

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO - PPGDIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

A DIMENSÃO NORMATIVA DA ARGUMENTAÇÃO
Contribuições da Análise Econômica do Direito e elementos
para uma Teoria da Decisão

TIAGO NEU JARDIM

Passo Fundo/RS, fevereiro de 2016.

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO - PPGDIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

A DIMENSÃO NORMATIVA DA ARGUMENTAÇÃO
Contribuições da Análise Econômica do Direito e elementos
para uma Teoria da Decisão

TIAGO NEU JARDIM

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF
como requisito parcial para a obtenção do Título de
Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Karen Beltrame Becker Fritz

Passo Fundo/RS, fevereiro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela vida, pelas amizades, pelo conhecimento e pelas oportunidades que generosamente tem me concedido.

Agradeço de maneira geral a todos os Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo e, em particular, ao Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho, grande mestre, professor e amigo com quem aprendi inestimáveis lições.

Meu agradecimento especial à Prof.^a Dr.^a Karen Beltrame Becker Fritz, por ter aceitado o desafio dessa orientação e, principalmente, por ter acreditado e apostado no meu trabalho. Karen, suas considerações, ponderações e conselhos foram decisivos para o engrandecimento dessa Dissertação e para o amadurecimento da minha formação teórica. A você minha eterna admiração!

Agradeço imensamente ao Prof. Dr. Luciano Benetti Timm pela gentileza de compor a minha banca de defesa, emprestando sua honrosa e prestigiada contribuição para o enriquecimento desse trabalho. A você, Dr. Luciano, as minhas mais sinceras e elevadas homenagens.

Agradeço aos colegas e eternos amigos que conquistei ao longo desses 24 meses de mestrado. Obrigado pelos debates, pelo aprendizado e pelo privilégio de ter compartilhado com vocês os bancos acadêmicos.

Agradeço aos meus alunos pela experiência conquistada em sala de aula. Antes de sermos bons professores, é preciso que saibamos ser bons aprendizes.

Agradeço, por fim, aos meus colegas professores da Faculdade Horizontina – FAHOR e da Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA, por dividirem comigo essa extraordinária vocação que é a de ser docente.

DEDICATÓRIA

*À Ana Paula, minha esposa, por todo amor, compreensão, companheirismo e incentivo que me fizeram ser o que sou.
Sem você, nada disso teria sido possível!*

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo, 22 de fevereiro de 2016.

TIAGO NEU JARDIM
Mestrando

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO - PPGDIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova
a Dissertação de Mestrado

A DIMENSÃO NORMATIVA DA ARGUMENTAÇÃO
Contribuições da Análise Econômica do Direito e elementos para uma
Teoria da Decisão

elaborada por

Tiago Neu Jardim

Como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Karen Beltrame Becker Fritz
(Presidente – Orientadora)

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho
(Membro da banca)

Prof. Dr. Luciano Benetti Timm
(Membro da Banca)

Passo Fundo, 17 de março de 2016.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

CPC – Código de Processo Civil

HER – Hipótese das Expectativas Racionais

HME – Hipótese dos Mercados Eficientes

NCPC – Novo Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FLUXOGRAMA 1	– Construção de uma Dimensão Normativa	79
FLUXOGRAMA 2	– Efeitos da Decisão x Dimensão Normativa	85
FLUXOGRAMA 3	– A Expansão Semântica da Dimensão Normativa	90
EQUAÇÃO 1	– Aplicação da Ética Utilitarista ao Direito	164
GRÁFICO 1	– Relação entre Fundamentação e Aplicação a partir de uma adaptação do Modelo Neoclássico	178
GRÁFICO 2	– A busca de um equilíbrio entre Fundamentação e Aplicação ..	179
GRÁFICO 3	– Relação entre Fundamentação e Aplicação considerados os diferentes níveis de conhecimento em torno da Situação	180
GRÁFICO 4	– Decisão de equilíbrio entre Fundamentação e Aplicação	182
GRÁFICO 5	– Fundamentação, Aplicação e os Limites Cognitivos em torno da Situação.....	184
GRÁFICO 6	– Ampliação cognitiva unilateral em direção à Fundamentação .	185
GRÁFICO 7	– Ampliação cognitiva unilateral em direção à Aplicação	186
EQUAÇÃO 2	– O Processo de Reprodução do Direito	226

ROL DE CATEGORIAS

Ambivalência: Propriedade que alguns princípios têm de transitar entre a razão prática e a razão teórica.

Aplicação: Incidência da regra diante da situação, fazendo uso da razão teórica.

Análise Econômica do Direito: Instrumento analítico que auxilia no processo cognitivo de aplicação das regras e na avaliação racional dos efeitos de uma decisão, considerando o comportamento dos agentes e suas interações recíprocas.

Curvas de indiferença: Combinação de infinitos pontos que representam uma indiferença para o intérprete/aplicador preservar o fundamento da regra (sua finalidade) como priorizar a aplicação da regra no caso concreto.

Dimensão Normativa: Espaço de decisão polarizado pela fundamentação e pela aplicação dentro da qual o agir é orientado por regras de observância obrigatória em que não é dado ao aplicador fazer escolhas.

Equilíbrio de Nash: Conjunto de estratégias (ou ações) no qual cada jogador faz o melhor que pode em função das ações dos seus oponentes.

Ética Utilitarista: Princípio utilitarista elevado ao status de norma moral.

Expansão semântica: Ampliação dos sentidos (significados) das palavras contidas no texto da regra

Externalidade: Efeitos adversos de uma determinada decisão cujos resultados são suportados sobre aqueles que não estão diretamente envolvidos no processo ou que dela não participaram.

Fundamentação: Arguição, discurso de cunho político, jurídico ou moral que justifica a existência de uma regra ou a sua aplicabilidade.

Intérprete/aplicador/julgador: Aquele que decide e compreende antecipando-se aos sentidos do texto e aplica a regra diante do entendimento que possui da situação.

Prescritividade: Poder de ordenar condutas com caráter deontológico e incondicionado. Consistem em imperativos categóricos. Age de maneira interna regulando comportamentos.

Modelo Kaldor-Hicks: Situação em que a eficiência alocativa pode ser atingida ainda que haja piorar na posição de alguém, desde que os benefícios gerados pela decisão sejam suficientes para compensar os prejuízos ocasionados pela decisão.

Normatividade: Poder de ordenar condutas condicionadas por meio de uma sanção. Consistem em imperativos hipotéticos. Age de maneira externa regulando comportamentos.

Ótimo de Pareto: Situação em que não é mais possível obter uma melhora na posição de um indivíduo (ou em uma decisão) sem prejudicar ou piorar a posição de qualquer outro.

Princípios: “Padrões extrajurídicos”. Instrumentos ambivalentes que “inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva”. “Não ditam resultados.” O conceito adotado é semelhante ao de Dworkin.

Razão Prática: “A razão enquanto considerada detentora do princípio a priori da ação, ou seja, a regra moral”¹.

Razão Pura: “A razão enquanto considerada detentora dos princípios capazes de permitir a produção do conhecimento de um objeto de modo exclusivamente a priori, ou seja, sem o concurso ou a mediação da experiência”².

Razão Teórica: Neste trabalho o conceito de “razão teórica” será utilizado com equivalente ao de “razão pura”.

Razão Instrumental: Situação na qual o indivíduo, guiado pelo utilitarismo, age estrategicamente buscando conformar os meios aos fins que deseja.

Situação: Problema ou caso concreto que informa a aplicação.

Teoria Neoclássica: Teoria econômica que se refere a uma escola de pensamento conhecida como a “escola de Chicago” que aprofundou os estudos sobre o utilitarismo através do comportamento do consumidor.

Utilitarismo: Princípio segundo a qual os indivíduos tendem intuitivamente a maximizar a sua felicidade e promover o seu bem-estar, valendo-se sempre da eficiência como guia de ação.

¹ KANT (2003, p.36)

² *Idem* (2003, p.36)

SUMÁRIO

RESUMO.....	XI
ABSTRACT.....	XII
RESUMEN.....	XIII
INTRODUÇÃO.....	14
1. DIREITO E ECONOMIA: DO MÉTODO À RAZÃO	24
1.1 ANÁLISE, ESTRUTURAÇÃO E PRESSUPOSTOS DO MODELO.....	25
1.1.1 Método para a construção de um modelo a partir do plano normativo.....	32
1.1.2 Em busca de uma teoria adequada à realização do direito.....	35
1.1.3 O caráter finalístico da norma e a tese da legitimação pelos efeitos	40
1.1.4 A relação espaço-tempo na argumentação	49
1.1.5 O papel da moral na razão discursiva	54
2. ARGUMENTAÇÃO, NORMA E DECISÃO.....	64
2.1 DA FUNDAMENTAÇÃO À APLICAÇÃO	64
2.1.1 Revisitando a literatura.....	65
2.1.2 Prescritividade e Normatividade no direito e na moral	97
2.1.3 Ação, Norma e Situação.....	101
2.1.4 Consciência coletiva e Universalismo moral	105
2.1.5 A ética do discurso e o princípio universal do direito	113
3. O PRAGMATISMO DA ARGUMENTAÇÃO	127
3.1 CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA UMA RELEITURA DAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO	127
3.1.1 Análise Econômica do Direito: do conceito a uma nova perspectiva	141
3.1.2 Os limites cognitivos da pré-compreensão.....	150
3.1.3 A relevância dos efeitos para a integridade sistêmica	162
3.1.4 O racionalismo e a instrumentalidade da ética utilitarista.....	167
3.1.5 Instrumentos da Teoria Econômica para a promoção de um equilíbrio entre Fundamentação e Aplicação	175
4. O CARÁTER ONTOLÓGICO DA ARGUMENTAÇÃO	190
4.1 A MEDIAÇÃO NORMATIVA.....	191
4.1.1 O papel da hermenêutica no contexto de uma dimensão normativa.....	192
4.1.2 O duplo aspecto da fundamentação e o caráter ambivalente dos princípios	200
4.1.3 Relações entre a argumentação e a ética do discurso.....	207
4.1.4 Os graus de concretude e os diferentes níveis de validade	218
4.1.5 O processo de reprodução do Direito.....	225
CONSIDERAÇÕES FINAIS	233
REFERÊNCIAS.....	241

RESUMO

Linha de Pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia

O propósito deste estudo é encontrar elementos para uma teoria da decisão que permitam equacionar o problema da relação entre a moral e o direito, na qual a norma seja constituída a partir da abertura de um espaço compreendido entre a Fundamentação e a Aplicação. O trabalho assume como ponto de partida algumas deduções da tese defendida por Castanheira Neves, revisitando inicialmente as teorias da argumentação para, em seguida, fazer uma releitura das perspectivas apresentadas a partir da Análise Econômica do Direito. Uma das hipóteses levantadas é a de que a compreensão da situação é fundamental para a realização do direito. Outra questão importante a ser enfrentada diz respeito à origem da prescritividade dos enunciados e às circunstâncias em que os efeitos da aplicação da regra passam a ser relevantes para a concretização do direito, pressupondo que o intérprete esteja sempre vinculado aos argumentos de justificação. A ideia de que a moral deve assumir uma posição co-originária a do direito é incorporada ao modelo, exigindo uma adaptação de alguns pressupostos tradicionalmente aceitos. O problema consiste justamente em saber se é possível deduzir uma dimensão normativa abstraído-se da razão prática, atendendo às exigências de Habermas. Nesse contexto, o conhecimento acerca da situação será condição de possibilidade para a adequabilidade da decisão e fator determinante para viabilizar essa intrincada relação. Os elementos de cunho pragmático revelarão que os efeitos de uma determinada decisão realizam-se fora da dimensão normativa e que nem por isso deixam de influenciar na estabilidade sistêmica, enquanto que a perspectiva de cariz ontológico, segundo a qual a razão prática desempenha um novo papel para o direito, servirá como critério de universalização dos resultados da aplicação, cujo acesso é dado por meio dos princípios, os quais possibilitam ao intérprete transitar entre as diferentes racionalidades que permeiam e informam o universo jurídico.

Palavras-chave: Argumentação, Norma, Decisão, Análise Econômica, Direito.

ABSTRACT

Research Line: Constitutional Jurisdiction and Democracy

The purpose of this study is to find elements for a theory of decision allowing equate the problem of the relationship between morality and law, in which the norm is established at the opening of a space between the foundation and the application. The work takes as its starting point some deductions thesis defended by Castanheira Neves initially revisiting the theories of argumentation to then make a rereading of perspectives presented from the Economic Analysis of Law. One of the hypotheses is that the understanding of the situation is critical for the realization of the right. Another important issue to be addressed concerns the origin of prescriptivity of the statements and the circumstances in which the effects of the rule of application become relevant for the realization of the right, assuming that the interpreter is always linked to the justification of arguments. The idea that morality must assume a co-original position to the right is incorporated into the model, requiring adjustment of some assumptions traditionally accepted. The issue is precisely whether it is possible to deduce a normative dimension apart from the practical reason to meet the requirements of Habermas. In this context, knowledge of the situation will be possible condition for the suitability of the decision and determining factor to facilitate this intricate relationship. The elements of a pragmatic nature reveal that the effects of a decision take place outside the normative dimension and that they nevertheless to influence the systemic stability, while the prospect of ontological nature, according to which practical reason plays a new role to the right, will serve as a criterion of universal application of the results to which access is given through the principles, which allow the interpreter transit between the different rationales that underlie and inform the legal universe.

Keywords: Arguing, Rule, Decisions, Economic Analysis, Law.

RESUMEN

Línea de Investigación: Jurisdicción Constitucional y Democracia

El propósito de este estudio es encontrar elementos para una teoría de la decisión que permite equiparar el problema de la relación entre la moral y el derecho, en la que la norma se establece en la apertura de un espacio entre la base y la aplicación. El trabajo toma como punto de partida algunas deducciones tesis defendida por Castanheira Neves inicialmente revisar las teorías de la argumentación para luego hacer una relectura de las perspectivas que se presentan desde el Análisis Económico del Derecho. Una de las hipótesis es que la comprensión de la situación es crítica para la realización del derecho. Otra cuestión importante que debe abordarse se refiere al origen de prescriptividad de los estados y las circunstancias en que los efectos de la norma de aplicación se vuelven relevantes para la realización del derecho, en el supuesto de que el intérprete siempre está vinculado a la justificación de los argumentos. La idea de que la moralidad debe asumir una posición co-original a la derecha se incorpora en el modelo, que requieren el ajuste de algunos supuestos tradicionalmente aceptados. La cuestión es, precisamente, si es posible deducir una dimensión normativa aparte de la razón práctica para cumplir los requisitos de Habermas. En este contexto, el conocimiento de la situación será posible condición de la idoneidad de la decisión y la determinación del factor de facilitar esta relación compleja. Los elementos de naturaleza pragmática revelan que los efectos de una decisión tienen lugar fuera de la dimensión normativa y que, no obstante, que influyen en la estabilidad del sistema, mientras que la perspectiva de la naturaleza ontológica, según la cual la razón práctica juega un nuevo papel a la derecha, servirá como criterio de aplicación universal de los resultados a los que se da acceso a través de los principios, que permiten el tránsito intérprete entre las diferentes lógicas que subyacen e informan el universo legal.

Palabras-clave: Discusión, Norma, Decisiones, Análisis Económico, Derecho.

INTRODUÇÃO

No verão de 1992, Jürgen Habermas lançava as bases daquela que viria a ser considerada por muitos uma verdadeira “guinada copernicana” da pós-modernidade e que mudaria os rumos da compreensão do direito e o papel assumido pela moral desde a filosofia de Kant. Ao substituir a razão prática por uma razão comunicativa, Habermas não só subtraiu da moral o conteúdo da normatividade³, como também deslocou a fonte de validade do universalismo para uma intersubjetividade linguística. O problema é que a razão prática é justamente de onde Klaus Günther, um importante teórico da argumentação, retira a racionalidade das normas e extrai o pressuposto da sua tese de doutoramento, desenvolvida cinco anos antes.

Günther considera que não é possível abstrair-se da razão prática e aposta em uma cisão entre o discurso de fundamentação, responsável pela normatividade derivada de um universalismo moral, e o discurso de aplicação, de onde adviria a juridicidade consubstanciada na situação (caso concreto). Com essa significativa reviravolta, as teorias da argumentação passaram a adquirir contornos aparentemente mais adequados ao contexto de crise de efetividade pela qual vem passando o direito, exigindo, entretanto, que diversas outras categorias fossem revistas e adquirissem um novo significado, valendo-se de instrumentos mais analíticos, racionais e objetivos. Essa dissertação caminha exatamente nesse sentido, porém com uma abordagem diferente.

É que o ponto de partida não poderá mais ser aquele proposto por Günther. Será necessário buscar novos substratos teóricos que permitam conciliar as teorias da argumentação com a tese sustentada por Habermas. A análise considerará igualmente algumas deduções importantes derivadas do trabalho desenvolvido por Castanheira Neves⁴, dentre as quais (I) a de que o direito só existe para ser realizado, (II) a de que ele deve ser estruturado a partir de uma determinada situação e (III) a de que as possibilidades para a sua legitimação decorrem diretamente dos seus efeitos.

³ “A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir.” HABERMAS (2012, p.20).

⁴ NEVES (1993, p.10-15).

Este trabalho é essencialmente teórico, de modo que o leitor não deve esperar encontrar nas páginas seguintes análises quantitativas de precedentes jurisprudenciais, cálculos de custos, métodos econométricos ou evidências empíricas que lhe ofereça grandes revelações acerca do direito ou da economia. É, antes, uma demonstração de que a Análise Econômica do Direito pode (e deve) contribuir para as teorias da argumentação principalmente no tocante ao equacionamento das variáveis relacionadas ao problema com que se depara o intérprete, transcendendo os limites cognitivos da pré-compreensão e na adequada estimativa dos efeitos da aplicação do direito. Nisso também consiste a sua justificativa.

A relevância da situação tanto para a estruturação dos sentidos da norma quanto para a adequabilidade de uma decisão tem sido uma discussão recorrente na literatura contemporânea. Os teóricos da argumentação jurídica⁵ reservam um espaço importante em suas obras para tentar compreender não apenas a origem da prescritividade dos enunciados e o papel reservado à moral no discurso, mas, acima de tudo, para identificar os pressupostos dessa decisão, estabelecendo diferentes e intrincadas relações entre a Fundamentação e a Aplicação.

O fio condutor desse trabalho é a busca de elementos racionais que possibilitem uma teoria da decisão oriunda de uma releitura das teorias da argumentação sob as lentes da Análise Econômica do Direito. Trata-se, pois, de um atravessamento de teorias cuja pretensão é encontrar resultados com contornos mais claros, objetivos e bem definidos, percorrendo caminho diferente, apesar de partir de um ponto em comum, qual seja, a necessidade de realizar o direito e de superar a crise de efetividade que se abateu sobre os países de modernidade tardia, como o Brasil, sem sucumbir ao relativismo ou perder de vista a autonomia já conquistada. A ideia não é resgatar a “pureza” do direito aos moldes do positivismo

⁵ “A teoria (ou teorias) da argumentação jurídica tem como objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos. Em princípio, pode-se distinguir três diferentes campos jurídicos em que ocorrem argumentações. O primeiro é o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas.(...) Um segundo campo em que se efetuam argumentos jurídicos é o da *aplicação* de normas jurídicas à solução de casos, embora essa seja uma atividade levada a cabo por juízes em sentido estrito, por órgãos administrativos no sentido mais amplo da expressão ou por simples particulares. (...) Finalmente, o terceiro âmbito em que se verificam argumentos jurídicos é o da dogmática jurídica. A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”. ATIENZA (2014, p.2-3).

Kelseano, mas demonstrar que é possível atender às exigências do modelo de Habermas situando a moral em uma posição que lhe seja co-originária.

A Análise Econômica é uma ferramenta útil no processo de construção da ciência jurídica, uma vez que é capaz de lançar novas luzes sobre os métodos tradicionais de aplicação da norma. O que se tem percebido nos modelos clássicos é que os instrumentos de racionalização, mais lógicos e pragmáticos, acabam ficando limitados à avaliação dos possíveis efeitos no processo de interpretação e aplicação das decisões judiciais. A *Law and Economics*, como também ficou conhecido esse método microeconômico de verificação, não se encontra restrita apenas ao aspecto consequencialista de um julgamento como se poderia pensar, e nem tampouco em estabelecer critérios eficientes para o intérprete aplicar a regra ao caso concreto. Encontra-se, antes, na implementação de mecanismos de equilíbrio capazes de contribuir significativamente com as teorias da argumentação na medida em que racionaliza o discurso, reduz incertezas, otimiza resultados e introduz novos elementos para a decisão.

Boa parte dos autores da argumentação parece concordar com Günther que as características especiais de um dado caso concreto devam ser consideradas na fundamentação de uma norma⁶. Entretanto, aquelas teorias aparentemente não destinam a devida atenção acerca de como esse nível de conhecimento pode ser alcançado. Da mesma forma, a Hermenêutica filosófica não empresta a importância necessária ao fato de que as possibilidades de compreensão do sujeito que se acha envolto pela ontologia, também se encontram sujeitas a limites oriundos da própria capacidade cognitiva do intérprete. Uma importante dedução extraída do entrecruzamento da Análise Econômica do Direito e das Teorias da Argumentação Jurídica é a de que a interpretação e a aplicação das normas não podem ser influenciadas por considerações subjetivas e desestabilizadoras como o ideal de justiça⁷. É preciso encontrar outros pressupostos.

De fato, Günther considera a relevância da situação para a construção do discurso percebendo os limites da decisão quando o argumento de aplicação não

⁶ GÜNTHER (2011, p.15).

⁷ “A justiça constrange o procedimento, e instituições devem ser desenhadas com um olho nos resultados substantivos que elas tendem a gerar”. MENDES (2011, p.199).

pressupõe adequadamente as circunstâncias da razão prática. As hipóteses levantadas aqui possibilitam a criação de um espaço-tempo no direito dentro de uma dimensão normativa⁸. O espaço é aquele que se abre entre os discursivos de fundamentação e de aplicação possibilitando os sentidos e a derivação de uma dada decisão; o tempo funciona como condição de possibilidade para a compreensão do texto e do problema. Isso só pode ser construído, quando se passa a considerar reciprocamente a argumentação jurídica e a hermenêutica em um mesmo plano⁹.

A validade do Direito é, pois, adquirida se a aplicação da norma, mesmo se submetida ao teste moral, no dizer de Günther, preenche a expectativa de satisfação. O autor sustenta que cabe às normas morais a tarefa de justificação das ordenações de conduta. A busca pela validade do direito dependerá, portanto, do comportamento e das decisões tomadas pelo aplicador, o qual é guiado no mais das vezes pela sua própria consciência e pelas suas preferências pessoais, tornando o ato de julgar fruto da sua vontade.

Quando se passa a incorporar ao processo decisório perspectivas de natureza comportamental tais como expectativa, confiança, certeza e insegurança, percebe-se que os resultados da aplicação do direito quase sempre se afastam do esperado. Isso, por assim dizer, fragiliza as possibilidades de legitimação provenientes de um processo democrático e restringe os espaços de validação do próprio direito.

Sendo assim, o processo precisa ser invertido, vale dizer, que a justiça não

⁸ A “dimensão normativa” consiste em um espaço compreendido entre a Fundamentação e a Aplicação que circunda e delimita as possibilidades de decisão do intérprete/aplicador. O conceito funda-se na concepção de Kelsen acerca da norma jurídica. “Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”. KELSEN (2009, p.5).

⁹ É o que afirma Vicente de Paulo Barreto no Prefácio à Primeira Edição da obra *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito* de autoria da professora Maria Lacombe Camargo. Ele diz:

“Por essa razão, a hermenêutica assumiu papel de destaque na reflexão jurídica contemporânea. O processo hermenêutico considera a norma como parte integrante do sistema jurídico, mas considera-a, também, como meio para a solução de conflitos que não se caracterizam por suas dimensões estritamente legais, pois comportam aspectos sociais e valorativos, determinantes para a própria eficácia do direito. O contraponto entre o fato e a lei na compreensão hermenêutica torna-se mais evidente quando o procedimento interpretativo incorpora entre os dois polos referidos a questão dos valores”. CAMARGO (2003).

deve ser utilizada como pressuposto, mas como produto mediato. Ela não reside, portanto, nos juízos de fundamentação e, nem tampouco, nos de aplicação, mas nos seus resultados aferíveis e quantificáveis. Se o direito foi justamente realizado, então o procedimento político foi legítimo e a norma aplicada, válida. O modelo proposto neste trabalho pressupõe que não deva existir uma validade *à priori*, já que a legitimação e a validade vão sendo conquistados *pari passu* ao grau de concretude do direito no interior do procedimento democrático¹⁰.

Conhecer a situação e saber estimar os prováveis efeitos de uma decisão é, por conseguinte, fundamental para a sua adequação. A influência dessas ações dentro do ordenamento, quando não previstas, pode comprometer irremediavelmente a aplicação de outras normas no interior do sistema, gerando ainda mais instabilidade. Com efeito, é preciso admitir que os métodos hermenêuticos (mesmo o filosófico) sozinhos não possibilitam esse tipo de análise com tamanho grau de especificidade.

A hermenêutica tradicional e, igualmente, as teorias da decisão, aparentemente desconsideram a intersubjetividade dos agentes e a reflexividade de suas ações. Tratam o indivíduo como se ele fosse apenas um produto da sua historicidade que não se adaptasse ou que não fosse capaz de interferir na realidade tecendo novos arranjos. Isso faz com que o problema por vezes não encontre solução possível no ordenamento sem apelar imediatamente para os princípios. Com isso, tem-se que a argumentação deve ser erigida em uma razão discursiva, ou seja, na relação que se estabelece entre os indivíduos.

Toda regra tem uma finalidade que lhe é subjacente erigida no consciente coletivo. Observar essa regra implica um juízo particular de utilidade pautado em uma razão instrumental. Descumpri-la, equivale a quebrar as expectativas legítimas acordadas no interior do procedimento. Ao direito compete o restabelecimento e a manutenção dessa estabilidade. O problema é que a informação sobre a realidade

¹⁰ Nesse sentido, GICO JR. *in* TIMM (2014, p.27):

(...) Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. (...) Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas pontencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.

fática que envolve a situação é invariavelmente complexa e incompleta. Daí a importância da Análise Econômica do Direito e o lugar de destaque ocupado por ela no subtítulo desse trabalho.

Com efeito, para verificar um determinado caso particular é preciso analisar a situação que o sujeito ocupa neste contexto fático. Não é possível afirmar que exista uma única resposta correta para um determinado caso concreto e, nem tampouco a melhor, sem antes compreender o problema e analisar os reflexos da aplicação da norma ou do princípio adotado para a sua solução.

Curiosamente, os métodos tradicionais de aplicação do direito parecem não atentar para esse fenômeno. As evidências são muitas. A primeira delas está ligada à relação estabelecida entre os discursos de fundamentação e de aplicação; a segunda, consubstancia-se no reduzido espaço concedido à Análise Econômica no processo de construção da norma; a terceira e, talvez, a mais expressiva prova empírica desse fenômeno, diz respeito às dificuldades de se reconhecer às especificidades da situação bem como de calcular os impactos e os custos sociais de uma determinada decisão.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito pode justamente contribuir com as teorias da argumentação, através da utilização dos métodos da ciência econômica no processo de construção e reprodução do direito. Mais especificamente, através de uma estreita e intrincada relação existente entre a ação, a norma e a situação, vertida da própria tese construída por Günther. Quanto maior o conhecimento do intérprete acerca dos aspectos que incidem sobre a situação, mais adequada, coerente e eficiente a aplicação. Logo, se a coerência é um dos elementos que vinculam o intérprete a fim de que este não caia no relativismo, a compreensão passa a ser de fato a sua condição de possibilidade.

Ora, os contornos da aplicação do direito não se restringem aos aspectos semânticos da norma utilizada como referência. Seus efeitos alcançam e reverberam na integralidade do sistema e isso deve ser levado em conta em todo modelo que se proponha a construir uma teoria da decisão. Disso se deduz que a incompatibilidade, a integridade e as lacunas do ordenamento não podem ser verificadas sem a aferição dos possíveis efeitos resultantes da

interpretação/aplicação de um determinado texto. Dessa forma é que o resgate da efetividade e, por que não dizer, da própria validade do direito, perpassa, não pela reformulação dos métodos hermenêuticos de interpretação ou quiçá por uma nova teoria da argumentação, mas pela inserção de elementos que permitam ao aplicador, através de uma decisão erigida no interior de uma dimensão normativa, superar os obstáculos impostos à realização do direito.

Por outro lado, é bem verdade que o racionalismo econômico fez com que a política e o direito tomassem caminhos distintos, utilizando-se cada qual de diferentes mecanismos de justificação. A legitimação da política e a validade das leis não são propriamente resultado de um sistema democrático no qual se delibera amplamente sobre as ações do governo. Ao contrário. A legitimação e a validade são produtos de uma realização justa e eficiente do direito, no qual a moral reside no reconhecimento dos efeitos resultantes dessas ações que se traduzem na estabilização do próprio sistema.

O discurso de fundamentação, pelo menos como tem sido preconizado pelos autores da teoria da argumentação, não tem sido suficiente para a validação do direito. A validade de uma norma é resultado do processo de uma realização justa, assim compreendida a aplicação da ética utilitarista (resultados práticos, observáveis e aferíveis) sob um princípio moral categórico e *à priori* (universalidade). Disso depende igualmente a legitimidade da fundamentação política¹¹. A validade do direito reside na sua realização.

Essa é a janela através da qual a razão prática, a ética discursiva e a moral deontológica entram e passam a constituir um dos elementos dessa nova perspectiva racionalista e funcionalista da norma. A partir de agora, ela será justificada e aplicada à luz de uma perspectiva política na qual o consciente coletivo torna-se relevante para a autonomia do direito, na medida em que ele se “emancipa” da moral. É necessário, pois, criar mecanismos de racionalização, prever, identificar e internalizar os impactos das decisões no processo discursivo a fim de que a própria norma já contenha o germen identificador dos seus possíveis resultados, embora não sejam eles mesmos portadores de normatividade.

¹¹ A tese da legitimação pelos efeitos é defendida pelo Professor António Castanheira Neves na obra, *Metodologia Jurídica - Problemas fundamentais*.

Esse estudo consubstancia-se em determinadas hipóteses erigidas no seio de uma interdisciplinaridade e de uma intersubjetividade que passa a ser, portanto, extremamente relevante na medida em que possibilita a criação de uma teoria da decisão mais adaptada a esses fenômenos. Como se sabe, a melhor decisão para um determinado caso concreto pode não ser a mais eficiente quando consideradas as suas externalidades¹² e os seus reflexos sobre as ações estratégicas adotadas pelos indivíduos que, igualmente, são atingidos pela reverberação das ondas decorrentes de uma aplicação inadequada do direito.

Por “aplicação inadequada” deve-se entender aquela que não incorpora ou que negligencia os possíveis efeitos de uma dada decisão, ou porque o alcance da previsibilidade não permite tamanho grau de cognição, ou porque o conhecimento acerca da situação é sempre imperfeito. Essa concepção, de certo modo, fragiliza a tese de que o desconhecimento acerca da posição do indivíduo no corpo social é premissa necessária para a promoção da justiça que, aqui, passa a ser compreendida apenas como um subproduto possível e não como um fim necessário.

Nesse sentido, é igualmente relevante revisitar as teorias da argumentação a fim de elucidar a divergência existente quanto à cisão entre os discursos de fundamentação e de aplicação dentro de uma lógica racionalista, já que é justamente nesse espaço que se apresentaria a dimensão normativa. Por outro lado, a Análise Econômica pode-se revelar um instrumento importante para que o intérprete encontre a melhor decisão possível sem perder de vista a situação. Feitas essas considerações preliminares, passa-se a expor as hipóteses sustentadas nesse trabalho. Elas podem ser sintetizadas em quatro principais pontos:

(I) A razão prática assume um novo papel para o direito, servindo como critério de aferição da universalidade moral dos resultados da aplicação. Para que seja possível a existência de uma dimensão normativa, é necessário que a norma seja considerada o ponto de partida da argumentação;

(II) O conhecimento acerca da situação é condição de possibilidade para a adequabilidade de uma decisão cujos efeitos realizam-se em um contexto externo

¹² De acordo com os professores PINDYCK & RUBINFELD (2006, p.555), “quando as externalidades se encontram presentes, o preço de um bem não reflete necessariamente seu valor social”, gerando ineficiência. Isso pode ser comparado ao que ocorre com o direito.

ao da dimensão normativa;

(III) O direito não pode abdicar da Análise Econômica como fundamento racional na tomada de decisões e fator determinante para se estabelecer um equilíbrio entre a Fundamentação e a Aplicação. Nisso reside o caráter pragmático da argumentação;

(IV) O direito pode ser compreendido como o produto de uma dimensão normativa erigida em um contexto ontológico e a norma, como o resultado de infinitas indeterminações abstratas, revelando-se como a chave para a compreensão dessas categorias. É nisso que reside a sua capacidade de reprodução.

Apresentadas as premissas que servirão de suporte a esse trabalho, já é possível sintetizar o problema da presente dissertação à luz do que foi exposto até aqui. Este problema consubstancia-se na seguinte questão:

É possível deduzir uma dimensão normativa abstraindo-se da razão prática e dela extrair uma decisão de equilíbrio¹³ que possibilite equacionar a relação estabelecida entre a Fundamentação e a Aplicação?

Diante disso, coloca-se já que o objetivo geral do trabalho é construir um modelo teórico¹⁴ que permita extrair evidências não apenas da existência, mas da imprescindibilidade de uma dimensão normativa compreendida no espaço aberto entre a Fundamentação e a Aplicação. Logicamente que esse “espaço” é mediado por relações linguísticas e intersubjetivas, fazendo com que a norma impeça uma completa cisão entre aqueles discursos. O esforço em atender aos desígnios deste objetivo maior, tornará possível demonstrar que essa abertura, afinal, é necessária como pressupunha Günther, já que ela é condição de possibilidade para a decisão.

Por outro lado, os objetivos específicos servirão para restringir e delimitar algumas generalizações não alcançadas pelo objetivo geral, propondo-se a

¹³ Por “equilíbrio” entende-se o ponto que proporciona a máxima adequabilidade de uma decisão diante de uma situação específica considerando-se tanto quanto possível a manutenção da regra (fundamentação) e a máxima realização do direito no caso concreto (aplicação). Optou-se por não utilizar o conceito de “ótimo”, já que a falta de especificidade numérica das “variáveis” utilizadas no modelo construído aqui não permitiria estabelecer um critério quantitativo para um Pareto-eficiente.

¹⁴ “Um modelo econômico (...) é uma reconstrução teórica que descreve, através de equações, as relações entre duas ou mais variáveis. Essas relações, quando testadas empiricamente, geram um resultado que estima o valor de uma ou mais variáveis, ou simula efeitos de mudanças nas variáveis de resultado”. FEIJÓ *Et al.* (2003, p.6).

demonstrar teoricamente a veracidade das hipóteses suscitadas. Os objetivos específicos podem ser, portanto, consubstanciados em três:

(I) Revisitar as teorias da argumentação, buscando conhecer a origem da prescritividade e da normatividade dos enunciados, estabelecendo uma relação adequada entre ação, norma e situação;

(II) Abordar o aspecto pragmático da argumentação apresentando as contribuições da Análise Econômica do Direito, a relevância dos efeitos para a integridade sistêmica e alguns instrumentos da Teoria Econômica para a promoção de um equilíbrio entre a Fundamentação e a Aplicação;

(III) Explorar as possibilidades da existência de uma mediação normativa e as condições para a reprodução do direito, através de uma perspectiva ontológica da argumentação;

Espera-se que, uma vez cumpridos esses objetivos, possa-se, ao final, extrair elementos para uma teoria da decisão, comprovando a relevância da Análise Econômica do Direito para a argumentação jurídica. Enquanto a cisão discursiva cria as possibilidades para uma dimensão normativa da qual se extrai a decisão, a hermenêutica permite que esse espaço seja mediado intersubjetivamente.

Esse trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro destina-se a apresentar, estruturar e contextualizar o problema, bem como a expor o método utilizado na pesquisa, antecipando algumas imbricações entre o Direito e a Economia; o segundo, procura revisitar as teorias da argumentação, buscando compreender como elas se propõem a responder à questão da normatividade e a resolver o problema da decisão à luz da relação estabelecida entre a moral e o direito; no terceiro capítulo, cujo intuito é adotar uma postura mais pragmática, far-se-á uma releitura das teorias da argumentação, desta vez, sob as lentes da Análise Econômica do Direito. Por fim, no quarto e último capítulo, será analisada a questão da mediação normativa e inseridos alguns conceitos de cariz ontológico, tais como a hermenêutica e a ética do discurso. Nesta Dissertação as categorias principais foram apresentadas em glossário inicial ou ao longo do texto através de notas de rodapé, de modo que o leitor não terá dificuldade em compreendê-las.

1. DIREITO E ECONOMIA: DO MÉTODO À RAZÃO

Este trabalho se propõe a descobrir se é possível deduzir uma dimensão normativa abstraído-se da razão prática e dela extrair uma decisão de equilíbrio que permita equacionar a relação estabelecida entre a Fundamentação e a Aplicação. Pois bem. A primeira exigência que imediatamente se impõe é a de reconstituir o caminho trilhado pelos teóricos da argumentação a fim de que, a partir daí, seja possível identificar um substituto adequado ao fundamento moral de Günther, pondo outro elemento em seu lugar.

Como visto, Habermas desqualifica a razão prática como instrumento capaz de orientar as ações individuais para um consenso coletivo, o qual deve, segundo ele, ser construído a partir de uma intersubjetividade discursiva. Em meio a tudo isso, parece que a questão da decisão e da aplicação do direito que de fato proporcionem a sua efetividade ficaram em segundo plano e precisam de alguma forma ser resgatadas para o centro das discussões jurídicas. Antes disso, porém, é preciso estabelecer alguns pressupostos e lançar as bases teóricas que possibilitem a construção de um modelo capaz de fornecer elementos adequados para uma teoria da decisão. O desafio de conciliar caminhos tão diferentes, um de cunho teórico-dogmático (Direito) e outro de postura naturalmente lógico-analítica (Economia), exige um método adequado de investigação.

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas conseqüências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas conseqüências¹⁵.

Dito isso, é preciso definir em que contexto se dá essa perspectiva teórico-pragmática, estabelecendo alguns parâmetros de análise. Em seguida, será preciso deduzir o método que levará ao uso da razão como forma de resolver o problema proposto inicialmente à luz de uma perspectiva interdisciplinar.

¹⁵ GICO JR. *in* TIMM (2014, p.1).

1.1 ANÁLISE, ESTRUTURAÇÃO E PRESSUPOSTOS DO MODELO

A tese de Habermas consubstancia-se basicamente na substituição da razão prática pela ação comunicativa.¹⁶ Essa postura, aparentemente simples, trouxe consequências bastante significativas e profundas para o direito, transferindo o conteúdo normativo da moral para uma intersubjetividade linguística. Um agir que passa a ser orientado não mais por “regras de ação”, mas por “pretensões de validade”, pautadas em uma ética discursiva.

Habermas deduz que “a modernidade inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva”¹⁷ e procura lançar mão de um caminho alternativo para o direito. Esse atributo da razão prática, de certo modo, justifica os motivos pelos quais a superação do positivismo jurídico exigiu o deslocamento da moral para uma posição “co-originária” a do direito. Pelo menos essa é a conclusão a que chega o professor Lênio Streck, segundo o qual:

Obedecer à risca o texto da lei democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) *não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga* (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária¹⁸.

A teoria de Habermas abriu, portanto, um vácuo normativo e causou uma séria dificuldade para as teorias da argumentação que, ao ver contestado o papel da moral, perderam o referencial no qual estava assentada a fundamentação. Seguindo na análise dos postulados de Habermas, percebe-se que há uma expansão do papel da razão prática para além do universalismo moral, adentrando na própria consciência do sujeito que passa a assumir o status de fundamento para o aplicador. No dizer do autor:

(...) se transpormos o conceito de razão para o médium linguístico 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 empíricas¹⁹.

¹⁶ (...) “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.” HABERMAS (2012, p.19, I).

¹⁷ *Idem* (2012, p.17, I).

¹⁸ STRECK (2011, p.50).

¹⁹ HABERMAS (2012, p.19, I).

Habermas, portanto, substitui o conteúdo antes ocupado pelo subjetivismo da razão prática por uma espécie de “agir comunicativo” guiado por “pressupostos pragmáticos”²⁰, erodindo o papel até então assumido pela moral²¹ e exigindo uma completa reestruturação dos postulados admitidos pela argumentação. Para Habermas:

A razão comunicativa possibilita (...) uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática. (...) A normatividade no sentido da orientação obrigatória do agir não coincide com a racionalidade do agir orientado pelo entendimento em seu todo. Normatividade e racionalidade *cruzam-se* no campo da fundamentação de intelecções morais, obtidas num enfoque hipotético, as quais detêm uma certa força de motivação racional, noção sendo capazes, no entanto, de garantir por si mesmas a transposição das ideias para um agir motivado. (...) Nesse contexto modificado, o próprio conceito tradicional de razão prática adquire um novo valor heurístico. Não funciona mais como orientação direta para uma teoria normativa do direito e da moral²².

A questão é que Klaus Günther assenta a sua Teoria da Argumentação justamente na razão prática de onde deriva o caráter prescritivo da fundamentação, e é aí que reside o problema. Günther afirma que “normas morais só podem tornar-se universais mediante a desconsideração de circunstâncias especiais do caso singular.”²³ Ora, se normais morais são indiferentes à situação e, portanto, não são passíveis de produzirem normatividade enquanto não acessadas pelo intérprete, como justificar a existência de alguma relação com o ato de aplicação do direito que é eminentemente situacional e contingencial?

Como será visto mais adiante, a razão proveniente de um processo democrático adquire contornos instrumentais e o seu passaporte para a razão prática só passaria a estar acessível através dos princípios que, nesse modelo, assumem uma postura semelhante àquela desenhada por Dworkin. Não como regra,

²⁰ HABERMAS (2012, p.20).

²¹ Nesse ponto, a teoria de Habermas aparentemente aproxima-se à de POSNER (2012, IX), segundo o qual “a filosofia moral não tem nada a oferecer aos juízes e aos estudiosos do direito no que se refere à atividade judicial ou à formulação de doutrinas jusfilosóficas ou jurídicas, mas também que tem pouquíssimo a oferecer a qualquer pessoa engajada em uma tarefa normativa qualquer que não tenha nada a ver com o direito”. Assumindo uma postura essencialmente pragmática, Posner afirma que “a única diferença é que é particularmente claro que as questões jurídicas não devem ser analisadas com o auxílio da filosofia moral, mas devem ser abordadas pragmaticamente. Os métodos adequados de investigação, portanto, são aqueles que facilitam a tomada pragmática de decisões”.

²² HABERMAS (2012, p.21, I).

²³ GÜNTHER (2011, XI).

não como norma, mas como um instrumento que viabilizaria a expansão semântica da dimensão normativa. Mas para isso é preciso que haja um espaço entre a Fundamentação e a Aplicação capaz de abrigar essa dimensão normativa a partir da qual fosse possível obter toda e qualquer decisão. Isso requer uma reformulação dos papéis assumidos pela razão e a concepção de que a fundamentação possa ser vista sob um duplo aspecto: o político, do qual deriva o direito e o moral, de onde emana a justiça e a universalidade da decisão.

Isso possibilitaria substituir a normatividade unilateral oriunda apenas da fundamentação moral de Günther por um espaço-tempo que permita inserir a aplicação do direito como fator necessário na composição de um “dever-ser”, cuja validade decorra da realização do direito, atendendo a exigência de Castanheira Neves. O discurso é, pois, condição de possibilidade para o direito e não sua fonte de validade, já que esta não se coloca como um *à priori* que esteja presente de antemão na consciência coletiva ou em acordos semânticos estabelecidos na comunicação. Se Habermas considera o agir comunicativo capaz de acessar uma dimensão moral, então qual seria o papel dos princípios nesse contexto?

O que se pretende demonstrar com isso é que não pode haver validade sem que haja a realização do direito e normatividade abstraída da aplicação. A normatividade, tal como é conhecida, deve ser substituída por uma dimensão normativa construída a partir da própria argumentação, visto que ela não pode ser originária exclusivamente da fundamentação ou da aplicação, mas da sua relação recíproca.

A análise em torno dessa perspectiva exige alguns pressupostos que serão apresentados mais adiante. Por hora, limitar-se-á a estruturá-los de forma a se permitir estabelecer esse atravessamento de teorias e métodos que insistem em não dialogar. Uma leitura atenta de boa parte das teorias da argumentação possibilita extrair elementos analíticos e até utilitaristas como pano de fundo. Isso viabiliza ao investigador retirar dessa “raiz” um fio condutor para uma releitura desse vasto material no intuito de procurar respostas ao problema apresentado inicialmente.

Com efeito, será preciso grande esforço intelectual de modo a não incorrer em resultados inconsistentes tanto do ponto de vista teórico-argumentativo, quanto

do ponto de vista pragmático-analítico. É bem verdade que algumas importantes deduções de autores utilizados como marco-teórico precisarão ser analisadas mais de perto, tal como a conclusão chegada por Klaus Günther de que a racionalidade das normas jurídicas é extraída diretamente das normas morais, conforme a estrutura prescritiva da razão prática.

Aparentemente, Richard Hare, outro autor da argumentação, assume postura semelhante ao derivar o prescritivismo de juízos morais. Quer isso dizer que a capacidade de se extrair uma racionalidade de regras cuja prescritividade não se origine do direito ou da própria interpretação que dele se faz é, de certo modo, questionável do ponto de vista do modelo ora proposto, no qual a norma é extraída da própria racionalidade do discurso resultante desse equilíbrio que se estabelece entre a concretude e a universalidade.

Outros teóricos como o professor Manuel Atienza demonstram grande preocupação com a racionalidade da argumentação ao questionar “como se justificam racionalmente as decisões jurídicas”, fazendo um verdadeiro passeio sobre as principais teorias. Outra não é a preocupação de Robert Alexy quando associa à racionalidade aos argumentos de correção e parte de um discurso racional para construir uma teoria da fundamentação ou de Chaïm Perelman quando se propõe a extrair a validade dos argumentos de uma ética do discurso associada a um auditório universal. A questão, no entanto, é como extrair disso elementos para uma teoria da decisão.

Esse trabalho sustenta que os espaços de objetivação dessa teoria só podem ser construídos através de instrumentos pragmáticos, mediante uma nova perspectiva assumida pela Análise Econômica do Direito que seja capaz de superar os limites do consequencialismo das decisões e passe a constituir ela mesma a condição de possibilidade para a decisão²⁴. Ora, a teoria econômica mostra que a melhor solução possível para um dado problema envolvendo direitos de propriedade, por exemplo, não deriva da argumentação em si, mas da possibilidade de se sobrepor às externalidades mediante concessões mútuas. A melhor decisão, portanto, surge não de uma escolha, mas de um processo no qual a solução

²⁴ “Segundo sir John Hicks, a economia é uma ciência que se ocupa em estudar as consequências que se desdobram a partir da tomada de decisões.” FEIJO *Et al.* (2003, p.3).

simplesmente exsurge da própria norma erigida no espaço que resulta entre a razão discursiva e a situação.

O modelo teórico proposto utiliza a teoria econômica como meio e não como fim. Os resultados de uma determinada ação, apesar de relevantes em algumas circunstâncias, não podem representar a *conditio sine qua non* de uma teoria da decisão. A Análise Econômica desprovida de um contexto linguístico em que se estabelece a argumentação não se mostra adequada para a realização do direito e, tampouco, para uma teoria da decisão, sem cair no relativismo. Daí a necessidade de buscar um método compatível e adequado a essa condição.

A temática não só é relevante, como também bastante atual. Prova disso é que a chamada “Teoria do Impacto Desproporcional” ganhou notoriedade quando a Suprema Corte Brasileira julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.424 proposta pela Procuradoria-Geral da República, em que se discutiam os efeitos da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica contra a mulher. No debatido *leading case* foi constatada a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto a necessidade de representação da ofendida (exigência da Lei) poderia configurar obstáculo à punição do agressor e, logo, à sua real proteção (finalidade da Lei). Naquela ocasião, restou evidente que um dos papéis da Jurisdição Constitucional é de fato rever e corrigir os resultados indesejados de uma norma que, por vezes, se afasta dos reais objetivos pretendidos pelo legislador.

Os pressupostos da Economia Neoclássica assumem que os indivíduos são racionais, que buscam maximizar seus próprios interesses, que são avessos ao risco e que sempre reagem a estímulos. Sendo assim, os efeitos decorrentes da aplicação daquela norma deveriam ser mais ou menos previsíveis e quantificáveis. Porém, por algum motivo, o resultado da aplicação da regra acabou se afastando dos objetivos pretendidos pelo legislador. Não houve, portanto, harmonia entre a Fundamentação e a Aplicação. O que houve, na verdade, foi um verdadeiro descolamento entre o fundamento da regra (finalidade pela qual ela foi criada) e os efeitos da decisão (concreção diante da situação).

Por um lado, tem-se a utilização de critérios pragmáticos que permitem ao intérprete tomar a melhor decisão dentro das possibilidades que lhe são

disponibilizadas, fazendo escolhas altruístas e não propriamente individualistas como proposto pelo equilíbrio de Nash²⁵; por outro, tem-se uma perspectiva utilitário-racionalista do tipo instrumental que se propõe a ajustar os meios socialmente disponíveis de maneira eficiente às finalidades exigidas pela coletividade. No primeiro caso, o direito é realizado concretamente; no segundo, justificado abstratamente. No primeiro caso, fala-se que houve a aplicação da regra; no segundo, a sua fundamentação política.

Na situação que serviu de base para o *leading case* antes delineado, o modelo Alexyano provavelmente preconizaria a preservação do direito à dignidade humana trazendo um resultado diferente daquele proposto pelo processo democrático. Em ambos os métodos (por preceito democrático e por aplicação de princípios entre direitos em conflito) inexistem critérios objetivos que possibilitem ao intérprete conhecer a situação ou mesmo reduzir o seu grau de incerteza quanto aos possíveis efeitos de uma decisão. Veja que, em casos envolvendo uma pluralidade de direitos em conflito (multidimensionais) no qual se torne indispensável um grau mínimo de previsibilidade, nem mesmo a ponderação e a razoabilidade são suficientes para a escolha da melhor decisão possível, assim considerada aquela que não quebre as reais expectativas dos eleitores ou dos jurisdicionados. Isso dificulta a uniformização das decisões e torna mais difícil calcular os riscos incorridos no processo.

Em que pese o impacto dos efeitos das decisões tenham cada vez mais tomado lugar importante na pauta de discussões, mormente no que concerne à modulação das decisões envolvendo controle de constitucionalidade, é importante referir que a Suprema Corte Brasileira ainda não tem reconhecido a possibilidade de que os efeitos também venham a ser julgados inconstitucionais. Isso devido a uma suposta afronta ao chamado “princípio da especificação”. De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, a Corte considera que “a mera invocação subjetiva de argumentos abstratos, que apenas demonstram a existência de violações oblíquas ou reflexas ao texto constitucional, não servem de suporte para decretar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos”²⁶.

²⁵ O equilíbrio de Nash é um conjunto de estratégias (ou ações) no qual cada jogador faz o melhor que pode em função das ações dos seus oponentes. PINDYCK & RUBINFELD (2006, p. 411).

²⁶ BULOS (2015, p.158).

Esse é um detalhe importante a ser considerado. Conforme será visto mais adiante, o fato de não haver controle de constitucionalidade sobre os efeitos da decisão, de modo a conformá-los à Constituição, contribui para a necessidade da utilização de critérios universalizantes decorrentes da moral a fim de evitar a discricionariedade do intérprete. É nesse sentido que os princípios passam a exercer um papel bastante relevante como meio de acesso à razão prática.

Na perspectiva contramajoritária, a situação do jurisdicionado ou do receptor da norma adquire status de significativa relevância, haja vista que o direito passa a ser construído à luz dos seus efeitos de onde, aliás, se origina a sua fonte de validade. Compreender, conhecer e ser capaz de prever os possíveis resultados de uma determinada decisão passa, portanto, a ser tão importante quanto o ato de interpretar ou mesmo de aplicar a lei.

Ao que tudo indica, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias parecem ainda pouco receptivas à ideia de um controle ou de uma tutela sobre os efeitos das decisões, já que ainda estão vinculadas à concepção de uma solução principiológica. A verdade é que a regra de sopesamento entre princípios é restritiva e, de certo modo, incompleta, vez que se dedica a resolver um determinado caso específico sem propriamente levar em conta os fatores extrínsecos daquele ato e as suas possíveis externalidades.

Em que pese tudo isso, é forçoso admitir que o Supremo Tribunal Federal, mormente quando exerce a jurisdição constitucional, tem demonstrado preocupação com os efeitos das suas decisões. É assim quando delibera pela modulação em uma declaração de inconstitucionalidade em atenção ao princípio da segurança jurídica ou quando exige a demonstração de pertinência temática para certos legitimados especiais para a sua propositura ou ainda quando completa os sentidos da constituição para exigir a repercussão geral como condição para a admissibilidade de um Recurso Extraordinário.

A construção de uma dimensão normativa, portanto, é um processo circular de reforço e adaptação que não se dá apenas no âmbito do judiciário, mas igualmente no âmbito político onde efetivamente a norma é fundamentada. Aliás, nisso consiste outra divergência entre Habermas e Günther, vale dizer, na cisão

entre a Fundamentação e a Aplicação do direito.

A vantagem de se utilizar a Análise Econômica como complemento às Teorias da Argumentação é justamente a de proporcionar maior racionalidade, credibilidade e estabilidade ao sistema, através da sua realização, incorporando a ideia de que ação, norma e situação estejam intrinsecamente relacionadas. A solução pode ser encontrada na aplicação dos instrumentos da teoria econômica no processo de construção do direito ou, em outras palavras, numa teoria da norma. Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito funciona como mecanismo de estabilização de expectativas na medida em que disponibiliza instrumentos para o reconhecimento dos possíveis impactos de uma decisão, compatibilizando-os com os objetivos pretendidos pela norma.

A proposta para equacionar esse problema é trazer subsídios que sirvam de elementos lógicos e analíticos para a construção de uma teoria da norma mais adequada à estabilidade do sistema. De fato, não há como prever os possíveis resultados da sua concreção, sem propriamente dispor de uma análise que sirva de ferramenta de racionalização dos seus possíveis resultados.

O motivo que levou este autor a promover um trabalho que estreitasse os laços entre o Direito e a Economia foi a percepção de que os potenciais da Análise Econômica ainda têm sido pouco explorados pela doutrina, mormente no que concerne ao processo de construção do direito. É preciso superar certos preconceitos e admitir que a relação entre esses dois campos do conhecimento é imprescindível e irreversível, vez que a ciência caminha a passos largos em direção a uma interdisciplinaridade.

1.1.1 Método para a construção de um modelo a partir do plano normativo

Além de utilizar como parâmetro o método econômico, este trabalho buscará subsídio no chamado construtivismo lógico-semântico cuja origem é atribuída ao professor Paulo de Barros Carvalho e deita raiz teórica nos escritos de Lourival Vilanova. Importante referir que este método é fortemente influenciado pelo giro linguístico consubstanciado na filosofia de Gadamer.

O modelo é “construtivista” porque pretende erigir um arcabouço teórico a partir das teorias da argumentação capaz de abrir espaços no qual existam condições de equilíbrio entre os discursos para, a partir daí, encontrar uma decisão que realize o direito sem perder de vista o fundamento da regra. É também “lógico”, pois agrega elementos analíticos oriundos da teoria econômica a qual possibilita compreender a situação, o comportamento dos agentes frente ao ato de interpretar e aplicar o direito e a repercussão dos seus efeitos. É finalmente “semântico” porque admite que a prescritividade dos enunciados resida na própria regra posta e não em preceitos morais que se encontrem subjacentes a ela. Ainda, que a linguagem permite estabelecer relações de intersubjetividade entre texto e norma e de mediação entre Fundamentação e Aplicação.

O estudo será construído sob o plano normativo, o qual é a condição de possibilidade para uma relação entre os discursos, necessária para a insurgência da decisão pautada na situação. Isso porque a norma jurídica é o produto de uma síntese de inúmeras decisões possíveis que se estabelecem continuamente. É o resultado último e acabado de determinadas categorias jurídicas que se fundem para a sua concreção e possibilitam antecipar os sentidos da compreensão. De certa forma, o procedimento teórico utilizado neste trabalho se assemelha ao método erigido por Marx em sua *Crítica da Economia Política*²⁷, já que concebe a norma como resultado de inúmeras indeterminações e, o direito, como produto do pensamento do intérprete/aplicador.

Os métodos adotados pelos principais autores das teorias da argumentação aparentemente tomaram o caminho inverso, iniciando a análise pelas categorias mais abstratas como o problema (tópica de Viehweg), os princípios (Alexy), a metaética (em Hare), a retórica condicionada por um auditório universal (Perelman) e até mesmo a própria argumentação através de categorias secundárias como a moral (Toulmin) e os atos da fala (Austin) para, só depois, deduzirem a norma.

O modelo ora proposto coloca a norma como ponto de partida, por considerá-la já como “concreto real”, como síntese de todas essas relações para, ao final,

²⁷ “O concreto é concreto porque é a síntese de muitas determinações, isto é, unidade do diverso. Por isso o concreto aparece no pensamento como o processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, ainda que seja o ponto de partida efetivo e, portanto, o ponto de partida também da intuição e da representação”. MARX (1982, p.14).

chegar ao direito enquanto “concreto pensado”. É evidente que a argumentação irá se interpor entre esses dois momentos servindo de condição de possibilidade para alcançar o direito enquanto produto dessas indeterminações inconscientes.

A norma é, pois, a chave para a compreensão dessas categorias que interagem reciprocamente para o acesso também aos elementos de uma decisão. É nesse ponto que a Análise Econômica servirá como suporte pragmático do modelo teórico desenvolvido. Nesse sentido, é a conclusão do professor Lênio Streck:

Transportando essa questão para a hermenêutica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. *A norma de que algo é o sentido do ser do ente (texto)*. O texto só ex-surge na sua “normação”, valendo o mesmo raciocínio para a “dicotomia” vigência-validade. (...) A norma não é uma “capa de sentido”, que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, *quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado*, a partir de minha condição de ser-no-mundo. (...) Por isto, repito, é impossível negar a tradição, a facticidade e a historicidade, em que a fusão de horizontes é a condição de possibilidade dessa “normação”²⁸.

Mais adiante, em outra passagem da mesma obra, Streck faz uma alusão bastante ilustrativa do método desenvolvido por Marx em sua obra. Refere o autor gaúcho:

(...) é razoável afirmar que, mesmo Marx, quando faz um apelo à transformação na XI Tese sobre Feurbach (Os filósofos apenas interpretaram de diversos modos o mundo; o que importa é transformá-lo), não abre mão da prática hermenêutica. Mais do que isto, na Introdução à Crítica da Economia Política, pode-se perceber uma nítida situação hermenêutica (...) quando faz a crítica à economia burguesa, para, a partir dela, compreender os modos anteriores de produção²⁹.

É por isso que o problema ora proposto deve ser desenvolvido no plano normativo, a partir do qual é possível estabelecer um diálogo entre a hermenêutica e a argumentação, consubstanciado em uma vertente analítica. A pesquisa será teórica, exploratória e bibliográfica, já que partirá de uma releitura das teorias da argumentação através de parâmetros lógico-pragmáticos. A abordagem será qualitativa, de modo que a inserção da teoria econômica não fará referência a dados ou modelos quantitativos, como já advertido na Introdução. Os gráficos

²⁸ STRECK (2011, p.279).

²⁹ *Idem* (2011, p.286).

apresentados no trabalho são adaptações da Teoria Econômica Neoclássica³⁰, servindo para ilustrar como se dá o processo decisório na relação que se estabelece entre a Fundamentação e Aplicação.

1.1.2 Em busca de uma teoria adequada à realização do direito

Castanheira Neves, em sua obra acerca da Metodologia Jurídica, admite como pressuposto básico para o desenvolvimento da sua tese, a realização do direito. Para o professor de Coimbra, esse seria o fim último de toda e qualquer teoria. A dificuldade reside em encontrar uma definição adequada para essa premissa. “Realizar o direito” poderia significar muitas coisas, dentre as quais adentrar nos meandros da situação e efetivamente apresentar uma solução ao problema que se apresenta ao jurista.

À primeira vista, “realizar direitos” consistiria em torná-los mais efetivos ou concretizáveis. Não do ponto de vista formal, mas do ponto de vista material. Entretanto, uma coisa é realizá-lo abstratamente; outra, concretamente tendo a complexidade da situação como pano de fundo. Na primeira hipótese, preserva-se a universalidade; na segunda, a razão teórica à luz do problema. Como equacionar essas variáveis e encontrar um ponto de equilíbrio para a decisão?

Conforme será trabalhado com profundidade mais adiante, em ambos os casos é possível manter-se fiel à observância da regra positiva, com a diferença de que a ação resultará em diferentes níveis de concretude, a depender da compreensão que o intérprete tem da situação. É nesse contexto que exsurge a norma pronta e acabada que permite a reprodução do direito.

O modelo que o professor Castanheira Neves propõe, cinde a realização do direito em dois momentos distintos: um abstrato, cujo papel é atribuído ao legislador

³⁰ Conforme Ivo Teixeira Gico Jr.:

“A abordagem econômica a que me refiro é, antes de tudo, um método de pesquisa sobre o comportamento humano, um conjunto de instrumentos analíticos. Esse ponto é de tamanha importância, que tomarei emprestadas as palavras – hoje clássicas – de John Maynard Keynes, para afirmar que: “[a] Teoria Econômica não fornece um conjunto de conclusões assentadas imediatamente aplicáveis à política. Ela é um método ao invés de uma doutrina, um aparato da mente, uma técnica de raciocínio, que auxilia seu possuidor a chegar a conclusões corretas”. GICO JR. *in* TIMM (2014, p.13).

e, outro, concreto dirigido ao julgador. Nas palavras do autor:

Pelo que haveria assim lugar para se falar da realização do direito em sentido amplo, de modo a abranger, como suas duas modalidades, tanto a prescrição legislativa como a judicativa decisão concreta: aquela seria uma realização do direito em abstrato, esta uma realização do direito em concreto, e que apenas prolongaria, justamente na sua concretização normativa, aquela primeira.³¹

Interessante observar que Castanheira Neves parece derivar a prescritividade das normas da atividade legiferante colocando o ato de decidir como um momento posterior e daí decorrente. O professor de Coimbra admite que existiriam momentos sucessivos de uma mesma tarefa, compartilhados entre o legislador e o intérprete.

Aparentemente, portanto, a concretude do direito dar-se-ia em tempos distintos e independentes, visto que o autor considera possível a aplicação apartada da fundamentação. Segundo ele, ou o julgador repete em concreto o legislador ou o legislador antecipa em abstrato o julgador. Dessa forma, tem-se que a teoria mais adequada à realização do direito é aquela que proporciona mecanismos e instrumentos capazes de compreender a realidade no exato momento em que se apresenta o problema cujas respostas são o resultado de um processo lógico, pragmático e racional.

Por outro lado, parece necessário admitir que dentro do sistema haja inúmeras soluções possíveis e igualmente adequadas para o caso concreto, pois essa é a peça chave para entender por que se mostra tão apropriada a concepção de Castanheira Neves. A resolução de situações ou problemas contingenciais pressupõe que se esteja priorizando ou buscando tanto quanto possível a concretização de direitos, valendo-se do discurso de aplicação. É certo que o ato de decidir não presume uma escolha, já que somente é possível decidir ao tempo em que simultaneamente se fundamenta e aplica o direito. A decisão não se constrói. Não é um processo. É, antes, uma descoberta. É por isso que não se pode exigir do intérprete/aplicador que justifique o que desconhece. Do contrário, seria indiferente para ele observar a regra e preservá-la, priorizando a fundamentação, ou superá-la, priorizando a aplicação do direito no caso concreto³² pois, do seu ponto de vista, em ambos os casos os efeitos da sua decisão seriam os mesmos.

³¹ NEVES (1993, p.18).

³² Isso será demonstrado graficamente no Capítulo 3 através das chamadas “Curvas de Indiferença”.

É que sem o contexto de justificação, o ato de decidir (ou de realizar o direito) passa a ser discricionário. Daí a importância das teorias da argumentação. O intérprete é sempre vinculado racionalmente aos fundamentos daquilo que decide. Não obstante isso, parece que a Suprema Corte Brasileira tem andado na contramão dessas evidências, ao não admitir a chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”³³. Isso é o que se depreende do julgamento da Reclamação 8168/SC³⁴ constante do Informativo nº 808 publicado em novembro de 2015. Em ação em que se discutia o fato da aposentadoria espontânea do empregado extinguir ou não o seu contrato de trabalho, o STF adotou uma teoria restritiva, segundo a qual apenas o dispositivo da decisão tem poder vinculante, o mesmo não valendo quanto ao mérito.

De acordo com a Relatora, Ministra Ellen Gracie, “a jurisprudência do STF é firme quanto ao não cabimento de reclamação fundada na transcendência dos motivos determinantes do acórdão com efeito vinculante”. Ora, esse é um sintoma do relativismo que se abateu sobre o direito no Brasil e que se revela como um problema crônico, evidenciado pelo papel irrelevante atribuído para os fundamentos, tanto aqueles que informam a regra servindo para revelar a sua finalidade, quando aqueles que funcionam como motivadores da decisão.

A realização do direito pode ser concretizada mais facilmente se a heteronomia entre lei e sujeito for superada, vale dizer, se a própria norma passar a ser incorporada no âmbito da vontade, no consciente coletivo, portanto. Para isso, deve haver uma estreita relação entre a lei e a consciência. Uma lei é válida quando se confunde com a moral coletiva. Não uma moral universal, tal como pretendido pelo imperativo categórico Kantiano, mas uma moral no sentido do espírito do próprio povo, seu mundo da vida, sua historicidade.

A questão é que o individualismo engendrado pelo liberalismo econômico e pelo idealismo burguês, oriundos ainda da era moderna, fez com que a moral

³³ A “teoria da transcendência dos motivos determinantes” consiste no reconhecimento de que a eficácia vinculante não se limita apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos seus fundamentos (*ratio decidendi*) projetando-se para além da parte dispositiva do julgamento. De acordo com essa teoria, os fundamentos da decisão possuiriam igualmente caráter prescritivo.

³⁴ STF. Plenário. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015 (Info 808).

coletiva ficasse diluída em um número infindável de consciências, tornando impossível a existência de um governo representativo que pudesse contemplar os pluralismos advindos de tamanha diversidade e, logo, uma fundamentação política que fosse capaz de justificar adequadamente as regras de conduta. É por isso que a fundamentação política não pode deixar de ser informada pela razão prática de onde retira os critérios que podem ser universalizáveis e, tanto quanto possível, incorporados no inconsciente coletivo. Isso não significa que o direito deva ser corrigido pela moral, mas apenas que ela deve ocupar um lugar adequado na razão discursiva. Isso será discutido oportunamente.

Antes, porém, é preciso descobrir em que momento o intérprete do texto legal passou a ter maior espaço de atuação pautado nos princípios que, a partir daí, despontaram como a principal forma de superar o problema da efetividade enfrentado pelo direito. Como se sabe, o processo histórico que se erigiu sobre as ruínas do antigo regime culminou com a consolidação dos valores democráticos e com a fortificação dos ideais republicanos. A Constituição de 1988 representou, assim, um verdadeiro marco ao romper com o ideal positivista que colocava na separação entre o direito e a moral o seu principal objetivo.

A judicialização da política tem, hoje, como um dos seus principais corolários a plena realização das normas constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse processo de constitucionalização do direito, o intérprete transformou-se em partícipe da sociedade e defensor dos valores democráticos, considerando-se que a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, já que provoca igualmente transformações políticas, econômicas e sociais.

Esse processo acabou desconstruindo o modelo de hermenêutica baseada na interpretação meramente formal do texto e elevou o intérprete no mais importante guardião e aplicador do direito. Da mesma forma, o princípio da separação de poderes ganhou uma nova roupagem na qual o Poder Judiciário ampliou sua participação no processo de concretização do Estado Democrático, haja vista que a ele, agora, compete viabilizar a promoção da legitimidade do próprio Estado através da efetividade normativa da Constituição.

O problema, no entanto, é que a superação das dissonâncias forjadas no consciente coletivo que de fato permita a realização do direito só pode ser obtida à luz de um discurso político-jurídico daí resultante, não propriamente da fusão entre Fundamentação e Aplicação, mas da interpolação de um espaço-tempo mediado pela dimensão normativa. Daí porque a superação da crise de validade/efetividade³⁵ pela qual passa o direito não pode ser conquistada pela sobreposição de um discurso sobre o outro, mas pela sua correlação de forças.

Não menos restrita é a teoria proposta por Otfried Höffe na qual a política ganha um papel de relevo na promoção da justiça e onde a moral acaba ficando adstrita ao discurso de fundamentação. Isso, de certa forma, suprime o problema da universalidade com a qual Günther se depara ao incorporar o imperativo categórico Kantiano à sua teoria da argumentação, mas não se mostra suficiente para a solução do problema apresentado.

Como visto, as possibilidades de superação da crise de validade do direito cujo processo se consubstancia na própria legitimação, encontram sua solução na conformação das racionalidades político-jurídicas. A manifestação dos juízos axiológicos e valorativos passa a ganhar novos contornos na medida em que o processo democrático proporciona uma cooperação reflexiva entre política e direito de tal forma que ambos sejam fonte simultânea de validade e legitimidade num contínuo processo de produção e reprodução do direito no plano da normatividade.

O discurso de justificação passou a ser amplamente utilizado, passando o direito a ser construído de baixo para cima, ou seja, do fato para a norma, daí porque dizer que a Constituição não mais constitui e que o direito não mais disciplina. Com efeito, a ideia da superação do método pela verdade proposta por Gadamer possibilitou a abertura e o desvelamento do sentido da Constituição, superando a tradição metafísica na qual o sujeito primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar. Essa é a conclusão a que chega Lênio Streck:

Embora, a partir da hermenêutica, sempre haja um sentido antecipado, isso não significa 'tomada de uma decisão antecipada sobre algo'. Isso porque a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento. Portanto, é o contrário do que diz o Ministro Marco Aurélio³⁶.

³⁵ A validade do direito depende do seu grau de concretização, da sua efetividade, portanto.

³⁶ STRECK (2013, p.217).

A realização do direito depende, portanto, do resgate de um espaço adequado para a moral e na abertura para o consciente coletivo pautado não mais em uma razão prática, mas em uma razão discursiva. Aparentemente, a teoria mais adequada para proporcionar a superação da crise de efetividade do direito é aquela que reconcilia as concepções de Günther e Habermas. Ainda que Günther possa ter falhado no que concerne ao elemento que dá substrato à fundamentação, o que, diga-se foi coerentemente corrigido por Habermas, não há como negar que a sua tese da separação possibilitou a idealização de uma possível dimensão normativa, bastando para isso, lançar mão do fator tempo como pressuposto da decisão.

1.1.3 O caráter finalístico da norma e a tese da legitimação pelos efeitos

Enquanto passava pelas searas em um sábado, Jesus fora questionado pelos fariseus se era lícito que seus discípulos colhessem espigas para saciarem a fome, posto que o mandamento determinava que o sábado deveria ser um dia sagrado e, logo, guardado. Indagaram-lhe se era pecado trabalhar no dia reservado ao Senhor. Jesus, então respondeu³⁷:

O sábado veio à existência por causa do homem e não o homem por causa do sábado. (...) Se um de vocês tiver uma ovelha, e essa ovelha cair num buraco no sábado, será que não vai agarrá-la e tirá-la dali? Quanto mais vale um homem do que uma ovelha! Por isso, é permitido fazer algo bom no sábado.

A passagem bíblica revela que a finalidade da regra deve sempre ser preservada. Esse é o seu fundamento. O direito, portanto, não se resume ao seu caráter prescritivo, mas na proteção de um determinado preceito axiológico. Obviamente que a finalidade de um determinado enunciado deve ser exposta na sua fundamentação. Trata-se da razão pela qual determinada regra foi criada. Conhecer os seus motivos é uma tarefa importante para o hermeneuta. A finalidade é também utilidade e, logo, razão instrumental. A regra não deve escravizar aquele a quem ela se destina. O dever-ser jurídico não é absoluto, portanto. Diante disso, a questão que automaticamente se impõe é a de saber em que circunstâncias torna-se permitido negligenciar a regra e realizar o direito de outro modo que não o exigido pelo seu fundamento.

³⁷ BÍBLIA *ON LINE* (Matheus 12, 1-12).

Em outras palavras, isso significa dizer que a utilização do método da ponderação de princípios ocorre porque o intérprete ou não compreendeu a situação ou não soube identificar a regra aplicável ao caso concreto ou simplesmente porque não existe regra passível de aplicação. Admitir que princípios entrem em rota de colisão seria o mesmo que admitir a existência de duas normas igualmente possíveis ocupando o mesmo espaço entre a Fundamentação e a Aplicação. A falha das principais teorias da argumentação reside justamente em não derivar corretamente a norma dessa relação intersubjetiva. Isso fica evidente na obra de Alexy quando ele elenca pelo menos quatro motivos para que a decisão jurídica não derive das formulações normativas:

(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma³⁸.

A solução encontrada nesses casos é a ponderação de princípios ou a busca de uma “concordância prática” em que se promova a proporcionalidade. A ideia de que “o direito não pode ser corrigido por valores morais” acarreta necessariamente em dizer que a aplicação de princípios não deve se sobrepor ao da regra, a qual deteria prioridade de incidência. Boa parte dos autores da teoria da argumentação procurou estabelecer relações entre o direito, a moral, a justificação das ações que implicam o ato de decidir e a origem da prescritividade das normas, valendo-se ou exclusivamente do direito ou então da filosofia. Foram poucos aqueles que, assim como Richard Posner, se aventuraram a buscar na ciência econômica explicações racionais ou lógicas para o comportamento humano. O fato é que para compreender o direito, é preciso ir além dele, estabelecer inter-relações.

Viu-se no tópico anterior como a doutrina tem explorado a questão da realização do direito e como os diferentes níveis de concretude podem se relacionar com os critérios de validade do próprio direito. Uma teoria da decisão, qualquer que seja o método que se utilize, deve sempre ter em mira não apenas isso, mas igualmente a reprodução do direito. Enquanto a legitimidade corresponde à

³⁸ ALEXY (2013, p.19-20).

elaboração política das normas, estruturadas pelo discurso de fundamentação (justificação), a validade representa o grau de observância da norma produzida.

A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se³⁹.

A passagem, embora nem de longe represente a magnitude da teoria desenvolvida pelo autor, é bastante elucidativa e reveladora. Nela, Habermas faz uma clara distinção entre a validade que, segundo ele, é determinada pelo grau de imposição da norma produzida independentemente de qualquer substrato moral, e a legitimidade, adjudicada pela realidade fática e desvinculada do seu caráter deontológico. A legitimidade seria, portanto, mensurada pela sua natureza axiológica. Este é o entendimento do professor Fábio Portela Lopes de Almeida:

Deve-se lembrar, em primeiro lugar, de algo que os lógicos têm insistido desde Hume: princípios deontológicos não podem derivar sua validade ou sua aplicabilidade de condições fáticas, sob pena de incorrer na *falácia naturalista*. É precisamente por isso que Kelsen insiste tanto na distinção entre ser e dever ser: uma ordem jurídica não pode ser fundada em um fato do mundo⁴⁰.

Com efeito, Castanheira Neves defende posição aparentemente diversa, haja vista que ele admite a chamada “legitimação pelos efeitos”, vale dizer, que o direito só se legitima quando se realiza. Nesse sentido, o professor de Coimbra admite a construção do direito frente ao problema de modo a dispensar a abstração legislativa e a filtragem política, servindo o intérprete como mediador exclusivo entre a *práxis* e a regra positiva. Ao que tudo indica, não haveria espaços de justificação na criação e na realização do direito. Nesse sentido, é possível concluir que o autor se utiliza de outro *a priori* metodológico para a realização do direito, partindo justamente do problema para tentar encontrar uma solução no sistema.

³⁹ HABERMAS (2003, p.50).

⁴⁰ ALMEIDA (2008, p.501).

A conclusão a que se chega é que o espaço reservado à moral estaria na política e no discurso de fundamentação (justificação). Com esse pressuposto evita-se cair na abstração do universalismo moral da norma, na qual Günther acaba incorrendo, ao atribuir o papel de verificação moral ao discurso de aplicação. Interessante observar, ainda, que, na teoria de Günther, a justificação serviria para compor a validade do direito e não a sua legitimidade.

Na Introdução que fez à Edição Brasileira da obra de Günther, Luiz Moreira afirma o seguinte:

Progressivamente, parte o trabalho da demonstração de que não é possível, mas válida, a distinção, para as normas morais, entre fundamentação e aplicação. (...) No entanto, ressalte-se que tal recurso é formulado tendo em vista a universalidade das normas morais. Cabe às normas morais a tarefa de justificação das ordenações de condutas. (...) No caso específico das normas morais, a normatividade é deduzida de sua universalidade. Eis a pergunta primeira elaborada por Klaus Günther: como gerar a prescrição de condutas no seio de uma normatividade moral? A resposta seria: por meio da distinção entre justificação (moralidade) e aplicação (juridicidade) ⁴¹.

Vê-se, portanto, que Habermas e Günther adotam posturas diferentes quanto à forma pela qual o direito se legitima. Para Günther, a moral se realiza por meio da generalização e aceitabilidade, cabendo a ela a tarefa de fundamentar. Há, portanto, uma dependência normativa do direito em relação à moral. Já para Habermas, a consciência moral vai sendo erigida no interior do processo democrático, a partir de um “agir comunicativo” em que os dissensos são assimilados no interior do processo.

Fato comum entre os dois autores, entretanto, é que ambos abordam a questão da consciência moral, divergindo apenas quanto às formas de mediação. Aparentemente, tanto Habermas quanto Günther estão interessados em procurar respostas ao problema da moral na argumentação, seja ela discursiva ou comunicativa. Para Habermas, “todo ato de entendimento pode ser concebido como parte de um procedimento cooperativo de interpretação, voltado a alcançar definições situacionais intersubjetivamente reconhecidas”.⁴² De acordo com ele, todo o trabalho interpretativo é concebido na esfera do mundo da vida, através de um processo de reprodução das tradições culturais.

⁴¹ MOREIRA *in* GÜNTHER (2011, p.1).

⁴² HABERMAS (2012, p.138, Vol. 1).

A interpretação que Habermas faz da teoria de Gadamer⁴³, por exemplo, é a de que o interprete pode fazer uso da estrutura interna racional do agir orientado pelo entendimento, somente podendo esclarecer o significado de uma exteriorização simbólica enquanto participante virtual no processo de entendimento entre os agentes imediatamente envolvidos. A visão de Castanheira Neves, entretanto, é bem diferente. Ele deduz que,

(...) também para a legislação o problema da legitimidade (política) não suprime ou reduz o problema da validade (jurídica), o certo é que, no quadro embora dessa validade, a legislação não só tem uma intencional índole normativa qualitativamente diversa da que corresponde ao juízo jurídico-decisório concreto, como sobretudo assume atualmente uma intencionalidade e uma funcionalidade políticas e político-sociais que de modo essencialmente a diferenciam da estrita realização do direito⁴⁴.

Aparentemente, o aspecto moral em Castanheira Neves só se torna presente quando confrontado o direito com o problema real e atual, sem a intermediação da política. Ele afirma que o jurista realiza o direito resolvendo os problemas jurídicos concretos, sendo que a questão gravitaria em torno da própria realização do direito que se cumpre e tem por conteúdo a resolução desses concretos problemas jurídicos⁴⁵. O mais curioso na tese do autor de Coimbra, é que ele não vê o direito como subproduto da política tal como Höffe ou Habermas, mas como algo a ser realizado. É isso que se pode concluir da seguinte passagem:

O direito não o é antes da sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade. (...) 'O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras'⁴⁶.

A efetividade do direito como pacificador de conflitos sociais e como pretense promotor de cooperação entre consciências dissonantes encontra limites não apenas no pluralismo decorrente das diferentes historicidades, tradições e formas de vida como também nas individualidades legadas pelo ideal burguês. Como seria possível então conceber a equidade sem antes promover a internalização consciente no interior do processo democrático? Não há como ignorar o fato de que

⁴³ HABERMAS (2012, p.251, Vol. 1).

⁴⁴ NEVES (1993, p.22).

⁴⁵ *Idem* (1993, p.23).

⁴⁶ *Ibidem* (1993, p.25).

esse ideal burguês forjou não apenas o curso da própria história como também as formas de promoção da equidade, racionalizando a justiça para uma perspectiva eminentemente liberal o que, por certo, contribuiu para o afastamento da moral enquanto mediadora nessa intrincada relação entre a política e o direito.

Naturalmente, a moral, como pretensa promotora de uma realização justa do direito, tem a sua sede primariamente na formação da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. “Na prática comunicativa do quotidiano, as interpretações cognitivas, as expectativas morais, as expressões e valorações têm de qualquer modo que se interpenetrar”⁴⁷. Daí resulta que a moral pode ser apreendida objetivamente, mas deve ser concebida como processo na intersubjetividade discursiva entre Fundamentação e Aplicação em uma relação de reciprocidade.

Nessa mesma esteira é o pressuposto da escola positivista, segundo a qual as regras simplesmente são, não competindo ao intérprete lançar mão de critérios axiológicos de validade. Kant afirma que a razão é constituída ao mesmo tempo por uma dimensão teórica e cognitiva voltada ao raciocínio lógico cuja busca da compreensão prática determinaria o seu objeto mediante a ação e a vontade livres.

É possível incorporar a ideia de uma moral Kantiana através de uma razão prática, como, aliás, procedeu Günther na tentativa de conciliar a moral à aplicação do direito, de forma apartada da política e do constructo democrático. Lloyd Weinreb considera que toda forma de raciocínio jurídico resume-se em um “raciocínio analógico prático”. De acordo com o autor:

Em incontáveis situações da vida cotidiana, fazemos raciocínios analógicos desse tipo. Na maioria das vezes, ao nos depararmos com um problema que não é exatamente como aqueles que enfrentamos antes, não damos início a um programa de experimentos para descobrir o que vai funcionar, nem fazemos pesquisas dentro do campo apropriado a fim de aprender a norma geral aplicável. Não há tempo para isso, e, mesmo que houvesse, normalmente não seria um tempo despendido de modo útil. Em vez disso, lançamos uma hipótese bem fundamentada, baseada em nossa experiência de situações mais ou menos semelhantes. Muito provavelmente não poderíamos oferecer nenhuma norma ou princípio que justificasse a hipótese; é na própria experiência passada que nos baseamos.⁴⁸

⁴⁷ HABERMAS (2013, p.33).

⁴⁸ WEINREB (2008, p.46-47).

Daí a importância dos precedentes como pilares para a compreensão e o conhecimento. Veja que o processo cognitivo é concebido, não a partir de uma razão prática, mas a partir de uma razão teórica, vale dizer, através do raciocínio e da experiência, onde a pré-compreensão é apenas uma parte do processo de interpretação/aplicação do direito.

Günther, embora não negligencie o chamado mundo da vida, acaba relegando a moral apenas aos aspectos fáticos e situacionais, cuja evidência repousa no fato de que para ele, assim como para Dworkin e para tantos outros, uma regra legitimamente imposta poderia entrar em conflito com preceitos morais. Para Castanheira Neves, portanto, a melhor solução estaria em reconhecer a norma aplicável como um elemento aberto, dinâmico e, diga-se, adaptável⁴⁹.

A análise dessas duas diferentes percepções em torno do espaço da moral no direito impõe a questão de se saber sob qual ponto de vista ela deve ser encarada para que se extraia do sistema a máxima efetividade. Afinal de contas, o problema se resume em descobrir como proporcionar a realização do direito. Nesse sentido, Luhmann descreve:

La comprensión que se logró para vincular política y derecho se resumió y se superó finalmente em el esquema "Estado de Derecho. (...) Como Estado de Derecho, el Estado era simultáneamente una institución jurídica y una instancia de responsabilidad política que miraba por el derecho: por La imposición y el subsiguiente desarrollo jurídico; por La adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y a los fines políticos realizables⁵⁰.

Luhmann procura unificar pacificamente política e direito através de um novo paradigma de Estado, por meio da imposição decorrente da força coercitiva da lei e as circunstâncias sociais para as quais a política dever ser realizada. Importante destacar que o autor parece não se interessar muito pelo fato de que possa haver uma significativa ruptura funcionalista entre as esferas que compõem o processo democrático que não deixam espaço para as possibilidades de uma realização justa do direito.

É nesse sentido que ele critica a postura adotada por Castanheira Neves:

⁴⁹ NEVES (1993, p. 167).

⁵⁰ LUHMANN (2002, p.481).

Luhmann critica pela sua disfuncionalidade uma perspectiva de decisão jurídica que pretenda ter o seu critério nos efeitos, como corresponde aos modelos que estamos a considerar, invocando para tanto, três fundamentos principais: esses modelos inseririam a contingência nas decisões jurídicas, com sacrifício da exigível certeza; atentariam, pela variação resultante da concreta oportunidade implicada, contra o princípio da igualdade; seriam incapazes de realizar a principal função social do direito, que é, segundo ele, a redução da complexidade pela subsistência de um sistema diferenciado ou dogmaticamente autônomo⁵¹.

Nesse primeiro ponto, Habermas, valendo-se da teoria Kantiana, deduz que a moral é realizável através da política coercitivamente imposta por meio de uma ação jurídica. Essa versão, por si só, já pressupõe que a justiça não pode ser concretizada apenas através da política como defende Höffe e, tampouco, através de normas deontológicas, mas por meio de uma espécie de mediação normativa ocorrida entre a Fundamentação e a Aplicação. Com efeito, o direito não pode ser resumido, materializado ou consubstanciado apenas na regra positiva. Essa é a postura assumida por Klaus Günther:

Com a autonomia da política, o conceito de prudência, no contexto aristotélico, desprende-se do campo semântico que ainda abrangia. Com a autonomia da política, o conceito de prudência tornou-se uma categoria do campo de atuação da política, desprovida, inicialmente, de juridicidade e, posteriormente, de moralidade. Justamente por não ser mais possível solucionar conflitos morais de atuação por meio da integração em um modo de vida comum e por nos depararmos crescentemente com conflitos entre membros de modos distintos de viver, foi inevitável abstrair a qualidade moral de uma norma do respectivo modo de vida, no qual ou para o qual pudesse ser aplicada⁵².

Por outro lado, a concepção defendida por Castanheira Neves, ao desenvolver um novo método interpretativo, supera o obstáculo positivista e avança no sentido de possibilitar não apenas a concretude das normas como também a realização mais justa do direito através da reaproximação com a moral. Tal perspectiva torna-se ainda mais evidente na medida em que os discursos de Fundamentação e Aplicação passam a perceber o direito não como um produto pronto e acabado, mas como um processo capaz de se reproduzir através da norma.

Um dos principais desafios deduzidos das teorias da argumentação, principalmente a de Günther, diz respeito a como equacionar os discursos de fundamentação e de aplicação de modo a encontrar como resultado a decisão mais

⁵¹ NEVES (1993, p.63).

⁵² GÜNTHER (2011, p.XI).

adequada e coerente possível para uma determinada situação. Buscar um equilíbrio entre ambos os discursos tem um duplo significado: primeiro, o de se saber qual é a relevância e o grau de representatividade que cada um deve ocupar na teoria da decisão; segundo, o de que a melhor decisão encontra-se no campo espacialmente aberto nessa relação.

O modelo elaborado neste trabalho parte do pressuposto de que, para uma adequada e justa realização do direito da qual igualmente depende a sua validade, o ato de decidir exige o maior conhecimento possível acerca do problema para a qual se busca a solução. Isso vai além das possibilidades de uma pré-compreensão. As possíveis decisões para um determinado problema estariam, pois, contempladas entre a obrigatoriedade da observância da regra e as peculiaridades do caso concreto, limitadas pelo conhecimento que o interprete/aplicador dispõe da situação.

Os resultados de uma determinada decisão servem apenas para ajustar qualitativamente o grau de concretude do direito, jamais como fundamento da própria decisão, visto que se encontra fora da dimensão normativa e, portanto, no plano metateorético. As consequências da decisão já estão presentes na análise da situação e, logo, nos juízos de adequação.

Portanto, quanto maiores forem as informações e o conhecimento sobre o problema, mas adequada será a resposta e, logo, mais contundentes os argumentos para a superação da regra (*defeasibility*)⁵³. Importante referir que o modelo pressupõe que existam infinitas decisões possíveis para um determinado problema e que os graus de concretude do direito dependem do conhecimento do intérprete acerca dele e das possíveis consequências decorrentes da sua decisão.

Em suma, é possível inferir que o caráter finalístico da norma decorre do duplo aspecto assumido pela fundamentação: um de cunho político e, outro, de cunho moral. Não quer isso dizer que o discurso de aplicação desconsidere esse aspecto, mas que é na justificação do ato de decidir que esse fenômeno pode ser melhor evidenciado. Esse assunto será abordado apropriadamente mais a diante. Por hora, parece necessário fazer-se um pequeno balanço do que já foi exposto.

⁵³ “Derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto”. BULOS (2015, p.133).

Até o presente momento, foi possível concluir que os pressupostos traçados por Castanheira Neves parecem compatibilizar-se com as teorias de Habermas e Günther. Isso é um sinal de que as premissas utilizadas inicialmente estavam corretas, de maneira que é possível perceber que alguns postulados dos teóricos da argumentação precisam ser ajustados, mormente no que concerne ao espaço da moral na razão discursiva e aos aspectos referentes à validade do direito. Viu-se que tanto a legitimação quanto a validade não são pressupostos, mas resultados da realização do direito ou, em outras palavras, da aplicação da norma.

Do outro lado, a análise em torno dos modelos que incorporam a política como substituto da razão prática, serviu de substrato teórico para o processo de alteração do conteúdo dos discursos de fundamentação. No tópico seguinte, adentrar-se-á em outro ponto dessa investigação a fim de procurar alguns elementos que possibilitem a abertura de um espaço entre a Fundamentação e a Aplicação.

Com efeito, se foi possível compatibilizar o modelo de Günther às exigências impostas pela teoria de Habermas e aos pressupostos de Castanheira Neves, ainda se faz necessário verificar se existem elementos capazes de permitir a abertura de um espaço entre a Fundamentação e a Aplicação, considerando que a intersubjetividade linguística decorrente do agir comunicativo proposto por Habermas tencionaria esse dois discursos a se fundirem em uma única etapa. Aliás, Habermas desconsidera qualquer possibilidade de haver qualquer cisão entre eles. Esse é um problema que ainda precisa ser resolvido.

1.1.4 A relação espaço-tempo na argumentação

A atual crise de efetividade do direito, caracterizada pelo descumprimento dos princípios fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, exigiu uma importante transformação não só no campo hermenêutico, mas também no âmbito da argumentação. A reviravolta linguístico-ontológica proporcionada pela filosofia possibilitou a superação da relação sujeito-objeto, admitindo que os atos de interpretação e aplicação estivessem fundidos em um único plano. Isso fez com que a ideia de uma cisão discursiva defendida por Günther passasse a ser duramente criticada pelos filósofos do direito, acima de tudo pelos defensores da corrente crítica

da Hermenêutica, como o professor Lênio Streck. Em um contundente artigo⁵⁴ escrito sobre o tema ele afirma o seguinte:

Inicialmente, é necessário ter em mente que a cisão discursiva tematiza uma comparação entre Habermas e Günther. O segundo não perfaz um trabalho perfeitamente alinhavado com o do primeiro. A diferença mais importante, de longe, é a não abdicação da razão prática, que em Habermas, como é sabido, é substituída pela razão comunicativa. A toda evidência, tal circunstância gera profundas diferenciações. Desse modo, se Habermas substitui a razão prática eivada de solipsismo para superar o problema do uso da razão nos moldes de uma relação sujeito-objeto, Günther continua apostando na razão prática. Isso modifica o modo como cada autor trata da relação entre direito e moral. Para Günther, a universalidade dos conteúdos morais garante a normatividade necessária para fundamentar as normas de conduta. Por outro lado, o direito garante a coercibilidade necessária para concretizar essas mesmas normas de conduta. Já Habermas aborda a questão de forma diferenciada: o direito e a moral são co-originários, o que não implica normatividade nem concretude de um pelo outro. Há uma especificação funcional, mas não a formação de um com base no outro⁵⁵.

Em linhas gerais, Streck considera que a cisão discursiva só se tornou necessária na teoria de Günther em razão do papel que ele atribui à moral. Em outras palavras, no hiato entre a norma fundamentada aprioristicamente pela moral universal e a consideração do fato da vida que instiga a normatividade a exercer sua função integradora⁵⁶. A conclusão a que chega o professor gaúcho acerca da obra de Günther é a de que a validade abstrata precisaria de um manejo adequado para encaixar-se na facticidade correspondente.

O modelo que ora se está propondo procura não incorrer nesse problema, haja vista que ele segue o pressuposto de Castanheira Neves, segundo o qual a legitimação e a validade do direito decorrem diretamente da sua realização que, por sua vez, somente pode ser obtida por meio de uma relação de reciprocidade entre Fundamentação e Aplicação da qual decorre uma dimensão normativa.

O fato de assumir que existe um espaço entre a Fundamentação e a Aplicação, por óbvio, não significa que o modelo seja conivente com a cisão proposta pela teoria de Günther. É justamente por isso que este trabalho dedicará parte do Capítulo 4 a explorar o aspecto da mediação normativa e o papel da

⁵⁴ Os argumentos do ataque de Streck à teoria de Günther foram expostos no artigo intitulado “A Crítica Hermenêutica e a cisão dos discursos em Klaus Günther”.

⁵⁵ STRECK (2012, p.458-459).

⁵⁶ *Idem*.

hermenêutica nesse contexto. Com efeito, não há como negar que temporalmente, a fundamentação política e a aplicação jurídica do direito ocorrem em momentos distintos. Isso já foi dito por Castanheira Neves e não significa que Fundamentação e Aplicação não possam ser concebidas sob um mesmo plano e sob uma perspectiva intersubjetiva de dependência mútua.

É bem verdade que a teoria de Klaus Günther foi adotada como um dos referenciais teóricos desse trabalho. Porém, a análise feita aqui diverge dela em alguns pontos, a começar pelo papel reservado à moral na razão discursiva. A questão espaço-tempo é um fator importante a ser considerado sendo tão relevante para a argumentação que Habermas chega a referir-se expressamente a ela em uma de suas obras, afirmando o seguinte:

(...) os Discursos estão submetidos às limitações do espaço e do tempo e têm lugar em contextos sociais; visto que os participantes de argumentações não são caracteres inteligíveis e também são movidos por outros motivos além do único aceitável, que é o da busca cooperativa da verdade⁵⁷.

A dimensão normativa da argumentação ocorre nesse espaço-tempo, estruturado a partir da fundamentação e da aplicação. Espaço e tempo constituem condição de possibilidade para a existência de uma dimensão normativa e, logo, da própria decisão. Acaso seria possível haver uma decisão fora do espaço-tempo? Kant considera que não, já que é justamente dessa relação que deriva a possibilidade de “conhecer”. Afirma o filósofo alemão:

O espaço não é um conceito empírico abstraído de experiências externas. Pois a representação de espaço já tem de estar subjacente para certas sensações se referirem a algo fora de mim (isto é, a algo num lugar do espaço diverso daquele em que me encontro), e igualmente para eu poder representa-las como fora de mim e uma ao lado da outra e por conseguinte não simplesmente como diferentes, mas como situadas em lugares diferentes. Logo, a representação do espaço não pode ser tomada emprestada, mediante a experiência, das relações do fenômeno externo, mas esta própria experiência externa é primeiramente possível só mediante referida representação. O espaço é uma representação à priori necessária que subjaz a todas as instituições externas. Jamais é possível fazer-se uma representação de que não haja espaço algum, embora se possa muito bem pensar que não se encontre objeto algum nele. Ele é, portanto, considerado condição de possibilidade dos fenômenos e não uma determinação dependente destes; é uma representação a priori que subjaz necessariamente aos fenômenos externos⁵⁸.

⁵⁷ HABERMAS (2013, p.114)

⁵⁸ KANT (1999, p.75).

O espaço, portanto, assim como o tempo, é um pressuposto para toda e qualquer representação. É somente a partir dele que se pode falar em uma dimensão normativa erigida entre os discursos e na argumentação.

O tempo não é um conceito empírico abstraído de qualquer experiência. Com efeito, a simultaneidade ou a sucessão nem sequer se apresentaria à percepção se a representação do tempo não estivesse subjacente *à priori*. Somente a pressupondo pode-se representar que algo seja num e mesmo tempo (simultâneo) ou em tempos diferentes (sucessivo). O tempo é uma representação necessária subjacente a todas instituições. Com respeito aos fenômenos em geral, não se pode suprimir o próprio tempo, não obstante se possa do tempo muito bem eliminar os fenômenos. Estes podem todos em conjunto desaparecer, mas o próprio tempo (como condição universal da sua possibilidade) não pode ser supresso⁵⁹.

Apenas a título de nota, é importante destacar que Kelsen atribui outro papel ao espaço-tempo que é o de exercer efeito sobre a vigência de uma determinada norma. Conforme o autor positivista,

Visto a conduta humana, assim como as suas condições e efeitos se processarem no espaço e no tempo, o espaço e o tempo em que os fatos descritos pela norma decorrem devem ser fixados no conteúdo da mesma norma. A vigência de todas as normas em geral que regulam a conduta humana, e em particular a das normas jurídicas, é uma vigência espaço-temporal na medida em que as normas têm por conteúdo processos espaço-temporais. (...) A referência da norma ao espaço e ao tempo é o domínio da vigência espacial e temporal da norma. Este domínio de vigência pode ser limitado, mas pode também ser ilimitado⁶⁰.

Com efeito, o tempo exerce o seu papel sobre a própria historicidade do homem e na formação tanto da sua pré-compreensão como do próprio conhecer. Esses são elementos essenciais para uma decisão que leva, inevitavelmente, a outro ponto: o da existencialidade. Enquanto o espaço possibilita as condições para a abertura de uma dimensão normativa entre os discursos, o tempo é a condição de possibilidade para que o intérprete atue cognitivamente sobre a situação. É daí que resulta a decisão cujos efeitos, no entanto, não podem ser erigidos nesse plano, pelo fato de não serem portadores de normatividade. Tudo o que se encontra dentro da dimensão normativa possui caráter normativo/prescritivo. Com a decisão não é diferente, assim como ocorre com o ato de interpretar e de fundamentar.

O ato de julgar não depende de uma escolha. Quando um magistrado aplica o direito, ele pode escolher que resultados pretende evitar e quais objetiva preservar,

⁵⁹ KANT (1999, p.77).

⁶⁰ KELSEN (2009, p.13).

como já foi referido. No entanto, a decisão como tal, não é fruto de uma escolha, mas de um processo de compreensão no qual espaço e tempo são as condições de possibilidade. Se a abertura de um espaço entre a Fundamentação e a Aplicação possibilita conferir normatividade às decisões, a historicidade e a tradição permitem a formação de uma consciência e de uma pré-compreensão de mundo.

Para Marx, essa perspectiva de mundo, denominada por ele de “consciência”, era resultado da produção social de sua vida. O modo de produção da vida material condiciona, portanto, o processo da vida social, política e espiritual em geral. O que os indivíduos são e como eles interpretam dependerá das condições materiais de sua existência mundana. A compreensão reside, pois, nessa nova matriz interpretativa decorrente da própria historicidade do intérprete, a qual somente pode ser superada através de uma razão teórica instrumentalizada por um modelo analítico como aquele proposto pela Análise Econômica do Direito.

A produção das ideias, das representações e da consciência está, a princípio, direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens; ela é a linguagem da via real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens aparecem aqui ainda como a emanação direta de seu comportamento material. O mesmo acontece com a produção intelectual tal como se apresenta na linguagem da política, na das leis, da moral, da religião, da metafísica, etc. de todo um povo⁶¹.

Essa “produção de ideias” e de “representações” que informa os discursos de fundamentação de uma regra está, de início, diretamente entrelaçada com a atividade material e com o intercâmbio entre os agentes, sendo possibilitada pela linguagem. O representar, o pensar e o interpretar aparecem como emancipação direta de seu comportamento material, cuja relação de dependência histórica encontra-se evidenciada na seguinte passagem de Marx:

Os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. E justamente quando parecem empenhados em revolucionar-se a si e às coisas, em criar algo que jamais existiu, precisamente nesses períodos de crise revolucionária, os homens conjuram ansiosamente em seu auxílio os espíritos do passado, tomando-lhes emprestado os nomes, os gritos de guerra e as roupagens, a fim de apresentar a nova cena da história do mundo nesse disfarce tradicional e nessa linguagem emprestada⁶².

⁶¹ MARX & ENGELS (2001, p.18-19).

⁶² MARX (2011, p.25).

Percebe-se que a historicidade exerce um efeito preponderante sobre a formação do sujeito. O tempo é o horizonte da compreensão para os teóricos da hermenêutica crítica como Lênio Streck e Ernildo Stein. No campo econômico, o fator tempo também se revela preponderante, principalmente do ponto de vista das expectativas racionais. É por isso que o tempo, assim como o espaço, visto anteriormente, devem ser considerados elementos fundamentais para uma teoria da decisão.

Por fim, apenas a título de advertência, uma breve consideração se mostra pertinente. A relação espaço-tempo construída aqui não se confunde com aquela proposta por Kelsen, haja vista que a finalidade de estabelecer-se uma relação como esta a partir da argumentação, não coincide com a perspectiva de uma teoria pura. O propósito de Kelsen com isso é expor a relação entre vigência, validade e eficácia de uma norma e não propriamente as possibilidades de compreender a situação e tampouco a de possibilitar o lugar em que ela (a norma) se apresenta. Conforme restará demonstrado, não é da dimensão normativa que resulta a validade do direito, embora a fundamentação política tenha significativa importância sobre a sua legitimidade. A validade do direito é erigida no âmbito dos efeitos que se realizam externamente, mas que nem por isso deixam de ser acessados. Apesar de tudo, a moral continua tendo um papel relevante na razão discursiva.

1.1.5 O papel da moral na razão discursiva

A discussão em torno das diferenças conceituais e qualitativas concernentes a regras e princípios já se encontra praticamente exaurida pela doutrina, de modo que o interesse não é rediscuti-las, mas sim explorar um pouco mais o papel da moral assumido na razão discursiva, atribuindo aos preceitos axiológicos importância secundária para a decisão. Assume-se, portanto, que o caráter prescritivo ou deontológico dos princípios não está ligado a um determinado resultado particular, mas à possibilidade de acesso à razão prática, deslocada para uma posição co-originária a do direito.

Nesse ponto, fecha-se a tessitura aberta anteriormente demonstrando-se onde se encaixam os resultados de uma determinada decisão. Com efeito, Dworkin, muito apropriadamente relativiza substancialmente o papel atribuído aos princípios

por Alexy. Na correta visão de Dworkin, princípios são *standards* juridicamente vinculantes. Isso pode ser verdade na medida em que eles justificam uma determinada decisão, o que não lhes autoriza, entretanto, substituir-se à própria decisão. O que se quer demonstrar é que os princípios tendem a prescrever um determinado resultado particular se atenderem pelo menos a dois requisitos: (I) realizarem o direito na maior medida possível; (II) obedecerem os limites da dimensão normativa, ou seja, permanecerem no mesmo plano da norma.

Nesse sentido, se os princípios já são eles mesmos preceitos axiológicos e universalizáveis, então qual seria o espaço reservado aos argumentos morais na construção da norma quando se parte de razões discursivas, ou seja, da relação entre Fundamentação e Aplicação. É adequado fazer questionamentos morais acerca dos resultados ou das consequências de uma determinada decisão? Os Kantianos diriam que não; os utilitaristas, no entanto, diriam que sim.

A observância dos preceitos morais, por si só, não garante a promoção da justiça. É preciso considerar e conhecer as variáveis que estão contempladas ou que afetam uma dada situação, sob a qual se deseja aplicar a regra de conduta. Robert Alexy debruçou-se sobre o mesmo problema ao se questionar quanto à possibilidade de justificar convicções morais, buscando responder a pergunta através do que ele chama de “posições metaéticas”, quais sejam, o “naturalismo” e o “intuicionismo”⁶³.

É importante ter em conta que, em determinadas situações, haverá o afastamento da regra em maior ou menor grau para tentar maximizar as peculiaridades e as nuances do caso concreto. Quanto mais se pretende concretizar a situação, mais latentes parecem se tornar os efeitos da decisão de aplicar o direito e menor o grau de preservação dos fundamentos que estão subjacentes à regra.

A tese aqui defendida é a de que os argumentos morais não devem ser utilizados como justificação para uma decisão que pretenda estabelecer determinações prescritivas. Para sustentar essa posição, será necessário pressupor que os discursos de fundamentação atuem sob um duplo aspecto, tal como exposto por Castanheira Neves. Uma coisa, portanto, é “antecipar em abstrato o julgador”,

⁶³ ALEXY (2013, p.46).

valendo-se de uma “funcionalidade política”; outra, é realizar o direito com cunho de normatividade.

A validade do direito depende da sua realização. Essa perspectiva, portanto, exige a inversão da relação de universalidade imperativo-categorial proposta por Kant. Em vez de buscar uma moral universalmente válida para interpretar e aplicar a lei parte-se de uma regra que já carrega consigo um substrato axiológico e valorativo. Nesse sentido, Günther diferencia-se de outros filósofos do direito no que diz respeito ao papel da moral na teoria da argumentação, mas acaba incorrendo na mesma impropriedade ao colocá-la como fundamento do direito por meio da razão prática. Logo no prefácio da obra que é resultado de sua tese de doutoramento, ele afirma o seguinte:

Os argumentos seguintes deverão confirmar a suspeita de que, em casos de conflito moral e jurídico, teremos maiores problemas em avaliar adequadamente a situação, à qual se poderiam aplicar diferentes regras e princípios. (...) Nesse sentido, a tese deste livro é a de que não é possível abdicar da razão prática⁶⁴.

Com efeito, a concepção defendida nesse trabalho é a de que a moral não pode ser separada por completo das regras impostas e nem servir como seu fundamento último, haja vista a necessária inserção do discurso político-jurídico resultante do próprio processo democrático em curso. Defendendo o ponto de vista da justiça política, Höffe atribui o papel de legitimação do direito ao discurso de justificação, como já foi visto. À tarefa de legitimação, Höffe atribui o nome de “mandato para o exercício da coerção”, dando a entender que esse papel competiria, portanto, à política e não ao intérprete aplicador da norma. Ele refere:

Ao contrário, bem diferente é quando a cooperação se articula com a coerção aberta ou oculta. Pois a coerção limita a liberdade de ação, o que para os envolvidos é prejudicial e, portanto, carente de legitimação; é por isso que a tarefa da legitimação se denomina mandato para exercício da coerção⁶⁵.

Bem se vê que o autor vincula a prática da liberdade à legitimação, chamando a atenção para o fato de que onde houver coerção, não pode haver cooperação e, logo, a legitimação do direito não poderia ser espontânea ou autônoma. Mais à frente, Höffe aborda a questão da justificação, defendendo que a justiça poderia ser

⁶⁴ GÜNTHER (2011, p.VII).

⁶⁵ HÖFFE (2006, p.52).

realizada pela simples aplicação da norma, eis que o seu processo de elaboração já contemplaria juízos pré-morais, não se fazendo necessária a verificação pelo intérprete aplicador.

A justificação correspondente pode ser entendida em duas direções. Segundo uma compreensão mais fraca, o ponto de vista moral é possível em face do mandato para o exercício da coerção; segundo uma compreensão mais forte ele é necessário. Se a justiça é apenas uma perspectiva possível e se a questão da legitimação em face do mandato para o exercício da coerção pode ser respondida com razões pré-morais, se poderia renunciar então, à busca de razões morais⁶⁶.

As possibilidades de estabelecer-se um diálogo entre aquele que produz a norma (processo político) e aquele que a interpreta e aplica⁶⁷ (processo de adequação) já pressupõem a existência de uma estrutura comunicativa. O direito encontra-se hoje em uma espécie de “estado estacionário” que se evidencia, principalmente, por uma crise de efetividade. A crise não é propriamente resultante de uma ausência de concretude como se poderia esperar, mas de uma crise sistêmica de auto-reprodução. Esse ponto será melhor analisado no Capítulo 4.

Por hora, é suficiente dizer que a realização do direito somente pode ser levada a efeito através de um processo democrático onde a moral encontre espaço tanto no discurso de justificação (política) quanto no de aplicação (adequação feita pelo intérprete). No primeiro caso ela faz as vezes de um consciente coletivo; no segundo, de uma razão prática acessível através dos princípios. Acerca disso, Habermas concebe uma dupla versão acerca da filosofia política de Kant:

Na filosofia política de Kant há duas versões claramente distinguíveis. A versão oficial serve-se da construção de uma ordem cosmopolita produzida unicamente pela coerção da natureza, sob cujo pressuposto a doutrina do direito pode então deduzir as ações políticas na forma de ações morais: em um estado jurídico de todo modo existente (ou seja, aquelas condições externas nas quais realmente pode ser atribuído um direito ao ser humano), a política moral não significa nada mais do que ação jurídica por dever sob leis positivas. (...)⁶⁸

Com efeito, a dificuldade de obter um grau universalista de abstração, por certo herdado de Kant, levou o autor a abstrair qualquer tentativa de verificação moral de uma norma. Em que pese o reconhecimento dessa dificuldade, não é

⁶⁶ HÖFFE (2006, p. 54).

⁶⁷ De acordo com a teoria concebida pela Hermenêutica Filosófica levada a efeito principalmente por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer interpretação e aplicação resultam de um único processo.

⁶⁸ HABERMAS (2014, p.284).

menos verdade que Günther procura empreender formas de contemplar as ações morais por meio da aplicação, ainda que seja através da racionalização de um dado problema, adaptando as complexas e pluralistas estruturas sociais a contingências pré-concebidas pela razão do julgador. O direito não pode ser descrito e tampouco caracterizado como algo estático, mas como produto de um processo em constante transformação em que a justiça ocorra como um subproduto. A força coercitiva a que Habermas atribui o nome de “legalidade”, mas que em verdade pode ser traduzida como validade, resulta da moral, erigida no seio da razão prática. A esse respeito, diz o Professor de Coimbra:

O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos. (...) Uma boa interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutica-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto⁶⁹.

Como já foi visto, Castanheira Neves admite como premissa necessária para o desenvolvimento da sua tese a realização do direito. Para ele, este seria o fim último de toda teoria. Para tanto, qualquer modelo a ser buscado deveria ter sempre esse objetivo em mira. Sendo assim, um modelo adequado a uma realização do direito não pode estar limitado a simples aplicação de normas pressupostas, haja vista que a norma já é uma resposta a uma questão de direito. É fundamental admitir que dentro do sistema existam inúmeras soluções possíveis e igualmente adequadas para o caso, pois essa é a peça chave para entender porque se mostra tão apropriada a concepção do professor de Coimbra.

Por outro lado, uma importante inovação trazida pela chamada Teoria Estruturante desenvolvida por Friedrich Müller foi o conceito de concretização, a qual estaria amparada sob a *práxis*. A norma jurídica, portanto, seria resultado da interação entre a realidade do caso concreto e o texto enquanto subproduto de um processo político e democrático. O intérprete passaria a ter, assim, um papel central, visto que ele é o responsável por confrontar as possíveis soluções tópicas com a norma jurídica, promovendo o trabalho de concretização. O aplicador deveria, portanto, compreender e interpretar o problema para só depois encontrar nos

⁶⁹ NEVES (1993, p.84).

catálogos normativos a resposta mais adequada, fazendo-se um juízo de conformação.

É de ver, portanto, que a teoria mais adequada e compatível com o modelo de Estado Democrático é aquele que permite a superação do positivismo completamente apartado da razão prática em que os juízos axiológicos são simplesmente ignorados, priorizando-se a norma em detrimento do caso concreto. Para essa concepção, o direito é percebido como o resultado de um processo democrático, um subproduto da política, onde o discurso de fundamentação já foi realizado, cabendo agora ao intérprete tão somente aplicá-lo.

A resposta à democracia não consolidada e a superação da crise de efetividade só se tornam possíveis, portanto, através do processo de constitucionalização do direito em substituição à dogmática jurídica e à pragmática do positivismo. Como visto, nessa nova perspectiva o intérprete do texto legal passou a ter maior espaço de atuação, pautando-se nos princípios que despontaram como a condição de possibilidade para a concretização dos valores sociais até então esquecidos⁷⁰. Manuel Atienza, analisando a obra *Tópica e Jurisprudência* de Viehweg conclui que o “método consiste em partir de uma série de princípios e axiomas que devem ter as propriedades de plenitude, compatibilidade e independência, mas ele não pode ser aplicado ao campo da jurisprudência”⁷¹. Já Castanheira Neves propõe um modelo de realização do direito, decompondo o sistema em quatro substratos ou categorias.

O sistema é uma unidade de totalização normativa que se analisa em quatro elementos – os elementos constitutivos da sua normatividade, organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante. O primeiro desses estratos formam-no os princípios. (...) Um segundo estrato é ocupado pelas normas prescritas numa opção político-estratégica e de um vinculante valor normativo que provém das já aludidas legitimidade e autoridade político-jurídicas. (...) Um terceiro estrato é a expressão da jurisprudência. (...) O quarto e último estrato é ocupado pela dogmática (ou doutrina jurídica), enquanto o resultado de uma elaboração livre e de uma normatividade que apenas se sustenta na sua própria racionalidade fundamentada (...).⁷²

⁷⁰ “Nos últimos anos, porém, seguindo a tendência dos tribunais constitucionalistas brasileiros começaram a adotar uma concepção não positivista da interpretação constitucional, orientando-se por teorias constitucionais como as da ponderação de valores ou interesses, da proporcionalidade e do direito como moral (...)” POSNER (Prefácio à Edição Brasileira, 2010).

⁷¹ ATIENZA (2014, p.45).

⁷² NEVES (1993, p. 155-157).

Para Castanheira Neves, portanto, o problema ganha contornos de relevo dentro de uma teoria da decisão, visto que nele reside o papel mediador entre os sistemas. A moral, portanto, possuía como única via de acesso o processo político de elaboração das leis. O direito era subproduto desse processo, algo pronto e estático e não ele mesmo um processo de construção e reconstrução diante dos problemas apresentados. Era concebido como um sistema fechado de regras e princípios cuja resposta só podia ser nele encontrado e a decisão erigida de uma interpretação metodológica.

A Constituição de 1988 possibilitou novos rumos para a solução dos problemas de natureza econômica, social e política dentro do âmbito jurídico, oxigenando o sistema com a dialeticidade entre a norma e o caso concreto. Admite-se, pois, a existência de lacunas e a própria incompletude do ordenamento, espaços estes que permitem a atuação do intérprete/aplicador do direito e a inserção da moral por mecanismos outros que não apenas a via indireta do processo político.

As modernas teorias da decisão, mormente aquelas que se utilizam da filosofia como instrumento, tem-se dedicado a questionar as formas de aplicação das normas, procurando encontrar novos instrumentos de adequação por meio de teorias discursivo-argumentativas. Em linhas gerais, elas propõem, ou a modificação da hermenêutica tradicional, ou então a utilização de métodos principiológicos para a solução de casos, procurando a melhor resposta para um dado problema.

Para essa corrente, portanto, a superação do obstáculo da efetividade que proporcionaria maior concretude ao direito seria uma readequação interpretativa, sem, entretanto, levar em consideração alternativas para a inserção da moral entre os papéis desempenhados pelo legislador e o intérprete. É que a superação do método interpretativo e a crítica ao positivismo normativista colocaram em seu bojo a racionalização das decisões judiciais em detrimento das possibilidades de atuação da moral. Contudo, é preciso reconhecer que o texto já está carregado de sentido pelo próprio modo prático que acompanha a construção do ser enquanto legislador. Esse fenômeno é descrito por Gadamer como uma fusão de horizontes na qual o intérprete complementaria, com a sua visão de mundo, o sentido do texto.

Com efeito, as perspectivas edificadas pela nova hermenêutica colocam o julgador como sujeito inserido no próprio mundo da vida, daí porque ele, por si só, teria autoridade para dizer o direito, o qual não se confunde com as questões morais adstritas a uma razão prática. A forma encontrada pelos autores adeptos dessa alternativa como forma de superação da crise é utilizar-se dos princípios para resolver os casos difíceis que, por vezes, exigem o confronto entre uma aplicação coercitiva da norma e as particularidades dos fatos que, afinal, não podem ser negligenciados.

A argumentação consiste, pois, em um processo que se autolegitima e que se reproduz através de uma consciência moral coletiva realizável por meio da intersubjetividade entre os discursos de Fundamentação e Aplicação. Portanto, as possibilidades de uma realização do direito ocorrem substituindo-se os discursos de fundamentação (justificação) o qual seria responsável pela validade do direito e o de aplicação, responsável pelos juízos de adequação entre a norma e a situação, pelo discurso consubstanciado numa estrutura mediatizada pela intersubjetividade.

A argumentação admite que a decisão implique em uma escolha, enquanto que a razão discursiva exige que essa escolha seja sempre consistente. Pressupondo uma compreensão precisa e mais completa possível da situação, quais deveriam ser as condições para que um determinado resultado particular preponderasse sobre a manutenção da regra, em se identificando problemas de colisão de princípios? Nesse ponto, as concepções sustentadas por Günter e Alexy são importantes e merecem ser analisadas mais detidamente.

Para Alexy, “uma colisão de normas se apresenta quando ao menos “duas normas, cada uma delas aplicada para si, levarem a resultados mutuamente irreconciliáveis, isto é, a dois juízos coercitivos (...) concretos que se excluem reciprocamente”⁷³. Isso acontece quando os juízos de adequação entre normas “*prima facie*” e as peculiaridades da situação não estavam previstas nos fundamentos do tipo “a menos que”. A colisão entre o princípio hospedado na regra “*prima facie*” e o princípio exurgido da situação ocorre no nível da fundamentação, vale dizer, da moral.

⁷³ ALEXY *Apud* GÜNTHER (2011, p.197).

A aplicação dá lugar, assim, a fundamentação concreta. Günther atribui a adequação do resultado fundamentalmente aos critérios utilizados para a seleção dos fatos, a ponto de relativizar o “conteúdo coercitivo” das normas “*prima facie*”. A questão é que não se pode estabelecer uma dimensão entre Fundamentação e Aplicação considerando o problema como fundamento para mais de uma norma. Isso permitiria que houvesse uma rota de colisão entre a situação prevista na regra genérica, nas palavras de Günther, “*prima facie*”, e àquelas estabelecidas à luz do aspecto situacional ou, conforme o mesmo autor, “normas definitivas”.

Nesse sentido, Alexy, procurando aparentemente estabelecer um critério que ponha à prova essa hipótese de colisão, busca compreender o problema da validade dos argumentos práticos, impondo-se a seguinte questão: existem regras que permitiriam distinguir fundamentações válidas e inválidas de proposições normativas?⁷⁴ Em outras palavras, o autor pretende descobrir que tipo de critério poderia ser utilizado para identificar as proposições normativas cujo fundamento sempre fosse válido.

O autor, valendo-se dos argumentos de Stevenson, responde que a validade só seria apropriada se os resultados do processo de fundamentação pudessem ser chamados de “verdadeiro”. Entretanto, o resultado, segundo ele, não deveria ser o único critério para uma decisão e nem tampouco assumir um caráter de definitividade, embora eles sejam, sem dúvida, relevantes.

Ao que tudo indica, Alexy assume postura semelhante a de Castanheira Neves visto que atribui aos resultados o papel de conferir validade às proposições normativas. Um resultado adequado, portanto, teria o condão de conferir validade ao discurso consubstanciado por uma razão do tipo instrumental. Günther, no entanto, percebe essa tese de outro modo, afirmando que:

A proposta de Alexy, de relacionar a distinção entre o caráter *prima facie* e o caráter definitivo de normas com princípios e regras, não afeta a validade de normas. Tanto princípios quanto regras demandam um pleito de validade do mesmo tipo e são carecedores de fundamentação. Entretanto, o efeito da distinção está na estrutura da norma e no destino da validade em caso de colisão.⁷⁵

⁷⁴ ALEXY (2013, p.55).

⁷⁵ GÜNTHER (2011, p.203).

Como já foi afirmado anteriormente, Günther atribui aos discursos de fundamentação advindos da razão prática o critério de validade das normas. Essa postura exige que o intérprete tenha que escolher qual das normas haveria de prevalecer em caso de colisão, o que não parece se harmonizar com a ideia de uma dimensão normativa. A perspectiva adotada neste trabalho assume que o critério de validade não reside na norma, mas decorre da própria realização do direito. A intersubjetividade existente entre a Fundamentação e a Aplicação, e a mediação possibilitada pela hermenêutica no interior dessa dimensão normativa permite que a norma seja deduzida apenas diante da situação específica com que se depara o intérprete. Nesse ponto, o modelo construído aqui se aproxima mais da perspectiva de Alexy do que propriamente à de Günther.

A análise feita até agora permitiu demonstrar como a razão prática acabou assumindo um novo papel para o direito. Resta, no entanto, verificar em que medida ela servirá como critério de aferição da universalidade moral dos resultados da aplicação. Essa é a condição de possibilidade para que se possa avançar na construção de um modelo que permita a existência de uma dimensão normativa no espaço compreendido entre as razões discursivas.

Mas isso ainda não resolve o problema de como se estabelecer uma relação de equilíbrio entre a Fundamentação e a Aplicação e nem de saber se é possível deduzir dessa dimensão normativa uma decisão adequada. É preciso prosseguir em busca de outros critérios avançando mais profundamente nas teorias da argumentação.

2. ARGUMENTAÇÃO, NORMA E DECISÃO

Uma teoria da argumentação jurídica deve servir a algum propósito. De acordo com Manuel Atienza, ela deveria cumprir, basicamente, três funções: “a primeira, de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda de natureza prática ou técnica e a terceira qualificada como política ou moral”⁷⁶. Esse é o caminho que se procurará seguir a partir de agora, utilizando como arcabouço os elementos expostos até aqui. O presente capítulo destina-se a revisitar as teorias da argumentação, buscando conhecer a origem da prescritividade e da normatividade das regras, estabelecendo uma relação adequada entre ação, norma e situação. O papel da consciência coletiva em contraponto à tese de um universalismo moral também será discutido.

É preciso, pois, descobrir como as teorias da argumentação respondem ao problema da decisão e da aplicação do direito diante dos diferentes papéis assumidos tanto pelo direito quanto pela moral. Buscar-se-á compreender igualmente como a literatura analisa as questões referentes à validade dos enunciados bem como o espaço reservado à dimensão normativa da argumentação. O material publicado é extremamente vasto e a complexidade do tema desafia o investigador a caminhar por veredas sinuosas e imprecisas, resultante de uma teoria densa e por vezes extremamente obscura.

2.1 DA FUNDAMENTAÇÃO À APLICAÇÃO

No capítulo anterior destinou-se um espaço considerável para tentar explicar como é possível substituir a razão prática por uma consciência moral coletiva, cuja fundamentação passe a residir na política. Além disso, demonstrou-se que a relação espaço-tempo no interior da argumentação permitiria a existência de uma dimensão normativa erigida entre a Fundamentação e a Aplicação e que a validade do direito depende da sua realização. Essa é justamente a tarefa da aplicação. Será preciso traçar um longo caminho até chegar à análise dos resultados da decisão que devem ser incorporados ao modelo, a despeito do que dizem os teóricos anti-

⁷⁶ ATIENZA (2014, p.269).

consequencialistas que apostam nos princípios como padrões suficientes para superar o relativismo e proporcionar a melhor adequação possível do direito. Este trabalho dissente, em parte, dessas teorias por considerar que os princípios devem assumir um outro papel dentro do sistema. O fato é que desconsiderar os resultados de uma decisão implica em negligenciar os fatores contingenciais da situação e resvalar novamente para os preceitos morais oriundos da razão prática. Parece que as teorias da argumentação incorrem nesse erro, conforme fora muito bem diagnosticado por Habermas. É o que será analisado a partir de agora.

2.1.1 Revisitando a literatura

Boa parte das teorias da argumentação admite a relevância da situação ou do problema para o encontro de uma decisão adequada, embora com algumas variantes. Nesse sentido, diversos autores como Perelman e Habermas estabeleceram premissas sofisticadas a fim de criar as condições adequadas para viabilizar o discurso ou então para instrumentalizar a própria argumentação, como é o caso de Toulmin.

O objetivo deste tópico é buscar estabelecer critérios para, de um lado, possibilitar a fundamentação axiológica de uma norma qualquer e, por outro, buscar argumentos racionais que viabilizem a sua aplicação. Entre essas perspectivas poder-se-ia localizar a dimensão normativa dotada de prescritividade jurídica e justificação política. É o que Hare chama adequadamente de “universalismo” e “prescritivismo”. Toda norma, assim, seria portadora de um conteúdo prescritivo, mas também moral. A dificuldade reside em saber em que medida esse espaço é disputado dentro de uma dimensão normativa e qual a origem e o papel que tais perspectivas assumem nas teorias da argumentação.

A vinculação dos discursos de fundamentação à moral exigiria definir critérios aceitáveis para objetivar a universalidade. Isso não é tarefa fácil e tem-se mostrado extremamente complexo e controvertido na literatura sobre o assunto. Hare, por exemplo, assenta em uma espécie de “metaética” a justificação para determinados preceitos morais, buscando sempre o respaldo de cada conduta na universalidade. Isso, de certo modo, requer igualmente uma postura de alteridade do intérprete e a

exigência de um princípio de universalização, em que ainda se deva aceitar uma proposta de norma, mesmo que ele se encontre em uma situação diferente da original⁷⁷.

A exigência de que alguém se coloque no lugar do afetado para estabelecer um critério de universalidade parece ser um dos pontos fracos da teoria de Hare. É isso que se depreende da leitura da obra de Klaus Günther e da análise que ele tece acerca da teoria daquele autor:

Será que, em uma situação concreta, ao universalizar o meu modo de agir na comparação com a perspectiva do outro, não terei que levar em consideração aspectos situacionais que fazem parte desta situação concreta, na qual pretendo executar o meu modo de agir e aplicar a respectiva norma?⁷⁸

Encontrar uma dimensão normativa no interior da argumentação exige uma análise acurada em torno da situação, assumindo, conforme Günther⁷⁹, que qualquer norma contenha sempre uma determinada referência situacional. O problema, no entanto, começa quando se tenta estabelecer uma relação adequada entre as circunstâncias particulares, quando elevadas à categoria de universalidade. A dedução de Günther é a seguinte:

Se chegarmos à conclusão de que a norma está fundamentada porque podemos aceita-la também em situações semelhantes, e se ocuparmos o lugar do implicado, esta avaliação só trará validade dentro do alcance que o conteúdo semântico desta norma atingir. O conteúdo semântico é pressuposto da fundamentação. No entanto, parece duvidoso que o próprio Hare concordaria com essa interpretação do seu princípio de fundamentação, já que seguidamente restringe a situação argumentativa de uma fundamentação a uma situação de aplicação, ligando dessa forma as suas análises metaéticas a ações utilitárias.⁸⁰

Parece que Hare introduz o aspecto situacional na fundamentação, de modo que o elemento particular esteja sempre inserido na universalidade. Com isso, ele pretende extrair uma espécie de norma correta para cada situação através da sua capacidade de universalização moral. Günther critica a análise de Hare, afirmando que “em cada proposta normativa submetida ao teste de potencial universalização em uma situação de aplicação, esteja contida implicitamente a pretensão de que, a

⁷⁷ GÜNTHER (2011, p.15).

⁷⁸ *Idem* (2011, p.15).

⁷⁹ *Ibidem* (2011, p.11).

⁸⁰ *Ibidem* (2011, p.16).

esta proposta, siga-se a norma correta para aquela situação”⁸¹. Em termos mais precisos, essa é a leitura que Günther faz do referido autor:

Hare parece não distinguir entre fundamentação e aplicação de uma norma ao relacionar, de antemão, a fundamentação de uma norma ao caso presente aos fatos externos e internos, às circunstâncias especiais e às pessoas implicadas, assim como às consequências e aos efeitos colaterais. Ao contrário, é como se, em uma situação de aplicação, a fundamentação de uma norma fosse orientada a comprovar que esta norma é aplicável segundo as circunstâncias especiais do caso.⁸²

De certo modo, Günther sugere que Hare transformou a fundamentação moral em uma espécie de “razão instrumental”. Nas palavras de Karl Larenz,

A forma linguística e a lógica das proposições imperativas foram investigadas por HARE, que distingue imperativos individuais e universais. Os últimos têm a forma de proposições de dever ser. Deles, segundo HARE explica, podem derivar-se, por meio das regras lógicas de raciocínio, imperativos individuais⁸³.

Nesse sentido, a deficiência na teoria de Hare parece residir no fato de que os “discursos de aplicação precisam complementar o princípio de universalização ‘U’ a fim de esgotar o sentido pleno da ideia de imparcialidade”⁸⁴. Esse problema, entretanto, é resolvido pela perspectiva de Toumin acerca da argumentação moral. Eis a conclusão a que chega Alexy, acerca da teoria proposta por este autor:

Toumin acredita que esta função é a fonte da qual emergem os critérios do que constitui uma boa razão para uma proposição normativa. Para esse fim, ele distingue duas formas e dos níveis de argumentação moral. A primeira forma se dá quando uma ação é justificada porque assim ordena uma regra moral vigente na sociedade do falante. A segunda forma é aplicada quando na fundamentação de uma ação (ou regra) mostra-se que ela causa menos dano do que a alternativa em discussão. A primeira forma envolve fundamentação por apelo a alguma regra; a segunda, por referência às consequências. A primeira é deontológica; a segunda, teleológica. A segunda serve diretamente ao objetivo da moral citado acima, exatamente evitar sofrimento desnecessário. A primeira consegue isso apenas na medida em que as normas morais vigentes em determinada sociedade harmonizem a ação e os desejos de seus membros de tal maneira que o sofrimento desnecessário é realmente evitado.⁸⁵

A teoria não parece muito clara quanto ao local ocupado pelos dois níveis de argumentação e nem tampouco explica como identificar em que circunstâncias a justificação moral de uma ação causa mais “dano” ou piores “consequências” de

⁸¹ GÜNTHER (2011, p.16).

⁸² *Idem* (2011, p.15).

⁸³ LARENZ (1997, p.353-354).

⁸⁴ GÜNTHER (2011, p.34).

⁸⁵ ALEXY (2013, p.88).

uma aplicação pura e simples da regra. Faltam critérios racionais de aferição. Toumin, então, estabelece quatro critérios que tem a pretensão de vincular o proponente ao argumento utilizado. São eles: “a pretensão, a razão, a garantia e o respaldo”⁸⁶.

Já a perspectiva utilizada por Alexy na tentativa de estabelecer um conceito adequado de direito, por exemplo, parte da relação de três elementos, “o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material”⁸⁷. O autor pressupõe que diferentes conceitos de direito podem exsurgir, a depender do grau de preponderância que o intérprete atribui a cada um desses elementos.

Quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias.⁸⁸

O problema proposto nesse trabalho foi erigido à luz de uma adaptação dessa última afirmativa de Alexy relacionada com a teoria da argumentação defendida por Günther. A relação entre ambos os autores é reveladora. Na verdade Günther assume que deve haver uma cisão entre os discursos de fundamentação e de aplicação. O modelo é adaptado porque essa investigação impõe como pressuposto o fato de que “nesse espaço compreendido entre esses dois extremos” exista aquilo que aqui se denominou de dimensão normativa em que, de fato “muitas formas intermediárias são concebíveis”, manifestadas através de inúmeras decisões igualmente válidas e possíveis.

A tese de que a compreensão adequada da situação é condição de possibilidade para a realização do direito encontra reforço teórico na tópica de Theodor Viehweg e na concepção de que a aplicação opera-se sempre à luz de um determinado problema jurídico. Nesse sentido, Manuel Atienza, fazendo uma releitura de *Topik and Jurisprudenz*, afirma o seguinte:

⁸⁶ ATIENZA (2014, p.103).

⁸⁷ ALEXY (2011, p.15).

⁸⁸ *Idem* (2011, p.15).

Um problema é, para Viehweg, “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que sempre exige um entendimento preliminar, de acordo com o qual assume o aspecto de questão que é preciso considerar com seriedade e para a qual é preciso buscar uma única resposta com solução”.⁸⁹

Viehweg não negligencia o papel da pré-compreensão no processo decisório, bem como a multiplicidade de respostas possíveis para uma dada situação. Karl Larenz, em passagem bastante elucidativa acerca da relação estabelecida entre metodologia e argumentação, tece um valoroso comentário acerca da tese proposta por Viehweg. Acerca disso, Larenz refere o seguinte:

A ideia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a VIEHWEG, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática. Uma vez que em grande medida se trata de temas idênticos, que também são tratados na metodologia jurídica, levanta-se a questão do que é que constitui a diferença entre uma metodologia e uma teoria da argumentação.⁹⁰

Larenz, aparentemente admite que “juízos de valor” também são passíveis de ser fundamentados. Aliás, essa é justamente a tese defendida por Chaïm Perelman ao assumir a racionalização de juízos de valor no seu propósito de criar uma “Nova Retórica”, fazendo, no entanto, enorme esforço metodológico no sentido de teorizar diferentes técnicas argumentativas. A hipótese aventada por Perelman exige compreender a intrincada relação entre auditório universal e auditório particular e ainda dominar a técnica da persuasão e do convencimento.

O ato de argumentar, portanto, dependeria da adesão do auditório para o qual se dirige o orador. Para Alexy, “o conceito básico da teoria de Perelman é o auditório” (...). “A finalidade de toda argumentação é alcançar ou fortalecer a adesão do auditório. Para consegui-lo, o orador deve adaptar seu discurso ao auditório”⁹¹.

A teoria de Perelman aproxima-se mais de uma ética do discurso do que propriamente de uma teoria da argumentação, já que a decisão, para ele, pressupõe

⁸⁹ ATIENZA (2014, p.43).

⁹⁰ LARENZ (1997, p.212).

⁹¹ ALEXY (2013, p.159).

uma espécie de consenso entre os interlocutores pertencentes a um mesmo auditório. Prosseguindo na tese de Viehweg, Karl Larenz, deduz um conceito de argumentação que vale a pena ser transcrito:

“Argumentar” significa fornecer fundamentos, que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível. Os fundamentos, para atingirem esse fim, têm de ser conformados de tal modo que convençam os participantes na discussão, cuja existência se pressupõe, e que permitam suplantar os contra-argumentos por eles aduzidos.⁹²

Essa análise preliminar é importante para que se possa melhor estruturar os pilares teóricos deste trabalho sobre as premissas erigidas no capítulo anterior. Se, para Perelman, a validade do direito se dá no nível da argumentação, nesse trabalho a validade do direito ocorre através da sua realização, consubstanciada na e pela situação. Daí porque a comparação com o modelo da tópica de Viehweg, para o qual o direito encontra-se estruturado no problema que se prepõe a resolver. Parece bastante óbvio que as teorias da argumentação padecem de métodos analíticos de aferição de resultados, sustentando seus critérios de investigação sob pressupostos que, na prática, são irrealizáveis, como a exigência de um “auditório universal”, tal como propõe Perelman. No dizer de Gico Jr.,

(...) a Tópica Jurídica foi uma das primeiras tentativas de superar as limitações juspositivistas alegando criar um mínimo de racionalidade para as decisões valorativas por meio da leitura retórica do direito. Por isso, é chamada de Teoria da Razão Prática, segundo a qual se aplicaria a “lógica do razoável” para controlar os exercícios valorativos por meio do emprego do discurso dos *topoi* de Aristóteles. Os *topoi* seriam “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”, sem qualquer pretensão de sistematicidade, visto que a lógica seria derivável do e aplicável ao caso concreto. Obviamente, a argumentação tópica é falha na medida em que apenas identifica *topoi* aceitáveis para uma determinada audiência, sem fornecer qualquer instrumental analítico que possibilite a comparação entre eles, nem sua hierarquização valorativa, ou seja, não constitui nem oferece uma teoria de valores, que é justamente o problema que teria se proposto a resolver.⁹³

Aparentemente, Perelman se deu conta disso, já que pretende instrumentalizar os argumentos morais a fim de adequá-los aos objetivos pretendidos. Diz o autor que “a argumentação, ao contrário da demonstração, está estreitamente ligada à ação. A argumentação é, na realidade, uma ação – ou um

⁹² LARENZ (1997, p.2012).

⁹³ GICO JR. *in* TIMM (2014, p.9).

processo – com a qual se pretende obter um resultado”⁹⁴. Deduz-se, assim, que, para Perelman, o pressuposto da argumentação reside na “adesão” dos indivíduos quanto às suas premissas. Já para Viehweg, a argumentação consiste no fundamento axiológico de uma dada decisão.

Da mesma forma, Klaus Günther estabelece duas versões do princípio da universalização para a validade da norma através de um princípio moral “U”. Na “versão forte” de “U” Günther pressupõe:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente.⁹⁵

Em outra passagem, o autor, sugere igualmente uma “versão fraca” de “U”. Segundo ele, não se pode excluir a possibilidade de ser surpreendido no momento seguinte a uma situação, na qual se descobre outros sinais característicos daqueles que até então não eram previstos.⁹⁶

A teoria que o professor Klaus Günther constrói pressupõe a aplicação geral de uma determinada norma. As hipóteses para ambas as versões do princípio moral “U” é de “que se considerem as consequências e os efeitos colaterais de uma observância ou aplicação geral da norma carecedora de justificação”⁹⁷. Os “efeitos colaterais”⁹⁸ deixam de ser um problema insuperável quando se impõe ao infrator da norma uma medida de compensação a todos os demais, de modo que os eventuais benefícios auferidos por ele sejam por completo exauridos pelos efeitos negativos da sanção imposta pelo direito.

Nesse caso, o direito não atua passivamente em relação moral e, tampouco, é corrigido por ela. Ao contrário. O modelo apresentado no próximo Capítulo permitirá fazer juízos adequados entre a universalidade da moral e a concretização do direito diante de uma dada situação específica, a depender sempre do nível de compreensão que o intérprete possui acerca dela e do tempo que dispõe para

⁹⁴ ATIENZA (2014, p.61).

⁹⁵ GÜNTHER (2013, p.29).

⁹⁶ *Idem* (2013, p.30).

⁹⁷ *Ibidem* (2013, p.25).

⁹⁸ Para a teoria econômica os “efeitos colaterais” de uma ação qualquer são chamados de “externalidades”.

decidir. Nesse caso, o direito atua justamente impondo juízos utilitaristas aos indivíduos na medida em que lhes impõe sanção pelo descumprimento voluntário da regra positiva. “Em virtude de o conhecimento dos participantes em discursos ser limitado e o tempo finito, a dimensão de justificação necessita da dimensão de aplicação”⁹⁹.

Embora não diga isso expressamente, a conclusão a que se chega do modelo proposto por Günther é a de que estabelecer critérios para a validade das normas através de um fundamento moral e universalizante, é importante quando o direito tiver falhado na previsão de um determinado caso especial ou então quando as consequências de se aplicar a regra são mais perversas do que deixar de aplicá-la. Nesse caso, aferem-se os resultados da decisão, dadas as informações que o intérprete dispõe naquele momento. A distinção que Hare¹⁰⁰ faz entre linguagem eminentemente descritiva e valorativa (prescritivas) é a chave para a compreensão da universalidade dos preceitos morais.

Si tuviésemos un pensamiento moral perfecto podríamos utilizar siempre el método kantiano-utilitarista, es decir el pensamiento crítico. Pero si las personas hiciesen esto, les induciría a error: no tendrían suficiente tiempo o información, y estarían a merced del autoengaño y de la persuasión; y en consecuencia a menudo pretenderían para sí mismos que la conclusión conforme a sus propios intereses era la que exige el método. Por ello, es aconsejable que las personas se formen en las disposiciones o virtudes buenas que les lleven a hacer, en conjunto, lo que les pediría que hiciesen un pensador moral no sesgado y perfectamente crítico —si es preciso sin demasiada reflexión, si ésta es inoportuna. En otras palabras, deben cultivar las mismas intuiciones a las que apelan los intuicionistas, unidas a una fuerte inclinación a seguirlas, y con otros sentimientos moralmente deseables (...) que las refuercen. Sólo cuando entran en conflicto estas disposiciones generales (como sucede en ocasiones) nos veremos impulsados a cierta reflexión crítica, e incluso entonces dudaremos de nuestras propias facultades.

Em verdade, o indivíduo só identificará o elemento prescritivista de um determinado preceito moral quando estiver tentado a inobservá-lo frente à situação prática com a qual se depara. Só se reconhece o universal através do particular. O bom e o mau só se tornam categorias aferíveis quando comparadas ou testadas a partir de uma determinada razão prática.

Encontrar uma fundamentação universal do ponto de vista moral pressupõe,

⁹⁹ GÜNTHER (2013, p.6).

¹⁰⁰ HARE (1995, p.618).

portanto, agir dentro dos limites construídos pelo direito. Se estiver fora desses limites, automaticamente está fora da dimensão normativa e, logo, a decisão dar-se-á dentro de outro espaço da fundamentação/aplicação. Utilizar argumentos de cunho axiológico como um princípio para negligenciar a regra, qualquer que seja a situação, é prescrever um resultado particular a partir do universal. Nesse ponto, a leitura que o professor Lênio Streck faz da obra de Günther é bastante elucidativa:

A teoria originada de Günther aposta em uma forma específica de tratar o momento aplicativo da norma, o que exhibe contornos inflexíveis de uma necessidade de cisão, isto é, quando opera a norma moral num nível hipotético, percebe-se que nela não subjaz a riqueza dos detalhes que só a realidade empresta. Ou seja, mesmo normas moralmente fundamentadas podem gerar injustiças. O único vetor de segurança contra este problema é, para ele, a elaboração de um discurso posterior, analítico, observatório, capaz de reler a realidade em sua complexidade, e nela utilizar a norma correta.¹⁰¹

Com efeito, a superação de uma determinada regra, parafraseando Humberto Ávila, só pode ser aceitável quando não haja outra decisão possível sem sacrificar o próprio fundamento que deu origem à regra. Nesse caso, a conduta particular deverá estar sempre fundamentada em critérios univeralizáveis orientada pelos princípios que, no dizer de Dworkin, sempre “inclinam a decisão em uma direção”¹⁰².

E há casos em que as regras não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas. É o caso de cancelamento da razão justificadora da regra por razões consideradas superiores pelo aplicador diante do caso concreto. Isso significa, pois, que ora as condições de aplicabilidade da regra não são preenchidas, e a regra mesmo assim é aplicada; ora as condições de aplicabilidade da regra são preenchidas e a regra, ainda assim, não é aplicada. Rigorosamente, portanto, não é plausível sustentar que as regras são normas cuja aplicação é certa quando suas premissas são preenchidas¹⁰³.

Sendo assim, as conclusões que se extraem da teoria dos princípios do professor Ávila são: (I) que o abandono de uma determinada regra no caso individual não pode prejudicar a concretização dos valores inerentes à regra (finalidade subjacente e segurança jurídica); e (II) que é preciso haver discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que a sua finalidade exige.

Um dos fundamentos de Streck para atacar a teoria de Günther, reside

¹⁰¹ STRECK (2012, p.457).

¹⁰² DWORKIN (2010, p.57).

¹⁰³ ÁVILA (2005, p.41-42).

justamente no fato de que não seria possível deduzir uma norma universalizável para cada situação.

Um dos fundamentos dessa teoria da moral encontra-se justamente na impossibilidade de criar uma norma hipoteticamente universal para cada situação concretamente deduzida, o que impede a adequação perfeita: eis o início da falibilidade da fórmula Günther, que será vista durante a crítica hermenêutica. Por ora, cabe ressaltar que o próprio filósofo da moral reconhece que, se houvesse normas morais ideais para cada caso aplicativo, a coisa seria desnecessária. Isso porque a validade seria pressuposta pela universalidade ainda em hipótese, e a aplicação seria automática, já que cada caso teria uma norma específica e delimitada. Eis a crítica que deve ser feita à tese de Günther: como não existe uma norma para cada caso, cabe ao discurso de aplicação efetuar os cálculos da adequação. Em outros termos: a moral retorna, disfarçada de adequação, e novamente o sujeito solipsista (Selbstsüchtiger) assume o trono da decisão, da mesma forma que em qualquer teoria metafísica.¹⁰⁴

É por isso que a moral e o direito possuem racionalidades diferentes e os princípios necessitam ter um caráter ambivalente, transitando entre as duas dimensões: a do direito e a da moral. O modelo proposto aqui não admite que discursos de aplicação possam ser substituídos pelos de fundamentação e nem tampouco que princípios possam assumir o lugar de regras positivas, haja vista que “princípios não são regras”, mas, no dizer de Dworkin, fatores que “inclinam a decisão em uma dada direção”¹⁰⁵, como já referido.

Com efeito, a falta de norma ou fundamentação moral para cada caso é suprida por uma espécie de angulação da dimensão normativa em direção ao fundamento adequado e universalizável. Sem esse pressuposto, não é possível ao intérprete deixar de aplicar a regra positiva e, portanto, não haverá espaços para voluntarismos. O aplicador somente decide, quando demonstrar que nenhuma outra decisão seria possível para aquela situação.

De acordo com aquilo que veio sendo dito até agora, os limites da dimensão normativa são definidos pela interpretação e pela compreensão do aplicador acerca da situação. Nesse caso, procura-se resguardar os avanços já conquistados pela hermenêutica filosófica. A dimensão normativa funcionaria como uma espécie de “círculo hermenêutico” e, ao mesmo tempo, como “moldura” de possíveis sentidos.

¹⁰⁴ STRECK (2012, p.457-458).

¹⁰⁵ DWORKIN (2010, p.57).

Portanto, uma coisa é aplicar a lei dentro do espectro normativo construído a partir de um “círculo hermenêutico” no qual não é possível se deduzir uma norma *a priori* ou, apartada da situação. Outra, é avaliar os efeitos de uma determinada decisão antes dela ser proferida. Nesse sentido, é importante trazer a lume a leitura que Atienza faz de MacCormick:

Dessa forma, a concepção consequencialista de MacCormick pode ser compatível com a ideia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas: as razões finalistas (uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerando desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior). De certo modo, a orientação de acordo com fins e a orientação segundo um critério de correção são as duas faces da mesma moeda, pois os fins a levar em conta são, em última instância, os *fins corretos* de acordo com o ramo do Direito de que se trate.¹⁰⁶

A conclusão de MacCormick quanto aos tipos de “razões substantivas” parece correta apenas em parte. Isso porque os resultados ou as consequências de uma determinada decisão não podem ser sopesados como se fossem eles mesmos os seus fundamentos últimos ou, no dizer do autor, “razões de correção”. As “razões finalistas” impedem que a dimensão normativa se perfectibilize e exige o seu elástico para uma nova “razão de correção” ou para um novo fundamento. Isso se dá através da “expansão semântica” da norma. Esse é o trabalho da hermenêutica.

O professor Lênio Streck, em obra dedicada ao estudo da decisão jurídica, assume que “quando o intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico”, já que seria impossível a ele desprender-se da circularidade da compreensão¹⁰⁷. Para o autor, “a adesão à hermenêutica é uma aposta no antirrelativismo”¹⁰⁸. O problema se evidencia, no entanto, em saber reconhecer e identificar os casos em que a norma é inadequada diante da situação. O critério utilizado por Günther reside especificamente nos resultados. Refere o autor que “apenas quando se evidenciar que as consequências seriam absurdas é que se poderão iniciar reflexões nesse sentido”¹⁰⁹. Ele se refere aos casos em que outras normas (ou fundamentos) são preferíveis àquelas construídas originalmente.

¹⁰⁶ ATIENZA (2014, p.156-157).

¹⁰⁷ STRECK (2013, p.230).

¹⁰⁸ *Idem* (2013, p.231).

¹⁰⁹ GÜNTHER (2011, p.9).

Por isso é que a possibilidade de encontrar soluções outras que não aquelas previstas pela regra deve buscar respaldo em um fundamento moral que seja universalizável e ao mesmo tempo categórico. O descumprimento da regra, portanto, não deve ser justificável por um critério utilitário, mas deontológico. A moral não tem o condão de corrigir o direito, mas de servir como justificção para o seu agir conforme ou desconforme os preceitos de uma determinada regra erigida no seio de uma razão prática cuja força reside na imposição do Estado.

Portanto, a fundamentação moral só adquire aspecto de universalidade quando a aplicação não encontra respaldo nos argumentos de fundamentação que integra a dimensão normativa. O direito é normativo; a moral é deontológica. São dimensões distintas, mas mutuamente conectáveis. Do contrário, o direito estaria subordinado sempre à correção de argumentos morais. O modelo aqui proposto, como dito inicialmente, quer evitar isso, garantindo a autonomia do direito, mas sem apartá-lo completamente dos motivos que ensejaram o ingresso de uma determinada regra no mundo jurídico.

A hipótese sustentada admite o mesmo pressuposto ao tentar definir uma dimensão normativa que ao mesmo tempo internalize os discursos de fundamentação e de aplicação. O problema, no entanto, se dá quando o intérprete ultrapassa os “limites da pré-compreensão” e os sentidos que ele antecipa não são suficientes para responder à situação e realizar satisfatoriamente o direito.

Aparentemente a questão é facilmente solucionada se a situação não exige maiores especulações e a solução é encontrada facilmente, o que, diga-se, nada tem a ver com “casos fáceis” e “casos difíceis”, mas com o tempo e a posição assumida pelo intérprete diante do texto e da situação. Como superar a “subjetividade” do intérprete nesses casos? E mais, como definir os contornos da dimensão normativa de modo a não permitir a sua expansão para além do adequado? Em que momento uma decisão deixa de ser conforme o direito e passa a ser relativista? Essas são apenas algumas questões que as teorias da argumentação não conseguiram solucionar satisfatoriamente.

Lênio Streck, abordando o papel do “método” na interpretação, denota que “as principais críticas à hermenêutica provêm do campo da teoria da argumentação, que

(ainda) aposta em ‘descrições e prescrições’, ‘subsunções e deduções’, enfim, dos domínios do (metafísico) esquema sujeito-objeto”¹¹⁰. A percepção do professor Lênio é bastante oportuna, no sentido de que ele identifica, na racionalidade, uma diferença significativa entre a hermenêutica e as teorias da argumentação, mormente quando considerado o modelo de ponderação de Alexy. Refere o autor,

O que alguns críticos da hermenêutica não entendem é que a hermenêutica atua em um nível de racionalidade I, que é estruturante, transcendental não clássico (Stein); já, por exemplo, as teorias da argumentação atuam a partir de um vetor de racionalidade de segundo nível, ficando, portanto, *no plano lógico e não filosófico* (...). Eis a distância entre a hermenêutica e as teorias metódico-procedurais, como a teoria da argumentação jurídica (...). A diferença fundamental talvez esteja no fato de que a hermenêutica atua no âmbito da intersubjetividade (S-S), enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) *não superaram o esquema sujeito-objeto* (S-O).¹¹¹

Procura-se com isso evitar o relativismo, mas através de outro caminho que não propriamente o tomado pela filosofia, levando em conta aquele trilhado pelo próprio direito através da sua normatividade. Com efeito, a hermenêutica de cariz filosófico constitui apenas uma parte do complexo processo de decidir e de fundamentar a decisão e, por isso, é igualmente limitada. Streck acusa as teorias da argumentação de manipular o procedimento¹¹², dando azo à discricionariedade e condiciona a validade daquelas teorias à distinção entre os dois níveis de racionalidade¹¹³.

Em Dworkin, a integridade e a coerência são o modo de “amarrar” o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos (e nem é necessário enfrentar, aqui, as indevidas e injustas críticas feitas à metafórica figura do juiz Hércules, acusado de “solipsismo”). Há algo mais digno do signo da racionalidade que isso? Onde estaria o relativismo hermenêutico? Por certo, se olharmos com cuidado, veremos que relativistas são as teses procedurais, que sustentam uma margem de discricionariedade daquele que manipula o procedimento, como ocorre com a teoria da argumentação¹¹⁴.

A conclusão a que se chega é a de que a hermenêutica filosófica coloca a pré-compreensão como uma espécie de “acordo semântico” no sentido Apeliano. Vale dizer que a argumentação (racionalidade II) surge a partir de um horizonte de sentidos pré-estabelecidos em que orador e interlocutor invariavelmente estejam

¹¹⁰ STRECK (2013, p.232).

¹¹¹ *Idem* (2013, p.232).

¹¹² *Ibidem* (2013, p. 233).

¹¹³ *Ibidem* (2013, p.243).

¹¹⁴ *Ibidem* (2009, p.15).

concordando sobre os pressupostos do problema, já que “o intérprete e os argumentos fazem parte de uma dada linguisticidade”¹¹⁵.

De tudo o que foi dito até aqui, fica claro que a hermenêutica de cariz filosófico não depende de procedimentos. Não é, portanto, normativa; é atribuição de sentido; é expressão do modo-de-ser-no-mundo, a partir da pré-compreensão do intérprete. Essa pré-compreensão é produto da relação intersubjetiva (sujeito-sujeito) que o intérprete tem no mundo. O intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito-objeto. Estará, sim, sempre inserido em uma situação hermenêutica. Há uma “situação linguística”, não sendo a linguagem algo que esteja à disposição do intérprete, circunstância que inexoravelmente transformaria a atividade de interpretar em um ato voluntarista. Ao contrário disso, o intérprete “pertence” a essa linguisticidade. Ele é refém da linguagem¹¹⁶.

Nesse momento, o ponto que mais interessa é a conclusão a que Streck chega de que “a hermenêutica não é normativa”. Daí a relevância de se tentar encontrar esse espaço a partir das teorias da argumentação e, assim, buscar elementos para uma decisão. No modelo, é possível perceber que tanto fundamentação quanto aplicação estão circunscritos por uma dimensão normativa.

A solução encontrada para a supressão da razão prática como fundamento moral da argumentação jurídica foi inserir aspectos políticos, mais condizentes com o contexto democrático pautado em uma consciência coletiva. Manuel Atienza esclarece que, no campo da produção ou estabelecimento de normas, “se poderia fazer uma diferenciação entre as argumentações que acontecem numa fase pré-legislativa e as que se produzem na fase propriamente legislativa”.¹¹⁷ O autor espanhol considera que “as primeiras se efetuam como consequência do surgimento de um problema social, cuja solução – no todo ou em parte – acredita-se que possa ser a adoção de uma medida legislativa”.

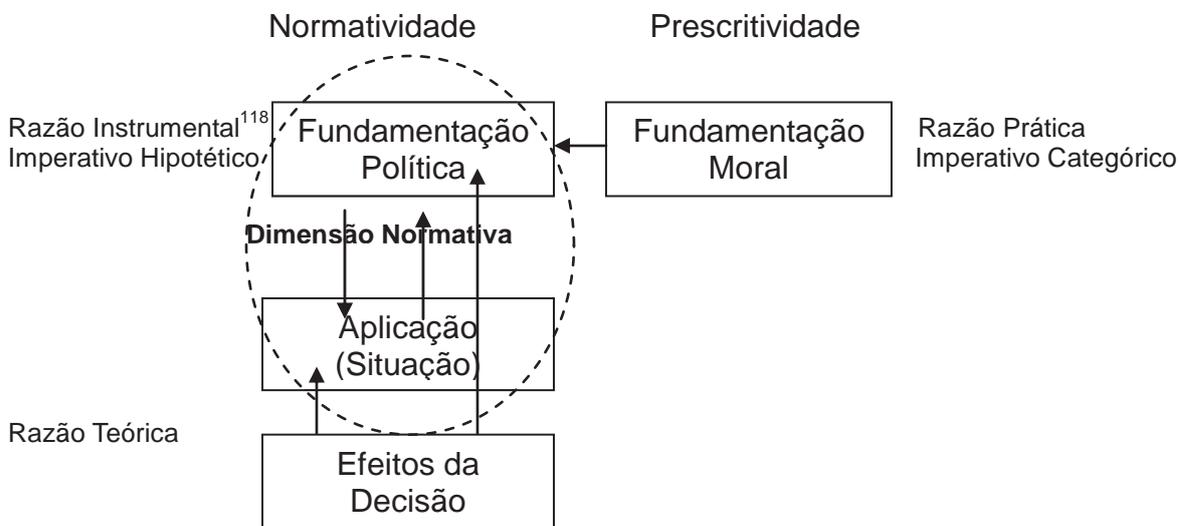
Veja que Manuel Atienza nem sequer considera a moral como fundamento último da regra, já que à moral é reservada outra função, conforme será visto mais adiante. Por hora, parece que já se dispõe de elementos suficientes para apresentar o Modelo que se está propondo, admitindo já a existência de uma dimensão normativa entre a Fundamentação e a Aplicação. Essa é uma parte importante do problema, cujas evidências serão apresentadas a partir de agora.

¹¹⁵ STRECK (2013, p.242).

¹¹⁶ *Idem* (2013, p.236).

¹¹⁷ ATIENZA (2014, p.2).

FLUXOGRAMA 1: Construção de uma Dimensão Normativa



Fonte: Elaborado pelo autor.

O Modelo ilustra que é possível ao direito abstrair da razão prática para a construção de uma dimensão normativa. Isso porque ele atua a partir de outro tipo de racionalidade e, logo, não poderia ser confundido e nem corrigido pela moral, apesar de ser informado por ela. A moral não é normativa porque, como propõe a teoria Kantiana, para adquirir status de universalidade ela não pode vincular-se a aspectos situacionais. Günther, entretanto, considera exatamente o oposto: o de que é impossível à norma não possuir aspecto situacional algum. Sendo assim, deduz-se que uma dimensão normativa só pode ser erigida se considerada a aplicação.

Veja que os efeitos da decisão, por serem totalmente axiológicos e especulativos se localizam em uma perspectiva externa, fora, portanto, da dimensão normativa. Os efeitos são apenas informativos e não adquirirão normatividade, pelo menos não sem o auxílio dos princípios e o caráter prescritivo da razão prática, conforme delineado no FLUXOGRAMA 3 adiante.

Aparentemente, Günther coloca a fundamentação moral (razão prática) no lugar da fundamentação política (finalidade pela qual a regra foi criada) que, em um

¹¹⁸ Apesar de Habermas ter pretendido substituir a razão prática como fundamento do direito por um “agir comunicativo”, consideramos que não seja possível abstrair-se por completo de uma razão instrumental. Essa dedução é extraída de uma afirmação que o próprio Habermas faz na obra “Mudança Estrutural da Esfera Pública”, em citação referenciada mais adiante.

processo democrático, só pode advir de uma razão instrumental. Essa teoria pode ser deduzida do modelo de Habermas. De acordo com o autor:

O consenso prévio em relação a valores necessita, evidentemente, de uma atualização linguística e de uma canalização para situações da ação; no entanto, as realizações de entendimento ficam limitadas a um papel instrumental, a tal ponto que é possível negligenciar a influência exercida pela estrutura dos atos de fala no modo e na composição da tradição cultural.¹¹⁹

A instrumentalidade da razão compromete o espaço da linguagem enquanto fundamento instituidor de uma dimensão normativa. Nesse sentido, é importante observar que a divisão do trabalho e a segmentação da consciência coletiva, fez com que a política e o direito tomassem caminhos diferentes, utilizando-se cada qual de outros mecanismos de justificação. A legitimação da política e a validade do direito não são propriamente resultado de um sistema democrático no qual se delibera amplamente as ações do governo, mas, ao contrário, a legitimação e a validade são produtos da realização do direito, no qual a moral não reside no interior da razão discursiva, mas no reconhecimento dos efeitos resultantes dessas ações.

Por este motivo é que a fundamentação acaba adquirindo inevitavelmente um duplo aspecto: um político e outro moral. Aquele, obedecendo a um imperativo hipotético; este a um imperativo categórico. Aquele é normativo; este é prescritivo. Obviamente não significa dizer que o direito não seja igualmente prescritivo. É que a prescritividade do direito é externa ao agente, enquanto que a prescritividade moral lhe é interna e, logo, não tem o condão de lhe impor sanções pelo seu descumprimento. O modelo proposto faz uma necessária distinção entre os níveis de racionalidade: um que informa os discursos de fundamentação política e, outro, que possibilita compreender a situação e avaliar os efeitos de uma dada decisão.

(...) uma teoria da argumentação jurídica não será válida se pretender confundir os dois níveis de racionalidade, isto é, se pretender fundamentar o próprio conhecimento. Toda e qualquer teorização da argumentação jurídica está ligada à práxis, enfim, à decisão (...)¹²⁰.

Ao colocar aspectos da razão prática como fundamento para a criação de normas *prima facie*, exigindo que elas fossem universalizáveis, Günther não apenas retira a democracia como elemento para a construção do direito, como também

¹¹⁹ HABERMAS (2012, p.159, Vol 2).

¹²⁰ STRECK (2013, p.243).

insere aspectos da moral para dentro desse processo, gerando um problema de colisão entre o que ele chama de normas “*prima facie*” e “normas definitivas”. Esse problema é analisado na Terceira Parte da sua obra¹²¹.

A distinção entre normas que mandam fazer algo apenas consoante uma suposição genérica e normas que mandam fazer algo de modo absoluto ou definitivo é um tema seguidamente discutido da filosofia moral. Por meio dessa distinção tenta-se resolver um problema típico que aparece sempre quando se trata implicitamente de argumentações de adequação: a colisão de normas. Uma colisão de normas se apresenta quando ao menos “duas normas, cada uma delas aplicada para si, levarem a resultados mutuamente irreconciliáveis, isso é, a dois juízos coercitivos... concretos que se excluem reciprocamente”¹²².

O exemplo que o professor Günther dá é o de um sujeito que faz uma promessa a um amigo de aceitar um convite para a sua festa, e, nesse interim, vem a ser informado de que o seu melhor amigo adoeceu gravemente necessitando da sua ajuda. Caso o sujeito decida pelo dever de prestar auxílio e amizade a seu melhor amigo, estaria rompendo com a promessa feita inicialmente¹²³. Como essa colisão seria resolvida? A proposta de Günther ao estabelecer normas de caráter definitivo exige do intérprete juízos valorativos (utilitaristas) de prioridades, tornando-o voluntarista e discricionário. Veja o que refere o eminente jurista, fazendo alusão à Baier:

É possível estabelecer uma norma definitiva, como: “Em situações do tipo (S1) conceder-se-á, ao dever de prestar auxílio, prioridade diante do dever de cumprir as suas promessas.” A trivialidade desse exemplo, porém, não nos deverá iludir quando ao fato de que, com essa solução, não se esclareceu nem como o caráter de validade das normas originalmente aplicáveis deveria ser definido na relação com a norma definitiva, nem de que modo nós, sobretudo em situações complexas, poderíamos encontrar uma norma definitiva adequada. (...) Para tanto, necessitaremos de “princípios de superioridade” – de um tipo de razões que prevaleça sobre outro tipo (por exemplo, razões morais predominam sobre razões de interesse próprio) ou de “regras de sequencia hierárquica” dentro de determinado tipo de razões.¹²⁴

O problema exige que o intérprete se utilize de diferentes tipos de racionalidade¹²⁵ e a solução para o “problema da colisão” é encontrada no discurso de aplicação. Pelo menos é isso que se pode deduzir da seguinte passagem:

¹²¹ *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*.

¹²² GÜNTHER (2011, p.197). A parte destacada entre aspas é uma referência de Günther à Alexy.

¹²³ *Idem* (2011, p.197).

¹²⁴ *Ibidem* (2011, p.197-198).

¹²⁵ “Razões *prima facie*” e “Razões ponderadas”. GÜNTHER (2011, p.198).

Portanto, será no discurso de aplicação que encontraremos o problema de colisão. As normas válidas sob circunstâncias inalteradas poderão colidir ao examinarmos todas as circunstâncias de uma situação. No discurso de fundamentação constataremos tão somente que, sob circunstâncias inalteradas, não há normas que colidam com a norma carecedora de fundamentação. A colisão, nesse caso, seria um problema da adequação e não da validade de normas.¹²⁶

Parece estranha a exigência de um juízo de adequação na aplicação, se os fundamentos da norma “*prima facie*” já são universalizáveis e, portanto, categóricos. A dedução de que possa haver colisão entre aquilo que a moral prescreve e às peculiaridades da situação fica sem sentido, a menos que análise em torno da situação seja destinada apenas a verificar se as peculiaridades do caso concreto são compatíveis com as normas *prima facie*. Alexy contorna esse problema introduzindo a ideia de princípios como “ordens de otimização”. Mas é de Günther que se está falando agora e, por isso, é importante ter em mira a sua opinião sobre os princípios. Segundo ele:

A distinção, em termos de estrutura de normas, consiste em que princípios têm, como ordens *prima facie*, o caráter de ordens de otimização: eles “ordenam que algo seja realizado da melhor maneira possível quando às possibilidades jurídicas e efetivas”. Com isso, Alexy atribui uma estrutura teleológica aos princípios. Eles ordenam almejar ou realizar um estado, segundo a disponibilidade dos recursos e sob a consideração de finalidades legítimas concorrentes. Dessa constelação resulta a otimização de um estado em situações concretas. Já as regras, diferentemente, são “normas que sempre podem ser cumpridas ou não. Se uma regra for válida, a ordem será fazer exatamente aquilo que ela demandar, nada mais, nada menos. Nesse sentido, regras são “estabelecimentos no espaço do que é, efetiva e juridicamente possível”: atribui-se-lhes uma estrutura, determinada ou definitiva, que se baseia na seleção de possibilidades jurídicas e efetivas. Consequentemente, elas são comparáveis a uma estrutura condicional, na qual uma situação de fato (o componente “se”) é combinada com uma determinada consequência jurídica (o componente “então”).¹²⁷

Portanto, parece lógico que a colisão entre regras deve ser resolvida internamente no seio da dimensão normativa. Os princípios, como bem destacado acima estão relacionados com a realização do direito e, logo, dizem respeito aos efeitos da aplicação da regra, apesar de possuírem caráter normativo. A diferença em relação à moral, é que os princípios, por vezes erigem-se sob uma razão do tipo instrumental-utilitarista, adequando os meios aos fins desejados, outras assumem uma postura prescritivista, ordenando condutas, assim como as regras.

¹²⁶ GÜNTHER (2011, p.201).

¹²⁷ *Idem* (2011, p.203).

Essa dedução é feita através da exigência de Alexy de que algo deva ser “da melhor maneira possível”. Quando se diz que algo deva ser feito da melhor maneira possível, tal exigência obviamente não é deontológica, mas teleológica ou consequencialista. A conclusão a que se chega, portanto, é a de que os princípios devem atuar entre a dimensão normativa e a razão prática fazendo o papel de intermediador. Por isso, a ideia de que possa haver colisão entre normas não parece adequada, vez que a norma só passa a existir depois da aplicação¹²⁸. Ora, se a regra já foi aplicada e o problema solucionado, não há que se falar em colisão. A eventual colisão se estabelece no âmbito das regras e surge antes da aplicação. O problema, entretanto, não reside nisso, mas no fato de que o juízo de “otimização” ou correção da aplicação da regra ficaria ao arbítrio exclusivo do intérprete/aplicador. Esse tem sido o tormento daqueles que, assim como Lênio Streck, refutam veementemente as decisões voluntaristas fruto da consciência.

Isso tem sido resultado do mau uso dos princípios ou, pelo menos, da ideia da ponderação. Parece correto dizer que os princípios situam-se entre a razão teórica da aplicação e a razão prática da moral, já que não seria possível que situações individuais fossem ajustadas ou corrigidas por preceitos discricionários do intérprete, tornando-a ela mesma normas “*prima facie*”. Acerca da indeterminação dos princípios e, reforçando a sua dupla racionalidade, o professor espanhol Carlos Bernal Pulido apresenta três claras objeções levantadas contra a teoria dos princípios Alexyana, por considerá-las indefinidas e, principalmente, por tornar vulneráveis os preceitos democráticos e por não excluir a apreciação subjetiva do juiz. A primeira delas diz respeito à indeterminação conceitual:

La primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios. Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura vacía, que se completa únicamente con apreciaciones subjetivas del juez, de carácter empírico y normativo. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera. Como consecuencia, la ponderación no puede ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.¹²⁹

¹²⁸ Ao que tudo indica, isso se deve a confusão que se estabelece entre texto e norma.

¹²⁹ PULIDO (2007, p.279-280).

O autor considera que não existiriam critérios jurídicos capazes de garantir a objetividade da ponderação ou de vincular o julgador. O professor tem razão nesse sentido e isso reforça a tese de que é preciso construir um modelo de normatividade capaz de atribuir racionalidade ao processo de utilização dos princípios. Isso exige alterar a sua posição colocando-os entre o direito e a moral. A segunda objeção que o autor erige contra os princípios refere-se à incomparabilidade e a incomensurabilidade daquilo que é ponderado:

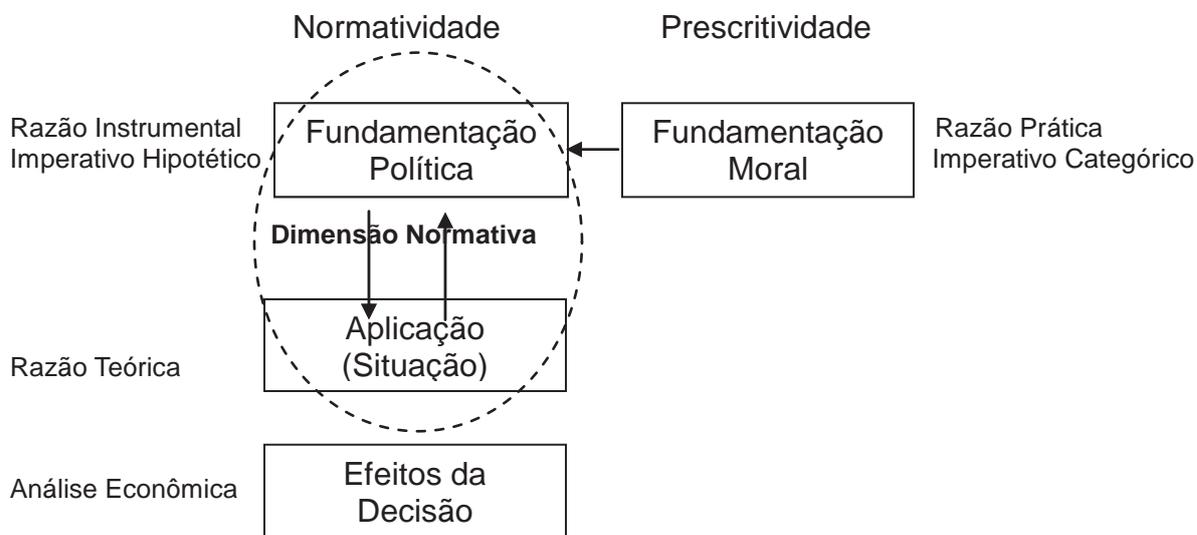
La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos principios que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables. De acuerdo con la crítica, la inconmensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos, que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una «unidad de medida», así como tampoco una «moneda común que posibilite» fundamentar las relaciones de precedencia entre los principios que en cada caso entran en colisión¹³⁰.

Veja que o professor Pulido reforça a tese de que não existe uma hierarquia entre os princípios que se ponderam, conforme, aliás, já foi dito aqui. Tudo dependerá do grau de compreensão que o intérprete possui da situação. Quanto menos informado estiver, maior será o peso que atribuirá às consequências da sua decisão, lançando mão de critérios mais utilitaristas e menos democráticos. Ocorre que a fundamentação política que informa a criação de uma regra já contém partículas situacionais, já leva em consideração os prováveis resultados da sua aplicação, tanto que em muitos casos, já contempla cláusulas de exceção.

Essa avaliação no que concerne ao momento em que se deve lançar mão de um determinado princípio, bem como o peso que se deve atribuir a ele, são frutos de uma razão teórica em que o julgador conclui e demonstra que nenhuma outra decisão seria adequada para aquele caso concreto, senão aquela que proferiu. Essa, então, torna-se a norma individual e definitiva. A questão, entretanto, é saber como isso seria passível, diante da impossibilidade de predizer os resultados da ponderação. O FLUXOGRAMA 2 a seguir representa uma prognose deduzida a partir do Modelo, na qual os efeitos de uma decisão não se coadunam com a fundamentação. Como já ressaltado anteriormente, os efeitos da decisão ocupam uma posição externa à da dimensão normativa.

¹³⁰ PULIDO (2007, p.279-280).

FLUXOGRAMA 2: Efeitos da Decisão x Dimensão Normativa



Fonte: Elaborado pelo autor.

O FLUXOGRAMA 2, acima, representa uma prognose segundo a qual os efeitos da decisão, avaliados segundo uma razão teórica instrumentalizada por um pragmatismo analítico¹³¹ contradizem a fundamentação política (finalidade pela qual a regra foi criada) da norma ou, por algum motivo, não foram devidamente considerados pelo intérprete/aplicador. A primeira dedução que parece ficar bastante evidente é que a existência de uma dimensão normativa depende apenas da aplicação, mas não dos seus resultados. Essa dedução é extraída da afirmação de Günther de que “não há norma que não contenha referência situacional alguma”.¹³²

Entretanto, essa questão precisa ser resolvida, já que os efeitos invariavelmente terão que ser levados em conta quando o assunto for a decisão. Essa prognose torna clara a importância das teorias de Günther e Alexy abordadas anteriormente. Para Günther, a negligência do intérprete quanto aos resultados da sua decisão importaria na inadequação da aplicação, enquanto que, para Alexy, isso resultaria na perda de validade da norma. Ambos estão corretos. No entanto, como dito anteriormente, essa tese de Günther só se tornou possível com a substituição da razão prática pela fundamentação política, lembrando que a exigência de um juízo de adequação na aplicação aparentemente não se coaduna com os

¹³¹ A questão do pragmatismo analítico será discutida no Capítulo 3. Esse será o papel da AED.

¹³² GUNTHER (2011, p.11).

fundamentos de uma norma “*prima facie*” que, por si só, já é universalizável e, portanto, categórica.

É justamente este o papel da razão prática (fundamentação moral). Servir de preceito informativo e categorial fazendo com que os resultados da aplicação da regra passem pelo teste da universalidade, por meio dos princípios. A ponderação, portanto, não ocorre no âmbito normativo, mas no âmbito dos efeitos, assumindo aí uma razão teórica e não instrumental. Isso, todavia, não quer dizer que os princípios não possam assumir uma perspectiva deontológica ou prescritiva. Como dito, o caráter ambivalente de que são dotados alguns princípios, faz com que eles assumam características tanto moral, quanto jurídico-normativas.

Para que os efeitos da aplicação adquiram prescritividade faz-se necessária a expansão semântica da norma que internalize naquela dimensão, a fundamentação moral que prescreva a aplicação do direito diante de uma dada situação específica, conforme demonstrado mais adiante no FLUXOGRAMA 3. O fundamento consiste, portanto, na razão de ser de uma determinada regra, sua finalidade, estando o problema situado na sua indeterminabilidade. Essa é a terceira objeção do professor Carlos Bernal Pulido:

Según la tercera objeción la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Esta crítica mantiene que el resultado de cada ponderación es un individuo singular, cuyas características están determinadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia ad hoc, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica.¹³³

Existe, pois, uma presunção de que a regra, erigida democraticamente e informada por uma fundamentação política que já é capaz de antecipar, pelo menos em parte, os efeitos da sua aplicação, deva ser sempre observada e, tanto quanto possível, preservada. Tudo vai depender da compreensão que se tem da situação e da certeza do intérprete de que a manutenção da regra traria para o problema consequências totalmente inadequadas do ponto de vista da integridade do sistema. Nesse ponto, MacCormick oferece uma resposta aparentemente mais satisfatória acerca da possibilidade de uma decisão que contrarie os fundamentos da regra.

¹³³ PULIDO (2007, p.279-280).

Nisso MacCormick efetivamente parte da existência de uma presunção a favor da interpretação literal ou da interpretação de acordo com o sentido mais óbvio do texto. E essa presunção só pode ser derrotada se: 1) a interpretação “menos óbvia” pela qual se optou se mantém, contudo, dentro do significado possível do texto; e 2) a boas razões – consequencialistas a partir de princípios, ou de ambos os tipos – a favor disso. (...) Na sua opinião, há três níveis de interpretação: o nível semântico ou linguístico, o nível contextual e o nível valorativo e consequencialista. Os argumentos linguísticos tem prioridade no processo interpretativo, mas precisam ser complementados com argumentos que estabeleçam o contexto da interpretação (...).O argumento linguístico que fixa o significado possível dos textos é, em todo caso, essencial, mas pode ser ultrapassado e dar lugar assim a uma interpretação *contra legem*. Esse último tipo de interpretação pode ser admitido quando o texto contém uma contradição lógica, de forma tal que não haja nenhuma possível leitura capaz de afastá-la, mas também quando existe um absurdo axiológico, isto é, quando a interpretação linguística da lei faz com que o texto seja frustrante com relação aos seus próprios objetivos, ou então irrealizável (...)¹³⁴

Os efeitos de uma dada decisão têm papel relevante sobre a estabilidade do ordenamento e, portanto, não podem ser negligenciados. A Análise Econômica do Direito possibilita otimizar o resultado esperado (utilidade total obtida pela coletividade), maximizar o nível de utilidade pelos indivíduos que atuam no processo, aumentar o nível de confiança e a credibilidade dos agentes, reduzir os custos e os riscos da decisão. Entretanto, isso por si só não confere ao processo um caráter de normatividade e de juridicidade. É nesse momento que se torna necessária a figura dos princípios na medida em que possibilitam a expansão semântica da dimensão normativa, buscando na razão prática os critérios para que a decisão ganhe contornos universalizáveis. Com a expansão semântica, os efeitos da decisão adquirem status normativos e ares de juridicidade não obtidos pelo modelo analítico.

A técnica da ponderação de princípios utilizada por Alexy considera a existência de uma “justificação interna”, onde se daria a ponderação mesma e uma “justificação externa” reservada a sustentar de forma argumentativa a resposta encontrada, respeitando a três postulados: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação. Para exemplificar, é mister trazer a lume o caso *Riggs vs Palmer* citado por Günther no prefácio de sua obra já referenciada neste trabalho. O exemplo baseia-se num caso em que se buscava decidir se o neto que assassinara o seu avô, a fim de apoderar-se mais cedo dos bens que lhe eram deixados por testamento, era conforme as normas jurídicas ou não. A solução encontrada pelo

¹³⁴ ATIENZA (2014, p.178-179).

Tribunal de Nova Iorque foi retratada por Dworkin:

O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de proas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeitos não puderem de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino. Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seus efeitos por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. O assassino não recebeu a herança.”¹³⁵

O caso se tornou emblemático a partir do momento em que um determinado ponto chave da situação ficou conhecido (o assassinato do avô pelo neto com a intenção de antecipar a herança). Se a regra fosse aplicada como deveria, o assassino receberia a herança. Aliás, o direito diz exatamente isso. Essa é a resposta que a norma oferece. Mas veja que o argumento para a não aplicação dessa regra enseja uma outra, cujo fundamento sujeita-se a uma razão prática, vale dizer, a um imperativo categórico. A solução não é principiológica, mas moral.

A máxima de que “a ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime” é válida sempre, qualquer que seja a situação. Ela é, portanto, moral. Não há espaço para ponderações e, logo, o aplicador encontra-se vinculado a esse fundamento. O princípio utilizado para chegar na decisão proferida, seja lá qual tenha sido ele, apenas possibilitou o acesso à razão prática, cujo imperativo é categorial. É isso que permite ao aplicador “descumprir” uma regra criada democraticamente.

O direito não tem pretensão de ser moral e nem de ser corrigido por ela. O direito é autônomo, de tal modo que é plenamente possível (e aceitável) que uma determina regra, embora seja legal, não seja ao mesmo tempo moral. Direito e moral possuem racionalidades distintas e, justamente, por este motivo a fundamentação moral decorrente de uma razão prática foi colocado sob outra perspectiva, fora da dimensão normativa e apenas como critério informador que pode ser acessado através dos princípios como forma de reforçar o argumento de que os efeitos de

¹³⁵ DWORKIN (2010, p.37).

uma determinada situação não se coadunam com a finalidade esperada pela regra.

Essa dificuldade pode surgir, ou em razão de uma inadequada compreensão acerca dos aspectos que repercutem na situação, seja em virtude do tempo destinado à análise, seja em razão da posição assumida pelo intérprete em relação aos seus próprios interesses ou, finalmente, na hipótese de que o problema reconhecidamente exija outra solução que não aquela derivada da fundamentação. Essa última hipótese refere-se a determinados “dilemas morais” como o da anedota do sujeito que precisa decidir entre delatar um inocente aos seus cruéis perseguidores para não ser culpado de ter dito uma mentira¹³⁶. A hipótese coloca o aplicador entre a deontologia (dizer sempre a verdade) e o utilitarismo (ponderar os interesses particulares em questão).

A avaliação errônea da situação faz com que o intérprete incida igualmente em erro no processo de identificação da regra e, logo, incorra em um “desvirtuamento” moral. Ao se deixar de considerar um aspecto essencial da situação, ou não o considerá-la adequadamente, poderá haver importantes consequências morais¹³⁷. Abordando a questão dos direitos fundamentais, Carlos Bernal Pulido afirma que a ponderação de fato submete-se a uma dupla racionalidade: uma de natureza teórica e, outra, de natureza prática. Nas palavras do consagrado jurista:

Por otra parte, la ponderación es racional tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico. La ponderación es racional desde el punto de vista teórico, porque se propone como una estructura determinada, clara y libre de contradicción para la aplicación de los derechos fundamentales. Esta estructura resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación a favor del Legislador que ella establece. La ponderación es también racional desde el punto de vista práctico, porque su estructura argumentativa satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico y, como consecuencia, permite fundamentar correctamente sus resultados normativos en el marco del sistema jurídico.¹³⁸

A ideia de uma racionalidade teórico-prática somente pode ser concebida graças a esse caráter ambivalente dos princípios que os autorizam a conectar-se à moral. Uma lei universal só pode ser compreendida como tal, se não tiver referência

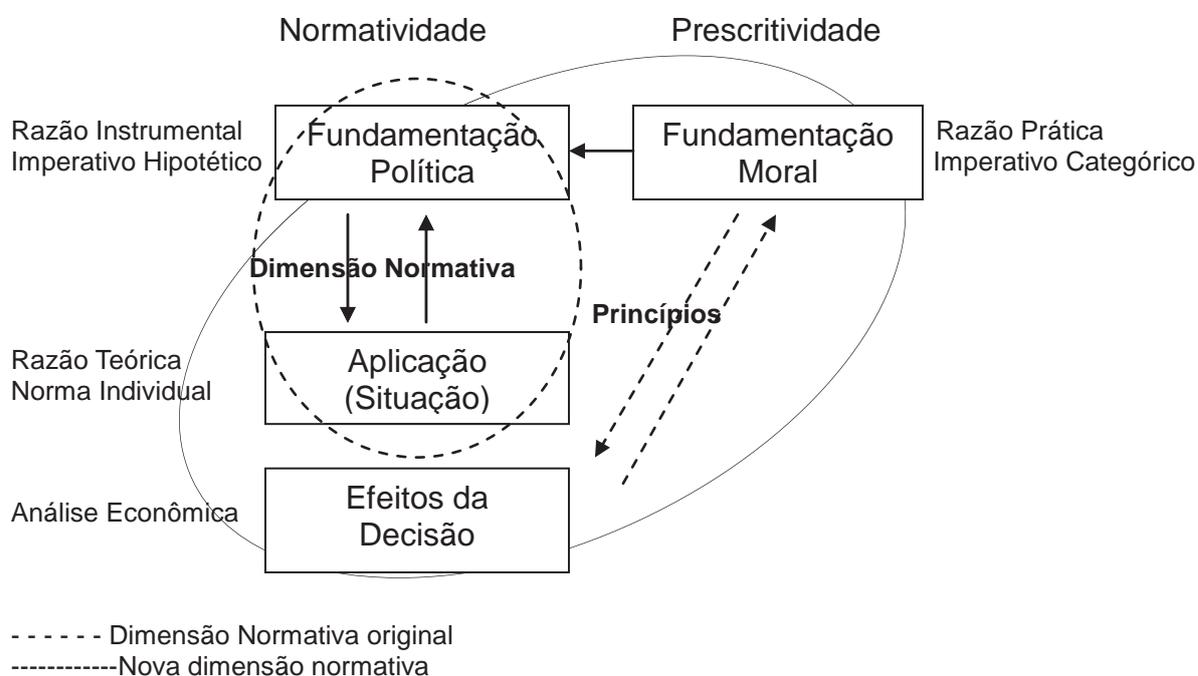
¹³⁶ GÜNTHER (2011, p.IX).

¹³⁷ *Idem* (2011, p.IX).

¹³⁸ PULIDO (2007, p.284).

situacional alguma; já o pensamento consciente que vai além da pré-compreensão está presa às condições impostas pela situação. Da mesma forma, um determinado princípio ou mesmo a sua colisão com outro que exija a “ponderação” não pode ser percebida enquanto não forem aferidos os efeitos da aplicação do direito. Por óbvio que a colisão entre princípios vai requerer a ponderação somente quando ambos forem universalizáveis. É o que se tentará demonstrar através do FLUXOGRAMA 3 a seguir, a partir do qual se buscará uma possível solução para o problema apresentado anteriormente.

FLUXOGRAMA 3: A Expansão Semântica da Dimensão Normativa



Fonte: Elaborado pelo autor.

A solução proposta para o problema é dada a partir de uma “expansão semântica” da dimensão normativa originalmente criada no espaço compreendido entre a Fundamentação e a Aplicação. A inclinação possibilitada pelos princípios abre espaço para um novo critério “*prima facie*” que atribui validade e prescritividade ao caso concreto transformando-o em norma individual. Isso só pode ser possível graças à particularidade da situação que encontrou respaldo argumentativo no caráter universal. A fundamentação moral passa a ser o fundamento dos efeitos da decisão. Essa proposta coaduna-se com a teoria de Hare.

A combinação dos dois requisitos (universalizabilidade e prescritividade), e, portanto, a adoção do Prescritivismo Universal, conduz a um modo de consequencialismo denominado “utilitarismo de preferências”. Hare propõe que a teoria moral kantiana leva a um utilitarismo de preferências, na medida em que a adoção do imperativo categórico por um determinado agente conduz a prescrever um julgamento moral aceitável estando ele em qualquer posição envolvida na situação, devendo considerar as preferências de todos os envolvidos¹³⁹.

A solução de vincular os fundamentos morais, ignorados do ponto de vista jurídico para a feitura de uma dimensão normativa, partiu de Émile Durkheim. Segundo ele, “as paixões humanas só se detêm diante de uma força moral que elas respeitam”¹⁴⁰. Com efeito, o julgamento em torno dos efeitos estaria suscetível aos arbítrios do aplicador e, logo, não poderia ceder a uma razão consciente, tal como aquelas que informam as regras. Portanto, a verificação dos efeitos, de onde, aliás, deriva a própria legitimidade do direito, não poderia correr o risco de tornar-se fruto da vontade individual do julgador. Ela deve passar pelo filtro da universalidade, de tal forma que a decisão seja justificadamente a única possível.

Ademais, aparentemente não haveria outra solução para o problema situacional dos resultados que não fora da dimensão normativa já que, como visto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, embora se utilize reiteradamente do expediente da modulação, não tem admitido o controle de constitucionalidade dos efeitos. Pelo menos isso ajuda a provar a tese de que os efeitos, de fato, atuam fora da dimensão normativa erigida entre a Fundamentação e a Aplicação¹⁴¹. Os princípios não são eles mesmos a resposta ainda para o problema da adequabilidade da situação às finalidades da regra. Eles apenas inclinam a decisão servindo de acesso entre uma razão teoria e uma razão prática.

Os princípios são vetores ambivalentes, pois assumem um duplo aspecto

¹³⁹ FREITAS FILHO (2008, p.21).

¹⁴⁰ DURKHEIM (2012, p.VII).

¹⁴¹ Uma evidência bastante ilustrativa desse fenômeno ocorre no processo de tipificação penal. Para o reconhecimento do princípio da insignificância, por exemplo, exige-se não apenas a adequação entre o fato e a norma penal incriminadora, como também os aspectos relacionados com os efeitos nocivos da conduta. De acordo com o professor Cleber Masson:

“(...) a tipicidade penal é constituída pela união da tipicidade formal com a tipicidade material. Na sua incidência, opera-se tão somente a tipicidade formal (juízo de adequação entre o fato praticado na vida real e o modelo de rime descrito na norma penal). Falta a tipicidade material (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico). Em síntese, exclui-se a tipicidade pela ausência da sua vertente material.” MASSON (2015, p. 28-29). Vale dizer que, para a exclusão da tipicidade devem-se analisar as especificidades do caso concreto e também os efeitos lesivos da conduta (potencial ofensivo) que ocorrem no âmbito externo ao da dimensão normativa.

funcionando como uma espécie de imperativos categóricos com referencia situacional. A conclusão é que é possível ao direito abstrair da razão prática para a construção de uma dimensão normativa, mas não para uma teoria da decisão. Em outras palavras, que para a adequabilidade da decisão é preciso ter em conta os seus possíveis efeitos e, logo, o apelo à razão prática de modo a garantir a prescritividade da norma individual é indispensável. Resta, ainda, encontrar um lugar adequado para os princípios dentro das teorias da argumentação jurídica. Nesse sentido, Atienza, fazendo uma releitura de Alexy e Dworkin, afirma o seguinte:

Alexy aceita um conceito de princípio que está muito próximo ao de Dworkin. Para ele – assim como para Dworkin – a diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, e sim de tipo qualitativo ou conceitual. “As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso, determinações no campo do que é fática e juridicamente possível”. (...) Os princípios, contudo, “são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diversos graus”.¹⁴²

Acerca dos princípios, caberá abordá-los oportunamente, devido a sua relevância para as teorias da argumentação. Por hora, é suficiente dizer que o modelo proposto atribui aos princípios papel eminentemente assessorio ao discurso de aplicação, adaptando a postura erigida por Dworkin. Princípios são, pois, padrões que transitam entre o particular e o universal orientando ou balizando a aplicação de uma regra. Os princípios individuais não podem ocupar o lugar da própria decisão, ou se porem no lugar de uma determinada regra fundamentada “*prima facie*”, justamente por não estarem investidas dos critérios de universalidade. Dworkin tece considerações muito precisas acerca do papel dos princípios no ordenamento.

Um positivista poderia argumentar que embora alguns princípios sejam obrigatórios, no sentido de que o juiz deve leva-los em consideração, eles não podem prescrever um resultado particular. Este é um argumento mais difícil de avaliar, pois não está claro o que significa dizer que um padrão “prescreve” um resultado. Talvez signifique que o padrão dita um resultado sempre que puder ser aplicado, de tal maneira que nada mais é levado em conta. Se assim for, então é certamente verdade que os princípios individuais não prescrevem resultados, mas isto é apenas uma outra maneira de dizer que os princípios não são regras. Seja como for, somente regras ditam resultados. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva.¹⁴³

¹⁴² ATIENZA (2014, p.217).

¹⁴³ DWORKIN (2010, p.57).

O pensamento de Dworkin está correto e se harmoniza com o modelo que está sendo proposto aqui. Isso porque, a bem da verdade, não são os princípios que prescrevem o resultado, mas a razão prática (moral) cuja direção foi apontada por ele ou pela ponderação havida entre eles. Princípios são “padrões extrajurídicos”¹⁴⁴ porque se situam fora da dimensão normativa. Atuam em outro nível, de maneira axiológica e sobre os efeitos de uma dada decisão.

Com efeito, não é dado ao intérprete valer-se dos princípios como se eles fossem, por si só, dotados de prescritividade, universalidade e validade, tal como a moral consubstanciada na fundamentação. Tampouco são regras capazes de serem aplicadas isoladamente, substituindo-se aos discursos de aplicação. São, antes, balizadores que inclinam o intérprete para a fundamentação adequada para o resultado que se deseja alcançar. Nesse caso, não deve restar ao aplicador outra alternativa senão esta, já que aplicar uma regra que não se coaduna com os seus pretensos fundamentos, é ter a pretensão de obter imperatividade sem qualquer prescritividade moral ou validade respaldada na universalidade.

É possível inferir que a dimensão normativa compreendida entre a fundamentação, cuja pretensão é valer-se de outra justificativa que não a da razão prática, e a aplicação, cujo objetivo do intérprete é realizar o direito na maior medida possível. Alguns questionamentos ainda precisam ser respondidos. Primeiro, se em algum caso é possível realizar o direito quando este estiver despido de fundamentação moral e, segundo, quais os critérios para definir em que medida deve o direito ser aferido unicamente pelo seu resultado, independentemente das suas normas “*prima facie*”.

Ao que tudo indica, a primeira pergunta deveria ser respondida negativamente. Isso porque não existe regra que seja desprovida de fundamento. Justamente por se uma regra aplicável a todos, deve ter uma ligação com o universal. O segundo ponto reside no grau de prescritividade. Ora, um direito que só possa ser realizado em um determinado caso específico é arbitrário e viola as expectativas do coletivo, tornando-se excessivamente arriscada, haja vista que pode passar a ser percebida como sendo, agora, aquela a própria regra. Uma dimensão

¹⁴⁴ DWORKIN (2010, p.57).

normativa só pode ser obtida na relação estabelecida entre Fundamentação e Aplicação reciprocamente considerados. Cabe ao direito racionalizar a moral e excepcionar as circunstâncias em que outras alternativas são igualmente possíveis.

Outra questão importante a ser respondida diz respeito ao poder discricionário do julgador no que diz respeito à sua submissão à regra. “Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor?”¹⁴⁵ Ora, regras são exteriorizações linguísticas com caráter impositivo obtidas na intersubjetividade da consciência coletiva e fundamentadas politicamente. Dworkin tem razão quando afirma que “princípios não são regras”. Em outras palavras, ao utilizar-se do exemplo do caso *Riggs vs Palmer*, ele conclui que a mudança foi justificada com base no princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de atos ilícitos¹⁴⁶. Ora, ao dizer “nenhum”, Dworkin está automaticamente afastando qualquer referência situacional e, logo, adentrando na órbita da razão prática (universalismo moral). No parágrafo seguinte, no entanto, ele “corrige” essa “impropriedade” afirmando que:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível.¹⁴⁷

Ora, não há como evitar que a escolha dos princípios dependa das preferências pessoais do juiz. A resposta que tanto Dworkin quanto Alexy atribuem ao problema, não evitam a discricionariedade, pois dependem de critérios valorativos. A conclusão é extraída da comparação que Humberto Ávila faz dos autores:

A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (...), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (...). Para ele as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (...), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.¹⁴⁸

¹⁴⁵ DWORKIN (2010, p.59).

¹⁴⁶ *Idem* (2010, p.60).

¹⁴⁷ *Ibidem* (2010, p.60).

¹⁴⁸ ÁVILA (2005, p.28).

Partindo dos argumentos de Dworkin, Alexy foi obrigado a rever os critérios conceituais utilizados inicialmente para os princípios, mas isso não fez com que ele rompesse com o subjetivismo relativista. Tampouco ficou claro quando o intérprete deve lançar mão dos princípios, pressupondo-se que o seu uso pode inclusive sobrepor-se ao das regras. Nesse sentido, a análise do professor Humberto Ávila é bastante esclarecedora e merece ser referenciada.

Alexy, partindo das considerações de Dworkin precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. (...) Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. (...) Daí a definição de princípios como *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõe; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.¹⁴⁹

Nesse caso, dentro dessa dimensão, uma norma é válida se (e somente se) a preservação da universalidade moral (fundamentação) for indiferente à realização particular de um direito (aplicação), dada uma determinada situação. O critério da indiferença suprime o auto-interesse e garante a imparcialidade do julgador que, só poderá agir desta forma, se estiver ele mesmo de fora daquele contexto. Trata-se de um critério de avaliação lógico, racional e mais objetivo do que aqueles propostos por Günter, Hare e Toulmin. Esse modelo, por óbvio, pressupõe sempre uma ação no sentido de interpretar e aplicar o direito.

Portanto, toda vez que existir conflito entre a necessidade de obter um determinado resultado e romper com a universalidade de onde deriva o caráter prescritivo da regra, o julgador deverá ter uma compreensão tão segura acerca da situação que lhe possibilite converter os argumentos da “norma definitiva” em argumentos “*prima facie*” e aquele resultado específico em regra, respeitando-se o critério da coerência. A decisão, nesse caso, não se dará através da ponderação, já que, como dito, para isso ser possível, a decisão proferida deve ser a única aceitável naquelas condições, não havendo outra possível. A “otimização” do resultado não se dá no âmbito dos princípios, apesar de ser orientados por eles.

¹⁴⁹ ÁVILA (2005, p.28).

Isso significa que o ato de aplicar o direito diante de uma dada situação é capaz de revelar normas morais encobertas pela situação. Assumir isso permite igualmente compreender que de fato fundamentar e aplicar sejam decorrentes de um mesmo processo, como pressupõe a hermenêutica filosófica. A dimensão normativa no âmbito de uma teoria da argumentação aproxima-se bastante da “moldura” interpretativa proposta por Kelsen:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que, dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito (...).¹⁵⁰

Isso reforça a tese de que toda regra carrega consigo um preceito moral subjacente que, nesse caso, assume a categoria de fundamentação ou a finalidade pela qual ela foi elaborada e deve ser aplicada. Deixar de observá-la em qualquer situação é, assim, solapar a sua própria razão de ser. O problema está em saber se cada regra em particular se relaciona com apenas uma moral específica ou é capaz de ser portador de inúmeras razões igualmente universalizáveis. Quando se interpreta um determinado texto, o aplicador do direito percebe que o problema para o qual busca uma solução, lhe revela outras possibilidades que, igualmente, são acobertadas pela mesma regra positiva. É claro que esse resultado exige uma adequada compreensão imparcial e isenta acerca da situação. Não fosse assim, o discurso de aplicação seria sempre secundário e subordinado á fundamentação, posto que esta seria a portadora da universalidade.

É chegado o momento de analisar mais de perto o caráter prescritivo e normativo do direito e da moral. Isso é importante, na medida em que permite estabelecer a relação entre ambos para tentar definir a origem da validade de um determinado enunciado.

¹⁵⁰ KELSEN (2009, p.390-391).

2.1.2 Prescritividade e Normatividade no direito e na moral

Uma das questões mais controvertidas da ciência jurídica é o fundamento do caráter prescritivo do direito, já que disso também depende o seu elevado grau de autonomia. O dever-ser reside em uma imposição externa: a sanção. A decisão de um indivíduo em comportar-se conforme o conteúdo prescritivo da regra consiste em um juízo de valor utilitarista, vale dizer de um cálculo entre o benefício privado auferido de uma determinada conduta e a gravidade da pena imposta. Se retirada a sanção, o direito passaria a ter natureza meramente programática, sem qualquer carga cogente, assimilando-se a um costume, só que positivado.

Com efeito, portanto, o poder do direito reside no próprio poder do Estado de fazer as leis e aplicá-las. Nesse caso, a decisão já reside no próprio texto, considerando que os sentidos já se revelam para o intérprete na medida em que este o interpreta. Para Castanheira Neves,

Assim, uma coisa é a prescrição legislativa, com um enquadramento jurídico, mas com uma institucional e funcional índole político-social numa intenção estratégica e programaticamente reformadora ou organizadora, outra coisa a realização do direito, com momentos normativo-juridicamente constitutivos, mas de índole institucional e funcionalmente juridicativo-decisória e numa intenção de concreto cumprimento da normativa validade jurídica.¹⁵¹

Portanto, uma coisa é o texto; outra é a concreção do direito de cuja intenção emana a decisão. Essa dedução se coaduna com o poder construtivo da fala e a “teoria performativa” assumida por Austin. Alexy distingue pelo menos três pontos importantes acerca da teoria deste autor:

A teoria dos atos de fala de Austin é, assim, importante para a presente investigação por três motivos: porque contém (1) uma precisão do que significa dizer que falar uma língua é uma atividade governada por regras; porque deixa claro que (2) o uso da linguagem normativa não se diferencia, em alguns pontos importantes, da linguagem descritiva; porque oferece (3) um sistema de conceitos básicos cuja utilidade se tornará evidente durante o curso da investigação.¹⁵²

Ao que tudo indica, a prescritividade de determinadas condutas emanam da própria linguagem que determina que algo seja feito, transformando um simples discurso em ação efetiva. Em outras palavras, argumentação em realização. O fato de que a linguagem seja também “governada por regras” permite que o orador não

¹⁵¹ NEVES (1993, p. 21).

¹⁵² ALEXY (2011, p. 67).

monopolize o discurso, mas passe a ser também conduzido por ele. Isso, contudo, ainda não responde a questão acerca da origem da prescritividade e da normatividade e nem tampouco do papel assumido pela moral e pelo direito dentro de uma dimensão normativa. Luiz Moreira, prefaciando a obra de Klaus Günther, analisada neste trabalho, afirma o seguinte:

Cabe às normas morais a tarefa de justificação das ordenações de conduta. Ordenar uma conduta não é outra coisa senão gerar normatividade. No caso específico das normas morais, a normatividade é deduzida de sua universalidade. (...) Assim, como cabe às normas morais a tarefa de justificação por meio do critério de generalização das pretensões assumidas, cabe igualmente às normas jurídicas a missão da concreção.¹⁵³

Na verdade, o papel desempenhado pelas “normas morais” vai muito além do que uma simples “justificação”. Ela confere não só o caráter prescritivo e de validade à dimensão normativa, mas também as condições de possibilidade para a realização do direito na hipótese em que as normas *prima facie* não justifiquem adequadamente a situação. Kelsen afirma o seguinte:

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação.¹⁵⁴

Como já referido anteriormente, o modelo proposto aqui difere da teoria de Günther nesse sentido e aproxima-se da erigida por Alexy, já que a validade da norma somente pode ser extraída ao final, depois que o direito foi realizado ou concretizado. A validade de uma norma não pode depender exclusivamente do seu grau de universalidade, pois, do contrário, o direito estaria sempre sujeito a correções da moral ou da ética do discurso. O que Günther chama de “justificação” consiste, na verdade, nos motivos pelos quais uma determinada regra foi criada. Reside, pois, na sua finalidade.

O critério da universalidade surge como um dos requisitos da expansão

¹⁵³ MOREIRA *in* GÜNTHER (2011, p.1-2).

¹⁵⁴ KELSEN (2009, p.4).

semântica da dimensão normativa. É importante ressaltar que, nesse caso, a decisão de abandonar a aplicabilidade da regra diante da situação ou dos resultados, deve ser a única possível, não havendo alternativas possíveis para o intérprete. Com efeito, a avaliação que o intérprete faz da situação e dos possíveis efeitos da aplicação de uma regra não possui caráter deontológico, mas teleológico do ponto de vista utilitarista. Se isso fosse suficiente, o abandono da regra seria um ato totalmente discricionário e voluntarista do aplicador. Nisso, aliás, reside a crítica de Streck à ponderação de princípios Alexyana.

Ao que tudo indica, Günther, assim como outros autores da teoria da argumentação, parecem fazer uma interpretação imprecisa da filosofia de Kant, ao atribuir o seu imperativo categórico como fundamento de toda e qualquer norma derivada de regras que, por certo, são erigidas no seio de um processo democrático. Nesse momento, pouco importa se as normas são universalizáveis ou não, pois, se as normas são justificadas moralmente, qual seria o papel exercido pelo agir comunicativo proposto por Habermas? Em que momento ele entraria no processo de constituição do direito?

Quando Kant elabora as formas pelas quais a razão deve comandar a vontade, obviamente que está a se referir à vontade individual e não propriamente à vontade coletiva. A criação de uma constituição ou de uma lei qualquer possibilita imperativos hipotéticos, pautados em uma razão instrumental. Acaso uma Assembleia Nacional Constituinte não é soberana para dispor como bem entender sobre a estrutura política-administrativa de um país? Acaso o legislativo não seria o poder supremo para decidir sobre os assuntos do povo?

As teorias da argumentação, mormente aquela construída por Günther não se coadunam com essa perspectiva democrática porque colocam já no fundamento originário de uma norma a universalidade moral como condição da sua validade. Esse requisito passa a ser verdade na hipótese em que o aplicador está propenso a expandir a dimensão normativa de maneira voluntarista, fazendo-se necessária a inserção (aí sim) de um imperativo categórico e universal. Vale dizer que o indivíduo somente estaria “autorizado” a desobedecer uma determinada regra erigida democraticamente, na medida em que a sua conduta passe a ser ela mesma universalizável e incondicional.

É sob essa perspectiva que o discurso de aplicação passaria a ser constituído simultaneamente com a justificação como pretendem os teóricos da hermenêutica filosófica. Entretanto, o problema da normatividade, da validade e da prescricividade persiste. A conclusão a que se chega nesse momento é que “leis universais” devem prevalecer sobre o procedimento, mas que este (o procedimento) ocupa um lugar importante na dimensão normativa já que é nele (e não na razão prática) que reside a motivação para a feitura das regras. A obediência à lei ou a conduta conforme o direito se dá não porque a regra seja deontológica (um dever em si), mas porque é cogente e sancionatória. Acerca disso, Kant afirma o seguinte:

Toda legislação pode, portanto, ser distinguida com respeito ao motivo (...). Essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é ética. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da ideia do próprio dever, é jurídica.¹⁵⁵

Esses conceitos construídos por Kant, embora já bastante discutidos e conhecidos, continuam sendo relevantes, já que permitem estabelecer distinções entre o motivo enquanto fundamento moral e o motivo enquanto justificação política ou democrática, capaz, neste último caso, de impor sanções pela sua inobservância.

A simples conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei, independentemente do motivo para ela, denomina-se sua legalidade (licitude); mas aquela conformidade na qual a ideia de dever que emerge da lei é também o motivo da ação, é chamada de sua moralidade¹⁵⁶.

É por isso que uma determinada regra não tem obrigação alguma de obedecer ao preceito moral. A origem do seu fundamento é outro. Eis as razões pelas quais Kelsen desvincula o direito da moral. Estava ele a se referir obviamente não sobre uma determinada teoria da argumentação, mas sobre o aspecto jurídico do direito o que não significa dizer (ele mesmo admite isso em sua *Teoria Pura*) que a moral deva ser desconsiderada. Nas palavras do autor,

Os deveres de acordo com a legislação jurídica podem ser somente deveres externos, visto que essa legislação não requer que a ideia desse dever, que é interna, seja ela mesma o fundamento determinante da escolha do agente; e posto que necessita ainda de um motivo que se ajuste à lei, só pode relacionar motivos externos a si¹⁵⁷.

¹⁵⁵ KANT (2003, p.71).

¹⁵⁶ *Idem* (2003, p.72).

¹⁵⁷ *Ibidem* (2003, p.72).

Esse conflito ocorrido no interior da consciência entre o exercício das liberdades e o agir conforme uma moral pretensamente universalizável gerará o enfraquecimento do direito e uma forte tendência a superabilidade das regras positivas. Evitar que isso aconteça é o papel que deve ser assumido pela ética do discurso.

2.1.3 Ação, Norma e Situação

A relação estabelecida entre Ação, Norma e Situação ganha contornos de grande relevo na obra de Günther e, ao mesmo tempo, permite reconhecer dentro da teoria da argumentação uma postura dinâmica e simultânea entre o ato de compreender, interpretar e aplicar. Quer isso dizer que a norma é resultado de uma construção dialética e recíproca que se estabelece entre uma ação contínua e infinita no qual o intérprete/aplicador encontra-se inserido.

A importância da situação parece ter sido reconhecida por parcela expressiva da comunidade acadêmica, de Theodor Viehweg a Manuel Atienza, passando pela crítica pós-moderna levada a efeito pela hermenêutica filosófica. Klaus Günther não é indiferente a ela. Já no Prefácio da sua *Teoria da Argumentação* ele afirma o seguinte:

O reconhecimento de que nunca poderemos conhecer todos os aspectos relevantes de uma situação, uma vez que jamais dispomos de tempo suficiente para considerar todos os seus aspectos, confronta-nos com uma identificação estrutural de situações de aplicação, na qual só resta a alternativa de empreender, mais uma vez, a tentativa de racionalizar o problema da aplicação, a partir da perspectiva de pessoas que agem de forma moral, ou de mudar completamente de perspectiva, deixando de abordar o problema no âmbito do conceito de ação moral.¹⁵⁸

Interessante observar que o fator tempo é uma variável considerada tanto pelos autores da teoria da argumentação quanto pelos adeptos da hermenêutica filosófica, para os quais, ele é o horizonte de toda compreensão. A partir daí, a questão passa a ser o conceito e o papel do tempo para ambas as teorias. Para Günther, “os sinais característicos de uma situação não são relevantes por si mesmos. Essa condição somente é adquirida à luz de diversas interpretações, avaliações, interesses, planos de vida ou da fixação de metas”.¹⁵⁹ Ainda no prefácio

¹⁵⁸ GÜNTHER (2011, p.XIII).

¹⁵⁹ *Idem* (2011, p.33).

da sua obra, se percebe a significativa importância que será dada à situação.

Ao deixarmos ao acaso o ato de escolha das características relevantes em uma dada situação, tanto a ação como a reação corre o risco de serem avaliadas inadequadamente. Nesse caso, sempre dependerá de disposições individuais fortuitas e de circunstâncias especiais para avaliarmos corretamente uma situação.¹⁶⁰

A tese de que existiria uma relação estreita entre Ação, Norma e Situação consiste no alicerce sob o qual Günther lança as bases nas quais irá estabelecer os discursos de fundamentação e de aplicação. Refere o autor:

A definição da relação entre a ação, a norma e a situação constitui um dos principais problemas da teoria da sociedade. A questão geral – se uma ordem social é possível - pode ser traduzida para uma outra, mais específica: de que forma os atores coordenam entre si os seus planos de ação nas situações concretas. (...) Assim, exclui-se a possibilidade de se descrever a coordenação de ações a partir da perspectiva de indivíduos isolados, bem como a de se reduzir o tema da coordenação de ações à escolha de meios compatíveis, para fins de opção subjetiva. (...) Se as razões para a coordenação de ações forem relevantes, não basta, como alegação, a indicação da situação, tampouco a indicação de uma norma, cada uma tomada por si mesma.¹⁶¹

Essa perspectiva é importante e apresenta-se como uma possível resposta às críticas hermenêuticas. Veja que Günther descarta a possibilidade de que as ações (de interpretar e aplicar o direito) partam da perspectiva de indivíduos isolados. Isso equivale a dizer que uma determinada situação, por mais especial que seja, jamais poderá sobrepor-se à regra positiva se a norma individual que daí exsurge seja, ao mesmo tempo, fundamentada sob o aspecto da moral. É isso que o autor quer dizer quando afirma que se as ações forem relevantes, não basta a simples indicação da situação ou de uma norma tomada por si mesmo. A situação há de ser compreendida numa intersubjetividade que seja igualmente universalizável.

Isso, porém, ainda não resolve a dificuldade de se delimitar os contornos da dimensão normativa. É preciso que o ato de interpretar e aplicar o direito (ação) seja erigido sob uma determinada situação que necessita ser compreendida. Esse processo, do qual inclusive vai se definindo a norma, é simultâneo. É bem verdade que interpretar, compreender e aplicar não sejam realizados como etapas distintas, mas como uma ação que se completa em um único ato.

¹⁶⁰ GÜNTHER (2011, p.X).

¹⁶¹ *Idem* (2011, p.X).

A ação demonstra que fundamentar e aplicar são processos não apenas simultâneos, mas dinâmicos. Na medida em que se vai compreendendo a situação, imediatamente vai sendo estabelecidos os contornos de uma dimensão normativa como demonstrado anteriormente, quando se apresentou esquematicamente o Modelo (FLUXOGRAMA 1). Essa dimensão normativa é circundada pela linguagem (discursos de Fundamentação e Aplicação). Mas isso, por óbvio, não possibilita ao intérprete extrair daí uma decisão, já que para tanto é preciso considerar os efeitos da ação (resultados) e o nível de compreensão adquirido acerca da situação. Esse ponto, por ser de cunho mais pragmático, será melhor explicado pela Análise Econômica do Direito, visto no Capítulo seguinte. Com efeito, o problema já contém nele a chave para a sua solução. Isso não quer dizer que a decisão dependa exclusivamente da sua adequada compreensão, mas que não pode haver aplicação adequada do direito abstraindo-se da situação. Acerca disso, Günther, fazendo referência a Gadamer afirma o seguinte:

O que é correto dependerá sempre da situação. (...) Ao ligar o julgamento da qualidade moral de uma ação a uma bem-sucedida avaliação da respectiva situação, precisamos desistir de isolar a fundamentação de uma norma e de submetê-la a um exame isento quanto à sua correção.¹⁶²

Do ponto de vista da argumentação, essa perspectiva parece ser mais adequada do que a conhecida “Teoria Tridimensional do Direito” proposta pelo professor Miguel Reale. Com efeito, o valor já se encontra ele mesmo inserido no âmbito normativo, seja através da moral, seja através da própria regra positiva; o fato, sob o qual se dá a incidência da regra é a própria situação; a norma não é apenas produto da interpretação de um texto, mas o conjunto de intrincadas relações travadas entre Fundamentação e Aplicação em um único ato (ação). Nesse sentido, afirma Günther:

Por seu turno, a aplicação diz respeito à adequabilidade. Para que se determine se algo é ou não adequado, é necessário que haja concreção. É a aplicação que determina se uma norma é ou não adequada. A adequabilidade de uma norma deverá ser aferida mediante o exame de todas as características da situação, bem como a consideração de todas as normas que eventualmente puderem se aplicadas. A adequabilidade refere-se, portanto, à sua relação com a situação e a todas as normas que possam a ela se reportar. O discurso de aplicação se caracteriza pela tentativa de considerar todas as características de uma situação em relação a todas as normas que possam remeter-se a elas.¹⁶³

¹⁶² GÜNTHER (2011, p.XI).

¹⁶³ *Idem* (2011, p.6).

Günther deduz que existam inúmeras normas passíveis de aplicação transferindo para a situação as possibilidades de identificação da norma mais adequada para a concreção (realização do direito para Castanheira Neves). A norma, enquanto resultante desse processo, é dotada de prescritividade e validade sendo portadora de sentidos que possibilita a reprodução do direito muito além da regra positiva.

Quando o intérprete/aplicador se depara com situações semelhantes àquelas sob as quais já emitiu decisão, a própria norma já serve como ponto de partida (horizonte interpretativo). Competirá, portanto, ao afetado demonstrar por meio de uma “razão discursiva” que a situação com que se depara difere das demais, de modo que não existiria decisão possível apartada de um fundamento igualmente universalizável para realizar o direito erigindo, aí sim, uma norma individual.

Nesse ponto, é importante lembrar que uma das premissas tomadas de empréstimo de Castanheira Neves no início deste trabalho, era a de que “o direito só existe para ser realizado”. Ora, o direito só pode ser realizado quando concretizado frente a uma dada situação. Não há como conceber que ele possa ser realizado abstratamente. A hermenêutica tem, pois, um papel importante dentro da argumentação, na medida em que dela dependerá a “superabilidade” ou não da regra diante da situação. É aí que entram os princípios e onde reside uma pesada crítica levada a efeito pelo professor Lênio Streck, para o qual:

Não se pode perder de vista que, para Alexy, a teoria do discurso como modelo de teoria da argumentação é caracterizada pela possibilidade de as convicções, assim como os interesses dos indivíduos, se modificarem por causa de argumentos apresentados ao longo do procedimento. Aliás, Alexy, divide os problemas da teoria do discurso em três grupos: os do primeiro dizem respeito ao *status* da teoria do discurso enquanto teoria da verdade; os do segundo dizem respeito à sua aplicabilidade; e os do terceiro, à fundamentação da teoria do discurso. (...) Ora, a teoria do discurso, como é compreendida por Alexy, trata exatamente do terceiro grupo, voltado ao problema que ele chama de fundamentação, mas que diz respeito exatamente à *justificação* dos princípios e regras do discurso¹⁶⁴.

A partir da análise que Streck tece acerca da teoria, é possível inferir que Alexy aparentemente exagera no poder que confere aos princípios, na medida em que os considera o próprio fundamento para uma dada decisão. Isso não é

¹⁶⁴ STRECK (2013, p.240).

totalmente verdade. Alguns princípios de fato funcionam como motivos ou fins em si mesmo, enquanto outros são normalmente utilizados como “razão instrumental” para lograr objetivos externos à dimensão da norma, objetivando um espectro consequencialista. Essa perspectiva é incorporada da teoria de Kant, cuja leitura extremamente pertinente e didática é feita pelo professor Michael Sandel:

Kant distingue duas maneiras pelas quais a razão pode comandar a vontade, dois tipos diferentes de imperativo. Um tipo de imperativo, talvez o mais familiar, é o hipotético. Imperativos hipotéticos usam a razão instrumental: se você deseja X, então faça Y. Se você quer ter uma boa reputação nos negócios, então trate seus clientes honestamente. Kant faz uma comparação entre os imperativos hipotéticos, que são sempre condicionais, e um tipo de imperativo incondicional: o imperativo categórico. “Se a ação for boa apenas como um meio para atingir uma determinada coisa”, escreve Kant, “o imperativo será hipotético. Se a ação for boa em si, e, portanto, necessária para uma vontade que, por si só, esteja em sintonia com a razão, o imperativo, nesse caso, será categórico”.¹⁶⁵

A questão de se saber se existe alguma regra do tipo categórico que deve prevalecer em quaisquer circunstâncias é interessante. Se a resposta a essa pergunta for positiva, então essa regra é também um princípio moralmente universalizável e, portanto, serve ele mesmo como fundamento para a aplicação.

Nesse caso, tem o princípio um caráter deontológico e prescritivo. Do contrário, o princípio é um imperativo do tipo hipotético e, não sendo positivado como regra, se destina a inclinar a decisão em uma direção, não servindo para ditar determinado resultado. Apenas nesse sentido é que os princípios adequam-se à classificação feita por Dworkin. A conclusão a que se chega até aqui é a de que não é possível realizar adequadamente o direito, abstraindo-se de uma dimensão normativa não encontrada na hermenêutica, mas plenamente possível no âmbito das teorias da argumentação.

2.1.4 Consciência coletiva e Universalismo moral

A questão do consciente coletivo e das formas de vida social enquanto sistema de direitos e deveres foi amplamente discutido tanto por Habermas como por Durkheim, embora com propósitos diferentes. A análise dessas categorias é importante, pois ajuda a compreender a intrincada relação que se estabelece entre a democracia e a razão prática e responde à questão quanto à existência de uma

¹⁶⁵ SANDEL (2015, p.151).

hierarquia entre o direito e a moral ou se o justo deveria sempre prevalecer sobre o bem. Émile Durkheim considera que a consciência coletiva é decorrente do aumento da solidariedade possibilitada pela divisão do trabalho. A consciência é, pois, produto de inúmeras relações que se consolidam no interior da sociedade e se dissociam da consciência individual.

O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de consciência coletiva ou comum. Sem dúvida, ela não tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato, ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram (...)¹⁶⁶.

É dessa interação recíproca que se estabelece no cotidiano dos indivíduos, na sua mundaneidade e nas relações que travam entre si é que exsurge a razão prática que, por assim dizer, transcende os comportamentos e os interesses privados. A moral se funda em uma espécie de consenso pautado em uma confiança e respeito mútuos. O direito não é instrumento da moral e nem deve por ela ser corrigido, embora seja por ela informado, inclusive através dos princípios. O direito só pode ser compreendido enquanto produto do pensamento, como resultado de inúmeras indeterminações consubstanciadas na norma (concreto real). O universalismo moral age em outro nível, sobre os efeitos da aplicação do direito. Eis a concepção de Durkheim acerca do assunto:

O direito e a moral são o conjunto de vínculos que nos prendem uns aos outros e à sociedade, que fazem da massa dos indivíduos um agregado e um todo coerente. É moral, pode-se dizer, tudo o que é fonte de solidariedade, tudo o que força o homem a contar com outrem, a reger seus movimentos com base em outra coisa que não os impulsos do seu egoísmo, e a moralidade é tanto mais sólida quanto mais numerosos e mais fortes esses vínculos. (...) Portanto, a sociedade não é, como se acreditou com frequência, um acontecimento estranho à moral ou tem sobre ela apenas repercussões secundárias; é, ao contrário, sua condição necessária. Não é uma simples justaposição de indivíduos que trazem, ao entrar, uma moralidade intrínseca; mas o homem só é um ser moral porque vive em sociedade, pois a moralidade consiste em ser solidário de um grupo e varia de acordo com essa solidariedade. Façam desaparecer toda vida social, e a vida moral desaparecerá ao mesmo tempo, não tendo mais objeto a que se prender¹⁶⁷.

A moral, portanto, somente pode ser concebida a partir de um senso de coletividade, de pertencimento entre os indivíduos e que não pode, portanto, ser

¹⁶⁶ DURKHEIM (2012, p.50).

¹⁶⁷ *Idem* (2012, p. 420-421).

apreendido pela experiência. O autor afirma:

Com as leis morais, porém, é diferente. Retêm sua força de leis somente na medida em que se possa vê-las como possuidoras de uma base *a priori* e sejam necessárias. Com efeito, conceitos e juízos sobre nós mesmos e nossas ações e omissões não têm significado moral algum, se o conteúdo deles puder ser aprendido meramente a partir da experiência.¹⁶⁸

Aparentemente, portanto, é possível inferir que a consciência coletiva é fonte de uma deontologia que somente pode ser percebida *a priori*, ou seja, sob o ponto de vista de um sistema de regras erigidos por uma razão instrumental (“agir estratégico”) e consubstanciado num processo político-democrático. Para Habermas,

A possibilidade de *escolher* entre o agir comunicativo e o agir estratégico é abstrata, porque ela só está dada na perspectiva contingente do ator individual. Na perspectiva do mundo da vida a que pertence cada ator, não é possível dispor livremente desses modos de agir. Pois as estruturas simbólicas de todo mundo da vida reproduzem-se sob as formas da tradição cultural, da integração social e da socialização – esses processos (...) só poderiam efetuar-se por meio do agir orientado para o entendimento mútuo.¹⁶⁹

O agir estratégico é guiado por uma racionalidade instrumental estabelecendo relações entre meios e fins. A tensão entre facticidade e validade erigida por Habermas pode ser traduzida na tentativa desse agir estratégico (*máxima*)¹⁷⁰ sobre a razão prática (*leis morais*)¹⁷¹ ou, em outras palavras, o individual sobre o coletivo. É dessa forma que a razão prática vai dando lugar a uma razão instrumental que servirá de fundamento político da regra, conforme ilustrado anteriormente. De acordo com Max Horkheimer:

Tendo cedido em sua autonomia, a razão tornou-se um instrumento. No aspecto formalista da razão subjetiva, sublinhado pelo positivismo, enfatiza-se a sua não-referência a um conteúdo objetivo; em seu aspecto instrumental, sublinhado pelo pragmatismo, enfatiza-se a sua submissão a conteúdos hereronômios. A razão tornou-se algo inteiramente aproveitado no processo social.¹⁷²

A tese de uma razão subjetiva ou instrumental na verdade deriva de um princípio utilitarista, segundo o qual os indivíduos agem valendo-se dos meios

¹⁶⁸ DURKHEIM (2012, p. 420-421).

¹⁶⁹ HABERMAS (2013, p.124).

¹⁷⁰ “Regra de conduta dotada de validade (do ponto de vista do indivíduo humano que a adota) que contempla sua própria vontade, sem conexão com as vontades alheias”. KANT (2003, p.34).

¹⁷¹ “Formulação ou enunciado do princípio de ação universal e obrigatória que serve de diretriz aos atos de todo ser racional na consecução de sua autonomia”. KANT (2003, p.33).

¹⁷² HORKHEIMER (2002, p.26).

necessários (instrumentos) buscando maximizar o seu bem-estar. A análise que Michael Sandel faz do utilitarismo é extremamente elucidativa e, por isso, vale a pena ser referenciada.

Kant repudia o utilitarismo. Ao basear direitos em um cálculo sobre o que produzirá a maior felicidade, argumenta ele, o utilitarismo deixa esses direitos vulneráveis. Existe ainda um problema mais grave: tentar tomar como base para os princípios morais os desejos que porventura tivermos, é uma abordagem errada de abordar a moral. (...) O simples fato de a maioria, por maior que seja, concordar com uma determinada lei, ainda que com convicção, não faz com que ela seja uma lei justa.¹⁷³

A comparação que o professor de Harvard faz é adequada. De fato, uma lei não tem a pretensão de ser justa. A justiça é um conceito moral, universalizável e, portanto, próprio de uma razão prática. Ela não pode ser instrumentalizável, mas necessita de algum modo, estar acessível. O sistema positivo de regras deriva de um processo político no qual a razão pode ser subjetivada e instrumentalizada para atender a vontades, por vezes, oportunistas.

Essa distorção em parte se explica pela cisão entre Fundamentação e Aplicação, pela inexistência de um discurso de adequação no âmbito decisório do governo cujo comportamento é explicado em parte pela Teoria da Escolha Pública e pela indefinição acerca do espaço da moral na argumentação. A solidariedade, a possibilidade de cooperação social e a superação das atuais dissonâncias que cada vez mais têm fragilizado a validade do direito e questionado a legitimação das ações políticas, exsurtem antes como resultado do processo democrático do que propriamente como pressuposto.

Esse é o motivo que leva Habermas a erigir uma razão comunicativa em substituição à razão prática e a começar a falar em uma “consciência moral” cuja validade decorre da intersubjetividade linguística dos participantes que permite a sobreposição do justo sobre o bem. Um dos papéis do direito é, justamente, ter de conformar essas consciências dissonantes, produto também da era moderna, em torno de um projeto democrático guiado por um agir comunicativo. Com efeito, viu-se que ao substituir o conteúdo da razão prática, Habermas retirou a universalidade das ações humanas pautadas pelo valor moral. “De acordo com Kant, o valor moral de uma ação não consiste em suas consequências, mas na intenção com a qual a ação

¹⁷³ SANDEL (2015, p.138).

é realizada. O que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza”¹⁷⁴.

Para o direito, no entanto, não importam as razões que levam os indivíduos a se comportarem de determinado modo. Mas isso por si só implica em dizer que uma regra, pelo fato de ter sido erigida no seio do consciente coletivo e respaldada democraticamente deva ser observada a qualquer custo? A resposta parece ser negativa. É que em determinados casos, os valores morais, que por sinal independem da situação e, justamente por isso, são universalizáveis, podem colidir com os interesses contingenciais da coletividade, esses sim alterados de acordo com as circunstâncias.

Ao que tudo indica a resposta está na aplicação. Quando o juiz decide conhecendo as nuances da situação está ele igualmente ciente das possíveis consequências daquela decisão. Não está ele obrigado a fazê-lo, uma vez que os efeitos da aplicação encontram-se fora da dimensão normativa. A moral dita padrões de condutas individuais e, portanto, não pode ser aplicável ou exigível de toda a coletividade enquanto grupo social. Igualmente, não se pode tolerar automaticamente que um sujeito se utilize de seus motivos pessoais, mesmo que universalizáveis, para desrespeitar regras externas, sem que isso implique em sanção. Aliás, isso se encontra previsto no artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988.¹⁷⁵

Ora, os valores morais estão sim preservados, mas se opostos como motivo de resistência ao cumprimento dos deveres legais, o agente sofrerá a sanção. Isso equivale a dizer que a consciência coletiva (democracia) encontra-se hierarquicamente acima da moral? Não se trata disso. Não há como haver hierarquia entre direito e moral porque ambos se encontram em dimensões diferentes, entrando em contato através dos princípios, graças ao seu caráter ambivalente.

Para chegar ao universalismo tal como proposto por Kant, é preciso

¹⁷⁴ SANDEL (2015, p.143).

¹⁷⁵ Art. 5º (...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

transcender o consciente coletivo ou ir além da razão teórica. Avaliar os efeitos da aplicação e aventurar-se pelo caminho sombrio da discricionariedade que espreita para além dos muros da dimensão normativa. Um terreno desconhecido, inóspito e inabitável. Esse lugar para além do consciente coletivo pode ser trafegado pelos princípios cujo conceito já foi trabalhado. No imaginário dos juristas, esse “padrão extrajurídico” metamorfoseia-se assumindo diferentes posturas. Ora revelando seu caráter lógico-pragmático (e.g. “princípio da razoabilidade”), ora manifestando-se como uma lei moral (e.g. “princípio da dignidade da pessoa humana”), ora como pressupostos de aplicabilidade (e.g. “princípio da legalidade”, “princípio do juiz natural”, “princípio da celeridade ou da máxima efetividade”), apenas para citar alguns. Lênio Streck faz duras críticas ao que chamou de “panprincipiologismo” e à confusão que se estabeleceu entre princípios e valores e entre princípios e regras.

Com efeito, princípios são “padrões extrajurídicos” que se situam fora da dimensão normativa e que incidem sobre o resultado das decisões, vale dizer que ao serem utilizados, assumem uma postura deontológica. Quando os efeitos da decisão entram em rota de colisão com os fundamentos da regra positiva ou não foram por ela previstos, o aplicador tem a faculdade (e nesse caso sua atuação é mesmo voluntarista) de lançar mão desses padrões ponderando-se a sua adequabilidade, não com base em critérios pessoais frutos da própria consciência, mas na universalidade. Ou seja, que nesses casos, o justo (moral) irá preponderar sobre o bem (protegido pela consciência coletiva). A universalidade moral, enquanto imperativo categórico exige que o julgador aplique determinado princípio desde que ele seja incondicional, vale dizer, que nenhuma outra decisão seja possível.

Isso leva a crer que tanto Dworkin,¹⁷⁶ ao defender a tese de uma única resposta correta para questões jurídicas, quanto Posner,¹⁷⁷ ao sustentar argumento diverso, afirmando que isso não seria possível, poderiam estar corretos. Tudo irá depender do âmbito ou, em outras palavras, da dimensão em que o problema se desenha. Conforme se verá no Capítulo 3, dentro de uma dimensão normativa existem infinitas decisões possíveis, dependendo do grau de conhecimento que o intérprete dispõe acerca da situação. Nesse sentido, Posner sustenta o seguinte:

¹⁷⁶ “Uma questão de princípio”.

¹⁷⁷ “Problemas de Filosofia do Direito”.

Se não existe resposta demonstravelmente certa, isso significa que também não há resposta demonstravelmente errada? Sim, se houver apenas duas respostas possíveis (sim e não), mas não sob outros aspectos. Se não há nem resposta demonstravelmente certa nem demonstravelmente errada, isso significa que não vale a pena da resposta alguma? Não necessariamente. (p.267) (...) A ideia de que existem respostas corretas para todas, ou para a maioria das questões morais, é chamada de “realismo moral”, e numa sociedade heterogênea isso tende a parecer ainda menos plausível do que uma crença de que existem respostas corretas inclusive para as questões jurídicas mais complexas. Dworkin é um realista moral. Ou pelo menos é o que parece quando sua crença de que existem respostas corretas para as questões jurídicas se justapõe a sua crença em que os juízes devem “identificar os direitos e deveres jurídicos, na medida do possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. O que temos aqui são termos morais”.¹⁷⁸

Por outro lado, a verificação teleológica dos efeitos da aplicação lançando mão dos princípios implica em necessariamente o juiz decidir de uma única maneira. Veja. No primeiro caso ele não tem conhecimento adequado da situação, mas compreende a regra e aplica com base no conhecimento que possui. No segundo caso, ele adentra na análise dos efeitos aferindo-os com base em uma razão prática e avança para além da razão teórica. Agora, não há mais incerteza quanto à universalidade (caráter deontológico) dos resultados dessa decisão vez que, em tese, somente uma atenderá a esse critério.

É isso que induz Habermas a estruturar uma ética discursiva que desvincule os indivíduos de suas motivações pessoais cujas escolhas são sempre contingenciais e a colocar o justo acima do bem ou, em outras palavras, a razão prática acima da razão teórica. Como visto, os efeitos nefastos da aplicação de uma determina regra em situações específicas poderiam comprometer a integralidade e a estabilidade do sistema, dada a imprevisibilidade, a incerteza, e a assimetria de informações com que se deparam os atores nesse tipo de cenário. Isso não significa que o caso concreto tenha revogado a regra positiva, mas apenas que os motivos pelos quais agiu diante da situação são compatíveis com as finalidades (fundamentos) da regra. Para isso, o julgador precisa conhecer a situação e considerar todos os argumentos trazidos pelas partes, pois disso dependerá a adequabilidade da decisão.

Portanto, os bens são tutelados pelo Estado na qualidade de provedor de

¹⁷⁸ POSNER (2007, p.269).

direitos, enquanto que a justiça é uma categoria que se encontra apartada, resultando da razão prática. Não é atribuição do direito fazer justiça e nem da moral fornecer os bens necessários ou indispensáveis à existência se isso não for considerado um imperativo categórico. Com efeito, imperativos categóricos somente podem ser considerados no âmbito da moral a qual se encontra completamente resoluto, indiferente à situação-problema que se coloca diante do intérprete.

Por outro lado, imperativos de cunho hipotético são deveres instrumentalizáveis, que dependem do interesse e do grau de utilidade que representam para a sociedade em dado momento histórico. Isso significa que a democracia procura promover a superação dos dissensos coletivos forjados pela própria divisão do trabalho e trazidos a lume pela racionalidade individual-burguesa, através da administração dos interesses privados. Rousseau foi um dos autores que se aventuram na tentativa de descobrir se era possível a existência de uma ordem social que permitisse que justiça e utilidade pudessem ser promovidas sem o sacrifício de nenhuma delas.

Quero indagar se pode existir, na ordem civil, alguma regra de administração legítima e segura, tomando os homens como são e as leis como podem ser. Esforçar-me-ei sempre, nessa procura, para unir o que o direito permite ao que o interesse prescreve, a fim de que não fiquem separadas a justiça e a utilidade¹⁷⁹.

Aplicar o direito envolve muito mais do que simplesmente estabelecer critérios decisórios ou metodológicos para um julgamento justo. Significa, antes, imergir nas intrincadas e complexas relações que se estabelecem no seio do processo democrático, procurando estabelecer e equacionar interesses por vezes exclusivamente privados, na tentativa de não romper o delicado equilíbrio de forças erigidas pelo contrato social. Essa é a conclusão a que chega Rousseau:

Conclui-se do precedente que a vontade geral é sempre certa e tende sempre à utilidade pública; donde não se segue, contudo, que as deliberações do povo tenham sempre a mesma exatidão. Deseja-se sempre o próprio bem, mas nem sempre se sabe onde ele está. (...) Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, e não passa de uma soma das vontades particulares.¹⁸⁰

A perspectiva utilitarista, em que pesem as suas reconhecidas deficiências,

¹⁷⁹ ROUSSEAU (1999, p.51).

¹⁸⁰ *Idem* (1999, p.91).

mostra que a democracia nem sempre garante a legitimação da política e tampouco a alocação racional e eficiente dos recursos. Do ponto de vista material, portanto, a inobservância da regra e a inefetividade dos valores subjacentes a ela acabam esvaziando a própria validade do direito, na medida em que restringe as suas possibilidades de realização. É preciso, pois, criar mecanismos estáveis em que a Fundamentação e a Aplicação da norma possibilitem a preservação da confiança, a racionalização dos efeitos e a manutenção das expectativas.

2.1.5 A ética do discurso e o princípio universal do direito

Foi dito anteriormente que o conflito ocorrido no interior da consciência entre os deveres externos impostos pelas regras positivas e os deveres de ordem interna determinada por um imperativo categórico acarretava no enfraquecimento do direito e, por vezes, na correção deste pela moral. Isso pode ser explicado em parte pelo fato que é daí que o direito retira o seu caráter universalizável e a sua própria fonte de validade. A questão é que a possibilidade de uma “expansão semântica” da dimensão normativa que possibilite contemplar as peculiaridades de uma dada situação parece ser a única forma de tornar possível a validade de uma “norma individual” cujo fundamento não resida naquele espaço. A proposta da ética do discurso é criar condições para a argumentação e, a partir daí, buscar garantias para a sua validade. Como se sabe, Günther deduz da validade de uma norma a sua justificação, expressa por meio da “universalidade do princípio moral”. Abordando o problema da “validade do discurso jurídico”, o professor Lênio Streck expõe o seguinte:

A hermenêutica filosófica tem sido – impropriamente – criticada no campo do direito pelo fato de que, embora tenha oferecido o modo mais preciso de descrição do processo compreensivo, por outro lado ela não teria possibilitado a formação (normativa) de uma teoria da validade da compreensão assim obtida. Esse é um problema central que precisa ser enfrentado com muito cuidado. Trata-se de discutir as condições para a existência de uma teoria da decisão, o que implica discutir o problema da validade daquilo que se compreende e explicita na resposta. Afinal, interpretar é explicitar o compreendido, segundo Gadamer.¹⁸¹

Kant admite a existência de um princípio universal do Direito que, de certo modo deve ser posto não como fundamento “*prima facie*” de uma dimensão

¹⁸¹ STRECK (2009, p.4).

normativa, mas como parâmetro de aplicação, sempre que a regra for reconhecidamente inadequada para a situação.

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal. Se, então, minha ação ou minha condição pode geralmente coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, todo aquele que obstaculizar minha ação ou minha condição me produz injustiça, pois este obstáculo (resistência) não pode coexistir com a liberdade de acordo com uma lei universal.¹⁸²

É fato que o direito age externamente e de maneira heterônoma, impondo seu poder de coerção. Se o propósito é a sua realização é preciso fazer com que o ato de decidir limite-se a aplicar a regra positiva, erigida no seio do processo democrático seja a partir de uma razão prática, seja através de um “agir comunicativo” ou então obedeça a uma lei universal. É nesse último caso que o direito se torna um princípio universal. Para isso, não se pode prescindir de uma ética do discurso no sentido que Apel e Habermas a compreendem.

Apel tenta enfrentar essa objeção alegando que não restringe a análise pressuposicional a argumentações *morais*, mas, sim, aplica-se às condições da possibilidade do discurso argumentativo *em geral*. Ele quer mostrar que todo sujeito capaz de falar e agir, tão logo entre numa argumentação qualquer a fim de examinar criticamente uma pretensão de validade hipotética, tem que aceitar pressupostos de conteúdo normativo¹⁸³.

A tese de Karl-Otto Apel coaduna-se com o modelo da dimensão normativa proposta aqui. A ética transcendental do discurso impõe critérios aos participantes, mas não garante que a decisão tomada possa ser comprovadamente a única possível. Nesse sentido Habermas afirma o seguinte:

Por isso, precisamos retornar ao problema da fundamentação do princípio da universalização. O papel que o argumento pragmático-transcendental pode assumir aí pode ser descrito, agora, como um argumento a que se pode recorrer para comprovar *como o princípio da universalização, que funciona como regra da argumentação, é implicado por pressuposições da argumentação em geral*. Essa exigência está satisfeita, caso se possa mostrar que: todo aquele que aceita as pressuposições comunicacionais universais e necessárias do discurso argumentativo e que sabe o que quer dizer justificar uma norma de ação tem que presumir implicitamente a validade do princípio da universalização.¹⁸⁴

A pergunta sobre a coisa certa a fazer não se harmoniza com o direito.

¹⁸² KANT (2003, p.76-77).

¹⁸³ HABERMAS (2013, p.107).

¹⁸⁴ *Idem* (2003, p.109).

Embora possa ser um questionamento deontológico, certamente não é jurídico. Uma questão, portanto, continua sendo intrigante. Como é possível que leis erigidas no seio de um procedimento democrático não sejam morais? A resposta de Kelsen é a seguinte:

(...) o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não é justa. A questão, porém, é também respondida no sentido de que o Direito pode ser moral – no sentido acabado de referir, isto é, justo – mas não tem necessariamente de o ser; que uma ordem social que não é moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser Direito (...).¹⁸⁵

O pensamento de Kelsen reforça o que já foi dito até aqui. Essa afirmação, no entanto, se torna mais palpável através do seguinte raciocínio: a validade é um conceito moral; o direito que não se realiza (não é aplicado) não se submete à motivação (imperativo hipotético) e nem ao teste moral, necessário em determinadas circunstâncias em face das peculiaridades da situação e dos possíveis resultados (imperativo categórico). Com efeito, a construção do direito é também resultado dessas disputas travadas por maiorias eventuais e determinados grupos de interesse que acabam monopolizando o poder de administrar a justiça. Alexy, analisando a teoria de Hare, conclui que:

É particularmente relevante a pergunta de se os interesses de muitas pessoas devem ser levados em consideração. (...) O argumento de Hare não pode resolver este problema da combinação dos interesses de muitos indivíduos. (...) Hare acredita que a conexão com uma ética utilitarista pode ajudar, mas nega-se a mostrar como isso é possível, apenas indicando alguns problemas das éticas utilitaristas. Dignos de menção são os problemas da possibilidade de comparar interesses, necessidades e inclinações da mesma pessoa, bem como aqueles de pessoas diferentes; a questão de se uma satisfação igual, porém incompleta, de todos, é preferível à satisfação completa da maioria às custas da minoria; e a dificuldade de distinguir necessidades superiores e inferiores. Diante disso, fica claro que a aplicação do argumento de Hare pressupõe critérios normativos para conciliar interesses diferentes.¹⁸⁶

Ora, se o direito fosse de fato um princípio universalizável, não haveria a necessidade de ser coercitivo e muito menos de possuir caráter sancionatório. O direito é, pois, um produto da razão humana. Isso pressupõe levar em consideração fatores contingenciais e submissos ao auto-interesse. A diferença entre o direito e a

¹⁸⁵ KELSEN (2009, p.71).

¹⁸⁶ ALEXY (2013, p.80).

moral, entre legitimidade e validade, entre juridicidade e universalidade reside na autonomia do sujeito sobre o qual a norma se impõe. Nesse sentido, é relevante trazer a lume a posição de Michael Sandel.

Só podemos escapar dos ditames da natureza e das circunstâncias se agirmos com autonomia, segundo uma lei que impomos a nós mesmos. Tal lei não pode ser condicionada por nossas vontades e nossos desejos particulares. Assim, as rígidas noções de Kant sobre liberdade e moralidade são interligadas. Agir livremente, ou seja de forma autônoma, e agir moralmente, de acordo com o imperativo categórico, são, na verdade, a mesma coisa. Essa concepção de moralidade e liberdade leva Kant a sua crítica contundente do utilitarismo. A tentativa de basear a moralidade em algum interesse ou desejo particular (tal como felicidade ou utilidade) estava destinada ao fracasso. “Porque aquilo a que eles se referem jamais foi dever, mas apenas a necessidade de agir a partir de um determinado interesse”. Mas qualquer princípio baseado no interesse “jamais passou de um princípio condicionado a algo externo e não poderia ser considerado uma lei moral”¹⁸⁷.

O direito adquire validade quando realizado; a moral, quando universalizável. Ambos têm origens distintas e habitam esferas por vezes até antagônicas, mas se encontram justamente na prevalência de uma norma individual erigida à luz da situação. O direito não tem a pretensão de ser universalizável, embora por vezes o seja quando se destine a preservar determinados preceitos morais. Isso se tornará possível, através do caráter ambivalente dos princípios que os permite transitar pelas duas dimensões, ora possuindo normatividade, ora prescritividade.

A insurgência, portanto, a uma determinada regra é resultado não apenas de um dissenso entre àquilo que os indivíduos consideram como justo e àquilo que a lei lhes impõe, mas acima de tudo uma forma de resistência contra um processo democrático que, legítima ou ilegitimamente, tem a pretensão de proporcionar validade ao direito. A partir daí, novos métodos interpretativos, tal como concebidos por François Ost, na relação construtiva que estabelece entre o jurídico e o literário, acabam servindo de instrumento ou de suporte para a sua realização.

Com base nesse mergulho nas fontes do imaginário social é possível buscar um cotejo entre o horizonte infinito de possibilidades da história contada e o caráter deontológico da norma, transitando entre o mundo dos fatos e o mundo das regras. A moral contribui diretamente para a universalização do direito, formulação e elucidação das principais questões relativas à justiça, à lei e ao poder, o que não

¹⁸⁷ SANDEL (2015, p.156-157).

acontece, entretanto, quando se privilegia a atuação da regra positiva, na qual a moral acaba sendo sacrificada face o distanciamento entre os discursos.

Tudo isso, claro, reforçado pelo paradigma liberal onde o individual sobrepõe-se ao coletivo, as consciências perdem o seu caráter universal e as racionalidades ganham contornos cada vez mais dissonantes. O ato de agir moralmente está amparado pelo direito de liberdade conquistado ao longo da história, constituindo, portanto, uma manifestação justa ao mesmo tempo em que se consubstancia em um ato contrário ao direito por desrespeitar um conjunto de regras positivas aprovadas por um corpo político eleito em um processo democrático.

Na narrativa de Sófocles, Antígona demonstrava-se inconformada por entender injusta a atitude do rei Creonte quanto à forma de sepultamentos dos irmãos Etéocles e Polinices, filhos de Édipo. Enquanto Etéocles receberia todo cerimonial devido aos mortos e aos deuses, Polinices teria seu corpo largado a esmo, sem o direito de ser sepultado e deixado para que as aves de rapina e os cães o dilacerassem. Antígona deixa claro que não deixará o corpo do irmão Polinices sem os ritos sagrados, mesmo que tenha que pagar com a própria vida. Mostra-se, portanto, insubmissa às leis humanas por estarem, elas, indo de encontro às leis divinas. A luta de Antígona não é pela liberdade de poder protestar, mas pela igualdade. Sua resistência reside no fato de que o ato tirânico do soberano foi injusto ao impor dois pesos e duas medidas para punir dois infratores acusados pelo mesmo fato.

A atitude de Antígona revela sua inconformidade com a atitude voluntarista de Creonte, mas isso por si só não significaria que o seu ato seja legítimo, a menos que a sua concepção de justiça seja universalmente aceita e por todos admitida como uma verdade. O constitucionalismo contemporâneo, talvez em virtude do próprio pluralismo engendrado no seio da sociedade civil, acabou desvinculando o ideal de justiça do campo procedimentalista-democrático, cujos discursos de fundamentação ainda estariam abertos ao diálogo e às soluções prévias dos dissensos coletivos.

No caso de Antígona, a insubordinação à norma autoritariamente imposta põe em xeque o poder do soberano e representa não um ato individualista na acepção liberal da palavra, mas o desejo de que as decisões sejam aceitas por todos.

Antígona sabia que uma decisão justa não poderia estar dissociada da igualdade, a qual na narrativa de Sófocles acaba sendo o fim último de uma decisão considerada correta. O mesmo, entretanto, não se aplica no seio de uma sociedade altamente pluralista, onde um tratamento isonômico poderia ser fonte de injustiça. A “superabilidade das regras”, portanto, presume a existência de heteronomias decorrentes da consciência individual, fruto do próprio processo econômico inculcado pela burguesia e levada a efeito pela divisão do trabalho. Resulta de um ato não cooperativo, portanto. Ao abordar o papel do pragmatismo, Posner chama a atenção para esse fato afirmando o seguinte:

Não apenas nosso conhecimento é local, como também é perspectivo, sendo moldado pelas condições históricas e outras condições nas quais é produzido. No entanto, nossas mentes correm na frente de nós mesmos, nos inclinam a universalizar nossos *insights* locais limitados. Escritores influentes que tratam de jurisprudência, tais como H. L. A. Hart, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, todos dão a entender que descrevem o direito em abstrato, mas Hart está na verdade falando do sistema jurídico inglês, Dworkin, do americano e Habermas, do alemão.¹⁸⁸

A perspectiva pragmatista precisa levar em conta os efeitos práticos de uma dada decisão obtida através de argumentos lógicos e racionais coerentes com a realidade local. A dificuldade da questão reside na concepção amoral do direito, imposta pela prática positivista para a qual toda a validade do direito seria extraída de uma norma fundamental, ou seja, da Constituição.

Esse ponto de vista permitiu aos positivistas, apartarem as regras do dever-ser de uma moral coletiva, de modo que o sistema de regras não mais padeceria de questionamentos, já que a nenhum indivíduo seria dado o direito de subvertê-la sob a alegação de que a mesma seria injusta. Aparentemente, Kelsen ao propor a purificação da ciência jurídica, procura afastar-se do problema do suporte moral que inevitavelmente estaria vinculado às regras erigidas pelo processo político.

Ora, se o exercício da vontade livre do povo bem como a manifestação do seu poder está limitada à atuação dos seus representantes eleitos através do sufrágio e no processo de elaboração das leis, seria então a resistência pacífica de alguns indivíduos às regras supostamente impostas pela maioria um ato ilegítimo? Uma lei só é legítima se for justa; e só é justa se for moralmente aceita pela maioria; e só

¹⁸⁸ POSNER (2010, p.4).

será moralmente aceita pela maioria se passar a ser incorporada ao espírito do povo, a um consciente coletivo, portanto.

Da mesma forma, a razão mercadológica apropria-se da linguagem, da cultura e das formas de manifestação popular que a ela passam a prestar reverência. É o que Habermas chama de “sistemas” que, aos poucos, vão povoando o mundo da vida e limitando as suas formas de manifestação, tudo legitimado pelo direito, o qual, é claro, é fruto desse mesmo processo. É preciso romper com esse círculo, através de manifestações individuais de consciência, sendo que a contrariedade ao direito é apenas uma dessas formas. Os caminhos legítimos de atuação coletiva, inclusive o do agir comunicativo, parecem estar todos contaminados pela doutrina econômica, a qual se encontra dissociada de qualquer preocupação moral e, principalmente, em promover a equidade.

Nessa mesma esteira, é o pressuposto da escola positivista, segundo a qual as regras simplesmente são, não competindo um critério axiológico de validade. Mas veja, se as leis, o governo, a política e as instituições existem unicamente para o povo, como não questionar a sua validade e o seu conteúdo moral que o legitima? Quem serve a quem nessa complexa relação? Claro está que toda pretensão de validade requer uma não aceitação, uma heteronomia, um conflito entre a *práxis* e a consciência. Os atos isolados de dissenso reforçam o fato de que a consciência coletiva obviamente não é uniforme.

A Constituição, enquanto documento de maior poder na escala normativa de um Estado, representa o produto de uma longa evolução histórica. Fruto de acirradas disputas ideológicas, ela representa muito mais do que um mero amontoado de regras e princípios. Depositária dos anseios da coletividade, ela significa o verdadeiro “contrato social” que vincula o grande Leviatã e o submete à “vontade geral”, conformando as racionalidades dissonantes porque fruto de um processo de reforma, na qual as intersubjetividades ganharam espaço e notoriedade. Se por um lado o homem havia alcançado o ideal de liberdade em face do Estado, mormente com a concretização de um documento que lhe garantisse uma gama de direitos, por outro, essa segurança reduzia-se meramente ao campo formal, pois o paradigma constitucional desse modelo pouco contribuiu para o progresso da sociedade, haja vista que as alterações sempre foram em sua maioria

direcionadas às elites.

Com aumento das demandas sociais e as exigências democráticas impostas, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, chega-se ao esgotamento do modelo liberal, possibilitando, assim, o surgimento de uma nova fase do constitucionalismo. Em razão disso, inaugura-se o paradigma do Estado Social, na qual o Executivo passa a vivenciar um momento de ampliação extraordinária na sua seara de atuação, mormente pela necessidade de abranger tarefas vinculadas aos novos fins econômicos e políticos que lhes são atribuídos no intuito de reduzir as desigualdades. Dessa forma, o Estado Civil é aquele que deve prover e assegurar a liberdade do homem de conviver pacificamente com os seus iguais. Todavia, isso não lhe concede o direito de ordenar ou determinar como e em que medida cada indivíduo deva escolher aquilo que lhe aumenta a felicidade e melhor lhe trás satisfação. Nesse sentido, eis o que refere Locke:

Sendo o principal objetivo da entrada dos homens em sociedade eles desfrutarem de suas propriedades em paz e segurança, e estando o principal instrumento para tal nas leis estabelecidas naquela sociedade, a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades políticas é o estabelecimento do poder legislativo – já que a lei natural primeira e fundamental, destinada a governar até mesmo o próprio legislativo, consiste na conservação da sociedade e (até onde seja compatível com o bem público) de qualquer um de seus integrantes. Esse legislativo é não apenas o poder suprema da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado (...).¹⁸⁹

O ato de desconformidade às regras impostas representa uma prática de dissenso consubstanciado em um ato de liberdade ou um ato contrário àquilo que, segundo o autor, seria justamente o seu único garantidor: a Lei. Enquanto que na Tragédia Grega de Sófocles a desigualdade decorria de um simples ato discricionário de Creonte fruto de um voluntarismo consubstanciado no seu poder absoluto e divino, na sociedade civil pós-moderna, a desigualdade passa a ser legitimada e materializada nas instituições resultantes do próprio modelo capitalista de produção amparado no individualismo e em uma perspectiva liberal de Estado, resultante de um acordo de vontades entre os indivíduos e cujo poder, antes personificado, passa a ser dividido em diferentes funções a fim de evitar os abusos.

O Estado Democrático representa, portanto, o apanágio da sociedade

¹⁸⁹ LOCKE § 134 (1998, p.502).

moderna, seu corolário e a consolidação dos ideais delegados pela Revolução Francesa. Mas ao mesmo tempo constitui a concretização da concepção burguesa de sociedade onde as leis servem a um objetivo comum: o de utilizar a consciência coletiva para consolidar os seus anseios através da política. Para isso também foram relevantes a concepção positivista do direito, onde o espaço reservado à moral foi gradualmente reduzido a ponto de ficar dissociada do sentido deontológico da norma e do contratualismo de Hobbes, Locke e Rousseau. François Ost aborda essa temática, chamando a atenção para esse fato. Segundo ele, “a noção e a prática da insurgência são recentes e pressupõem sociedades democráticas que se beneficiam de um Estado de direito”.¹⁹⁰

Aparentemente, o problema de Antígona estaria resolvido se o desfecho de Etéocles e Polinices fosse agora decidido por um juiz imparcial e submisso a leis devidamente aprovadas por um corpo político democraticamente eleito. Ainda que isso fosse empiricamente comprovável e demonstrável, deveria o cidadão renunciar à sua consciência e ao seu ideal de justiça em favor da lei, devendo a ela respeito e inquestionável temor reverencial? Qual é o espaço da moral e o compromisso do legislador em tornar o direito validamente justo?

Mais uma vez, a resposta pode ser encontrada no próprio François. De acordo com ele, “o ato público de transgressão, o qual visa à revogação ou pelo menos à modificação da norma contestada”¹⁹¹, afronta, no atual Estado Democrático, não apenas o texto da lei em si, o qual agora se encontra apartada do ato de decisão, mas a vontade soberana do povo eleito para representá-los. Mas seria possível manter intacta a tessitura social onde as desigualdades já impregnadas e robustecidas tornam as consciências tão dissonantes a ponto de haverem resistências à lei sob as mais variadas justificativas?

Bem, é certo que a divisão do trabalho no interior da sociedade moderna engendrou muito mais do que especialidades, no dizer de Marx, mas acima de tudo interesses conflituosos que evidentemente não levam à benevolência como pressupunha Adam Smith e, tampouco, a uma cooperação solidária como imaginara Durkheim.

¹⁹⁰ OST (2004, p.224).

¹⁹¹ *Idem* (2004, p.226).

Compete, pois, ao direito tornar coesa e tecer tais dissonâncias em torno de um interesse comum, já que cada vez mais os governos parecem tornar-se menos eficientes na hercúlea tarefa de representar integralmente os desejos e os anseios do povo. A insubordinação seria justificável como forma de promoção da igualdade? Na medida em que o direito contado, por se constituir como um processo de sedimentação aproxima-se mais dos sistemas em que se compara o trabalho dos juízes à escrita de um romance em série, onde então se encaixaria o modelo romano-germânico, no qual o intérprete-aplicador não está vinculado a um modelo histórico narrativo?

O ato de infringir ou violar a lei decorre, segundo ele, não necessariamente de uma discordância política por considerá-la imoral ou injusta, mas por percebê-la como insensata para a maioria. Uma norma é boa quando atinge a finalidade para a qual foi criada. A justificação dessa finalidade é um ato que está contemplado em um discurso de fundamentação, resultante de um procedimento democrático.

A divisão do trabalho, longe de proporcionar solidariedades, como pressupunha Durkheim, vai lentamente transformando sujeitos autônomos em indivíduos autômatos, moldados pela concepção liberal burguesa de mundo. O que torna uma lei que tenha sido aprovada pelos representantes legitimamente eleitos pelo povo, injusta?

A resposta parece residir na sua desvinculação da moral, seja pela política, seja pelo próprio direito. O primeiro caso é fruto de uma perspectiva liberal de mundo, na qual o Estado não deveria tomar partido das questões ligadas a fatores valorativos, haja vista que a promoção da justiça seria resultante da eficiência dos mercados, estes encarregados de distribuir e gerir os recursos de maneira racional.

Para Dworkin “o liberalismo baseado na neutralidade considera fundamental a ideia de que o governo não deve tomar partido em questões morais e apoia apenas as medidas igualitárias que sejam, comprovadamente, resultado desse princípio”¹⁹². Curiosamente, as formas de promoção da equidade seriam, portanto, papel do mercado. Tratando da questão da eficiência, Galdino, salienta que:

¹⁹² DWORKIN (2005, p. 305).

(...) o direito é considerado como mais uma engrenagem no complexo mecanismo de alocação de recursos na sociedade. Neste sentido, as normas jurídicas em geral, muito especialmente as normas concretas, e notadamente as decisões judiciais, devem ter em vista – como critério mesmo da decisão – a máxima eficiência. Na sociedade liberal-capitalista, o direito funciona como meio auxiliar (embora indispensável) de acentuar a maximização da eficiência da economia de mercado.¹⁹³

Não se pode perder de vista o fato de que até meados do século XVIII, a economia não era vista como ciência. Foi somente após o surgimento da chamada Escola Clássica que as formas de produção, distribuição e consumo passaram a ser estudadas e compreendidas independentemente do seu papel moral. Do outro lado, a escola positivista levada a efeito principalmente por juristas como Kelsen, ao propor uma perspectiva pura do direito ante as ciências sociais e a própria certeza de justiça, solapou de vez as possibilidades de correção moral dos fenômenos. Para Kelsen, a justiça ou a injustiça de uma norma não poderia ser um critério que pudesse descrever axiologicamente uma determinada conduta simplesmente porque o ideal de justiça pretendido pela norma imposta poderia, como frequentemente acontece, não coincidir com a justiça individualmente considerada. Para Galuppo,

A posição de Hoerster, e sobretudo sua ideia sobre a tese de neutralidade, evidencia o ponto mais decisivo na caracterização do positivismo jurídico: a separação entre o Direito (as normas jurídicas positivas) e a moral (a justiça ou a injustiça de uma ordem jurídica). Justiça e injustiça são termos mais propriamente morais e políticos do que jurídicos, do ponto de vista do juspositivismo, já que a definição do que é ou não direito se faz sem referência a eles.¹⁹⁴

Longe de promover a equidade, portanto, a metodologia positivista afastou ainda mais as possibilidades de uma aplicação justa das leis através da política. Tal postura ficou mais distante com a introdução do constitucionalismo contemporâneo e com o processo de judicialização da política, vale dizer, que a moral cada vez encontra menos espaço como forma de promover a equidade.

Com efeito, uma norma não pode ser moralmente válida, enquanto não passar a fazer parte do cotidiano das pessoas sendo por elas aceita e reconhecida como tal. Por melhor que sejam as formas de controle, transparência e fiscalização em busca de uma adequada gestão dos recursos públicos, isso por si só não garante a promoção da equidade se a política não estiver comprometida e, diga-se,

¹⁹³ GALDINO (2005, p.243).

¹⁹⁴ GALUPO (2013, p.91).

vinculada e submetida ao consciente coletivo. Da mesma forma, a legalidade imposta à Administração Pública pouca eficiência terá frente às escolhas erradas levadas a efeito por governos que nem de longe são representativos.

Para que isso possa ocorrer é necessária uma mudança de postura e a adoção de novos métodos de concepção dos fenômenos onde as racionalidades da política e do direito possam ser conformadas pela razão compreendida como a superação da neutralidade e do artificialismo da norma. Esse novo método de utilizar-se do imaginário social, confluindo seus mais variados pluralismos fruto de consciências insatisfeitas e insubmissas ao atual sistema podem ser capazes de promover a equidade através do exercício das liberdades, ainda que transgridam uma lei heteronomamente erigida.

Não se pode perder de vista o fato de que o direito enfrenta uma séria crise de efetividade cuja superação, para Lênio Streck, perpassaria por uma nova teoria das fontes, por uma nova teoria da norma e por uma nova teoria da interpretação. Acima de tudo é necessário considerar a hipótese de revalidação do direito a partir de uma nova forma de perceber e reinterpretar a realidade através da moral. A moral pode consistir em uma importante ferramenta não apenas para que o interprete fundamente uma decisão, mas principalmente para que o direito possa abrir espaço para o mundo da vida por meio da política, enquanto tecido que envolve uma pluralidade de consciências.

A moral amplia os horizontes possíveis que a complexidade da sociedade pós-moderna reduziu a simples individualidades dissonantes, as quais nem a política, nem o direito tem conseguido exorcizar. O paradigma produtivista enfeitiçou a política e aprisionou o direito, impondo suas mais terríveis formas de opressão e desigualdades. A política, enquanto procedimento democrático, está limitada pelo auto interesse dos seus agentes que utilizam-se do aparelho estatal para lograr proveito próprio. No lugar da moeda, o voto passou a ocupar o seu lugar como meio de troca. Os favoritismos, fruto de uma tradição colonialista e patrimonialista, ainda povoam a alta cúpula que deveria dedicar-se a promover os interesses daqueles que a elegeram.

Os dissensos resultantes do individualismo decorrente do paradigma da

produção e de um ideal burguês do direito e da história não encontram mais soluções possíveis no diálogo ou em uma razão comunicativa como pressupunha Habermas. Primeiro porque as racionalidades, as tradições e o seu modo prático de ser no mundo (razão prática) proporcionam horizontes divergentes que não agem no sentido de uma cooperação; segundo porque os interesses antagônicos e irreconciliáveis dos indivíduos imersos em uma razão econômica fruto do capitalismo, não permite que qualquer governo, por mais democrático que pareça, seja representativo; terceiro porque o modelo de direito adotado pelo Brasil tem-se afastado cada vez mais do mundo vivido, do mundo dos fatos, da literatura, para reproduzir-se a partir de si mesmo o que acaba limitando os espaços por onde a moral poderia atuar promovendo uma realização justa do direito, por outra via que não através da política.

O imperativo categórico ao elevar a consciência individual ao status de uma razão pública contribui para a consolidação da justiça, não consubstanciada em uma suposta equidade que de fato não promove a cooperação entre os indivíduos, mas a partir do exercício da liberdade. Um ato de dissenso, ainda que pacífico, pode contribuir para a revolucionar as relações sociais no caminho da emancipação das consciências coletivas.

Para que isso seja possível, é preciso antes libertar os horizontes de possibilidades da ciência jurídica, ainda refratária a mudanças arraigada ao paradigma positivista enquanto processo de produção e interpretação das leis e à política enquanto procedimento democrático cuja racionalidade encontra-se submissa aos princípios econômicos impostos pelo liberalismo que impede as possibilidades de uma ação representativa dos governos.

O direito precisa ser concebido com um sistema aberto de normas por onde ingressam os fatos, as histórias contadas e a realidade que povoam o imaginário social. A utilização da Análise Econômica como instrumento de aplicação adequada para o direito, revelando-se como uma das possíveis soluções para os problemas referentes à crise de efetividade e validade pela qual ele tem passado.

O problema apresentado na Introdução sugeriu que seria possível a existência de uma dimensão normativa entre a Fundamentação e a Aplicação. Para

que isso fosse demonstrado, foi necessário percorrer um longo caminho, do método à razão, passando pelas principais teorias da argumentação até finalmente chegar às portas do imaginário jurídico. Todo esse esforço possibilitou desconstruir determinados paradigmas a fim de adequá-los às exigências de Habermas que, por assim dizer, removeu o principal substrato sob o qual o direito amparava o seu fundamento de validade. Isso acabou fazendo com que diversas outras categorias tivessem de conquistar uma nova postura, assumindo inclusive novos papéis nesse cenário.

Tudo isso, no entanto, foi apenas uma parte do problema. A partir de agora, abordar-se-á sob um ponto de vista crítico, o aspecto pragmático da argumentação, procurando demonstrar que a Análise Econômica do Direito pode, de fato, contribuir com aquelas teorias em diversos pontos para, ao final, buscar uma decisão de equilíbrio entre a Fundamentação e a Aplicação como síntese, considerando que a relação entre o direito e a moral já esteja, pelo menos parcialmente estabelecida.

3. O PRAGMATISMO DA ARGUMENTAÇÃO

3.1 CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA UMA RELEITURA DAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO

Os modelos propostos pelas teorias da argumentação não conseguiram superar o problema do relativismo e, em muitos casos, limitaram-se a fornecer elementos subjetivos acerca da ética, da moral e da aplicabilidade do direito. Da mesma forma, poucas foram as teorias que se dedicaram a buscar elementos para uma teoria da decisão, restringindo-se a concebê-la a partir de uma perspectiva de cariz eminentemente filosófico e não propriamente racionalista ou objetivista, capaz de superar esse estado estacionário no qual se encontra o direito. É bem verdade que Alexy tentou apresentar um modelo no qual a fundamentação jurídica (está-se falando, portanto, de aplicação do direito) fosse eminentemente racional.

A explicação do conceito de argumentação jurídica racional se dá nesta investigação mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como “correto”. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões jurídicas¹⁹⁵.

Um dos propósitos desse Capítulo é tentar demonstrar que o direito não pode abdicar da Análise Econômica como fundamento racional na tomada de decisões, mormente quando os seus efeitos passam a se tornar relevantes. Pretende-se, igualmente, pôr a prova a tese de que possa haver uma única resposta correta para cada caso concreto, já que a adequação da decisão dependerá sempre do conhecimento que o intérprete dispõe acerca da situação.

O que se pode obter, a partir daí, é sempre a melhor resposta, considerando o grau desse conhecimento que, por decorrência, estará limitado pelo tempo que o intérprete disporá para contemplar todas as nuances do problema. É preciso, no entanto, ir além e descobrir como é possível decidir sem cair no relativismo, quais os papéis exercidos pela fundamentação e pela aplicação para o direito e qual a importância dos efeitos de uma decisão para a estabilidade do sistema jurídico. O pragmatismo procura responder a essas questões sob o ponto de vista das suas

¹⁹⁵ ALEXY (2013, p.285).

consequências. Nesse sentido é a contribuição de Posner:

As consequências que preocupam o pragmatista são consequências reais, não as hipotéticas que figuram com proeminência na teoria moral de Kant. O pragmatista pergunta, por exemplo, não se é verdade que o homem tenha livre arbítrio, mas que consequências teriam, *para nós*, afirmar ou negar a proposição. (Elas poderiam ser políticas ou psicológicas.) E isso implica em que os pragmatistas sejam antitradicionalistas e voltados para o futuro. O passado é um repositório de informações úteis, mas não pode reivindicar nada de nós. O critério para decidir se devemos aderir a práticas passadas são as consequências de fazê-lo para o presente e o futuro. Mas isso não torna o pragmatismo anti-historicista. Pelo contrário, a alegação do pragmatista de que o conhecimento é local o inclina a buscar explicações para crenças em suas circunstâncias históricas.¹⁹⁶

Posner afirma ainda que “a ênfase nas consequências torna o pragmatismo antiessencialista”. Já os modelos construídos pelos autores da teoria da argumentação utilizam-se de perspectivas filosóficas e conceitos abstratos como o de justiça para, a partir daí, erigirem os critérios para uma decisão. Normalmente, são propostas que requerem o cumprimento de uma série de pressupostos que dificilmente poderiam ser observados pelo intérprete/aplicador do direito. Ivo Gico Jr., tem opinião semelhante:

Na busca por critérios operacionalizáveis de justiça e de como tomar uma decisão jurídica racional, tornou-se comum na comunidade jurídica moderna a busca de apoio teórico em filósofos que vêm tentando criar critérios ideais de se chegar a proposições normativas racionais e justas, como a postura minimax por detrás do véu da ignorância de John Rawls, a situação de discurso ideal de Jürgen Habermas, os mandados de otimização de Robert Alexy ou o juiz hercúleo de Dworkin e sua decisão “correta”. Não obstante, a prática hoje demonstra apenas que a vontade consubstanciada na lei positivada foi completamente relativizada, sem que emergisse um critério minimamente universal que a substituísse na criação, interpretação e aplicação do direito.¹⁹⁷

Afinal, que respostas a Análise Econômica do Direito pode oferecer para as questões não respondidas pelas teorias da argumentação? É possível haver um diálogo desse nível entre o direito e a economia? Este capítulo demonstrará que a resposta pode ser positiva, apesar dos argumentos em contrário sustentados pela crítica da comunidade acadêmica, mormente pelos adeptos da corrente filosófica.

Antes de adentrar no papel da Análise Econômica, é consentâneo que o leitor esteja familiarizado com o conceito de economia erigido a partir de um breve

¹⁹⁶ POSNER (2010, p.5).

¹⁹⁷ GICO JR. (2010, p.14-15).

esforço histórico da teoria econômica. Por questões didáticas, optou-se por referenciar três dos autores considerados de maior expressividade. Adam Smith, pela importância impar que teve na formação da ciência econômica¹⁹⁸; Alfred Marshall, considerado o fundador da Microeconomia e principal teórico da economia neoclássica cujo modelo este trabalho foi inspirado e, finalmente, John Maynard Keynes, não apenas por ter sido considerado o pai da Macroeconomia, mas acima de tudo por internalizar no processo decisório os fatores psicológicos dos agentes e a ideia da formação de expectativas.

A relevância dessas últimas concepções para o processo decisório foi tão significativa que, mais tarde, outros dois autores ganhadores do prêmio Nobel de economia (Akerlof e Shiller) utilizaram-se desse ferramental na publicação de uma teoria que tenta explicar os efeitos do comportamento dos indivíduos sobre a instabilidade econômica. Apenas a título de curiosidade, Keynes acreditava que dentre todos os componentes da demanda agregada, o “investimento” era justamente o responsável pela flutuação do nível de crescimento econômico¹⁹⁹, por estar invariavelmente relacionado com as expectativas de risco e retorno.

Essa pequena digressão é importante porque ajuda a compreender o processo de formação da consciência coletiva, além de ser uma provável origem para a forte imbricação que inegavelmente há entre o direito e a economia. Analisar as profundas diferenças existentes entre o papel da divisão do trabalho em Smith e Durkheim pode ser um bom começo, mormente porque este último, assim como George Herbert Mead, é um autor que influenciou significativamente tanto a Habermas quanto a Günther e, por isso, interessa igualmente à pesquisa.

A economia, como se sabe, é tradicionalmente conhecida como a

¹⁹⁸ Para se ter uma ideia da relevância deste autor, foi apenas depois da publicação da obra *A Riqueza das Nações* em 1776, que a economia passa a adquirir oficialmente o status de ciência, conquistando o seu merecido espaço na epistemologia. Antes disso, a economia, ou “crematística” como era também chamada, confundia-se com a filosofia e vista como um instrumento que estaria a serviço da moral.

¹⁹⁹ Os demais componentes da demanda agregada eram o consumo, a poupança, os gastos do governo e a tributação. Ao contrário dos economistas clássicos, para quem a demanda seria infinita e interminável, Keynes, após a crise de 1929, passou a atribuir a ela um lugar de destaque dentro do seu modelo de reestruturação. Entretanto, Keynes não foi o primeiro a atribuir a devida importância ao consumo. Outros dois economistas (Thomas Malthus e Alfred Marshall) já haviam alertado acerca dos riscos de se desprezar o consumo *pari passu* a uma teoria da oferta. Foi justamente dessa relação, aliás, que Marshall retira a sua teoria para a formação dos preços.

administração da casa ou dos assuntos domésticos.²⁰⁰ Em outras palavras, a ciência econômica se ocupa da arte de gerenciar recursos escassos. A partir do século XVI, com o ciclo das grandes navegações e o fortalecimento do comércio, as reformas religiosas contra a ideologia Católica, considerada um entrave para o progresso do capitalismo nascente, principalmente por condenar o empréstimo de dinheiro a juros²⁰¹, inaugura-se a idade moderna e, com ela, o mercantilismo.

O mercantilismo não era propriamente uma escola, mas um conjunto de ideias e de práticas segundo as quais a riqueza das nações consistia no acúmulo indiscriminado de metais preciosos. Para tanto, preconizava-se o forte intervencionismo do Estado que, nesse momento, estava em processo de unificação através da aliança firmada entre o rei e a burguesia, concentração do poder político nas mãos do soberano consubstanciado em um absolutismo monárquico que, por assim dizer, solapava as esperanças da elite comercial burguesa de avançar em seus negócios.

Os altos impostos, resquício ainda do feudalismo, oneravam excessivamente a classe comerciante que esbarrava em diversos outros problemas de natureza territorial (segmentação dos feudos), ideológica, religiosa e política. Pouco tempo depois, um grupo de teóricos, dentre os quais David Hume, John Locke, Richard Cantillon e William Petty, considerado por alguns como precursores da Escola Clássica, perceberam o grande problema gerado pelo entesouramento, vale dizer, a inflação. Aparentemente, a euforia pela descoberta de novas colônias detentoras de ouro e prata fez com que a Metrópole não percebesse que, sem o aumento concomitante da produção, o acúmulo de moeda forçaria as importações e, logo, tornaria a balança comercial deficitária. Esse, aliás, foi justamente o problema enfrentado por Portugal em relação à Inglaterra.

A abusiva carga tributária fez com que uma elite de intelectuais liberais, dentre eles François Quesnay, publicassem uma teoria que viria a fundar os alicerces da Escola Liberal Clássica. Trata-se de uma astuciosa “manobra” que induzia o soberano a taxar os nobres proprietários de terra, a qual passou a ser a

²⁰⁰ Do grego *oikosnomos*, *oikos* (casa/lar) *nomos* (administrar/gerenciar). Apesar da origem, a ciência econômica não se confunde com a chamada economia doméstica que se destina a servir de receituário para as finanças familiares.

²⁰¹ O empréstimo de dinheiro a juros também ficou conhecido como “usura”.

fonte de toda a riqueza, já que ela era a única capaz de gerar um excedente líquido. O comércio, enquanto simples circulação de mercadorias e facilitador das trocas era considerado estéril, visto que não acrescia absolutamente nada ao produto inicial.

Essa escola de pensamento (de curta duração)²⁰² ficou conhecida como Fisiocracia, por assumir que a economia deveria seguir as leis da natureza (*Fisis*) sem a interferência do Estado. Seu lema ficou conhecido como *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*²⁰³. Com a unificação dos Estados nacionais, a aliança firmada com o monarca, deixou de ser economicamente interessante para a burguesia que, agora, desejava ver-se livre dos entraves financeiros e do peso opressor de uma corte parasitária que se negava a pagar impostos.

Esse ideal liberal tomou força com o movimento iluminista e com a tese da separação dos poderes liderada por Locke e Montesquieu. Outras teorias ganharam repercussão como o contratualismo de J. J. Rousseau e Thomas Hobbes. No campo econômico, um grupo de economistas passa a trabalhar arduamente para sustentar essa nova ideologia, que ficou conhecida como Liberalismo Econômico pautado numa lógica racional-individualista sustentada por uma filosofia moral na qual o senso de solidariedade entre os indivíduos residia essencialmente na alteridade e na empatia. Isso pode ser depreendido de inúmeras passagens da obra de Adam Smith, segundo o qual:

Ao preferir fomentar a atividade do país e não de outros países, ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções.²⁰⁴

(...)

É evidente que cada indivíduo, na situação local em que se encontra, tem muito melhores condições do que qualquer estadista ou legislador de julgar por si mesmo qual o tipo de atividade nacional no qual pode empregar seu capital, e cujo produto tenha probabilidade de alcançar o valor máximo.²⁰⁵

Da mesma forma, isso fica bastante evidente quando ele aborda “o princípio que dá origem à divisão do trabalho”. Nas palavras do autor:

²⁰² Aproximadamente entre 1756 e 1778.

²⁰³ Numa tradução livre significa: “Deixar fazer, deixar passar, o mundo caminha por si mesmo”.

²⁰⁴ SMITH (1983, p.379, I).

²⁰⁵ *Idem* (1983, p.380, I).

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua auto-estima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles. Ninguém, a não ser o mendigo, sujeita-se a depender sobretudo da benevolência dos semelhantes. Mesmo o mendigo não depende inteiramente dessa benevolência. Com efeito, a caridade de pessoas com boa disposição lhe fornece tudo o de que carece para a subsistência. Mas embora esse princípio lhe assegure, em última análise, tudo o que é necessário para a sua subsistência, ele não pode garantir-lhe isso sempre, em determinados momentos em que precisar. A maior parte dos desejos ocasionais do mendigo são atendidos da mesma forma que os de outras pessoas, através de negociação, de permuta ou de compra. Com o dinheiro que alguém lhe dá, ele compra alimento. A roupa velha que um outro lhe dá, ele a troca por outras roupas velhas que lhe servem melhor, por moradia, alimento ou dinheiro, com o qual pode comprar alimento, roupas ou moradia, conforme tiver necessidade.²⁰⁶

Existe, pois, um senso de solidariedade pautado em um auto-interesse que passaria a despontar como a origem do progresso e da opulência da sociedade. O trabalho passa a ser considerado a fonte de toda riqueza, o padrão de medidas e o meio de transformação sócio-cultural do homem e, a divisão do trabalho, a forma primitiva de eficiência, de facilitador das trocas e de potencializador do crescimento econômico. A abastança de um Estado consistia agora, não em fatores nominais (moeda), mas em fatores reais como a produção e o emprego.

Para Adam Smith, o senso de solidariedade decorre do desejo inato que cada pessoa possui de maximizar o seu próprio bem-estar. O modelo individualista-burguês que revolucionaria a consciência coletiva, segmentando-as em infinitas identidades que, de tão difusas socialmente, tornaram-se incapazes de unir-se em torno de um consenso coletivo coeso e harmônico. Essa é a conclusão a que chega Almeida:

A perspectiva axiológica é descrita a partir da teoria dos princípios delineada por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais e criticada por ser incapaz de lidar democraticamente com o fato do pluralismo, isto é, com a circunstância de que as sociedades contemporâneas não se estruturam em torno de valores éticos compartilhados intersubjetivamente por todos os cidadãos.²⁰⁷

É isso que as teorias da argumentação vêm tentando resgatar. Valores éticos que sejam universalmente válidos. Daí porque exigirem como critério uma “ética do discurso”, um “auditório universal”, as “condições ideais dos atos da fala”, ou mesmo

²⁰⁶ SMITH (1983, p.50, I).

²⁰⁷ ALMEIDA (2008, p.493).

uma “metaética”. Ainda de acordo com Almeida,

Praticamente toda a filosofia do direito e da moral até a idade moderna reflete o ideal de que a função do direito é assegurar a reprodução da vida social a partir da manutenção dos pressupostos axiológicos tradicionalmente fixados em uma ordem concreta de valores estabelecida historicamente. (...) Nesse contexto, o direito deve refletir os valores éticos compartilhados pela comunidade política, tendo por função garantir a mediação dos conflitos sociais a partir dos valores derivados da ética compartilhada por toda a comunidade política. É necessário garantir a permanência dos laços orgânicos de sustentação da vida comunitária, a partir do compartilhamento dos valores fundamentais por todos os membros do corpo social. Para assegurar a unidade social, torna-se imperativo o uso da coerção para impedir a possibilidade de dissenso daqueles que, por qualquer razão, deixam de partilhar os valores da vida ética de sua comunidade.²⁰⁸

Outro autor, Castor M. M. Bartolomé Ruiz, publicou um artigo bastante interessante que revela como se deu o processo de fragmentação das identidades na passagem da era moderna para a contemporânea. Refere o professor que “a identidade trama o modo de ser do sujeito. Ela pode sujeitá-lo a um modo social determinado ou possibilitar sua auto-formação e autonomia”²⁰⁹. É interessante perceber que o direito positivo e a economia tiveram origens mais ou menos comuns, vale dizer que a instituição da propriedade privada, dos contratos, da herança e da responsabilidade civil contribuiu para o progresso econômico, pelo menos sob o ponto de vista do capitalismo.

Ao longo dos dois últimos séculos, direito e economia vivenciaram um processo de entrelaçamento teórico e de imbricações praxiológicas de modo que se torna extremamente difícil e até arriscado compreendê-las separadamente. Difícil devido a infinidade de fatores comuns que possuem; arriscado, porque o método da ciência jurídica destina-se basicamente a promover a justiça, sem pensar propriamente nos custos sociais (custos de oportunidade) incorridos nesse processo, na sua viabilidade (eficiência) e, principalmente, no impacto das decisões proferidas pelo judiciário.

A crise de efetividade do direito pode estar vinculada a esse processo de fragmentação das identidades, legadas pelo modelo liberal clássico.

²⁰⁸ ALMEIDA (2008, p.494-495).

²⁰⁹ RUIZ (2003, p.115).

Esta crise das identidades absolutas levou, nas últimas décadas do século XX, à expansão de uma nova forma de segmentação social que promove a construção de identidades plurais a partir da diversidade de grupos sociais. Dentro de uma sociedade convive uma pluralidade de grupos com características diferenciadas, interesses específicos e formas culturais²¹⁰.

As revoluções liberais do século XVIII representaram uma verdadeira ruptura com o antigo regime, marcado pelo absolutismo monárquico e pelas arbitrariedades do soberano. O surgimento do capitalismo tornou necessária a criação de uma nova concepção, pautada no chamado Estado Moderno, no qual o direito de propriedade passava a ser institucionalizado, amparando-se em uma perspectiva essencialmente individualista e não cooperativa. Daí resulta, em parte, a heteronomia como um subproduto do ideal burguês. É preciso, entretanto, procurar mecanismos que substituíssem essa razão burguesa por outra forma de racionalidade, tornando tanto quanto possível, a incorporação das normas no espírito do povo, mas não sem antes passá-la por uma verificação ou validação moral, eis que é desse arcabouço que se erige o direito e de onde ele retira sua fundamentação tornando a política e o governo de fato representativo.

É bem verdade que Adam Smith, embora tenha sido o precursor da chamada Escola Clássica²¹¹, não foi o único a contribuir com a evolução da Teoria Econômica. Outros nomes de peso despontaram nesse cenário. David Ricardo, J. Baptiste Say, Thomas Malthus, apenas para citar alguns, deram inestimável apoio teórico, cuja doutrina repercute ainda hoje. Dentre os nomes de relevante significado para o desenvolvimento da teoria utilitarista destacam-se Jeremy Bentham e John Stuart Mill que, muito embora sejam considerados como pertencentes à Escola Clássica, tornaram-se, por assim dizer, dissidentes na medida em que vislumbraram o papel da utilidade como critério para aferir o valor das coisas, no lugar do trabalho.

Ou seja, o valor não era algo intrínseco a um objeto, mas a sua capacidade de satisfazer necessidades humanas. Pela primeira vez, as preferências dos indivíduos, percebidos enquanto simples compradores, passaram a ter importância como critério para a tomada de decisão sobre como, quanto e onde alocar os recursos escassos à partir da ótica do consumidor. Mais tarde, a chamada Escola Neoclássica incorporará alguns desses pressupostos para desenvolver o que ficaria

²¹⁰ RUIZ (2003, p.146).

²¹¹ Adam Smith é considerado o “Pai da Economia Moderna”.

conhecido como a “Teoria do Consumidor”.

Enquanto isso, o movimento utilitarista, originado dentro da Escola Clássica, ganhava força principalmente dentre os filósofos hedonistas. Segundo o postulado utilitarista, os agentes tendem sempre a agir no sentido de maximizar a sua felicidade, evitando tanto quanto possível a dor e o sofrimento. A ideia de que as consequências de uma determinada ação sejam tão importantes quanto os motivos que a tornaram possível ganhou contornos de ciência moral e influenciou muitas Escolas do pensamento econômico como a Escola Marginalista, cujos adeptos podem ser destacados Stanley Jevons, Carl Menger e Léon Walras e, mais recentemente, a Escola Austríaca de Von Mises, Friedrich Hayek e George Stigler. De acordo com Kymlicka,

Os dois atrativos do utilitarismo, então, são o fato de que ele se amolda à nossa intuição de que o bem-estar humano tem importância e à nossa intuição de que as regras morais devem ser testadas no que diz respeito a suas consequências para o bem-estar humano. E, se aceitamos esses dois pontos, então, o utilitarismo parece uma decorrência quase que inevitável. Se o bem-estar humano é o bem de que se ocupa a moralidade, então, com certeza, o melhor ato em termos morais é aquele que maximiza o bem-estar humano, dando igual peso ao bem-estar de cada pessoa.²¹²

Um outro economista que mudaria os rumos da teoria econômica também foi igualmente influenciado pelo modelo utilitarista. Seu nome era Alfred Marshall. Marshall, valendo-se de um profundo conhecimento matemático, sistematizou os postulados do utilitarismo elaborando uma verdadeira ciência acerca do comportamento dos indivíduos, lançando as bases para o que, mais tarde, viria a ser a Microeconomia. A preocupação de Marshall residia em encontrar elementos capazes de elucidar o processo de formação dos preços através das ações intersubjetivas entre compradores e vendedores. Não se tratava apenas de uma teoria do valor, concebido apenas na consciência dos agentes e, portanto, totalmente subjetivo, mas de criar um mecanismo segundo o qual todos os objetos que circulassem no mercado (mercadoria) pudessem ser precificados através de um equilíbrio entre oferta e demanda.

Apesar de ser contemporâneo dos economistas clássicos como David Ricardo

²¹² KYMLICKA (2006, p.14).

e a John Stuart Mill, Marshall,²¹³ revolucionou de tal forma o pensamento econômico que passou a ser considerado por muitos como o fundador da Escola Neoclássica²¹⁴. “Para Marshall, a Economia com suas análises e leis não era um corpo de dogmas imutáveis e universais, e de verdade concreta, mas ‘uma máquina para a descoberta da verdade concreta’”.²¹⁵

É bem verdade, no entanto, que a ética utilitarista foi duramente criticada principalmente por autores da corrente Kantiana, como Michael Sandel e John Rawls, justamente por não garantirem a promoção da justiça e da igualdade entre os agentes, o que não impede, no entanto, de ser uma ferramenta útil para o cálculo do custo-benefício de uma determinada ação. Aliás, ao que tudo indica, a técnica da ponderação de princípios é inspirada na lógica utilitarista, mais precisamente, no modelo de Kaldor & Hicks. Em que pese, portanto, as fragilidades da teoria, é inegável a sua contribuição para o direito.

A crise de 1929 trouxe uma verdadeira reviravolta para o pensamento econômico e exigiu novas estratégias para a superação da recessão e do desemprego. Tornou-se necessário que o Estado passasse a intervir na economia corrigindo as distorções que levaram o mundo a um verdadeiro caos social. A “mão invisível” já não era mais suficiente. É nesse contexto de crise e instabilidade que surge John Maynard Keynes, um economista britânico radicado na Universidade de Cambridge. Basicamente, Keynes propõe o retorno do crescimento econômico dos EUA através do maciço investimento governamental em políticas públicas. A análise consistia na tentativa de equacionar os componentes da demanda agregada, buscando o fortalecimento do consumo, da poupança e do investimento autônomo.

Keynes é considerado até hoje um dos economistas mais influentes do século XX, mormente por ter fundado as bases da Macroeconomia, ramo da ciência econômica que se dedica ao estudo dos agregados como produção, emprego, inflação, taxa de juros, consumo, gastos públicos e nível de investimento. Uma

²¹³ A frase que inaugura a Introdução da obra *Princípios de Economia* de Marshall tornou-se célebre e, por isso, convém, referenciá-la, Afirma o autor (1982, p.23): “Economia Política ou Economia, é um estudo da Humanidade nas atividades correntes da vida; examina a ação individual e social em seus aspectos mais estreitamente ligados à obtenção e ao uso dos elementos materiais do bem-estar”.

²¹⁴ Dentre os principais membros da chamada Economia Neoclássica estão Vilfredo Pareto, Nicholas Kaldor e John Hicks.

²¹⁵ STRAUCH *in* MARSHALL (1982, p.VIII, Vol I).

importante contribuição de Keynes foi ter inserido na Teoria Econômica fatores psicológicos dos agentes como “nível de confiança”, “expectativa” e “instabilidade”, como já referido anteriormente.

Anos mais tarde, a Escola de Chicago liderada principalmente por George Stigler e Milton Friedman parte para um ataque aos Keynesianos, que consiste basicamente no papel da moeda na estabilização da economia, em detrimento da política fiscal. Outras críticas ainda mais contundentes à ortodoxia Keynesiana, partiram de dois outros economistas (Robert Lucas e Thomas Sargent) que, ao erigir uma Hipótese das Expectativas Racionais (HER), estabeleceram um marco teórico daquela que ficou conhecida como a Economia Novo-Clássica. De acordo com Richard Froyen,

Os economistas novo-clássicos acreditam que os agentes econômicos formarão expectativas racionais – racionais no sentido de que não cometerão erros sistemáticos. De acordo com a hipótese das expectativas racionais, as expectativas *são formadas com base em todas as informações relevantes disponíveis sobre a variável que está sendo prevista*. Além disso, a hipótese das expectativas racionais afirma que os indivíduos *utilizam as informações disponíveis de maneira inteligente; ou seja, compreendem como as variáveis que observam afetarão a variável que estão tentando prever*.²¹⁶

Acerca da diferença entre a teoria Keynesiana e a HER, Mário Henrique Simonsen escreveu:

Qual a diferença fundamental entre a macroeconomia Keynesiana e a das expectativas racionais? A resposta depende do que se pretenda abrigar sob o rótulo “expectativas racionais”. Se a ideia é a de que os agentes econômicos tentam usar da melhor forma possível as informações de que dispõem para prever o futuro, tanto os novos clássicos quanto os Keynesianos se enquadram na mesma moldura de racionalidade. (...) A diferença é que os novos clássicos, que registraram para si a marca “expectativas racionais”, admitem que a cartomancia econômica seja bem mais fácil do que imaginou Keynes ao escrever o Capítulo 12 da *Teoria Geral*. Para tanto, os novos clássicos recorrem a três hipóteses: a) os agentes econômicos conhecem um modelo quantitativo que, salvo a ocorrência de perturbações estocásticas, determina o comportamento das variáveis endógenas em função das exógenas; b) todos os agentes econômicos dispõem do mesmo conjunto de informações, formando por isso as mesmas expectativas quanto ao comportamento das variáveis exógenas; e c) com essas expectativas e com o modelo, os agentes econômicos chegam às suas previsões quanto ao comportamento das variáveis endógenas.²¹⁷

²¹⁶ FROYEN (2006, p.294)

²¹⁷ SIMONSEN (1986, p.251)

Uma distinção importante entre as concepções de Análise Econômica do Direito para a Escola Austríaca e para a Escola de Chicago foi escrita por Robert P. Murphy em artigo publicado no Portal do Instituto Ludwig Von Mises Brasil. Diz o autor:

(...) a maioria dos atuais membros das escolas Austríaca e de Chicago possui ideias vastamente diferentes no que concerne à área conhecida como "Análise econômica do direito". Seja baseando-se nos direitos naturais ou na herança tradicional do direito consuetudinário, os austríacos tendem a crer que as pessoas objetivamente possuem direitos de propriedade, ponto final; e que, só uma vez especificados esses direitos, a análise econômica pode ser feita. Em contraposição, algumas das mais extremas aplicações daquilo que pode ser chamado de "a abordagem de Chicago" diriam que os direitos de propriedade deveriam ser designados de acordo com a eficiência econômica. (Na *reductio ad absurdum* feita por Walter Block, um juiz pode decidir se um homem roubou ou não a bolsa de uma mulher perguntando quanto cada um dos envolvidos estaria disposto a pagar pela bolsa).²¹⁸

Apesar de toda essa tradição histórica, a Análise Econômica do Direito (AED) ainda tem sido mal compreendida entre os juristas e, porque não dizer, até mesmo hostilizada por aqueles que pensam que esse ferramental de cariz mais objetivo e criterioso retirará o grau de autonomia conquistado a duras penas pelo direito. Por isso, pelo menos no Brasil, pode-se perceber ainda certo preconceito quanto à aplicabilidade da teoria econômica à ciência jurídica.

Nos Estados Unidos a *Law and Economics* como é chamada e ficou conhecida a AED, vem sendo desenvolvida há mais de cinquenta anos pela Escola de Chicago e, principalmente por Richard Posner considerado um de seus maiores expoentes, enquanto que no Brasil ainda se discute (com resistência) a sua aplicabilidade prática, relegando-a a um plano secundário: o de aferir as consequências de uma dada decisão, quando não a de verificar o seu efficientismo puro. Por vezes é confundida com o Direito Econômico; com o utilitarismo; com a matemática. A verdade é que a AED ainda causa estranheza no universo jurídico, principalmente por aqueles que ignoram as intrincadas relações estabelecidas entre Direito e Economia²¹⁹.

²¹⁸ MURPHY (2011).

²¹⁹ De acordo com Nuno Garoupa e Tom Ginsburg in Timm (2014, p.139-140): "O Direito e Economia, também chamado de Análise Econômica do Direito, estuda a resposta a duas questões fundamentais: (a) uma questão positiva, relacionada ao impacto das leis e regulamentos no comportamento dos indivíduos no que se refere a suas decisões e seus reflexos para a prosperidade social (...); e (b) uma questão normativa, relacionada às relativas vantagens de normas em termos de eficiência e ganhos

A prova da controvérsia acerca do papel da AED pode ser encontrada em Dworkin para quem a teoria econômica, inclusive, é confundida com o utilitarismo e comparável ao positivismo. Eis a opinião do autor:

A parte normativa da teoria de Bentham foi muito aprimorada mediante a utilização da análise econômica na teoria do direito. A Análise Econômica fornece padrões para identificar e medir o bem-estar dos indivíduos que compõem uma comunidade (embora a natureza desses padrões seja matéria de muita discussão) e sustenta que as questões normativas de uma teoria da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia, bem como do respeito à lei e de sua execução devem todas ser resolvidas mediante a suposição de que as instituições jurídicas compõem um sistema cujo objetivo geral é a promoção do mais elevado bem-estar médio para esses indivíduos. O positivismo jurídico pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas; rejeita a ideia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser o produto de uma vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica. O utilitarismo econômico é igualmente individualista, ainda que apenas até certo ponto. Fixa o objetivo do bem-estar médio ou geral como o padrão de justiça para a legislação, mas define o bem-estar geral como uma função de do bem-estar de indivíduos distintos e se opõe firmemente a ideia de que, enquanto entidade separada, uma comunidade tem algum interesse ou prerrogativa independente.²²⁰

Como se pode ver, a tentativa de conceituação da AED se perde em elucubrações de cunho idiossincrático. Aparentemente não há um real comprometimento teórico de tentar encontrar um papel relevante para o modelo econômico. Conforme será visto neste Capítulo, entretanto, a Teoria Econômica pode contribuir sobremaneira com as teorias da argumentação, principalmente conferindo-lhe um perfil mais pragmático.

O modelo analítico vai muito além do que resolver conflitos em torno dos direitos de propriedade, aferir abusividade em contratos, responsabilidade civil, penal, empresarial, concorrencial, tributário e processual, apenas para citar algumas das suas aplicações. A AED pode ser utilizada ainda para corrigir externalidades e para obter trocas justas entre particulares. Mas não é só. Ela pode muito mais do que isso, principalmente quando se trata de relacioná-la com a razão discursiva.

de prosperidade social. Para responder a essas duas questões, a Análise Econômica do Direito utiliza-se da metodologia de análise microeconômica. A análise microeconômica faz determinadas simplificações da realidade, a saber, que os indivíduos reagem a incentivos e tomam suas decisões de forma racional, comparando custos e benefícios diante de todas as informações disponíveis. (...) O Direito e Economia é, atualmente, uma das mais influentes escolas metodológicas do pensamento jurídico americano. As suas origens remontam aos séculos XVIII e XIX, com os escritos de (...) Bentham, mas a análise econômica do direito somente ganhou notoriedade com os artigos dos ganhadores do prêmio Nobel, Ronald Coase e Gary Becker, e os livros de Guido Calabresi e Richard Posner”.

²²⁰ DWORKIN (2010, XI).

Este trabalho não tem a pretensão de reformular a argumentação jurídica ou de criar uma nova teoria. O que se pretende sim é trazer contribuições fazendo-se uma releitura dos temas relacionados ao problema, sob novas lentes. Essa fusão de teorias levará inevitavelmente a alteração estrutural tanto da AED quanto das teorias da argumentação, exigindo adaptações significativas de ambos os lados.

Como todo agente econômico, o juiz age racionalmente, mas a ele não é dado fazer uma “escolha”, como pressupõe a teoria tradicional. Na verdade, Fundamentação e Aplicação atuam simultaneamente²²¹ sobre o intérprete que descobre a decisão que sempre lhe foi preexistente. Esse fato induz a pensar que seja possível deduzir uma dimensão normativa entre esses discursos.

As motivações que guiam e condicionam as ações do intérprete/aplicador são de natureza diferente daquelas com que se deparam os indivíduos quando buscam promover o auto-interesse por meio de uma espécie de “razão instrumental”. Juízes, ao contrário, são condicionados por uma espécie de dever moral de promover a justiça. A análise de Cooter & Ullen pressupõe que os juízes não possuem motivação para explorarem os aspectos da situação além do que já fazem ou para se preocuparem demasiadamente com os resultados da sua decisão.

Como o resultado de um caso decidido por um juiz independente não afeta sua riqueza ou poder, os juízes não enfrentam custos diferentes para fazer o que acham que é certo ou o que sabem ser errado. Por consequência, os juízes independentes podem igualmente seguir suas opiniões pessoais sobre o que é certo ou errado. (...) Um resumo superficial da situação é que os juízes têm incentivos para fazer o que é certo e fácil, enquanto os advogados têm incentivos para fazer o que é lucrativo e difícil. A perspectiva sugere como analisar o ativismo ótimo por parte dos juízes. A transferência de responsabilidade pelo desenvolvimento do caso do advogado para o juiz aumenta a independência e reduz a motivação. O maior ativismo por parte do juiz no sistema inquisitivo aumenta a independência do processo de descobrir os fatos e interpretar as leis, enquanto o maior escopo dos advogados no sistema contraditório fortalece a busca por fatos e argumentos.²²²

Com efeito, há que se considerar que a postura assumida pelo judiciário tem sido, pelo menos no Brasil, muito mais ativista, o que leva, por assim dizer, a uma

²²¹ A fim de comprovar o que está sendo dito, mister trazer à lume o entendimento do professor Lênio Streck (2013, p. 217). “É uma ilusão pensar que primeiro se tem a solução para depois buscar a justificção para isso. Isso é transformar a interpretação em um ato de vontade. Com isso, o direito vira apenas um “cosmético”, um adereço que só serve para “maquiar” decisões produto da vontade do intérprete. Ora, o fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada”.

²²² COOTER & ULLEN (2010, p.438-439).

hipervalorização do julgador o qual se arroga a difícil tarefa de efetivar a justiça e os direitos “esquecidos” pela pós-modernidade. Com isso entram os valores para dentro do direito e uma avalanche “pan-principiológica” ameaça não apenas a autonomia do próprio direito como igualmente o Estado Democrático, na medida em que transforma o intérprete/aplicador da norma em sujeito solipsista que age com discricionariedade a depender do caso concreto.

O modelo proposto aqui considera que, no interior de uma “dimensão normativa” não haja qualquer espaço para voluntarismos, vale dizer que a decisão deve necessariamente exsurgir da intersubjetividade entre a Fundamentação e a Aplicação. A adequabilidade da decisão dependerá sim da pré-compreensão e do conhecimento que o julgador adquire acerca da situação e da regra que já carrega consigo o seu fundamento, em outras palavras, a finalidade forjada no consciente coletivo e não mais por uma razão prática, para à qual foi destinado outro espaço.

3.1.1 Análise Econômica do Direito: do conceito a uma nova perspectiva

No capítulo anterior, concluiu-se que não apenas é possível existir uma dimensão normativa, como a sua expansão semântica,²²³ desde que a decisão para um determinado caso concreto fosse exclusiva e universalizável, não se admitindo qualquer outra em seu lugar. Isso porque, interpretar e aplicar o direito não pode ser um ato voluntarista. Uma coisa é o intérprete procurar a melhor solução para um determinado caso dentre as inúmeras possibilidades existentes dentro da dimensão normativa, já que assim garantirá a validade e a prescritividade da decisão; outra é verificar, na aplicação, que a regra não se coaduna ao problema ou que as repercussões da sua incidência a qualquer custo podem pôr em risco a estabilidade sistêmica²²⁴.

²²³ “O conteúdo semântico é pressuposto da fundamentação”. GÜNTHER (2011, p.16). “Por isso, a interpretação semântica dada por Hare a esse princípio facilitava especialmente que a distinção entre fundamentação e aplicação fosse difusa, uma vez que, neta interpretação, a avaliação da qualidade moral de uma norma era ligada a uma comparação entre diversas situações e características situacionais, fazendo parte de sua extensão semântica. GÜNTHER (2011, p.19).

²²⁴ Isso ajuda a explicar o papel do pragmatismo nas teorias da argumentação. O primeiro “princípio de adjudicação pragmática” elencado por POSNER (2010, p.47) é justamente acerca disso. “O pragmatismo legal não é só um termo na moda para adjudicação *ad hoc*; ele envolve a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso.”

É por isso que a utilização de critérios que considerem o comportamento dos atores e como eles coordenam as suas ações sob condições de incerteza torna-se tão importante. Esse é o ponto em que a Análise Econômica do Direito dialoga e passa a contribuir com as teorias da argumentação jurídica, lançando mão de alguns postulados da Teoria Neoclássica.

Fundamentalmente, a Análise Econômica do Direito²²⁵ surge como teoria a partir dos escritos de Ronald Coase, Guido Calabresi e, mais recentemente, Richard Posner. Durante muito tempo, a AED buscou aferir o impacto ou os efeitos das decisões proferidas nos tribunais, utilizando-se de instrumentos microeconômicos, como o utilitarismo. A finalidade desse método empírico reside basicamente em se estabelecer critérios de avaliação racional para a promoção da eficiência, como contraponto da justiça ou mesmo da equidade. De acordo com Alejandro Bugallo Alvarez:

Na década de 70, em contraposição à visão predominante na teoria jurídica e do utilitarismo, surgem três tendências ou movimentos intelectuais, quais sejam, Law and Economics ou Análise Econômica do Direito (AED), que propõe a análise do direito sob a perspectiva econômica, Critical Legal Studies (CLS) ou Escola Crítica do Direito sob a perspectiva política, e as teorias denominadas “rights-based” que englobam todas as contribuições que derivam das teorias desenvolvidas no campo da filosofia moral e política por autores como Rawls, Nozick e Dworkin e cujo objetivo é desenhar os referenciais constitutivos de uma sociedade justa.²²⁶

Uma das principais limitações das teorias da argumentação é não ter levado em consideração fatores subjetivos e intrínsecos ao homem que trazem desestabilização ao modelo. Fatores como insegurança, expectativa e desconfiança são intrínsecos ao homem e repercutem diretamente no processo de produção das leis, na condução da política e nas escolhas que são feitas diariamente. As teses cientificamente aceitas como as mais adequadas para explicar o papel da

²²⁵ No entender do professor Ivo Teixeira Gico Jr.:

“A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como a lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação”. GICO JR. *in* TIMM (2014, p.14).

²²⁶ ALVAREZ (2006, p.49-50).

democracia na construção do direito tampouco levam em consideração o problema da assimetria das informações, circunstância que induz a uma significativa distorção no resultado. Essa diferença de simetria está baseada nos diferentes graus de informação, conhecimento e expectativa de cada indivíduo.

Durante muito tempo a AED esteve limitada a debater questões em torno de uma possível conciliação entre justiça e eficiência e ainda hoje é vista com extrema desconfiança pela comunidade de juristas que evitam sequer tratar do assunto sob o pretexto de uma suposta perda de autonomia do direito. Enquanto a justiça diz respeito a critérios para a promoção de uma equidade através do direito, a eficiência transformava-se em uma forma fria e calculista de aplicar o direito, pautada em critérios utilitaristas de cunho instrumental. De acordo com Posner,

Depois de Bentham, a teoria das escolhas racionais permaneceu ignorada por muitos anos. Seu ressurgimento está associado sobretudo à ciência econômica da “Escola de Chicago” e, em particular, a alguns grandes economistas da Universidade de Chicago, como Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Henry Simons e Gary Becker. Seus estudos da natureza econômica, da educação, da família, da criminalidade, do processo político e da poluição (como no famoso artigo “The Problem of Social Cost”, de Coase) lançaram as fundações da análise econômica do direito.²²⁷

A Análise Econômica do Direito tem se restringido a responder problemas relacionados a escolhas no ato do processo judicial ou então a resolver de maneira eficiente dilemas envolvendo direito de propriedade ou divergências contratuais. Boa parte das obras e das publicações nacionais ou estrangeiras, incluindo o pragmatismo de Posner e seu embate com Ronald Dworkin, limita-se ainda a discutir os efeitos das decisões resultantes da aplicação do direito, possuindo reduzida utilização (pelo menos no Brasil) nas questões políticas e como fundamento para as decisões judiciais.

Da mesma forma, as ações governamentais não se legitimam pela escolha da maioria. Tampouco pelo respeito às instituições ou a um processo democrático onde as decisões supostamente são fundamentadas no seio de uma razão discursiva. São, antes, legitimadas pelos efeitos que proporcionam e pela capacidade de estabelecer confiança, manter expectativas positivas e reduzir incertezas.

²²⁷ POSNER (2010, p.XII).

Questões ligadas à legitimação da política e aos discursos de fundamentação para a construção de normas válidas ainda parecem imunes a incursões racionais derivadas da busca pela eficiência ou da ética utilitarista ou consequencialismo²²⁸, estando muito mais abertos e receptivos à ideia de uma moral Kantiana pautada em um imperativo de cunho categórico. Ocorre que o direito é também um produto resultante de deliberações políticas. As ações do governo na condução da economia e na gestão dos recursos públicos para a promoção dos direitos fundamentais se reflete diretamente nos resultados que deseja alcançar. De acordo com Richard Posner, “a Análise Econômica do Direito compõe-se de dois ramos”:

O mais antigo, a análise das leis que regulam as atividades explicitamente econômicas, remonta pelo menos às discussões de Adam Smith sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista, as quais ainda hoje representam uma parte importante da análise econômica do direito. Do ponto de vista quantitativo é, de fato, a mais importante. (...) O outro ramo, a análise das leis que regulam as atividades não mercadológicas, é, de modo geral, muito recente. (...) Os pioneiros nesse terreno são Ronald Coase e Guido Calabresi.²²⁹

O grande mérito da AED, na perspectiva aqui utilizada, é revelar, na feliz dedução de Renato Leite Monteiro, que “a formulação/interpretação/aplicação de textos normativos não podem ser influenciados por considerações desestabilizadores e não-uniformes, como a busca do ideal de justiça, sob pena do comprometimento da segurança e da previsibilidade”²³⁰. Uma parcela dos autores Kantianos estabelece como fim último do direito ou da moral a promoção de um ideal de justiça, fato este que condiciona a economia e os recursos disponíveis para um conceito incerto, abstrato e bastante vago. Com efeito, a justiça não deve ser tida como uma meta a ser alcançada, tanto no processo político como na solução de casos difíceis (conflito entre Posner e Dworkin), mas como um possível resultado que nasce da realização do próprio direito.

Na mesma inconsistência incorrem as teorias da argumentação como aquela encampada por Klaus Günther. Nela, Günther defende que compete à moral a tarefa de fundamentar, havendo, portanto, uma dependência normativa do direito em

²²⁸ “As teorias consequencialistas (...) avaliam se uma ação é certa ou errada em função de suas consequências. (...) Não importa o valor moral da ação, dado que esse valor é função derivada do valor dos fins produzidos pela ação. O certo ou o errado é relativizado pelo bem produzido por uma ação”. SILVA (2007, p.11).

²²⁹ POSNER (2010, p.6-7).

²³⁰ MONTEIRO (2009, p.1090).

relação à razão prática. Essa perspectiva é reforçada pela concepção de Michael Sandel na visão kantiana ou deontológica dos processos deliberativos. A crítica da Análise Econômica do Direito para essa abordagem é a cisão que ela proporciona entre justificação e aplicação ou entre fundamentação e validade.

Importante ressaltar que essa lógica encontra resistência de autores importantes e consagrados como Michael Sandel que parecem se aproximar mais das concepções produzidas no seio de uma razão prática, segundo a qual os meios são mais importantes que os resultados. De acordo com a moral Kantiana defendida pelo professor de Havard, o que determina a moralidade da ação não é o propósito a ser atingido, mas o querer que a origina. Justamente por isso é que a Análise Econômica do Direito não pode continuar sendo negligenciada. Trata-se, pois, de uma tentativa de unificação da ética utilitarista (aferível pelos resultados do processo de escolha pública) com a perspectiva moral Kantiana, a qual procura legitimar moralmente a política e o processo democrático à luz de um imperativo categórico (teorias da argumentação).

Conforme será abordado com maior detalhamento no tópico 3.1.3 deste Capítulo, os efeitos resultantes da aplicação do direito exercem um papel significativo sobre a integridade do sistema, vez que eles constituem um dos elementos necessários para a coerência entre Fundamentação e Aplicação em sistemas típicos da *civil law*, como o Brasil. Richard Posner, já no prefácio do seu livro *A Economia da Justiça* faz essa advertência:

O Brasil, à semelhança de outros países cujo sistema jurídico é derivado do *civil law* da Europa continental, tradicionalmente adotou uma concepção rigorosamente positivista do papel do judiciário. O direito é feito (positivado) pelo poder legislativo; os juízes se limitam a identificar e aplicar as normas legisladas. Nos últimos anos, porém, seguindo a tendência dos tribunais constitucionais da Europa Ocidental depois da Segunda Guerra Mundial, os constitucionalistas brasileiros começaram a adotar uma concepção não positivista da interpretação constitucional, orientando-se por teorias constitucionais como as da ponderação de valores ou interesses, da proporcionalidade e do direito como moral (...). A teoria econômica (...) representa uma posição intermediária. De acordo com ela, os juízes exercem e devem exercer a discricionariedade. Esta, porém, deve seguir os ditames de uma teoria econômica aplicada ao direito: a chamada “análise econômica do direito” (...) ²³¹.

A diferença da teoria defendida por Posner reside basicamente na

²³¹ POSNER (2010, p.XI-XII).

discricionariedade do aplicador. A perspectiva sustentada nesse trabalho não compactua com voluntarismos e não se limita apenas a aferir o custo-benefício das decisões judiciais e tampouco exige que ela seja sempre eficiente.

Com efeito, a decisão não é uma questão de escolha. O juiz não escolhe a melhor decisão. Ele simplesmente a descobre através das construções linguísticas que vai estabelecendo ao longo do processo. Ela preexiste ao julgador e sempre esteve presente no seio da dimensão normativa erigida entre a Fundamentação e a Aplicação. Tudo irá depender do grau de conhecimento que o intérprete adquire acerca da situação, lembrando que a análise acerca dos efeitos da decisão, não é considerada neste momento como “característica relevante da situação” para fins de aplicação da regra.

As regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como contribuem para a decisão*. Os princípios consistem em normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões para a tomada de decisão²³².

Por outro lado, é possível admitir que certo grau de discricionariedade do aplicador poderia advir da avaliação que realiza em torno dos efeitos da sua decisão. Estes sim exigem critérios axiológicos e dariam ensejo ao decisionismo. É justamente por este motivo que, no Fluxograma apresentado do Capítulo anterior, os efeitos foram colocados fora da dimensão normativa.

Não obstante, as orientações individuais ou coletivas, os valores, como expressão da emoção e das preferências pessoais, não podem ser justificadas, não podendo, por isso, ser elevadas a um patamar normativo que vincula as decisões a um critério racional²³³.

Uma passagem de Kant, referenciada por Günther é extremamente elucidativa e ajuda a explicar porque critérios de natureza empírica não podem ser confundidos com aspectos da normatividade. Eis o que diz o autor:

(...) tudo estará perdido, se as condições empíricas e, conseqüentemente, casuais da execução da lei (tornarem-se) condições da própria lei e, desse modo, uma prática que, pelas experiências feitas até então, é calculada em vista de uma provável finalidade de autorizá-la a dominar a teoria subsistente para si mesma²³⁴.

²³² ÁVILA (2005, p.68).

²³³ BROCHADO *apud* MOREIRA in GÜNTHER (2011, p.4).

²³⁴ GÜNTHER (2011, p.56). Em nota de rodapé, Klaus Günther faz o seguinte comentário: "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis" (Sobre o dito

Esse modelo, entretanto, não se utiliza do chamado ótimo de Pareto²³⁵ como era de se esperar, visto se tratar de uma teoria extremamente reducionista. Outros dois economistas, Nicholas Kaldor e John R. Hicks, ganhadores do prêmio Nobel em 1972, propuseram melhor solução que pode ser encontrada quando os benefícios gerados aos chamados “vencedores” superem os prejuízos dos supostos “perdedores”. Dessa forma, diante da dificuldade de atender os pressupostos do modelo pareto-eficiente²³⁶, a decisão mais racional, para os autores, é proporcionar um resultado líquido positivo da ação.

A regra da ponderação de princípios, usada sempre que colidirem dois bens da vida igualmente relevantes, segue mais ou menos a mesma lógica. O intérprete decidirá promover aquele direito que prepondera naquela situação, em que pese ambos sejam igualmente relevantes quando se olha abstratamente e afastado do referencial pragmático. Nessa perspectiva, Robert Alexy, em suas Teorias da Argumentação Jurídica, elabora um método sofisticado de sopesamento de interesses sempre que o aplicador se deparar com um determinado dilema moral.

O modelo conhecido como Pareto-eficiente tem sido duramente criticado pelas simplificações de cunho reducionista, incapaz de explicar satisfatoriamente ações que possam trazer melhorias apenas para um determinado grupo. Por esse motivo, a tentativa de utilizar o modelo Paretiano foi abandonada, utilizando-se em seu lugar, o universalismo moral Kantiano.

A solução que foi apresentada, no entanto, inviabiliza que o “sujeito solipsista” entre em ação, vez que aí outro critério passa a atuar: o da universalidade proveniente da razão prática e acessível através dos princípios. Nisso há de se concordar com Posner:

comum: Isso pode estar certo na teoria, mas não serve para a prática)

²³⁵ “A regra fundamental do *ótimo*, de Pareto, afirma que a situação econômica é ótima, quando nenhuma mudança pode melhorar a posição de um indivíduo (...) sem prejudicar ou piorar a posição de outro indivíduo (...). Uma melhora, segundo Pareto, é uma mudança que tira a sociedade de uma posição não ótima e mais a aproxima de uma posição ótima: ‘Qualquer mudança que não prejudique quem quer que seja e que melhore a situação de alguém (...) tem que ser considerada uma melhora’”. HUNT (2005, p.368).

²³⁶ O modelo Pareto-eficiente, parte do pressuposto que o sistema econômico que esteja numa estrutura de mercado perfeitamente competitivo, onde não existiram falhas, pois qualquer tipo de desajuste que ocorresse no sistema econômico seria de imediato suprimido por uma espécie de “mão invisível” que guiaria o mercado novamente para a condição de equilíbrio.

Até agora, sugeri que a análise econômica seja usada para orientar a decisão judicial – para instruir os juízes quanto ao melhor modo de decidir causas cujo resultado não é determinado diretamente pelos textos da Constituição ou da legislação infraconstitucional, ou seja, causas situadas naquele campo aberto em que os juízes podem exercer sua discricionariedade.²³⁷

A variável que gera instabilidade no sistema ou “desordem no ordenamento” reside na indiscutível discricionariedade que o julgador possui para aferir e estimar os efeitos da sua decisão. Esse estudo é bastante complexo já que o direito submete-se a um tipo de equação não-linear, vale dizer que não é possível precisar o impacto que a decisão descoberta pode ter sobre a coletividade, posto que a aplicação é sempre individual e concreta. “Sistemas dinâmicos complexos são modelados matematicamente por equações não-lineares que exibem certas propriedades, como, por exemplo, dependência às condições iniciais ou efeito feedback”²³⁸.

A reflexividade e a intersubjetividade dos atores que irão suportar os efeitos dessa aplicação são alguns dos fatores que atormentam a vida do julgador. É preciso cautela. O tempo é outro fator que age de maneira inexorável contra o aplicador. Quais seriam os critérios para a decisão? Foi isso que as teorias da argumentação não conseguiram responder adequadamente. O professor Ivo Gico Jr. faz uma leitura muito precisa do método da Tópica, uma das primeiras tentativas de racionalizar o problema:

A título de exemplo, a Tópica Jurídica foi uma das primeiras tentativas de superar as limitações juspositivistas alegando criar um mínimo de racionalidade para as decisões valorativas por meio da leitura retórica do direito. Por isso é chamada de Teoria da Razão Prática, segundo a qual se aplicaria a “lógica do razoável” para controlar os exercícios valorativos por meio do emprego discursivo dos *topoi* de Aristóteles. Os *topoi* seriam “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”, sem qualquer pretensão de sistematicidade, visto que a lógica seria derivável do e aplicável ao caso concreto. Obviamente, a argumentação tópica é falha na medida em que apenas identifica *topoi* aceitáveis para uma determinada audiência sem fornecer qualquer instrumental analítico que possibilite a comparação entre eles, nem sua hierarquização valorativa, ou seja, não constitui nem oferece uma teoria de valores, que é justamente o problema que teria se proposto a resolver.²³⁹

Aparentemente, a melhor alternativa seria simplesmente desconsiderar por

²³⁷ POSNER (2010, p.XV).

²³⁸ GLEISER (2002, Prefácio).

²³⁹ GICO JR. (2010, p.14).

completo a situação e o resultado tornar-se-ia, então, indiferente para o intérprete. Esse é justamente o caso relatado por Günther para justificar a inserção da fundamentação moral na sua teoria:

Quem delatar um inocente aos seus cruéis perseguidores, por não querer ser culpado de uma mentira, desviará o foco de si e eliminará todos os aspectos dessa situação que não se relacionam à sua intenção de mentir. Essa intenção é o único fato relevante pelo qual ele opta.²⁴⁰

Quando o juiz se importa com as consequências da sua decisão ele também passa a sentir-se responsável por ela. Seria, pois, muito mais fácil simplesmente aplicar a regra. Esse procedimento é típico do positivismo. No entanto, o pós-positivismo do pós-guerra reaproximou o direito da moral e atribuiu um papel social ao judiciário. Com isso, o julgador acabou sendo “forçado” a observar as consequências das decisões que prefere.

Com o processo de judicialização, o Estado de Direito sofre uma profunda transformação na medida em que abandona o seu papel exclusivamente legislativo, preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos, passando a considerar a Constituição como efetivo instrumento de concretização dos direitos fundamentais. Neste cenário, a Constituição deixa de ser compreendida como um mero conjunto de normas que representariam as vontades políticas de uma minoria para despontar como centro de todo o ordenamento.

A dependência econômica dos direitos sociais, tendo em vista que as possibilidades do “acontecer da Constituição” encontram-se encobertas pela ineficiência do Poder Público, implica na realização de determinadas escolhas, por vezes trágicas, e na inserção de um novo aspecto na tomada de decisão. Tal dificuldade só pode ser resolvida quando se passa a compreender a divisão dos poderes sob uma nova perspectiva na qual o Poder Judiciário assume um papel preponderante na concretude do direito.

É nesse sentido que se diz que a Análise Econômica do Direito não se presta apenas para auxiliar o intérprete/aplicador na busca pela melhor decisão. Ela é muito mais do que isso. É uma ferramenta que empresta segurança, efetividade e previsibilidade ao processo democrático, superando as incertezas da razão

²⁴⁰ GÜNTHER (2011, p.IX).

discursiva defendida por Habermas. Além disso, possibilita que as escolhas públicas não sejam revertidas em favor dos governantes, já que abre espaços para que a ética utilitarista apresente a solução mais eficiente e justa para o direito.

Se de um lado os governos atuam no sentido de promover ações que maximizem a sua popularidade e, conseqüentemente, o retorno em expressiva votação, de outro, as decisões proferidas no âmbito do judiciário buscam fazer a melhor aplicação possível do direito, concebendo o ordenamento não como um sistema aberto para inúmeras possibilidades, mas como um catálogo de respostas das quais se extrai a solução mais adequada e eficiente para o caso concreto. A Análise Econômica do Direito funciona, portanto, como um contraponto da Teoria da Argumentação.

3.1.2 Os limites cognitivos da pré-compreensão

Viu-se no Capítulo 2 como a antecipação de sentidos dado pela pré-compreensão do intérprete é responsável pela definição dos contornos de uma dimensão normativa erigida a partir da relação estabelecida entre a Fundamentação e a Aplicação. O modelo que está sendo proposto aqui vai além da pré-compreensão de “racionalidade I” (filosófico) e avança para um nível de “racionalidade II” (lógico-apofântico). Esse nível de racionalidade possibilitada por uma razão teórica, procura transcender os limites da historicidade do intérprete, incompletos e imprecisos, e avançar sobre as especificidades da situação. É claro que o intérprete agirá sempre imbuído de uma antecipação de sentidos, só que para pré-compreender é preciso conhecer, saber mais sobre aquilo que está sendo compreendido. Isso não significa que aplicar e decidir possam ser cindidos em momentos diferentes. É justamente o contrário. Para Lênio Streck, “a resposta está em Heidegger”:

Quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso, a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como fuzil. É evidente que, em um segundo momento, o julgador vai buscar o aprimoramento do fundamento, a partir de uma racionalidade discursiva. O que quero referir é que não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação. Um faz parte do outro, questão que vem bem explicada pelo teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico.²⁴¹

²⁴¹ STRECK (2013, p.217).

Nesse momento, a consciência do intérprete ainda não se faz presente. Não há espaços para perquirições de natureza axiológica. O julgador simplesmente encontrará a decisão que pode ou não ser a mais adequada para a situação. Tudo dependerá do grau de conhecimento acerca do problema e, indiretamente, do tempo que disporá para elucidá-lo. Não há mais como modificar a pré-compreensão que já lhe antecede, sua historicidade. Nisso reside a sua limitação cognitiva. No fato de que a compreensão acerca do mundo depende da existencialidade do intérprete.

Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Estamos, assim, condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A facticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurgirá a “norma” produto da “síntese hermenêutica”, que se dá a partir da facticidade e historicidade do intérprete²⁴².

Do ponto de vista daquilo que se está defendendo aqui, há uma evidente distinção entre a “norma”, assim considerada a “norma individual” que exsurge de fato da compreensão do intérprete acerca da situação-problema aplicando a regra ao caso concreto e a dimensão normativa erigida entre a fundamentação da regra e a sua aplicação jurídica à situação. Uma regra, mesmo que fundamentada, não é pressuposto para uma dimensão normativa antes de ser aplicada. Uma regra, ainda que aplicada e destinada a solucionar um problema, sem fundamento político pautado em uma consciência coletiva ou em uma moral deontológica, não é pressuposto para uma dimensão normativa.

É bem verdade que, tanto a neurociência quanto as mais modernas teorias econômicas que incorporam aspectos da psicologia reconhecem limites para a razão humana. O agente econômico, portanto, acaba sendo involuntariamente atraído para os seus instintos ou intuições, tornando-se voláteis e suscetíveis a paixões nem um pouco desinteressadas. Nesse sentido, Daniel Kahneman afirma:

(...) Utilidade não pode ser divorciada da emoção e emoções são disparadas por mudanças. Uma teoria de escolha que ignore completamente os sentimentos, tais como a dor das perdas ou o arrependimento depois de erros, não será apenas descritivamente irrealista. Ela levará, também, a prescrições que não maximizarão a utilidade de resultados conforme são realmente experimentados – ou seja, utilidade como Bentham a concebeu.²⁴³

²⁴² STRECK (2013, p.218).

²⁴³ KAHNEMAN *apud* FERREIRA (2008, p.141).

O intérprete está sempre na iminência de ser atraído pela armadilha de basear seu julgamento em pequenos fragmentos de informação, o que o levará a conclusões precipitadas. Daí porque é tão importante uma compreensão adequada em torno da situação. Günther, fazendo alusão a Luhmann, reconhece que o fator tempo é essencial para uma adequada avaliação de todas as variáveis que afetam contingencialmente a situação. “Em sistemas complexo, o tempo é a razão para a obrigatoriedade de fazer uma seleção, pois, se o tempo disponível fosse ilimitado, tudo poderia ser harmonizado”²⁴⁴.

É perniciosa e equivocada a tendência corrente de examinar a crise internacional em termos puramente econômicos. A bolha imobiliária americana, a indústria dos derivativos, os excessos dos bônus pagos aos executivos do sistema financeiro, os acessos contínuos de bom e mau-humor nos mercados, tudo isso não é causa, mas consequência de um processo não-racional e subjetivo. Robert Shiller tem insistido neste ponto: as opções das pessoas ao tomar decisões econômicas não são racionais. Uma série de componentes psicológicos comanda as decisões de compra e venda. Portanto, elementos advindos da moral (consciente coletivo) não são construções racionais, lógicas, mas sim apostas orquestradas e transformadas em impulsos individuais advindos da consciência. Nisso, aliás, consiste uma das críticas de Hare ao universalismo moral de Kant. Pelo menos essa é a conclusão a que chega Freitas Filho:

Embora influenciado por Kant, Hare difere dele ao propor que o agente deve universalizar suas prescrições considerando, porém, as consequências da sua ação. A especificidade das circunstâncias do caso real no qual o agente está envolvido deve, desta forma, ser considerada, bem como os resultados práticos da aplicação de um imperativo categórico. Contudo, Hare se afasta da visão kantiana, ao propor a universalizabilidade das nossas prescrições, inserindo o dever de consideração das circunstâncias específicas de aplicação da máxima.²⁴⁵

Veja que existe uma clara distinção entre as circunstâncias do caso concreto (“real”) “no qual o agente está envolvido” (diga-se “pela linguagem”) e os “resultados práticos da aplicação”. No entanto, ainda existe uma confusão quanto à posição que a moral deve assumir nesse contexto. Para Kant, assim como para Klaus Günther, a normatividade derivaria das normas morais enquanto razão prática capaz de ordenar

²⁴⁴ GÜNTHER (2011, p. XIV).

²⁴⁵ FREITAS FILHO (2008, p.21).

condutas de maneira categórica. Ora, um imperativo só se torna incondicional quando desconsidera por completo as circunstâncias da situação. Logo, a razão prática não poderia mesmo servir de substrato para a fundamentação. Habermas estava certo nesse ponto.

Todavia, a dificuldade do problema não está superada, pois o “agir comunicativo” pautado em uma intersubjetividade linguística não parece estar imune às visões distorcidas dos atores, ao viés cognitivo, às heurísticas de julgamento e a todas as paixões que tornam o intérprete volúvel e suscetível ao erro. Essa é a opinião de George Soros ao abordar a questão da reflexividade:

(...) Com isso chego à idéia central de meu arcabouço conceitual: afirmo que os acontecimentos sociais e fenômenos naturais tem estruturas distintas. No caso dos fenômenos naturais, existe uma cadeia de causas que liga diretamente um conjunto de fatos a outro. Nas relações humanas, o curso dos acontecimentos é mais complicado. Não estão envolvidos apenas fatos; também as visões dos participantes e suas interações pertencem à cadeia de causas. A interação entre as funções cognitiva e manipulativa interfere na cadeia de causas de modo que esta não caminha diretamente de um conjunto de fatos ao seguinte, mas ao longo do processo afeta e reflete as visões dos participantes.²⁴⁶

As expectativas dos atores são guiadas por falsas visões de mundo. As decisões são coordenadas por avaliações que, embora racionais, não são lineares do tipo que permita uma subsunção do fato à norma como se pressupõe. Isso quer dizer que, em geral, as decisões não levam em consideração as ações e decisões dos demais indivíduos dentro de um sistema ou então o fazem de maneira equivocada, subestimando ou superestimando os seus efeitos. A teoria hermenêutica tradicional ignora o fato de que a compreensão é influenciada pelo contágio de ideias cujo fator é relevante nas ações humanas. Os fenômenos sociais são irregulares e não seguem o sistema de causa e efeito como as ciências naturais.

O cérebro humano não consegue apreender a realidade diretamente, mas apenas por meio de informação que extrai dela. A capacidade do cérebro humano de processar informação é limitada, ao mesmo tempo em que a quantidade de informação que deve processar é praticamente infinita. A mente é obrigada a reduzir a informação disponível a porções administráveis usando diversas técnicas – generalizações, símiles, metáforas, hábitos, rituais e outras rotinas. Essas técnicas distorcem a informação e ganham vida própria, complicando ainda mais a realidade e a tarefa de compreendê-la.²⁴⁷

²⁴⁶ SOROS (2008, p.31).

²⁴⁷ *Idem* (2010, p.50).

A Hipótese dos Mercados Eficientes (HME) afirma que os preços incorporam de maneira racional todas as informações disponíveis constituindo a melhor estimativa do valor real dos ativos a que se referem. O mesmo deve acontecer com a linguagem. Da mesma forma com ela antecipa os sentidos para a pré-compreensão do intérprete, ela também é capaz de transmitir o erro e induzir o intérprete a uma decisão inadequada. Essa é a conclusão a que chega Posner:

Um valor sistêmico que exige ênfase particular é a importância de preservar a linguagem como um meio de comunicação efetivo. Se os juízes em geral não interpretassem contratos e leis de acordo com o significado comum das frases que aparecem nesses textos, a certeza da obrigação legal ficaria seriamente prejudicada. Para os juízes, em casos comuns contratuais e previstos em lei, subordinar sua análise a pesar consequências específicas do caso, portanto, seria não pragmático, apensar de que seria igualmente não pragmático recusar-se a considerar consequências específicas ao caso só porque a linguagem do contrato ou da lei em questão parece clara a princípio. Doutrinas como a regra da ambiguidade extrínseca da lei de contratos, que permite a introdução a um julgamento por violação de contrato por prova de que o contrato não quer dizer o que um leitor ignorante do contexto esclarecido por essa prova pensaria que significa, ou o princípio de que a lei não se dá uma interpretação literal quando o resultado de fazê-lo seria absurdo, reconhecem sensatamente que, apesar de a linguagem ser um meio de comunicação indispensável, ela pode ser também um meio enganoso.²⁴⁸

Fica fácil perceber que Posner inclina-se por uma concepção mais pragmática do direito do que propriamente filosófica, admitindo que a linguagem pode, de fato, ser transmissora de erros sistemáticos. Reforçando esse pensamento, Von Mises afirma, em seu tratado sobre a Ação Humana que “toda decisão humana representa uma escolha”²⁴⁹. Essa afirmação nem sempre é válida, considerando-se que dentro da dimensão normativa, as decisões são condicionadas e pré-determinadas, de um lado pelas regras e, de outro, pela situação. Não há o que escolher. Todavia, não se pode afirmar que ao juiz não é dada margem à discricionariedade. Isso acontece no que concerne aos efeitos ou aos resultados da decisão, conforme será melhor explicado no tópico a seguir.

Admitindo-se que, de fato, as normas deveriam incorporar todas as informações dispersas e que, tais informações englobam um conjunto infinito de auto-interesses, então, eles funcionam como um mecanismo transmissor e propagador de novas ações. Os preços acabam assim, refletindo os erros nele

²⁴⁸ POSNER (2010, p.48-49).

²⁴⁹ MISES (2010, p.23).

contido. O mesmo deveria ocorrer com a norma.

Partindo da teoria microeconômica tradicional, as normas seriam comparáveis aos preços que, formados de acordo com a oferta e a demanda dos produtos, devem convergir para o equilíbrio. Tal assertiva, entretanto, passa a ser reformulada na medida em que se introduz nesse modelo a perspectiva da *Prospect Theory* de Kahneman e Tversky. O aspecto psicológico acrescenta o conceito de expectativa. O problema não está no ato de pré-compreender, já que isso se dá antecipadamente (racionalidade I), mas em prosseguir nessa compreensão (racionalidade II) sem cair no voluntarismo do intérprete/aplicador. Esse é o risco no qual as teorias da argumentação incorrem.

No entanto, também não se pode esquecer que a “escolha” dos “argumentos lógicos ou dos procedimentos axiomáticos-dedutivos” sempre implicará um novo processo de compreensão, uma vez que tais “argumentos” também não estão “separados” do intérprete. O intérprete não “dispõe” dos argumentos; não existem “capas de sentido” depositadas em algum canto do universo linguístico, à disposição do intérprete, prontas para serem acopladas à nudez dos textos ou objetos; não existem fórmulas capazes de “dar fim” a uma discussão (...).²⁵⁰

A hipótese sustentada nesse trabalho de que é possível uma dimensão normativa na teoria da argumentação jurídica procura, justamente, através da normatividade, buscar outras formas de limitar os espaços de discricionariedade do intérprete além da racionalidade do tipo I. Decidir não é um ato voluntarista e tampouco implica uma escolha entre as inúmeras decisões possíveis no espectro da normatividade. Argumentar é também ação cuja racionalidade transcende os limites da pré-compreensão. Isso não implica dizer que o intérprete aplicador possa “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”.

Ao contrário. A fundamentação vincula à aplicação, de modo que para o intérprete não possam (justificadamente) existir outra decisão possível que não a proferida. Os resultados são apenas mais um elemento nesse processo.

Por outro lado, há também uma perspectiva *prescritiva* (prática), na medida em que essa descrição visa a atingir um resultado: procura estabelecer regras e métodos que conformem de tal modo o processo de interpretação e compreensão que se torne possível reduzir os erros e mal-entendidos que possam surgir da leitura dos textos²⁵¹.

²⁵⁰ STRECK (2013, p.241).

²⁵¹ *Idem* (2013, p.209).

A perspectiva defendida aqui é a de que não é possível “reduzir os erros e mal-entendidos” sem prescindir de uma racionalidade do tipo II ou, em outras palavras, avançar para além dos limites da pré-compreensão. Não se trata, pois, de um método que manipule a argumentação para o resultado desejado já que, como dito, esse não é o único fator a ser considerado na decisão. Trata-se de demonstrar que não é preciso abstrair-se do “método” para obter uma decisão adequada sem cair no relativismo.

O fluxo de informações disponíveis no passado e no presente vai modificando a maneira de pensar dos agentes e estes vão repassando tais percepções para suas projeções de futuro como se fosse uma relação determinista de causa e efeito. De um modo geral, as crises financeiras não ocorrem em virtude de um único evento, mas de uma cadeia de fenômenos que se sucedem no tempo sem que ela seja antevista em tempo hábil para contorná-la. O mesmo sucede com a argumentação.

Todos os fatores levados a efeito durante a crise e, principalmente, antes dela, são importantes para que se detecte onde houve a falha. Para entender as crises, é necessário, primeiro, que se tente encontrar um ponto comum entre todas elas. Um dos principais fatores que desencadeiam as crises é o excesso de otimismo ou pessimismo. Isso porque, as pessoas quase sempre exageram na dose. O problema está focado, portanto, na expectativa.

O homem é fruto de um processo histórico e, como tal, carrega consigo, independentemente de sua vontade, uma determinada maneira de pensar e de agir. Estando ele imiscuído em um ambiente social, só pode assim, ser afetado diretamente por ele, ou seja, as suas ações afetam e são afetadas pelas ações dos outros integrantes do grupo, daí porque a aplicação do direito submete-se a um sistema de equação não linear.

A já citada professora Vera Rita de Mello Ferreira, abordando os aspectos da psicologia econômica levadas a efeito na obra de Kahnemann e Tversky destaca o seguinte:

O texto apresenta a visão atual de três pontos principais daquele trabalho conjunto: *heurísticas de julgamento, escolha sob risco, efeitos de enquadramento*. Sobre esses três aspectos, o autor declara que foram estudadas *intuições*, definidas como “pensamentos e preferências que vêm à mente rapidamente e sem muita reflexão”. (...) O texto aborda seis aspectos: *intuição e acessibilidade*, em que distingue dois modos de funcionamento cognitivo: *intuitivo*, com julgamentos e decisões rápidas e automáticas, e *controlado*, deliberado e mais lento; “*framing effects*”, quando descreve os fatores que determinam a acessibilidade relativa de diferentes julgamentos e respostas; *mudanças ou estados: a teoria do prospecto*, que explica os efeitos dos *framing* em termos de “saliência diferencial” e acessibilidade; *substituição por atributo: um modelo de julgamento por heurística*, que relaciona a teoria do prospecto à proposta geral de que mudanças e diferenças são mais acessíveis quando que valores absolutos; *acessibilidade de pensamentos corretivos*; “*heurísticas prototípicas*”, descrevendo essa “família” particular de heurísticas.²⁵²

Ora, se o “compreender é um existencial”²⁵³ como considera a filosofia da linguagem, não há como o julgador escapar dos limites cognitivos que são intrínsecos ao seu próprio ser, até porque a linguagem é também portadora de “erros sistemáticos” que obnubilam o conhecer do sujeito que interpreta. Nesse ponto, a hermenêutica filosófica se assemelha com a Hipótese dos Mercados Eficientes (HME), na medida em que ambos julgam ter encontrado a chave para a compreensão. A primeira, através da linguagem²⁵⁴ e, a segunda, através do mecanismo de preços²⁵⁵.

O propósito deste tópico foi tentar demonstrar que existem limites à pré-compreensão e esses limites de natureza cognitiva podem afetar o processo de aplicação do direito tanto pelas falhas no conhecimento adequado da situação como na identificação da regra. A definição de uma dimensão normativa que só pode ser erigida no espaço compreendido entre a Fundamentação e a Aplicação é condição de possibilidade para estabelecer o *locus* da decisão e os contornos da validade jurídica e da justificação moral do agir do intérprete.

Com efeito, as modernas teorias hermenêuticas, ligadas à perspectiva do giro-linguístico não se impuseram a missão de serem normativas ou de conquistar validade ao direito ou prescritividade de condutas. O mesmo, no entanto, não se pode dizer da racionalidade, ainda que seja desprovida de um método. Não se pode

²⁵² FERREIRA (2008, p.139-140).

²⁵³ STRECK (2011, p.253).

²⁵⁴ Ser que pode ser compreendido é linguagem. STRECK (2011, p.261).

²⁵⁵ “De acordo com a Hipótese dos Mercados Eficientes (HME), o preço de um ativo financeiro reflete todas as informações disponíveis, sendo a melhor estimativa de seu ‘valor fundamental’” ALDRIGHI & MILANEZ (2005, p.43).

acusar a hermenêutica de ser relativista, pelo simples fato de ser desprovida de normatividade. Da mesma forma não se pode acusar as teorias da argumentação de tentarem manipular o procedimento.

Lênio Streck, abordando as técnicas de sopesamento utilizadas por Alexy afirma que “a teoria da argumentação não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo”²⁵⁶. O professor gaúcho tem razão nesse sentido, mas não se pode reduzir a importância da argumentação jurídica a um único autor ou ao modelo por ele utilizado, modelo esse que, por sinal, já foi igualmente relativizado aqui, através da teoria principiológica adotada por Dworkin, cujo autor é, inclusive, utilizado por Streck em defesa da Hermenêutica Filosófica.

Em Dworkin a integridade e a coerência são o modo de “amarrar” o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos (...) – há algo mais digno do signo da racionalidade que isso? Onde estaria o relativismo hermenêutico? Por certo, se olharmos com cuidado, veremos que relativistas são as teses que sustentam uma margem de discricionariedade daquele que manipula o procedimento, como ocorre com a teoria da argumentação. Já na hermenêutica filosófica (gadameriana) a não cisão entre interpretação e aplicação (...) e a autoridade da tradição são os componentes que “blindam” a interpretação contra irracionalismos e relativismos. Por isso é que se chama hermenêutica da facticidade.²⁵⁷

A hermenêutica filosófica não admite a cisão entre a Fundamentação e a Aplicação. Como visto, entretanto, a cisão espacial é justamente a condição de possibilidade para a abertura de uma dimensão normativa que, por sinal, a hermenêutica filosófica não soube (ou não quis) responder.

Desse modo, a partir da ideia de que o compreender não depende da instituição de uma “supervisão epistemológica” a ser realizada pelas teorias do (e sobre o) discurso jurídico de cariz procedimental (nos seus diversos matizes), que, nesse sentido, colocam-se como guardiães da racionalidade instrumental, é razoável afirmar que uma teoria da argumentação jurídica poder se válida somente naquilo que ela pode servir de auxílio na justificação/explicação do nível de racionalidade compreensiva (estruturante do sentido, o “como” hermenêutico), que desde sempre já operou no processo interpretativo. Afinal, compreensão e aplicação não acontecem em “etapas” – simplesmente coincidem²⁵⁸.

A resposta de Günther não é menos contundente:

²⁵⁶ STRECK (2013, p. 233).

²⁵⁷ *Idem* (2013, p. 233).

²⁵⁸ *Ibidem* (2013, p.243).

Este desiderato é alcançado mediante o conceito de coerência e tem por finalidade a constituição de um sentido de imparcialidade à aplicação. A *aplicação* será imparcial quando *coerentemente* realizar a adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas em cada caso.²⁵⁹

Seria, por isso, inapropriado acusar as teorias da argumentação de modo geral, como faz Lênio Streck, de “relativistas” ou de não estarem atentas às questões relacionadas à coerência, tal como Dworkin. Aparentemente, o ponto fraco da teoria de Günther não reside nisso, mas no fato de que ele vincula a imparcialidade da decisão ao assentimento de todos.

Em Günther, o critério de justificação, se expressa por meio da universalidade do princípio moral, com a qual se estabelece um sentido recíproco-universal de imparcialidade. Este sentido recíproco-universal de imparcialidade deve referir-se tanto a pessoas quanto a procedimentos. Significa que uma norma será imparcial quando puder obter assentimento de todos, e tal conduta, a concordância universal de todos os envolvidos²⁶⁰.

Em resumo, Günther atribui a validade do direito e a imparcialidade da sua aplicação a uma espécie de “ética do discurso”²⁶¹, utilizando-se do “prescritivismo universal” pautado na “metaética de Hare”. Isso fica mais evidente a partir da leitura da Quarta Parte da sua obra. No modelo sustentado neste trabalho o fator tempo é peça fundamental para o intérprete. Não o tempo enquanto historicidade propriamente dita, mas o tempo real e presente que ele dispõe para decidir e ir além da sua pré-compreensão, para um nível que Streck denomina de “apofântico”.

Minha aposta na pré-compreensão – e, portanto, na hermenêutica filosófica – dá-se em face de esta ser condição de possibilidade (é nela que reside o giro-ontológico-linguístico). Minha cruzada contra discricionariedades e decisionismos se assenta no fato de existirem dois vetores de racionalidade (apofântico e hermenêutico) (...) (veja-se, já aqui, a distinção entre compreender e entender, este de nível lógico-argumentativo e aquele de nível hermenêutico-estruturante).²⁶²

²⁵⁹ GÜNTHER (2011, p.6).

²⁶⁰ *Idem* (2011, p.6).

²⁶¹ Em nota de rodapé, Luiz Moreira, responsável pela Introdução à edição Brasileira da obra de Günther e fazendo alusão à Habermas, comenta o seguinte:

Neste ponto, Günther incorpora, à sua tese, dois dos mais importantes argumentos da ética do discurso: o princípio “U” e o princípio “D”. O princípio “D” possui a seguinte formulação: “Só podem reclamar validade as normas que encontrarem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático”. A citação consta da obra de HABERMAS (2013, p.115) já referenciada aqui.

²⁶² STRECK (2013, p.231).

Lênio Streck afirma que “filosofia não é lógica”²⁶³ e acusa as teorias da argumentação de atuarem a partir de um vetor de racionalidade de segundo nível, no plano lógico e não no filosófico. O professor está correto nesse sentido. Consoante já foi discutido alhures, a pré-compreensão encontra limites cognitivos justamente porque atua em outro nível de racionalidade. As teorias da argumentação padecem de objetividade porque não dispõem de um critério analítico de decisão. Entretanto, é preciso respeitar a crítica e saber considerar os seus argumentos.

E de que modo as teorias analíticas pretendem controlar a “expansão linguística” provocada pela descoberta da cisão da norma com relação ao texto: A resposta é simples: pela metodologia (ou pela argumentação, mais contemporaneamente). Algo como “racionalizar” o subjetivismo (enfim, a razão prática). No fundo, um retorno à velha jurisprudência dos conceitos (Begriffjurisprudenz), problemática na qual se encaixa o projeto alexyano de construir uma Teoria da Argumentação Jurídica com o objetivo de racionalizar a irracional Wertungsjurisprudenz (Jurisprudência dos Valores)²⁶⁴.

Esse trabalho não tem a pretensão de elaborar uma crítica à hermenêutica filosófica levada a efeito por Streck. O que se pretende é tentar demonstrar que as teorias da argumentação podem ser anti-relativistas se providas de um critério analítico, sem necessariamente abstrair da consciência do intérprete ou sem o abandono do método e, principalmente, sem “racionalizar os valores” vez que estes, como já dito anteriormente residem fora da dimensão normativa e, logo, afastados da influência da razão teórica. Nesse sentido é que se diz que Análise Econômica do Direito pode contribuir com as teorias da argumentação jurídica.

Daí a pergunta que a hermenêutica repete indefinidamente: de que modo um processo lógico-argumentativo pode “acontecer” sem a pré-compreensão? (...) Eis o “enigma” proposto por Ernst Schnädelbach, na esteira de Heidegger e Gadamer: o problema do sentido se situa antes do problema do conhecimento²⁶⁵.

O problema da hermenêutica filosófica é não admitir a reflexividade das ações dos atores, vale dizer, a não linearidade comportamental dos sujeitos que vai além da linguagem, atuando no nível da consciência. Ao contrário, ela ignora a consciência. A hermenêutica não adentra nas questões relacionadas aos aspectos do inconsciente.

²⁶³ STRECK (2013, p.232).

²⁶⁴ *Idem* (2013, p.204).

²⁶⁵ *Ibidem* (2013, p.234).

Acerca disso, é importante retomar o pensamento de Soros. Refere o autor:

No caso dos processos reflexivos, a indeterminação é introduzida por uma falta de correspondência entre os aspectos objetivo e subjetivo de uma situação. Uma situação pode ser reflexiva mesmo que as funções cognitivas e manipulativas funcionem sequencialmente, não simultaneamente.²⁶⁶

É por isso que o nível de racionalidade possibilitada pela pré-compreensão não alcança, como o próprio Streck admite, patamares lógicos-apofânticos. Como a hermenêutica lida com isso? Que respostas ela dá quando o julgador, mesmo tendo compreendido o texto e a situação antecipando-se aos seus sentidos no nível da linguagem, se recusa a decidir daquela forma para, no fim, decidir primeiro para fundamentar depois?

As hipóteses sustentadas neste trabalho não negam o papel da hermenêutica filosófica ou da filosofia proposta por Heidegger e Gadamer, mas o modelo construído aqui pretende contribuir com as teorias da argumentação de modo a saber como agir quando o intérprete/aplicador “ainda não se deu conta” de que o sujeito não pode mais ser visto distante do objeto, mas em um contexto de intersubjetividade preconcebida a partir da linguagem.

Não haveria como a Análise Econômica do Direito contribuir com a filosofia, já que aguem em dimensões diferentes, mas ela pode sim, auxiliar as teorias da argumentação a superar o relativismo que ainda permeia o imaginário do intérprete. No tópico seguinte será demonstrado que o conhecimento do aplicador acerca da situação restringe as possibilidades de uma decisão, já que discricionariedade entre seguir a própria consciência e julgar conforme o seu sentimento pessoal é indiferente a abandonar todo fundamento subjacente à regra.

Com efeito, preservar o fundamento de uma determina Lei não se confunde em tentar descobrir a “vontade do legislador”, mas em buscar a finalidade da regra para além do seu texto positivo. Não cabe ao intérprete atribuir sentido ao texto, mas compete-lhe exercer essa discricionariedade quanto aos resultados da própria decisão que profere, afinal, o poder-dever de julgar torna-lhe responsável pelos efeitos que provoca. É nesse sentido que esses efeitos passam a ser considerados relevantes também para a integridade do sistema, pois devem não só submeter-se a

²⁶⁶ SOROS (2008, p.53).

uma razão prática de cunho categórico e universalista, como também a uma razão de cariz teórico-dogmático.

3.1.3 A relevância dos efeitos para a integridade sistêmica

Foi visto que os efeitos gerados por uma determinada regra, por vezes se afastam dos motivos para os quais ela foi criada (sua fundamentação moral) ou da sua finalidade. Esse fenômeno igualmente ocorre com as decisões (aplicação do direito). Uma das possíveis causas é que a situação não é compreendida adequadamente, seja em virtude do pouco tempo destinado à sua análise, seja da posição em que se encontra o intérprete. A questão que se impõe é a de saber de que maneira os resultados de uma decisão afetam a integridade do sistema jurídico e repercutem no processo de reprodução do direito.

O risco de que haja uma ruptura ou uma falta de integridade sistêmica decorre do fato de que os efeitos situam-se fora da dimensão normativa, conforme já referido anteriormente, e cujos critérios racionais não se confundem com aqueles utilizados para a aplicação do direito. Essa dedução é extraída de Castanheira Neves:

Sabemos que a realização concreta do direito não se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas, embora possa ter nessas normas os seus imediatos critérios. E não se confunde com essa mera aplicação, mesmo quando tenha em normas pressupostas o seu critério, porque na problemático-concreta realização do direito concorrem momentos normativos-constitutivos (...) que a convolam da mera *aplicação* de normas para uma verdadeira *criação* (constituição) de direito (...).²⁶⁷

Conclusão semelhante pode ser extraída de Klaus Günther:

Se uma determinada instituição como a do legislador tiver decidido antecipadamente a respeito da adequação da norma, ela poderá ser aplicada como uma regra. Desse modo, o Direito positivo corresponde ao nível pós-convencional da fundamentação e aplicação de normas. A positivação de normas jurídicas deve ser institucionalizada em procedimentos que correspondam às regras de discursos práticos, de modo que os interesses individuais possam ser destacados. A aplicação das normas deve ser institucionalizadas em procedimentos que possibilitem a consideração de todos os sinais característicos de uma situação.²⁶⁸

Do ponto de vista teórico, o dilema decorrente do conflito entre justiça e

²⁶⁷ NEVES (1993, p.17).

²⁶⁸ GÜNTHER (2011, p.260).

eficiência tornou-se célebre nos meios acadêmicos, ganhando grande notoriedade através dos cursos ministrados anualmente pelo professor Michael Sandel no anfiteatro da Universidade de Harvard. O questionamento sobre “o que é fazer a coisa certa”, reforça a tese de que os preceitos morais devem prevalecer sobre a ética utilitarista, ou de que a matriz deontológica consiste, ela própria, na razão que condiciona a ação humana para o bem, independentemente do seu resultado.

Isso, entretanto, não significa dizer que a moral deva servir como elemento de correção do direito. Cooter & Ullen destacam o processo mental que os indivíduos percorrem para encontrar a utilidade esperada e, assim, maximizar a sua ação. Ao contrário dos critérios deontológicos erigidos pela moral, a ética utilitarista pressupõe regras lógicas e racionais para a obtenção do melhor resultado possível.

A teoria econômica desenvolveu um cálculo complexo para a tomada de decisões sob incerteza. A ideia básica é que os decisores racionais trabalham em quatro etapas: primeiro, eles determinam a probabilidade de cada estado do mundo resultantes de cada ação possível; segundo, estabelecem a utilidade de cada estado possível; a seguir, multiplicam as probabilidades pelas utilidades para chegar à utilidade esperada; até que, finalmente escolhem a ação que maximiza a utilidade esperada. (...) A teoria econômica da decisão sob incerteza prescreve regras para a realização de apostas racionais.²⁶⁹

De certo modo, é possível inferir que os atores coordenam suas ações diárias pautadas em probabilidades em termos de utilidade esperada (U_E^*), ponderando ganhos e perdas. É dessa forma que as regras que impõem sanção se diferenciam da moral, cuja reprimenda é apenas interna.

Sendo assim, a expectativa dos indivíduos quanto aos efeitos de uma decisão dependerá de duas coisas: da probabilidade de que esses direitos venham a ser realizados, o que afeta o nível de confiança dos participantes envolvidos no processo e do Custo Marginal (C_{mg}) para manter ou melhorar a sua posição. Tal qual ocorre em uma equação microeconômica, a Receita Marginal (R_{mg}), ou seja, o retorno esperado das decisões tomadas deve ser pelo menos equivalente àquilo que o indivíduo está “perdendo” e ao valor daquilo que ele atribui ao que está abrindo mão (sacrifício ou custo de oportunidade).

Se o nível de confiança decorrente da concretude ou da realização do direito

²⁶⁹ COOTER & ULLEN (2010, p.445).

aumenta, os custos para obtê-los diminuem, ampliando o benefício geral. Essa melhora coletiva nem sempre é levada em consideração ou incorporada às decisões como algo positivo, mas é um aspecto importante na garantia da estabilidade do sistema, além de proporcionar condições para a universalidade necessária para a legitimação moral da política. Em termos econômicos, a equação pode ser expressa da seguinte forma:

EQUAÇÃO 1: Aplicação da Ética Utilitarista ao Direito

$$U_T = U_{E^*} \cdot N_C - C \cdot N_D$$

Onde:

U_T é o nível de utilidade total obtida pela coletividade;

U_{E*} é o nível de utilidade esperada pelos indivíduos que atuam no processo;

N_C é o nível de confiança ou de credibilidade de que os direitos serão realizados;

C é o custo ou grau de sacrifício das preferências ou liberdades individuais;

N_D é o nível de desconfiança de que o Judiciário seja capaz de solucionar problemas de maneira eficiente.

Considere-se ($N_C + N_D = 1$).

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de uma adaptação da equação da Utilidade.

Quanto mais objetivos e racionais forem os critérios utilizados para decidir, maior a credibilidade da ação e da decisão. O ato de decidir precisa ser compreendido por aqueles que suportam os seus efeitos para que, assim, possam aprová-la ou desaprová-la de maneira consciente (cognitiva). Nesse aspecto é que se fazem imprescindíveis uma boa e adequada teoria da argumentação, cuja Análise Econômica do Direito deve servir de suporte, conforme visto anteriormente.

Com efeito, o nível de satisfação coletiva (U_T) dependerá do grau de utilidade esperada (U_{E^*}) de cada participante que, por sua vez, está vinculado à efetividade ou grau de realização do direito que se pretende obter ou manter. Ninguém desejará sacrificar-se por um benefício que é incerto, a menos que o retorno esperado seja suficientemente alto a ponto de compensar o risco. A decisão de suportar ou não esse risco deve ser espontânea, natural e voluntária e não imposta (heteronomia). Quanto mais o direito for realizado, maior o nível de confiança, menores os custos incorridos para aderir à ação (compreendê-la e aceitá-la) e obter aquilo que se

deseja, preservando as liberdades e respeitando as preferências individuais. Não basta, portanto, que a decisão seja fundamentada. É preciso que esse fundamento seja compreendido, aceito e incorporado pelo consciente coletivo.

O modelo proposto pela Análise Econômica do Direito não apenas aceita os princípios utilitaristas, mas os incorpora como ética necessária para proporcionar uma realização adequada do direito, da qual a legitimação moral da política é decorrente, sem sacrificar os interesses dos indivíduos. O processo de criação e justificação das regras deixa de ser livre e passa a estar vinculada a resultados aferíveis, aplicáveis e objetivos em que a eficiência torna-se um critério e, a justiça, um subproduto possível, mas não necessariamente verificável. Tecendo comentários acerca da Análise Econômica do Direito, o Professor Lafayette Josué Petter, reconhece o mesmo problema:

(...) para que se tenha uma compreensão plena do fenômeno jurídico e para que os supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis, seria necessário que antes se pudesse responder à seguinte pergunta: a norma X é capaz de alcançar o resultado social desejado Y dentro do nosso arcabouço institucional? Enfim, faz-se necessário não apenas justificativas teóricas para a aferição da adequação abstrata entre meios e fins, mas parece oportuno à consideração de teorias superiores à mera intuição que nos auxilie em juízos de diagnósticos e prognose. Precisa-se mesmo de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política dentro de um contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, trata-se de uma teoria sobre o comportamento humano.²⁷⁰

Com efeito, a aplicação da regra depende da adoção de critérios racionais conforme a situação, vinculando-se aos fatores morais considerados na sua formação, afinal, existe a legítima expectativa de que o pacto democrático seja cumprido e observado. A validade do direito é adquirida se a aplicação política da regra, mesmo se submetendo ao teste moral, no dizer de Klaus Günther, “preenche a expectativa de satisfação”.

(...) a validade de normas dependerá de que as consequências e os efeitos colaterais da sua observância, sob circunstâncias inalteradas para os interesses de cada um individualmente, sejam aceitas por todos os implicados conjuntamente. Esse princípio moral somente poderá ser aplicado como regra de argumentação em discursos, nos quais a potencial generalização dos interesses se expressa na aceitabilidade das razões, apresentadas por participantes de direitos iguais²⁷¹.

²⁷⁰ PETER (2014, p.37).

²⁷¹ GÜNTHER (2011, p.241).

Entretanto, uma coisa é ordenar condutas, outra, é obter o resultado esperado. A busca pela validade do direito dependerá do comportamento e das decisões tomadas pelo *homo economicus*, o qual é guiado pelo auto-interesse e está predisposto a manter suas preferências pessoais a qualquer custo. Por vezes, o processo democrático faz com que prepondere interesses individuais conquistados por um determinado grupo, em detrimento da obtenção da máxima felicidade possível (ética utilitarista). Gadamer, na sua obra *Verdade e Método*, chama a atenção para o fato de que aquilo que realmente está em questão “não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece entre o nosso querer e fazer”²⁷². A sentença é extremamente elucidativa e induz o leitor a fazer algumas deduções importantes que exigem um estudo analítico da assertiva.

O primeiro aspecto que imediatamente se percebe é que “querer” pode estar relacionado com o ato subjetivo de interpretar o texto ou de fundamentá-lo, sendo que o “fazer” de Gadamer, relaciona-se ao mundo prático, mais precisamente ao processo de aplicação do direito. Existe, entretanto, um enorme distanciamento entre aquilo que se pretende (interpretação e/ou fundamentação) e aquilo que se concretiza no mundo dos fatos (fazer). Gadamer contorna a dificuldade havida entre esse distanciamento querer/fazer, jungindo ambas as etapas em um único processo à luz de uma perspectiva linguístico-ontológica através do qual o ato de interpretar e aplicar o direito passa a ser um único fenômeno no qual o sujeito está imerso.

É que os efeitos que reverberam desse processo têm impacto significativo não apenas sobre as decisões presentes como também nas escolhas futuras, considerando que as ações humanas, incluindo o ato de aplicar o direito, obedece, como já referido, a um sistema não linear, onde o fato de estar submerso no mesmo contexto histórico que o objeto, não garante a precisão dos resultados e tampouco restringe os impactos indesejados, já que não atua sobre o campo da imprevisibilidade. A Análise Econômica do Direito pode, nesse sentido, contribuir para expandir o conhecimento do intérprete acerca do problema, bem como as informações referente à situação para que os resultados sejam os melhores e os mais adequados possíveis diante da situação.

²⁷² GADAMER (2013, p.14).

A inconstitucionalidade finalística ou teleológica, abordada com muita propriedade pelo Prof. Uadi Lammêgo Bulos “é constatada pela contradição entre o fim do ato normativo e o fim do bem constitucionalmente tutelado”²⁷³. Em outra passagem mais elucidativa, Bulos, especifica o que a doutrina convencionou chamar de “inconstitucionalidade indireta, implícita ou imediata”²⁷⁴, que se configura na hipótese de que uma lei ou ato normativo se contrapõe à norma suprema de modo oblíquo ou reflexo ferindo o chamado “espírito da constituição”.

É fato que a preponderância axiológica de um determinado preceito pode pôr em xeque ou mesmo aniquilar a potencialidade de outras normas pela via reflexa. Pode, ainda, sinalizar aos particulares uma possível regra de conduta o que, de certo modo, desvirtua e desestabiliza o sistema normativo, cuja ideia que se tem defendido é de uma uniformidade.

3.1.4 O racionalismo e a instrumentalidade da ética utilitarista

É chegado o momento de analisar mais detidamente as categorias que condicionam o comportamento dos agentes envolvidos no discurso. No Capítulo 1 viu-se que a moral ocupa um espaço importante na razão discursiva, haja vista que Habermas substitui o conteúdo da razão prática por um agir guiado pela linguagem. Nos tópicos anteriores demonstrou-se que as teorias da argumentação exigem diferentes formas de racionalidade²⁷⁵ a depender do papel desempenhado pelos atores que atuam no processo democrático. É nesse ponto que o estudo da razão torna-se importante, mormente quando relacionado com a ética utilitarista. É importante deixar claro que o modelo proposto neste trabalho separa o direito da moral ao deslocar a razão prática para fora da dimensão normativa.

Com efeito, problemas de natureza moral não podem ser resolvidos por regras erigidas democraticamente. Nesse caso, substituiu-se a fundamentação moral por uma fundamentação política.

²⁷³ BULOS (2015, p.149).

²⁷⁴ *Idem* (2015, p.156).

²⁷⁵ A questão da racionalidade é tão relevante que Castanheira Neves discorre em um tópico específico para tratar do assunto. Diz o autor que “o tema da racionalidade é – ninguém o ignora – um dos temas mais complexos e mais controvertidos da nossa actualidade cultural”. NEVES (1993, p.34).

No dizer de Habermas:

A política não pode ser compreendida exclusivamente como uma ação moral, como uma ação conforme ao dever segundo as leis positivas existentes: a positivação delas, como o objetivo próprio de seu agir, precisa levar muito mais em consideração uma vontade coletiva unificada na finalidade universal de um público, a saber, seu bem-estar²⁷⁶.

Eis a evidência que comprova aquilo que havia sido dito anteriormente de que a fundamentação política permite a inserção de uma razão instrumental guiada pelo fim público que é, em última instância, o bem-estar coletivo. Esse posicionamento encontra respaldo teórico também em Dworkin. O autor refere que “o Direito é profundamente e inteiramente político”²⁷⁷. Segundo ele, “juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política”. Isso não quer dizer que o direito seja totalmente imune à deontologia, só que não pode depender dela e nem ser corrigido por ela. É um sistema autônomo. O mesmo, no entanto, não pode ser exigido dos resultados da aplicação, esses sim, suscetíveis de verificação pela moral. Não porque os resultados tenham que ser morais, mas porque a universalidade parece ser a única forma de evitar a discricionariedade do aplicador.

É bem verdade que o sistema de regras positivas não pode ter a moral como fundamento último. Isso porque a regra, ela mesma já possui referencia situacional, ao contrário da razão prática cuja condição para se tornar universal não pode possuir qualquer relação com a mundaneidade. Nesse sentido J. B. Machado afirma o seguinte:

(...) a norma, o texto legal, é já uma resposta a uma questão de direito, ela é já uma objetivação linguística de ‘pontos d vista jurídicos’ e, portanto, (...) é ela própria já uma interpretação do algo: de algo que está fora dela e para que ela necessariamente remete, sendo esse algo o Direito, a jurisdição.²⁷⁸

Klaus Günther julga possível o surgimento de significados independentes da situação em situações sociais²⁷⁹. Nesse caso, a moral apenas informa a justificação ou a finalidade pela qual uma lei foi feita. Essa comunicação, de discricionária, passa a ser obrigatória, na medida em que toda decisão precisa necessariamente ser fundamentada.

²⁷⁶ HABERMAS (2014, p.284).

²⁷⁷ DWORKIN (2005, p.217).

²⁷⁸ J. B. MACHADO *apud* NEVES (1993, p.18)

²⁷⁹ GÜNTHER (2011, p.81).

Nos tópicos anteriores, foi visto, ainda, como as teorias da argumentação vem sendo acusadas de servirem a um “caráter instrumental”. Os Kantianos defendem que o que importa verdadeiramente são os motivos e não propriamente os fins a que se pretende chegar ou os efeitos de uma determinada decisão. Poder-se-ia, portanto, dizer que a moral está erigida sobre uma razão prática²⁸⁰ e que o direito consiste em uma espécie de razão instrumental? Não necessariamente. O estudo da razão consiste em descobrir quais são os elementos que orientam o agir para, a partir daí, compreender o efeito que tanto a fundamentação quanto a aplicação exercem sobre o julgador.

A normatividade produzida entre a Fundamentação e a Aplicação não alcança os efeitos de uma dada decisão que apenas são percebidos mais tarde. Pertencem a uma perspectiva externa ao direito, à dimensão axiológica própria dos argumentos morais. A análise dos resultados de uma dada decisão, bem como os seus efeitos sobre a interação dos demais atores e como eles passarão a coordenar suas próprias decisões, é subjetiva.

No modelo construído, a ética utilitarista somente passa a ser admitida quando o aplicador avalia os prováveis efeitos da sua decisão. Ora, por mais antirelativista que seja a teoria, ela não pode negar que todo julgador racional de fato escolhe (tanto quanto possível) os resultados que pretende atingir ou evitar com a sua decisão. Aliás, essa é uma prática comum na Suprema Corte brasileira quando opta por modular os efeitos das decisões que profere principalmente em sede de controle de constitucionalidade.

Conforme prediz a teoria econômica, a racionalidade dos agentes que atuam sob condições de incerteza é limitada. Essa incerteza, fruto da não onisciência do julgador ocorre igualmente em outro âmbito: o da avaliação dos contornos da situação. Veja que, nesse caso, o fator tempo é preponderante, assim como a posição na qual se acha o intérprete. Relembrando do caso relatado por Günther do sujeito que precisa decidir entre delatar um inocente aos seus cruéis perseguidores para não ser culpado de ter dito uma mentira. Supondo que a ele fosse concedida a dádiva da onisciência, prerrogativa apenas da divindade extraterrena, não haveria

²⁸⁰ “A razão enquanto considerada detentora do princípio a priori da ação, ou seja, regra moral”. KANT (2003.p.36).

qualquer dúvida quanto à decisão a ser tomada. Se tivesse a certeza de que o perseguido é mesmo inocente, a “culpa” pela mentira seria atenuada pelo bem promovido a alguém. A alteridade do decisor, tal como concebido por Hare²⁸¹.

Supondo, agora, que o sujeito cuja liberdade do perseguido esteja sob a sua decisão, tivesse certeza da sua culpa. Nesse caso, a atitude moral é reforçada e ele conciliaria aquilo que considera moralmente correto (justo) com o bem gerado à sociedade. Em ambos os casos, os efeitos da decisão tomada se coadunam com a expectativa coletiva ou com a utilidade esperada e, logo, não há instabilidade no sistema, vale dizer, que a decisão não gera expectativas distorcidas ou equivocadas nos demais atores e, nem tampouco, contribui para viesar outras decisões para situações semelhantes. Entretanto, a variável tempo atua como um fator limitante para a racionalidade. Via de regra, existe uma relação positiva entre o processo cognitivo do julgador e o tempo que ele dispõe para analisar todas as nuances do caso concreto. A partir do exemplo dado anteriormente, é possível construir dois cenários diferentes:

CENÁRIO 1: O intérprete/aplicador não dispõe de tempo para avaliar a situação

Quando o julgador precisa decidir apressadamente (casos de extrema urgência como aqueles exigidos para a concessão de liminares), o critério utilizado normalmente limita-se a aferir as consequências (reflexos) positivos e negativos da decisão. Não há tempo hábil para aferir provas, ouvir testemunhas, requerer perícias. A análise do direito, como o próprio nome diz, “liminar”.

Nesses casos, o juiz baseia-se numa mera expectativa (com base em provas pré-constituídas) de que o requerente de fato possui o direito que alega ter. Veja que a reversibilidade ou não da decisão é outro critério aferível na hipótese. Dessa forma, como o julgador dilatou temporalmente a etapa da aplicação, posto que a situação requeria uma decisão imediata, não existe, pelo menos por hora, a

²⁸¹ “Richard Mervyn Hare foi um filósofo da moral que influenciou, com sua metaética¹, a teoria da linguagem na segunda metade do século XX. (...) Hare foi declaradamente influenciado pela filosofia da linguagem de John Austin e pelo segundo Wittgenstein, bem como pela filosofia utilitarista e, ainda, pelas ideias de Kant. A influência do utilitarismo não conduziu Hare a aceitar o princípio da utilidade como fundamento das regras éticas, mas sim a reconhecer que o indivíduo faz considerações de ordem utilitarista ao produzir julgamentos éticos. Assim, uma de suas crenças centrais é a de que o indivíduo deve se imaginar na posição do outro”. FREITAS FILHO (2008, p.20).

formação de uma dimensão normativa ou de uma “norma individual”²⁸².

Exemplo semelhante pode ser dado para situações individuais. Imaginando que o indivíduo agora esteja trafegando com seu carro de madrugada em uma capital e em um bairro considerado perigoso, conhecido pela violência. O sujeito vê adiante o semáforo vermelho. Sua pré-compreensão (linguagem de signos que lhe antecede) lhe diz que deve parar e aguardar o sinal verde. O que ele deve fazer? Deve obedecer ao sinal de trânsito, pois do contrário poderá sofrer um acidente ou lhe ser imputada uma sanção? Ou deve avançar, pois calcula que os prejuízos que podem lhe advir em virtude de um eventual assalto superam os eventuais danos que venha a suportar?²⁸³

A resposta, mais uma vez, dependerá do tempo e do grau de conhecimento que ele dispõe acerca da situação. Se tivesse a certeza de que não sofreria o assalto, ou de que seria multado ou que outro veículo transitasse pela via transversa, provavelmente respeitaria o sinal, pois essa seria a coisa certa a fazer. Ocorre, no entanto, que precisa tomar uma decisão em fração de segundos. Não há como aferir todos esses possíveis resultados e o descumprimento da regra parece o mais racional a fazer. Veja que o critério adotado em ambos os casos foi o

²⁸² ALEXY (2011, p.48-49) sustenta que “as normas individuais de um sistema jurídico perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto” utilizando-se da “fórmula de Radbruch resumidas em oito argumentos: o linguístico, o da clareza, o da efetividade, o da segurança jurídica, o do relativismo, o da democracia, o da inutilidade e o da honestidade”.

²⁸³ Essa questão exige que o intérprete assuma uma posição pragmática, pois a resposta dependerá do contexto no qual ele se encontra. Por isso é importante trazer à lume a visão de POSNER (2010, p.50-51) acerca do tema. Refere o autor:

“Se um consequencialista é alguém que acredita que um ato, tal como uma decisão judicial, deve ser julgado pelo fato de se produzir as melhores consequências globais, a adjudicação pragmática não é consequencialista, pelo menos não consistentemente consequencialista. É por isso que prefiro a “razoabilidade” às “melhores consequências” como padrão para avaliar decisões judiciais de forma pragmática. (...) O ramo dominante do consequencialismo é o utilitarianismo, que compartilha algumas características com o pragmatismo, mas é certamente distinto dele. Um coisa é se preocupar com as consequências, inclusive consequências para a utilidade (bem-estar) e outra é se comprometer com uma estratégia que, como a literatura crítica amplia sobre o utilitarianismo atesta, pode levar ao tipo de absurdo dogmático que os pragmatistas estão determinados a evitar. Não conheço qualquer pragmatista que tenha se considerado consequencialista, mas dois notáveis precursores, Bentham e John Stuart Mill, o fizeram, e não há dúvidas de que o pragmatismo está mais próximo do consequencialismo do que da deontologia (ética baseada no dever em contraposição à ética baseada nas consequências). Mas há uma diferença considerável. (...) Ao decidir por atravessar a rua no sinal, a pessoa está pensando num sentido, e na minha opinião num sentido significativo, pesando custos e benefícios. A pessoa, no entanto, não está privilegiando o ato em contraposição ao utilitarianismo de normas, de se a utilidade média ou a utilidade total deveria ser a máxima do indivíduo, de se a dor e o prazer de animais deveriam fazer parte do cálculo utilitário, nos papéis relativos de preços de oferta e demanda (...) num sistema de maximização da riqueza (...) e em outras questões filosóficas do consequencialismo. O processo de tomada de decisão judicial é, de forma semelhante, uma forma truncada de consequencialismo”.

utilitarismo, através da relação entre utilidade esperada e probabilidade da ocorrência de cada um dos eventos. Isso é feito através do que os economistas chamam de “atalhos mentais”.

A resposta de Günther para a ausência do tempo e do conhecimento imperfeito residirá na indefinição das regras jurídicas.

Pretendia-se demonstrar, por meio do modelo da dupla contingência e pelas teorias nela baseadas, como a segurança de expectativa pode tornar-se possível sob condições de exiguidade de tempo e de conhecimento incompleto. (...) O Direito aparece como uma estrutura do sistema social, a qual se origina da seleção de expectativas congruentemente generalizáveis. Protegem-se estas expectativas selecionadas contra possíveis decepções por meio da concessão da qualidade de dever coativo. O processo de generalização e abstração – que, segundo Parsons, é decisivo para a possibilidade de segurança de expectativas – leva ao surgimento do Direito positivo como um sistema autônomo emergente, a partir do momento em que for executado, pelos próprios critérios, de modo independente da política e da moral. É fechado normativamente em relação ao seu meio ambiente, por codificação binária, e aberto para a recepção de alterações do meio ambiente, por programação condicional.²⁸⁴

Mas se Günther chega a essa mesma conclusão, o que o leva a atribuir tanta relevância à razão prática, a ponto de colocá-la em um dos polos da argumentação? Para responder a essa questão, é preciso voltar para a análise da sua obra. Aparentemente, o problema que Günther se coloca reside na aplicação, ou seja, como seria possível um discurso de aplicação, se os princípios morais não admitem referência situacional? É por isso que ele precisou cindir os discursos de Fundamentação e Aplicação, atribuindo ao primeiro aspectos de validade a partir da universalidade e, ao segundo, a ideia de concreção jurídica da norma. Essa é a conclusão a que chega Luiz Moreira na introdução que faz à Edição Brasileira da obra de Günther:

Assim, como cabe às normas mirais a tarefa de justificação por meio do critério de generalização das pretensões assumidas, cabe igualmente às normas jurídicas a missão de concreção. Tal concepção é realizada tendo em vista a superação da dicotomia entre norma e fato, ou em termos habermasianos entre *facticidade* e *validade*.²⁸⁵

O estudo da racionalidade é peça-chave para a compreensão das teorias da argumentação e para a resposta ao problema apresentado no início deste trabalho, ou seja, se é possível deduzir uma dimensão normativa no espaço compreendido

²⁸⁴ GÜNTHER (2011, p.259).

²⁸⁵ MOREIRA *in* GÜNTHER (2011, p.2).

entre Fundamentação e Aplicação, pressupondo-se que o direito não mais extraia seu caráter normativo de uma razão prática, como pretende Habermas. Acerca disso, Luiz Moreira afirma:

Ora, Günther deduz a racionalidade das normas jurídicas diretamente das normas morais, conforme a estrutura prescritiva da razão prática. Habermas não deduz a validade das normas jurídicas da moralidade, tampouco de uma estrutura prescritiva a priori, própria à razão prática. Conforme as teses postuladas a partir de 1992, a prescritividade a posteriori parece inerente à formulação habermasiana da racionalidade comunicativa. (...) Desde já se evidencia, para Günther, neste trabalho, a dependência normativa do Direito em relação à moral. Para Habermas, ao contrário, não haveria tal dependência normativa, mas uma relação de cooriginariedade normativa e de complementaridade funcional entre direito e moral²⁸⁶.

É sob essa última perspectiva (Habermas) que o modelo foi construído. Nele, a razão prática passa a ser necessária para a estabilização dos efeitos erigidos no seio de uma ética utilitarista e a universalidade funciona como critério limitador da discricionariedade do aplicador. Günther, ao contrário, coloca os efeitos da decisão juntamente com a aplicação e, logo, só pode deduzir que o intérprete tem poder de escolher os resultados que deseja. A tese da existência de uma dimensão normativa aliada à contribuição da Análise Econômica do Direito afasta essa possibilidade.

CENÁRIO 2: O intérprete/aplicador dispõe de tempo para avaliar a situação

Na hipótese em que o intérprete/aplicador dispõe de tempo para ultrapassar os limites da sua pré-compreensão, os níveis de adequabilidade da decisão em relação ao problema vão atingindo níveis cada vez mais elevados, conforme o conhecimento que ele vai adquirindo acerca da situação. Do ponto de vista da racionalidade, ele se encontra numa posição entre a pré-compreensão e a onisciência. Daí a questão se é possível uma cognição do tipo “exauriente”?

Até agora, viu-se como o tempo é um elemento preponderante para a decisão. O uso da racionalidade do intérprete permite-lhe transcender os limites da sua pré-compreensão e encontrar uma resposta mais adequada a problema que lhe foi proposto (situação). No entanto, ainda é preciso perquirir se o conhecimento do intérprete/aplicador esbarra em algum limite ou se é possível uma onisciência acerca do caso concreto e da própria semântica da regra positiva. Em outras palavras, é possível uma cognição do tipo exauriente?

²⁸⁶ MOREIRA *in* GÜNTHER (2011, p.2).

De acordo com o processualista Alexandre Freitas Câmara, “cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las”²⁸⁷. A cognição exauriente, portanto, como o próprio nome já diz é aquela que esgota as possibilidades probatórias atingindo um nível de racionalidade que permite decidir com suficiente grau de certeza e segurança jurídica.

É por isso que mesmo uma “racionalidade II” (lógico-apofântico), embora garanta uma maior adequabilidade da decisão, não é suficiente para descortinar a “verdade” sobre todos os fatos que permeiam a situação. Essa é a conclusão a que chega Gadamer:

Ao recuperar o sentido da palavra grega que designa a verdade, Heidegger possibilitou em nossa geração um conhecimento promissor. Não foi Heidegger o primeiro a descobrir que *Aletheia*, significa propriamente desocultação (*Unverborgenheit*). Heidegger nos ensinou o que significa para o pensamento do ser o fato de que a verdade precisa ser arrebatada da ocultação (*Verborgenheit*) e do velamento (*Verhohlenheit*) das coisas como um roubo. As coisas mantêm-se por si próprias em estado de ocultação; (...) Mas também o velamento pertence à ação e ao falar próprios dos seres humanos pois o discurso humano não transmite apenas a verdade, mas conhece também a aparência, o engano e a simulação. Há um nexos originário, portanto, entre ser verdadeiro e discurso verdadeiro. A desocultação do ente vem à fala no desvelamento da proposição.²⁸⁸

Tome-se como exemplo um dos princípios basilares que informam o direito penal. O chamado “*in dubio pro réu*”. Analisando a semântica das palavras que, em uma tradução livre significaria, “na dúvida julgue em benefício do acusado”, percebe-se que a expressão “*dúbio*” obviamente significa que o julgador, seja ele o juiz singular ou o tribunal do júri, não tem certeza quando a culpabilidade do acusado, vale dizer que, por algum motivo, não se conseguiu exaurir todas as nuances da situação. Mas, por quê?

O fator tempo pode ser um dos limitadores, mas não necessariamente. No direito processual penal é bastante comum o uso da expressão “verdade real” em detrimento da chamada “verdade formal” utilizada no processo civil. É possível que existam duas verdades? A resposta, obviamente, tem de ser negativa.

²⁸⁷ CÂMARA (2009, p.263).

²⁸⁸ GADAMER (2011, p.59/60, Vol. II).

O que ocorre é que por algum motivo considera-se que o risco da perda da liberdade cuja sanção em regra é imposta pelo direito penal para determinadas infrações delitivas é mais importante ou prepondera sobre os bens materiais tutelados na seara do direito civil. Essa discussão será relevante daqui a pouco. O que se pretende demonstrar, por enquanto, é que em um dos casos, o julgador se contenta com as provas obtidas no processo ou, em outras palavras, com aquilo que as partes possam demonstrar. No outro, a cognição desse mesmo julgador pretende ir além, independentemente daquilo que possa ser provado²⁸⁹.

Aparentemente há uma preocupação muito maior com os efeitos gerados por uma análise “displicente” da situação e da busca pela verdade em um caso do que em outro. É que o tempo no processo penal é um fator ainda mais relevante do que no processo civil, principalmente em se tratando de casos em que o indiciado esteja preso, vez que se põe em risco o direito fundamental à própria liberdade. Nesses casos em que não houver tempo suficiente para a análise adequada da situação ou em que a racionalidade não permita exaurir os aspectos fático-probatórios a ponto de se permitir um grau razoável de certeza e segurança, justifica-se a verificação dos efeitos (resultados) da aplicação a partir de uma perspectiva axiológica/teleológica, permitindo-se a utilização do princípio.

No entanto, é preciso ressaltar que não é o princípio que dita o resultado ou justifica a não aplicação da regra. Como visto, ele apenas “inclina a decisão” para um fundamento moral capaz de ser universalizável. Quer isso dizer que na hipótese de que em havendo dúvida deve-se (imperativo categórico) julgar sempre em benefício do acusado em toda e qualquer situação. Esse é justamente o papel assumido pela razão prática, quando nem a pré-compreensão e nem a razão teórica são capazes de permitir uma decisão.

3.1.5 Instrumentos da Teoria Econômica para a promoção de um equilíbrio entre Fundamentação e Aplicação

No tópico anterior viu-se que os critérios adotados para a decisão variam conforme o conhecimento que o interprete/aplicador possui da situação o qual, por decorrência lógica, era positivamente relacionado com o fator tempo. Nesse tópico

²⁸⁹ Não cabe discutir aqui a polêmica trazida pelo novo Código de Processo Civil sobre a questão da livre apreciação da prova pelo juiz, por não ser o objetivo deste trabalho.

será apresentada uma adaptação do modelo neoclássico²⁹⁰ demonstrando graficamente o que acontece no âmbito da fundamentação e da aplicação em diferentes contextos.

A Teoria Econômica Neoclássica levada a efeito inicialmente por Alfred Marshall e aperfeiçoada mais tarde pela corrente utilitarista é caudatária de Jeremy Bentham e John Stuart Mill. A concepção da chamada Escola Neoclássica tradicional e, mais tarde a escola marginalista encampada por William S. Jevons, Carl Menger e Leon Walras faz uma análise acerca do comportamento do consumidor tecendo relações entre suas preferências, cujas combinações são representadas por curvas de indiferença (U), o fator decisão dirigidas por escolhas racionais e finalmente restrições orçamentárias nas quais se encontram submetidos e, que na teoria são representadas por retas que tangenciam as curvas U.

Alfred Marshall estudou os mercados individualmente, em isolamento, ignorando o impacto que um mercado tem nos outros e vice-versa. Isto fez de Marshall o fundador da Análise do Equilíbrio Parcial. Em contrapartida, Leon Walras estudou as diversas relações entre todos os mercados da economia, tornando-se o pai da Análise do Equilíbrio Geral²⁹¹.

Como dito anteriormente, o que se pretende aqui é trazer uma nova perspectiva à Análise Econômica do Direito demonstrando através de adaptações de modelos teóricos que é possível construir elementos adequados para uma teoria da decisão a partir de uma perspectiva analítica. É claro que, dos inúmeros conceitos microeconômicos tais como cestas de mercado, consumidor, bens, taxa marginal de substituição, restrição orçamentária, efeito renda, efeito substituição e tantos outros aplicar-se aqui apenas a ideia central da teoria com as devidas adaptações.

Para quem não está muito habituado com o estudo da chamada Teoria do Consumidor, matéria central na disciplina de Microeconomia nos cursos de Ciências Econômicas, talvez não perceba as similitudes com o que doravante será exposto, mas poderá concluir, sem nenhum prejuízo ou preterição, como a Teoria Econômica pode contribuir para o ato de julgar. Aos já familiarizados com a linguagem

²⁹⁰ “A escola de pensamento neoclássica emergiu por volta de 1870. (...) É conhecida por fazer uso de técnicas matemáticas, e seu principal método de análise é a estática comparativa (comparando diferentes situações de equilíbrio). Os neoclássicos preocupavam-se também com a dinâmica do processo de ajuste e equilíbrio. (...) A matemática foi a maior arma da humanidade na tentativa de se defender contra a realidade não-linear”. GLEISER (2002, p.105-107).

²⁹¹ GLEISER (2002, p.109).

econômica perceberão que não houve aqui qualquer pretensão de criar uma nova teoria, mas apenas a de trazer ao leitor, principalmente ao entusiasta das teorias da argumentação, uma outra perspectiva. A estes últimos, é necessário estabelecer as devidas analogias entre o modelo construído aqui e o modelo neoclássico.

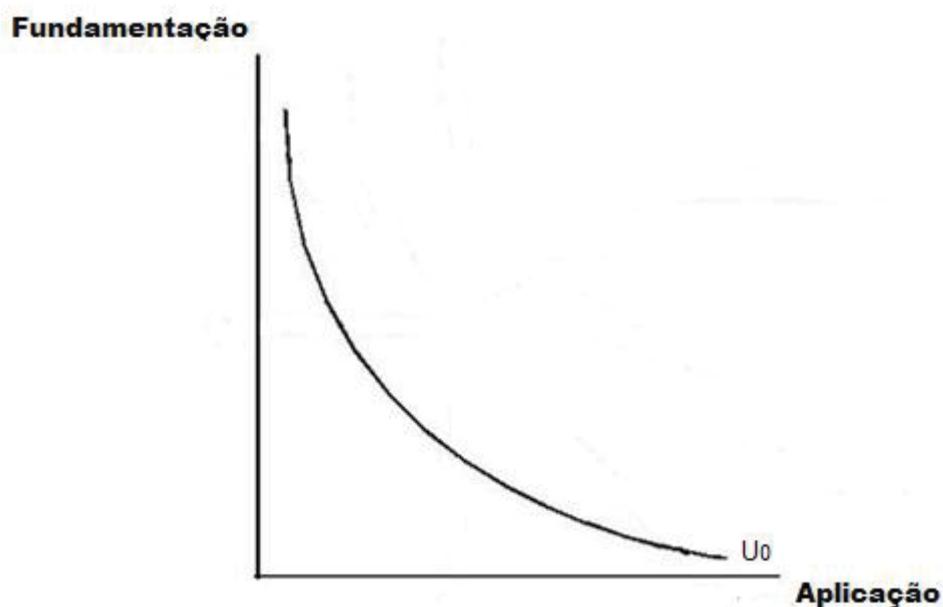
A primeira advertência que se mostra necessária, é que a perspectiva ora trazida à lume é eminentemente qualitativa e não quantitativa, já que, por óbvio, não é possível estabelecer valores para um modelo essencialmente teórico, mas é possível manter conceitos como preferência e escolha racional. Da mesma forma como o consumidor se depara com diferentes possibilidades de escolha entre diferentes tipos de bens, como alimento e vestuário, exemplo normalmente utilizado nos manuais acadêmicos, o intérprete/aplicador da regra igualmente se encontra no interior no espaço compreendido entre Fundamentação e Aplicação e se depara com dilemas oriundos de uma razão prática, vale dizer da situação sobre a qual deve decidir.

Tal como os bens, os discursos de fundamentação e de aplicação podem ser dispostos em eixos cartesianos bidimensionais e, sobre esse plano, traçar as chamadas curvas de indiferença, pressupondo, que o intérprete/aplicador tal como o consumidor estudado pela Teoria Econômica sempre procurarão agir racionalmente preferindo níveis de utilidade mais elevados e satisfatórios, ou seja, mais afastados da origem. “O uso das curvas de indiferença permite que as análises sobre a utilidade marginal da maximização da utilidade pelo consumidor deixem de lado a hipótese de que a utilidade possa ser quantificada.”²⁹²

Ao contrário do que pressupunham os neoclássicos de que a economia tenderia sempre ao equilíbrio, o modelo exposto nesse trabalho não exige que as decisões convirjam necessariamente para uma posição de equilíbrio. A análise, nesse caso é positiva, não normativa. O que se pretende é apenas lançar mão de uma adaptação da Teoria Econômica Neoclássica para ilustrar diferentes e possíveis cenários entre a Fundamentação e Aplicação. O GRÁFICO 1 a seguir ilustra o modelo básico adaptado, representando a relação entre a Fundamentação e a Aplicação.

²⁹² HUNT (2005, p.359).

GRÁFICO 1: Relação entre Fundamentação e Aplicação a partir de uma adaptação do Modelo Neoclássico



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de uma adaptação da Teoria Econômica Neoclássica.

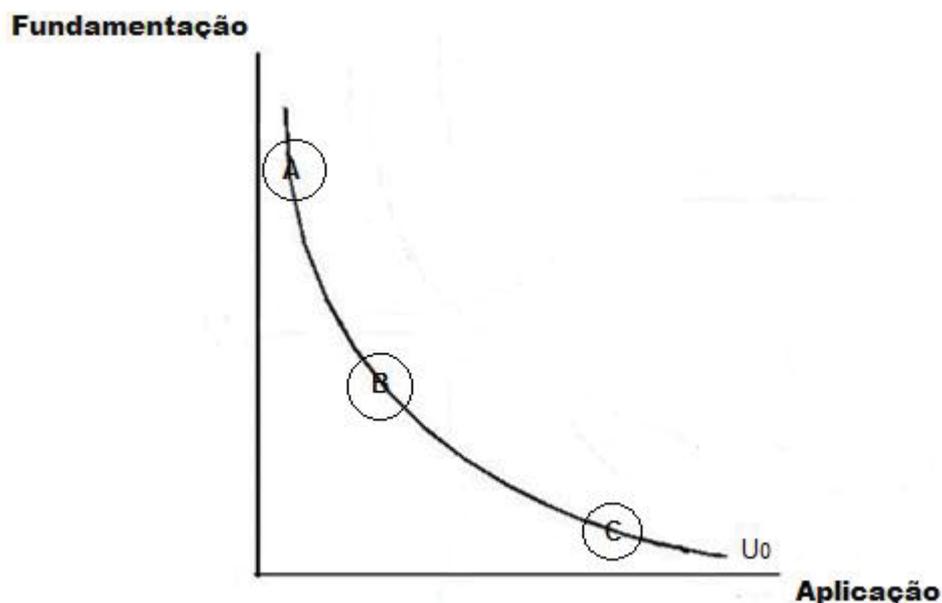
O GRÁFICO 1 demonstra as infinitas possibilidades de decisão existentes no espaço compreendido entre a Fundamentação e a Aplicação, representada pela curva U_0 . De acordo com o conceito neoclássico, “uma curva de indiferença representa todas as combinações de cestas de mercado que fornecem o mesmo nível de satisfação a um consumidor”²⁹³.

Transportando esse conceito para o modelo hora construído, tem-se que cada uma das curvas U representam a combinação de infinitos pontos em que é indiferente para o intérprete/aplicador tanto preservar o fundamento moral da regra (sua finalidade) como priorizar o caso concreto de modo a realizar ao máximo o direito ou, em outras palavras, a regra positiva.

Ainda não chegou o momento de abordar o papel dos princípios. Por enquanto, é suficiente dizer que a qualidade da decisão proferida em qualquer um dos pontos sobre a curva tende a ser o mesmo, isso se respeitado o mesmo princípio sob o qual foi construído a teoria das curvas de indiferença, conforme demonstrado na GRÁFICO 2.

²⁹³ PINDYCK, & RUBINFELD (2006, p. 58).

GRÁFICO 2: A busca de um equilíbrio entre Fundamentação e Aplicação



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de uma adaptação da Teoria Econômica Neoclássica.

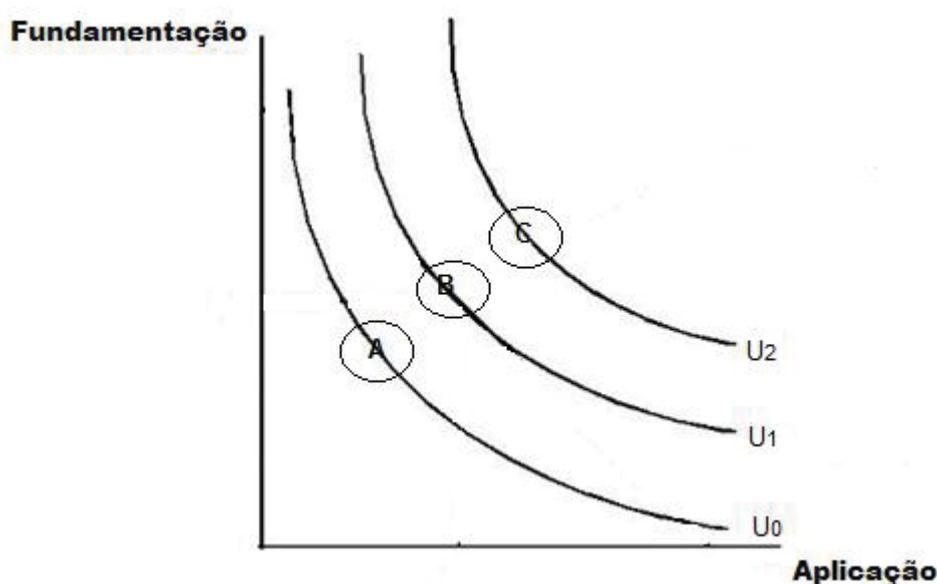
O GRÁFICO 2 demonstra que os pontos A, B e C sobre a curva U_0 representariam, *coeteris paribus*²⁹⁴, decisões equivalentes ou, em outras palavras, indiferentes para o intérprete. No caso do ponto A, ele privilegia a preservação do fundamento moral que se encontra subjacente a regra, vale dizer, os preceitos democráticos que levaram a sua produção, considerando que as normas morais *prima facie* materializam, em verdade, imperativos hipotéticos para Kant. Isso equivale a dizer que a decisão independe dos fatores contingenciais que norteiam a situação.

Percorrendo a curva U_0 até o ponto B, o contexto é quase o de um equilíbrio. O intérprete atribui praticamente o mesmo valor para o fundamento moral da regra e para o aspecto situacional. O problema individual com o qual ele se depara é, nesse ponto, tão importante quanto a justificação da regra coletiva e observada por todos. Migrando agora para o ponto C da curva, percebe-se que o intérprete privilegiou quase que totalmente o caso particular, negligenciado o fundamento que deu ensejo à regra. Este é o ponto em que Humberto Ávila descreve a tese da “derrotabilidade” ou “superabilidade” da regra impondo alguns critérios para que isso seja possível, dentre os quais o de preservar a finalidade para a qual ela foi criada.

²⁹⁴ Expressão bastante utilizada no meio econômico que, em tradução bastante utilizada, significa “todo o resto mantido constante” ou “sem considerar outros fatores que não este”.

Veja que em nenhum dos pontos a curva tangencia os eixos do plano ou da dimensão normativa. Isso porque, por mais que o intérprete priorize a situação (ponto C) ou a moral que subjaz à regra (ponto A) é bem verdade que ele sempre tenderá a considerar as possibilidades de que dispõe para decidir. Lembre-se que a escolha racional é um dos pressupostos do modelo. Um outro pressuposto importante da teoria diz que posições superiores e mais distantes da origem refletem decisões mais adequadas²⁹⁵, conforme, aliás, já referido anteriormente. É o que está sendo demonstrado através do GRÁFICO 3 a seguir:

GRÁFICO 3: Relação entre Fundamentação e Aplicação considerados os diferentes níveis de conhecimento em torno da Situação



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de uma adaptação da Teoria Econômica Neoclássica.

No Gráfico em tela, a decisão A sobre a curva U₀ deixa de ser adequada, considerando que o intérprete tem outras possibilidades que estão indicadas pelos pontos B e C das curvas U₁ e U₂, respectivamente. O GRÁFICO 3 sugere que não seria racional que o julgador²⁹⁶ se mantivesse no ponto A, ainda que se tratasse de uma posição de equilíbrio se pudesse alcançar níveis mais adequados de decisão. Entretanto, duas questões ainda precisam ser respondidas, antes de avançar no

²⁹⁵ Na Figura 1, os níveis de Utilidade são representados pelas curvas de indiferença U₀, U₁ e U₂. De acordo com uma das premissas básicas da teoria neoclássica sobre preferências (“mais é sempre melhor do que menos”), a posição do intérprete em U₂ seria preferível às posições U₁ e U₀ na seguinte ordem U₂>U₁>U₀.

²⁹⁶ Neste trabalho as expressões intérprete, aplicador e julgador foram adotadas indistintamente.

assunto: a primeira delas vem a ser justamente o que se considera uma “decisão adequada” e como o julgador alcançaria níveis ou graus mais adequados para uma decisão. A segunda questão, obviamente, depende da primeira.

Conforme aquilo que veio sendo discutido até agora, uma decisão pode ser considerada adequada quando a atitude do intérprete pode ser considerada desinteressada o que não significa dizer que ele seja indiferente quanto ao resultado produzido. Por “desinteressada” quer-se dizer que ela não é voluntarista ou fruto da consciência do julgador; ela não deve ser, portanto, discricionária.

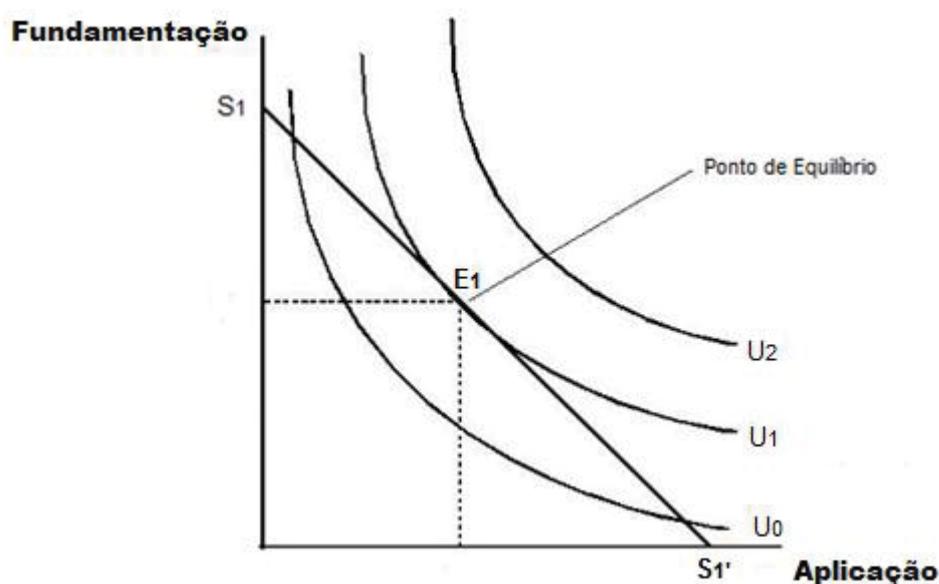
Esse é o primeiro elemento de que uma decisão considerada justa ou adequada deve se valer. O segundo aspecto está relacionado ao conhecimento acerca da situação e às possibilidades de alcançar um equilíbrio entre aquilo que se está considerando, no caso, a Fundamentação e a Aplicação. Com efeito, o intérprete não conseguirá decidir adequadamente se a sua compreensão em torno do problema não for suficiente ou se ele não exaurir as nuances da situação e da própria regra que esteja aplicando.

Como visto, mesmo a pré-compreensão encontra-se limitada pelo tempo, pela tradição ou pelo horizonte histórico. Nesse ponto, é importante mais uma vez destacar a importância do tempo no contexto fático-decisório. O último elemento a ser considerado para uma decisão que tenha a pretensão de ser justa, é que o aplicador faça o melhor possível para obtê-la. Com efeito, o modelo não pode funcionar admitindo que o julgador faça pouco caso da elevada missão de decidir. O ato de julgar consiste também em um verdadeiro poder-dever de decidir. Isso se comprova por si só pelo ato de fundamentar a escolha ou a aplicação do direito. É, portanto, passível de controle.

Isso é importante, pois a validade normativa depende da adequabilidade da decisão cujos elementos são extraídos dela e incorporam a ideia de um intérprete como ser racional movido pela sua própria consciência, daí porque buscar um modelo que não lhe permita agir discricionariamente, mas que lhe induza a encontrar a melhor decisão frente à compreensão que dispõe da situação.

A hipótese defendida aqui utiliza alguns pressupostos e conceitos da teoria neoclássica dentre os quais o modelo das curvas de indiferença, colocando no lugar dos bens que ensejariam a escolha do consumidor, a Fundamentação e a Aplicação, admitido que o intérprete, assim como o agente econômico, sempre agirá racionalmente. No GRÁFICO 4 a seguir, introduz-se mais um conceito: o de restrição orçamentária²⁹⁷ que, nesse caso, representa o nível de conhecimento que o julgador dispõe da situação. Tal como na teoria do consumidor, essa limitação é demonstrado no gráfico através da reta S1-S1'.

GRÁFICO 4: Decisão de equilíbrio entre Fundamentação e Aplicação



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de uma adaptação da Teoria Econômica Neoclássica.

Conforme se pode perceber, a linha delimita o grau de compreensão que o aplicador possui do problema e da regra que está interpretando. Toda a área abaixo da reta S1-S1' e que forma um triângulo representa o nível do seu conhecimento em um determinado tempo. Aqui pouco importa se ele primeiro compreende, depois interpreta para finalmente aplicar ou se faz todo esse processo simultaneamente como quer a hermenêutica filosófica. O objetivo não é esse. O propósito é demonstrar que em algum momento o intérprete encontra-se limitado cognitivamente e precisa decidir pouco importando, pelo menos por enquanto, como ele faz isso.

²⁹⁷ De acordo com ARAÚJO JR. & SHIKIDA *in* TIMM (2014, p.35-36), “a restrição orçamentária é definida pelas combinações-limite de bens que podem ser potencialmente adquiridas pelo indivíduo, dados seus preços e a sua renda”.

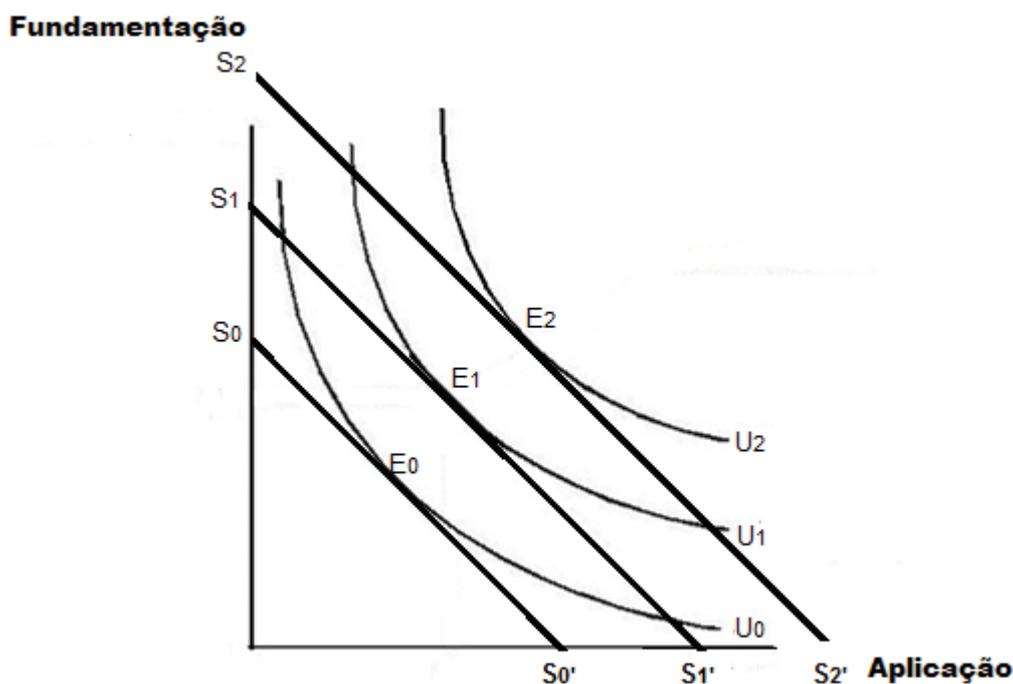
Tal como no modelo microeconômico, o ponto de equilíbrio ou que maximiza a decisão será sempre aquele em que a reta tangencia a curva de indiferença U que, no GRÁFICO 4 é marcada como E_1 . Esse ponto indica que o nível de conhecimento do intérprete acerca da situação e a sua compreensão em torno da regra a ser aplicável (seu fundamento) lhe permite alcançar a curva U_1 . O GRÁFICO 4 revela ainda que seria possível ao intérprete uma decisão melhor do que E_1 .

Entretanto, ela encontra-se inatingível com o nível de compreensão que ele possui naquele momento. Isso demonstra que uma decisão mais adequada sempre será possível, porém o tempo e o espaço são condições de possibilidade, mas também limitadoras do conhecimento. Isso ajuda a explicar, em parte, porque o julgador por vezes é obrigado a lançar mão de determinados atalhos mentais ou porque se fazem necessárias as súmulas ou a jurisprudência como alicerces interpretativos ou elementos circunstanciais de julgamento.

Por outro lado, a curva U_0 abaixo da reta S_1-S_1' representa combinações de infinitas decisões que o julgador poderia ter dado, mas que, por óbvio, foi abandonada porque o conhecimento mais adequado em torno da situação lhe fez perceber que poderia obter uma decisão mais justa ao problema posto frente aos fundamentos *prima facie* de que era conhecedor. Com efeito, vale lembrar que a melhor decisão será sempre aquela que possibilita um equilíbrio, considerando-se não apenas a situação em si, mas o conhecimento que o intérprete dela possui, consoante demonstrado no GRÁFICO 5 a seguir. Na hipótese descrita agora, o intérprete encontra-se inicialmente sobre a curva U_0 , limitado pelo conhecimento que possui acerca da regra e da situação.

Nesse caso, a melhor decisão possível que poderia obter, do ponto de vista da Teoria Neoclássica, seria em E_0 . O aumento da sua compreensão tanto acerca dos fundamentos morais que subjazem à regra quanto da situação do caso concreto desloca inteiramente a curva de S_0-S_0' para S_1-S_1' . Agora, o novo ponto de equilíbrio passa a ser em E_1 , exatamente no ponto em que a curva U_1 tangencia a nova posição em que a reta se encontra. O novo ponto de equilíbrio possibilita, agora, uma decisão mais justa e adequada do que a anterior, já que considera mais profundamente as nuances da situação, exigindo um maior esforço hermenêutico do intérprete/aplicador.

GRÁFICO 5: Fundamentação, Aplicação e os Limites Cognitivos em torno da Situação

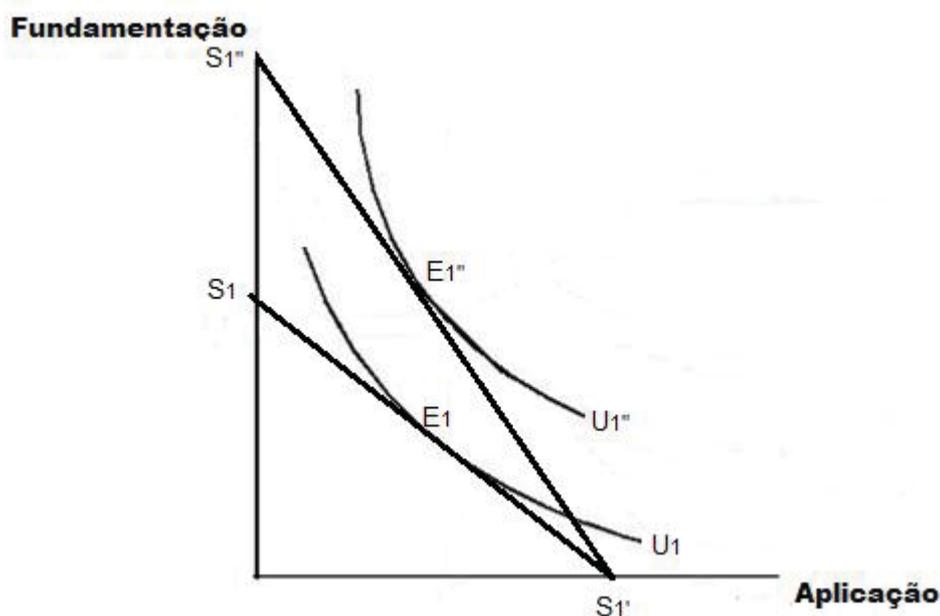


Fonte: Elaborado pelo autor a partir de uma adaptação da Teoria Econômica Neoclássica.

Supondo que o julgador ainda não se considere satisfeito com as informações de que disponha e pretenda prosseguir na investigação, buscando novos indícios ou elementos acerca do caso a fim de emitir um julgamento “justo”. A curva então seria novamente deslocada, desta vez de S_1-S_1' para S_2-S_2' . O novo ponto de equilíbrio passa a ser E_2 e o aplicador encontra-se sobre a curva U_2 bem afastada da origem. Mas o processo não se esgota nesse ponto, permitindo que o julgador continue *ad infinitum* enquanto o tempo de que dispõe lhe permitir avançar no ato de compreender.

Em alguns casos, é comum que o esforço do intérprete seja apenas hermenêutico (compreender a regra) ou apenas para compreender a situação, não se importando com qual fundamento irá utilizar. Nesses casos, a reta que representa o grau de conhecimento do aplicador não será deslocada inteiramente, sofrendo apenas um giro sobre o próprio eixo no sentido em que se deu o aumento da informação. Na hipótese descrita no GRÁFICO 6, o julgador dedicou-se apenas aos fundamentos morais da regra, não buscando qualquer informação adicional acerca da situação além daquela adquirida pela sua pré-compreensão.

GRÁFICO 6: Ampliação cognitiva unilateral em direção à Fundamentação



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de uma adaptação da Teoria Econômica Neoclássica.

Interessante perceber que, nesse cenário, a reta $S1-S1'$ gira no sentido horário, passando para $S1''-S1'$. Já que a compreensão ocorreu em apenas um sentido (o da Fundamentação). O seu esforço cognitivo pode ser representado pela diferença entre $S1''$ e $S1$. Com esse efeito, o julgador obtém uma melhora relativa em sua posição para decidir ao passar da curva $U1$ para a curva $U1''$. O novo ponto de equilíbrio transmuda-se de $E1$ para $E1''$.

Repare, no entanto que, embora mais elevado, o ponto $E1''$ encontra-se horizontalmente um pouco mais recuado em relação ao ponto $E1$. Isso porque a atitude direcionada do intérprete apenas no sentido da fundamentação “prejudicou” parte da compreensão que possuía acerca do problema. Veja que essa constatação não seria possível em um modelo que considerasse os fatos totalmente estáticos ou que ignorasse a interação dinâmica entre os agentes envolvidos no contexto da situação. É por isso que em determinadas circunstâncias previstas no Código de Processo Penal, por exemplo, é permitida a prisão preventiva “por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”²⁹⁸.

²⁹⁸ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Por óbvio que o tempo despendido na compreensão de todas as nuances exigidas para a tipificação acabaria por comprometer a aplicação da regra. A medida prevista no Art. 312 do Código de Processo Penal por certo atenua a distorção retratada acima, embora não garanta a justeza da decisão proferida.

Diferentemente, o caso descrito no GRÁFICO 7 demonstra a hipótese em que o intérprete se mantém firme quanto ao seu método ou posição interpretativa (S1), explorando apenas as circunstâncias da situação com a qual se depara para decidir. Em um artigo publicado no site Consultor Jurídico, Lênio Streck faz duras críticas ao que ele chama de “caráter instrumental da argumentação”²⁹⁹. Trata-se, pois, de é o típico caso em que o juiz decide conforme a sua consciência em que não existe impulso do intérprete em ampliar a sua compreensão argumentativa. Refere o citado autor:

Mesmo com uma nova roupagem, seu teor solipsístico continua inalterado. Trata-se de uma demonstração do velho “decido primeiro para fundamentar depois”, que também pode se expressar da seguinte maneira: “na minha jurisdição, primeiro decido segundo minha formação humanística e experiência, depois procuro justificar a decisão nos aspectos técnicos oriundos do ordenamento jurídico”

Ora, se primeiro o intérprete decide/aplica para só então fundamentar, significa dizer que fundamentação será pontual. Não há o que ser explorado hermeneuticamente, vez que a motivação partiu da consciência do aplicador e não de uma intersubjetividade linguística passível de ser compartilhada. “Em discursos de aplicação, o princípio moral é complementado através de um princípio de adequação”³⁰⁰.

É importante ressaltar, a título de justificação teórica e para manter-se fiel aos postulados microeconômicos da Escola Neoclássica, que os GRÁFICOS 6 e 7 possuem uma diferença bastante significativa em relação ao GRÁFICO 5. No modelo Neoclássico padrão, uma modificação na renda do consumidor faz com que toda a reta seja deslocada para pontos mais distantes da origem, possibilitando níveis mais altos de utilidade. No modelo adaptado, isso significa dizer que o intérprete amplia o seu horizonte cognitivo tanto da Fundamentação quanto da Aplicação. Ou seja, que esse efeito possibilita que o julgador concretize o direito

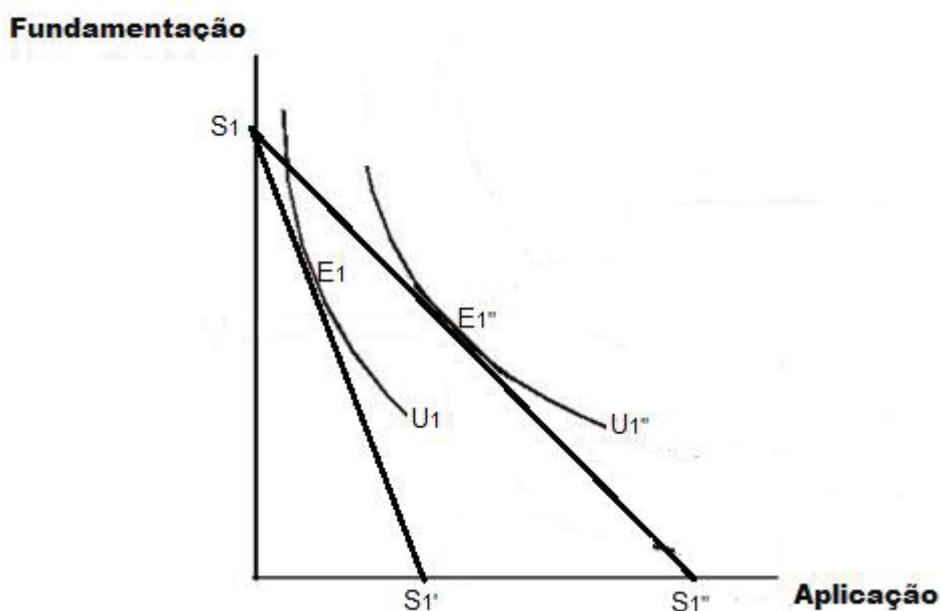
²⁹⁹ STRECK (2014, p.4-5).

³⁰⁰ HABERMAS (2012, p.144, Vol. I).

diante da situação, sem sacrificar os fundamentos que se encontram subjacentes à regra. Nesses dois últimos casos reproduziu-se a hipótese em que a renda do consumidor permanece constante, porém, houve a redução do preço de apenas um dos bens, o que possibilita a ampliação da utilidade em apenas uma direção, dando espaço para a atuação dos efeitos renda e substituição³⁰¹.

O modelo proposto aqui parte da mesma lógica pressupondo que uma ampliação cognitiva unilateral do intérprete em direção à Fundamentação ou à Aplicação tem o mesmo efeito que uma redução no preço de um ou de outro bem. A seguir, é ilustrado o caso em que o intérprete prioriza exclusivamente o caso concreto em detrimento daquilo que dispõe a regra.

GRÁFICO 7: Ampliação cognitiva unilateral em direção à Aplicação



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de uma adaptação da Teoria Econômica Neoclássica.

³⁰¹ De acordo com Pindyck & Rubinfeld,

Uma redução no preço de uma mercadoria tem dois efeitos:

1. Os consumidores tenderão a comprar mais do bem que se tornou mais barato e menos das mercadorias que se tornaram relativamente mais caras. Essa resposta à mudança nos preços relativos dos bens é chamada de *efeito substituição*.

2. Pelo fato de um dos bens ter se tornado mais barato, há um aumento no poder de compra dos consumidores. Eles se encontram agora em uma situação melhor porque podem comprar a mesma quantidade de bens com menos dinheiro, tendo em mãos recursos para realizar compras adicionais. A mudança na demanda resultante da alteração do poder de compra é chamada de *efeito renda*. PINDYCK & RUBINFELD (2006, p.99).

No gráfico, a reta $S1-S1'$ gira no sentido anti-horário, passando para $S1'-S1''$. Já que, agora, a melhora na compreensão ocorreu apenas no sentido da aplicação, vale dizer, do problema. Como ocorrido anteriormente, o empenho do intérprete cognitivo pode ser descrito pela diferença entre $S1''$ e $S1$. Com esse efeito, o julgador obteve uma melhora relativa em sua posição para decidir ao passar da curva $U1$ para a curva $U1''$. O novo ponto de equilíbrio transmuda-se de $E1$ para $E1''$, tal como antes. O ponto $E1''$, encontra-se verticalmente um pouco mais abaixo em relação ao ponto $E1$. Isso porque a atitude direcionada do intérprete apenas no sentido da aplicação “prejudicou” o seu ato de compreender.

Essa seria a arquitetura do imperativo categórico kantiano em que o fundamento moral torna-se universalizável qualquer que seja a situação. Por mais que se conheça as nuances e as particularidades de uma dada situação, a motivação do que seja certo ou errado permanecerá inerte, pouco importando, a bem da verdade, as consequências da decisão. É por isso que a fundamentação consubstanciada num plano jurídico-normativo na qual as regras são erigidas democraticamente, não pode ser categórica. Ela deve permitir ao intérprete compreender os motivos da sua decisão, ser capaz de valorá-los reciprocamente com a situação e, dessa forma, ele precisa ser hipotético. Direito e moral não atuam no mesmo plano. Essa é a conclusão a que chega Habermas:

Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral. Enquanto este último funciona com regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis.³⁰²

Pelo que foi exposto até aqui, é possível inferir que a normatividade não pode ser extraída unicamente da moral, mas da sua relação simultânea com a aplicação.

E simultaneamente se compreenderá a tentativa de uma aproximação convergente dos métodos legislativo e judicativo no sentido de uma intenção metódica global, em que aquela distinção se superasse por uma “unidade do método jurídico” por um unitário método do direito. (...) método que tanto a “criação” como a “aplicação” do direito haveriam de cumprir, já que seria ele o exigido pelo direito enquanto tal ou pelas suas intenções prático-normativas e que, já por isso, toda a manifestação e realização jurídicas se deveriam propor³⁰³.

³⁰² HABERMAS (2012, p.145, Vol. I).

³⁰³ NEVES (1993, p.19).

Da mesma forma, a validade do direito não pode ser-lhe atribuída aprioristicamente. O tema da validade e dos graus de concretude do direito será abordado mais apropriadamente no próximo capítulo, cujo propósito é abordar o caráter ontológico da argumentação e explorar as possibilidades da existência de uma mediação normativa e as condições para a reprodução do direito, através de uma perspectiva ontológica da argumentação.

Esse Capítulo abordou o aspecto pragmático da argumentação apresentando as contribuições da Análise Econômica do Direito, a relevância dos efeitos para a integridade sistêmica e alguns instrumentos da Teoria Econômica para a promoção de um equilíbrio entre Fundamentação e Aplicação. Viu-se que o conhecimento acerca da situação é condição de possibilidade para a adequabilidade de uma dada decisão, cuja Análise Econômica possibilita estabelecer um equilíbrio entre a Fundamentação e a Aplicação. Demonstrou-se, por fim, que os efeitos realizam-se em um contexto externo ao da dimensão normativa e que, por isso mesmo, não são dotados de normatividade. É por esta razão, aliás, que os resultados da aplicação do direito por vezes se afastam dos fundamentos pelas quais a regra foi criada.

A relação de equilíbrio que se estabelece entre a Fundamentação e a Aplicação e o papel do caso concreto para a adequabilidade da decisão é tão significativo que recentemente, enquanto esse trabalho ainda estava sendo escrito, foi publicada a Lei Nº. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016 alterando alguns dispositivos do NCPC, antes mesmo da sua entrada vigor. Uma dessas alterações foi a inserção do §5º no Art. 966³⁰⁴. Aparentemente, entendeu o legislador pela necessidade de ampliação das hipóteses de Ação Rescisória contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo (Situação) e o padrão decisório que lhe deu fundamento (Aplicação). Como o dispositivo trata sobre precedentes, obviamente que não se discute aqui o espaço da fundamentação política que deu origem à regra aplicada.

³⁰⁴ Art. 966 (...)

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

4. O CARÁTER ONTOLÓGICO DA ARGUMENTAÇÃO

Nos capítulos anteriores, viu-se como as teorias da argumentação analisam os aspectos referentes à prescritividade e à normatividade dos enunciados e de que maneira elas contribuem para uma teoria da decisão do ponto de vista pragmático. Foi possível perceber que a moral voltou a ter um papel significativo no interior da razão discursiva, mormente no período pós-positivista, e que o direito deve ser compreendido como um produto do pensamento cujo ponto de partida é a norma, enquanto resultado de inúmeras indeterminações. Essas indeterminações são, por assim dizer, decorrentes da própria existencialidade do intérprete do qual ele não pode se desprender. É, pois, a fonte da sua pré-compreensão que, na teoria do professor Lênio Streck, ganha contornos de relevo. Segundo ele,

A pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo *Dasein* que compreende esse sentido. A compreensão que o *Dasein* tem de si mesmo, e que nasce da compreensão do ser, significa dizer que o mensageiro já vem como a mensagem. Afinal, como magistralmente assinala Stein, *Dasein* une universalidade e singularidade, universalidade e contingência. Enfim, *Dasein* é sempre síntese³⁰⁵.

O caráter ontológico da argumentação reside, portanto, no fato de que legislador e intérprete encontram-se inseridos num contexto linguístico cujos sentidos são dados pela tradição. É nesse contexto que se deve compreender a dimensão normativa como o *Dasein* da interpretação. Se “o caráter da interpretação é sempre produtivo”³⁰⁶, como afirma o referenciado jurista, o direito, percebido enquanto normatividade é sempre reprodutivo. Reprodutivo não no sentido de replicante, mas de adaptável.

É esse elástico do texto possibilitado pela interpretação que permite a expansão semântica da norma, alcançando e assimilando aquele espaço que havia sido destinado à razão prática. A moral, portanto, continua acessível ao direito, apesar de ocupar uma posição que não mais aquela destinada por Günther.

Dentro dessa perspectiva, o Capítulo 3 propôs-se a demonstrar que a Análise

³⁰⁵ STRECK (2013, p.32).

³⁰⁶ *Idem* (2013, p.32).

Econômica do Direito é um elemento pragmático indispensável para a dogmática³⁰⁷ na medida em que contribui não apenas como instrumento indispensável para que o intérprete/aplicador descortine a decisão no interior da dimensão normativa, mas também no processo de reprodução dinâmica do direito.

4.1 A MEDIAÇÃO NORMATIVA

A dimensão normativa é o espaço da mediação. Ela fornece ao intérprete uma espécie de “campo gravitacional” que o aprisiona numa intersubjetividade histórica e linguística. No interior dessa abertura é que esse intérprete, valendo-se de uma pré-compreensão de sentidos vai fazer o esforço hermenêutico a fim de adequar à regra ao caso concreto. Foi visto, no entanto, que essa pré-compreensão esbarra em limitações de cunho cognitivo que só podem ser superadas por uma razão teórica, vale dizer, que o aplicador dessa regra precisa entender e conhecer a situação, já que disso dependerá a adequabilidade daquilo que decidiu. Uma decisão justa é necessariamente adequada, pois demonstra que o aplicador fez o melhor que pode para interpretar e compreender o problema avaliando corretamente os seus efeitos.

A hermenêutica, portanto, funciona como mediação normativa, unindo a Fundamentação e a Aplicação através de uma intersubjetividade. Quando interpreta, o juiz se posiciona dentro dessa dimensão, ficando por ela circunscrito. Não há como escapar. Todas as possíveis decisões encontram-se nesse espaço, esperando para serem descobertas. Como visto, a decisão não pode ser criada, inventada ou voluntariamente escolhida. Quando decide, o julgador apenas a reconhece. Esse é o “contexto da descoberta”. Não há espaço para discricionariedades.

Ora, quando “descobre” a decisão, automaticamente que o hábil aplicador já possui os fundamentos para justificá-la. Todo esse processo acontece em uma única etapa, de modo que é absolutamente incoerente que ele decida de uma forma e que fundamente de outra. Toda decisão, uma vez descoberta, já carrega consigo os seus

³⁰⁷ ATIENZA (2014, p.3) estabelece uma relação bastante interessante entre a argumentação e a dogmática que vale a pena ser referenciada.

“A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”. Interessante perceber como a dogmática jurídica tem sido divorciada da ontologia.

fundamentos, como se o intérprete deixasse um rastro hermenêutico por onde passa.

A pergunta que provavelmente ainda deve inquietar o leitor é como foi possível afirmar que toda decisão necessariamente se encontra dentro dos limites dessa dimensão normativa? Ora, não é factível que o aplicador decida sem conhecer a regra (fundamentação) e sem conhecer o problema jurídico com o qual se depara (aplicação). São premissas da decisão. Pouco importa de onde parte o intérprete. Se do problema para a regra ou da regra para o problema uma vez que se trata de uma circularidade. Não é, portanto, possível saber onde começa e onde termina o processo de mediação normativo. Acerca disso, é oportuna a referência à Castanheira Neves. Diz o autor:

(...) as intenções e as tarefas jurídicas do legislador e do “intérprete” (...) tem o mesmo objetivo, e não diferem umas das outras senão porque se colocam na prossecução deste objetivo a níveis diferentes: “o legislador e o intérprete, onde se distingam um do outro, não fazem senão partilhar os momentos sucessivos duma mesma tarefa”³⁰⁸.

Esses “momentos sucessivos” são justamente a Fundamentação e a Aplicação partilhados pelo legislador e pelo intérprete. Não há como considerar outro tipo de fundamentação senão aquele cujos sentidos já são antecipados. É nesse espaço que os problemas das lacunas normativas e das colisões entre regras positivas são elididas e superadas. Esse capítulo é destinado a resolver algumas questões que ficaram até agora sem resposta, tais como o espaço da hermenêutica no modelo proposto e a identificação de uma nova fonte de validade para o direito.

4.1.1 O papel da hermenêutica no contexto de uma dimensão normativa

A perspectiva de Castanheira Neves, cuja teoria serviu de fundamento teórico inicial para este trabalho, mostra-se mais uma vez extremamente relevante já que desvenda o verdadeiro papel da interpretação no contexto normativo, servindo de instrumento para uma teoria da decisão. A questão que o professor de Coimbra se coloca é a seguinte: “a interpretação jurídica é um problema estrita e rigorosamente

³⁰⁸ NEVES (1993, p.18-19).

hermenêutico ou um problema essencialmente normativo?”³⁰⁹ A resposta que o autor apresenta a esse problema é bastante reveladora e interessante do ponto de vista da argumentação. Segundo ele,

O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar a significação, ainda que significação jurídica, que exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um *critério prático normativo adequado* de decisão dos casos concretos. (...) Uma “boa” interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutico-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto³¹⁰.

Veja que Castanheira Neves chega à mesma conclusão quanto à indispensabilidade da aplicação no “caso concreto” para a tessitura de uma dimensão normativa. A interpretação é, pois, peça-chave para estabelecer-se essa mediação normativa. Enquanto a argumentação jurídica atua externamente viabilizando os meios para essa abertura, a hermenêutica atua internamente, orientando as inúmeras “indeterminações” que compõe a norma a fim de que se revelem já como elementos para a decisão.

No famoso Capítulo VIII da sua Teoria Pura, Kelsen esboça as principais bases para aquilo que denominou de “a essência da interpretação”. O autor inicia o capítulo dizendo:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar essas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior³¹¹.

Kelsen se refere ao grau de hierarquia das regras, as quais devem ser interpretadas sempre observando a norma que lhe empresta o fundamento de validade. O trabalho do hermeneuta perpassa, pois, por esse controle, estando o ato de aplicação suscetível de relativa indeterminação permitida pelo “escalão superior”. Kelsen quer com isso dizer que o intérprete deve ter certa margem de discricionariedade quando aplica o direito o que, decerto, não se coaduna com o modelo que ora está sendo proposto por razões que já foram apresentadas.

³⁰⁹ NEVES (1993, p.83).

³¹⁰ *Idem* (1993, p.84).

³¹¹ KELSEN (2009, p.387).

Abordando a questão do grau de determinabilidade entre os diferentes níveis normativos, Kelsen afirma o seguinte:

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever³¹².

É bem verdade que a regra não pode prever todas as circunstâncias de um caso concreto. Não se trata apenas de uma impossibilidade cognitiva. É que um sistema de regras com elevada densidade semântica engessaria o ordenamento tornando-o pouco afeto à dinâmica da realidade. Seria semelhante a uma carapaça dura que impede a evolução do direito, na medida em que o torna indiferente às novas possibilidades. Entretanto, como visto anteriormente, o modelo de uma dimensão normativa impossibilita que o intérprete atue livremente, uma vez que não é ele quem define “quando”, “onde” e “como”, mas é a própria situação que assim lhe impõe que seja feito. Nesse ponto, não há espaço para discricionariedade.

Existe, no entanto, uma válvula de escape no que concerne aos efeitos da decisão, esses sim, passíveis de aferição axiológica pelo julgador. Ele pode (e deve), quando julgar necessário, aferir se os efeitos da decisão são compatíveis com a integridade (previsão de coerência) do sistema, sob pena de comprometer a sua estabilidade. Nesses casos ele está autorizado a lançar mão dos princípios. Ora, poder-se-ia perguntar se, em havendo colisão entre regras dentro da dimensão normativa, lhe seria permitido utilizar dos princípios, uma vez esgotadas as demais alternativas de solução previstas no ordenamento. A resposta é: depende.

Como visto, o grau de discricionariedade do intérprete/aplicador só se verifica quanto aos efeitos da decisão. Pois bem. Se os efeitos esperados pela aplicação das regras forem igualmente colidentes ou conflitantes, poderá haver o processo de

³¹² KELSEN (2009, p.388).

expansão normativa através do princípio. Diz-se “do princípio” no singular, pois em regra, apenas um passará pelo teste da universalidade, devendo ser este o resultado a ser atingido. Esse critério é importante, pois os efeitos de uma dada decisão tem um papel significativo sobre o nível de utilidade esperada (Ue^*) e, logo, sobre a estabilidade sistêmica dada a transmissibilidade das informações assimiladas pelos indivíduos a qual é repassada adiante, conforme prevê a Hipótese das Expectativas Racionais.

É importante nunca perder de vista que a situação é apenas um recorte da realidade e que, portanto, o intérprete deve sempre trabalhar com pressupostos, assumindo que todo o restante da *práxis* seja dado como constante³¹³. Embora seja metodologicamente necessário, o intérprete precisa ter em mente que não é isso que ocorre. Ora, o espectro de aplicação do direito não se torna estático só porque ele deixou por um instante de analisá-lo. Uma decisão sempre irradia os seus efeitos para além da aplicação repercutindo na forma como os outros atores agem e igualmente tomam suas decisões. Ele mesmo, o intérprete, ainda que possa não perceber, já foi afetado pelo horizonte de eventos que o antecede. Não há como escapar dessa dimensão normativa, como já foi afirmado.

A decisão é um ato; os efeitos, as consequências materiais e psíquicas que resultam desse ato. Se um magistrado determina que algo seja feito de determinado modo, o resultado dessa ordem é a concretização no mundo dos fatos de uma prescrição que já existia em abstrato através da regra. Esse é o “caráter performativo” da linguagem a que se refere Austin. Como se sabe, Austin esboça uma cisão entre os atos da fala, classificando-os em três categorias: atos “locucionários”, “ilocucionário” e “perlocucionários”³¹⁴ deixando clara a necessidade de se distinguir as consequências. Austin considera que “talvez seja necessário marcar as distinções, uma vez que há nítida diferença entre o que sentimos ser a

³¹³ Esse é o conceito econômico de *coeteris paribus*. Esse pressuposto que, numa tradução livre significa “todo o resto constante” permite que se façam análises com um número reduzido de variáveis explicativas.

³¹⁴ “O ato *locucionário* consiste na expressão de um enunciado com um significado determinado. (...) O ato *ilocucionário*, é o que se faz dizendo algo. O que se faz dizendo algo precisa ser distinguido do que se faz por dizer algo: O primeiro depende de convenções, o último, de efeitos práticos em dada situação. Ao dizer a alguém: ‘prometo ajuda-lo na sua mudança’, estou fazendo uma promessa, e ao fazer isso também posso surpreender, agradar ou assustar a pessoa a quem estou prometendo ajuda” A produção de tais efeitos mediante expressões é o que Austin chama de *ato perlocucionário*. ALEXY (2013, p.64).

produção real de efeitos reais, e o que consideramos como consequências meramente convencionais”.³¹⁵ Segundo ele,

O ato ilocucionário "tem efeito" de certas maneiras, o que se distingue de produzir consequências no sentido de provocar estados de coisas de maneira "normal", isto é, mudanças no curso normal dos acontecimentos.³¹⁶ Assim distinguimos o ato locucionário (e dentro dele o fonético, o fático e o rético) que tem um *significado*; o ato ilocucionário que tem uma certa *força* ao dizer algo; e o ato perlocucionário que consiste em se obter certos *efeitos* pelo fato de se dizer algo. Na última conferência distinguimos, em conexão com isso, alguns sentidos de "consequências" e "efeitos"; especialmente três sentidos em que mesmo nos atos ilocucionários os efeitos têm um papel, representado por elementos como assegurar a apreensão, ter um resultado e demandar respostas. No caso do ato perlocucionário, fizemos uma distinção esquemática entre alcançar um objetivo e produzir uma seqüela. Atos ilocucionários são atos convencionais; atos perlocucionários *não* são convencionais.³¹⁷

Percebe-se, assim, que existem certos fenômenos que não podem ser aprisionados pela linguagem ou retidos pela argumentação. Para Austin, essa categoria de atos resultantes da fala é classificada como “perlocucionários”, alterações psíquicas (mentais) que são igualmente um “subproduto” da decisão. Fala-se em “subproduto”, pois não é aferível prontamente pelos sentidos. Do ponto de vista do direito, não há como estimar o seu alcance e nem tampouco as externalidades geradas por esse ato que transcendem os limites da dimensão normativa. É preciso internalizá-las. O problema é que isso não pode ser operacionalizado abstraindo-se da Análise Econômica do Direito. A hermenêutica não pode mais ajudar agora, pois, como visto, atua internamente. Se a norma for concebida *a priori*, então ela pode ser considerada a causa direta da decisão e, os efeitos desta. Essa relação foi muito bem exposta por Tomás de Aquino³¹⁸:

Toda demostración es doble. Una, por la causa, que es absolutamente previa a cualquier cosa. Se la llama: a causa de. Otra, por el efecto, que es lo primero con lo que nos encontramos; pues el efecto se nos presenta como más evidente que la causa, y por el efecto llegamos a conocer la causa. Se la llama: porque. Por cualquier efecto puede ser demostrada su causa (siempre que los efectos de la causa se nos presenten como más evidentes): porque, como quiera que los efectos dependen de la causa, dado el efecto, necesariamente antes se ha dado la causa. De donde se deduce que la existencia de Dios, aun cuando en si misma no se nos presenta como evidente, en cambio sí es demostrable por los efectos con que nos encontramos.³¹⁹

³¹⁵ AUSTIN (1990, p.90).

³¹⁶ *Idem* (1990, p. 100).

³¹⁷ *Ibidem* (1990, p.103).

³¹⁸ AQUINO (2001, p.110). Parte I, Artículo 2. La existencia de Dios, ¿es o no es demostrable?

³¹⁹ Numa tradução livre: “Toda demonstração é dupla: uma é através da causa, é chamada de *a priori*,

O ato de argumentar pode ser compreendido, portanto, sob um duplo aspecto, assim como a fundamentação. O primeiro, concebido aprioristicamente através da norma e, o segundo, concebido posteriormente através dos efeitos da aplicação. De acordo com o pensamento de Tomás de Aquino, a análise adequada dos efeitos, quando eles passam a ser mais conhecidos do que a própria causa (fundamento que deu origem à regra), permite que se conheça a própria *raison d'être* da norma. No entanto, isso não pode ser possível sem que se lance mão de um método analítico, já que se trata de algo que somente pode ser apreensível a posteriori.

O que se está propondo é que os fundamentos da aplicação elaborados pelo decisor complementem os fundamentos políticos da regra quando ela, por si só, não seja capaz de solucionar o problema. É importante, no entanto, nunca perder de vista que argumentos de aplicação são necessariamente casuísticos ou contingenciais e sempre se referem a uma dada situação. Logo, não possuem caráter normativo. E nem poderiam. Isso porque, do ponto de vista de uma dimensão normativa, é impossível que uma "regra" surja previamente como resposta anterior e se interponha como norma, antes do caso concreto³²⁰.

Mas por que os resultados de uma decisão não se circunscrevem igualmente nessa "normatividade"³²¹? A resposta para esse problema é a seguinte: os efeitos da aplicação do direito, ainda que diante de duas situações que contenham inúmeras similitudes, podem ser totalmente diferentes. Isso porque existe uma relação de "reflexividade" entre os indivíduos que os fazem dar respostas distintas e, por vezes até aleatórias (o direito não é linear) para problemas idênticos.

Pessoas racionais têm a capacidade de se adaptar e de aprender com erros sistemáticos. Isso faz com que os efeitos da aplicação percam o status deontológico-

é argumentar apenas sobre o que está antes. A outra maneira é através do efeito, e é chamada de demonstração *a posteriori*; é argumentar a partir do que é anterior relativamente apenas a nós. Quando um efeito é mais conhecido para nós do que sua causa, a partir do efeito passamos ao conhecimento da causa. Assim todos os efeitos da existência e sua causa podem ser demonstrados, desde que os seus efeitos são mais conhecidos para nós, porque uma vez que cada efeito depende de sua causa, se o efeito existe, a causa deve pré-existir".

³²⁰ Isso pode ser entendido como uma crítica ao modelo das Súmulas Vinculantes.

³²¹ Para Friedrich Müller, o conceito de "normatividade" é o seguinte: "a propriedade dinâmica que a norma jurídica compreendida com o modelo de ordenamento materialmente caracterizado possui para influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e ser nisso, por sua vez, influenciada pela própria realidade (normatividade materialmente determinada)".MÜLLER (2013, p.206).

normativo, afinal, não há como fazer com que um resultado, baseado em condições de incerteza e cuja concreção é apenas esperada, torne-se uma obrigatoriedade, um dever-ser jurídico. Essa limitação foi igualmente identificada por Friedrich Müller:

(...) a concepção dominante da norma jurídica como ordem pronta e acabada confunde norma e texto da norma. O texto da norma pode estimular com seu efeito sinalizador a concretização e pode apontar com o seu efeito limitador as barreiras da concretização admissível, mas ele não pode conter substancialmente a instrução normativa.³²²

Essa afirmativa de Müller ajuda a reforçar o argumento de que a dimensão normativa não pode ser abstraída da aplicação, sob pena de perder a sua própria normatividade. O modelo que está sendo proposto neste trabalho se harmoniza com a perspectiva estruturante do direito, na medida em que também “considera normativo tudo o que confere uma direção ao processo decisório, conseqüentemente todos os elementos que não poderiam cair fora sem que o caso fosse decidido diferentemente”³²³.

Friedrich Müller diz que “a norma jurídica não é um dado prévio orientador da concretização, mas só chega a ser produzida pelo assim chamado aplicador do direito”³²⁴. Nesse ponto cabe uma observação à luz de tudo o que já foi exposto até aqui. Esse conceito de norma não parece ser o mais adequado quando se pretende perceber o direito como um sistema circular e reprodutivo. Com efeito, se a norma jurídica não pode ser apreendida previamente, como afirma o professor Müller, como o direito se reproduz? Isso exigiria que a cada nova decisão o intérprete recomece com um grau zero de sentido.

Ao que tudo indica, a questão é que Friedrich Müller não está a falar propriamente do direito enquanto norma, mas de uma interpretação que vai além do texto. Nesse sentido, portanto, é que parece correto falar em uma produção como conceito hermenêutico-linguístico. A conclusão a que se chega, portanto, é a de que, enquanto a interpretação é produtiva, mediatizadora e interna, a norma é reprodutiva, delimitadora e externa ao processo.

Ora, se o modelo anglo-saxônico utiliza-se dos precedentes como forma de

³²² MÜLLER (2013, p. 207).

³²³ *Idem* (2013, p.206).

³²⁴ *Ibidem* (2013, p.208).

uniformização das decisões proferidas pelo judiciário, não é menos verdade que países de tradição romano-germânica como o Brasil parecem caminhar nesse sentido. Prova disso é a atribuição de caráter prescritivo às súmulas que como o próprio nome já diz vinculam os jurisdicionados e o abandono sistemático da aplicação da lei pela jurisprudência. O motivo parece bastante óbvio. A busca pela otimização do tempo incorrido para decidir aproveitando-se do *iter* cognitivo já percorrido. Isso tornaria as ações mais céleres, eficientes e menos dispendiosas para a sociedade. Em contrapartida, é verdade, poria em risco a segurança jurídica, visto que o tempo é justamente o fator determinante para a adequabilidade da decisão, ante as especificidades de cada situação em particular.

Luciano Benetti Timm, em artigo publicado sobre o assunto, faz uma análise muito precisa desse assunto, demonstrando que “decisões que violam precedentes judiciais dificultam o ‘cálculo do risco econômico’”. De acordo com renomado professor:

Se essa radiografia é correta, o Poder Judiciário somente cumprirá sua missão se for capaz de efetivamente resolver as contendas complexas de modo igualitário (mesma regra para todos) e de modo minimamente eficiente (menor custo possível). Decisionismos individuais (assim entendimentos posicionamentos embasados em ideologia ou convencimento pessoal do juiz) em conflito com precedentes judiciais apenas serve para estimular novas ações judiciais, distorcer a regra comum que deve vigorar para toda a sociedade e aumentar o custo social com a solução do dilema. De outra parte, a literatura de análise econômica do Direito há muito reconhece o judiciário como uma “instituição”, que é capaz que produzir regras que condicionam os incentivos comportamentais no mercado. Como dizia Coase, decisões judiciais produzem efeitos de “segunda ordem”, uma vez que, além da decisão de um conflito, criam expectativas normativas dos demais agentes econômicos. Nesse sentido, determinadas atividades econômicas serão promovidas e outras serão banidas ou desincentivadas.³²⁵

Ao que tudo indica, os precedentes fazem com que a racionalidade seja compartilhada induzindo a decisão a se transformar em uma construção alicerçada em processos cognitivos anteriores. Isso possibilita a redução do tempo destinado a compreender o problema, uma vez que o aplicador já se apropria desse esforço hermenêutico anteriormente realizado e, com isso, aproxime-se sobremaneira das decisões já proferidas, reduzindo o risco econômico. Por óbvio, isso não significa que o aplicador não necessite fundamentar a sua decisão para que aquele caso em concreto, adquira o status de norma individual.

³²⁵ TIMM (2015, p.1-2).

Por outro lado, viu-se que a verificação em torno dos efeitos da decisão ocorre em outro âmbito e, por isso, deve contar com outro instrumento de uniformização, qual seja, a razão prática. Nesse aspecto, deve o juiz lançar mão dos princípios e, diante da situação específica e da argumentação suscitada pelas partes, decidir.

4.1.2 O duplo aspecto da fundamentação e o caráter ambivalente dos princípios

Conforme visto no Capítulo 1, os discursos de fundamentação podem ser percebidos sob um duplo aspecto. O primeiro, realizado no momento da feitura e elaboração da regra positiva, cujo papel é do legislador (fundamentação política); o segundo, consubstanciado na razão prática, cujo papel é atribuído ao intérprete/aplicador quando procura internalizar os resultados da aplicação do direito (fundamentação moral).

O duplo aspecto da fundamentação reside não no fato de que a argumentação encontra-se polarizada pelos discursos que motivam a existência de uma regra (dizem a sua finalidade) e os argumentos utilizados pelo juiz para decidir. Esse duplo aspecto se evidencia pela possibilidade da incorporação da razão prática (fundamentos morais) como elemento justificador dos efeitos dessa decisão, através daquilo que foi denominado aqui de “expansão semântica” da norma. Ora, fundamentos políticos (ontológicos) não podem explicar resultados que estão assentados sobre outro tipo de racionalidade. Uma coisa é a situação sobre a qual a regra é aplicada; outra são os efeitos que ela proporciona. É por isso que esses resultados não podem ser previstos na sua integralidade e, por vezes, se afastam da real finalidade da regra intentada pelo legislador.

Uma regra sem fundamento possui prescritividade de condutas, mas não normatividade. A normatividade exsurge da fusão entre a Fundamentação e a Aplicação. Argumentos morais não necessitam de fundamentação, posto que universalizáveis, justificam-se por si só. Normas de caráter prescritivo de cunho sancionatório, no entanto, exigem tal esforço hermenêutico. Vale dizer que, a perspectiva moral ou axiológica que sempre se encontra subjacente a um enunciado, já é ela mesma o fundamento para a existência da regra o que não quer

dizer que isso já seja o suficiente para explicar sua existência. É preciso mais.

A aplicação não pode negligenciar a fundamentação que o antecede e que, por óbvio já deveria trazer em seu bojo, os seus possíveis impactos. Esse papel não deveria competir ao intérprete, visto que a aplicação do direito não é um ato voluntarista e individual. É antes realizado numa perspectiva do discurso, ou seja, intersubjetivamente. O aplicador, á luz dos argumentos trazidos e da própria situação, deve, pois, fazer a adequação jurídica (e não moral) da regra ao resultado eventualmente não previsto na fundamentação da regra. Não há espaço para princípios aqui e sim para o ajustamento da regra para que cumpra a finalidade para a qual foi criada. A regra é o ente que hospeda a norma enquanto ser.

Da mesma forma, a análise que Alexy faz de Toumin possibilita, como visto no Capítulo 2, estabelecer esse duplo aspecto da fundamentação. Alexy, referindo-se respectivamente a justificação por meio de regras deontológica e teleológicas afirma que:

A primeira forma de argumento amarra a argumentação moral às normas morais existentes. A segunda serve ao desenvolvimento de sua função crítica. Esta função crítica é preenchida quando os sistemas morais são adaptados às novas circunstâncias e a aproximam do seu objetivo de evitar sofrimento desnecessário. A argumentação moral, assim conecta-se por um lado, às condições existentes e, por outro lado, serve ao ideal da sociedade (...). Os dois níveis de argumentação moral devem ser distinguidos de suas duas formas. O primeiro nível diz respeito à fundamentação de ações individuais; o segundo, à fundamentação de regras morais. A fundamentação de ações individuais se produz da primeira forma. A segunda forma só entra em jogo quando duas regras estiverem em conflito ou quando nenhuma das regras vigentes na sociedade do falante for aplicável. Apenas a segunda forma diz respeito à fundamentação de regras morais.³²⁶

A conclusão que se tem a partir da leitura dessa passagem é a de que Günther confunde os dois aspectos da fundamentação ou pelos menos injustificadamente coloca a fundamentação moral, fruto de uma razão prática, no lugar de uma fundamentação política. É por isso que a teoria que ele se propõe a provar exige a cisão em relação à aplicação. Isso tem levado o judiciário a negligenciar a fundamentação das decisões que profere.

Esse, aliás, foi justamente o motivo que ensejou intenso debate entre o professor Lênio Streck, amplamente referenciado aqui, e o Juiz do Trabalho Xerxes

³²⁶ ALEXY (2013, p.88).

Gusmão 3º Congresso da Magistratura Laboral, ocorrido no dia 22 de maio de 2015 na sede do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em São Paulo. O debate foi noticiado pelo site www.conjur.com.br³²⁷. De acordo com a revista Consultor Jurídico, “o motivo da controvérsia foi o artigo 489 do novo Código de Processo Civil³²⁸, que exige que os magistrados fundamentem suas decisões”. A seguir, devido a relevância prática dos argumentos, convêm trazer a lume, um breve resumo do que foi noticiado:

Streck iniciou sua defesa da fundamentação afirmando que os juízes devem, sim, explorar todos os argumentos apontados pelas partes, pois precisam seguir as leis e não aplicar o que acham “certo”: “Direito não é Filosofia nem moral. Se fosse, não iria querer que juízes aplicassem as leis, e sim moralistas e filósofos”. (...) “O sentimento do justo cada um tem. O problema é saber se o Direito dá a mesma resposta. Se não der, a opinião do juiz tem o mesmo peso da opinião do porteiro. (...) Temos que tomar cuidado para que a democracia não seja substituída pela juristocracia, que é a substituição do legislador pelo juiz”, analisou Streck.³²⁹

Ora, a “exploração dos argumentos apontados pelas partes” possibilita que o magistrado adentre nas nuances da situação, permitindo-lhe encontrar a melhor decisão possível em termo de adequabilidade. O tipo de racionalidade utilizada para isso é a razão teórica, conforme visto no capítulo anterior. Não é o espaço para lançar mão dos sentimentos do que é justo ou moral. Esses são critérios subjetivos que não são passíveis de normatização e tampouco devem servir de critério já que apenas obnubilam (ampliam) as possibilidades de encontrar a decisão adequada, agindo no caminho inverso ao do processo cognitivo em torno da situação.

No entanto, não é isso que tem se evidenciado no judiciário brasileiro, a julgar pela resposta do magistrado debatedor.

Ao comentar o artigo 489 do novo CPC, Gusmão sustentou ser irreal a exigência de analisar todas as alegações apresentadas pelas partes. Para o juiz, se a regra for aplicada literalmente, a Justiça irá parar, uma vez que, em muitos casos, os autores e réus elencam mais de 50 argumentos. Na opinião dele, se o magistrado se basear nas principais alegações, nas provas mais relevantes e no direito aplicado ao caso concreto, a decisão estará suficientemente fundamentada³³⁰.

Do ponto de vista da práxis, a opinião do juiz não deixa correta. Daí o papel dos precedentes. No entanto, não é verdade que “a decisão estará suficientemente

³²⁷ Por Sérgio Rodas, repórter da revista consultor jurídico.

³²⁸ Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

³²⁹ RODAS (2015, p.1-2).

³³⁰ *Idem* (2015, p.2).

fundamentada” se ela se pautar apenas “nas principais alegações”. Isso é um completo engano. Viu-se que é plenamente possível que o aplicador decida mesmo sem ter qualquer conhecimento acerca da situação, ampliando o seu conhecimento acerca da fundamentação que instrui a criação da regra. No entanto, quanto menos informações obtiver acerca do caso concreto, menor a adequabilidade da decisão, o grau de realização (concretude) do direito e a sua validade.

Isso porque, conforme visto no tópico anterior, os precedentes judiciais possibilitam o compartilhamento do processo decisório através de um sistema de “camadas”, semelhante ao que acontece em um “romance” literário contado por diversos escritores. No entanto, se os atos decisórios individuais são falhos na fase cognitiva, isso possibilita que o “erro” se reproduza, tornando-se difícil superar o precedente (*overruling*). Percebe-se, dessa forma, que se torna mais fácil um esforço pessoal do magistrado no sentido de confronto e diferenciação entre as circunstâncias da situação entre o caso analisado e aquele com o qual se valeria do precedente (*distinguishing*). Por fim, é mister trazer à lume tréplica de Streck. O professor afirma que:

“Os poderes da República emanam do povo, não do Judiciário. Se o legislador errou, aceita. E, mesmo assim, o Judiciário corrige todos os dias as decisões do parlamento. Mas um negócio em favor da democracia é sempre mal visto”. (...) “Eu, como cidadão, tenho o direito de que a lei seja cumprida”.³³¹

O ato de fundamentar uma decisão não se confunde com a fundamentação política que polariza a dimensão normativa. A fundamentação do juiz é a demonstração escrita do esforço realizado para encontrar a decisão. Não é preciso ter criatividade para justificá-lo, pois não se trata de algo que se origina na consciência ou na obrigatoriedade de realizar justiça. Uma decisão já carrega consigo os seus próprios fundamentos. Os argumentos que o aplicador deve se valer são aqueles que demonstram por que aquela decisão é, de fato, a mais adequada.

A posição de Streck coaduna-se com aquilo que se vem querendo demonstrar até agora, ou seja, que “explorar todos os argumentos apontados pelas partes” é

³³¹ RODAS (2015, p.2).

condição de possibilidade para uma decisão adequada. Não há como decidir (os precedentes não podem “falar” pela situação e, logo, não podem ser utilizados como fundamentos, pois deles não deriva normatividade) sem fundamentar. Lembre-se que a dimensão normativa pressupõe necessariamente dois polos. O primeiro de cunho político (o que permitiria um diálogo entre as teorias da argumentação e a proposta de Habermas) e, o segundo, de cunho jurídico, derivado do processo de aplicação do direito diante da situação.

No modelo proposto aqui, os precedentes não possuem normatividade, mas assumem um papel importante na mediação, assim como a hermenêutica. Com efeito, há de se concordar com o professor gaúcho quando ele afirma que os juízes “precisam seguir as leis e não aplicar o que acham ‘certo’”. O verbo “precisar” é deontológico, ou seja, trata-se de uma obrigatoriedade e não de um aconselhamento no sentido de que seria adequado se agissem assim. O aplicador é obrigado a seguir a lei, sob pena de perder o caráter normativo da sua decisão. A fundamentação que ele fará, revela que esse critério foi observado. Abordando a questão dos precedentes no novo CPC, o professor Elpídio Donizetti, em artigo bastante elucidativo, afirma o seguinte:

Os adeptos do sistema *Civil Law* difundiram a ideia de que a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei. A subordinação e a vinculação do juiz à lei constituiriam, portanto, metas necessárias à concretização desse ideal. Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, não se mostra suficiente a assegurar aos jurisdicionados a mínima segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito. O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas. É importante esclarecer que o que forma o precedente é apenas a razão de decidir do julgador, a sua *ratio decidendi*. Em outras palavras, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores. As circunstâncias de fato que deram embasamento à controvérsia e que fazem parte do julgado não têm o condão de tornar obrigatória ou persuasiva a norma criada para o caso concreto. Além disso, os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da causa (*obiter dictum*) não podem ser utilizados com força vinculativa por não terem sido determinantes para a decisão, tampouco as razões do voto vencido e os fundamentos que não foram adotados ou referendados pela maioria do órgão colegiado.³³²

A análise do Desembargador do TJ de Minas Gerais Donizetti reforça a tese

³³² DONIZETTI (2015, p.3).

de que os fundamentos de uma decisão não podem ser continuamente reiterados em decisões posteriores, sendo que o precedente, no fundo, funciona como um mediador normativo, na medida em que pode ser utilizado para proporcionar segurança e uniformidade em casos idênticos. No entanto, para concluir que um problema jurídico é semelhante ao outro, continua sendo necessária a averiguação dos pormenores que afetam a situação. Somente depois de concluído esse esforço cognitivo, é possível concluir pela similaridade e, aí sim, aferir se a decisão dada no precedente é, de fato, a mais adequada. Isso seria quase como admitir a tese de que seria possível haver uma única decisão correta para casos idênticos. Mas isso, como vimos não pode ser verdade, pelo menos não se o direito for compreendido como um sistema do tipo não-linear. Alexy traz um posicionamento interessante acerca do papel dos precedentes que convém referenciar. Afirma o autor:

O uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente. "O Direito do precedente é também um Direito de Normas". A questão é o que se deve considerar como norma, do ponto de vista do precedente. Com este propósito, construíram-se numerosas teorias para distinguir entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A formulação limitada que aqui se segue permite, em lugar de entrar na discussão destas teorias, apontar unicamente dois fatores: a possibilidade de *distinguishing* e do *overruling*. A técnica do *distinguishing* serve para interpretar de maneira estrita a norma que se deve considerar sob a perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica do fato hipotético não existente no caso a ser decidido, de modo que não seja aplicável a este caso. Com isso, o precedente continua sendo respeitado. A técnica do *overruling*, ao contrário, consiste na rejeição do precedente.³³³

O fato de que direito e moral podem ou não oferecer a mesma resposta para o problema foi devidamente observado quando se transportou a razão prática para uma posição co-originária a da dimensão normativa e por uma razão muito simples: o direito não tem compromisso com a moral. Isso pode ser melhor explicado por Posner:

Contudo, uma interessante questão analítica diz respeito a saber se pode haver uma obrigação moral de obedecer às leis positivas que não são, de certo modo, subscritas pelo direito natural. O argumento contra tal obrigação moral é claro e simples: as obrigações morais são obrigações ou de obedecer às normas morais, ou de consumir certos compromissos voluntários (as promessas, por exemplo) aos quais se prende a obrigação moral; mas o direito positivo, do ponto de vista do positivista, não se fundamenta necessariamente na moral, e não é, num sentido realista, aceito por aqueles que a ele estão sujeitos.³³⁴

³³³ ALEXY (2013, p.271).

³³⁴ POSNER (2007, p.314).

Ou seja, a moral passa ocupar um espaço paralelo a do direito podendo, entretanto, ser acessada através dos princípios, conforme já referido anteriormente. Logo, a razão prática deixa de ocupar o espaço da fundamentação, atendendo as exigências de Habermas. E é por isso que juízes não devem decidir com base em suas convicções morais, embora sejam tentados a isso. Se um indivíduo age contra a lei positiva respeitando máximas morais auto impostas, ele não deixa, por isso, de ser um agressor do Estado Democrático e, logo, deverá suportar a sanção imposta pelo direito. A análise que ele faz entre orientar sua conduta por princípios morais internos ou sofrer as penas da lei é utilitária e dependerá de quanto estará disposto a “pagar” para preservar suas crenças ou ideias legados pela tradição.

Ora, se diante de cada situação o aplicador decide empregar valores éticos ou morais para decidir, logo o direito perderá sua prescritividade e a regra passará a ser a exceção. O fundamento moral que informa a razão prática situa-se em outra dimensão a qual, no entanto, pode ser acessível através dos princípios. A ideia de que só pode existir uma única resposta correta para cada caso é uma tese moral. Só a moral pode prescrever sim ou não diante de determinado dilema. Não há como alguma coisa ser mais ou menos moral. Ou ele afronta ou ele não afronta a moral. Por outro lado, o direito positivo pode sim apresentar não apenas uma, mas infinitas respostas possíveis para um determinado caso, a depender do conhecimento que o intérprete dispõe da situação.

Isso, aparentemente inverte a lógica de que as regras sempre são aplicadas na base do “tudo ou nada” enquanto os princípios realizar-se-iam na maior medida possível. Para que isso fosse verdade, o interprete teria que ser onisciente, vale dizer que teria que conhecer absolutamente todas as variáveis acerca do problema para, aí sim, afirmar que uma dada regra é ou não é válida. No entanto, dada a impossibilidade espaço-temporal, as regras, tal como os princípios, torna-se válida na medida em que se realiza e o direito vai sendo concretizado. Daí a tese de que existem diferentes níveis de validade e concretude. Princípios não são regras e, logo, não tem o condão de substituí-las. O que fazem, antes, é expandir a dimensão normativa para que a razão prática contribua para a solução do problema, não resolvido pela razão teórica. Nesse ponto é que se faz necessária a análise pragmática da argumentação, vale dizer, dos possíveis efeitos de uma dada decisão.

4.1.3 Relações entre a argumentação e a ética do discurso

De que maneira o agir comunicativo pode contribuir para uma teoria da decisão? Como a teoria de Habermas se situa ou se relaciona com as teorias da argumentação? É fato que a tese habermasiana não pode ser ignorada, mormente porque a proposta que o autor apresenta, como já analisado, substitui a razão prática da posição de destaque que possuía na teoria de Klaus Günther.

A teoria proposta por Habermas tem a desvantagem de “não funcionar mais como orientação direta para uma teoria normativa do direito e da moral”³³⁵. É por isso que a dimensão normativa da argumentação surge num contexto de intersubjetividade unificante e necessária entre a fundamentação político-jurídica erigida a partir de um processo democrático (de onde, aliás, deriva o caráter prescritivo do direito) e a aplicação da regra no caso concreto. Essa é a conclusão que se extrai de Habermas:

À proporção que a linguagem se impõe como princípio da socialização, as condições da sociabilidade convergem com condições da intersubjetividade gerada comunicativamente. Ao mesmo tempo, a autoridade do sagrado é transportada para a força vinculante de pretensões de validade normativas, cujo resgate é discursivo. Por esse caminho, o conceito de validade deontica é purificado de acréscimos empíricos; e no final das contas a validade de uma norma significa apenas que ela *poderia* ser aceita com boas razões por todos os interessados.³³⁶

Aparentemente, Habermas tenta deduzir a validade do direito de uma ética discursiva na medida em que a linguagem vai se “impondo” como “princípio de socialização”. Para o autor alemão, a aceitabilidade coletiva dos fundamentos é pressuposto para a validade. O modelo proposto aqui diverge em parte com essa teoria, pois filia-se a tese do professor Castanheira Neves, segundo o qual, como dito inicialmente, tanto a legitimação quanto a validade do direito estariam condicionadas à sua realização.

Portanto, só se poderia supor que a aceitabilidade, por certo, deveria recair sobre os resultados decorrentes da aplicação, já que estes invariavelmente estarão assentados ou sobre fundamentos políticos contrapostos com os argumentos

³³⁵ HABERMAS (2012, p.21).

³³⁶ *Idem* (2012, p.171, Vol 2).

oriundos da própria situação, ou então sobre fundamentos morais frutos de uma razão prática. No primeiro caso, fala-se em uma consciência coletiva e, no segundo, em um universalismo decorrente de um imperativo categórico.

No entanto, é bem verdade que a teoria de Habermas tem a vantagem dispensar o caráter transcendental da razão prática e de não limitar a “racionalidade do agir” à singularidade de um sujeito individual. Além disso, ela internaliza aspectos do “mundo da vida”.

Nessa perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado de direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos³³⁷.

Ao contrário da moral, cuja normatividade pode ser deduzida *prima facie* da razão prática, o direito, enquanto regras de caráter puramente abstrato e antecipatório só pode ser compreendido através do pensamento. A professora Margarida Lacombe Camargo, tece algumas considerações importantes acerca das contribuições legadas pelas teorias da argumentação, mormente no período pós-positivista:

O pós-positivismo, como movimento de reação ao legalismo, abre-se, na realidade, a duas vertentes. Uma delas é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o direito tem na justiça. Suas insuficiências seriam resolvidas mediante recurso aos valores que, apesar de circunscritos socialmente, pretendem alcançar uma pretensão universal. Tais iniciativas amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelo intérprete, assim como na idoneidade dos mecanismos que se fazem necessários. Poderíamos indicar aqui os nomes de Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy, ainda que uns assumam uma postura mais analítica (Alexy) do que outros (Dworkin). Em outra banda encontramos os autores que abraçam o pragmatismo, como é o caso de Friedrich Müller, Peter Harbele e Castanheira Neves, cujas teorias fundamentam-se antes na realidade do(s) intérprete(s) e nas suas condições de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores.³³⁸

Com efeito, o pós-positivismo possibilitou a inserção dos princípios no direito, reaproximando o direito da moral, mas também de preceitos axiológicos que tornam subjetivos os critérios para a decisão. Foi justamente por isso que, até agora, veio-se

³³⁷ HABERMAS (2012, p.22).

³³⁸ CAMARGO (2003, p.137-138).

dedicando um grande esforço no sentido de restringir o relativismo puro e os espaços de discricionariedade do intérprete no âmbito da aplicação. No entanto, é possível que o legislador também atue de maneira excessiva, exorbitando de suas funções políticas. É nesse sentido que se tornou necessário um mecanismo de reciprocidade entre a lei positiva e a jurisdição constitucional. No dizer do professor Lênio Streck,

(...) O Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) pra o legislador, porque ele está vinculado à Constituição (...). Entretanto, é bom esclarecer que, no âmbito do legislador, quando afirmo não haver discricionariedade, quero dizer que ele não pode fazer o que quer. Há uma legitimidade política do legislador que lhe permite, no “espaço estrutural-constitucional”, fazer opções. Daí a diferença entre o legislador e o juiz.³³⁹

Diante disso, é possível deduzir que tanto o legislador quanto o intérprete possui certa margem de discricionariedade (“opção”). Para o primeiro, é o “espaço estrutural-constitucional”, enquanto que, para o segundo, é o espaço no qual se operacionalizam os efeitos da decisão, vale dizer, fora da dimensão normativa. O motivo pelo qual os efeitos encontram-se localizados fora dessa dimensão é justamente pelo fato de não possuírem normatividade (dever-ser).

O processo de constitucionalização do direito, segundo o qual as normas passam a ser interpretadas à luz da Constituição, colocou o Poder Judiciário em uma postura ativa e preponderante frente aos demais. A superação do positivismo foi, assim, estratégica, visto que abriu espaço para a inserção dos princípios no direito, mas ao mesmo tempo limitou o espaço por onde atuaria a moral. Em outras palavras, a expansão do Poder Judiciário, colocou o direito hierarquicamente no mesmo patamar da política, ambos indiferentes à história vivida e contada pelo povo. É por isso que é tão importante, encontrar elementos para uma Teoria da Decisão que se coadune com um modelo substancialista de constituição, mas que ao mesmo tempo, impeça o ativismo de cunho solipsista que colocam em risco o processo democrático.

A Constituição estabelece as regras institucionais às quais tanto legislador quanto intérprete estão submetidos. Os direitos fundamentais agasalhados pela norma constitucional funcionam como vetores de sentido, tornando, pelo menos no

³³⁹ STRECK (2013, p.117).

interior da dimensão normativa da argumentação, desnecessários critérios oriundos de uma razão prática.

O elemento normativo da Constituição não representa apenas um núcleo, mas um verdadeiro composto que se distribui e complementa todo o seu corpo. Olhando superficialmente para o conjunto, o elemento normativo, de per si, constitui um aspecto de difícil identificação, isso porque, ele não representa propriamente um núcleo, mas uma espécie de “pano de fundo” que irradia sua força para fora de si mesmo. Para Robert Alexy, a chamada “tese da irradiação” evidencia-se por intermédio de um Tribunal Constitucional. De acordo com Alexy,

O Tribunal Constitucional Federal procura conceber o “efeito irradiador” das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico com o auxílio do conceito de ordem objetivo de valores. (...) “Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência”.³⁴⁰

Discutir o confronto entre política e direito induz o estudioso do direito a ter de compreender, antes de tudo, a origem do poder constituinte. Sob uma perspectiva jusnaturalista, o direito natural representava o ideal de liberdade pré-existente quando da formação do Estado. Contrapondo-se a essa concepção, o positivismo jurídico parte do pressuposto de que o direito só nasce com o surgimento do Estado e que, portanto, o poder constituinte seria resultado de uma força política, alheia ao próprio direito. Segundo Bobbio,

A negação do direito natural, finalmente, encontra sua mais radical expressão no positivismo jurídico, que é a doutrina dominante entre os juristas desde a primeira metade do século passado até o fim da Segunda Guerra Mundial; concordam com essa doutrina, diga-se de passagem, os dois maiores juristas alemães da primeira metade do século, embora eles sejam habitualmente considerados como representantes de duas visões antitéticas do direito e da política, Hans Kelsen e Carl Schmitt.³⁴¹

Para Barroso, “é fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito positivo

³⁴⁰ ALEXY (2008, p.524).

³⁴¹ BOBBIO (1992, p.127).

preexistente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado³⁴². Por fim, cumpre observar que em um Estado que se arroga o título “Democrático e de Direito” quem governa é a Constituição, cabendo aos poderes constituídos a fidelidade aos desígnios do poder constituinte.

O advento do Estado Democrático de Direito exigiu a adoção de um modelo compatível com o novo papel desempenhado pelo Judiciário e com passagem da Constituição para o centro do universo jurídico, processo esse que ficou conhecido como neoconstitucionalismo. Acerca disso Gico Jr. esclarece:

Apesar da clara preocupação com valores, o neoconstitucionalismo não se preocupa suficientemente com as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial. Não que ignore a realidade social em suas considerações, tão somente digo que seu foco tem sido elaborar justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, pretensamente racional e não voluntarista. O desenvolvimento de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar tais consequências no mundo real é que foi epistemologicamente relegado a segundo plano ou para outros ramos do conhecimento humano com os quais o direito tradicionalmente não dialoga.³⁴³

De fato, o neoconstitucionalismo, como é chamado, incutiu no imaginário coletivo um ideal de justiça, sem que se definisse apropriadamente o que isso significa. Com efeito, a “justiça” é elemento abstrato e subjetivo que desestabiliza o sistema e as formas de compreensão do direito. Para uma ciência que pretenda ser autônoma e fiel ao Estado democrático, a justiça não deveria ser o fim último a ser alcançado já que isso dá azo para que as decisões passem a ser resultado da consciência do intérprete, do legislador ou até mesmo das partes em litígio.

A Análise Econômica do Direito permite que o julgador faça a melhor aplicação possível do direito e decida racionalmente, adequado os elementos que têm a sua disposição. A harmonização entre política e direito somente se torna possível quando se passa a perceber e mesmo compreender a ciência do Direito sob uma perspectiva que revela a Constituição como verdadeira força normativa. Nas palavras de Streck,

³⁴² BARROSO (2009, p.110).

³⁴³ GICO JR. *in* TIMM (2014, p.10).

Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.³⁴⁴

Dessa forma, contrapondo-se à teoria do discurso sustentada por Habermas o modelo substancialista entende que o Judiciário, muito mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes deve assumir o papel de intérprete que não só atribui sentido a um texto, mas também põe em evidência a força normativa da Constituição e reconcilia a política e o direito. No entender de Streck,

No Brasil, há um elenco considerável de juristas que (...) defendem uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, questão que assume maior visibilidade em face da notória inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes legislativo e executivo na execução de políticas públicas (...).³⁴⁵

Sob o ponto de vista da hermenêutica, portanto, o intérprete tem um papel fundamental no que tange à aplicabilidade das normas, é dizer que o texto legal só se transmuda em norma quando passa pelas lentes do intérprete. O julgador, assim, tem um papel preponderante na transformação da sociedade. O papel do intérprete significa muito mais do que meramente descobrir o sentido de uma norma, ou melhor, de um texto. A sua missão não se restringe, tampouco, em descobrir a vontade do legislador, mas de agir de maneira autônoma servido de elo entre o mundo fático e a realidade. Aqui se interpõem um problema bastante significativo no que diz respeito ao fator tempo. Isso porque existe um verdadeiro descompasso entre a política e o direito, entendido, este, como um corpo de leis.

Para Gadamer o interpretar é muito mais do que simplesmente desvelar o sentido de um texto: fazer hermenêutica é um projetar³⁴⁶. Isso porque a verdadeira compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração prévia de um projeto, que, obviamente, deve seguir sofrendo constante revisão com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. Desta forma, Gadamer esboça os traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica.

³⁴⁴ STRECK (2009, p.25).

³⁴⁵ *Idem* (2009, p.24).

³⁴⁶ GADAMER (2005, p.356).

O papel da compreensão, rompendo com a tradicional concepção de ciência e neutralidade, é fundamental na nova Hermenêutica gadameriana e, para se entendê-lo, exige-se uma imersão na descoberta de Heidegger acerca da estrutura prévia da compreensão. Dessa forma, o sentido da norma vai sendo contruído pelo próprio intérprete de acordo com o caso concreto. O intérprete é, assim, o verdadeiro arquiteto que modela e determina qual a aplicabilidade e o alcance que determinada norma terá a partir da realidade histórica vivida naquele momento.

Ora, partindo-se de uma concepção de Heidegger acerca da hermenêutica filosófica onde o sentido do texto dependerá da pré-compreensão do intérprete, é possível inferir que ele sempre decidirá com base naquele momento histórico porque, afinal de contas, ele também será produto concomitante daquele período.

Não por outra razão, Gadamer sustenta que a interpretação da norma jurídica é uma tarefa produtiva, criativa, e não meramente reprodutiva de sentido, e nem assim o pode ser. O intérprete não pode apreender o conteúdo da norma de um ponto de vista situado fora de sua existência histórica, mas somente a partir da situação histórica concreta na qual se situa, para o que concorrerão fortemente, como elementos da pré-compreensão, a autoridade e a tradição, que embora banidas pela racionalidade moderna de matriz cartesiana, são resgatadas por Gadamer como elementos essenciais da fusão de horizontes que ocorre no encontro entre o sujeito e o objeto lingüisticamente mediado. Dessa forma, o processo interpretativo exige que os sentidos sejam constantemente reconstruídos. De acordo com Heidegger,

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. (...) Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já "põe", ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.³⁴⁷

O conflito entre direitos pode se dar de duas diferentes maneiras: ou entre dois indivíduos privados, ou entre um indivíduo privado e a coletividade. O primeiro deles resolve-se facilmente aplicando-se técnicas de interpretação hermenêutica ou mesmo lançando-se mão dos princípios quando se trata de um caso difícil (*hard*

³⁴⁷ HEIDEGGER (1988, p.277).

cases). Esse era, pois, o papel originário de todo juiz, qual seja, o de dirimir controvérsias e sua discussão extrapola as fronteiras dessa análise já que exigiria uma nova abordagem muito mais aprofundada no que tange ao aspecto hermenêutico.

A questão, entretanto, se complica quando esse mesmo juiz depara-se com algum direito fundamental e tem que decidir entre conceder o direito a alguns poucos indivíduos em detrimento de toda a sociedade ou, o contrário, deixa-o a mercê da sorte. Tal fato acontece, por vezes, quando o demandante vem a juízo requerer medicamentos do Estado.

Coloca-se, assim, o intérprete, frente ao difícil dilema: se entender que é dever do Estado prover a saúde de todos os cidadãos, então terá ele que deferir o pedido, ou então, caso entenda o nobre julgador, retirado em seu gabinete, que essa atitude ao abrir um precedente jurisprudencial, poderia acarretar em uma enxurrada de novas demandas gerando um verdadeiro rombo nos cofres públicos. Ao optar pela segunda alternativa, ele estará sendo guiado pela chamada análise econômica do Direito e levando em consideração os custos de oportunidade.

Lançar mão dos princípios, cujo grau de abstração valorativa é extremamente elevado, ao mesmo tempo em que permite uma fácil resolução dos dilemas jurídicos, poderia ser perigoso nesse caso, pois atribuiria ao Judiciário uma discricionariedade perniciosa para a segurança jurídica e, principalmente, para a democracia e o republicanismo. No entender de Alexy,

A adoção de princípios de nível máximo de abstração tem vantagens e desvantagens. As vantagens residem na sua flexibilidade. Eles são aplicáveis como pontos de partida para fundamentações dogmáticas das mais variadas exigências estruturais e substanciais no âmbito dos direitos fundamentais, em todos os campos do sistema jurídico. Sua desvantagem é sua indeterminação. Eles incentivam uma das formas mais obscuras de fundamentação jurídica, a “dedução” ou “derivação” de conteúdos concretos a partir de princípios abstratos.³⁴⁸

Ao comportar-se dessa forma, o intérprete da norma acaba, mesmo que inconscientemente, interferindo na política e na economia pois ele está ciente de que os recursos são escassos e de que o valor destinado a mitigar o sofrimento de alguns poucos indivíduos poderia ser utilizado para a construção de uma escola ou

³⁴⁸ ALEXY (2008, p.527).

até mesmo de algum posto de saúde. O que se pretende dizer com isso é que, não obstante se critique o ativismo judicial sob a alegação de discricionariedade, o fato é que a intervenção do judiciário na política é um fato cada vez mais inquestionável.

Boa parte dos intérpretes do Direito ainda está fortemente arraigada ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência, segundo a qual o sujeito está diante de um objeto a ser interpretado, e mediante o qual a atividade interpretativa visa descobrir, desvelar, e assim reproduzir um suposto sentido normativo imanente, e não a construí-lo. Dentro desta perspectiva, os juristas tradicionalmente interpretam e aplicam o Direito segundo determinadas pré-concepções, no mais das vezes aquela que corresponde ao paradigma liberal, negando ou desconhecendo, entretanto sua imersão neste paradigma e sustentando uma pretensa neutralidade axiológica. Sob uma perspectiva crítica do direito, Marx, em sua última tese sobre Feuerbach, assim se referiu sobre a questão: “Os filósofos não fizeram mais que interpretar o mundo de forma diferente; trata-se, porém, de modificá-lo.”³⁴⁹

A contrário senso, o excesso de ativismo judicial poderia pôr em risco um dos princípios basilares do Estado Brasileiro, qual seja, o republicanismo. Assim, o intérprete da norma deve pautar sua atuação sob determinados princípios como o da razoabilidade e da proporcionalidade. Mas isso, por si só não apenas postergaria a questão. O que se deve entender por “razoabilidade” e “proporcionalidade”?

Uma crítica que se levanta contra o procedimento adotado, mormente, por países como os Estados Unidos vem a ser o fato de que as decisões são baseadas em decisões anteriores (*stare decisis*) como se a realidade histórica fosse a mesma. Apesar de o caso ser “o mesmo”, o que de per si já representaria uma impropriedade, esse sistema que visa reduzir o volume de processos e acelerar os julgamentos desconsidera que os fatores de ordem econômica e política, determinantes para a análise da questão suscitada, possuem uma incompatibilidade temporal com o direito.

Na mesma linha, surge no Brasil as famigeradas “súmulas vinculantes” que nada mais são do que uma tentativa de harmonizar as decisões evitando que determinados casos anteriormente julgados e pacificados sejam remetidos à

³⁴⁹ MARX (1998, p.210).

Suprema Corte. O grande risco que se corre com a concentração cada vez maior de poder nas mãos do STF vem a ser justamente o inverso daquilo que se preconiza, ou seja, a politização do Judiciário. “Politizar o Judiciário” significa substituir os argumentos de aplicação pelos de fundamentação, suprimindo por completo o espaço da dimensão normativa. O seu reverso também é verdadeiro. A Judicialização da Política preenche os espaços reservados para a justificativa pela qual a regra existe e, por assim dizer, solapa as possibilidades de inserção da consciência coletiva no processo decisório.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito vêm em socorro do intérprete da norma toda vez que ele precisa conciliar direitos antagônicos, procurando antever os seus resultados através de concepção teleológica ou consequencialista. Tal análise exige do julgador, um maior comprometimento com a sociedade, haja vista que terá que verificar os impactos das suas decisões.

Apesar das longas batalhas travadas no seio da ditadura militar, com vistas a restauração da liberdade, o povo hoje tem pouco a comemorar. Ao contrário da tese sustentada por Dworkin, mesmo nos casos difíceis (hard cases), não é atribuição do intérprete da lei procurar “a resposta” como se ela fosse a única correta. A racionalização do direito, segundo a qual as normas passam a ser concebidas matematicamente e os problemas resolvidos através da lógica, tem engessado as possibilidades de concretização jurídica.

Assim é que, o ativismo judicial, mormente na esfera política, onde o judiciário determina que se cumpram direitos fundamentais cujas normas, sob o ponto de vista hermenêutico, não exigem maiores esforços interpretativos não deve ser vista como prejudicial à democracia. O juiz deve, assim, escolher entre as decisões possíveis e aceitáveis, aquela que configure a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica, analisada ao longo de sua formação histórica.

No direito constitucional contemporâneo o juiz deixou de ter um papel passivo. Ou seja, aquela figura mítica que apenas pronunciava a vontade do legislador ou era o escravo da lei, cedeu lugar a um novo paradigma. O juiz tornou-se partícipe da sociedade e defensor da democracia porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas,

sociais e econômicas. De acordo com Barroso,

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade normativa da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.³⁵⁰

A missão hermenêutica não é apenas a interpretação da lei ou da Constituição, mas de todo um acervo fático que repercute no conjunto de toda uma sociedade. Ademais, com a assunção do controle de constitucionalidade, o juiz passa a ser o mais importante guardião da Constituição e dos direitos fundamentais.

O modelo substancialista, embora seja o mais desejado do ponto de vista da efetividade da Constituição e do cumprimento dos direitos fundamentais, esbarra no risco do ativismo, conseqüentemente na substituição do discurso de fundamentação pautado no consciente coletivo, pelo discurso de aplicação, conseqüentemente na supressão do espaço necessário para a dimensão normativa e conseqüentemente na perpetuação do relativismo que transformam juízes em executores de políticas públicas.

A conclusão a que se chega é que a proposta substancialista não se coaduna com as teorias da argumentação, mormente frente a concepção procedimentalista de Habermas. Nesse sentido, é bom lembrar que o próprio Canotilho, autor da tese da Constituição Dirigente acabou retrocedendo, face o reconhecimento do espaço necessário para o debate político. De acordo com Habermas,

Ao estabelecer suas políticas, o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que a *justiça* só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o “direito e a lei”, a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto. (...) O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático.³⁵¹

A questão que fica, naturalmente para ser respondida em outro momento, é essa: a proposta substancialista é compatível com as teorias que pretendem conter o relativismo e a discricionariedade do judiciário? A quem compete controlar aquele que tem sempre a última palavra, ante a inexistência de uma dimensão normativa? Essas são indagações que invariavelmente precisam ser enfrentadas.

³⁵⁰ BARROSO (2009, p.305).

³⁵¹ HABERMAS (2011, p.183, Vol. II).

Por hora, dentro dos objetivos delineados neste espaço, é consentâneo uma breve explicação acerca da relação que se estabelece entre a concretude e a validade do direito. Vale dizer que a validade é algo que vai sendo construído e não se dá aprioristicamente, mas através do preenchimento das expectativas de satisfação, conforme a ideia de Günther. Apenas para lembrar, foi dito que a validade do Direito é adquirida se a aplicação da Norma, mesmo se submetida ao teste moral “preenche a expectativa de satisfação”. O que isso quer dizer? É o que será verificado no tópico a seguir.

4.1.4 Os graus de concretude e os diferentes níveis de validade

Como visto, o descolamento da posição assumida pela razão prática da qual Günther justamente extraia a validade das decisões gerou um problema, qual seja, o de encontrar uma nova fonte de validade para o direito, mantendo, no entanto a tese da “expectativa de satisfação” não mais enquanto pressuposto para a validade, mas como seu produto resultante desse processo. De acordo com Günther:

Não obstante, havia-se constatado que, na aplicação de normas, a suspensão de argumentações de adequação só se justificaria à proporção que se tratasse de decisões inequívocas, condicionadas à exiguidade de tempo e de conhecimento incompleto, porque, caso contrário, não poderia ser garantida uma observância equilibrada de normas fundamentadas em cada situação, a cada momento e por determinada pessoa. Esta restrição, naturalmente, está sob uma premissa especial: de que se deliberará a respeito da adequação de normas em outro ponto.³⁵²

Ao tratar de uma teoria da norma jurídica, Friedrich Müller chega a uma conclusão que não se coaduna com a tese sustentada aqui. Nas palavras do professor,

Esta teoria repousa sobre a ideia fundamental que a norma jurídica não se identifica ao texto de norma (...), mas ela é o resultado de um trabalho, no sentido econômico, produtivo do termo. Não se trata, porém, aqui de um trabalho de extração da norma a partir do material bruto dos textos (...). Trata-se de um trabalho de construção. Este trabalho de construção é designado pela palavra “concretização”. A norma não é ponto de partida da concretização, mas seu resultado.³⁵³

Manuel Atienza faz uma leitura muito precisa de Alexy e da distinção entre regras e princípios no ordenamento que, dada a sua importância para o contexto que está sendo trabalhado, convém referenciá-la. Diz o eminente jurista:

³⁵² GÜNTHER (2011, p.260).

³⁵³ MÜLLER (2013, p.221).

Alexy aceita um conceito de princípio que está muito próximo ao de Dworkin. Para ele – assim como para Dworkin - , a diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, e sim de tipo qualitativo ou conceitual. “As *regras* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso, determinações no campo do que é fática e juridicamente possível”. A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a *subsunção*. Os *princípios*, contudo, “são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização* que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diversos graus”. Por isso, a forma característica de aplicação dos princípios dos princípios é a *ponderação*.³⁵⁴

A ideia de que a norma seja algo a ser construído leva o autor a acreditar que a concretização do direito seja resultante desse processo. No entanto, a concretização está relacionada à realização material (concreta) do direito, vale dizer à sua aplicação. A aplicação, assim como a decisão, são partes integrantes da norma e não podem ser dela dissociados, como se primeiro houvesse a concretização, para só então, exsurgir a norma. Ora, se a norma não é o ponto de partida da concretização, de que serviria ela depois que o direito já foi realizado? A norma é ao mesmo tempo o ponto de partida e o ponto de chegada do intérprete que transita linguisticamente pelo circuito hermenêutico.

Viu-se como a dimensão normativa da argumentação possibilita a reprodução autêntica e emancipada do direito tornando a norma o ponto de partida (concreto real) e ao mesmo tempo o ponto de chegada reconstruído (enquanto concreto pensado). É essa circularidade mediada pela linguagem que permite compreender o direito enquanto práxis. Nesse sentido, importante o entendimento de Habermas:

A comunicação linguística voltada à influência mútua e ao entendimento preenche os pressupostos de uma manifestação racional, ou seja, de uma racionalidade de sujeitos capazes de fala e de ação. Ventilamos, além disso, as razões que permitem entender porque a racionalidade que habita na linguagem pode tornar-se empiricamente eficaz, à proporção que os atos comunicativos assumem o comando da interação social, preenchendo as funções da reprodução social e da manutenção dos mundos da vida sociais. O potencial de racionalidade do agir orientado pelo entendimento pode ser liberado e utilizado na racionalização dos mundos da vida de grupos sociais, do mesmo modo que a linguagem pode preencher as funções de entendimento, de coordenação da ação e da socialização de indivíduos, transformando-se, por esse caminho, num meio pelo qual se realiza a reprodução cultural, a integração social e a socialização.³⁵⁵

³⁵⁴ ATIENZA (2014, p.216-217).

³⁵⁵ HABERMAS (2012, p.157-158, Vol. 2).

Aparentemente, a dimensão normativa tem essa prerrogativa, na medida em que consideram os aspectos situacionais, introduzindo uma razão teórica que, por via da argumentação, viabiliza o “entendimento, a coordenação da ação e a socialização de indivíduos”. A validade do direito, portanto, depende da sua realização, vale dizer dos seus diferentes níveis de concretude. Não se trata propriamente da distinção entre regras e princípios segundo a qual as primeiras são aplicadas conforme o critério do “tudo ou nada” enquanto que os segundos “determinam que algo seja na maior medida possível”, como se buscassem promover a eficiência.

O fato de uma regra, uma lei não ser aplicável em determinado caso e ser parcialmente em outro não lhe impede que também sejam realizáveis na maior medida possível. Tudo irá depender, como visto nos capítulos anteriores, do nível de conhecimento adquirido pelo intérprete e da eficácia social promovida. Ora, o direito deve ser compreendido enquanto sistema. O fato de uma regra não ter aplicabilidade em uma dada situação, não significa que ela tenha perdido a validade, pois ela tem um papel importante na relação com os outros dispositivos legais.

O papel da moral nesse contexto e a sua relação com o utilitarismo já foi mencionado no capítulo anterior. Porém, é conveniente que ela seja melhor explicada. Para isso, a análise de Will Kymlicka parece ser a mais apropriada.

Se aceitarmos isso como padrão de correção, então, concluiremos que as ações moralmente corretas são as que maximizam a utilidade. Contudo, é importante observar que a maximização não é o objetivo direto do padrão, ela surge como um subproduto de um padrão que tem como objetivo agregar as preferências das pessoas de maneira equitativa. A exigência de que maximizemos a utilidade é inteiramente derivada da exigência anterior de tratar as pessoas com igual consideração. Assim, o primeiro argumento a favor do utilitarismo é este:

1. as pessoas têm importância igual; portanto,
2. os interesses de cada pessoa devem receber igual peso; portanto.
3. os atos moralmente corretos maximizarão a utilidade.³⁵⁶

Interessante perceber como Kymlicka, valendo-se do raciocínio lógico, concebe uma estreita relação entre a moral e a ética utilitarista. É por isso que somente os efeitos de uma dada decisão, justamente por não possuírem caráter deontológico como visto alhures e, portanto, não possuírem normatividade

³⁵⁶ KYMLICKA (2006, p.42)

(encontram-se fora da dimensão normativa) são suscetíveis de “correção” (teste de universalidade) através do caráter ambivalente que alguns princípios apresentam. O caráter otimizador dos princípios não lhe torna menos excludente que uma regra qualquer. A diferença em relação às regras (produto de uma razão instrumental já que sempre se destinam a um fim, mas aplicável segundo uma razão teórica) é reside na sua natureza ambivalente, vale dizer, na capacidade de transitar entre um racionalismo lógico-teórico (decisão-aplicação-resultado) e a razão prática (moral deontológica universalizável).

Isso significa dizer, em outras palavras, que não há submissão do produto da consciência coletiva (fundamentação política) à moral, visto que se encontram em âmbitos diferentes. No entanto, agora já é possível afirmar que o utilitarismo que, por sinal informa as regras de ponderação, devem se submeter aos postulados da razão prática, sob pena de comprometer-se a estabilidade do sistema, visto que o resultado das decisões tornar-se-iam totalmente discricionários.

É preciso que a decisão não decorra das preferências daquele que decide, mas que do melhor resultado possível aferido através de uma utilidade intersubjetivada que possa tornar-se um imperativo categórico. Veja, não se exige isso nem dos argumentos de fundamentação política (consciência coletiva) e aplicação, nem da decisão, mas consequências dessa aplicação e dos prováveis efeitos aferidos pela Análise Econômica do Direito, sobre o comportamento dos atores que igualmente encontram-se sob o manto da dimensão normativa.

Isso, por óbvio, não significa dizer que os princípios não sejam normativos, mas que essa normatividade somente passa a ser revelada a partir da expansão semântica da dimensão normativa, vale dizer, quando se passa a aferir as consequências de uma dada aplicação. Nesse sentido, Alexy afirma que “as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro formam o caso concreto de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalecente”³⁵⁷.

Alexy distingue a validade em validade moral e validade jurídica. Segundo ele,

³⁵⁷ ALEXY *apud* ATIENZA (2014, p.217).

Uma norma é moralmente válida quando é moralmente justificada. (...) No caso do conceito jurídico de validade, a situação é diferente. (...) Quando um sistema normativo ou uma norma não tem nenhum tipo de validade social, ou seja, não desenvolve a menor eficácia social, esse sistema normativo ou essa norma não pode ter validade jurídica. Assim, pois, o conceito de validade jurídica inclui, necessariamente, elementos de validade social.³⁵⁸

A superação do positivismo foi, assim, estratégica, visto que abriu espaço para a inserção dos princípios no direito. Com efeito, as perspectivas edificadas pela nova hermenêutica colocam o julgador como sujeito inserido no próprio mundo da vida, daí porque ele teria autoridade privativa para dizer o direito, o qual não se confunde com as questões morais adstritas a uma razão prática. A forma encontrada pelos autores adeptos dessa alternativa como meio de superação da crise utilizam-se dos princípios para resolver os casos difíceis e, por vezes, deparam-se com conflitos entre uma aplicação coercitiva da norma e as particularidades dos fatos trazidos a lume.

A releitura do paradigma anterior não ocorre tão-somente no âmbito dos direitos individuais, pois o próprio princípio da separação de poderes também é reinterpretado. Foi somente com o advento do Estado Democrático de Direito que a Constituição passou a despontar como verdadeiro vetor de sentido, irradiando sua supremacia por todo o ordenamento. Ao abordar a questão da legitimidade no contexto da separação dos poderes, Bigonha e Moreira, ao tecerem uma apresentação à obra de Bruce Ackerman, afirmam:

Em síntese: os cidadãos, sujeitos de direito, são titulares de todo o poder político e essa titularidade ganha contornos institucionais na medida em que os direitos fundamentais são não apenas atributos transindividuais, mas razão de ser do Estado. Assim, os direitos fundamentais representaria o substrato que garante legitimidade à normatividade estatal. Em última instância, as normas jurídicas seriam legítimas porque realizariam o projeto político de efetivação dos direitos fundamentais. A relação entre legitimidade e efetivação que se dá entre essas duas esferas constitui uma tensão garantidora de validade à política e de concreção ao direito.³⁵⁹

Importante observar que a teoria levada a efeito por Ackerman, reforça o fato de que a validade do direito depende da sua capacidade de concreção material, corroborando o fato de que a política e o direito são complementares no projeto democrático. Por isso também, é que pareceu adequado utilizar o espaço antes ocupado pela razão prática (Günther) para a fundamentação que permitisse a

³⁵⁸ ALEXY (2011, p.103).

³⁵⁹ BIGONHA & MOREIRA *in* ACKERMAN (2009).

inserção do consciente coletivo. De acordo com Habermas:

Uma aplicação de normas de ação, mediada comunicativamente, supõe que os envolvidos podem chegar a definições comuns da situação, que se referem simultaneamente a aspectos objetivos, normativos e subjetivos da respectiva situação da ação. Os próprios participantes da interação têm de referir as normas dadas à respectiva situação e configurá-las de acordo com tarefas especiais. E, à proporção que as interpretações se tornam independentes do contexto normativo, o sistema de instituições se torna capaz de dominar uma crescente complexidade de situações da ação, ramificando-se no quadro de normas básicas e regulações especiais altamente complexas e numa rede de papéis sociais.³⁶⁰

Importante referir que a Análise Econômica do Direito não concorre com a hermenêutica e com ela não disputa espaço, vez que atuam sob pontos de vista diferentes. Enquanto a hermenêutica age no interior da dimensão normativa, a AED faz o trabalho externo, aferindo a adequabilidade dos resultados de uma decisão que, por sinal, foi erigida nesse contexto linguístico.

O modelo proposto aqui faz não modifica o conteúdo semântico da norma, mas apenas o amplia, justamente para evitar esse problema “paradoxal”. Ao expandir o conteúdo semântico da dimensão normativa permite-se que a “norma moral hipotética” (Fundamento Moral) mantenha a sua posição de neutralidade em relação à situação, posto que é esta quem deve se submeter ao teste da universalidade. Esse alcance, como visto, só é possível através dos princípios. A questão de se relacionar a validade do direito aos seus diferentes níveis de concreção exige que uma adequação na proposta de Günther.

Daí porque Günther faz o alerta de que “se o próprio procedimento de universalização nos impõe considerarmos mais estritamente a situação de aplicação, deixando, nesse sentido, de ser ‘operacionalmente neutra’”, então necessariamente se teria que “interferir de maneira modificadora no conteúdo semântico de uma norma”, o que conduz a um problema paradoxal. Se a situação original se altera, então a norma moral hipotética perde sua pureza. O teste precisa ser refeito. Confundida está a fundamentação e a aplicação. Então, volta-se ao princípio: a situação concreta será genuinamente mais rica que a situação hipotética. Assim, a norma moral ainda hipotética não se apercebe das riquezas de detalhes da aplicação. Para definir os limites de cada situação, de fundamentação e de aplicação. (...) Portanto a configuração da fundamentação tem limites no alcance semântico da norma moral, que importa na consideração de uma situação hipotética (uma norma moral pura). A cada degrau avançado em termos de concretização fática deixa-se a fundamentação e inicia-se a aplicação.³⁶¹

³⁶⁰ HABERMAS (2012, p.164, Vol 2).

³⁶¹ STRECK (2012, p.461-462).

Nesse cenário, permite-se que se extraia uma validade moral dos resultados (efeitos) da aplicação. Sendo assim, se a análise adequada da situação permite que os resultados já sejam previamente aferidos (a AED tem um papel importante nesse sentido), o direito realizado e, a sua validade, decorra da fundamentação realizada acerca da aplicação.

Por outro lado, se as consequências da aplicação não podem ser de pronto aferidas, a própria realização do direito ficaria sem validade, o que de fato seria um completo paradoxo, visto que é justamente da realização do direito que Castanheira Neves extrai a sua legitimidade. A expansão semântica da dimensão normativa permite corrigir esse problema. Nesse caso, o direito pode dispensar a moral porque conseguiu resolver a questão internamente, através da norma.

A conclusão a que se chega é que, quando maior o grau de conhecimento da situação, maiores as possibilidades de se fundamentar a aplicação e, logo, mais adequada a decisão fortalecendo cognitivamente os precedentes e consequentemente maior a autonomia do direito. Ou seja, explorar individualmente ao máximo as nuances de cada situação, torna possível que os precedentes (construídos coletivamente através de uma espécie de divisão do trabalho onde deve haver solidariedade entre os participantes) tornem-se muito menos suscetível ao erro e às instabilidades (*overruling* e *distinguishing*) facilitando o cálculo dos riscos econômicos. Pra isso é preciso fundamentar. Sem argumentação, não há como compartilhar as informações e a capacidade de reprodução do direito ficaria comprometida.

Eis o que afirma Günther a respeito do assunto:

Com o intuito de expor, como diríamos, a *validade* de um enunciado normativo, temos de refletir sobre o tipo de consequências que resultariam da sua aplicação a determinados fatos e se estamos dispostos a aceitar tais consequências. Os fatos com os quais, no contexto dessas reflexões, relacionamos uma proposta normativa podem, por isso, ser apenas hipotéticos.³⁶²

O autor compreende a relevância das consequências da aplicação para a validade do direito, Isso porque ele coloca o universalismo moral como pressuposto

³⁶² GÜNTHER (2011, p.15-16).

da aplicação e não como sua decorrência lógica. Logo, se o universalismo moral estiver vinculado ao aspecto situacional para lhe conferir validade, então ele só poderia mesmo ser do tipo “hipotético”.

O modelo construído aqui considera que esse mesmo universalismo deva ser do tipo “categórico” já que, ao desloca-lo para uma posição paralela a do direito, ele deixou de manter relações com as contingências do caso concreto, servindo como instrumento anti-relativista. Não fosse isso, o aplicador, toda vez que fosse obrigado a deixar a dimensão normativa para aferir as possíveis consequências da aplicação correria o risco de agir discricionariamente.

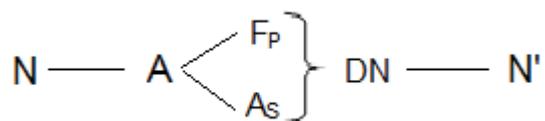
A razão prática, acessada através dos princípios, ao tornar universalizável a razão teórica, impede que isso ocorra, uma vez que fecha os espaços no qual o juiz agiria voluntariamente. De um lado a Análise Econômica do Direito possibilita a melhor adequação possível da decisão frente ao caso concreto e, de outro, a razão prática garante que a escolha feita seja universalizável.

4.1.5 O processo de reprodução do Direito

Chegou o momento de retornar ao ponto de partida. Desta vez não mais percebendo a norma enquanto “concreto real”, mas o próprio direito como produto do pensamento³⁶³. O direito, portanto se revela primeiro enquanto norma, resultante de infinitas indeterminações abstratas para, em seguida, metamorfosear-se novamente na sua categoria primeira, só que desta vez como concreto pensado. Isso foi possível graças à argumentação, cuja relação fundamentação/aplicação permite o contato com a realidade, adquirindo contornos de ontológicos. O direito enquanto “concreto pensado” pode ser compreendido como produto de uma dimensão normativa erigida em um contexto ontológico. Isso pode ser melhor compreendido a partir da EQUAÇÃO 2, a seguir:

³⁶³ “Para a consciência, pois, o movimento das categorias aparece como o ato de produção efetivo (...) cujo resultado é o mundo, e isso é certo (...) na medida em que a totalidade concreta, como totalidade de pensamentos, como um concreto de pensamentos, é de fato um produto do pensar, do conceber; não é de modo nenhum o produto do conceito que pensa separado e acima da intuição e da representação, e que se engendra a si mesmo, mas da elaboração da intuição e da representação em conceitos. O todo, tal como aparece no cérebro, como um todo de pensamentos, é um produto do cérebro pensante que se apropria do mundo do único modo que lhe é possível (...). O sujeito real permanece subsistindo, agora como antes, em sua autonomia fora do cérebro, isso é, na medida em que o cérebro não se comporta senão especulativamente, teoricamente”. MARX (19982, p.15).

EQUAÇÃO 2: O Processo de Reprodução do Direito



Onde:

N: Norma (concreto real)

A: Argumentação

FP: Fundamentação Política

As: Aplicação ante a situação

DN: Dimensão Normativa

N': Norma (concreto pensado)

A argumentação é meio que permite a adequada à realização do direito, mas não como tem sido concebida. É preciso uma dimensão normativa que viabilize um processo pragmático e ontológico como elementos para uma decisão. A fundamentação política, por um lado, permite que elementos da consciência coletiva polarizem a dimensão normativa e os argumentos que constrói para justificar a decisão, por outro garante que a resposta seja adequada à situação. Isso é o que se deduz da análise de Streck referenciada a seguir:

Há, pois, uma umbilical relação entre a exigência de fundamentação e o direito fundamental que cada cidadão tem a uma resposta correta. (...). Como bem assinala Flaviane Barros, embora o juiz seja uma pessoa com convicções e história de vida, a limitação ao seu subjetivismo e a sua parcialidade se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com a argumentação participada das partes, que, como partes contraditórias, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso³⁶⁴.

Na referência, é possível perceber que a decisão é descoberta a partir de um contexto intersubjetivo e racional que vai sendo construído pelas partes envolvidas no processo à luz daquilo que dispõe a regra cujo fundamento já é antecipado. Existe porém um outro problema digno de nota. Trata-se do papel dos precedentes. Veja, o modelo que ora está sendo proposto afirma que a adequabilidade de uma decisão depende do grau de conhecimento do intérprete acerca da situação.

Esse método, por assim dizer, faz com que cada problema passe a ser individualizado e possibilite um número infinito de respostas possíveis e conflitantes

³⁶⁴ STRECK (2011, p.396).

dentro do ordenamento. Isso é verdade. É nesse momento que se faz necessário a utilização dos precedentes como instrumento de apoio ao aplicador, vale dizer, que ele não decidirá a partir de um “nada” normativo, mas de um ponto de apoio. É por isso que a Norma (N) converte-se, no final, em um produto diferente daquilo que se tinha antes do processo (N’).

Uma decisão que segue exatamente os mesmos fundamentos da anterior não inova em nada, não contribui em coisa alguma, exceto para estagnar o direito. Manter uma decisão que já foi dada antes não é agir com justiça. É perpetuar as limitações cognitivas do processo anterior e, logo, as mesmas falhas do aplicador que lhe antecedeu. Ao decidir conforme o atual estado de coisas, o julgador age de acordo com uma espécie de “efeito manada”, valendo-se do seguinte argumento: se todos estão decidindo dessa forma, é porque já analisaram detidamente a regra, o problema e concluíram que esta deve ser a melhor decisão. Sendo assim, não há porque refazer o mesmo trabalho. A quantidade de ações que aguardam julgamento contribui para que o judiciário, de um modo geral, ainda proceda desta forma.

Isso garante, em parte a uniformidade das decisões, mas obviamente aniquila as possibilidades evolutivas e adaptativas do direito, posto que o ponto de partida e de chegada serão sempre os mesmos. Nesse ponto, o problema passa a ser o que fazer quando os casos são semelhantes e não mais quando eles são controversos, para os quais Dworkin, comparando as decisões judiciais a uma espécie de romance contado por diversos autores sucessivamente, apresenta a seguinte solução:

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isso é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente.³⁶⁵

A inadequada aplicação desse modelo, importado de países de tradição anglo-saxônica é que tem sido responsável, em parte, pelo atual estado estacionário no qual se encontra o direito. Para a superação dessa posição estática é possível lançar mão do *overruling*, anulando-se um precedente reconhecidamente equivocado. Por um lado corre-se o risco de uma suposta injustiça em uma das

³⁶⁵ DWORKIN (2005, p.237).

decisões pois, afinal, como justificar o fato de que duas ações semelhantes resultem em aplicações completamente distintas de uma mesma regra? Por outro, fica-se limitado a reproduzir *ad eternum* a mesma decisão, com todos os seus equívocos. Como se resolve esse paradoxo? Esse modelo, importado da *Common Law*, tem encontrado dificuldades de se inserir em um contexto democrático e republicano já que, por vezes, os juízes preferem observar um precedente ou então uma súmula do que a própria Lei que ampara e dá suporte ao caso concreto. Esse ciclo é rompido. Como superar esse estado estacionário em que se encontra o direito, camuflado de crise de efetividade?

No entanto, é bem verdade que o modelo apresenta uma diferença intrigante em relação ao agir comunicativo proposto por Habermas. O agir estratégico (razão instrumental) acaba prevalecendo sobre a intersubjetividade pautada em uma ética discursiva (agir comunicativo). É preciso ter muito cuidado quando se tenta transplantar uma teoria que foi construída em outro contexto. É bem verdade que a modernidade legou aos dias atuais uma sociedade complexa e intrincada, cujos interesses antagônicos e conflitantes tornam estreitas as possibilidades de consolidação de uma ética discursiva como pretende Habermas e dos espaços da moral criados a partir de uma teoria da argumentação como sustenta Günther. O professor Lênio Streck quando se refere ao Brasil como “país de modernidade tardia”. Nas palavras do jurista:

Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – *em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social* –, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito brasileiro – e a dogmática jurídica que o instrumentaliza – está assentado em um paradigma liberal individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade! Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção do direito (...).³⁶⁶

É preciso, portanto, romper com o velho modo de produção do direito e encontrar novas alternativas para a sua realização. Dentro da dimensão normativa, o intérprete encontra-se adstrito e submetido aos fundamentos da decisão que profere ao encontra-la. Tudo acontece simultaneamente e em um único processo. Foi visto

³⁶⁶ STRECK (2011, p.43).

também, que os efeitos dessa decisão são os principais responsáveis pela instabilidade sistêmica, já que nesse caso, por não estarem albergados sob o manto da normatividade, são axiológicos e abertos à discricionariedade do aplicador. Acerca disso, importante as considerações do professor Lênio Streck:

Como surge e em que reside a discricionariedade positivista? A resposta é simples. Na medida em que – no mundo do *semantic sense* – sempre há um déficit de previsões (afinal, é *impossível* que um texto abarque todas as possibilidades aplicativas), as posturas positivistas “delegam” ao juiz o preenchimento desse vácuo de sentido. Essa delegação em favor do poder discricionário fragiliza a autonomia do direito e a própria democracia. Daí a necessidade de uma *teoria da decisão*, para controlar o solipsismo na aplicação.³⁶⁷

É, pois, imperioso que se busquem elementos para uma teoria da decisão capaz de superar esse solipsismo que espreita o imaginário jurídico e que põe em risco a estabilidade do próprio sistema, conforme visto anteriormente. Mas como superar o problema desse “vácuo de sentido” deixado pelo positivismo? A conclusão do professor Lênio Streck é de que as teorias da argumentação dão azo aos decisionismos justamente porque elas não conseguem (assim como a hermenêutica) submeter as consequências de uma dada decisão porque são externas à consciência e praticamente impossível de serem aferidas, inclusive no campo da linguagem. É por isso que os resultados não podem ser compreendidos aprioristicamente no nível de racionalidade I (plano filosófico), mas apenas no plano lógico (apofântico) apreensível a partir da Análise Econômica.

É exatamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as conseqüências individuais e coletivas de determinada decisão ou política pública³⁶⁸.

A tese sustentada por Dworkin ajuda a reforçar esse entendimento.

O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral (...) é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas.³⁶⁹

³⁶⁷ STRECK (2011, p.398).

³⁶⁸ GICO JR. (2010, p.8).

³⁶⁹ DWORKIN (2005, p. 239).

Chama a atenção a afirmativa de Dworkin de que o Direito é um empreendimento político. Ele não deixa de ter razão nesse ponto. Com efeito, não há como ignorar o fato de que a política exerce um papel de relevo no processo de elaboração e de fundamentação das regras, tentando reunir as consciências dissonantes e dispersas em torno de uma consciência coletiva. O problema está em saber se esse é o pressuposto ou o papel do direito. Ruiz afirma que:

Em cada circunstância convive com pessoas diversas, que provêm de outras identidades e que se articulam circunstancialmente, para depois desfazerem o grupo e constituírem um outro. Este é um dos principais sintomas que manifesta a crise dos modelos universais da modernidade e está no modo como o indivíduo deixou de possuir uma identidade global que o defina de modo claro ao longo de toda a sua existência. Agora ele transita, de forma difusa, ao longo de sua vida, entre uma pluralidade de identidades e formas de ser.³⁷⁰

Portanto, pode-se concluir que as tentativas de universalizações éticas promovidas pelas teorias da argumentação esbarram em um problema secular. Não se pode universalizar aquilo que se erradica na consciência, mas apenas aquilo que é externo e alheio ao sujeito, tal como a práxis. Os efeitos de uma dada decisão podem ser, portanto, contingenciados para que realizem o direito na maior medida possível. É daí que deriva a sua validade. Dos diferentes níveis de concretude que é capaz de assumir a partir de critérios lógicos-rationais. É nesse ponto que a tese de Klaus Günther precisa ser revista, posto que ele deriva a validade das normas diretamente da moral, tornando o direito dela dependente e submisso. O direito é, pois, um sistema auto-reflexivo cujo grau de autonomia só pode ser restringido por ele mesmo. O conceito desenhado por Alexy, não é menos eivado de subjetividades. Refere o autor:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.³⁷¹

Colocar todo um sistema normativo necessariamente na dependência de um fator de correção é torná-lo, pelo menos em parte, imutável, estático e insuscetível

³⁷⁰ RUIZ (2003, p. 147).

³⁷¹ ALEXY (2011, p. 151).

de reprodução, mas ao mesmo tempo é permitir um grau mínimo de previsibilidade.

De acordo com Almeida:

Ao lançar condições fáticas para o plano lógico-deontico no qual um juiz deverá decidir o caso concreto, Alexy viola essa condição lógica. Isso não significa dizer que o julgador não deve levar em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto que está decidindo, porém apenas que essas circunstâncias não assumem um caráter deontológico, mas apenas cognitivo. As circunstâncias fáticas apresentam o caso a ser decidido, sobre o qual o julgador deverá buscar, no ordenamento jurídico, os princípios e as regras que podem ser utilizados para justificar sua decisão sobre o caso. São essas circunstâncias que delimitam e orientam o julgador acerca das regras e dos princípios a serem empregados no processo argumentativo-justificatório da decisão. Entretanto, Alexy não diferencia circunstâncias fáticas de circunstâncias jurídico-lógicas, confundindo as duas.³⁷²

Essa passagem sintetiza como grande propriedade a concepção equivocada assumida pela teorias da argumentação, mormente a de Alexy, ao não atribuir à situação a devida importância. Com efeito, a aplicação representa um dos polos da dimensão normativa e, logo, possui sim caráter deontológico e cognitivo. A conclusão a que chega Almeida permite inferir que Alexy confunde as circunstâncias da decisão com os efeitos da aplicação, esses sim, sem qualquer força deontológica. É claro que as circunstâncias, se consideradas isoladamente, de fato não possuem qualquer alíquota de prescritividade. No entanto, a imposição de que algo deve ser não advém exclusivamente dos fatos, mas da fundamentação e da aplicação reciprocamente considerados.

Não é necessário, portanto, que “o julgador busque no ordenamento os princípios e as regras que pode ser utilizados para justificar a sua decisão sobre o caso”, posto que o espaço da dimensão normativa só exsurge para o intérprete a partir dessa intersubjetividade. O conhecimento acerca da situação “orienta o julgador” não quanto ao caráter normativo dos enunciados, mas acerca da adequabilidade da decisão. O que “delimita e orienta o julgador acerca das regras a serem empregadas no processo argumentativo-justificatório da decisão” é o seu esforço cognitivo. A razão lógico-teórica permite que o intérprete avalie antecipadamente as prováveis consequências da aplicação que está obrigado a fazer (lembre-se que dentro da dimensão normativa não há espaço para a discricionariedade) e, diante disso, opta pela utilização dos princípios, mas aí já terá

³⁷² ALMEIDA (2008, p.501).

saído daquele espaço. A sua justificação terá agora que advir da razão prática, só que desta vez fora da argumentação.

O direito, afinal, pode ser compreendido como o produto de uma dimensão normativa erigida sob uma perspectiva ontológica da argumentação. As possibilidades da existência de uma mediação normativa constituem também as condições para a reprodução do direito. Nesse contexto, a norma surge como o resultado de infinitas indeterminações abstratas, revelando-se como a chave para a compreensão dessas categorias. Viu-se, por fim, que para ser possível a existência de uma dimensão normativa, é necessário que a norma seja considerada o ponto de partida da argumentação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo residiu na possibilidade de se deduzir uma dimensão normativa da argumentação, mesmo abstraindo-se da razão prática e, a partir daí, extrair uma decisão de equilíbrio que possibilitasse equacionar a relação estabelecida entre a Fundamentação e a Aplicação. A dificuldade começa já com a necessidade de encontrar um substituto adequado ao espaço anteriormente ocupado pela razão prática na teoria de Günther, considerando que a solução proposta por Habermas, através da razão comunicativa, era desprovida de normatividade. Esse substituto foi logo reconhecido.

A fundamentação política não apenas contemplava o aspecto democrático, deixado de fora no modelo de Günther, como também explicava a origem legislativa do direito, de onde ele retira o preceito axiológico das regras. Fazia-se premente construir um modelo no qual o consciente coletivo se tornasse igualmente relevante para a argumentação. A concepção de Dworkin de que o direito constitui um empreendimento político, contribuiu para que o modelo fosse erigido dessa forma.

Entrementes, surgiu outro problema. O que fazer com a razão prática? Ela não poderia simplesmente deixar de existir. Era necessário encontrar uma forma de torná-la igualmente acessível ao direito. Isso foi trabalhado em um tópico inteiro abordando o espaço da moral na razão discursiva. Baseando-se nos argumentos do professor Lênio Streck, parecia que o melhor lugar para a razão prática era assumir uma posição co-originária à do direito. A questão que imediatamente se impôs, então, foi a de saber se ela deveria sobrepor-se ou não à fundamentação política. Afinal, o universalismo de cunho categórico poderia ser superior ao normativismo imposto pelas regras?

A resposta mais coerente para essa pergunta foi a de que não pode haver qualquer tipo de hierarquia entre o direito e a moral, haja vista que ambos situam-se em dimensões diferentes. Ora, a disposição do direito e da moral sob um mesmo plano automaticamente exigiria a sobreposição de um sobre o outro e a autonomia do direito acabaria sendo prejudicada. Foi por isso que se mostrou mais adequado separá-los em dimensões justapostas, mas que fosse possível ainda algum tipo de contato entre elas.

Nesse sentido, deduziu-se que a moral não é normativa porque, como propõe a teoria Kantiana, para adquirir status de universalidade ela não pode vincular-se a aspectos situacionais. Isso ajudou a reforçar o fato de que a razão prática não poderia mesmo ocupar a dimensão normativa como, aliás, pressupunha Habermas. A fundamentação acabou adquirindo inevitavelmente um duplo aspecto: um político e outro moral. O primeiro, obedecendo a um imperativo hipotético e instrumental; o segundo, a um imperativo categórico e universal. O primeiro assumindo um perfil normativo; o segundo, um cunho eminentemente prescritivo.

Os primeiros dois capítulos foram importantes nesse sentido, demonstrando que a razão prática, de fato assumiu um novo papel para o direito, abrindo espaço para uma dimensão normativa e servindo, afinal, como critério de aferição da universalidade moral dos resultados da aplicação. Ficou claro que a fundamentação moral atuava indiretamente não apenas sobre a justificação das regras, mas diretamente como critério de universalização dos efeitos da aplicação. Ela exerce, portanto, um papel relevante sobre a dimensão normativa, possibilitando a estabilização do sistema, haja vista que os efeitos situam-se fora da dimensão normativa e, logo, não estão diretamente conformados pela intersubjetividade que habita o interior desse espaço. A questão, agora, era como torná-los acessíveis ao intérprete/aplicador.

Boa parte do Capítulo 1 foi destinada a compatibilizar o modelo de Günther às exigências impostas pela teoria de Habermas e aos pressupostos assumidos por Castanheira Neves, buscando evidências da possibilidade da abertura desse espaço entre a Fundamentação e a Aplicação possibilitada pela relação espaço-tempo, mas vinculada através da mediação erigida na hermenêutica e na ética do discurso. Outra exigência para que fosse possível a abertura de uma dimensão normativa, era que a norma assumisse, ela mesma, o ponto de partida da argumentação, através de uma relação que se estabeleceu entre “concreto real” e “concreto pensado”, tomado de empréstimo do método da Economia Política de Marx.

A adoção desse método permitiu que o direito passasse a ser compreendido como um produto do pensamento humano capaz de se auto-reproduzir. Ou seja, a dimensão normativa, na qual a norma é o ponto de partida, possibilita uma circularidade entre a norma e o direito, obtendo-se a cada ciclo, um resultado mais

adequado à situação.

O Capítulo 2 foi destinado a revisitar as teorias da argumentação, buscando conhecer a origem da prescritividade e da normatividade dos enunciados e procurando estabelecer a relação entre ação, norma e situação, considerada o pano de fundo da teoria de Günther. Isso foi necessário a fim de se saber que respostas os autores da argumentação apresentavam para o problema da decisão, bem como para definir os critérios e as condições exigidas para a abertura de uma dimensão normativa entre as razões discursivas.

Logo de início surgiu um estranho paradoxo que, mais tarde, precisou ser resolvido. Ele residia no seguinte: se normas morais são indiferentes à situação e, portanto, não são passíveis de produzirem normatividade enquanto não acessadas pelo intérprete, como justificar a existência de alguma relação com o ato de aplicação do direito que é eminentemente situacional e contingencial? É nesse momento que se tornou necessária a figura dos princípios, na medida em que eles possibilitam a expansão semântica da dimensão normativa, buscando na razão prática os critérios para que a decisão ganhe contornos universalizáveis.

Com a expansão semântica, os efeitos da decisão adquirem status normativo e ares de juridicidade não obtidos pelo modelo analítico. Através do caráter ambivalente dos princípios que lhe permitem transitar entre a razão teórica e a razão prática, é que a norma individual de Günther conquista o caráter de prescritividade, obtido de empréstimo da moral deontológica. Isso só pode ser possível graças à particularidade da situação que encontrou respaldo argumentativo no caráter universal. A fundamentação moral passa a ser o critério que torna os efeitos da decisão universalizáveis, restringindo a discricionariedade do aplicador que poderá escolher os resultados que pretende obter ou evitar com a sua decisão, desde que ela seja ajustável ao princípio e à razão prática que a informa, justifica e lhe dá suporte.

A ideia de uma cisão discursiva foi igualmente reforçada pela relação que Castanheira Neves estabelece entre o legislador e o intérprete. A tese de que ambos partilham momentos sucessivos de um mesmo processo, o primeiro, em concreto e, o segundo, em abstrato, possibilitou concluir que, de fato, seria possível essa

abertura na razão discursiva proporcionada por uma relação espaço-tempo. Se o espaço contribui para a existência de uma dimensão normativa, o tempo é a condição de possibilidade para que o aplicador avance para além da pré-compreensão. O processo cognitivo é concebido, assim, não a partir de uma razão prática, mas a partir de uma razão teórica, erigida no raciocínio e na experiência.

O modelo proposto fez uma necessária distinção entre os níveis de racionalidade: um que informa os discursos de fundamentação política e, outro, que possibilita compreender a situação e avaliar os efeitos de uma dada decisão. Inferiu-se, então, que a colisão entre regras deveria ser resolvida internamente no seio da dimensão normativa. Enquanto isso, os princípios estariam relacionados com a realização do direito e, logo, com os efeitos da aplicação da regra.

A compreensão que o intérprete possui da situação tornou-se fator decisivo para a adequabilidade da decisão. Quanto menos informado ele estiver, maior será o peso que irá atribuir às consequências da sua decisão, lançando mão de critérios mais utilitaristas e menos democráticos. Em determinadas circunstâncias, o aplicador ver-se-á em uma posição de indiferença entre priorizar a fundamentação da regra positiva ou as peculiaridades do caso concreto. O aspecto pragmático da argumentação consistiu, pois, na incorporação dos efeitos como fator preponderante para a integridade sistêmica e na tentativa de promover um equilíbrio entre a Fundamentação e a Aplicação à luz da situação. O Capítulo 3 foi dedicado inteiramente a demonstrar que o direito não pode abdicar da Análise Econômica como fundamento racional na tomada de decisões e fator determinante para se estabelecer uma adequada relação entre as razões discursivas.

Como visto, o objetivo de se construir um modelo teórico pautado na Análise Econômica do Direito possibilitou a demonstração pragmática de que a existência de uma dimensão normativa da argumentação não apenas é possível, como também necessária. É interessante ressaltar que não se teve aqui a pretensão de expor qualquer tipo de crítica à renomada literatura sobre o tema. A intenção da pesquisa foi a de lançar mão de um ferramental mais técnico e objetivo para se tentar demonstrar que o diálogo entre o Direito e a Economia é viável e que deve se tornar um caminho sem volta, a despeito do preconceito que essa relação interdisciplinar tem enfrentado, principalmente pelos teóricos da filosofia.

Uma importante inferência possibilitada por essa perspectiva analítica foi que os resultados não são portadores de normatividade, não ditam regras de conduta. Por esse motivo, foi necessário deixá-los de fora da dimensão normativa. Ora, admitir que os efeitos fossem desprovidos de normatividade exigiu um alto preço: o de igualmente admitir que os resultados pudessem ser escolhidos livremente e que, pelo menos, nesse ponto, existiria discricionariedade do julgador. De fato, o aplicador tem liberdade para decidir que resultados quer evitar ou quais pretende obter. Essa foi uma constatação importante possibilitada pelo modelo.

Com efeito, conhecer em detalhes a situação possibilita decidir de maneira adequada no sentido: ou de preservar tanto quanto possível os fundamentos da regra positiva ou, superá-la, a fim de priorizar ao máximo o caso concreto. É dessa relação entre Fundamentação e Aplicação do direito no caso concreto (norma individual) que deve nascer o equilíbrio. A Análise Econômica do Direito foi indispensável nesse processo.

A validade do direito decorre exatamente do seu grau de concretude. Viu-se que, no interior da dimensão normativa, existem inúmeras soluções possíveis e igualmente adequadas para o caso concreto. Tudo irá depender do conhecimento que o intérprete possui do problema que se lhe apresenta. O ato de julgar não presume uma escolha, já que somente é possível decidir ao tempo em que simultaneamente se fundamenta e aplica o direito. Viu-se que o compreender é sempre um existencial como corretamente considera a filosofia da linguagem. No entanto, não há como o julgador escapar dos limites cognitivos que são intrínsecos ao seu próprio ser. A Teoria Econômica ajudou a demonstrar que existem limites à pré-compreensão e que esses limites podem afetar o processo de aplicação do direito e a estabilidade do sistema.

A existência de uma dimensão normativa independe dos resultados da aplicação. A conclusão, portanto, é de que é possível ao direito abstrair da razão prática para a construção de uma dimensão normativa, mas não para uma teoria da decisão. Em outras palavras, para a adequabilidade da decisão é preciso ter em conta os seus possíveis efeitos e, logo, o apelo à razão prática de modo a garantir a prescritividade da norma individual, construída a partir da situação.

À hermenêutica atribuiu-se, assim, o arquétipo da intersubjetividade existente no interior da dimensão normativa. Quando interpreta, o julgador se posiciona dentro dessa dimensão, ficando por ela circunscrito. Todas as possíveis decisões encontram-se nesse espaço, esperando para serem descobertas. Nisso, aliás, reside o caráter ontológico da argumentação.

O Capítulo 4 foi dedicado a explorar as possibilidades da existência de uma mediação normativa e as condições para a reprodução do direito, através de uma perspectiva ontológica da argumentação, por meio da qual ele pode ser compreendido como o produto de uma dimensão normativa erigida em um contexto ontológico e, a norma, como o resultado de infinitas indeterminações abstratas, revelando-se como a chave para a compreensão dessas categorias. É nisso que reside a sua capacidade de reprodução. Mas ainda era preciso encontrar um conceito apropriado de princípio que se harmonizasse com o modelo que estava sendo proposto. Esse conceito foi importado de Dworkin.

A tese de que eles sempre “inclinam a decisão em uma direção” permitiu concluir pela possibilidade de uma expansão semântica da norma em direção à razão prática. Os princípios, portanto, passam a assumir um caráter ambivalente transitando entre a razão teórica e a razão prática ou, entre o direito e a moral. A falta de norma ou fundamentação moral para cada caso é suprida por uma espécie de angulação da dimensão normativa em direção ao fundamento adequado e universalizável. Sem esse pressuposto, não é possível ao intérprete deixar de aplicar a regra positiva e, assim, não haverá espaços para voluntarismos.

Por isso é que a possibilidade de encontrar soluções outras que não aquelas previstas pela regra deve buscar respaldo em um fundamento moral, que seja universalizável e ao mesmo tempo categórico. O descumprimento da regra, por conseguinte, não deve ser justificável por um critério utilitário, mas deontológico. Destarte, a fundamentação moral só adquire aspecto de universalidade quando a aplicação não encontra respaldo nos argumentos de fundamentação política que polariza a dimensão normativa.

Os princípios foram definidos como “padrões extrajurídicos” justamente por se situarem fora da dimensão normativa e incidirem sobre o resultado das decisões,

assumindo uma verdadeira postura deontológica. Sempre que os efeitos da decisão colidirem com os fundamentos da regra positiva ou não forem por ela previstos, o aplicador tem a faculdade de lançar mão desses padrões, ponderando a sua adequabilidade diante do caso concreto.

A ponderação, portanto, não ocorre no âmbito normativo, mas no âmbito dos efeitos. Os efeitos de uma dada decisão têm papel relevante sobre a estabilidade do ordenamento e, conseqüentemente, não podem ser negligenciados. A Análise Econômica possibilita otimizar o resultado esperado (utilidade total obtida pela coletividade), maximizar o nível de utilidade pelos indivíduos que atuam no processo, aumentar o nível de confiança e a credibilidade dos agentes, reduzir os custos e os riscos da decisão.

Ao problema imposto no início desse trabalho deve-se, pois, responder afirmativamente. A proposta de se construir um modelo teórico pautado na Análise Econômica do Direito possibilitou a demonstração pragmática de que a existência de uma dimensão normativa da argumentação não apenas é possível, como também necessária em que pese a razão prática não possa ser por completo negligenciada. O conhecimento acerca da situação, delineada nessa relação entre as razões discursivas é, por conseguinte, fator decisivo para a realização do direito e, logo, da sua validade.

A Análise Econômica assume papel decisivo nesse contexto, contribuindo significativamente para as teorias da argumentação. De outro lado, há que se ter sempre em foco os possíveis efeitos da aplicação do direito, internalizados através dos princípios cujo caráter de ambivalência inclina a decisão, permitindo a expansão semântica da norma. Como visto, a norma é o ponto de partida, mas também o direito em seu estágio de concreção, sendo compreendido este como o produto do pensamento e da razão humana e, portanto, suscetível de auto-reprodução.

Por fim, é importante ressaltar que, devido à complexidade do tema, seria necessário um espaço de análise e um tempo de pesquisa muito maior do que aquele destinado para uma dissertação. Esse poderia muito bem ser um ensaio para um trabalho de maior envergadura, já que indubitavelmente existe espaço para aprofundamento e novas investigações.

Com efeito, o que se fez aqui foi um recorte epistemológico das principais teorias a partir do qual se construiu um modelo analítico capaz de responder ao problema proposto e, ao mesmo tempo, manter-se fiel aos objetivos e ao fio condutor do trabalho sem cair em elucubrações ou sucumbir ao relativismo. Isso exigiu um enorme esforço devido à grande quantidade de publicações a respeito do assunto e às consideráveis divergências existentes entre os autores.

O objetivo agora é continuar avançando nesse estudo, explorando aspectos cuja omissão aqui era justificada. Vários conceitos e categorias ainda necessitam de maior aprofundamento, outros precisam ser analisados com maior propriedade não apenas para aprofundar uma Teoria da Decisão, mas quiçá para erigir uma Teoria da Norma na qual Direito e Economia possam reestabelecer os seus laços originais e, enfim, reconhecerem-se como ciências interdisciplinares. Esse trabalho trouxe algumas evidências de que isso é possível.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos.

ALDRIGHI, Dante Mendes. MILANEZ, Daniel Yabe. **Finança Comportamental e a Hipótese dos Mercados Eficientes**. R. Econ. contemp., Rio de Janeiro, 9(1): 41-72, jan./abr. 2005. Disponível em <www.ie.ufrj.br/images/blog/REC_9.1_02_Financa_comportamental_e_a_hipotese_d_os_mercados_eficientes.pdf> Acesso em 18/12/15.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 3ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1.ed. 2ª tiragem.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Fábio Portela de. **Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática**. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2) | P. 493-516 | JUL-DEZ 2008. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a07v4n2.pdf> Acesso em: 16/01/16.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 49 a 68 - jul/dez 2006. Disponível em <direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf> Acesso em 26/11/15.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma de Teología**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001. Parte I. 4.ed. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia1.pdf>> Acesso em: 17/01/16.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer – Palavras e Ação**. Porto Alegre: Artes Médicas: 1990. Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BÍBLIA ONLINE. Disponível em: <www.bibliaonline.com.br/acf/mt/12>. Acesso em: 16/01/16.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15/02/16.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15/02/16.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18/02/16.

_____. **Lei Nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm>. Acesso em: 15/02/16.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Plenário**. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015 (Info 808). Disponível em: <www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo808.htm>. Acesso em: 19/02/16.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Saraiva, 2015. 9.ed.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris: 2009,

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 3.ed.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **O (ab)uso da tolerância na produção de subjetividades flexíveis**. In: SIDEKUM, Antônio. (Org). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

COOTER, Robert. ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010. 5.ed. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo Civil**. Revista de Direito UNIFACS- Debate Virtual, n. 175, 2015. Disponível em: <www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em 14/01/16.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 4.ed. Tradução de Eduardo Brandão.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FEIJÓ, Carmem Aparecida. *Et al.* **Contabilidade Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

FREITAS FILHO, Roberto. **Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, p. 19-43, abr./jun. 2008. Disponível em < www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/160456> Acesso em 04/01/2016.

FROYEN, Richard T. **Macroeconomia**. São Paulo: Saraiva, 2006. 5.ed. Tradução de Esther E. H. Herskovitz e Cecília C. Bartalotti.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013. 13.ed.

_____. **Verdade e Método II – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011. 6.ed.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito** *in* **Economic Analysis of Law Review**. Brasília: Editora Universa. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010. Disponível em: < www.bibliotekevirtual.org/revistas/UCB/EALR/v01n01/v01n01a01.pdf>. Acesso em: 19/02/16.

GLEISER, Ilan. **Caos e Complexidade. A Evolução do Pensamento Econômico**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2ªed.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2013.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

_____. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa.** Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014. 1ªed.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Temo Brasileiro, 2003. Vol. I. 2ªed.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Temo Brasileiro, 2011. Vol. II. 2ªed.

HARE, R. M. **El Prescriptivismo Universal.** In: SINGER, P. (ed.) Compendio de Ética. Madrid: Ed. Alianza, 1995. Disponível em filosinsentido.files.wordpress.com/2013/07/compendio-de-etica-peter-singer.pdf. Acesso em 18/12/15.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Petrópolis: Vozes, 1988.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão.** São Paulo: Centauro, 2002. Tradução de Sebastião Uchoa Leite.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política.** Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 3ªed.

HUNT, E. K. **História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 2 ed. 5ª reimpressão. Tradução de José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** São Paulo: Nova Cultural, 1999, Os Pensadores.

_____. **A Metafísica dos Costumes.** Bauru, SP: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 8 ed.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea - Uma introdução.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de Luís Carlos Borges.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 3ed. Tradução de José Lamego.

LOCKE, John. **Dois tratados Sobre o Governo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad.** México: Universidade Iberoamericana, 2002.

MARSHALL, Alfred. **Princípios de Economia: Tratado Introdutório.** São Paulo: Abril Cultural, 1982. Os Economistas, Volume I. Tradução de Rômulo de Almeida e Ottolmy Strauch.

MARX, Karl. **O 18 Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011. Tradução de Nélio Schneider

_____. **Para a Crítica da Economia Política**. São Paulo: Abril Cultural, 1982. Os Economistas.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa.

_____. **Obras Escolhidas**. São Paulo: Alfa-Omega, 1998. Vol.3

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Vol.1. 9.ed.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo, Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Renato Leite. **Análise econômica do direito: uma visão didática**. São Paulo: 2009. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em <www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf> Acesso em 02/01/2016.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MURPHY, Robert P. **A Escola de Chicago versus a Escola Austríaca**. Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2011. Disponível em: <www.mises.org.br/Article.aspx?id=1024>. Acesso em: 18/01/16.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

OST, François. **Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Abril Cultura, 1984, Os Economistas

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 2.ed. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão.

POSNER, Richard. A. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de Teresa Dias Carneiro.

_____. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla.

PETTER, Lafayete Josué: **Direito Econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. 7.ed.

PINDYCK, Robert. & RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. 6.ed.

PULIDO, Carlos Bernal. **Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?** DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007) pp. 273-291 Disponível em <www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml> Acesso em 01/01/2016.

RODAS, Sérgio. **Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz**. Consultor Jurídico: 2014. Disponível em www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz. Acesso em 09/01/2016.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Vol. I. Tradução de Lourdes Santos Machado.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. 18.ed. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo

SIMONSEN, Mário Henrique. **Keynes versus expectativas racionais**. Pesq. Plan. Econ. Rio de Janeiro, 16(2) – 251 a 262, ago. 1986. Disponível em: <<http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/1032/971>>. Acesso em: 18/01/16.

SOROS, George. **O Novo Paradigma para os Mercados Financeiros. A crise atual e o que ela significa**. Tradução de Lúcia Boldrini e Paulo Migliacci. Rio de Janeiro: Agir, 2008.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultura, 1983. Volume I. Tradução de Luiz João Baraúna.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. **O Problema da Decisão Jurídica em Tempos Pós-Positivistas**. Novos Estudos Jurídicos: Univali: 2009. NEJ – Vo.14 – n.2 – p.3-26 / 2º Quadrimestre 2009. Disponível em <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406> Acesso em 13/12/15.

_____. SITO, Santiago Artur Berger. **A Crítica Hermenêutica e a Cisão dos Discursos em Klaus Günther**. Novos Estudos Jurídicos: Univali: 2012. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 17 – n. 3 – p. 456-468 / set-dez 2012. Disponível em <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4211/2431> Acesso em 13/12/15.

_____. **O juiz, a umbanda e o solipsismo: como ficam os discursos de intolerância?** Consultor Jurídico: 2014. Disponível em <www.conjur.com.br/2014-mai-22/juiz-umbanda-solipsismo-ficam-discursos-intolerancia>. Acesso em 29/12/15.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: **Informativo nº 431**. Disponível em <ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/> Acesso em: 15/01/16.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015 (Info 808). Disponível em: <www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo808.htm>. Acesso em: 15/01/16.

TIMM, Luciano Benetti. **Decisões que violam precedentes judiciais dificultam o “cálculo do risco econômico”**. Consultor Jurídico: 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br/2015-dez-14/luciano-timm-importancia-precedentes-judiciais>. Acesso em: 17/01/16.

_____. Org. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014. 2.ed.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

WEINREB, Lloyd L. **A Razão Jurídica – O uso da analogia no argumento jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Bruno Costa Simões.