. Em relação à otimização como composição de primeira ordem, parece ainda pouco claro como a teoria dos princípios pode lidar com as dificuldades de aplicação do critério de “eficiência de Pareto” no mundo real.<sup>13</sup> No nível do que chamei de otimização como seleção, parece-me altamente contestável ser realmente possível falar em otimização quando o que está em jogo é a realização de princípios colidentes relativamente às possibilidades jurídicas (a ponderação propriamente dita), dada a visão de Alexy sobre otimização, que pressupõe a possibilidade de realização parcial dos objetivos envolvidos.<sup>14</sup> Finalmente, quando se pensa em otimização como método de justificação das concepções de Alexy sobre a definição das relações entre direito e moral nos sistemas jurídicos e sobre um determinado arranjo jurídico-institucional, dois problemas parecem emergir. Em primeiro lugar, parece questionável como a concepção de racionalidade instrumental pressuposta pela teoria pode acomodar opções decisórias concretas não orientadas na maximização de objetivos (notadamente estratégias *satisfatórias*, que também podem ser consideradas racionais em cenários em que os custos subjacentes à busca por mais informações e mais opções decisórias podem ser altos, mesmo proibitivos).<sup>15</sup> Em segundo lugar, dado que diversas condições contrafactuais que funcionam como ideais regulativos para a formulação do desenho institucional e para a justificação de decisões jurídicas em ambientes reais não são por definição realizáveis, é altamente questionável se a busca constante pela aproximação de um ideal – entendido especificamente como o alcance de um equilíbrio entre justiça e segurança normativamente orientado pelo conceito de “ótimo de Pareto” – faz realmente sentido. Isso porque, mais uma vez, dadas as limitações típicas da realidade que impedem o alcance de uma das condições para o resultado ótimo (entendido como *first best*, considerados os limites do mundo real), não necessariamente investir recursos para aproximar o real do ideal levará à melhor realização possível dos objetivos perseguidos por Alexy em seu projeto teórico. Pensar em um mundo ideal seja talvez irrelevante, sequer desejável. A busca por satisfazer algumas ou mesmo todas as condições ideais que, por definição, são inatingíveis pode não ser a resposta que se segue imediatamente após a resposta ideal ou ser até pior do que simplesmente não fazer nada (FARNSWORTH, 2007, p. 30). Esse é o coração do teorema geral para a construção de soluções *second-best* para a formulação de políticas ou o desenho de instituições (LIPSEY; LANCASTER, 1956-1957, p. 12).<sup>16</sup> Se ele pode ser levado a sério, talvez seja o caso de nos perguntarmos se o melhor cenário possível para a realização da correção prática no nosso mundo real não está em algum outro lugar.

<sup>13</sup> Ver supra, nota 6.

<sup>14</sup> A respeito, ver seção 2, supra.

<sup>15</sup> Ver, a respeito, os clássicos trabalhos de Simon (1955). Um alerta sobre esse último ponto pode ser encontrado em Schartz (2005, p. 199 e ss.) e, ainda que não diretamente direcionado contra a teoria de Alexy, em Vermeule (2005).

<sup>16</sup> Sobre o tema, ver, também, Coram (1996) e Ulen (1998, p. 220), para quem “[...] the possibility of second-best effects should temper claims of general efficiency within the legal system. Because we are unlikely to perceive all the second-best effects of legal rules, we ought to be content to see only as far as we can and make more circumspect claims about the efficiency-enhancing aspects of our economic analysis of legal rules and institutions.”

## Referências

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 198, p. 23-50, 2002.
- ALEXY, Robert. Grundrechte und Verhältnismäßigkeit. In: SCHLIESKY, Utz; ERNST, Christian; SCHULZ, Sönke E. (Org.). *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.
- ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *ARSP*, v. 95, i. 2, p. 151-166, abr. 2009.
- ALEXY, Robert. Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: [s.n.], 1995. p. 165-174.
- ALEXY, Robert. My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason. In: WINTGENS, Luc J. (Org.). *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*. Dordrecht; Boston; London: Kluwer, 1999.
- ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, i. 4, p. 433-449, Dec. 2003.
- ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, i. 3, p. 281-299, Sept. 2008.
- ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, i. 3, p. 294-304, Sept. 2000.
- ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, v. 23, i. 2, p. 167-182, June 2010.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006.
- BRUNO, Sergio. Optimisation and “thoughtful conjecturing” as principles of analytical guidance in social decision making. In: FAGGINI, Marisa; CONCETTO, Paolo Vinci (Ed.). *Decision Theory and Choices: a complexity approach*. Milan: Springer, 2010.
- CORAM, Bruce Talbot. Second Best Theories and the Implications for Institutional Design. In: GOODIN, Robert (Ed.). *The Theory of Institutional Design*. Cambridge; New York; Melbourne: Cambridge University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst. A toolkit for thinking about the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.
- LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 58, p. 177-209, 2014a.
- LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Baden-Baden: Nomos, 2014b.

LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kevin. The General Theory of Second-Best. *The Review of Economic Studies*, v. 24, p. 11-32, 1957.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen, 2007.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Nos Limites do Possível: “Balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy. In: SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

SIMON, Herbert. A Behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, p. 99-111, 1955.

SIMON, Herbert. Theories of Decision-making in Economics and Behavioral science, *The American Economic Review*, v. 49, p. 253-283, 1959.

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. In: SUNSTEIN, Cass (Ed.). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2000.

ULEN, Thomas. Courts, Legislatures, and the General Theory of Second Best in Law and Economics. *Chicago-Kent Law Review*, v. 73, p. 189-220, 1998.

VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. *San Diego Law Review*, v. 42, p. 607-628, 2005.

Data da submissão: 08 de janeiro de 2016  
Avaliado em: 8 de abril de 2016 (AVALIADOR A)  
Avaliado em: 26 de abril de 2016 (AVALIADOR B)  
Aceito em: 26 de abril de 2016