

ISSN 2526-0464

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

PERIÓDICO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 3 NÚMERO 2 | JULHO | DEZEMBRO 2018



MISSÃO

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA é um periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sua missão é incentivar o intercâmbio de pesquisas contemporâneas e interdisciplinares na área de Teoria Jurídica entre acadêmicos do Brasil e do exterior. A revista é publicada duas vezes ao ano (jan.-jun./jul.-dez) e em formato exclusivamente digital. Sua linha editorial está orientada para a Teoria Jurídica Contemporânea, e desdobra-se nas seguintes temáticas: Sociedade, Direitos Humanos e Arte; Teorias da Decisão, Argumentação e Justiça; Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais. Nenhuma abordagem teórica em particular é privilegiada. O periódico compõe-se de três seções: uma Seção Geral de artigos científicos recebidos em sistema de fluxo contínuo; uma Seção Especial de artigos científicos recebidos em sistema de chamada pública sob a responsabilidade de Editor(es) Convidado(s); e uma Seção Extra dedicada à publicação de resenhas, traduções e comentários de jurisprudência. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

EQUIPE EDITORIAL

EDITORA CHEFE

Rachel Herdy

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES ASSISTENTES

Andre Wendriner

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Elizabeth Tavares Viana

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Karina Denari Gomes de Mattos

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Layana Izabel Aguiar Silva

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Luana Adriano Araújo

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Krause

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Plínio Régis Baima de Almeida

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Samir Zaidan

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Ana Paula Barbosa-Fohrmann

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Cecília Caballero Lois (*in memoriam*)

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Fábio Shecaira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Lilian Balmant Emerique

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Vanessa Berner

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES CONVIDADOS

Giovanni Damele

Universidade Nova de Lisboa

Rachel Herdy

Universidade Federal do Rio de Janeiro

ASSISTENTE EDITORIAL

Rafael Monnerat

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORA DE DESIGN

Claudia Duarte

Avellar e Duarte

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti

Università de la Bicoca, Itália

Amalia Amaya

Universidad Nacional Autónoma de México, México

António Manuel Hespanha

Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Armin von Bogdandy

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Universität Frankfurt, Alemanha

Giovanni Damele

Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Jan-Michael Simon

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha

Javier de Lucas

Universitat de Valencia, Espanha

Jean-Marc Thouvenin

Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, França

Jordi Ferrer Beltrán

Universitat de Girona, Espanha

José Ribas Vieira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Julio Gaitán

Universidad del Rosario, Colômbia

Michael Quante

Universität Münster, Alemanha

Michele Taruffo

Università degli Studi di Pavia, Itália

Noel Struchiner

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

Raffaele Di Giorgi

Università di Salento, Itália

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Centro Universitário de Brasília, Brasil

Robert Alexy

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemanha

Roberto Gargarella

Universidad Torcuato Di Tella, Argentina

Stanley Paulson

Washington University Law, Estados Unidos da América do Norte

Stephan Kirste

Universität Salzburg, Alemanha

Susan Haack

University of Miami, Estados Unidos da América do Norte

Ulrich Sieber

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha

Wilfrid Waluchow

Department of Philosophy, McMaster University, Canadá

CONTATO

Contato Principal

Rachel Herdy

E-mail: rachelherdy@direito.ufrj.br

Teoria Jurídica Contemporânea

Programa de Pós-Graduação em Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro – RJ

CEP: 20211-340

Tel.: (21) 2242-7319

Fax: (21) 2224-8904 / Ramal 219

SUMÁRIO

SEÇÃO GERAL

1. NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO:
UM CONVITE A REFLEXÕES ACERCA DOS LIMITES E
ALTERNATIVAS AO DIREITO
Giulia Parola, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa 6
2. REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS SOFRIDOS
PELOS FAMILIARES DE TRABALHADORES FALECIDOS COMO
CONSEQUÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO
Cléber Lúcio de Almeida 23
3. CINCO DESAFIOS PARA UMA TEORIA DO DIREITO
Flávio Lima 49

SEÇÃO ESPECIAL NOVAS DISCUSSÕES NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

4. ESQUEMAS DE ARGUMENTAÇÃO PARA
A INTERPRETAÇÃO DA LEI
Fabrizio Macagno 73
5. L'ANALISI ECONOMICA COME
ARGOMENTAZIONE GIURIDICA
Giovanni Tuzet 97
6. ENTIMEMAS E INFERÊNCIA DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS
*Juliano Souza de Albuquerque Maranhão,
Jorge Alberto A. de Araújo* 123

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONVITE A REFLEXÕES ACERCA DOS LIMITES E ALTERNATIVAS AO DIREITO

Giulia Parola

Professora Permanente
do Programa de Pós-
Graduação em Direito
Constitucional da
Universidade Federal
Fluminense, Niterói, Rio de
Janeiro, Brasil. Doutora em
Direito pela Université Paris
V René Descartes, França.
giuliaparola.law@gmail.
com

**Loyuá Ribeiro
Fernandes Moreira
da Costa**

Mestre em Direito
Constitucional pela
Universidade Federal
Fluminense, Niterói, Rio de
Janeiro, Brasil.
lrfmcosta@gmail.com

Recebido: março 13, 2019

Aceito: abril 15, 2019

New Latin-American Constitutionalism: An Invitation to Reflections about the Limits And Alternatives to Law

RESUMO

A história do direito demonstra a estreita relação do Direito com a dominação de povos subalternizados e a legitimação de atos opressores, instituídos em benefício de interesses econômicos. Diante disso, a busca por um direito descolonial mostra-se urgente. Para tanto, são analisadas as origens epistemológicas do direito, do constitucionalismo, dos direitos humanos e da dignidade humana, indagando se o Novo Constitucionalismo Latino-Americano seria um passo rumo à descolonização do direito. Isso porque este movimento ainda contempla um paradigma que vai de encontro às premissas dos sistemas constitucionais tradicionalmente adotados. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano se caracteriza por constituições que inserem epistemologias indígenas em seus textos, aportando um conceito de viver bem mais amplo que o do liberalismo. As epistemologias do Sul, ao serem constitucionalmente introduzidas, exibem potencial para lidar com os dilemas da sociedade global. A urgência de se interrogar sobre um Direito pautado nas epistemologias do Sul advém da inquietação quanto às promessas não cumpridas da modernidade, que convocam o Direito a acolher estas epistemologias como seu fundamento.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo Latino Americano; Epistemologias do Sul; Constituição da Bolívia; Constituição do Equador.

Abstract

Legal history established a strong link between Law, subaltern's domination, and the legitimation of oppressive acts to the benefit of economic interests. Taking this into account, the need to decolonize Law is urgent. For that reason, we intend to analyze the epistemological origins of law, constitutionalism, human rights and human dignity, questioning whether the New Latin American Constitutionalism is a step towards to the decolonization of Law. The motivation that lies behind that question is the convergence of New Latin American Constitutionalism with the premises held by traditional constitutional systems. Latin American constitutionalism marks itself by inserting indigenous epistemologies into constitutional texts and bearing a concept of good living that surpass the liberal conception. The constitutionalization of Southern epistemologies has also shown potential in dealing with global society dilemmas. The urgency to consider a legal system based on the epistemologies of the South derives from the unfulfilled promises of modernity, which requires Law itself to account for these alternatives as its foundation.

Keywords: New Latin American Constitutionalism; South Epistemologies; Constitution of Bolivia; Constitution of Ecuador.

INTRODUÇÃO

O estudo objetiva demonstrar as incongruências do fenômeno jurídico, ao analisar os desdobramentos e consequências do pensamento Ocidental, constatando-o como uma esfera retórica incapaz de possibilitar novos horizontes. Como pano de fundo estão os dilemas da modernidade que evidenciam a necessidade de reavaliarmos elementos que subsidiaram a consolidação do projeto de vida moderno. A investigação ora proposta objetiva analisar, precipuamente de forma descritiva, as possíveis causas deste fenômeno – a ciência jurídica, o constitucionalismo, a dignidade humana e os direitos humanos – derivadas do paradigma da modernidade, concebidas sob uma racionalidade individualista, que se depara com temáticas complexas e multifacetadas. Nesse sentido, questiona-se se o pensamento descolonial poderia ofertar críticas e um outro olhar sobre os possíveis alcances do direito.

A hipótese central desse estudo recai sobre o pensamento descolonial, com relação à sua capacidade de dar autonomia ao indivíduo para compreender os contextos e os processos histórico-sociais em

As reflexões propostas se justificam ante a necessidade do papel do jurista e da pesquisa científica. Isso porque as pesquisas jurídicas não podem ignorar as dinâmicas de poder contidas na construção social e que recaem sobre a ciência moderna, o que inclui o direito.

que se desenvolve. Além disso, contribui e dá maior possibilidade de respeito às diversas lutas populares que resistem opressões e silenciamentos. Os países latino-americanos precisam deixar de se espelhar em conjuntos de instituições, normativas, ideologias do Norte global e voltarem-se para si mesmos, o que significa buscar outras formas de lidar com seus próprios problemas. Não se pretende, contudo, um radicalismo do pensamento descolonial. Não se trata de rechaçar tudo que advenha do Norte Global. Sugere-se, apenas, que haja uma reflexão sobre os limites e alcances do direito e o mesmo deve ser aplicado ao pensamento descolonial.

As reflexões propostas se justificam ante a necessidade do papel do jurista e da pesquisa científica. Isso porque as pesquisas jurídicas não podem ignorar as dinâmicas de poder contidas na construção social e que recaem sobre a ciência moderna, o que inclui o direito. O jurista, à medida que der conta criticamente do paradigma do Direito moderno, poderá ser uma das grandes forças na luta para a sua reformulação, pautando-se em uma prática contínua e que não se pode esgotar. Sendo assim, no que tange ao ofício do jurista (crítico), pensamos que ele seja, sobretudo, o denunciador de opressões legitimadas pelo próprio direito.

Para tanto, o primeiro tópico considera a historicidade crítica como elemento desmistificador, demonstrando o direito como fenômeno social e não como uma ciência pura e mitificada. Nessa trilha, realizou-se um resgate de aportes teóricos e reflexões com base no campo sócio-histórico crítico, dirigidas para a universalidade a eles apregoada, em fato, se trata de uma jogada política para globalização de um pensamento local, o do Ocidente. Portanto, o estudo busca explorar o Direito, por meio de suas características social-político-geográficas e explicar sua incompatibilidade com a realidade do pensamento do Sul global.

No segundo tópico, o pensamento descolonial possibilitou o desvelar epistemológico das realidades silenciadas, enfrentando criticamente o paradigma moderno/colonial e as relações de colonialidade formadas nos movimentos hegemônicos mundiais. Com base nas epistemologias do Sul é possível oferecer uma nova compreensão do Direito¹. Assim, a urgência de se interrogar sobre um Direito pautado nas

¹ SANTOS, 1997; 2000; 2004; 2010.

epistemologias do Sul advém da inquietação quanto às promessas não cumpridas da modernidade, que convoca o Direito a acolhê-las como seu fundamento. Pensar num Direito Latino-Americano fundado nas epistemologias do Sul é pensar um Direito que tenha um rosto próprio, que se manifeste não simplesmente mediante a adoção de fórmulas Ocidentais, mas por intermédio de uma linguagem apropriada que interpele a quem quer que seja, a fim de que se sinta responsável por tudo e por todos, antes mesmo de qualquer liberdade².

No terceiro tópico, indaga-se: Por que buscar um direito descolonial? Seria o Novo Constitucionalismo Latino-Americano descolonial? A busca por respostas evidenciaram os dilemas da modernidade e a necessidade de reavaliarmos elementos que subsidiam a consolidação do projeto de vida moderno.

Objetivando colmatar a investigação científica ora proposta, a partir de uma pesquisa bibliográfica, a pesquisa entrecruza diversos vieses epistemológicos donde emerge seu caráter interdisciplinar, propiciando complementações teóricas e diálogos entre saberes.

1. PODE O DIREITO SER DESCOLONIAL?

É sabido que, não raramente, o direito legitima práticas opressoras. Existe um avanço das lutas sociais ao longo da história, por outro lado, o colonialismo adquire novas roupagens que atuam cegamente em benefício de interesses econômicos e culturais. Diante deste emblema, faz-se necessário indagar: existe um direito latino-americano ou somos replicadores de epistemologias e fórmulas ocidentais? Um direito descolonial é possível?³

Para orientar esse desvelar do Sul, teorias críticas latino-americanas muito contribuem ao pensamento descolonial, pois permitem uma reflexão dos mais variados temas e formas de conhecimento,

² DUSSEL, 1977; WOLKMER, 2001; ACOSTA, 2016.

³ A teologia da libertação (DUSSEL, 2007; BRAGATO; CASTILHO, 2014) e a teoria da dependência (DOS SANTOS, 2015) relacionam-se com as questões por de trás dessas indagações. São exemplos de pessoas que buscaram o desvelar do indivíduo e do mundo latino-americano: Gustavo Guterres, Camilo Torres, Arturo Roig, Horacio Cerutti, Enrique Dussel, Milton Santos, Darcy Ribeiro, Paulo Freire, Florestan Fernandes, Orlando Fals Borda, Celso Furtado, José Julián Martí Pérez, Mercedes Sosa, Augusto Boal, Glauber Rocha, Mario Benedetti, Ernesto Sabato, Gabriel García Márquez, Jorge Amado, Pablo Neruda, Rubén Darío, Oscar Correa. Esses pensadores comumente são criticados por buscarem uma filosofia periférica não universal, diferentemente da filosofia local grega alemã, europeia que, por outro lado, majoritariamente é tida como uma fórmula superior e universal às sociedades.

O pensamento descolonial mostra-se capaz de dar autonomia ao indivíduo para que compreenda os processos histórico-sociais em que se desenvolve a América Latina, bem como o colonialismo inerente ao continente e a si próprio, enquanto ser latino-americano e, portanto, produto e reprodutor de colonizações.

demonstrando a possibilidade e existência de pressupostos filosóficos, políticos e metodológicos contra-hegemônicos.

As principais referências teóricas desse pensamento advêm do Projeto M&C (Modernidade e Colonialidade), composto por estudos de Aníbal Quijano, Enrique Dussel, Catherine Walsh, Boaventura de Sousa Santos, Freya Schiwy, José Saldívar, Nelson Maldonado-Torres, Fernando Coronil, Javier Sanjinés, Margarida Cervantes de Salazar, Lilibia Grueso, Marcelo Fernández Osco, Edgardo Lander, Arturo Escobar.

O pensamento descolonial mostra-se capaz de dar autonomia ao indivíduo para que compreenda os processos histórico-sociais em que se desenvolve a América Latina, bem como o colonialismo inerente ao continente e a si próprio, enquanto ser latino-americano e, portanto, produto e reprodutor de colonizações. Além disso, contribui e dá maior possibilidade de respeito às diversas lutas populares que resistem a um histórico processo de opressões e silenciamentos⁴. Isso porque o direito, quando atrelado às memórias sociais, é capaz de desenvolver um sentimento de identidade, de pertença, de alteridade e de busca por transformações, principalmente aos que se encontram excluídos e invisibilizados. Consequentemente, mostra-se possível um ser latino-americano apto a se descolonizar e a descolonizar ao seu redor.

Descolonizar-se trata de uma postura de questionamento e de desconfiança àquilo que se é posto, seja uma lei, um ensino, um livro, uma fala. Trata-se de buscar identificar o ideológico por detrás dos interesses. Isso abarca o desvelar do conhecimento, da cultura e da economia que nos são impostos a partir de uma lógica monocultural (a do Ocidente) que se legitima com fundamentos absolutos ou transcendentais orientados a desqualificar o diferente e a desvalorizar as demais formas de vida e de identidades.

2. PODEM O CONSTITUCIONALISMO, OS DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE HUMANA SEREM DESCOLONIAIS?

Ao indagar sobre o potencial descolonizador do direito, é necessário indagar sobre o constitucionalismo. Mais que isso, mostra-se primordial uma reflexão acerca das raízes epistemológicas do direito.

⁴ FLORES, 2009.

Durante cinco séculos, desde a expansão marítima e comercial, a Europa, particularmente, vem ensinando ao mundo acerca da história da civilização, direitos humanos, constitucionalismo, natureza, democracia, cidadania, organização e limites do Estado⁵. A crença na necessidade de doutrinar o mundo, ditar suas normas e saberes, bem como em estabelecer o que vem a ser o progresso, são, basicamente, de caráter imperialista e colonialista. Estes ideais andam a par de violências que fazem parte da história europeia e a América do Norte utiliza da mesma estratégia. São muitas as faces da opressão e dominação e várias delas foram negligenciadas pelos estudos críticos do direito. De acordo com Santos:

O direito natural racionalista dos séculos XVII e XVIII, também faz parte deste processo, na medida em que serviu para legitimar, quer o *despotismo iluminado* quer as ideias liberais e democráticas que conduziram à Revolução Francesa, partindo, portanto, do modelo de racionalidade descrita. Portanto, há contrariedade entre os direitos naturais tidos como universais como forma de emancipação social. Dessa forma, tanto a virada Kantiana, como o raciocínio iluminista, o constitucionalismo liberal e, posteriormente, a internacionalização dos direitos humanos fazem parte da mesma faceta colonizadora. O aprimoramento dos direitos humanos por meio do *Welfare-State* serviu como forma de gestão capitalista, pois ao Estado providência coube a gestão das desigualdades e à teoria dos direitos humanos a gestão da exclusão⁶.

A história do constitucionalismo demonstra uma preocupação em demasia para com a forma do direito, em detrimento do conteúdo em si. O positivismo separou direito e moral. Com a Segunda Guerra Mundial, houve uma reaproximação entre estes, por meio da ideologia pós-positivista, que prima pela proteção de valores contidos em direitos fundamentais de natureza eurocêntrica que acabam por se auto violarem quando diante do pluralismo sociocultural.⁷

⁵ Para maior aprofundamento nessas questões, ver os estudos de Parola (2017) e Bello (2018).

⁶ SANTOS, 2000, p. 126.

⁷ Lenio Streck (2012) parte da premissa de que o neo-constitucionalismo emergiu a partir da Segunda Guerra Mundial, preferindo denominá-lo de “Constitucionalismo Contemporâneo”. Existem três marcos do processo evolutivo do direito constitucional contemporâneo: histórico, filosófico e teórico. O marco histórico corresponde à Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã, 1949), efetivada anteriormente aos direitos fundamentais contidos na Constituição Italiana, de 1948, por meio da instauração do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, ocorrendo a reconstitucionalização no Brasil em 1988; o filosófico diz respeito ao ideal pós-positivista. Quanto ao teórico, relaciona-se à matéria de aplicação do direito constitucional, e demonstra três relevantes características: “o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da Jurisdição Constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional” (BARROSO, 2005, p. 6).

Enquanto teóricos debruçam-se acerca da distinção entre princípios e regras, não veem o contexto abissal⁸ em que estas se inserem. Isso porque as razões do colapso do positivismo são similares as do pós-positivismo, pois ambos permitem barbáries em nome da lei, por serem incapazes de compatibilizar o direito positivado à realidade social. Assim, a constituição configura mais um documento político do que propriamente um instrumento jurídico emancipador.

Como cerne dessa problemática encontra-se o ocidentalismo que se supõe fonte epistêmica de conhecimento, como que superior às demais, desprezando saberes do mundo e outras espiritualidades, taxando-as de inferiores ante à imposta razão científica do homem ocidental. Isso resulta na racionalização da ciência do direito a uma visão universal de valores, modelos e definições que refletem a própria existência do europeu. É justamente na percepção do Outro enquanto “primitivo”, “bárbaro”, “arcaico”, “tradicional”, “simples” ou “selvagem” que o Ocidente vem produzindo a imagem e a reafirmação de si mesmo. O conceito colonial ocidental de modernidade colocou a América Latina em lugar periférico, rotulando o continente em “subdesenvolvido” ou “em desenvolvimento”, evidenciando uma “ontologia da totalidade”.

Com relação aos direitos humanos e a dignidade humana, se mostram, simultaneamente, desde sua origem, uma política reguladora e uma política emancipadora.⁹ A concepção de que os direitos humanos são universais porque pertencem “a todos os seres humanos enquanto seres humanos, ou seja, porque, independentemente do seu reconhecimento explícito, eles são inerentes à natureza humana”¹⁰, significa que os seres não detêm direitos, mas porque são humanos possuem características universais inerentes à natureza dos humanos. Explicando: o ser humano¹¹, sob essa ótica, é entendido

⁸ Adjetivo muito utilizado por Santos (2000) para descrever o pensamento moderno ocidental. De acordo com ele, a epistemologia ocidental baseia-se em um sistema de distinções entre visível e invisível que dividem a realidade social em dois universos distintos: “deste lado da linha” e “do outro lado da linha”. A distinção ocorre na medida em que “o outro lado da linha” desaparece como realidade, se produzindo apenas como ausência, invisibilidade, inexistência. A característica principal desse pensamento é a impossibilidade da co-presença dos dois lados da linha. As representações mais cabais são o conhecimento e o direito modernos. Eles formam as duas principais linhas abissais globais dos tempos modernos e são interdependentes.

⁹ SANTOS, 1997.

¹⁰ SANTOS, 2010, p. 443.

¹¹ Importante mencionar que os direitos são comumente mencionados direcionando-os ao “indivíduo” ou “homem”, como uma suposta “generalização”, sendo que na verdade

como um vazio, um eco, um não-ser. Foi necessário esvaziá-lo e entendê-lo com direitos universais para compreender sua essência. Assim, universalizou-se a essência do humano, suas características identitárias e epistemológicas, resultando, no final das contas, na imagem do Norte global.

Portanto, a universalidade da compreensão sobre o humano é baseada em direitos que remetem a uma marca ocidental, mais ainda, a uma marca ocidental liberal, a exemplo da Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo. Aqueles que não se identificam ou não se encaixem nessa concepção de direitos humanos não são humanos.

O que caracteriza o humano não é sua estrutura, mas suas diferenças oriundas de características sócio culturais. Sem ele é um objeto, um vazio. Dessa forma, portanto, não existe “dignidade humana”, nem “direitos humanos” universais. Mas dignidades e concepções de direitos daquilo que cada cultura entende por universal. Isso significa que toda cultura e saber são incompletos e diferentes, evidenciando a premissa de diálogo e tradução. É necessário uma hermenêutica intercultural de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades.

O método utilizado para a tradução intercultural sugerido por Panikkar (2004) é a hermenêutica diatópica que, de acordo com Santos (2000), consiste em na explicação de uma necessidade, uma aspiração ou uma prática numa dada cultura, de forma que se torne compreensível e inteligível para outra cultura. Portanto, é necessário fazer conhecer as epistemologias do Sul, de forma que não sejam mais vistas e descritas como inferiores às do Norte global. As formas dominantes de sociabilidade podem continuar a reproduzir-se, embora, sem o monopólio sobre as práticas epistemológicas e sociais, pois todos os conhecimentos fazem parte de uma amálgama, uma “ecologia de saberes”¹²

Por meio da hermenêutica diatópica, amplia-se ao máximo a consciência da necessidade mútua, de maneira a favorecer sempre o diálogo com outras epistemologias. Da mesma forma, possibilita mostrar o lado incompleto da cultura ocidental que estabelece dicotomias rígidas ao indivíduo e sociedade, tais como: “cultura científica/cultura

¹² SANTOS, 2010, p. 137.

Mostra-se pertinente analisar constituições que apresentam epistemologias do Sul como tentativa de emersão de um giro paradigmático como resposta prudente a questões das quais a modernidade não foi apta a lidar, trocando aquele conhecimento científico e conservador por um senso comum, novo e descolonial.

literária, conhecimento científico/conhecimento tradicional, homem/mulher, cultura/natureza”¹³.

Mostra-se pertinente analisar constituições que apresentam epistemologias do Sul como tentativa de emersão de um giro paradigmático como resposta prudente¹⁴ a questões das quais a modernidade não foi apta a lidar, trocando aquele conhecimento científico e conservador por um senso comum, novo e descolonial.

A redefinição do direito pautado em concepções contra-hegemônicas é capaz de romper com dicotomias, redefinindo, inclusive, a base do constitucionalismo moderno: a dignidade humana¹⁵. Isso porque a dignidade, essência da proteção dos direitos humanos, é aquilo que cada povo entende por mais essencial, o que justifica a necessária redefinição dos pressupostos básicos do jusnaturalismo racionalista-contratualista, face sua íntima relação com o colonialismo.

Como consequência, não há mais definições dos núcleos dos direitos, pois são diversas as concepções culturais, de forma a entrelaçá-las, bem como as possíveis acepções do que se entende por Bem-viver ou vida digna, configurando um sistema de alternativas.

Para alcançar uma transformação de caráter descolonial, como explicado alhures, faz-se necessário um diálogo intercultural sobre a dignidade humana e direitos humanos. Para alcançar esse objetivo, é preciso: 1) superar o debate sobre universalismo e relativismo cultural, sendo que “Contra o relativismo, há que desenvolver critérios políticos para distinguir política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação.”¹⁶; 2) transformação cosmopolita dos direitos humanos, que implica na compreensão de que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos, mesmo que tenham preocupações ou aspirações semelhantes ou mutuamente inteligíveis; 3) compreensão de que todas as culturas são incompletas e problemáticas no que entendem por dignidade humana; 4) compreensão de que todas as culturas

¹³ SANTOS, 2000, p. 739.

¹⁴ A transição epistemológica que ocorre entre o paradigma dominante da ciência moderna e o paradigma emergente é designado por Santos de “Conhecimento prudente para uma vida decente” (SANTOS, 2004).

¹⁵ FLORES, 2009.

¹⁶ SANTOS, 1997, p. 21.

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano demonstra a renovação de diversos setores políticos e das dinâmicas sociais da América Latina, ao colocar em questionamento os sistemas e conhecimentos hegemônicos. Isso porque aponta a necessidade de se repensar uma teoria crítica *desde el Sul* e de viés periférico.

possuem versões diferentes de dignidade humana, sejam elas mais amplas ou não com relação às outras, havendo certa reciprocidade ou não; 5) compreensão de que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica: o princípio da igualdade e o princípio da diferença.¹⁷

3. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM PASSO RUMO A UM DIREITO DESCOLONIAL?

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano demonstra a renovação de diversos setores políticos e das dinâmicas sociais da América Latina, ao colocar em questionamento os sistemas e conhecimentos hegemônicos. Isso porque aponta a necessidade de se repensar uma teoria crítica *desde el Sul* e de viés periférico. Refletem anseios de sujeitos emergentes, subalternos, minorias, indígenas, afrodescendentes, na tentativa de mudar o *status quo*, referido alhures, e não mais silenciar as epistemologias do Sul. Sendo assim, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano baseia-se na busca por rompimento com categorias pós-coloniais¹⁸ e implementa ações de caráter descolonial.¹⁹

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano pode ser entendido como um processo de transição. Isso porque ainda não efetivou rompimentos epistemológicos consubstanciais, necessários à realidade sócio-histórica do Sul. No entanto, ainda assim, configura um projeto com o diferencial de ser pautado na praxe material, ao partir da realidade latino-americana. No plano epistemológico, traz novas concepções de mundo, ao consagrar cosmologias indígenas nas constituições, a exemplo a da Bolívia e do Equador, que objetivam proteção à *Pachamama*. *Pachamama* é a deidade máxima dos Andes, protetora da natureza, cujo nome Quéchuá significa Mãe Terra.

¹⁷ SANTOS, 1997.

¹⁸ O pós-colonialismo é um período posterior à colonização, com a declaração de independência dos países, mas ainda marcado por forte dependência entre colonizadores e ex-colônias.

¹⁹ Descolonialismo trata-se de um pensamento crítico baseado na noção de ruptura de todas as formas de colonialismo existentes no pós-colonialismo, a exemplo da teoria crítica clássica eurocêntrica. Walter Dignolo (2009) e Catherine Walsh (2008) adotam a terminologia “decolonialismo”. Enrique Dussel, Anibal Quijano, Castro Gomes são exemplos de autores críticos que buscam uma perspectiva latino-americana. A busca por essa teoria crítica baseada na identidade latino-americana resulta na averiguação de características marcantes de nosso continente: alteridade, pluralidade e interculturalidade.

As epistemologias indígenas, consagradas por essas constituições, possibilitam uma revisão crítica de dogmas constitucionais ocidentais tidos como intangíveis, mostrando uma alternativa ao desenvolvimento econômico, político e social dominantes

Esse ser espiritual exige respeito e cooperação dos demais seres para com ela. Sua consagração pela Constituição do Equador objetiva respeito aos ciclos naturais ecológicos, o que implica na rejeição da teoria utilitarista dos recursos naturais sobre a qual se alicerça o capitalismo.²⁰

As constituições da Bolívia e do Equador inserem-se no marco do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, denominado por Fajardo (2011) de constitucionalismo plurinacional. Um evidente giro paradigmático, com relação à proposta desse ciclo constitucional, decorre da disposição de seus textos que optam por referir-se sempre à mulher e ao homem a generalizá-los, por meio de palavras como “indivíduo” ou “homem” (sempre no singular e no masculino).

As epistemologias indígenas, consagradas por essas constituições, possibilitam uma revisão crítica de dogmas constitucionais ocidentais tidos como intangíveis, mostrando uma alternativa ao desenvolvimento econômico, político e social dominantes. É por isso que as atuais constituições da Bolívia (2007) e do Equador (2008) rompem com modelos ocidentais ao incorporar saberes não liberais seus textos, tais como o *Sumak Kawsay* e o *Suma Qamaña*²¹ que objetivam proteção à *Pachamama*. Assim, inserem-se no paradigma do Novo Constitucionalismo Latino-Americano por proporcionarem um giro paradigmático, ao afastar o modelo constitucional ocidental antropocêntrico para vigorar um biocêntrico de dignidade²².

O que se entende por progresso não é aquele trazido propriamente pelo conhecimento do Norte global, que na verdade assinala a crise no desenvolvimento econômico-social-ambiental por possuir caráter

²⁰ ZAFFARONI, 2010.

²¹ *Sumak Kawsay* e *Suma Qamaña* são valores indígenas que não possuem tradução nas línguas coloniais. O significado mais próximo seria *Buen Vivir*. No entanto, não possuem conotação a um viver bem utilitarista. *Sumak Kawsay* foi consagrada pela Constituição equatoriana. Trata-se de uma expressão Quéchua, idioma tradicional dos Andes. *Sumak* significa o ideal, o belo, o bom, realização, plenitude; *Kawsay* quer dizer viver, vida digna, harmonia e equilíbrio entre o universo e o ser humano. A postura biocêntrica do Equador, ao reconhecer a Natureza como sujeito de direitos, demonstra uma alternativa ética de aceitar que o meio ambiente possui valor intrínseco, ontológico. (ACOSTA, 2016). O *Suma Qamaña* é uma expressão similar, mas da etnia boliviana Aimará. Refere-se ao *Buen Vivir*, relacionada à ideia de olhar o passado, viver o presente, para projetar o futuro como sonho de vida plena. (ZAFFARONI, 2010). A constituição boliviana não possui caráter biocêntrico, pois, embora outorgue ideais não liberais, também abarca a clássica ideia do progresso baseado na apropriação da Natureza. Ainda assim, no processo que quebra paradigmática, são as constituições mais avançadas nesse sentido.

²² Segundo Zaffaroni (2012), o biocentrismo afirma o direito à dignidade de todos os seres vivos, incluindo os não humanos, sendo, portanto, uma alternativa ao modelo normativo antropocêntrico.

Na concepção do *Buen Vivir*, avanço civilizacional é aquele que proporciona garantia de vida aos seres humanos e inumanos, bem como às futuras gerações, de forma a alcançar equidade intergeracional a todos os seres vivos. Essa ética se aproxima das propostas da sustentabilidade forte e da ecologia profunda que reconhecem a interdependência entre homem-natureza.

puramente liberal. Na concepção do *Buen Vivir*, avanço civilizacional é aquele que proporciona garantia de vida aos seres humanos e inumanos, bem como às futuras gerações²³, de forma a alcançar equidade intergeracional a todos os seres vivos. Essa ética se aproxima das propostas da sustentabilidade forte²⁴ e da ecologia profunda que reconhecem a interdependência entre homem-natureza²⁵. No entanto, diferem-se muito pelo fato da primeira ser fortemente marcada por um viés liberal e a segunda restrita a uma concepção ocidental da Natureza.²⁶ Por meio das epistemologias do Sul é possível apreender uma nova perspectiva de vida.

Sendo assim, a positivação do *Sumak Kawsay* e do *Suma Qamaña* instauram um novo marco epistemológico constitucional. A inserção de cosmologias indígenas em textos constitucionais faz com que os países ameríndios tendam a atender aos anseios da América Latina.

Mecanismos de atuação popular com legitimidade para reforma constitucional boliviana (artigo 411) proporcionam a integração de sociabilidades até então invisibilizadas. Assim, supera-se a lógica da democracia essencialmente representativa de legitimidade participativa que se esgota no ato da eleição de seus representantes; combate os excessos de regulamentação da modernidade, por ins-

²³ Importante mencionar que a justificativa de proteção à Natureza baseada no direito intergeracional e na sustentabilidade não são suficientemente capazes de garantir-lhe direitos ou assegurar vida a todos os seres, pois o “montante” natural que se deve deixar às gerações futuras é subjetivo e insuficiente para prever suas necessidades no futuro. Quanto à sustentabilidade, Bosselmann (2015) tece relevante crítica ao princípio, por este ser fortemente marcado por um viés liberal. Além do mais, ambos, direito intergeracional e sustentabilidade, possuem como finalidade à proteção ambiental interesses antropocêntricos.

²⁴ A sustentabilidade forte trata-se de uma abordagem ecologista de desenvolvimento sustentável e difere-se da sustentabilidade fraca que coloca em paridade de importância a sustentabilidade ambiental, a justiça social e a prosperidade econômica.

²⁵ BOSSELMANN, 2015.

²⁶ Não é o objetivo do presente estudo o aprofundamento dessas questões, limitando-se a mencionar que muitas das tentativas de fundamentação dos direitos da Natureza encontram-se dentro do paradigma da modernidade (kantiano, antropocêntrico, liberal ou ocidental). Noções e termos, contidos nessas tentativas, estão muito ligados a uma concepção ocidental do direito e da Natureza, não possibilitando distintos significados, como o fazem as epistemologias do Sul. O mesmo pode-se dizer com relação aos “bens comuns” que, de acordo com Svampa (2016, p. 140-141), “a referência em torno dos bens comuns aparece intimamente associada à de território. Assim, não se trata exclusivamente de uma disputa em torno dos ‘recursos naturais’, mas de uma disputa pela construção de um determinado ‘tipo de territorialidade’ baseado na proteção do ‘comum’ (patrimônio natural, social e cultural)”. Portanto, “bem comum”, ainda que se mostre um instrumento eficaz ao direito à autonomia e ao território de povos tradicionais, está distante da proteção da natureza como um fim em si mesma. A própria noção de “injustiça ambiental” (FENSTERSEIFER, 2010) não remete à injustiça à Natureza em si, pois relaciona-se à degradação e poluição ambiental que afeta, principalmente, indivíduos e grupos sociais de baixo poder econômico.

tituir outros parâmetros do que se entende por legal/ilegal; afasta as tendências hegemônicas da ordem ocidental global. Conseqüentemente, há uma quebra do padrão de juridicidade que reproduz o monismo jurídico, ao negar que o “Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito”.²⁷ Nesse mesmo percurso, Tapia (2007) entende que o Estado assume uma postura correspondente à realidade social e com a insurgência das demandas da população, configurando uma nova ordem jurídica amplamente plural.

Dessa forma, ocorre a necessária redefinição não somente das funções do direito, como também das concepções hegemônicas de direitos fundamentais, rompendo com a antiga dicotomia entre estes e os direitos humanos advindos do Ocidente, redefinindo, inclusive, a base do constitucionalismo moderno: a dignidade humana²⁸. Isso porque a dignidade é aquilo que cada povo entende por mais essencial, o que justifica a necessária redefinição dos pressupostos básicos do jusnaturalismo racionalista-contratualista, face sua íntima relação com o colonialismo. Como consequência, não há mais definições dos núcleos dos direitos, pois são diversas as concepções culturais, de forma a entrelaçá-las, bem como as possíveis acepções do que se entende por Bem-viver, configurando um sistema de alternativas.

CONCLUSÃO

As constituições da Bolívia e do Equador permitem reflexões, não só porque representam um marco instaurado pelo povo, mas também porque aponta questões que as sociedades são capazes de avançar. O fato de projeto inovador advir de setores marginalizados, fez com que, a princípio, fosse visto como separatista, divisionista ou mesmo invisibilizado. Foi a pressão popular que conseguiu que se instituisse a refundação dos Estados, ou seja, a transformação dos Estados coloniais, capitalistas, patriarcais e monoculturais em Estados pluri-nacionais e interculturais como transição para uma nova forma de organização social, política e econômica. O projeto era consciente de que alternativas poderiam ser encontradas em epistemologias marginalizadas, excluídas e invisibilizadas, em especial, as dos

²⁷ WOLKMER, 2001, p. XV.

²⁸ FLORES, 2009.

movimentos indígenas. Por isso, essa proposta vai muito além de uma refundação do Estado, trata-se de um projeto que objetiva superar o colonialismo, o neocolonialismo e a noção de desenvolvimento a nível local, regional e internacional.

Houve articulação de movimentos indígenas com outros segmentos sociais pressionaram para que fosse viabilizada a proposta de Estado plurinacional e intercultural. Uma vez aprovadas as constituições, foram realizados diversos estudos em diferentes perspectivas, pois as artimanhas coloniais continuam se repetindo. Isso decorre do fato de serem ignoradas tanto as visões como as concepções das epistemologias do Sul propostas e, ainda, persistir o olhar epistemológico ocidental sobre a natureza, a vida, o ser. Nesse sentido, essas constituições são a parte formal do que preparará a Bolívia e o Equador para o processo de transição Estatal, compreendendo-as, portanto, como constituições de experimentação ou de transição. Portanto, o caminho para a efetivação desse projeto social é longo, mas já está sendo construído.

As constituições da Bolívia e do Equador são uma verdadeira tentativa de responder a essas questões e solucionar o dilema jurídico-social da modernidade: a herança colonial e imperial. Ainda que a América Latina utilize de um instrumento de origem ocidental para descolonização, a constituição, é possível proporcionar rupturas paradigmáticas. Isso porque o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, no qual se inserem essas constituições, não advém das elites políticas e de dogmas contidos em doutrinas de professores de direito. Ao contrário, são modelos originados das lutas sociais de povos subalternizados e com projetos que refletem epistemologias das camadas sociais oprimidas, vulneráveis, marginalizadas, invisibilizadas. Portanto, o constitucionalismo pode ser transformador do *status quo*, desde que os povos se organizem politicamente para que o seja. A constituição por si e entregue aos juízes e às autoridades estatais não possuem tal potencial. A mobilização jurídica só será emancipatória se estiver a par da realidade social.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. Tradução Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária. Elefante: 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Net, Rio de Janeiro, nov. 2005. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOSELDMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Orgs.). *O pensamento pós e descolonial no Novo Constitucionalismo Latino-Americano* [recurso eletrônico]. Caxias do Sul, Educs, 2014, pp. 11-25.

DALMAU, Rubén Martínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da constituinte no Brasil. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). *Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível*. p. 22-23. Disponível em: < <http://www.plebiscitoconstituinte.org.br/sites/default/files/material/Livro%20Juridico%20Constituinte%20Exclusiva%202014.pdf> >. Acesso em: 08 set. 2018.

DOS SANTOS, Theotonio. *Teoria da dependência: balanço e perspectivas*. Obras escolhidas. V.1. Florianópolis: Insular. Reedição ampliada e atualizada, 2015.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação na América latina*. Tradução Luiz João Gaio. 2. ed. São Paulo: Loyola, UNIMEP, 1977.

FENSTERSEIFER, Tiago. A responsabilidade do estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. In: CONGRESSO

INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL 14. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010. pp. 389-420.

FLORES, Joaquin H. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução Carlos R. D. Garcia; Antonio H. G. Suxberger; Jefferson A. Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MIGNOLO, Walter. *La idea de América Latina* (la derecha, la izquierda y la opción decolonial). *Crítica y Emancipación*, (2): 251-276, primer semestre, 2009.

PAROLA, Giulia. O modelo teórico da democracia ambiental: uma introdução à obra. In: AVZARADEL; Pedro C. S.; PAROLA, Giulia; VAL, Eduardo Manuel (Orgs). *Democracia ambiental na América Latina: Uma abordagem comparada*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, pp. 81-110.

PANIKKAR, Raimon. Seria a concepção de direitos humanos uma noção ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Tradução: Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 205-238.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Revista crítica de ciências sociais*. nº 48, junho 1997, pp. 11-32. Disponível em: < http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF >. Acesso em: 1 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SVAMPA, Maristella. Extrativismo neodesenvolvimentista e movimentos sociais: um giro ecoterritorial rumo a novas alternativas? In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge. (Orgs.). *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento*. Tradução: Igor Ojeda. São Paulo: Elefante, Autonomia Literária e Fundação Rosa Luxemburgo, 2016. pp. 140-173.

TAPIA, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado Plurinacional*. Buenos Aires. CLACSO, 2007.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgências político-epistémicas de refundar el Estado*. In: *Tabula rasa*. nº 9, 2008, p. 131-152. Disponível em: <<http://www.revistatabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf>>. Acesso em: 23 ago 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Roberto (Comp.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011, pp. 139-184.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La natureza como persona: pachamama y gaia. In: VARGAS, Chivi; MOISES, Idón (Coords.) *Bolivia – nueva constitucion política del Estado: Conceptos elementales para sudesarrollo normativo*, La Paz, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

A REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS SOFRIDOS PELOS FAMILIARES DE TRABALHADORES FALECIDOS COMO CONSEQUÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO

Cleber Lúcio de
Almeida

Juiz do Trabalho junto
ao Tribunal Regional do
Trabalho da 3ª Região.
Professor dos cursos de
Mestrado e Doutorado da
Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais,
Brasil. Doutor em Direito
pela Universidade
Federal de Minas Gerais,
com pesquisa de pós-
doutorado em Direito
na Universidad Nacional
de Córdoba/ARG.
cleberlucioalmeida@
gmail.com

Recebido: fevereiro 21,
2019

Aceito: março 20, 2019

The Reparation of Non-Property Damages Suffered by the Relatives of Deceased Workers as a Consequence of an Accident at Work

RESUMO

O presente ensaio examina a tarificação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho promovida pela Lei n. 13.467/17, utilizando como métodos a revisão bibliográfica e a análise da citada lei à luz da Constituição da República e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ao final, o que se pretende é apresentar resposta para duas indagações principais: a tarificação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho promovida pela Lei n. 13.467/17 alcança os familiares dos trabalhadores falecidos em consequência de acidente de trabalho? A tarificação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho promovida pela Lei n. 13.467/17 é constitucional e está em harmonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos?

Palavras-chave: Danos Extrapatrimoniais; Tarificação; Relação de Trabalho; Direitos Humanos.

Abstract

This essay examines the assessment of the reparation of non-property damages resulting from the employment relationship promoted by Statute no. 13.467/17, using as methods bibliographical revision and the analysis of the Statute in light of the Constitution of the Republic and of International Human Rights Law. In the end, it is intended to answer two main questions: Does the assessment of the reparation of non-property damages resulting from the employment relationship promoted by Statute no. 13.467/17 covers the relatives of deceased workers as a result of an accident at work? Is the assessment of the reparation of non-property damages resulting from the employment relationship promoted by Statute no. 13.467/17 constitutional, and is it in harmony with International Human Rights Law?

Keywords: Non-property Damages; Assessment; Employment Relationship; Human Rights.

INTRODUÇÃO

Ao Direito do Trabalho não é estranho o princípio da responsabilidade civil, segundo o qual aquele que causa dano a outrem tem o dever de repará-lo. Neste sentido, por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê, no art. 462, § 1º, a possibilidade de o trabalhador ser responsabilizado por danos causados ao empregador.

O Direito do Trabalho, no entanto, não disciplina vários aspectos relacionados com o instituto da responsabilidade civil, como, por exemplo, os pressupostos para o reconhecimento do dever de reparar os danos causados a outrem, o alcance deste dever e as suas eventuais excludentes.

A Lei n. 13.467/17 trata da responsabilidade civil, mas se limitou a fixar parâmetros a serem observados no julgamento de pedido de reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho, como se vê dos arts. 223-A a 223-G, por ela acrescentados à CLT.

O presente ensaio examina a tarificação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho promovida pela Lei n. 13.467/17 e pretende apresentar resposta para duas indagações principais: a tarificação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho promovida pela Lei n. 13.467/17 alcança os familiares dos trabalhadores falecidos em consequência de acidente de trabalho? A tarificação da reparação dos danos ex-

Embora tenham sido eleitos como principais apenas dois questionamentos suscitados pela tarificação do valor da reparação dos danos extrapatrimoniais estabelecida pela Lei n. 13.467/17, existem outras questões que com eles se relacionam diretamente, razão pela qual serão também enfrentadas.

trapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho promovida pela Lei n. 13.467/17 é constitucional e está em harmonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos?

Embora tenham sido eleitos como principais apenas dois questionamentos suscitados pela tarificação do valor da reparação dos danos extrapatrimoniais estabelecida pela Lei n. 13.467/17, existem outras questões que com eles se relacionam diretamente, razão pela qual serão também enfrentadas.

Nesse sentido, o ensaio é dividido em cinco partes, às quais se seguem breves considerações conclusivas.

A primeira analisará o art. 223-A da CLT, que trata da definição das normas que devem nortear o julgamento do pedido de reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho.

A segunda verificará a transmissibilidade do direito à reparação dos danos extrapatrimoniais.

A terceira versará sobre a abrangência da tarificação dos danos extrapatrimoniais estabelecida pela Lei n. 13.467/17, visando definir se ela alcança os familiares do trabalhador que falece como consequência de acidente de trabalho.

A quarta examinará a constitucionalidade da tarificação dos danos extrapatrimoniais promovida pela Lei n. 13.467/17.

A quinta demonstrará que o direito à reparação integral dos danos extrapatrimoniais constitui um direito humano.

1. AS NORMAS A SEREM APLICADAS NO EXAME DE PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO

O art. 223-A da CLT estabelece que, no julgamento de pedido de reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho, devem ser aplicados *apenas* os dispositivos da CLT que tratam desta modalidade de reparação¹.

¹ A Lei n. 13.467/17 acrescentou à CLT o Título II-A, no qual trata da reparação de dano extrapatrimonial. O primeiro artigo deste Título (art. 223-A) dispõe que “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Sob este prisma, ao julgar pedido de reparação de dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, o juiz *não poderá* aplicar a Constituição da República na parte em que assegura a quem sofreu um dano a sua reparação integral (art. 5º, V e X).

Isso significa que a Lei n. 13.467/17 se coloca fora do alcance da Constituição da República e superior a ela. E, se colocando fora do alcance da Constituição da República e superior a ela, a Lei n. 13.467/17 também o faz em relação aos tratados sobre direitos humanos em que o Brasil for parte, cuja observância é imposta pela Constituição da República (art. 5º, § 2º).

A Lei n. 13.467/17, portanto, procura estabelecer, por meio do art. 223-A, uma espécie de *jurisdição mínima* e atribuir *função passiva à jurisprudência*, na medida em que aponta no sentido de que o juiz está dispensado de aplicar a Constituição e tratados sobre direitos humanos no exame de pedido de reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho².

A Lei n. 13.467/17 consagra, ao incluir na CLT o art. 223-A, uma espécie de *hermetismo jurídico exacerbado*, no sentido de que, segundo ela:

- a) o juiz deve julgar determinadas demandas apenas e exclusivamente à luz do direito interno;
- b) o juiz, apesar de estar obrigado a respeitar o direito interno, deve desconsiderar a Constituição da República quando se tratar do exame de pedido de reparação de danos extrapatrimoniais.

É patente a inconstitucionalidade do art. 223-A da CLT.

Primeiro, porque a Constituição da República dispõe que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), o que inclui a lesão de direitos fundamentais e humanos, em razão da sua relevância social, que é, inclusive, reconhecida pela própria Lei n. 13.467/17, quando trata da transcendência como pressupostos de admissibilidade do recurso de revista (art. 896-A, § 1º, III, da CLT), cumprindo registrar que “direito

² Esta intenção é reforçada pelo § 3º do art. 8º da CLT, também acrescentado pela Lei n. 13.467/17, segundo o qual, no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará *exclusivamente* a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico e balizará a sua atuação pela regra da *intervenção mínima* na autonomia da vontade coletiva.

social constitucionalmente assegurado” é também aquele reconhecido pelas normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em razão do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República.

Segundo, porque a Constituição da República impõe o respeito à dignidade humana e, com isto, aos direitos que lhe são inerentes, dentre os quais o direito à reparação integral dos danos extrapatrimoniais (arts. 1º, III, e 5º, V e X).

Terceiro, porque a força normativa da Constituição da República não pode ser afastada por norma infraconstitucional, como decorre, por exemplo, da criação, dentro do Poder Judiciário, de um órgão cuja função principal é fazer respeitar a Constituição da República (art. 102, *caput*, I, *a*, e III, *a*, *b* e *c*).

Quarto, porque o respeito aos tratados sobre direitos humanos é expressamente imposto pela Constituição da República (arts. 4º, II, e 5º, § 2º), o que significa que a sua força normativa não pode ser afastada por norma infraconstitucional.

O que resulta dos comandos constitucionais citados e é reconhecido pelo art. 13 do Código de Processo Civil (CPC), é que ao juiz cumpre respeitar e fazer respeitar a Constituição e os tratados sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte.

Não se pode olvidar que a interpretação das normas jurídicas, em especial a interpretação judicial, é sempre um “juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pelas mesmas”³, de forma que do intérprete não é exigida “sujeição à lei de tipo acrítico e incondicionado, mas sujeição antes de tudo à Constituição”⁴, observando-se que a Constituição determina, expressamente, o respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Desse modo, ao juiz compete realizar, de ofício ou em resposta à provocação das partes, o controle de constitucionalidade e, também, de convencionalidade dos atos legislativos.

Dir-se-á que a Lei n. 13.467/17 não pretendeu afastar a aplicação da Constituição da República e do Direito Internacional dos Direitos

³ FERRAJOLI, 2010, p. 26.

⁴ *Ibid.*

Humanos quando do exame de pedido de reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho.

Contudo, a tarifação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho demonstra exatamente o contrário, vez que a Constituição e várias normas Direito Internacional dos Direitos Humanos impedem a tarifação dos danos extrapatrimoniais, como será demonstrado mais adiante.

Como a Constituição e o Direito Internacional dos Direitos Humanos impedem a tarifação dos danos extrapatrimoniais, a Lei n. 13.467/17 cuidou de afastar a sua aplicação, com o objetivo de fazer prevalecer a tarifação por ela estabelecida, valendo lembrar que, ao interpretar uma norma jurídica, deve-se partir do pressuposto de que ela não contém palavras inúteis e a locução “apenas” constante do art. 223-A da CLT é bastante significativa, posto que procura limitar as normas jurídicas às quais o juiz poderá recorrer para o exame de pedido de reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho.

É interessante notar que, segundo o art. 223-A da CLT, o juiz julgará o pedido de reparação por *danos extrapatrimoniais* aplicando apenas o que a CLT dispõe a respeito. Ocorre que esta mesma restrição não foi estabelecida em relação aos *danos materiais*, aos quais o art. 223-F da CLT faz expressa referência. Com isso, a Lei n. 13.467/17 cria uma espécie de *realidade jurídica paralela* no que comporta aos danos extrapatrimoniais, na medida em que, de acordo com ela, para julgar pedido de reparação de danos extrapatrimoniais, o juiz somente pode se valer das normas constantes da CLT, ao passo que, para o julgamento de pedido de reparação de danos materiais, ele poderá utilizar qualquer norma que componha a ordem jurídica que tenha pertinência com o tema.

Em suma, é inconstitucional o art. 223-A da CLT quando estabelece que o juiz julgará pedido de reparação de danos extrapatrimoniais tendo em vista *apenas* o que estabelece a CLT a respeito.

É importante ressaltar que *nenhuma lei é isenta* e a limitação em destaque se insere no processo no qual o compromisso do Estado com a constitucionalidade se subordina “ao projeto de crescimento econômico, ao posicionamento competitivo e ao aumento do capital”⁵,

⁵ BROWN, 2016, p. 28.

sendo importante assinalar que a tarifação de danos atende muito mais aos interesses de quem causa o dano do que os daquele que o sofre, o que contraria a moderna doutrina da responsabilidade civil, que tem em vista, principalmente, a proteção da vítima do dano injusto.

2. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E MORTE DO TRABALHADOR ANTES DE SER APRESENTADO EM JUÍZO PEDIDO DE SUA REPARAÇÃO

O art. 223-B da CLT dispõe que a reparação de danos extrapatrimoniais tem como titular *exclusivo* a pessoa que os sofreu, ou seja, considera intransmissível o direito à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho sofridos em vida pelo trabalhador.

Contudo, o Código Civil dispõe, no seu art. 943, que o direito de exigir a reparação de danos transmite-se com a herança. Assim, embora a lesão seja personalíssima, o direito à sua reparação tem natureza patrimonial, o que significa que ele compõe o patrimônio do trabalhador, a ser transferido aos seus herdeiros, no caso de falecimento.

A este respeito já foi decidido que:

Se a indenização se faz mediante pagamento em dinheiro, aquele que suportou os danos tinha direito de recebê-la e isto constitui crédito que integrava seu patrimônio, transmitindo-se a seus sucessores. Possibilidade de os herdeiros prosseguirem com a ação já intentada por aquele que sofreu os danos⁶.

Acrescente-se que o Direito do Trabalho trata da relação entre empregado e empregador e, portanto, *não tem como objeto* de disciplina a composição do patrimônio a ser transmitido por herança, matéria reservada ao direito civil, razão pela qual, no confronto entre o art. 943 do Código Civil e o art. 223-B da CLT, é o primeiro que deve prevalecer.

Lembre-se, ainda, que o art. 5º, V e X, da Constituição estabelece que todo dano causado a outrem deve ser reparado e *não contém*

⁶ STJ, REsp. 219.619, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 3.4.2000, p. 147.

qualquer ressalva no sentido de que a morte daquele que sofreu o dano isenta de responsabilidade quem o causou.

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu, ao julgar o caso Garrido e Baigorria *versus* Argentina, que “o direito à indenização pelos danos sofridos pelas vítimas até o momento de sua morte é transmitido por sucessão a seus herdeiros”⁷, o que demonstra que *a reparação por sucessão constitui um direito humano*, condição na qual não pode ser negada pelas normas internas, por força do disposto nos arts. 4º, II, e 5º, § 2º, da Constituição da República.

Em suma, o art. 223-B da CLT não prevalece diante do art. 943 do Código Civil, é inconstitucional e viola normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Cumprido esclarecer que esta questão foi examinada não só pela sua relevância própria, mas, principalmente, em razão da sua influência na definição do alcance da tarificação dos danos extrapatrimoniais realizada pela Lei n. 13.467/17.

3. A TARIFICAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E OS FAMILIARES DO TRABALHADOR QUE FALECE EM CONSEQUÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO

A tarificação de danos extrapatrimoniais estabelecida pela Lei n. 13.467/17, cuja constitucionalidade será examinada mais adiante, *não alcança* os familiares do trabalhador que falece como consequência de acidente de trabalho.

É que, ao afirmar que os danos extrapatrimoniais são intransmissíveis, a Lei n. 13.467/17 deixou claro que somente trata do julgamento de pedido de reparação de danos apresentado em juízo pelo trabalhador que os tenha sofrido. Note-se que, embora o art. 223-B da CLT, que contém a disposição em exame, seja passível de crítica, o seu acréscimo à CLT indica que a Lei n. 13.467/17 somente tratou do direito à reparação de danos extrapatrimoniais de que seja titular aquele que os sofreu.

⁷ (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Garrido E Baigorria vs. Argentina, Sentença de 27 de agosto de 1998 (Reparações e custas), disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_39_esp.pdf.)

Ademais, o art. 223-G, § 3º, da CLT, que também foi acrescentado à CLT pela Lei n. 13.467/17, ao tratar do valor da indenização, afirma que ele será elevado ao dobro no caso de *reincidência entre partes idênticas*. Como não há reincidência no caso de morte do trabalhador em razão de acidente de trabalho, é inegável que a CLT somente trata da reparação de danos reclamada pelo trabalhador que os sofreu e, ainda, que ela *não trata* do dano-morte.

Acrescente-se que a CLT define como critério de cálculo da indenização o salário contratual do *ofendido* (art. 223-G, §1º), o que, mais uma vez, demonstra que a Lei n. 13.467/17 somente trata da reparação de danos requerida pelo próprio trabalhador que os sofreu, na medida em que, no caso de sua morte, *ofendido não é ele próprio, mas os seus familiares*.

4. A TARIFAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Antes de examinar a Lei n. 13.467/17 na parte em que promoveu a tarificação dos danos extrapatrimoniais, vale a pena mencionar que a Lei de Imprensa havia tarifado a reparação por danos morais e o Supremo Tribunal Federal, examinando esta tarificação à luz da Constituição da República de 1988, decidiu, nos autos do RE 447.584-7/RJ, pela sua inconstitucionalidade.

Com efeito, na citada decisão, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que:

Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República⁸. A riqueza dos argumentos do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso nos autos do recurso extraordinário mencionado aconselha a sua transcrição, ainda que parcial, visto que *o que dele consta é perfeitamente pertinente com o exame da constitucionalidade da Lei n. 13.467/17*.

Segundo o citado Ministro:

O objeto último deste recurso está em saber se, negando aplicação ao art. 52 da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que, como

⁸ STF-RE 447.584-7/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso. DJe 16.03.07

previsão de limite de cálculo da verba indenizatória por dano moral, já não subsistiria perante o art. 5º, incs. V e X, da vigente Constituição da República, teria o acórdão violado estas normas constitucionais.

Já não vige de veras, ou, segundo reza outra doutrina de igual consequência prática, perdeu seu fundamento de validade, a norma inserta no art. 52 da Lei nº 5.250, de 1967, porque, incompatível com o alcance das regras estatuídas no art. 5º, V e X, da atual Constituição da República, não foi por esta recebida.

E não custa demonstrá-lo.

Já ninguém tem dúvida de que, pondo termo às controvérsias inspiradas no silêncio (não eloquente) do ordenamento anterior, essas regras constitucionais consagraram, de modo nítido e muito mais largo, no plano nomológico supremo, o princípio da indenizabilidade irrestrita do chamado dano moral [...].

A concepção normativa tende a preservar os elementos introspectivos da personalidade humana e [...] a consciência da dignidade pessoal, como alvo da estima e da consideração alheias. Por isso se traduz e resume na previsão de específica tutela constitucional da dignidade humana, do ponto de vista de um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos.

Ora, a primeira questão do procedimento metodológico em que se desdobra a investigação analítica do tema central deste recurso, está em saber se [...] o âmbito de proteção da norma garantidora do direito à integridade moral, que constitui o objeto último da tutela, é encurtado por algum limite prévio e abstrato ao valor da reparação pecuniária do mesmo dano.

Aqui, a resposta é evidentemente negativa.

[...]. A vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma disposição restritiva que, limitando o valor da indenização e o grau consequente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. A norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais⁹ é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito.

⁹ art. 5º, V e X.

A pergunta subsequente [...] é se a Constituição, posto não restringindo o valor indenizatório, autorizaria, com o mesmo resultado prático, de maneira expressa ou não, o preestabelecimento de limites por mediação de lei subalterna [...].

Noutras palavras, abrigaria a Constituição, ainda quando por modo indireto, cláusula da chamada reserva de lei restritiva, à qual autorizasse, por esse artifício, reduzir o âmbito teórico da tutela?

E, aqui, também é não menos negativa a resposta, porque o princípio por observar é que, se lho não autoriza a Constituição *expressis verbis*, não pode lei alguma restringir direitos, liberdades e garantias constitucionais [...].

Não é mister grande esforço intelectual por advertir em que o valor da indenização há de ser eficaz, vale dizer, deve, perante as circunstâncias históricas, entre as quais avulta a capacidade econômica de cada responsável, guardar uma força desencorajadora de nova violação ou violações, sendo como tal perceptível ao ofensor, e, ao mesmo tempo, de significar, para a vítima, segundo sua sensibilidade e condição sociopolítica, uma forma heterogênea de satisfação psicológica da lesão sofrida. Os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa.

Noutras palavras, a restituição do gravame a tais bens não é reconduzível a uma escala econômica padronizada, análoga à das valorações relativas dos danos patrimoniais, pois ‘tem outro sentido, como anota Windscheid, acatando opinião de Wachter: compensar a sensação de dor da vítima com uma sensação agradável em contrário¹⁰. Assim, tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou ‘anestesiá-la’ em alguma parte o sofrimento impingido... A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Trata-se, então, de uma estimativa prudencial’.

Ora, limitações prévias, que, despojadas de qualquer justificação lógica,

¹⁰ nota 31 ao parág. 455 das ‘Pandette’, trad. Fadda e Bensa.

desqualificam a importância estimativa da natureza, da gravidade e da repercussão da ofensa, bem como dos outros ingredientes pessoais do arbitramento (que é sempre obra de juízo de equidade), capitulados de modo legítimo, mas não exauriente pela lei¹¹, tornam nula, ou vã, a proteção constitucional do direito à inviolabilidade moral e sacrificam-no em concreto. São imposições excessivas e arbitrárias, que mal se afeioam à vertente substantiva do princípio do justo processo da lei (*substantive due process of law*), que, na visão desta Corte, “atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável” [...].

O Superior Tribunal de Justiça, também examinando a Lei de Imprensa em face da Constituição da República, editou a Súmula n. 281, segundo a qual, “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

A propósito da questão, tem-se a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem, “em decorrência da tutela geral estabelecida em nível constitucional, a reparação do dano moral não poderá ser limitada, mediante a imposição de tetos, por legislação infraconstitucional”¹².

A inconstitucionalidade da Lei n.13.467/17 é, desse modo, flagrante. É que a Constituição da República não só reconhece o direito à reparação de danos extrapatrimoniais, como também elege *critério fundamental* para o seu arbitramento, qual seja, a sua *proporcionalidade com o dano*, o que implica reconhecimento do *direito fundamental à reparação irrestrita e integral dos danos extrapatrimoniais*.

Com efeito, consoante o art. 5º, incisos V e X, da Constituição, a reparação deve ser *proporcional ao agravo*, o que significa, na dicção do art. 944, *caput*, do Código Civil, que a reparação deve ser arbitrada levando em conta a *extensão do dano*.

Deste modo, assim como todo dano deve ser reparado, não há como limitar, pela via ordinária, o valor da sua reparação, sob pena de, como foi realçado no voto do Ministro Cezar Peluso no julgamento do recurso extraordinário noticiado, de ofensa ao direito, constitucionalmente, assegurado, à integridade ou à incolumidade moral.

¹¹ Art. 53 da Lei nº 5.250, de 1967.

¹² MORAES, 2003, p. 333.

Em suma, a Constituição veda a atenuação da responsabilidade do empregador por danos causados ao trabalhador (ou sua família) por meio de lei ordinária, lembrando que a Constituição atua como “parâmetro material intrínseco dos atos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes com a Constituição¹³. Note-se que o fato de a Constituição incluir o direito à reparação dos danos extrapatrimoniais entre os direitos fundamentais indica que se trata de direito cujo gozo constitui uma *exigência* da dignidade humana, ou seja, que *a negativa da reparação integral dos danos extrapatrimoniais resulta em ofensa à dignidade humana*.

Aplica-se à hipótese, inclusive, o *princípio da vedação de retrocesso social*¹⁴, que veda a exclusão ou limitação de direitos fundamentais por meio de emenda constitucional e, com isso, também de lei infraconstitucional, valendo registrar que o retrocesso na condição social do trabalhador também ocorre quando é limitado o alcance da reparação dos danos por ele sofridos no contexto da relação de trabalho.

Vale anotar que o STF já se manifestou sobre a vedação de retrocesso social, tendo decidido que:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...]. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados¹⁵.

Pode-se invocar, por outro lado, o disposto no art. 7º, *caput*, da Constituição da República, que impõe, quando da existência de um conflito entre normas, a aplicação daquela que seja mais favo-

¹³ CANOTILHO, 2003, p. 246.

¹⁴ Art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição.

¹⁵ STF, ARE 639337- AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Dje n. 177, pub. 15.09.11. Esta decisão é de suma relevância, na medida em que incluiu os direitos sociais dentre os direitos protegidos pelas cláusulas pétreas.

Além da ofensa ao princípio da igualdade, a tarifação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho implica injustificada discriminação em relação ao trabalhador e, no caso de sua morte, à sua família.

rável aos trabalhadores. Assim, ainda que desconsiderando, apenas para argumentar, a supremacia da Constituição e a vedação de retrocesso social, no confronto entre o Código Civil (art. 944) e a Lei n. 13.467/17, é aquele que deve prevalecer, posto que estabelece condição mais favorável aos trabalhadores, qual seja, a reparação integral dos danos extrapatrimoniais que sofrer no contexto da relação de trabalho, valendo acrescentar que a reparação integral é também assegurada pelos arts. 389, 395, 404 e 953 do Código Civil.

Acrescente-se que a tarifação dos danos extrapatrimoniais *apenas para os trabalhadores* implica inegável ofensa ao princípio da igualdade, que é expressamente consagrado na Constituição (art. 5º, *caput*), na medida em que pessoas vítimas do mesmo evento teriam tratamento substancialmente diferenciado.

Basta mencionar, a título de exemplo, um fato que cause danos, concomitantemente, aos empregados e clientes de determinada empresa. Neste caso, sendo admitida a tarifação estabelecida pela CLT, o trabalhador teria a sua indenização limitada aos montantes definidos na CLT, ao passo que esta limitação não seria aplicada aos clientes da empresa, valendo anotar que “ O princípio da igualdade condena e repudia é o tratamento arbitrário da realidade, fundado na ausência de um motivo razoável ou suficiente”¹⁶ e a *condição de empregado* daquele que sofre um dano extrapatrimonial não constitui situação jurídica que autorize conferir-lhe tratamento diferenciado no que comporta à reparação dos danos extrapatrimoniais.

Além da ofensa ao princípio da igualdade, a tarifação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho implica injustificada discriminação em relação ao trabalhador e, no caso de sua morte, à sua família.

A discriminação decorre, por exemplo, do fato de o consumidor ter direito à reparação integral dos danos que sofrer¹⁷, ao passo que o trabalhador teria o seu direito limitado a, no máximo, cinquenta vezes o seu último salário contratual, ainda que ambos fossem vítimas do mesmo evento.

¹⁶ GARCIA, 2005, p. 15 e 17.

¹⁷ Art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.

Abre-se um parêntese para esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que “em caso de dano moral decorrente de morte de parentes próximos, a indenização deve ser arbitrada de forma global para a família, não devendo, de regra, ultrapassar o equivalente a quinhentos salários mínimos, podendo, porém, ser acrescido do que bastar para que os quinhões individualmente considerados não sejam diluídos e nem se tornem irrisórios, elevando-se o montante até o dobro daquele valor¹⁸. Este parâmetro deixa clara a discriminação sustentada, posto que, segundo a Lei n. 13.467/17, no caso de danos sofridos pela família do trabalhador, a indenização estaria limitada a cinquenta salários mínimos, ou seja, a *dez por cento do valor* que o STJ tem considerado razoável para a hipótese de dano morte.

Anote-se, no particular, que a ordem jurídica brasileira estabelece verdadeira *cláusula geral de não discriminação*, consoante resulta dos arts. 3º, IV, 5º, VIII, XLI, 7º, XX, XXX, XXXI e XXXII, da Constituição da República, do art. 1º da Lei n. 9.029/95, do art. 3º da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) e dos arts. 4º e 5º da Lei 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência). Esta cláusula é reforçada pelas Convenções n. 100 e 111 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil. Vale acrescentar que, consoante resulta da Lei n. 13.146/15, constitui discriminação toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir, ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito à reparação integral dos danos extrapatrimoniais.

Ademais, o art. 944 do Código Civil, “ao vincular o valor da indenização à medida da extensão do dano, reafirma a tradição do direito material, vedando a interferência de considerações acerca das características do agente”¹⁹. Assim, o fato de ser aquele que sofreu o dano um trabalhador (ou sua família) *não autoriza* a negativa do direito à sua reparação integral.

Cumprido lembrar, por fim, que a Constituição reconhece que os trabalhadores são merecedores de proteção especial, como decorre, por exemplo, do fato de a eles atribuir vários direitos de natureza

¹⁸ STJ, Resp. 1127913/RS, 4ª Turma, Rel. para o acórdão Min. Luiz Felipe Salomão, Dje 30.12.12. Este mesmo parâmetro foi observado pelo STJ nos autos do AgRg no REsp. 976.872-PE.

¹⁹ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p. 944.

O fato de ser afastada a tarifação do valor da reparação de danos extrapatrimoniais não significa que a sua fixação fica ao livre arbítrio do juiz.

fundamental (art. 7º, por exemplo) e, ainda, de, ao tratar da prescrição, conferir alcance especial à eficácia das eventuais pretensões do trabalhador²⁰.

O direito à proteção especial não se harmoniza com a discriminação do trabalhador quando se trata de reparação de danos extrapatrimoniais. Vale anotar que a proteção especial do trabalhador não se dá ao acaso, mas pelo fato de a Constituição reconhecer o valor social do trabalho e lhe atribuir a condição de princípio fundamental da República (art. 1º), vincular o trabalho e os direitos a ele inerentes à proteção e tutela da dignidade humana e à justiça social²¹ e, ainda, considerar ser o respeito às normas que compõem o Direito do Trabalho uma condição para que a propriedade cumpra a sua função social²². É oportuno anotar que a Constituição assegura a quem sofre desapropriação de sua propriedade o recebimento de *justa indenização*²³ e não há como sustentar que aquele que perde um ente querido também não tem direito a uma justa indenização, sob pena de se admitir que a propriedade tem valor superior ao da vida humana.

O fato de ser afastada a tarifação do valor da reparação de danos extrapatrimoniais não significa que a sua fixação fica ao livre arbítrio do juiz.

Primeiro, porque o arbitramento judicial do valor da reparação de danos *não se confunde com a arbitrariedade*, observando-se, neste sentido, que a ordem jurídica, a doutrina e a jurisprudência definem uma série de parâmetros a serem seguidos no arbitramento do valor a ser pago a título de reparação de danos extrapatrimoniais.

Neste sentido, por exemplo, o Código Civil, ao qual se pode recorrer com autorização no art. 8º, § 1º, da CLT, dispõe, no art. 944, que a indenização se mede pela *extensão do dano e deve ser a ele proporcional*. A própria Lei n. 13.467/17 fixa critérios que deverão guiar o juiz no arbitramento da reparação dos danos morais, quais sejam, a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento ou da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica,

²⁰ Art. 7º, XXIX- a pretensão nasce da lesão do direito, mas mantém a sua eficácia até dois anos após a rescisão do contrato de trabalho.

²¹ Arts. 170 e 193.

²² Art. 185, III.

²³ Art. 5º, XXIV.

os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, o grau de dolo ou culpa²⁴, a ocorrência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa, o perdão, tácito ou expresso, a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa²⁵. Aliás, há uma flagrante contradição na CLT, na medida em que o art. 223-G, V, dispõe que a reparação deve ser proporcional à extensão e a duração da ofensa, ao passo que o art. 223-G, § 1º, limita a reparação ao importe correspondente a cinquenta salários contratuais do trabalhador. Não atende à exigência de respeito à extensão do dano a limitação da indenização a valores prévia e arbitrariamente estabelecidos pelo legislador vinculada aos ganhos do trabalhador.

Diante desta contradição, deve prevalecer, por força do princípio da aplicável da norma mais favorável ao trabalhador, a norma que reconhece o direito à reparação proporcional à extensão do dano.

Lembre-se que, como aduz Pietro Perlingieri, a liquidação equitativa tem a vantagem da flexibilidade e da maior adequação às exigências e circunstâncias da *fattispecie* concreta, mas, para evitar aplicações distorcidas, tem de ser especificada (...). A avaliação equitativa (...) é fortemente personalizada, individualizada, superando-se qualquer critério rígido e mecânico de avaliação²⁶.

No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que o sistema do arbitramento judicial “tem sido considerado o que menos problemas traz e o que mais justiça e segurança oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto”²⁷ sendo por ela acrescentado que os critérios definidos pela doutrina, jurisprudência e legislador “apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão

²⁴ A este respeito, cumpre registrar que o Direito Civil, que constitui fonte subsidiária do Direito do Trabalho, abandonou “a distinção entre a culpa grave, leve e levíssima para fins de responsabilização. Mesmo a diferenciação entre culpa e dolo, nuclear no direito criminal, mostra-se irrelevante sob a ótica da responsabilidade civil (...). O dano provocado pelo agente terá a mesma extensão, tendo ele agido com dolo, com culpa grave ou com culpa levíssima. O direito civil contemporâneo caminha, aliás, rumo à superação da intenção maliciosa do agente. É o que se extrai da crescente expansão de hipóteses de responsabilidade objetiva” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006, p. 944).

²⁵ art. 223-G, *caput*.

²⁶ PERLINGIERI, 2008, p. 807-808.

²⁷ MORAES, 2003, p. 270.

e, assim, garantir o controle da racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade”²⁸.

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

No ordenamento pátrio, não há norma geral para o arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial, mas há o art. 953, parágrafo único, do CC/2002, que, no caso de ofensas contra a honra, não sendo possível provar o prejuízo material, confere ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização na conformidade das circunstâncias do caso. Assim, essa regra pode ser estendida, por analogia, às demais hipóteses de prejuízos sem conteúdo econômico (Art. 4º da LICC). A autorização legal para o arbitramento equitativo não representa a outorga ao juiz de um poder arbitrário, pois a indenização, além de ser fixada com razoabilidade, deve ser fundamentada com a indicação dos critérios utilizados. Aduz, ainda, que, para proceder a uma sistematização dos critérios mais utilizados pela jurisprudência para o arbitramento da indenização por prejuízos extrapatrimoniais, destacam-se, atualmente, as circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico lesado. Quanto às referidas circunstâncias, consideram-se como elementos objetivos e subjetivos para a avaliação do dano a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano), a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente), a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima), a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica). Quanto à valorização de bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra), constitui um critério bastante utilizado na prática judicial, consistindo em fixar as indenizações conforme os precedentes em casos semelhantes. Logo, o método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da união dos dois critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Assim, na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes acerca da matéria e, na segunda fase, procede-se à

²⁸ MORAES, 2003, p. 270.

É importante assinalar, inclusive, que “a temida indústria de reparações bilionárias não é uma realidade no Brasil, mesmo diante da situação atual de ausência de critérios legais para o cálculo do valor da reparação por danos morais”

fixação da indenização definitiva, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias²⁹.

Pietro Perlingieri adverte, inclusive, que “a avaliação equitativa prescinde do rendimento individual ou *pro capite* e concerne às consequências que o dano produz”³⁰. Neste sentido, fixar a indenização em valores proporcionais ao que a vítima auferia como salário não atende ao mandamento constitucional que assegura o direito a indenização *proporcional ao agravo*³¹. Segundo, porque um suposto risco à “certeza do direito” ou à “segurança jurídica”, que tem sido invocado pelos defensores da tarifação procedida pela Lei n. 13.467/17, não autoriza desrespeitar a Constituição da República e tratados sobre direitos humanos. Falou-se em “suposto risco”, visto que não existe demonstração empírica de que o Poder Judiciário estaria, ao julgar pedido de reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho, fixando valores superiores àqueles que corresponderiam à extensão do dano, sendo relevante observar que, se uma ou outra decisão deixou de atender a este parâmetro, a ordem jurídica dispõe de mecanismos para a sua revisão, observando-se, neste sentido, que a jurisprudência e a doutrina admitem a revisão do valor da reparação inclusive no julgamento de recursos de natureza extraordinária, quando seja ele irrisório ou exagerado.

É importante assinalar, inclusive, que “a temida indústria de reparações bilionárias não é uma realidade no Brasil, mesmo diante da situação atual de ausência de critérios legais para o cálculo do valor da reparação por danos morais”³².

Aliás, a “certeza do direito” ou a “segurança jurídica” é que estará em risco se for admitido que o legislador ordinário desconsidere os limites que a Constituição impõe à sua atuação.

A Constituição, como assinala Gomes Canotilho, limita o poder político³³ e é o respeito a este limite que está em jogo na discussão sobre a constitucionalidade da Lei n. 13.467/17, ou seja, o que está em jogo neste debate é a própria supremacia da Constituição, a qual constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

²⁹ REsp. 959.780-ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/4/2011.

³⁰ PERLINGIERI, 2008, p. 808.

³¹ Art. 5º, V e X, da Constitucional

³² RODRIGUEZ; FERREIRA, 2013, p. 264.

³³ CANOTILHO, 2003, p. 54.

Neste compasso e para evitar a sua total desconsideração, o art. 223-G da CLT deve ser interpretado conforme a Constituição, o que significa que deve ser entendido no sentido de que não limita os valores que podem ser arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais, funcionando “apenas como indicativo não vinculante para efeito deste arbitramento”³⁴. Com isso, atende-se, a um só tempo, o princípio da prevalência da Constituição, segundo o qual, “dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais” e o princípio da conservação de normas, segundo o qual uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando “ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição”³⁵.

5. A REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Respeitados os limites próprios do presente ensaio, cumpre registrar que o direito à reparação integral dos danos é assegurado por várias normas de direito internacional.

Neste sentido, por exemplo:

- a) o art. 14 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanados ou Degradantes a todos reconhece o direito à reparação a uma indenização justa e adequada;
- b) a Convenção n. 19 da Organização Internacional do Trabalho assegura, no art. 1º, o direito ao recebimento de indenização no caso de acidente de trabalho;
- c) Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho reconhece, nas situações das quais trata, o direito à uma indenização equitativa³⁶ ou plena³⁷;
- d) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reconhece o direito à reparação de danos no caso de violação do direito de liberdade ³⁸;

³⁴ ALMEIDA; ALMEIDA, 2018, p. 179.

³⁵ CANOTILHO, 2003, p. 1226.

³⁶ Art. 15, n. 2.

³⁷ Art. 16, n. 5.

³⁸ Arts. 9º, n. 5, e 14, n. 6.

De forma ainda mais específica, dispõe o art. 63, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que deve ser assegurada a quem sofreu violação de um direito ou liberdade uma *justa indenização*.

Vale ressaltar que o presente ensaio trata do direito à reparação integral do danos extrapatrimoniais apenas no que diz respeito à fixação do valor a ser pago a tal título, mas, como decorre do art. 63, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a reparação integral *não se limita* à questão relacionada com a fixação do valor a ser pago a título de reparação dos danos, na medida em que, segundo ele:

“Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu, visando fixar o alcance do art. 63, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que

Os modos específicos de reparar variam segundo a lesão produzida: poderá consistir na *restitutio in integrum* dos direitos afetados, em um tratamento médico para recuperar a saúde física da pessoa lesada, na obrigação do Estado de anular certas medidas administrativas, na devolução da honra ou da dignidade que foram ilegitimamente atingidas, no pagamento de uma indenização, etc. (...). A reparação pode ter também o caráter de medidas tendentes a evitar a repetição dos fatos lesivos³⁹.

Portanto, como assinala Jorge F. Calderón Gamboa, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, do art. 63, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos resulta que a reparação integral compreende “a) a *investigação* dos fatos; b) a *restituição* de direitos e bens; c) a *reabilitação* física, psicológica ou social; d) a *satisfação* mediante atos em benefícios das vítimas;

³⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Garrido E Baigorria vs. Argentina, Sentença de 27 de agosto de 1998 (Reparações e custas), disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_39_esp.pdf.)

e) a indenização compensatória do dano material e imaterial”⁴⁰, observando-se que:

a) a reabilitação “pretende reparar o que concerne às consequências físicas, psíquicas e morais que podem ser objeto de atenção medida ou psicológica”⁴¹ b) a satisfação tem por objetivo “reintegrar a dignidade das vítimas e ajudar a reorientar sua vida ou memória” e dentre as medidas voltadas à sua realização está a atribuição à vítima de indenização compensatória que é assegurada em diversos instrumentos internacionais de caráter regional e universal, dentre eles o art. 63.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e deve ser fixada, consoante a Corte Interamericana de Direitos Humanos com respeito ao princípio da equidade⁴².

Como esclarece Jorge F. Calderón Gamboa, a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem entre os seus precedentes Resolução aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas realizada em dezembro de 2005, na qual foram aprovados os “princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações manifestas das normas internacionais de direitos humanos e de graves violações do direito internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações”.

Esta Resolução chama a atenção, no seu Preâmbulo, para o reconhecimento, em várias normas de direito internacional, do direito de acesso à justiça visando à proteção contra violação de direitos humanos, o direito das vítimas destas violações terem respeitada a sua dignidade, à indenização dos danos sofridos e ao rápido restabelecimento dos direitos violados e, ainda, para a necessidade, que é reconhecida no Estatuto da Corte Penal Internacional, de estabelecer princípios aplicáveis à reparação, incluídas a restituição, a indenização e a reabilitação das vítimas, assim como de proteger a sua segurança, o seu bem-estar físico e psicológico, a sua dignidade e a sua vida privada, e, ao final, estabelece os seguintes princípios:

1) direito das vítimas a dispor de recursos contra as violações manifestas das normas internacionais de direitos humanos e as violações

⁴⁰ GAMBOA, 2015, p. 15 e 18.

⁴¹ GAMBOA, 2015, p. 562.

⁴² GAMBOA, 2015, p. 57, 84 e 85.

Em suma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, reconhece, como direito humano, o direito à reparação integral dos danos extrapatrimoniais, sendo a fixação do valor da indenização a ser paga como reparação de danos apenas um dos componentes do que se deve entender por reparação integral, solução que, inclusive, não é estranha ao nosso ordenamento jurídico, que, ao lado de garantir o direito à reparação medida pela extensão do dano e a ele proporcional.

graves do direito internacional humanitário”, dentre os quais a *reparação adequada, efetiva e rápida do dano sofrido*;

2) indenização apropriada e proporcional à gravidade da violação e as circunstâncias do caso concreto.

Cumpre assinalar, ainda, que, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos,

[a] obrigação contida no artigo 63.1 da Convenção é de direito internacional e este rege todos seus aspectos como, por exemplo, sua extensão, suas modalidades, seus beneficiários, etc. [...]. *A indenização tem caráter compensatório e, portanto, deve ser outorgada na extensão e na medida suficientes para ressarcir os danos materiais e morais*⁴³.

Em suma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, reconhece, como direito humano, o direito à reparação integral dos danos extrapatrimoniais, sendo a fixação do valor da indenização a ser paga como reparação de danos apenas um dos componentes do que se deve entender por reparação integral, solução que, inclusive, não é estranha ao nosso ordenamento jurídico, que, ao lado de garantir o direito à reparação medida pela extensão do dano e a ele proporcional⁴⁴, também assegura: no caso de homicídio, o direito ao pagamento de despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família e a prestação alimentícia às pessoas a quem o morto os devidas, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima⁴⁵; na hipótese de lesão ou outra ofensa à saúde, o direito às despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido⁴⁶; na hipótese de resultar da ofensa defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu⁴⁷, por exemplo.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garrido E Baigorria vs. Argentina, Sentença de 27 de agosto de 1998 (Reparações e custas), disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_39_esp.pdf. (Destacamos).

⁴⁴ Art. 944 do Código Civil.

⁴⁵ Art. 948 do Código Civil.

⁴⁶ Art. 949 do Código Civil.

⁴⁷ Art. 950 do Código Civil.

6. CONCLUSÕES

O presente ensaio examinou a tarificação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho promovida pela Lei n. 13.467/17, visando apresentar resposta para duas indagações principais: a tarificação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho promovida pela Lei n. 13.467/17 alcança os familiares dos trabalhadores falecidos em consequência de acidente de trabalho? A tarificação da reparação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho promovida pela Lei n. 13.467/17 é constitucional e está em harmonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos?

Como foi esclarecido anteriormente, embora tenham sido eleitos como principais apenas dois questionamentos suscitados pela tarificação do valor da reparação dos danos extrapatrimoniais estabelecida pela Lei n. 13.467/17, existem outras questões que com eles se relacionam diretamente, razão pela qual foram também enfrentadas.

Nesta perspectiva é que se chegou à conclusão de que:

a) o art. 223-A da CLT é inconstitucional, na parte em que estabelece que o juiz julgará o pedido de reparação de danos extrapatrimoniais tendo em vista apenas o que estabelece a CLT a respeito.

Por força da Constituição da República, no exame de pedido de reparação de danos extrapatrimoniais apresentado em juízo pelo trabalhador ou sua família não se pode deixar de considerar a Constituição e os tratados sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte;

b) o art. 223-B da CLT é inconstitucional e viola um direito humano, no que comporta à atribuição de caráter intransmissível ao direito à reparação de danos extrapatrimoniais sofridos em vida pelo trabalhador.

É inconstitucional e viola direito assegurado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos norma infraconstitucional que cria um dano extrapatrimonial irreparável, de forma que o direito à reparação de danos extrapatrimoniais sofridos por trabalhador que falece antes de ajuizar demanda pleiteando o seu reconhecimento é transmissível aos seus familiares;

c) os arts. 223-A a 223-G da CLT não alcançam a reparação de danos extrapatrimoniais sofridos por familiares de trabalhador que falece em consequência de acidente de trabalho, além do que não tratam da reparação de dano-morte.

Os arts. 223-A a 223-G da CLT somente dizem respeito à reparação de danos extrapatrimoniais pleiteada pelo trabalhador.

d) é inconstitucional o art. 223-G da CLT, na parte em que promove a tarifação dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho.

A Constituição da República de 1988 reconhece, como fundamental, o *direito à reparação irrestrita e integral dos danos extrapatrimoniais*, o que torna certo que a reparação dos danos extrapatrimoniais deve ser medida pela extensão do dano.

O *direito à reparação irrestrita e integral dos danos extrapatrimoniais* é um direito humano e o *status* supralegal dos tratados sobre direitos humanos impõe a sua prevalência sobre o art. 223-G da CLT.

O que está em jogo no debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 13.467/17, no que comporta a reparação dos danos extrapatrimoniais, é a própria supremacia da Constituição, a qual constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Para evitar a declaração de sua inconstitucionalidade, o art. 223-G da CLT deve ser interpretado conforme a Constituição, o que se significa que deve ser entendido no sentido de que não limita os valores que podem ser arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais, funcionando, apenas, como indicativo não vinculante para efeito do seu arbitramento, em especial porque a reparação dos danos extrapatrimoniais não pode ser transformada em instituto de proteção do capital, diante da sua condição de instrumento de proteção e promoção da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Ana Clara Guimarães Rabêllo de. Reparação de danos morais e reforma trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 82, n. 2, 2018, p. 175-180.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina, Sentença de 27 de agosto de 1998 (Reparações e custas), disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_39_esp.pdf.

BROWN, Wendy. *El pueblo sin atributos: la secreta revolución do neoliberalismo*. Barcelona: Malpaso, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madri: Trotta, 2010.

GAMBOA, Jorge F. Canderón. La evolución de la “reparación integral” em la jurisprudência de la Corte Internacional dos Derechos Humanos. Comissão Nacional de los Derechos Humanos – Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos: México, DF, 2013.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

MORAES, MARIA CELINA BODIN DE. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; FERREIRA, Carolina Cutripi. Como decidem os Juízes? Sobre a qualidade da jurisdição brasileira. In Manual de Sociologia Jurídica (RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves (Orgs.)). São Paulo: Saraiva, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA Heloisa Helena; Maria Celina Bodin de MORAES. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: 2006.

CINCO DESAFIOS PARA TEORIAS DO DIREITO

Flávio Lima

Mestre em Filosofia e
Teoria Geral do Direito pela
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo
(2013). flaviomplima@
gmail.com

Recebido: agosto 21, 2018

Aceito: março 13, 2019

Five Challenges for Theories of Law

RESUMO

Neste artigo, enuncio cinco desafios intuitivos a serem enfrentados por uma teoria do direito. Na sequência, argumento que a ideia tipicamente positivista de que as atribuições jurídicas possam estar assentadas exclusivamente em fatos descritivos parece conflitar com três deles. Concluo, assim, que a despeito de tanto o interpretativismo quanto o descritivismo serem nalguma medida teorias contraintuitivas, é sobre o segundo que recai um maior ônus argumentativo.

Palavras-chave: Grounding; Superveniência; Direito como fato.

Abstract

In this paper, I introduce five intuitive challenges that should be dealt with by theories of law. Then, I argue that the typically positivist idea that the legal ascriptions of a given legal system may be grounded exclusively on descriptive facts seems to conflict with three of those challenges. I conclude that in spite of the fact that both interpretivism and descriptivism are counterintuitive theories about law, it is the latter that has a greater argumentative burden.

Keywords: Grounding; Supervenience; Law as fact.

I. CINCO INTUIÇÕES SOBRE O DIREITO

1. Imagine um sujeito s_1 num sistema jurídico L avaliando juridicamente um fato qualquer f . Existem diversas coisas que s_1 pode dizer sobre f , exceto isto: “ f é direito, ponto final”. Para toda atribuição jurídica qualquer do tipo “Isto é direito”, tem necessariamente de haver outra, do tipo “Isto é p ” (onde p é uma propriedade não jurídica) e que sirva de fundamento / base para a primeira atribuição. Noutros termos, (P1)= Para todo sistema jurídico qualquer L e um fato f qualquer em L : Se é um *legal fact* de L que f é direito em L , então necessariamente existe outro fato de natureza não jurídica em L e que explica a atribuição da propriedade *ser direito* a f em L .

“(P1)” realça aquilo que se costuma chamar de *grounding* e nos diz duas coisas: a) que necessariamente as atribuições jurídicas em L , do tipo “Isto é direito”, são dependentes de outras, do tipo “Isto é p ” em L ; e b) que a atribuição / fato do tipo “Isto é p ”, que fundamenta uma atribuição jurídica qualquer em L , não pode ser, também ela, um *legal fact* de L .

O fato que serve de fundamento para um *legal fact* em L pode, ou não, ser unitário. Por exemplo, a proposição jurídica de que a execução provisória do acórdão penal condenatório de segundo grau é direito pode ser verdadeira no sistema jurídico brasileiro, L_{bra} , em virtude de que é um fato de L_{bra} que a execução provisória do acórdão condenatório de segundo grau acarreta uma diminuição na taxa de prescrição criminal, ou pode estar assentada nisto e, também, no fato de que em L_{bra} apenas 1,5% dos recursos em sede extraordinária de jurisdição resultam na reversão da condenação de segundo grau etc.¹ Além disto, os fatos que servem de fundamento de um *legal fact* qualquer de L podem estar unidos por uma conjunção ou por uma disjunção inclusiva. No primeiro caso, se qualquer deles está ausente, então o *legal fact* que está assentado sobre eles também estará. No segundo caso, a atribuição poderia, a princípio, estar assentada num dos fatos do conjunto e, caso ele não ocorresse, a

¹ “(...) No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. (...) A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade (...)” Habeas Corpus 126.292, Ministro Luís Roberto Barroso.

atribuição continuaria ocorrendo, só que assentada num outro fato do mesmo conjunto; noutros termos, neste último caso, a atribuição jurídica somente não ocorrerá se nenhum dos fatos que sirvam de fundamento para a atribuição forem fatos de L.

A única exigência posta em “(P1)” a respeito da natureza dos fatos que sirvam de fundamento para as atribuições jurídicas em L é que não sejam, também eles, *legal facts*. *Legal facts* nada mais são do que as atribuições jurídicas instanciadas por L, ou, o que dá na mesma, as proposições jurídicas do tipo “Isto é direito” que são verdadeiras em L.

Dito isto, poder-se-ia argumentar que não raro *legal facts* estão assentados, ainda que parcialmente, em outros *legal facts*. Por exemplo, ainda que parcialmente, a proposição jurídica de que “É direito que um sujeito s, que deliberadamente matou s’, permaneça 10 anos na prisão” é verdade em L_{bra} porque é uma norma jurídica válida de L_{bra} que se alguém tirar a vida de outrem, então deve lhe ser aplicada uma pena privativa de liberdade de seis a vinte anos². *Ser uma norma jurídica válida* é, também ela, uma propriedade jurídica e a proposição de que “n é uma norma jurídica válida de L” pode ser enunciada da seguinte forma “Em L é direito que n”, ou mesmo “n é direito em L”. Logo, “(P1)” seria falsa.

Contudo, na medida em que n *ser uma norma jurídica válida* em L é um *legal fact* de L, também ele deve ser reconduzido a fatos não jurídicos de L³. A razão pela qual um *legal fact* não pode, ele mesmo, estar assentado noutro *legal fact* é uma imposição da própria natureza da relação de dependência em questão, afinal, se f depende de f’, f’ é mais fundamental do que f e nada pode ser mais fundamental que si mesmo e não existem dois fatos que possam ser simultaneamente um mais fundamental do que outro. Noutros termos, a relação de *grounding* é irreflexiva e assimétrica⁴.

² Artigo 121, do Código penal.

³ Este é um problema clássico em teoria do direito e que foi enfrentado pelos três grandes (Kelsen, Hart e Dworkin), que assentaram o fundamento último de validade de um ordenamento jurídico qualquer naquilo que os agentes institucionais pensam, falam ou fazem (fato descritivo – Kelsen e Hart), ou no mérito do sistema jurídico que tenha n como uma sua norma jurídica válida (fato moral – Dworkin). Uma observação: apesar de Kelsen ter utilizado a “norma fundamental”, puramente racional, como fundamento último de um sistema normativo, ele acabou condicionando a validade a um mínimo de eficácia, interligando referidos conceitos; não me parecendo de todo errado, portanto, dizer que Kelsen, ainda que inconfessadamente, também assentou o fundamento último da validade numa questão de fato.

⁴ Diz Bennett, 2017, p. 33: “For all building relations B, and all x, $\sim Bxx$, and For all building relations B, and all x and y such that $x \neq y$, if xBy , then $\sim (yBx)$ ”. Consulte, ainda, Rosen, 2010, p. 115-6.

Por fim, “(P1)” afirma existir uma dependência entre um *legal fact* de L e os fatos não jurídicos que funcionam como seu fundamento. Sendo que o sentido mais comumente empregado para retratar esta relação de dependência é que a ocorrência da base f' garante a ocorrência da atribuição jurídica: ($f' \rightarrow f$ é direito)⁵.

2. Imagine um sujeito s_1 num sistema jurídico L avaliando juridicamente dois fatos quaisquer (abrangendo fatos e atos), f_1 e f_2 , sendo que estes fatos são exatamente iguais em suas propriedades puramente descritivas, inclusive em suas relações com os demais fatos de L. Existem várias coisas que s_1 pode dizer sobre referidos fatos, exceto isto: “ f_1 é direito e f_2 não é direito”. Noutros termos, (P2)= Para todo sistema jurídico qualquer L e dois fatos, f_1 e f_2 , em L: se f_1 e f_2 são descritivamente iguais, então ou ambos são *legal facts* de L ou nenhum deles o é.

“(P2)” nos diz que as atribuições jurídicas dentro de um sistema jurídico qualquer L supervêm (localmente) às distribuições das propriedades puramente descritivas de L.

Existe atualmente muita discussão sobre se as propriedades jurídicas supervêm às propriedades puramente descritivas e, em caso positivo, qual seria o tipo de superveniência existente⁶. Da minha parte entendo que, pelo menos como formulada em “(P2)”, apenas a custo da própria racionalidade jurídica, que está fortemente assentada na exigência de igual tratamento jurídico a situações semelhantes, poderíamos negar a superveniência do jurídico no descritivo.

Dito isto, denominemos de “conformação jurídica de L” o conjunto da totalidade de atribuições jurídicas de L⁷ e de “conformação descritiva de L” o conjunto da totalidade de fatos descritivos (não jurídicos e não morais) de L. Se em cada sistema jurídico L, cada uma das atribuições jurídicas dentro de L supervêm (localmente) às distribuições das propriedades puramente descritivas de L, ou, noutros

⁵ f' sendo o caso é suficiente para explicar f sendo direito em L. Estou intencionalmente omitindo o debate acerca do “necessitarianismo”, que grosseiramente é a tese segundo a qual a relação de *grounding* gera uma relação de implicação –no caso, entre a base e a atribuição jurídica que ela garante– válida para todo e qualquer mundo possível. Consulte Trogdon, 2013, p. 109-112.

⁶ Consulte por todos Brozek; Rotolo; Stelmach eds., 2017.

⁷ O que dá na mesma: o conjunto de proposições jurídicas do tipo “Isto é direito” que L instancia, ou, ainda, que são verdadeiras em L. Noutros termos, a totalidade dos *legal facts* de L.

termos, à conformação descritiva de L, então, não é possível dois sistemas jurídicos com a mesma conformação descritiva e conformações jurídicas distintas. Portanto: (P2') = Para dois sistemas jurídicos quaisquer L1 e L2, não é possível uma diferença em suas conformações jurídicas sem que haja uma diferença em suas conformações puramente descritivas. "(P2')" parece ser implicado por "(P2)" e nos diz que as propriedades jurídicas supervêm (globalmente) nas propriedades puramente descritivas.

3. Imagine dois sujeitos, s1 e s2, e um fato f1 num sistema jurídico qualquer L, onde s1 e s2 estão de acordo sobre a conformação puramente descritiva de f1 e L. Existem diversas coisas que s1 e s2 podem dizer sobre f1, inclusive um deles afirmar que "f1 é direito" e o outro que "f1 não é direito". Noutros termos, (P3)= Para todo e qualquer sistema jurídico L e dois sujeitos, s1 e s2, em L é possível que s1 e s2 concordem sobre a conformação puramente descritiva de L e, ainda sim, discordem sobre a sua conformação jurídica.

"(P3)" parece ser uma verdade facilmente observável por qualquer operador do direito, afinal, diuturnamente dois tribunais, ou dois juízes de um mesmo tribunal, concordam sobre a conformação puramente descritiva de um fato submetido à avaliação jurídica, bem como sobre a conformação puramente descritiva do sistema jurídico no qual estão inseridos e, ainda assim, discordam sobre se referido fato é ou não um *legal fact* deste sistema.

Dois juízes do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário no sistema jurídico brasileiro, podem concordar que no texto constitucional está escrito que "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", bem como que no Decreto-Lei n. 4.657/1942 está escrito que "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso", concordando, ainda, que menos de 10% dos recursos em sede extraordinária de jurisdição são providos no mérito em favor do condenado em segundo grau; que a execução provisória do acórdão de segundo grau diminui a taxa de prescrição criminal; que a discussão fático-probatória encerra-se com o exaurimento das instâncias ordinárias de jurisdição (1º e 2º graus) etc.; e, ainda assim, discordarem sobre se a execução provisória do acórdão penal condenatório de segundo grau é um *legal fact* do sistema jurídico brasileiro.

No Brasil é direito que você dirija do lado direito; na Austrália, do lado esquerdo. E isto demonstra que as atribuições jurídicas são contingentes. Por outro lado, penso que não encontraremos nenhum operador do direito que defenderá poder dizer se um fato qualquer f é direito num sistema L , sem antes analisar a concreta conformação de L .

4. (P4) = Para todo e qualquer sistema jurídico L e um fato f de L , se é um *legal fact* de L que f é direito, então necessariamente f deve ser.

O termo “dever ser” vai empregado em “(P4)” num sentido normativo puro, isto é, sem nos dizer nada a respeito do mérito de um *legal fact* qualquer de L . Noutros termos, “(P4)” nos diz tão somente que as atribuições jurídicas possuem uma dimensão normativa por essência, sendo “(P4)” inerte relativamente aos fundamentos desta normatividade. Em resumo e dito de forma mais direta, “(P4)” afirma que o direito prescreve ou orienta comportamentos.

5. (P5) = Para todo e qualquer conjunto de propriedades não jurídicas p e um par de sistemas jurídicos qualquer, $L1$ e $L2$, é possível que $[(p \rightarrow f \text{ é direito em } L1) \text{ e } (p \wedge f \text{ não é direito em } L2)]^8$.

Não parece problemático dizer que para todo sistema jurídico qualquer L e uma atribuição jurídica qualquer de L , é *a posteriori* e *contingente* que f é direito em L . No Brasil é direito que você dirija do lado direito; na Austrália, do lado esquerdo. E isto demonstra que as atribuições jurídicas são contingentes. Por outro lado, penso que não encontraremos nenhum operador do direito que defenderá poder dizer se um fato qualquer f é direito num sistema L , sem antes analisar a concreta conformação de L . E isto nos diz que as atribuições jurídicas são *a posteriori*. Contudo, “(P5)” nos diz algo diverso, mais forte, qual seja, que sistemas jurídicos diferentes podem ter diferentes fundamentos do direito, o que também parece ser uma verdade inapelável. É perfeitamente possível que em $L1$ a prisão em segunda instância seja direito porque $L1$ está fundado num modelo de combate à impunidade e em $L2$ a prisão em segunda instância não seja direito porque $L2$ está fundado num modelo de mitigação do erro judicial⁹.

“(P1)”, “(P2)”, “(P3)”, “(P4)” e “(P5)” se nos apresentam como aspectos (intuitivamente) fundamentais da juridicidade. De forma que parece ser uma verdade *a priori* não ser possível que L seja um sistema jurídico e não instancie “(P1)”, “(P2)”, “(P3)”, “(P4)” e “(P5)”, sendo conceitualmente necessário que (a) necessariamente as propriedades jurídicas são dependentes de propriedades não

⁸ Talvez (P5) pudesse ser mais bem enunciado como $(P5') = \diamond [p \wedge (f \text{ não é direito})]$, para todo e qualquer conjunto de propriedades não jurídicas p . Porém, não estou certo a este respeito.

⁹ Como diz Tamanaha, 2017, p. 5: “Law is neither mind-independent nor fixed by laws of nature, but rather is socially constructed through the meaningful actions of humans”.

Mark Greenberg afirma, a meu ver acertadamente, que praticamente nenhum teórico do direito discorda que as atribuições jurídicas estão assentadas em fatos naturais/descritivos, mas que a discordância impera entre os teóricos do direito quando questionamos se as atribuições jurídicas podem estar exclusivamente assentadas em referidos fatos ou se, ao contrário, elas dependem, também, de fatos morais (valorativos).

jurídicas; (b) as propriedades jurídicas supervêm localmente nas propriedades naturais; (c) é possível divergências jurídicas em situações de convergência descritiva; (d) se alguém possui uma razão jurídica para fazer algo, então este alguém deve fazê-lo; (e) sistemas jurídicos diferentes podem ter diferentes fundamentos para o direito.

II. Direito como fato?

Mark Greenberg afirma, a meu ver acertadamente, que praticamente nenhum teórico do direito discorda que as atribuições jurídicas estão assentadas em fatos naturais/descritivos, mas que a discordância impera entre os teóricos do direito quando questionamos se as atribuições jurídicas podem estar *exclusivamente* assentadas em referidos fatos ou se, ao contrário, elas dependem, também, de fatos morais (valorativos)¹⁰. Sendo que esta seria, segundo Greenberg, uma importante questão em teoria geral do direito e na qual estaria assentado o debate entre positivistas e interpretativistas.

Dito isto, voltemos a “(P1)”, “(P2)”, “(P3)”, “(P4)” e “(P5)”.

Apesar de “(P1)” exigir que os fatos constituintes dos determinantes das atribuições jurídicas em L não sejam, eles mesmos, *legal facts*, “(P1)” não traz em si nenhuma outra exigência sobre a natureza de referidos fatos, de forma que, a princípio, os fatos determinantes de uma atribuição jurídica qualquer em L podem ser puramente descritivos ou descritivos e morais. Noutros termos, a princípio “(P1)” seria teoricamente inerte com relação ao debate entre positivistas e antipositivistas.

Tomemos a título de exemplo a discussão sobre se a prisão a partir da condenação em segunda instância é, ou não, direito em L_{bra} . Tudo o que “(P1)” exige é que a atribuição jurídica em questão esteja assentada num conjunto de fatos não jurídicos de L_{bra} , sendo que positivistas e antipositivistas satisfazem esta condição. Mais do que isto, tanto positivistas quanto interpretativistas defendem que necessariamente tem de existir um conjunto de fatos puramente descritivos de L_{bra} que sirva de fundamento para referida atribuição. Imagine, um conjunto T contendo a totalidade da história descritiva de L_{bra} . Um conjunto que nos diga que em L_{bra} as pessoas, coisas e propriedades são tais e tais e estão em determinadas relações umas

¹⁰ GREENBERG, 2004, p. 157

com as outras, que um texto legal é interpretado de tal e tal maneira pelos tribunais, que se você bater num liquidificador 395g de leite condensado, 320ml de suco de maracujá e 300g de creme de leite sem o soro e levar para a geladeira durante 4 horas, então você terá um mousse de maracujá etc. Segundo o que estou dizendo aqui, positivistas e antipositivistas defendem (ou podem defender) que necessariamente tem de existir um subconjunto de T, uma história puramente descritiva parcial de L_{bra} , e que seja relevante para explicação do *legal fact* em questão, algo como $A = \{\text{no texto constitucional de } L_{bra} \text{ está escrito que "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" e/ou no Decreto-Lei n. 4.657/1942 está escrito que "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso" e/ou menos de 10% dos recursos em sede extraordinária de jurisdição são providos no mérito em favor do condenado em segundo grau e/ou a execução provisória do acórdão de segundo grau diminui a taxa de prescrição criminal e/ou a discussão fático-probatória encerra-se com o exaurimento das instâncias ordinárias de jurisdição etc.}\}$, sendo que dentro desta história puramente descritiva A estariam os determinantes da atribuição da propriedade ser direito à prisão a partir da condenação em segundo grau em L_{bra} .

Desta maneira, uma explicação completa da prisão em segunda instância como sendo direito em L_{bra} deve necessariamente passar por aquilo *em virtude de que* A é destacado de T, aquilo em virtude de que os fatos descritivos *relevantes* de T são separados daqueles que são absolutamente *irrelevantes* para a atribuição jurídica em questão. Mas não só isto. Tal explicação deverá passar, ainda, por aquilo em virtude de que A1 ou A2, o determinante do *legal fact*, é separado de A. Por exemplo, para a atribuição (ou não atribuição) da propriedade *ser direito* à prisão a partir da condenação em segunda instância em L_{bra} é determinante que $A1 = \{\text{o legislador constitucional tenha dito que "ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" e/ou o legislador infraconstitucional tenha dito que "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso" e/ou por vezes a condenação de segundo grau é revertida em favor do condenado etc.}\}$, ou é determinante que $A2 = \{\text{os casos de reversão em favor do condenado representam menos de 10% dos recursos em sede extraordinária de}$

jurisdição e/ou a execução provisória do acórdão de segundo grau diminui a taxa de prescrição criminal e/ou a discussão fático-probatória encerra-se com o exaurimento das instâncias ordinárias de jurisdição etc.}? Não é preciso muito esforço para perceber que este é um questionamento importante, afinal, se A1 é determinante, então a prisão em segundo grau de jurisdição não é direito; por outro lado, se A2 é determinante, então a prisão em segundo grau é direito. Resumindo: a explicação completa de um *legal fact* num determinado sistema jurídico deve necessariamente passar não apenas pela existência de uma base determinante da atribuição jurídica (no exemplo acima, A1 ou A2) como, ainda, pelos parâmetros que referida base determinante tem de satisfazer para ser parte determinante da especial conformação jurídica de L¹¹.

Sendo neste ponto que a discordância entre positivistas e interpretativistas acerca de “(P1)” se apresenta com toda a sua força. Afinal, a esta altura, o núcleo da divergência entre as duas correntes teóricas não é meramente se fatos morais podem fazer parte dos fatos determinantes das atribuições jurídicas de um sistema jurídico qualquer, mas, sim, se tais fatos podem fazer parte dos “determinantes últimos”¹² destas atribuições. Para colocar de outra maneira: aqui importa menos para o debate saber se apenas fatos descritivos compõem A1 ou A2, do que conhecer os parâmetros que A1 ou A2 tem de satisfazer para se consolidar como parte determinante da especial conformação jurídica de L_{bra}¹³, mais especificamente, se fatos morais necessariamente tem de tomar parte nesta consolidação de A1 ou A2 como determinante do *legal fact* em questão¹⁴.

¹¹ Assim, uma representação completa da determinação de f como sendo direito em L, ao invés de ter uma estrutura simples do tipo “f é direito somente quando f’ em L”, exigiria uma estrutura mais complexa, algo do tipo “f é direito em L somente quando f’ que em L desempenha o papel posto por p”, onde f’ configura a base determinante e p os parâmetros que f’ tem de satisfazer para ser parte determinante da conformação jurídica de L. Sendo importante perceber que tanto f’, quanto p, tomam parte naquilo que se costuma denominar de “fundamentos do direito” ou determinantes da especial conformação jurídica de L.

¹² A expressão pode ser encontrada em Shapiro, 2011, p. 25 e seguintes. Consulte, ainda, Plunket, 2012, p. 146: “(...) the crucial thing for positivists is that although some positivists believe that moral facts might be among the determinants of law, moral facts are never among the *ultimate* determinants of law. Thus, as I explain shortly, the core of the debate between positivists and antipositivists in fact concerns what sorts of facts are necessarily among the *ultimate* determinants of law in addition to social facts: antipositivists claim that moral facts are, while positivists claim that moral facts are not.”

¹³ “se consolidou como parte determinante da conformação jurídica de L” = “se consolidou como determinante de um *legal fact* de L”.

¹⁴ Tanto isto é verdade que um braço do positivismo jurídico, o “inclusivismo”, costuma ser caracterizado justamente por admitir a possibilidade de que fatos morais façam parte dos fatos

Dito isto, tome a seguinte afirmação “A água é a substância mais abundante aqui”. O que você precisaria para saber se referida proposição é verdadeira ou falsa? Pelo menos: o que significa água, *substância* e *ser mais abundante do que*; bem como saber, ainda, como é – naquilo que importa – o contexto *c* ao qual o indexical “aqui” se refere. Ocorre que são os primeiros, os conceitos ou significado das coisas no mundo, que nos permite fazer um recorte na história descritiva de *c*, separando aquilo que é relevante, daquilo que é irrelevante, para a verdade da proposição mencionada. Sendo que o mesmo vale para a questão acima colocada. São os conceitos, inclusive o conceito de direito, que nos permite fazer um recorte na “história descritiva” de L_{bra} , extraindo *A* de *T*. São os conceitos, inclusive o conceito de direito, que torna irrelevante para a consolidação de *A1* ou *A2* como determinante do *legal fact* relativo à prisão em segunda instância que se você bater num liquidificador 395g de leite condensado, 320ml de suco de maracujá e 300g de creme de leite sem o soro e levar para a geladeira durante 4 horas, então você terá um mousse de maracujá. São os conceitos que explicam o fato de que dificilmente, exceto aqui, encontraremos receitas culinárias em livros ou artigos jurídicos.

Ocorre que, neste ponto, surge uma profunda cisma entre positivistas e interpretativistas. Os antipositivistas defendem que ao colocar toda a esperança nos conceitos para resolverem o problema de consolidação dos determinantes dos *legal facts* de uma jurisdição qualquer como parte determinante da sua conformação jurídica, o positivista estaria colocando sobre os ombros dos conceitos, sobretudo do conceito de direito, um fardo pesado demais para carregarem. Afinal, para continuar no exemplo dado, apesar de ser difícil discordar de que os conceitos envolvidos na atribuição jurídica, o conceito de direito incluso, possam tomar parte na consolidação da base determinante do *legal fact* relativamente à prisão em segunda instância em L_{bra} , também é difícil aceitar que referidos conceitos

determinantes, desde que não tenha necessariamente de ser assim e que eles em nenhum caso façam parte dos fatos determinantes últimos. Neste sentido, por exemplo, Plunket, 2012, p. 148: “As I understand it, the inclusive positivist idea (...) is that the obtaining of certain social facts can make it that certain moral facts are among the determinants of legal facts. However, what is crucial is that these moral facts (1) are not *necessarily* among the determinants of legal content in all legal systems, and (2) are not among the *ultimate* determinants of legal facts in the following sense: the moral facts owe all of their relevance to the legal facts to the obtaining of the other, nonmoral social facts.”

possam, sozinhos, desempenhar um papel definitivo na consolidação em questão, sobretudo no que toca, por exemplo, à extração de A1 ou A2 de A. Por que é difícil de aceitar? Os argumentos aqui são múltiplos e podem ser colocados das mais diversas maneiras. Sendo que, a meu ver, eles estariam em estreita ligação com pelo menos três das intuições postas na primeira parte deste artigo. Começemos por “(P3)”.

Como vimos, segundo (P3) = Para todo e qualquer sistema jurídico L e dois sujeitos, s1 e s2, em L é possível que s1 e s2 concordem sobre a conformação puramente descritiva de L e, ainda sim, discordem sobre a sua conformação jurídica.

“(P3)” diz respeito aos desacordos jurídicos. Para que haja um desacordo jurídico entre s1 e s2 basta que um fato f seja direito para s1 e não seja direito para s2, ou vice-versa. Por exemplo, tome a seguinte proposição (i) “Andar com farol acesso nas rodovias mesmo durante o dia é direito”. Se num dado sistema jurídico L “(i)” é verdade para s1 e falsa para s2, então eles estão discordando juridicamente, ou, noutros termos, estão atribuindo diferentes conformações jurídicas a L. Por vezes estes desacordos jurídicos ocorrem em virtude de que s1 e s2 possuem diferentes crenças fáticas sobre f ou sobre o contexto L no qual eles estão inseridos. Por exemplo, “(i)” pode ser verdade para s1 e falsa para s2 porque s1 acredita que ascender os faróis dos veículos nas rodovias durante o dia diminui o índice de acidentes nas rodovias, enquanto s2 pensa o contrário. Obviamente estes casos são absolutamente irrelevantes para “(P3)”. Outras vezes, contudo, os desacordos acontecem a despeito da concordância dos sujeitos acerca da conformação descritiva do contexto no qual estão inseridos, f incluso. Estes casos de discordância jurídica em situações de concordância descritiva, abarcados por “(P3)”, costumam ser bastante relevantes para o debate entre positivistas e antipositivistas, sobretudo após Ronald Dworkin¹⁵ ter lançado uma famosa e controvertida crítica contra os primeiros, a saber, que os positivistas não possuem uma teoria plausível sobre os “desacordos teóricos”.

Existem diversas maneiras pelas quais os desacordos teóricos costumam ser caracterizados e a cada uma delas podemos associar um propósito específico de combater diferentes manifestações daquilo

¹⁵ DWORKIN, 1986.

O argumento dos desacordos teóricos refere-se a uma discordância sobre os primeiros, sobre os segundos, ou sobre ambos? Além de induzir a erros, a caracterização dos desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito faz com que o argumento plantado por Dworkin contra o positivismo simplesmente não funcione.

que Dworkin denomina de “plain-fact view”¹⁶ dos positivistas a respeito do direito. Sendo que uma das caracterizações dos desacordos teóricos, a que eu gostaria de fazer menção aqui, consiste em dizer que são discordâncias sobre os fundamentos do direito¹⁷. A meu ver tal caracterização induz a erros. A expressão “fundamentos do direito” pode fazer referência aos determinantes em virtude dos quais uma atribuição jurídica qualquer tem lugar em L, ou aos parâmetros que estes determinantes tem de satisfazer para se consolidarem como parte determinante da especial conformação jurídica de L. Dito isto, na caracterização dos desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito, questiona-se: o argumento dos desacordos teóricos refere-se a uma discordância sobre os primeiros, sobre os segundos, ou sobre ambos? Além de induzir a erros, a caracterização dos desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito faz com que o argumento plantado por Dworkin contra o positivismo simplesmente não funcione.

Por vezes a manifestação da “plain-fact view” combatida por esta caracterização é a hipótese positivista de existência de um consenso efetivo entre os operadores acerca dos fundamentos do direito. Sendo que se a prática adjudicatória mostraria que eles não raro discordam sobre os fundamentos do direito, então o positivismo seria uma má descrição da prática jurídica. O argumento é fraco, por diversas razões. A hipótese positivista tomada como premissa no argumento não é, de fato, uma premissa, mas, sim, a conclusão de Dworkin para explicar a postura dos positivistas diante de referidos desacordos. Além disto, existe uma ideia, de que a prática adjudicatória está a demonstrar a existência de desacordos efetivos sobre os fundamentos do direito, que é pressuposta na segunda premissa e que somente se justificaria com uma série de qualificações prévias. Por exemplo: garantindo-se que os agentes institucionais envolvidos na prática não estejam errando e, portanto, demonstrando-se a possibilidade da persistência da situação de desacordo no caso dos agentes institucionais terem toda informação descritiva do sistema jurídico e não cometerem ne-

¹⁶ Shapiro (2007, 30) diz o seguinte: “The plain-fact view, according to Dworkin, consists of two basic tenets. First, it maintains that the grounds of law in any community are fixed by consensus among legal officials. If officials agree that facts of type f are grounds of law in their system, then facts of type f are grounds of law in their system. Second, it holds that the only types of facts that may be grounds of law are those of plain historical fact.”

¹⁷ O próprio Dworkin (1986, p. 5) adota a caracterização.

nhum vício de raciocínio. De forma que o argumento seria aceitável somente no caso de persistência da divergência jurídica entre agentes racionais ideais, plenamente informados da conformação puramente descritiva do contexto no qual estão inseridos, f incluso.

Outra manifestação da “plain-fact view” que não raro é posta como alvo ao se caracterizar os desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito seria a hipótese de que existe um critério que possa ser puramente descritivo e que seja determinante (implique) da atribuição jurídica em L. Sendo que os desacordos teóricos, enquanto desacordos sobre os fundamentos do direito (i.e. sobre o critério de determinação), seria uma espécie de *knock down argument* contra referida hipótese. O argumento também não funciona. Admita, por exemplo, a seguinte hipótese reducionista “ser direito em L = satisfazer o f’ que em L desempenha o papel posto por p”. s1 e s2 poderiam discordar sobre se f é um *legal fact* de L por discordarem sobre o conteúdo de f’. Neste caso, num certo sentido, eles estariam discordando sobre o direito por discordarem sobre o critério (i.e. sobre o fundamento do direito), não obstante isto, eles continuariam de acordo sobre aquilo que o direito é¹⁸.

Por fim, a caracterização dos desacordos teóricos como desacordos sobre os fundamentos do direito por vezes busca sustentar o argumento dos desacordos como prova do distintivo caráter dos conceitos interpretativos. Como vimos anteriormente, apesar de positivistas e interpretativistas concordarem que para cada atribuição jurídica do tipo “f é direito em L” tem necessariamente de existir uma história descritiva de L que seja relevante para a atribuição em questão, eles diferem se esta história puramente descritiva é parte, ou toda a história sobre L_{bra} a ser contada e que seja apta a explicar a atribuição da propriedade *ser direito* a f em L. Os antipositivistas pensam que um fato moral necessariamente terá participação na determinação do *legal fact*, já os positivistas pensam o contrário. Vimos também que a cisma entre positivistas e antipositivistas expõe toda a sua força, não tanto naquilo que diretamente determina o *legal fact*, mas, sim, naquilo que está diretamente relacionado com a consolidação do deter-

¹⁸ Este tipo de contra-argumento tem um pé, ou os dois, fincados na distinção entre aquilo que Frank Jackson denomina de “the role property”, de um lado, e “the realiser property”, de outro. Consulte Jackson (2017).

A ideia central aqui é que o conceito de direito, necessariamente envolvido nas atribuições jurídicas, é interpretativo, sendo que os desacordos teóricos demonstrariam que: a) não existe um critério *a priori* (necessário para todo e qualquer sistema jurídico racionalmente possível), associado a referido conceito, a ser obtido por meio da análise conceitual; b) por vezes e/ou sempre a discussão é sobre qual o *melhor* conceito do direito apto a explicar a nossa prática jurídica.

minante¹⁹ como parte determinante da especial conformação jurídica de L. Vimos, ainda, que os positivistas imaginam que os conceitos, o conceito de direito incluso, seriam aptos a darem conta do problema, já os antipositivistas pensam o contrário. A ideia central aqui é que o conceito de direito, necessariamente envolvido nas atribuições jurídicas, é interpretativo, sendo que os desacordos teóricos demonstrariam que: a) não existe um critério *a priori* (necessário para todo e qualquer sistema jurídico racionalmente possível), associado a referido conceito, a ser obtido por meio da análise conceitual; b) por vezes e/ou sempre a discussão é sobre qual o *melhor* conceito do direito apto a explicar a nossa prática jurídica. Nos dois casos, o argumento erra o alvo. Imagine a hipótese de que um conjunto de propriedades puramente descritivas (p1...pn) acompanhe a propriedade *ser direito* em todo sistema jurídico racionalmente possível, de forma que para toda jurisdição racionalmente possível se algo é direito então é (p1...pn) e se algo é (p1...pn) então é direito. De que dois sujeitos conceitualmente competentes efetivamente discordem sobre o conteúdo de (p1...pn) simplesmente não decorre a falsidade da hipótese de que necessariamente, por tudo o que podemos saber a priori, f é direito se e somente se f é (p1...pn). Motivo? A hipótese ser a priori não implica que ela seja analítica, ou se entendi bem os ensinamentos de Jackson²⁰, a hipótese em questão ser verdadeira em todo sistema jurídico racionalmente possível não quer dizer que não teremos algum trabalho para acessá-la. Portanto, não deveria nos surpreender o fato de que por vezes discordemos sobre a hipótese, inclusive debatendo sobre qual a *melhor* hipótese explicaria a nossa prática adjudicatória, desde que o “melhor” aqui vá empregado não num sentido moral, mas, sim, puramente racional. Costuma-se imaginar, por vezes, que a constatação da existência de discordâncias sobre qual o *melhor conceito de direito* implicaria uma discordância moral substantiva, logo, o positivismo seria falso. Isto é um erro. Um conceito pode ser *melhor* do que outro, por exemplo, por ser mais facilmente apreendido pelos sujeitos participantes ou, ainda, por respeitar princípios puramente racionais, tais como da não contradição, da identidade, da economicidade etc. Sendo que nada disto implicaria a natureza moral substantiva da empreitada.

¹⁹ E que por isso certamente também está a participar da determinação do *legal fact*.

²⁰ JACKSON, 1998.

As críticas feitas acima a respeito da caracterização dos desacordos teóricos como discordâncias sobre os fundamentos do direito já trazem em si as razões da minha predileção por “(P3)”. O inimigo em “(P3)” é, de imediato, a manifestação da “plain-fact view” dos positivistas no sentido de que existe uma história puramente descritiva de L apta a explicar por completo a sua conformação jurídica, ou como diz Dworkin, o inimigo aqui é a visão dos positivistas no sentido de que “(...) what the law is in no way depends on what it should be”²¹. Este o núcleo do que vem sendo discutido até aqui a partir de “(P1)”, sendo que não é difícil perceber o motivo pelo qual “(P3)” é relevante para a discussão: se a hipótese positivista sobre “(P1)” estiver correta e a conformação puramente descritiva de L for de fato suficiente para a sua conformação jurídica, então em algum ponto s1 e s2, sujeitos competentes no emprego do conceito de direito, terão tanta informação descritiva a respeito do contexto no qual estão inseridos que não mais poderão discordar sobre a sua conformação jurídica, exceto se errarem ou forem desonestos. Sendo que isto parece casar muito bem com a perspectiva dworkiniana acerca dos desacordos teóricos e da “plain-fact view” dos positivistas contra a qual os primeiros são postos como problema. Pelo menos no argumento dos desacordos, Dworkin se me parece muito menos atento ao fato de que por vezes os agentes envolvidos na prática adjudicatória supostamente discordam sobre os critérios de conformação jurídica numa dada jurisdição, do que com a postura dos sujeitos (teóricos inclusive) quando colocados diante de referidos desacordos. Sendo que o que de fato assombra Dworkin aqui é justamente a interpretação dada por alguns (estudiosos inclusive) a referidos desacordos, caracterizando-os ora como erro, ora como desobediência, ou ainda, nas palavras de Dworkin, como ilusões. Sendo que “(P3)” consegue lidar muito bem com este aspecto da abordagem dworkiniana.

“(P3)” tem pelo menos duas interpretações possíveis. Uma primeira é que se trata de uma afirmação fática a respeito da prática adjudicatória, no sentido de que eventualmente sujeitos competentes discordam sobre a conformação jurídica de L a despeito de concordarem sobre a sua conformação puramente descritiva. Uma segunda é que se trata de uma afirmação epistêmica, no sentido de ser

²¹ DWORKIN, 1986, p. 7.

racionalmente admissível dois sujeitos concordarem sobre a conformação descritiva de L e discordarem juridicamente. Enquanto na primeira interpretação é a ocorrência dos desacordos que está em evidência, na segunda o que está em primeiro plano é a nossa postura diante destas ocorrências. Sendo que, se a saída positivista à primeira interpretação parece ser relativamente simples, na segunda as coisas não são tão simples assim. É racionalmente possível que s1 e s2 concordem descritivamente sobre L e discordem juridicamente? Segundo a hipótese positivista de que tem de existir uma história puramente descritiva de L que explique completamente (determine) a sua conformação jurídica, a resposta deve ser negativa. Afinal, segundo referida hipótese, apesar de s1 e s2 *poderem* divergir, eles não *poderiam continuar divergindo* se tivessem suficiente informação descritiva de L e empregassem de maneira adequada a razão. Sendo que o primeiro “poderem” está muito mais relacionado com a primeira interpretação de “(P3)” do que com a segunda. Por quê? Pelo simples motivo de que aquilo que foi dito acima equivaleria a dizer que é racionalmente possível tal desacordo, desde que eles estejam errando sobre a conformação puramente descritiva de L e/ou empreguem de maneira inadequada a razão. Contudo, qualificada desta maneira seria pouco defensável tratar-se de uma “possibilidade racional” efetiva e, portanto, o positivista tem que negar a segunda interpretação de “(P3)”²².

Deve-se observar, contudo, que isto não configura um *knock down argument* contra a hipótese positivista acerca de “(P1)”. A razão é simples: o positivista poderá dizer “pior para nossa intuição (P3)”²³. Portanto, pelo menos como interpretado aqui, os desacordos teóricos de Dworkin possuem uma finalidade muito mais singela do que fornecer um argumento definitivo contra a hipótese positivista de que tem de existir uma conformação puramente descritiva apta a funcionar como determinante da sua conformação jurídica. Nesta interpretação, os exemplos de desacordos postos por Dworkin não buscam demonstrar que não existe um critério, um consenso etc., mas, sim, que ao olhar

²² Poder-se-ia argumentar, portanto, que “(P3)” deveria ter sido enunciada de outra maneira, qual seja, (P3’). Para todo e qualquer sistema jurídico L e dois sujeitos, s1 e s2, em L não importa quanta informação s1 e s2 possuam sobre a conformação puramente descritiva de L e/ou quanto de razão eles empreguem, ainda assim eles poderão discordar sobre a sua conformação jurídica. Gosto de “(P3’)”, contudo, além de entender que está abarcada por “(P3)”, penso que “(P3)” é mais intuitiva do que “(P3’)”.

²³ Em Lima (2018, 247-248) argumento que a intuição “(P3)” é, de fato, enganadora.

para tais desacordos os sujeitos competentes envolvidos na prática adjudicatória não os interpretam como situações erro, situações de-sobediência, situações desonestidade etc.; ao contrário, de regra, eles intuitivamente interpretam referidas situações como ocorrências nas quais se está a valorar de forma diferente as coisas. Sendo que neste aspecto o argumento é tão exitoso e poderoso, que o próprio leitor, colocado por Dworkin na condição de observador, acaba ele mesmo por experimentar a mesma intuição dos agentes envolvidos nos desacordos, intuição esta tão bem retratada por Dworkin. Em resumo, o que o argumento dos desacordos teóricos, na forma como retratado em “(P3)”, faz muito bem é aumentar o fardo de se carregar a hipótese positivista para “(P1)”, afinal, se existem duas saídas para o problema posto em “(P1)”, e as nossas intuições apontam para uma delas, qual seja, admitir que aquilo que o direito é depende daquilo que ele deve ser, então, por qual motivo deveríamos tentar seguir o caminho contrário? Noutros termos, por qual motivo deveríamos lutar contra a nossa intuição “(P3)” no sentido de ser racionalmente possível dois sujeitos concordarem sobre a conformação descritiva de L e discordarem sobre a sua conformação jurídica? Sendo este um questionamento que nos conduz a “(P2)”.

Segundo (P2) Para todo sistema jurídico qualquer L e dois fatos, f1 e f2, em L: se f1 e f2 são descritivamente iguais, então ou ambos são *legal facts* de L ou nenhum deles o é.

Como disse anteriormente, parece ser difícil imaginar que um sistema jurídico possa contradizer “(P2)”, sendo que o leitor deve ter cuidado aqui para não tomar falsas exceções de “(P2)” como certas. Num sistema jurídico qualquer L é possível, por exemplo, que o legislador tenha escolhido tributar a menor o cultivo de certo produto devido a suas propriedades nutricionais, mas outro produto, com as mesmas propriedades, não goze do mesmo benefício. Neste caso, sob a perspectiva do aplicador do direito, a propriedade descritiva a ser considerada não é o potencial nutricional, mas, sim, a decisão do legislador, que pode ser apresentada como um fato de L²⁴. Obviamente o leitor mais exigente poderia prosseguir no exemplo questionando, sob a perspectiva da decisão legislativa ela mesma, se ela não seria uma exceção a “(P2)”. Neste caso eu tenderia a dizer

²⁴ Estou em débito com um Parecerista anônimo desta revista pelo exemplo.

que necessariamente, sob pena de ter sido irracional, a decisão do legislador de tributar menor o produto *a* e não tributar a menor o produto *b*, onde *a* e *b* possuem as mesmas propriedades nutricionais, tem de estar assentada apenas *parcialmente* nas propriedades nutritivas de *a* e *b*, havendo outra propriedade puramente descritiva de *L* explicando a decisão, talvez o fato de que o cultivo de *a* empregue mais mão de obra do que o cultivo de *b*, por exemplo. Outra saída seria dizer que a despeito da decisão legislativa ter sido tomada exclusivamente em virtude das propriedades nutricionais de *a* e que referidas propriedades nutricionais são as mesmas de *b*, alguma circunstância descritiva de *L* *bloqueou* o mesmo tratamento de *a* e *b*. Generalizando: o importante de se perceber aqui é que em “(P2)” deve-se levar em conta não apenas as propriedades constitutivas do fato *f* objeto da valoração jurídica, mas, também, as suas relações com os demais fatos do contexto no qual *f* está inserido.

Não raro a relação de superveniência é tomada como irrelevante para o debate entre positivistas e antipositivistas. Tal desprezo parece lançar suas raízes, de uma forma ou de outra, na observação de Kim no sentido de que “supervenience itself is not an explanatory relation. It is not a ‘deep’ metaphysical relation; rather, it is a ‘surface’ relation that reports a pattern of property covariation, suggesting the presence of an interesting dependency relation that might explain it”²⁵. Ainda que a afirmação de Kim eventualmente possa estar correta, penso que dela não segue a conclusão da irrelevância pretendida; ao contrário, a superveniência do jurídico no descritivo desempenha um importante papel no debate entre positivistas e interpretativistas.

Uma das razões é que, como vimos, “(P2)” *parece* implicar (P2’) Para dois sistemas jurídicos quaisquer *L1* e *L2*, não é possível uma diferença em suas conformações jurídicas sem que haja uma diferença em suas conformações puramente descritivas. Contudo, se “(P2’)” é verdade, então necessariamente tem de existir uma conformação puramente descritiva de *L* que explique integralmente a sua conformação jurídica, pois do contrário uma variação na conformação descritiva de *L1* ou *L2* não seria condição necessária para uma variação em suas conformações jurídicas. E isto contraria a hipótese de que fatos morais têm de fazer parte dos determinantes da con-

²⁵ KIM, 1993, p. 167.

formação jurídica de L. Noutros termos, “(P1)” mais “(P2’)” justificariam a hipótese positivista de que tem de existir uma conformação puramente descritiva de L e que seja suficiente para determinar a sua conformação jurídica. Não sem ônus, contudo.

É que se “(P1)” e “(P2’)” estiverem de fato corretos, então “(P1)” cuidaria de nos dizer que para cada conformação jurídica de L, então necessariamente uma conformação puramente descritiva de L que é base da primeira; e “(P2’)” cuidaria de nos dizer que a conformação puramente descritiva é suficiente como determinante daquela conformação jurídica²⁶. Sendo que isto parece implicar, para cada sistema jurídico L, alguma espécie de equivalência entre a totalidade das proposições jurídicas do tipo “Isto é direito” que são verdades em L e a totalidade das proposições puramente descritivas do tipo “Isto é p” que L instancia. O que é, contudo, bastante problemático do ponto de vista da própria tradição positivista.

Por um lado, porque, como diz Hart em seu famoso *The Concept of Law*, as proposições descritivas e as proposições jurídicas fornecem diferentes tipos de informação acerca de L, sendo estas espécies de informações irreduzíveis entre si:

If it were true that the statement that a person had an obligation meant that he was likely to suffer in the event of disobedience, it would be a contradiction to say that he had an obligation, e.g., to report for military service but that, owing to the fact that he had escaped from the jurisdiction, or had successfully bribed the police or the court, there was not the slightest chance of his being caught or made to suffer. In fact, there is no contradiction in saying this, and such statements are often made and understood²⁷.

Por outro lado, porque, se avaliar algo como direito em L é dizer que L é tal e tal descritivamente falando, então “(P4)” passa a ser um enorme problema para o positivista. Como vimos, segundo (P4) Para todo e qualquer sistema jurídico L e um fato f de L, se é um *legal fact* de L que f é direito, então necessariamente f deve ser. “(P4)” tem uma única pretensão: preservar o caráter normativo / diretivo por essência do fenômeno jurídico. Não é preciso muito esforço para

²⁶ Sobre como a relação de grounding mais a relação de superveniência podem funcionar, na ética, como um poderoso (apesar de não definitivo) argumento reducionista consulte, por todos, Jackson (2017).

²⁷ HART, 1994, p. 84

demonstrar que esta sempre foi uma pretensão muito cara à tradição positivista. Hart, por exemplo, tenta defender “(P4)” colocando a sua famosa *rule of recognition* assentada não apenas no fato sociológico de ela ser comumente seguida pelos operadores do direito, como no fato psicológico de ela ser comumente interpretada como sendo um parâmetro de conduta. Sendo que este fato psicológico, aquilo que Hart denomina de *internal point of view*, desempenha um papel fundamental justamente na preservação de “(P4)”, i.e., um papel fundamental na explicação do caráter normativo / diretivo do direito. Kelsen, por sua vez, não fica atrás e utiliza a sua famosa *norma fundamental* como instrumento de defesa de “(P4)”²⁸. Sendo que a pergunta fundamental aqui é esta: defesa contra quem? Se eu estiver certo: contra o próprio positivismo. O ponto aqui é a existência de uma tensão a ser resolvida entre a tradição positivista de preservar “(P4)” a todo custo e os comprometimentos – “(P1)” + “(P2’)” – que os positivistas em tese (se o caminho que percorremos até aqui estiver correto) teriam de assumir para justificar a sua “plain-fact view” relativamente a “(P3)” e a sua hipótese de que tem de existir uma conformação puramente descritiva de L e que seja suficiente para determinação da sua conformação jurídica. Sendo gratificante perceber que a tensão a que chegamos a esta altura é um clássico problema plantado contra o descritivismo analítico em geral. Jackson²⁹, por exemplo, ao defender a análise conceitual e o descritivismo na ética, sabe claramente ter de enfrentá-lo:

To judge that A is right is, according to cognitivism, to have a belief about how things are, including especially how A is. (...) The hard question we have left to the end is that of explaining how such a belief can have the essentially directed nature distinctive of the judgement that A is right.

É preciso perceber, ainda, que a tensão mencionada acima não é a única a colocar peso nos ombros dos positivistas. Temos, ainda, (P5) Para todo e qualquer conjunto de propriedades não jurídicas p e um par de sistemas jurídicos qualquer, L1 e L2, é possível que [(p → f é direito em L1) e (p ∧ f não é direito em L2)].

Importantes teóricos do direito sustentam que uma teoria do direito

²⁸ RAZ (1974, p. 94-95), por exemplo, diz que: “Kelsen postulates the existence of basic norms because he regards them as *necessary* for the explanation of the unity and *normativity* of legal systems” (destaquei).

²⁹ JACKSON, 1998, p. 153-54.

é composta por proposições sobre o direito que sejam necessariamente verdadeiras³⁰, pois somente enunciados verdadeiros para todos os sistemas jurídicos que existem, já existiram ou possam existir são aptos a explicar a natureza do direito³¹. Assim, em algum sentido (metafísico ou conceitual), o papel de uma teoria do direito seria encontrar a essência do fenômeno jurídico, ou o conjunto de condições necessárias e suficientes da juridicidade, é dizer, um conjunto de condições C que satisfaça a seguinte proposição “(ii) necessariamente [x é direito se e somente se x é C]”. Sendo que, se é verdade que a subscrição da existência de algo como “(ii)” não implica que para um par qualquer de sistemas jurídicos, L1 e L2, eles necessariamente terão a mesma conformação jurídica, i.e., é possível subscrever “(ii)” e, ainda assim, defender que as atribuições jurídicas são a posteriori e contingentes³²; não é menos verdade que “(ii)” sugere que existem condições de juridicidade válidas para todo e qualquer sistema jurídico possível. O que parece contradizer “(P5)”.

Uma das formas de interpretar “(P5)” é no sentido de que o direito e o próprio conceito de direito ele mesmo são *artifacts* e que enquanto *artifacts* não apenas o direito, mas a própria ideia de direito, podem ser objeto de mudança. Como diz Schauer:

recognizing that the idea of law itself is an artifact entails the conclusion that what humans have created humans could have created differently, and what humans could have created differently is what humans, subject to all of the constraints of path dependence, can still, to some extent, change³³.

Sendo que este caráter artfactual do direito e do conceito de direito estaria em tensão com qualquer pretensão de universalidade dos enunciados de uma teoria do direito relativamente à existência de um conjunto de condições da juridicidade válidas para todo e qualquer sistema jurídico possível.

Provavelmente existem diversas maneiras pelas quais o positivista pode lidar com a suposta tensão aqui apontada entre a pretensão de universalidade da tradição analítica e o caráter artfactual do direito e da

³⁰ DICKSON, 2001, p. 18.

³¹ RAZ, 2009, p. 91-92

³² Consulte LIMA, 2018, p. 233-234.

³³ SCHAUER, 2018, p. 30

ideia de direito, contudo, não vou entrar no debate. Também não vou aprofundar no debate sobre se essa tensão simplesmente não existe (ou não pode existir), afinal, o reconhecimento e a defesa do caráter artificial do direito foi desde sempre um dos carros-chefes do positivismo contra a escola do direito natural. Tudo o que eu gostaria de realçar aqui é que a intuição “(P5)” está em estreita ligação com “(P1)”. Se você se lembra do nosso exemplo, uma explicação completa da prisão em segunda instância como sendo direito em L_{bra} deve necessariamente passar, não apenas por A1 ou A2, mas, também, por aquilo *em virtude de que* A é destacado de T e aquilo *em virtude de que* A1 ou A2 é separado de A. Noutros termos, a explicação completa de um *legal fact* num determinado sistema jurídico deve necessariamente passar não apenas pela existência de uma base determinante da atribuição jurídica (A1 ou A2) como, ainda, por aquilo em virtude de que o determinante se consolidou como parte determinante da especial conformação jurídica de L_{bra} . Sendo que enquanto os interpretativistas pensam que um fato moral tem de fazer parte do processo, os positivistas defendem que o conceito de direito daria conta da tarefa. O ponto a ser observado pelo leitor é que aqui surge um novo problema a ser superado pelos positivistas, afinal, “(P1)” exige não apenas a existência de parâmetros de consolidação de A1 ou A2, mas, também, que tais parâmetros sejam *independentes*. A razão é simples: se a prisão em segunda instância é (ou não é) direito em L em virtude de A1 ou A2, então o fato de que A1 ou A2 é parte determinante da conformação jurídica de L não pode também ele estar assentado na conformação jurídica de L sob pena de afrontar o caráter irreflexivo e assimétrico da relação de *grounding*. Portanto, se o positivista quer atribuir exclusivamente aos conceitos, o conceito de direito incluso, a consolidação de A1 ou A2 como parte determinante da conformação jurídica de L_{bra} , então ele tem o ônus de subscrever e demonstrar a tese de que o conceito de direito independe da prática jurídica³⁴. Sendo que referida tese *parece* conflitar com nossa intuição “(P5)”³⁵.

³⁴ Neste sentido, se entendi bem, Greenberg (2004).

³⁵ Talvez uma boa saída seja dizer que “x é direito em L = x satisfaz os fatos que em L desempenham o papel posto pelo conjunto de propriedades não jurídicas e não valorativas que acompanham a propriedade ser direito em todo contexto epistemicamente possível”. Tento isto em LIMA, 2018.

III. CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima, pode-se perceber que enquanto o interpretativismo (aparentemente) conflita apenas com “(P2)”, o descritivismo próprio à tradição positivista (aparentemente) conflita com “(P3)”, “(P4)” e “(P5)”. Assim, apesar de ambas correntes teóricas serem nalguma medida contraintuitivas, os obstáculos a serem superados pelos positivistas parecem maiores.

REFERÊNCIAS

- BENNETT, K. *Making Things Up*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- BROZEK, B.; ROTOLO, A.; STELMACH, J. (ed.). *Supervenience and Normativity*. Switzerland: Springer, 2017.
- DICKSON, J. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart, 2001.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- GREENBERG, M. How facts make law. *Legal Theory*, Cambridge, n. 10, 2004, p. 157–98.
- JACKSON, F. *From Metaphysics to Ethics: A Defense of Conceptual Analysis*. New York: Oxford University Press, 1998.
- JACKSON, F. 2017. In Defense of Reductionism in Ethics. In: SINGER, P. (ed.). *Does Anything Really Matter? Essays on Parfit on Objectivity*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 195–211.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- KIM, J. Postscripts on Supervenience. In *Supervenience and Mind: Selected Philosophical Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 161-171.
- LIMA, F. On the-Law Property Ascriptions to the Facts. *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, v. 31, n. 2, 2018, p. 231-50.
- PLUNKET, D. A Positive Route For Explaining How Facts Make Law. *Legal Theory*, n.18, 2012, p. 139-207.
- RAZ, J. Kelsen's Theory of the Basic Norm. *American Journal of Jurisprudence*, v.19, n. 1, 1974, p. 94-111.

RAZ, J. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ROSEN, G. Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction. In: HALE, B. HOFFMAN, A (ed.). *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*. New York: Oxford University Press, 2010, p.109-136.

SCHAUER, F. Law as a Malleable Artifact. In: BURAZIN, L. HIMMA. K. ROVERSI. C (ed.). *Law as an Artifact*. Oxford: Oxford university Press, 2018, p. 29-43.

SHAPIRO, S. J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *University of Michigan Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 77, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.968657> .

SHAPIRO, S. J. What Is Law (and Why Should We Care)? In: *Legality*. Cambridge, MA: The Belknap Press, 2011.

TAMANAH, B. Necessary and Universal Truths about Law? *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, v. 30, n. 1, 2017, p. 3-24.

TROGDON, K. An Introduction to Grounding. In: *Varieties of Dependence*. In: HOELTJE, M., SCHNIEDER, B. STEINBERG, A. (ed.). *Philosophia Verlag*, 2013, p. 97-122.

ESQUEMAS DE ARGUMENTAÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO DA LEI

Fabrizio Macagno
Professor Auxiliar,
Universidade Nova de
Lisboa (NOVA), Lisboa,
Portugal. fabrizio.
macagno@fcsh.unl.pt

Recebido: janeiro 8, 2019
Aceito: fevereiro 21, 2019

Argumentation Schemes for the Interpretation of Statutes

RESUMO

Neste artigo demonstra-se como os esquemas argumentativos (esquemas que representam argumentos refutáveis, combinados com perguntas críticas correspondentes), podem ser usados para representar a estrutura lógica dos vários tipos de argumentos reconhecidos como fundamentais na interpretação da lei por Tarello (1980). Defende-se que o processo de interpretação da lei tem uma estrutura argumentativa distinta na qual a conclusão, nomeadamente o significado disputável ou questionado atribuído a uma fonte jurídica, é uma afirmação que necessita ser respaldada por argumentos refutáveis a favor ou contra. Esta transformação de argumentos de interpretação numa estrutura de esquemas argumentativos é analisada em detalhe em dois argumentos, o argumento psicológico e o argumento a contrario. A natureza refutável de cada esquema é demonstrada por meio de questões críticas que identificam as condições padrão para a aceitação de argumentos interpretativos e fornecem um método para avaliar a força ou a fraqueza de um determinado argumento.

Palavras-chave: Interpretação; Argumentação; Esquemas de argumentação; Argumento *a contrario*; Raciocínio jurídico; Pragmática.

Abstract

In this paper, the logical structures of the interpretative arguments summarizing the various interpretative canons considered fundamental by Tarello (1980) are represented by argumentation schemes, namely patterns of defeasible arguments combined with their corresponding critical questions. The process of statutory interpretation is shown to have a specific argumentative

O objetivo deste estudo é investigar determinados tipos de argumentos refutáveis, chamados tradicionalmente de tópicos (no sentido “fraco”) e usados na interpretação da lei.

structure where the conclusion corresponds to the disputed or questionable meaning attributed to a legal source and needs to be supported and attacked through defeasible arguments. This translation of interpretative arguments into argumentation schemes is illustrated in detail considering two specific arguments, the psychological and the *a contrario* arguments. The defeasibility conditions of each scheme are summarized in a set of critical questions, which identify the default conditions for accepting interpretative arguments and provide a method for evaluating a given argument as weak or strong.

Keywords: Interpretation; Argumentation; Argumentation Schemes; Argument *a contrario*; Legal Reasoning; Pragmatics.

O raciocínio jurídico baseia-se em fontes que têm autoridade, tais como textos legais, regulações e pareceres judiciais. A interpretação “é uma forma particular de argumentação prática no direito, na qual uma pessoa defende uma compreensão específica de textos ou materiais de autoridade como um tipo particular de razão (justificativa) para decisões jurídicas”¹. Para que se possa usar uma fonte dotada de autoridade para apoiar uma conclusão específica, deve ser recobrado o seu significado. Interpretamos uma fonte jurídica quando o entendimento da fonte é controverso², mas a interpretação para ser justificada necessita ser apoiada por argumentos. A interpretação argumentativa tem um papel crucial no direito e pode ser descrita, de fato, como o seu coração/centro nevrálgico³. Como demonstraremos neste artigo, o processo de recuperação e justificação de significado baseia-se num tipo de raciocínio que está sujeito a ser derrotado, e que é avaliado tendo em conta uma contra-argumentação relevante.

O objetivo deste estudo é investigar determinados tipos de argumentos refutáveis, chamados tradicionalmente de tópicos (no sentido “fraco”⁴) e usados na interpretação da lei. O marco teórico é baseado em duas dimensões diferentes: teorias jurídicas sobre os argumentos da interpretação e ferramentas fornecidas pela teoria da argumentação para os formalizar e descrever. Estas ferramentas

¹ MACCORMICK, 1995, p. 467.

² JASZCZOLT, 2005; MACAGNO, 2017.

³ DASCAL; WRÓBLEWSKI, 1988; PATTERSON, 2004, p. 247.

⁴ KREUZBAUER, 2008, p. 81.

foram fornecidas pela lista de argumentos organizada por Tarello⁵, a qual é útil para a interpretação na tradição do *civil law*. Estes são comparáveis àqueles utilizados no *common law*⁶. A estrutura de tais argumentos será reconstruída e modelada identificando a relação inferencial entre premissas e conclusão, e identificando o princípio semântico que caracteriza a inferência⁷. Para este objetivo, os pontos de partida são os esquemas de argumentação, isto é, padrões abstratos de raciocínio que especificam um tipo particular de inferência de um conjunto distinto de premissas para uma conclusão distinta⁸.

1. INTERPRETAÇÃO COMO ARGUMENTAÇÃO

O termo “interpretação” é usado em teoria jurídica de duas formas distintas. Num sentido mais amplo inclui todas as atividades que consistem em determinar o significado duma fonte jurídica, assim como o resultado de tal atividade, nomeadamente, a norma que é atribuída à fonte como o seu significado adequado⁹. Num sentido mais restrito (que é assumido pelo brocardo tradicional “*in claris non fit interpretatio*”, nas coisas claras não faz falta interpretação), só diz respeito a casos em que uma dúvida (razoável) é suscitada a respeito do significado de um texto¹⁰.

Aqui adotamos o segundo ponto de vista, assumindo que a atividade de interpretação *stricto sensu*, como mencionado na introdução, pressupõe uma dúvida, nomeadamente um conflito de opiniões implícito ou explícito, a respeito do significado de uma palavra, frase ou texto, que induz o intérprete a questionar o seu entendimento *prima-facie*¹¹. Aderindo à descrição de Tarello e Guastini, referimo-nos à norma, nomeadamente ao resultado de um processo interpretativo, ao “significado” de uma frase jurídica¹². Podemos então distinguir os seguintes objetos com que estamos a lidar:

⁵ TARELLO, 1980.

⁶ MACCORMICK; SUMMERS, 1991; MACCORMICK, 1995; GREENAWALT, 2015.

⁷ Para a conexão local entre termos ver ABAELARDUS, 1970, p. 264; STUMP, 1989, p. 6.

⁸ WALTON et al., 2008.

⁹ Ver, por exemplo, TARELLO, 1980; GUASTINI 2011.

¹⁰ PATTERSON, 2004.

¹¹ DASCAL; WRÓBLEWSKI, 1988.

¹² A interpretação reduz a vagueza das frases jurídicas, identificando casos específicos que são regidos por tais frases jurídicas (GUASTINI, 2011, p. 18). Deste ponto de vista, o “significado” corresponde a ambos *Sinn* e *Bedeutung*.

- Declarações de uma fonte: frases contidas em fontes jurídicas cujo objetivo é a expressão de normas jurídicas.
- Entendimento *prima-facie* de uma declaração de fonte: a norma, se existente, que num determinado contexto sociolinguístico é atribuída presumivelmente e até prova contrária (por defeito) a uma declaração de uma fonte (e à atividade de compreender tal norma).
- Declaração interpretativa: declaração que afirma que uma declaração de uma fonte tem determinado significado (expressa determinada norma), realizada para superar uma dúvida sobre o seu entendimento (selecionar este, entre outros significados possíveis da mesma fonte).
- Interpretação: norma atribuída por meio de uma declaração interpretativa a uma fonte, e que equivale a uma resposta a uma dúvida sobre o seu entendimento (e a atividade de fazer ou secundar tal declaração).
- Argumentação interpretativa: os argumentos fornecidos para secundar uma particular interpretação ou uma declaração interpretativa.

Deste modo, de uma perspectiva argumentativa, a interpretação pode ser diferenciada do entendimento *prima-facie* com base nos processos de raciocínio envolvidos¹³. No entendimento *prima-facie*, a passagem de uma frase jurídica à norma que esta expressa¹⁴ baseia-se num significado presuntivo não disputado¹⁵, isto é, a explicação padrão do significado de uma palavra ou frase de acordo com as práticas/convenções linguístico-culturais partilhadas. Podemos, por exemplo, considerar a seguinte declaração de uma fonte, que podemos encontrar num sinal à entrada do Parque Lincoln/Lincoln Park¹⁶:

Todos os veículos estão proibidos no Lincoln Park

¹³ JASZCZOLT, 2007.

¹⁴ TARELLO, 1980.

¹⁵ MACAGNO, 2012; MACAGNO et al., 2017.

¹⁶ HORN, 1995, p. 1146.

O significado presuntivo, que leva à explicação padrão do significado, é que “entidades que tenham rodas e são usadas para transporte de pessoas estão proibidos no Lincoln Park.”

Contudo, às vezes a passagem de uma frase jurídica à norma correspondente é mais complexa, pois a declaração pode ser vaga ou ambígua (de forma a que o entendimento *prima-facie* conceda pistas alternativas), ou necessita ser aplicada a um caso específico em relação ao qual existem razões para que não seja aplicado o significado presuntivo¹⁷. Nesses casos a explicação padrão é controversa, pois pode ser contestada e desafiada por explicações contrastantes¹⁸. Por exemplo, o termo “veículos” pode ser interpretado como se referindo a meios de transporte não autorizados, ou como se referindo a meios de transporte com motor, etc. (Figura 1).



Figura 1: O processo de argumentação da interpretação

A interpretação pode ser secundada por determinados tipos de argumentos que serão descritos na próxima seção. Neste caso acontece um processo mais complexo de raciocínio, com o objetivo de estabelecer a melhor explicação possível.¹⁹

As interpretações distintas são apoiadas por explicações alternativas, que necessitam ser secundadas por argumentos para que se prove que é a melhor (mais adequada, mais apropriada) entre todas. Os argumentos que secundam as várias explicações do significado e/

¹⁷ KENNEDY, 2007, pp. 303–304.

¹⁸ SLOCUM, 2015, p. 213.

¹⁹ ATLAS; LEVINSON, 1981; DASCAL, 2003, p. 635; ATLAS, 2008; MACAGNO; WALTON 2017, pp. 88–91.

ou rejeitam as outras interpretações possíveis são os chamados argumentos interpretativos, baseados sobre princípios comuns de interpretação jurídica (*canons*)²⁰. Estes “cânones” de interpretação podem ser considerados presunções²¹ relativas à escolha das palavras pelo legislador, à estrutura sintática da frase, à relação entre os termos jurídicos e as outras partes da lei na sua totalidade, etc.²² e relacionadas a argumentos interpretativos. Ainda que existam muitos tipos de argumentos interpretativos²³, focaremos a nossa análise no conjunto dos mais comuns, que foi já reconhecido e discutido por outros juristas.

2. OS ARGUMENTOS DA INTERPRETAÇÃO

Os argumentos utilizados no processo interpretativo foram analisados por Tarello²⁴ no seu trabalho sobre interpretação jurídica. Tarello identifica a estrutura e os usos de treze tipos de argumentos, dos quais dois (o argumento da coerência do sistema jurídico e o argumento da completude da disciplina jurídica) são auxiliares no sentido de que excluem uma possível explicação e apoiam a necessidade de uma diferente interpretação de uma frase jurídica. Estes argumentos podem ser divididos em cinco grupos baseados na relação lógica e semântica entre premissas e conclusão (Tabela 1):

1. Argumentum <i>a contrario</i>	Argumento na falta de prova
2. Argumentum <i>a simili</i>	Argumentos de analogia
3. Argumentum <i>a fortiori</i>	
4. O argumento psicológico	Argumentos procedentes da autoridade da fonte
5. O Argumento histórico	
6. O Argumento naturalista	
7. Argumentum <i>ab exemplo</i>	
8. O argumento teleológico	Argumentos procedentes das consequências
9. O argumento apagógico	
10. Argumentum <i>a coherentia</i>	

(Continua)

²⁰ BREWER, 2011, pp. 114–115.

²¹ MILLER, 1990, p. 1226.

²² SLOCUM, 2015, pp. 33 e 211.

²³ HAGE, 1997; SCALIA; GARNER, 2012.

²⁴ TARELLO, 1980.

11. O argumento económico	Argumentos abduativos
12. O argumento sistemático	
13. Argumentum <i>a completitudine</i>	

Tabela 1: Os argumentos da interpretação

O primeiro tipo de argumento é o “*a contrario*”, que pode ser resumido pelo princípio latino *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* (onde a lei quis, determinou; sobre o que não quis, reservou-se ao silêncio). De acordo com esta máxima, se um regulamento atribui qualquer qualificação normativa (como um poder ou uma obrigação) a um indivíduo ou categoria de indivíduos, na falta de qualquer outra norma explícita, deve ser excluída a possibilidade de que haja uma norma adicional que atribua a mesma qualificação normativa a qualquer outro indivíduo ou categoria de indivíduos. Este tipo de argumento, analisado abaixo, baseia-se num tipo de raciocínio padrão denominado raciocínio na falta de prova.

O argumento por semelhança e o argumento *a fortiori* procedem ambos da comparação entre duas regras²⁵. Em ambos os casos, o intérprete tem como objetivo secundar uma norma não expressa e pressupõe a *ratio iuris*, que é aplicada aos casos ainda não regulados de forma expressa. No caso da analogia, se uma norma atribui qualquer qualificação normativa (como um poder ou uma obrigação) a um indivíduo ou categoria de indivíduos, pode-se concluir que há uma regra adicional que atribui a mesma qualidade a outro indivíduo ou categoria de indivíduos relacionados com a classe anterior por semelhança, ou por uma relação de analogia. No caso do argumento *a fortiori*, existe uma assimetria a favor do caso expressamente não regulado: se uma norma atribui qualquer qualificação normativa (como um poder ou uma obrigação) a um indivíduo ou categoria de indivíduos, pode concluir-se que há uma norma diferente (ou uma norma diferente existe, é válida) que atribui a mesma qualidade a outro indivíduo ou categoria de indivíduos numa situação na qual tal qualificação normativa deve ser ainda mais necessária ou justificada²⁶.

²⁵ GUASTINI, 2011, pp. 281–283.

²⁶ TARELLO, 1980, p. 355.

Quatro argumentos são baseados na autoridade: o psicológico, o histórico, o naturalista e o *ab exemplo*. Nestes argumentos, a aceitabilidade da interpretação depende da autoridade do legislador, de intérpretes prévios ou da opinião popular.

Quatro argumentos são baseados na autoridade: o psicológico, o histórico, o naturalista e o *ab exemplo*. Nestes argumentos, a aceitabilidade da interpretação depende da autoridade do legislador, de intérpretes prévios ou da opinião popular. De acordo com o argumento psicológico, a uma frase jurídica deve ser atribuído o significado que corresponde à intenção do seu redator ou autor, ou seja, o legislador histórico. Para o argumento histórico, a autoridade não é o legislador propriamente dito, mas a interpretação tradicional de uma frase jurídica prévia, que tenha regido o mesmo caso no mesmo sistema jurídico. O argumento *ab exemplo* (ou autoritário) baseia-se na autoridade de uma interpretação prévia, ou antes, na autoridade produto de uma interpretação prévia. Finalmente, o argumento naturalista baseia-se na “natureza” das coisas frequentemente aceita, nomeadamente nos valores frequentemente aceitos que caracterizam determinada cultura.

Os argumentos por consequência provêm da aceitabilidade ou inaceitabilidade de uma consequência da aplicação de uma norma à razoabilidade ou da inaceitabilidade do que se lhe segue, da interpretação que se encaminha a essa norma. Através do argumento apagógico é possível rejeitar as possíveis interpretações de uma frase jurídica que leve a uma regra irrazoável ou “absurda”. De acordo com o argumento teleológico, a uma frase jurídica deve ser dada a interpretação que corresponde ao objetivo que o legislador (ou a lei) deseja atingir através dessa declaração.

Finalmente os argumentos abduativos partem de um fato até à sua melhor explicação possível. De acordo com o argumento económico, uma interpretação de uma frase jurídica que corresponda ao significado de outra frase jurídica, mais antiga ou hierarquicamente superior, deve ser excluída, pois a melhor explicação para a existência de duas frases jurídicas idênticas será ter o legislador pretendido que tivessem significados diferentes. O argumento sistemático baseia-se na autoridade do sistema legal (as outras disposições do direito) e no princípio explanatório de que o legislador pretendeu que existisse um sistema de leis unitário e coerente. De acordo com isto, a melhor explicação para o significado de uma frase jurídica é aquela que corresponda ao significado imposto (e não excluído) pelo sistema jurídico.

Esta análise e a categorização de argumentos de interpretação evidenciam uma relação entre o raciocínio de interpretação jurídica

Os esquemas de argumentação representam a estrutura de argumentos refutáveis, nomeadamente de argumentos não apenas provenientes do significado de quantificadores conectores lógicos, mas de relações semânticas (habitudão) entre os conceitos envolvidos.

e a teoria de argumentação, e em particular a abordagem moderna dos padrões abstratos de argumentos, chamados esquemas de argumentação.

3. ESQUEMAS DE ARGUMENTAÇÃO

Os esquemas de argumentação representam a estrutura de argumentos refutáveis, nomeadamente de argumentos não apenas provenientes do significado de quantificadores conectores lógicos, mas de relações semânticas (*habitudão*) entre os conceitos envolvidos²⁷. Esta descrição tem raízes na noção de *warrant* de Toulmin, que este define como “afirmações gerais e hipotéticas que podem comportar-se como pontes e permitir o tipo de passo ao qual o nosso argumento específico nos compromete”²⁸. Estes *warrants* podem ser de natureza diferente: podem basear-se em leis, princípios de classificação, estatísticas, relações causais de autoridade ou princípios éticos²⁹. Tais *warrants* tornam-se o princípio de classificação de argumentos³⁰. Tomando como ponto de partida esta abordagem, foi-se desenvolvendo a ideia dos esquemas de argumentação, que representam a combinação entre um princípio semântico (tal como uma classificação, causa, consequência, autoridade) e um tipo de raciocínio (tal como os raciocínios dedutivo, indutivo ou abduutivo). O seu objetivo principal no que diz respeito à argumentação jurídica é fornecer padrões abstratos que representem tipos de argumentos que transportem consigo força probatória para secundar ou atacar uma conclusão, mas que na sua forma mais típica são refutáveis. Tais argumentos não conduzem necessariamente a conclusões verdadeiras e não são necessariamente baseados em premissas verdadeiras.

A maior parte dos esquemas de argumentação elencados em Walton et al.³¹ têm uma estrutura *modus ponens* refutável, baseada numa generalização condicional refutável. Um exemplo comum é o esquema utilizado para o argumento baseado na opinião de especialista³² apresentado na Tabela 2.

²⁷ MACAGNO; WALTON, 2015.

²⁸ TOULMIN, 1958, p. 91.

²⁹ TOULMIN, 1958, p. 91.

³⁰ TOULMIN et al., 1984, p. 199.

³¹ WALTON et al., 2008.

³² WALTON et al., 2008, p. 19.

<i>Premissa menor 1</i>	Fonte <i>E</i> é um especialista no assunto do domínio <i>S</i> que contém a proposição <i>A</i> .
<i>Premissa menor 2</i>	<i>E</i> assegura que a proposição <i>A</i> (no domínio <i>S</i>) é verdadeira (falsa).
<i>Premissa condicional</i>	Se a fonte <i>E</i> é especialista no assunto do domínio <i>S</i> que contém a proposição <i>A</i> , e <i>E</i> assegura que a proposição <i>A</i> é verdadeira (falsa), então <i>A</i> pode plausivelmente ser aceita como verdadeira (falsa).
<i>Conclusão</i>	<i>A</i> pode plausivelmente ser aceita como verdadeira (falsa).

Tabela 2: Esquema de Argumentação: Argumento baseado na opinião de especialista

É facilmente visível que a versão do esquema de argumento baseado na opinião de especialista tem como inferência uma estrutura *modus ponens*. A inferência, tal como representada acima, é “formalmente” válida, embora, considerando a natureza e o conteúdo das premissas, a premissa condicional seja falseável. Uma vez que os especialistas não são geralmente omniscientes, e uma vez que seria um erro grave incorporar o que diz um especialista de forma acrítica, esta inferência deve ser vista como sendo refutável.

Subsequentemente, o trabalho desenvolvido acerca dos esquemas de argumentação tem seguido esta forma genérica de representar a estrutura lógica de muitos dos esquemas de argumentação refutáveis. Bench-Capon e Prakken³³ vêem a aplicação de normas refutáveis (tais como as normas jurídicas ou morais) como um exemplo particular de *modus ponens* refutável. Estes representam através de um ponto e vírgula conector (;) qualquer inferência garantida por uma norma refutável.

O esquema de argumento básico para aplicar normas refutáveis, chamado Esquema de Aplicação de Regras³⁴ é apresentado na Tabela 3.

r: P ₁ , ..., P _n ; Q
P ₁ , ..., P _n
Q

Tabela 3: Esquema de Aplicação de Regras

³³ BENCH-CAPON; PRAKKEN, 2010.

³⁴ BENCH-CAPON; PRAKKEN, 2010, p. 159.

A letra *r* indica o nome da regra. As duas questões críticas que se seguem enquadram-se neste esquema³⁵ :

CQ1: É *r* válido?

CQ2: É *r* aplicável ao caso atual?

Questões críticas a respeito de um esquema de inferência indicam situações que podem ser presuntivamente assumidas quando raciocinando de acordo com o esquema, mas cuja não-existência coloca em causa a aplicação do esquema. Respostas negativas a questões críticas podem ser reformuladas como contra-argumentos que enfraquecem (tornam inaplicável) este esquema ou contradizem (refutam) as suas premissas³⁶.

Agora podemos ver que, em geral, a nossa regra condicional para enquadrar argumentos interpretativos num padrão geral de normas refutáveis ou de esquemas de argumentação pode também ser colocada neste formato. Na Tabela 4 esta regra foi alargada a uma forma de inferência MPD (*Modus Ponens Refutável*).

Se uma frase/termo <i>X</i> tem a propriedade <i>P</i> , então <i>X</i> (não) deve receber o significado <i>M</i> .
Esta frase/termo <i>X</i> tem a propriedade <i>P</i> .
Portanto <i>X</i> (não) deve receber o significado <i>M</i> .

Tabela 4: Forma de inferência MPD

Esta estrutura abstrata da inferência representa o padrão mais genérico que os argumentos interpretativos têm. Nesta perspetiva, os diferentes esquemas de argumentação que querem captar as características lógicas e semânticas de um argumento podem ser adaptadas ao campo específico da interpretação substituindo-se a forma genérica MPD pela mencionada acima. Esta forma de inferência pode ser usada para “traduzir” para esquemas de argumentação os argumentos descritos por Tarello, acima mencionados. Analisaremos, em particular, dois argumentos: o psicológico e o *a contrario*.

³⁵ BENCH-CAPON; PRAKKEN, 2010, p. 159.

³⁶ WALTON; SARTOR, 2013.

4. ARGUMENTO PSICOLÓGICO (INTENÇÃO DO LEGISLADOR REAL)

Este argumento é baseado na intenção do verdadeiro, do real redator da frase jurídica que necessita ser interpretada. De acordo com este tipo de raciocínio, o significado que corresponde à intenção do redator ou autor (o legislador histórico) deve ser atribuído a uma frase jurídica³⁷. Este tipo de argumento baseia-se na ideia de que uma frase jurídica é a expressão de uma ordem de uma autoridade superior. Portanto, a interpretação de uma frase jurídica corresponde à reconstrução da ordem da autoridade. Contudo, caso o legislador não seja uma autoridade única, tal como um rei ou um imperador, mas uma pluralidade de pessoas (uma assembleia como o Senado ou a Câmara dos representantes), este argumento equivale a atribuir uma única intenção a uma comunidade de pessoas, que podem ter aprovado a frase jurídica por diferentes razões e com diferentes intenções.

Este tipo de argumento pode ser ilustrado usando um exemplo do *common law*. Esta controvérsia a respeito da posse das terras submersas da Califórnia baseou-se na definição do que eram “águas submersas”, que por seu turno deu lugar à definição de “águas interiores”. O Tribunal baseou o seu argumento no fato de que a única forma de recuperar a definição seria a história legislativa, ou melhor, a intenção do legislador. Uma vez que o Comitê do Senado excluiu a definição preparada na proposta de lei, a sua intenção não era defini-lo, deixando o seu significado ser determinado pelos Tribunais:

O ponto crucial deste caso é o facto de a interpretação ser colocada em “inland waters”, tal como usado na Lei. Uma vez que a Lei não define o termo, olhamos para a história legislativa. [...]

Duas alterações relevantes para os nossos propósitos foram elaboradas no projeto de lei que veio a ficar conhecido como Lei das Terras Submersas entre o momento em que foi enviada à Comissão do Senado para os Assuntos Internos e Insulares e o momento da sua aprovação.

(1) Tal como inicialmente delineado, o projeto de lei definia águas internas incluindo “todos os estuários, portos, embarcadouros, baías,

A interpretação de uma frase jurídica corresponde à reconstrução da ordem da autoridade.

³⁷ TARELLO, 1980, p. 364.

canais, estreitos, baías históricas e todas as outras parafernalias marítimas que se agregam no mar alto.” Esta definição foi rejeitada pela Comissão do Senado. [...]

A rejeição da definição das águas internas, adicionada à limitação das três milhas no Pacífico, quando tidas em consideração em conjunto, demonstram indiscutivelmente que a Califórnia não pode fazer valer a sua alegação de que “tal como usada na Lei, o Congresso tinha a pretensão de que as águas internas identificassem as áreas que os estados sempre haviam considerado águas internas.” Ao eliminar a definição original de “águas internas” o Congresso tornou clara a sua intenção de deixar para os tribunais a responsabilidade de elaborar o termo, independentemente das Lei das Terras Submersas³⁸.

A intenção do legislador pode ser também ser utilizada para interpretação da lei analisando o contexto no qual o ato foi decretado. Por exemplo, em *Samantar v. Yousuf*³⁹, um caso a respeito da jurisdição sobre um funcionário público estrangeiro, o peticionário alegou que os Estados Unidos da América não têm jurisdição sobre o caso já que era regido pelo *Foreign Sovereign Immunities Act*, que outorgava que “estados estrangeiros serão imunes à jurisdição” federal e judicial. De forma a analisar a força e as características deste tipo de argumento, é útil distinguir entre dois tipos de autoridade. Uma é a forma clássica de argumento de autoridade, que corresponde à autoridade baseada na opinião de especialista representada no esquema de argumentação apresentado na Tabela 2. Obviamente, o legislador não pode ser considerado um especialista. Contudo, este argumento pode ser generalizado ao considerar a perícia uma forma específica de autoridade. Noutro tipo de argumento de autoridade, a força do argumento reside no tipo de autoridade baseada no poder emanado de uma categoria superior ou prestígio de um funcionário público que tem o direito de emitir pareceres vinculativos dentro de um quadro legislativo⁴⁰. Este segundo tipo de argumento de autoridade, que pode ser chamado argumento de autoridade *de jure*, tem o esquema de argumentação apresentado na Tabela 5.

³⁸ *United States v. California*, 381 U.S. 139, at 150-151, 1965.

³⁹ 176 L. Ed. 2d 1047, at 1066, 2010.

⁴⁰ CICERO, 2003, p. 24.

<i>Premissas menores</i>	<i>L é uma autoridade envolvida em (passar, redigir, emendar) a declaração da fonte A.</i>
<i>Premissa maior</i>	<i>L (passou, redigiu, emendou) declaração da fonte A com intenção M.</i>
<i>Premissa condicional</i>	<i>Se L é uma autoridade envolvida em (passar, redigir, emendar) a declaração da fonte A e L teve intenção de dar o significado M, então M pode ser entendido como o significado certo (interpretação).</i>
<i>Conclusão</i>	<i>M pode ser plausivelmente entendido como o significado certo (interpretação).</i>

Tabela 5: Esquema de Argumentação: Argumento de autoridade *De jure*

A estrutura deste argumento evidencia as dimensões críticas deste esquema. Partindo das questões críticas do argumento baseado na opinião de especialista, a análise de Tarello⁴¹ e as já mencionadas refutações do argumento psicológico podem ser resumidas nas seguintes dimensões cruciais revogáveis

1. Questão do papel desempenhado: A opinião de quem, neste caso, representa efetivamente a opinião de *L* (da maioria, dos mais influentes, dos mais representativos)?
2. Questão da opinião: *L* pretendeu expressar *M* afirmando *A*?
3. Questão da consistência: É *M* consistente com a intenção de outros *Ls* que passaram a mesma lei?
4. Questão da coerência: Leva *M* a uma qualquer antinomia ou incoerência no sistema jurídico?

Um dos problemas mais cruciais e controversos é como determinar uma intenção coletiva, especialmente se a frase jurídica foi aprovada por diferentes grupos políticos diferentes com diferentes objetivos. Como o concebe Scalia, “não há como escapar ao ponto essencial: a história legislativa que não represente a intenção de todo o Congresso é não probativa; e a história legislativa que represente a

⁴¹ TARELLO, 1980, pp. 366–367.

intenção de todo o Congresso é utópica”⁴². Outro problema crucial é perceber a intenção. Os *travaux préparatoires*, ou a história legislativa, são utilizados para este propósito, de forma a analisar as razões dadas pelos corpos legislativos para conceder apoio a uma frase jurídica. Obviamente a reconstrução da intenção necessita o respaldo de mais argumentos, um dos quais é o apelo a mais autoridades.

5. O ARGUMENTO A CONTRARIO

O argumento *a contrario* foi analisado por Tarello⁴³ enquanto passagem da atribuição de uma categoria normativa *D* (uma interpretação de uma frase jurídica) a uma categoria específica de indivíduos à exclusão da existência de normas adicionais (ou melhor de outras interpretações) que atribuem a mesma qualificação *D* a outras categorias (se houver uma norma que estabelece que os indivíduos *X* são *D*, então *não* existe uma norma que estabelece que os indivíduos *Y* são *D*). Este argumento exclui uma interpretação mais ampla que a literal, e refuta qualquer interpretação por analogia ou por extensão⁴⁴. Por exemplo, o art. 17, 1 parágrafo da Constituição italiana estabelece que “Todos os cidadãos têm o direito de se reunirem pacificamente e desarmados”. É o predicado jurídico “ter o direito de reunião” (*A*) também atribuível a estrangeiros e apátridas? Se utilizarmos o argumento *a contrario*, partimos do princípio de que, se a lei desejasse investir estrangeiros e apátridas de tal direito *D*, tê-lo-ia declarado⁴⁵. Uma vez que não há provisões legais relativas ao direito de reunião de estrangeiros, deve concluir-se que tal predicado é atribuído apenas a cidadãos. Como consequência, estrangeiros e apátridas serão excluídos de tal direito.

O argumento *a contrario* diz respeito ao que a lei não trata. Na *common law*, casos anteriores constituem apenas possíveis bases sobre as quais uma decisão e um veredicto se podem apoiar para se justificarem, e não podem ter a pretensão de completude. Por esta razão na jurisprudência este tipo de argumento não é utilizado. Contudo, os tribunais da *common law* usam este tipo de argumento

⁴² 516 U.S. 264, at 281, 1996.

⁴³ TARELLO, 1980, p. 346.

⁴⁴ GUASTINI, 2011, p. 271

⁴⁵ GUASTINI, 2011, p. 272.

para interpretar o código civil da sua própria jurisdição. Por exemplo, o Tribunal Supremo do Canadá deve interpretar o código civil do Québec, ao passo que nos Estados Unidos os Tribunais Federais necessitam interpretar os códigos civis do Louisiana e de Puerto Rico⁴⁶. Por exemplo, podemos considerar o argumento utilizado pelo Tribunal de Apelação da Louisiana no *Southwestern Electric Power Co. v. Parker*⁴⁷. Num caso em que a extensão do direito de serventia numa terra estava em disputa (o peticionário queria realizar atividades de extração em partes do seu terreno que uma companhia de energia alegava estarem dentro da sua servidão de passagem na propriedade) ainda que regido por um contrato, o Tribunal citou os artigos 705 e 749 do Código Civil do Louisiana:

Art. 705. O propósito da servidão é o direito, para benefício do estado dominante, de as pessoas, animais ou veículo terem permissão de passagem no estado serviente. A menos que o artigo/a lei indique algo em contrário, a extensão do direito e o modo como este é exercido, deve ser adequado ao tipo de tráfego necessário para o funcionamento razoável do estado dominante.

Art. 749. Se o artigo/a lei é omissa/a no que respeita à extensão e modo de uso da servidão, a intenção das partes deve ser determinada à luz do seu propósito.

O tribunal considerou raciocinou *a contrario*: “quando o artigo/a lei providencie as dimensões exactas da área afetada pela servidão, o contrato deve ter efeito total.”

De forma a analisar a lógica e a estrutura deste argumento, é útil investigar primeiro o princípio refutável no qual se baseia. O raciocínio que secunda a conclusão provém da falta de provas em contrário na chamada “hipótese de mundo fechado”. A negação de uma proposição (A não é verdade) é confirmada pela falta de provas em contrário (A não é sabido que seja verdade)⁴⁸. O esquema de argumentação do apelo à ignorância é apresentado na Tabela 6.

⁴⁶ FRIESEN, 1996, p. 4.

⁴⁷ 419 So. 2d 134, at 141, 1982.

⁴⁸ WALTON et al. 2008, p. 327.

<i>Premissas maiores</i>	Se A fosse verdade, então A seria reconhecido como verdade.
<i>Premissas menores</i>	Não se dá o caso de que A seja reconhecido como verdade.
<i>Conclusão</i>	Então A não é verdade.

Tabela 6: Esquema de Argumentação: apelo à ignorância

No caso do argumento *a contrario*, o mundo tomado em consideração é o paradigma das disposições interpretadas de acordo com os seus significados literais. Se uma norma (ou significado) não pode ser encontrada nos seus significados literais, deve ser excluída. Este tipo de raciocínio pode ser analisado como um exemplo específico do apelo à ignorância (como se apresenta na Tabela 7).

<i>Premissa 1</i>	Se a frase x tem o significado N , então a regra D aplica-se.
<i>Premissa 2</i>	Se a frase x tem o significado literal M_x , x não pode ter outros significados (outros significados literais $M_{y..n}$; outros significados não literais $N_{l..n}$).
<i>Premissa 3</i>	A frase a tem o significado literal M_a .
<i>Conclusão</i>	Portanto, a frase x não tem o significado N (a regra D não se aplica).

Tabela 7: Esquema de Argumentação: Argumento *a contrario* 1

A força deste tipo de raciocínio reside na aceitabilidade da premissa do mundo fechado, o que constitui a base da incompatibilidade entre o significado literal e outras interpretações. Esta premissa exclui todas as interpretações não literais, fechando o mundo de reconstrução de significado ao significado ordinário (jurídico) das palavras.

O aspecto refutável do argumento pode ser avaliado usando a estrutura do apelo à ignorância, que mostra em detalhe a lógica formal do raciocínio. Contudo, de forma a reconstruir as premissas e simplificar o padrão abstrato de argumento, é possível incorporar a estrutura profunda do raciocínio numa estrutura baseada em regras, na qual a utilização da negação como declaração de não existência numa base de dados pela hipótese de mundo fechado está prevista.

Esta forma de argumento pode ser representada utilizando a seguinte norma revogável:

Se uma frase X tem a propriedade ter o significado M , mas não é declarado que tenha a propriedade de ter o significado N , onde M tem um significado diferente de N , X não deve receber o significado N .

Dada esta regra, podemos agora reconstruir o esquema de argumentação completo para um argumento *a contrario* (Tabela 8). A norma revogável tem o papel de premissa maior.

<i>Premissas maiores</i>	Se uma frase X tem a propriedade ter o significado M , mas não é declarado que tenha a propriedade de ter o significado N , onde M tem um significado diferente de N , X não deve receber o significado N .
<i>Premissa menor positiva</i>	A frase X tem a propriedade ter o significado M .
<i>Premissa menor negativa</i>	A frase X não é declarado que tenha a propriedade de ter o significado N , onde M tem um significado diferente de N .
<i>Conclusão</i>	X não deve receber o significado N .

Tabela 8: Esquema de Argumentação: Argumento *a contrario* 2

Nesta perspectiva, a estrutura do esquema de argumentação *a contrario* é um exemplo especial do tipo de *modus ponens* refutável. A premissa maior tem a forma de uma declaração condicional na qual o antecedente da condicional é a conjunção de duas proposições. Cada uma das duas premissas menores é uma das proposições que constroem a conjunção. Usando o conector \Rightarrow para implicação refutável, o argumento pode ser representado como tendo a seguinte forma MPD:

$$[(p \& q) \Rightarrow r, p \ q] \Rightarrow r.$$

É de reparar que a passagem da premissa maior e da premissa menor negativa à conclusão é baseada um tipo de raciocínio que embute o apelo à ignorância profundo numa forma DMP de argumento por contraposição da premissa maior (como é apresentado na Tabela 9).

<i>Premissas maiores</i>	Se A não fosse reconhecido como verdade, então A não seria verdade.
<i>Premissa menor</i>	Não se dá o caso de que A seja reconhecido como verdade.
<i>Conclusão</i>	Portanto A não é verdade.

Tabela 9: DMP forma de argumento por contraposição da premissa maior

O problema crucial é decidir se a primeira questão crítica (a possibilidade de aplicar o argumento ao caso) deve ser tratada como uma assunção ou uma exceção. Se for tratada como uma assunção, o argumento *a contrario* é derrotado apenas colocando a questão. Se for tratada como uma exceção, tem de ser secundada por mais provas de forma a derrotar o argumento *a contrario*.

Este tipo de conversão é apenas uma simplificação (há bases para pensar que a contraposição se suste – em geral – num raciocínio refutável) de forma a esboçar um padrão de argumento que é mais fácil de aplicar a casos, deixando a análise das condições para revogabilidade de uma hipótese de mundo fechado de um raciocínio de apelo à ignorância para as seguintes questões críticas.

CQ₁: Aplica-se a regra *a contrario* a este caso?

CQ₂: Se significados melhores que *M* podem ser atribuídos a *X*, porque é que *M* é melhor?

A aplicação deste esquema de argumentação a um caso pode ser executada por meio de um mapa de argumento, onde as premissas e possíveis refutações ou respaldos são mostradas em caixas, e o sinal aditivo indica que é um argumento que apoia a conclusão apresentada na caixa de texto acima à esquerda. O problema crucial é decidir se a primeira questão crítica (a possibilidade de aplicar o argumento ao caso) deve ser tratada como uma assunção ou uma exceção. Se for tratada como uma assunção, o argumento *a contrario* é derrotado apenas colocando a questão. Se for tratada como uma exceção, tem de ser secundada por mais provas de forma a derrotar o argumento *a contrario*. Na Figura 2, a inferência *a contrario* (a primeira premissa do argumento) é representada sem a assunção da possibilidade de aplicar o argumento ao caso, e portanto a primeira questão crítica é tratada como uma exceção. Então, o argumento falha apenas se o ataque à aplicação do argumento for secundado por provas.

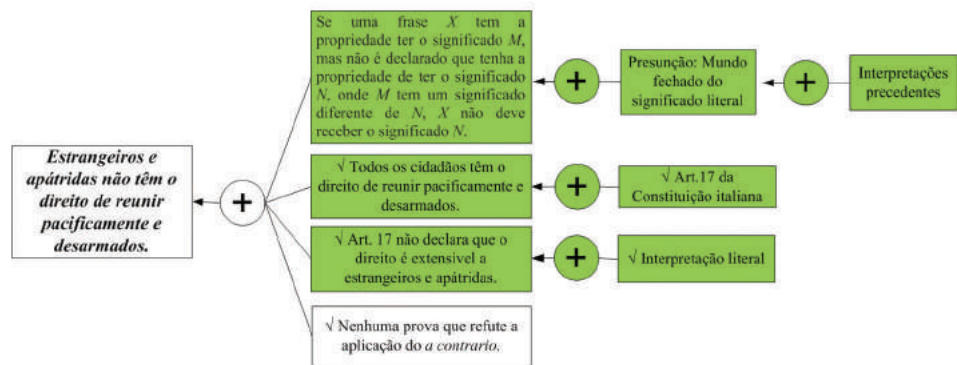


Figura 2: Esquema A contrario aplicado ao exemplo de direito de reunião

Esta figura pode mostrar graficamente a avaliação do argumento à base das provas fornecidas. A lógica dos esquemas argumentativos utilizados para representar os argumentos de interpretação da lei pode ser também integrada no sistema computacional de mapeamento de discussões e argumentos chamado *Carneades Argumentation System*⁴⁹, que é capaz de manejar a distinção entre assunções e exceções quando mapeia argumentos baseados em esquemas de argumentação refutáveis. Carneades é um modelo formal e matemático para determinar se uma conclusão é aceitável considerando as provas e os argumentos contrários (ou os ataques). No nosso exemplo, a segunda e a terceira premissas são assinaladas em verde no centro da figura 2 porque não são questionadas ou refutadas por provas contrárias. Assumindo que o argumento *a contrario* é aplicável, a conclusão de que estrangeiros e apátridas não têm direito a reunir-se pacificamente e desarmados é aceitável.

6. CONCLUSÃO

Foi mostrado neste artigo como o processo de interpretação da lei pode ser representado como um processo argumentativo em que a conclusão corresponde a uma possível explicação do significado duma declaração. Nesta perspectiva, a interpretação é uma alegação que necessita de ser secundada por argumentos *pro* refutáveis, e que também possa ser derrocada por argumentos *contra* refutáveis. Os esquemas de argumentação, quando estruturados com variáveis e constantes, podem ser usados para

⁴⁹ GORDON, 2010.

representar as relações lógicas e semânticas dos argumentos interpretativos analisados por Tarello. Esta transformação de argumentos interpretativos em estrutura de esquemas de argumentação foi aplicada a argumentos psicológicos e argumentos *a contrario*. Estes exemplos mostram como o processo pode ser extensível a outros tipos de argumentos interpretativos reconhecidos por Tarello. A investigação destes argumentos mostra como podem ser reconstruídos de acordo com um critério multilógico, que enfatiza a natureza revogável do raciocínio. A conclusão é retirada das premissas baseadas numa norma *modus ponens* refutável que torna explícita a estrutura do esquema de argumentação. A natureza revogável do esquema é mostrada por meio de questões críticas, que identificam as condições padrão do raciocínio. Foi demonstrado como os esquemas utilizados para argumentos de interpretação da lei podem constituir uma estrutura teórica que permite o diálogo entre os domínios da argumentação, do direito e da inteligência artificial.

REFERÊNCIAS

- ABAEARDUS, Petrus. *Dialectica*. Edited by Lambertus. Marie de Rijk. Assen: Van Gorcum, 1970.
- ATLAS, Jay David. Presupposition. *The Handbook of Pragmatics*. Ed. Laurence Horn and Gregory Ward, pp. 29-52. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2008.
- _____; LEVINSON, Stephen. It-clefts, informativeness and logical form: Radical pragmatics (revised standard version). *Radical pragmatics*. Ed. Peter Cole, pp. 1-62. Nova Iorque: Academic Press, 1981.
- BENCH-CAPON, Trevor; PRAKKEN, Henry. Using argument schemes for hypothetical reasoning in law. *Artificial Intelligence and Law* 18: pp. 153-174, 2010.
- BREWER, Scott. *Logic, Probability, and Presumptions in Legal Reasoning*. Nova Iorque: Routledge, 2011.
- CAMINADA, Martin. On the Issue of Contraposition of Defeasible Rules. *Computational Models of Argument. Proceedings of COMMA 2008*: 109-115, 2008.
- CICERO, Marcus Tullius. *Topica*. Editado por Tobias Reinhardt. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- DASCAL, Marcelo. *Interpretation and understanding*. Amsterdão: John Benjamins Publishing Company, 2003.
- DASCAL, Marcelo; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Transparency and doubt: understanding and interpretation in pragmatics and in law. *Law and Philosophy* 7: pp. 203-224, 1988.
- FRIESEN, Jeffrey. When common law courts interpret civil codes. *Wisconsin International Law Journal* 15: pp. 1-27, 1996.
- GORDON, Thomas. *An overview of the Carneades argumentation support system. In Dialectics, dialogue and argumentation. An examination of Douglas Walton's theories of reasoning and argument*, ed. Christopher Reed and Christopher Tindale, pp. 145-156. Londres: College Publications, 2010.
- GREENAWALT, Kent. *Interpreting the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011.
- HAGE, Jaap. *Reasoning with rules*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.
- HORN, Laurence. Vehicles of meaning: unconventional semantics and unbearable interpretation. *Washington University Law Quarterly* 73: pp. 1145-1152, 1995.

JASZCZOLT, Kasia. *Default semantics: Foundations of a compositional theory of acts of communication*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. The syntax-pragmatics merger: Belief reports in the theory of Default Semantics. *Pragmatics & Cognition* 15: pp. 41-64, 2007.

KENNEDY, Duncan. A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation. *Kritische Justiz* 40: pp. 296-305, 2007.

KREUZBAUER, Guenther. Topics in Contemporary Legal Argumentation: Some Remarks on the Topical Nature of Legal Argumentation in the Continental Law Tradition. *Informal Logic* 28: pp. 71-85, 2008.

MACAGNO, Fabrizio. Presumptive reasoning in interpretation. Implicatures and conflicts of presumptions. *Argumentation* 26. Springer Netherlands: pp. 233–265, 2012.

_____. Defaults and inferences in interpretation. *Journal of Pragmatics*, 2017.

_____; WALTON, Douglas. Classifying the patterns of natural arguments. *Philosophy and Rhetoric* 48: pp. 26-53, 2015.

_____; WALTON, Douglas. Interpreting straw man argumentation. *The pragmatics of quotation and reporting*. Amsterdão: Springer, 2017.

_____; WALTON, Douglas; SARTOR, Giovanni. Pragmatic Maxims and Presumptions in Legal Interpretation. *Law and Philosophy*, 2017.

MACCORMICK, Neil. Argumentation and interpretation in law. *Argumentation* 9: pp. 467-480, 1995.

_____; SUMMERS, Robert, ed. *Interpreting statutes: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.

MILLER, Geoffrey. *Pragmatics and the Maxims of Interpretation*. University of Wisconsin Law: pp. 1179-1227, 1990.

PATTERSON, Dennis. Interpretation in Law. *San Diego Law Review* 42: pp. 685-710, 2004.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. Eagan: Thomson West, 2012.

SLOCUM, Brian. *Ordinary Meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation*. Chicago: University of Chicago Press, 2015.

STUMP, Eleonore. *Dialectic and its place in the development of Medieval logic*. Ithaca e Londres: Cornell University Press, 1989.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milão: Giuffrè, 1980.

TOULMIN, Stephen. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

_____; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. *An introduction to reasoning*. New York: Macmillan Publishing Company, 1984.

WALTON, Douglas; REED, Christopher; MACAGNO, Fabrizio. *Argumentation Schemes*. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____; SARTOR, Giovanni. Teleological Justification of Argumentation Schemes. *Argumentation* 27: pp. 111-142, 2013.

L'ANALISI ECONOMICA COME ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

Giovanni Tuzet

Professor Associado,
Università Bocconi, Milão,
Itália. E-mail: giovanni.
tuzet@unibocconi.it

Recebido: novembro 27,
2018

Aceito: fevereiro 14, 2019

Economic Analysis as Legal Argumentation

RESUMO

In primo luogo l'articolo considera l'analisi economica come un tipo di argomentazione giuridica. Gli argomenti che fanno leva sulle conseguenze economiche di un atto giuridico vengono considerati come una forma di argomentazione consequenzialista e viene osservato che tali argomenti competono con molti altri nel contesto dell'interpretazione e dell'applicazione giudiziale del diritto. In secondo luogo viene considerata la pretesa dell'analisi economica di concepire le norme giuridiche come incentivi e viene osservato che tale prospettiva dipende da una serie di argomenti metodologici e una serie di argomenti circa i valori da massimizzare e la razionalità degli agenti economici.

Palavras-chave: Analisi economica; Argomentazione giuridica; Consequenzialismo; Economia comportamentale; Economia neoclassica.

Abstract

Firstly, the article takes economic analysis as a type of legal argumentation. The arguments that leverage the economic consequences of legal acts are a form of consequentialist argumentation and it is noted that these arguments compete with many others in the context of judicial interpretation and application of law. Secondly, the claim of economic analysis to conceive of legal norms as incentives is considered and it is observed that this perspective depends on a series of methodological arguments and of arguments about the values to be maximized and the rationality of economic agents.

Keywords: Behavioral Economics; Consequentialism; Economic Analysis; Legal Argumentation; Neoclassical Economics.

L'idea è questa: coloro che fanno analisi economica del diritto sviluppano dei particolari argomenti di rilievo giuridico. Che argomenti? Sostanzialmente, degli argomenti consequenzialisti a proposito del diritto.

1. INTRODUZIONE

Il presente contributo intende in primo luogo considerare l'analisi economica come un tipo di argomentazione giuridica. Gli argomenti che fanno leva sulle conseguenze economiche di un atto giuridico vengono considerati come una forma di argomentazione consequenzialista (§ 2) e viene osservato che tali argomenti competono con molti altri nel contesto dell'interpretazione e dell'applicazione giudiziale del diritto (§ 3). Un caso statunitense, *Tennessee Valley Authority v. Hill*, viene presentato come esempio di controversia argomentativa che coinvolge considerazioni economiche.

In secondo luogo viene considerata in questo articolo la pretesa dell'analisi economica di concepire le norme giuridiche come incentivi (§ 4) e viene osservato che tale prospettiva dipende non solo da una serie di argomenti metodologici in merito alla distinzione fra piano positivo e piano normativo (§ 5) ma anche (e in maniera ancor più significativa) da una serie di argomenti circa i valori da massimizzare e la razionalità degli agenti economici (§ 6). Lo *schema fondamentale* dell'approccio economico al diritto (presentato al § 4) non può trovare applicazione senza tali argomenti.

In guisa di conclusioni il contributo raccomanda sia una maggiore attenzione agli argomenti economici da parte dei giuristi sia una maggiore consapevolezza della varietà e peculiarità dell'argomentazione giuridica da parte degli economisti (§ 7).

2. ANALISI ECONOMICA E ARGOMENTAZIONE

L'analisi economica del diritto (AED) e la teoria dell'argomentazione giuridica sono discipline distinte ma hanno alcune connessioni interessanti. Una di esse è il fatto che l'AED può essere concepita come *un tipo di argomentazione giuridica*. L'idea è questa: coloro che fanno analisi economica del diritto sviluppano dei particolari argomenti di rilievo giuridico. Che argomenti? Sostanzialmente, degli *argomenti consequenzialisti* a proposito del diritto.

Gli argomenti consequenzialisti sono quelli che determinano il significato, l'importanza o il valore di qualcosa guardando alle sue

conseguenze¹. Argomenti di questo tipo sono ampiamente utilizzati in ambito economico e in ambito morale. Infatti, per il consequenzialismo etico un atto è moralmente buono se le sue conseguenze sono moralmente buone, ed è moralmente cattivo se moralmente cattive sono le sue conseguenze². Mentre in ambito economico si dirà che un certo processo o fatto economico è da valutare positivamente se positive sono le sue conseguenze economiche ed è invece da valutare negativamente se le sue conseguenze economiche sono negative.

Tipicamente, gli argomenti consequenzialisti di carattere economico vertono sui costi e i benefici di atti, fatti o processi³. Così un atto si dirà economicamente buono se i suoi benefici economici superano i costi e si dirà economicamente cattivo se i suoi costi superano i benefici.

Applicati all'ambito giuridico gli argomenti consequenzialisti consistono nell'individuare e valutare le conseguenze di atti giuridici, norme giuridiche o interi sistemi di norme. Tanto la legislazione quanto la giurisdizione sono suscettibili di un'analisi consequenzialista che ne studia e valuta le conseguenze. In termini economici si tratta di individuare e stimare le conseguenze economiche di atti legislativi, decisioni giudiziali, provvedimenti amministrativi, ecc. La bontà di tali conseguenze funge così da ragione per giustificare tali atti, decisioni o provvedimenti.

Guardando più da vicino la prassi dell'argomentazione giuridica, troviamo che in essa si parla talora di argomenti "orientati alle conseguenze"⁴, talaltra di argomenti "teleologici"⁵. I secondi sono quelli che, specie in sede interpretativa⁶, fanno riferimento allo scopo dell'atto normativo, o per meglio dire allo scopo di chi pone o utilizza l'atto. In questo senso raccomandano l'interpretazione che meglio realizza lo scopo dell'atto. Notiamo così che gli argomenti teleologici

¹ Naturalmente ce ne sono molte varianti che qui non abbiamo modo di discutere. Una è l'argomentazione pragmatista che, sulla scorta della massima pragmatica di Peirce, individua il significato di una concezione nei suoi concepibili effetti pratici (la massima è del 1878, ora si può leggere in PEIRCE, 1992, p. 132).

² PETTIT, 1991. Cfr. MACCORMICK, 1983.

³ Sulla *Cost-Benefit Analysis*, v. fra gli altri KORNHAUSER, 2000.

⁴ MENGONI, 1994.

⁵ DICIOTTI, 2013

⁶ BARAK, 2005.

possono essere ricompresi nella più ampia categoria degli argomenti consequenzialisti, con un'avvertenza sulla peculiarità che li distingue da altri argomenti della categoria: l'argomentazione teleologica è orientata a un certo tipo di conseguenze, quelle auspiccate da chi pone o utilizza l'atto normativo, mentre altri argomenti consequenzialisti fanno leva sulle conseguenze che vengono o verranno prodotte di fatto, a prescindere – o persino a dispetto – degli auspici di chi pone o utilizza l'atto in questione. In questo senso va fatta una *distinzione fra conseguenze intenzionali e non*.

Un'altra distinzione da tenere a mente è che talvolta gli argomenti consequenzialisti riguardano le conseguenze *già* prodotte da un certo atto o una certa norma, talaltra vengono sviluppati a proposito delle *prevedibili* conseguenze dell'atto o della norma. Specialmente quando l'atto normativo dev'essere ancora adottato, non è raro trovare degli argomenti consequenzialisti che cercano di giustificarlo o di screditarlo facendo leva sulle buone o cattive conseguenze che è prevedibile produca. In questo senso si fanno valere le considerazioni economiche sulla prevedibile efficienza o inefficienza di una normativa che dev'essere ancora adottata, o di una decisione giudiziale discussa fra i membri di una corte prima della sua adozione, o anche di un contratto che dev'essere ancora sottoscritto. In questo senso va fatta una *distinzione fra prospettiva ex ante ed ex post*.

Le due distinzioni appena fatte si possono combinare articolando quattro possibili oggetti di analisi consequenzialista circa un atto normativo. In una prospettiva *ex ante* e focalizzandosi sulle conseguenze economiche di un atto (CE) propongo di tracciare questi schemi di analisi, dove la freccia indica una relazione causale:

- 1) Atto normativo → CE attese e intenzionali;
- 2) Atto normativo → CE attese e non intenzionali.

Mentre in una prospettiva *ex post* si possono tracciare questi schemi ulteriori:

- 3) Atto normativo → CE prodotte e intenzionali;
- 4) Atto normativo → CE prodotte e non intenzionali.

Nell'ambito dell'interpretazione e applicazione giudiziale del diritto, in particolare, gli argomenti spendibili sono molti e di natura diversa (argomenti testuali, teleologici, sistematici, valoriali, dell'intenzione del legislatore, dei precedenti, dei principi costituzionali e via dicendo)

Questi schemi analitici sono senz'altro d'aiuto a chi voglia stimare gli effetti e il valore di un atto normativo. Prendiamo ad esempio un atto legislativo che ponga un tetto al canone di locazione di immobili a uso abitativo (il cd. equo canone): chi pone la norma si aspetta *sub* 1) un incremento delle locazioni, ma qualcuno può osservare *sub* 2) che la disponibilità di immobili potrebbe diminuire se i proprietari decidessero di farne un uso diverso dal locarli a un canone inferiore; *ex post* si andrebbe quindi a verificare *sub* 3) se si sono prodotte le conseguenze auspicate da chi ha posto la norma o piuttosto *sub* 4) le conseguenze indesiderate di una carenza di immobili da locare o un eccesso di domanda⁷.

Ma nel contesto dell'argomentazione giuridica le considerazioni economiche non sono che un tipo di considerazioni rilevanti. Nell'ambito dell'interpretazione e applicazione giudiziale del diritto, in particolare, gli argomenti spendibili sono molti e di natura diversa (argomenti testuali, teleologici, sistematici, valoriali, dell'intenzione del legislatore, dei precedenti, dei principi costituzionali e via dicendo)⁸.

3. ARGOMENTI ECONOMICI ED ALTRI ARGOMENTI

Gli argomenti economici possono entrare in conflitto con altri argomenti tipicamente utilizzati nella prassi dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica. La teoria dell'argomentazione giuridica studia l'ampio novero degli argomenti utilizzati per interpretare le disposizioni giuridiche e ricavarne norme da applicare alle fattispecie concrete. Fra questi si contano l'argomento del significato letterale della disposizione, l'argomento dell'intenzione del legislatore, l'argomento dello scopo o *ratio* della disciplina, gli argomenti sistematici che fanno leva sulla collocazione della disposizione all'interno di un certo sistema, e altri ancora. Alcuni di questi argomenti possono entrare in conflitto con gli argomenti economici orientati alle conseguenze e a tal punto andrà stimata la forza degli uni e degli altri al fine di risolvere la controversia o il problema in questione.

⁷ Sull'esempio v. più in dettaglio COOTER et al. 2006, pp. 53-54.

⁸ Si possono vedere TARELLO, 1980, p. 341 ss., MACCORMICK; SUMMERS, 1991, pp. 512-515, ATIENZA, 2006, p. 154 ss., CHIASSONI, 2007, p. 80 ss.

Un caso curioso che lo illustra è Tennessee Valley Authority v. Hill (1978)⁹. Si tratta di una controversia nata da un'istanza di alcuni gruppi ambientalisti che agiscono contro un'autorità amministrativa (la Tennessee Valley Authority) al fine di bloccare la costruzione di una diga dal valore economico di 100 milioni di dollari. L'argomento utilizzato da tali gruppi è che la realizzazione della diga minaccia l'esistenza dello Snail Darter (un piccolo pesce di tre pollici e di nessun particolare interesse scientifico, estetico ed economico). Ma non si tratta solo di un argomento morale o di principio a favore del pesce: la realizzazione della diga violerebbe un atto legislativo del Congresso degli Stati Uniti, ossia l'Endangered Species Act (1973) che protegge le specie animali minacciate.

L'autorità amministrativa argomenta di converso che l'atto legislativo non si applica a progetti già autorizzati, finanziati e sostanzialmente completati – com'è di fatto la diga in questione – bensì a progetti futuri, ancora da autorizzare, finanziare ecc.

Per curioso che sia, il caso arriva presso la Corte suprema statunitense la quale a maggioranza decide per il pesce, ordinando che la costruzione della diga venga interrotta nonostante la considerevole perdita di fondi pubblici. Gli argomenti che per la maggioranza giustificano tale decisione sono l'intenzione del legislatore ricavabile dal testo (intenzione che si estenderebbe ai progetti già autorizzati ecc.) e il principio della protezione delle specie minacciate. Ma il giudice Powell osserva in un'opinione dissenziente che tale decisione produce delle "conseguenze assurde" sotto il profilo economico.

In favore della diga c'erano dunque la diversa ricostruzione dell'intenzione legislativa operata dall'autorità amministrativa e l'argomento economico consistente nello stimare i costi e i benefici dell'alternativa decisionale. In termini economici era in effetti difficile decidere per il pesce. Il valore economico della diga (che sarebbe stata utilizzata per la produzione di energia) era pacificamente stimato intorno ai 100 milioni di dollari. Questo era il costo certo del rinunciarvi, a fronte di un beneficio che era poco plausibile ritenere superiore, considerato che lo Snail Darter è un piccolo pesce *di nessun particolare interesse scientifico, estetico ed economico*. Inoltre, il costo della decisione in favore della diga era da computare come

⁹ Viene discusso in DWORKIN, 1986, pp. 21-23.

Non è impossibile pensare al valore economico di un kg di Snail Darter, assumendo che ci sia una domanda di tale pesce e un corrispondente mercato. Ma che valore può avere l'intera specie?

costo atteso consistente nella perdita del pesce moltiplicata per la sua probabilità: non era certo che il pesce si sarebbe estinto, era solo “minacciato”.

Posto che il valore della diga era di 100 milioni, assumendo in assenza di altre informazioni che il rischio di perdere il pesce fosse dello 0,5 e assumendo generosamente che il valore di tale specie ittica fosse allora di 1 milione, la decisione pro pesce aveva un costo di 100 milioni a fronte di 1 milione di beneficio, mentre la decisione pro diga aveva un beneficio di 100 milioni a fronte di un costo di mezzo milione (1 milione moltiplicato per 0,5).

Eppure, a torto o a ragione, la Corte decide per il pesce ritenendo che gli argomenti non economici in gioco abbiano in questo caso una maggiore forza o importanza giuridica.

Non è da trascurare inoltre che in un caso del genere incontriamo il problema non secondario di come si possa stimare il valore economico di qualcosa che di fatto non ha mercato. Non è impossibile pensare al valore economico di un kg di Snail Darter, assumendo che ci sia una domanda di tale pesce e un corrispondente mercato. Ma che valore può avere *l'intera specie*? Casi del genere mostrano alcuni limiti che può avere l'analisi economica quando applicata a questioni giuridiche che coinvolgono valori non strettamente monetari.

Il caso può sembrare peculiare, ma una certa familiarità con l'argomentazione giuridica mostra quanto siano pervasivi i problemi qui accennati. L'analisi costi-benefici ha oggi un ruolo crescente nell'argomentazione giuridica e nelle decisioni giudiziali, specie se si considera che il test di proporzionalità operato in sede di bilanciamento si articola in costi imposti ad alcuni a fronte di benefici a vantaggio di altri¹⁰.

Si può aggiungere, per concludere su questo punto, che l'AED offre quantomeno degli *argomenti di secondo grado* utili a dirimere controversie fra argomenti interpretativi di primo grado. Poniamo che un atto legislativo sia suscettibile di un'interpretazione letterale e un'interpretazione intenzionalista le quali portano a risultati diversi; allora l'interprete può ricorrere alle conseguenze economiche delle due e scegliere quella che ha le migliori conseguenze. A parità di

¹⁰ Cfr. SARTOR, 2010 sull'opera di Alexy e una sua possibile lettura in termini economici.

ammissibilità giuridica delle interpretazioni, gli argomenti economici servono a orientare la decisione in un senso o nell'altro¹¹.

4. NORME COME INCENTIVI

In realtà l'AED ha delle pretese più forti rispetto a quella di offrire argomenti per una valutazione degli atti normativi. Ha in particolare la pretesa di offrire una migliore comprensione del funzionamento delle norme giuridiche, ma come vedremo questa pretesa si articola a propria volta in una serie di argomenti controversi.

Un'idea fondamentale dell'AED è quella di concepire le norme giuridiche come *incentivi*. Per essa non è essenziale la dimensione del comando, o dell'autorità, o della fonte normativa (da dove la norma proviene, o da cosa la norma dipende). Per l'analisi economica è essenziale la capacità di una norma di incentivare certi comportamenti (cosa dipende dalla norma).

Sotto il profilo logico, concependo una norma come un condizionale possiamo chiamare C (condotta, o comportamento) il suo antecedente ed S (sanzione) il suo conseguente. Una norma imputa una determinata sanzione a una determinata condotta. La parola "sanzione" fa immediatamente pensare alle sanzioni penali: pene o conseguenze negative di qualche tipo stabilite dal diritto penale rispetto a determinate condotte. Ma non dobbiamo prendere il termine in questo significato ristretto. Ci possono essere sanzioni positive consistenti in benefici, vantaggi, conferimenti di diritti o premi di qualche tipo¹². Chiameremo S_n le sanzioni negative, come ad esempio quelle tipicamente stabilite dal diritto penale. E chiameremo S_p le sanzioni positive, come ad esempio una detrazione fiscale o il conferimento di un diritto.

Entrambi i tipi di sanzioni costituiscono degli incentivi a tenere certi comportamenti e a non tenerne altri. O in altre parole incentivano certe condotte e ne disincentivano altre. Com'è ovvio, S_n sono incentivi a non tenere C (o disincentivi a tenere C), mentre S_p sono incentivi a tenere C (o disincentivi a non tenere C).

¹¹ POSNER, 1985, p. 103 ss. sostiene che i giudici siano chiamati a scelte economiche nei casi in cui hanno discrezionalità.

¹² V. fra gli altri BOBBIO, 2007, p. 21 ss.

L'analisi economica guarda così all'efficienza delle norme e dei sistemi normativi, chiedendosi se e come tali norme e sistemi producano efficienza o al contrario forme di inefficienza (sprechi di risorse, eccessivi costi sociali, ostacoli alla produzione efficiente di beni e servizi).

All'analisi economica interessa poi capire quali conseguenze economiche derivino da tali sistemi di incentivi. Quali conseguenze economiche dipendano dal fatto che sia prevista una determinata sanzione (negativa o positiva) per una determinata condotta. Cosa cioè si verifichi o sia prevedibile che si verifichi in un determinato contesto in cui venga posta la norma in questione. I destinatari della norma si comportano di fatto come la norma li incentiva a fare? Ciò produce le conseguenze economiche attese? Oppure i destinatari si comportano diversamente e ciò dipende dall'inadeguatezza degli incentivi? Una certa S_n è troppo mite rispetto ai vantaggi economici che un criminale può ottenere da C? Una certa S_p è troppo esigua rispetto ai costi di C? Questi sono esempi di domande che l'analisi economica può porre utilizzando lo schema fondamentale che stiamo considerando.

Chiamando CE le conseguenze economiche di una norma, l'analisi economica guarda a CE come determinate dal sistema di incentivi posti dalle norme rilevanti. Lo *schema fondamentale* è questo:

$$(C \rightarrow S) \rightarrow CE$$

ma si deve fare attenzione a non confondere il significato delle due frecce. La prima indica una relazione normativa, la seconda una relazione causale. Il rapporto fra C ed S è di imputazione normativa, mentre il rapporto fra la norma e CE è un rapporto causale¹³.

L'analisi economica guarda così all'efficienza delle norme e dei sistemi normativi, chiedendosi se e come tali norme e sistemi producano efficienza o al contrario forme di inefficienza (sprechi di risorse, eccessivi costi sociali, ostacoli alla produzione efficiente di beni e servizi)¹⁴.

In linea di principio qualsiasi branca del diritto è suscettibile di questa analisi. Non solo le forme di diritto più legate all'attività economica (come il diritto commerciale, quello tributario o quello fallimentare). Ma anche forme più distanti da essa – sebbene per alcune sia più difficile la traduzione dei problemi giuridici in termini economici. Tutto il diritto civile può essere osservato con le lenti dell'economia¹⁵

¹³ Volendo possiamo esplicitarlo così: $(C \rightarrow S) \rightarrow CE$, dove "n→" sta per una conseguenza normativa e "c→" per una conseguenza causale.

¹⁴ Su alcune concezioni dell'efficienza v. TUZET, 2016.

¹⁵ V. infatti COOTER et al., 2006.

ed è infatti in questo ambito che si collocano alcuni dei primi lavori dell'AED del Novecento¹⁶. Ma anche il diritto penale è suscettibile di analisi economica (come il riferimento fatto sopra alle sanzioni negative lasciava facilmente immaginare) ed è infatti in questo ambito che si collocano alcuni precursori dell'AED¹⁷. Certamente anche il diritto processuale può entrare nel discorso (pensiamo all'efficienza processuale) e anche buona parte del diritto pubblico: senza dubbio il diritto amministrativo e anche il diritto costituzionale nella misura in cui disegna degli assetti istituzionali capaci di produrre conseguenze economiche di vario tipo. Più difficile è una traduzione in termini economici di questioni costituzionali di principio, ovvero le questioni giuridiche legate ai diritti fondamentali quali dignità, libertà ed eguaglianza. Lo Snail Darter, nel suo piccolo, ci ha offerto un esempio di questa difficoltà, non essendo affatto chiaro come possa compiersi un calcolo di costi e benefici quando è in gioco un bene che non ha mercato.

Comunque sia, questo discorso sulle norme come incentivi ha alcuni presupposti che devono essere esplicitati. Un primo presupposto è che i destinatari delle norme siano in grado di intenderle, anche se non ne colgono le ragioni economiche. Una norma non intellegibile non offre ovviamente alcun incentivo determinato. In questo senso l'analisi economica guarda con favore ai testi normativi formulati con un linguaggio chiaro e comprensibile, in cui siano minimizzate vaghezza e ambiguità. I destinatari devono essere in grado di comprendere quale condotta sia regolata e quali incentivi siano disposti. Per la stessa ragione l'analisi economica del diritto non guarda con favore alle norme retroattive, che per definizione non possono offrire alcun incentivo a chi ha già tenuto una certa condotta. Un secondo presupposto dell'AED è che le norme-incentivi influenzino le decisioni e le condotte dei loro destinatari. Se infatti una norma si limitasse a essere compresa, senza produrre alcun effetto sulle decisioni e le azioni dei suoi destinatari, sarebbe una norma del tutto inutile sotto il profilo pratico ed economico in particolare¹⁸. Certo possono darsi individui che decidono di non tener conto delle san-

¹⁶ Cfr. COASE, 1960; CALABRESI, 1961; TRIMARCHI, 1961.

¹⁷ Come BECCARIA, 1764.

¹⁸ "Le norme giuridiche debbono essere valutate in base agli incentivi che stabiliscono ed alle modifiche che, in risposta a quegli incentivi, inducono nel comportamento dei soggetti da esse direttamente o indirettamente contemplati" (FRIEDMAN, 2000, p. 33, trad. it).

zioni previste, pene o premi che siano, ma se questo accadesse per la totalità dei destinatari o per una loro larga maggioranza si tratterebbe di norme (largamente) prive di effettività e dunque prive di (apprezzabili) conseguenze economiche.

5. ARGOMENTI POSITIVI E NORMATIVI

Lo schema fondamentale visto sopra si presta a due tipi di argomentazione. Il primo consiste nel partire dagli incentivi disposti da una norma di diritto positivo e vedere quali conseguenze economiche produce (o è prevedibile produca). Il secondo tipo di argomentazione consiste nel partire da conseguenze economiche che si ritengono desiderabili e vedere quali norme-incentivi consentano di produrle in maniera appropriata. Il primo approccio è detto *positivo*, il secondo *normativo*.

La distinzione non è solo patrimonio dell'AED. Da diverso tempo la teoria economica è giunta alla consapevolezza di questa distinzione e della sua importanza¹⁹. Benché ci siano voci critiche a riguardo, pare opportuno mantenere (se non altro sotto il profilo metodologico) la distinzione fra economia positiva ed economia normativa. La prima tratta dell'essere, la seconda del dover essere economico. La prima si occupa dei fatti economici per come sono, la seconda di come dovrebbero essere. Nei grandi economisti si trovano l'una e l'altra, in varie forme e combinazioni, ma è bene essere vigili sulla loro distinzione concettuale e non confondere i loro piani prendendo le conclusioni dell'una per conclusioni dell'altra, o gli strumenti dell'una per strumenti dell'altra. In questo senso è del tutto legittimo, sotto il profilo scientifico, fare un'analisi economica di processi che provocano la nostra disapprovazione morale o addirittura la più ferma condanna. Si possono condurre analisi economiche del mercato della droga, della prostituzione, del traffico di organi, della tratta di schiavi, bambini e migranti. Analizzarne le dinamiche significa descriverle, spiegarle, prevederle, coglierne le variabili e comprenderne gli sviluppi. Una cosa è la loro conoscenza. Altra cosa è il nostro giudizio di valore a riguardo.

La grande distinzione fra approccio positivo e normativo può essere elaborata in modo da cogliere delle differenze più sottili. Fra chi

Analizzare certe dinamiche significa descriverle, spiegarle, prevederle, coglierne le variabili e comprenderne gli sviluppi. Una cosa è la loro conoscenza. Altra cosa è il nostro giudizio di valore a riguardo.

¹⁹ LANDRETH; COLANDER, 1994, pp. 27, 243-244, 486 trad. it.

conduce delle analisi positive, c'è chi pensa che l'economia sia vicina alle scienze formali e chi la concepisce piuttosto come una scienza empirica. I primi, nell'argomentare, fanno un largo uso di strumenti logico-matematici, di un metodo deduttivo e di una serie di assiomi, assunti a priori, da cui derivare conseguenze interessanti rispetto a problemi economici dati. I secondi preferiscono un'indagine sul campo, per così dire, raccogliendo dati empirici e utilizzando un metodo induttivo che consenta di ricavare a posteriori delle leggi economiche o almeno delle generalizzazioni. E ancora, fra chi predilige l'indagine empirica è maggioritaria l'opinione che l'economia sia una scienza sociale, ma a ben vedere non è impossibile concepirla come una scienza naturale, una scienza della natura umana. Quest'ultima prospettiva sembra a prima vista bizzarra, ma trova una possibile giustificazione nell'idea dell'economia come disciplina che studia le scelte umane: anche un naufrago solitario è chiamato a compiere scelte sulle risorse scarse di cui dispone rispetto ai fini eletti. In un senso ampio e fondamentale di "economia", si tratta di scelte economiche²⁰. Ma è anche vero che la maggior parte di noi opera in contesti sociali, con le interazioni che li caratterizzano e che rendono più appropriato intendere l'economia come una scienza sociale. In maggior parte non siamo eremiti ma, volenti o nolenti, creature sociali.

Sul versante normativo gli approcci possono distinguersi in normativi puri e applicati. I primi conducono il discorso normativo in astratto, elaborando dei sistemi economico-morali a prescindere da contesti concreti e determinati. Fa questo, ad esempio, una teoria economica della giustizia elaborata in astratto *à la* Rawls, o un sistema utilitarista ispirato a Bentham e privo di riferimenti a contesti e problemi determinati. Se invece il discorso riguarda contesti e problemi determinati è un discorso applicato che elabora delle proposte normative per quei contesti e problemi, tenuto conto dei loro tratti specifici e dei vincoli contestuali. Fa questo, ad esempio, l'odierno approccio del *Nudge*, che si focalizza su problemi concreti in contesti definiti²¹. Quando l'approccio è di questo tipo, vengono individuati i fini perseguiti o da perseguire in un dato contesto e vengono elaborate delle proposte sui mezzi più economicamente idonei a realizzare tali fini.

²⁰ Questa è l'idea fondamentale di ROBBINS, 1932: l'economia è la scienza che studia la condotta umana come una relazione tra scopi e mezzi suscettibili di usi alternativi.

²¹ V. specialmente THALER; SUNSTEIN, 2008.

5.1. Approccio normativo

Si usa parlare dell'approccio normativo come proprio della "Scuola di Yale" e di Guido Calabresi (1932-*) come suo fondatore e massimo esponente²². Un presupposto di questo approccio – che si configura in concreto piuttosto che in astratto – è che le norme giuridiche possano influire sulle dinamiche economiche. Non avrebbe alcun senso perorare dei mutamenti giuridici a fini economici se si pensasse al sistema economico come separato e totalmente indipendente da quello giuridico. Un altro presupposto è che si possano effettuare degli interventi giuridici per correggere i fallimenti di mercato (ma anche le distorsioni economiche prodotte in precedenza da interventi giuridici maldestri). Quando il mercato produce in quantità insufficiente un bene o un servizio desiderabile, è il caso di intervenire con mezzi giuridici per supplire a tale mancanza.

Pertanto, questo approccio si articola logicamente a) nell'individuazione di fini economico-sociali desiderabili e b) nell'individuazione dei mezzi che realizzano tali fini in modo economicamente idoneo. Naturalmente si devono offrire argomenti in favore di tali fini e mezzi, affinché le proposte normative in questione possano essere giustificate e siano persuasive.

Un punto su cui di recente Calabresi ha insistito molto è la distinzione fra *Economic Analysis of Law* e *Law and Economics*. Le due espressioni vengono spesso utilizzate come equivalenti, ma nascondono una sensibile differenza. La prima rivela un'ambizione riduzionista che non è propria della seconda. Chi intende effettuare un'*analisi economica* del diritto intende propriamente analizzare le questioni giuridiche in termini economici. Cioè ridurre le prime ai secondi. Indicare le cause economiche delle norme giuridiche, delle prassi giuridiche, dei sistemi giuridici. E sostituire una logica economica a quella giuridica, oltre a sostituire il vocabolario di "regole", "principi" e via dicendo con quello di "costi", "benefici" e via dicendo. Diversamente, chi si occupa di *diritto ed economia* intende porre in luce le diverse interazioni e influenze fra le due cose. Non intende procedere in maniera unidirezionale, assumendo un'unica direzione esplicativa (è l'economia a spiegare il diritto), ma intende indagare piuttosto le maniere in cui le dinamiche giuridiche influenzano

²² V. soprattutto CALABRESI, 1970.

quelle economiche e viceversa, o indagare i presupposti economici del diritto assieme a quelli giuridici dell'economia. Banalmente, se è vero che diritti e norme nascono da interessi economici è altrettanto vero che le transazioni economiche si configurano in un quadro di norme e diritti. Come sarebbe possibile vendere e acquistare qualcosa se non ci fosse una qualche assegnazione di diritti che definisce la posizione delle parti e su cui si elaborano le transazioni? Per tali ragioni le preferenze di Calabresi vanno a questo approccio integrato e non riduzionista²³.

5.2. Approccio positivo

Si usa dire che l'approccio positivo è proprio della "Scuola di Chicago" e di Richard Posner (1939-*) come suo esponente più noto e importante in ambito giuridico.

L'idea di fondo è spiegare il diritto in termini economici, traducendo le dinamiche giuridiche in dinamiche e cause economiche. In questo quadro si colloca l'originale progetto di Posner di spiegare il *common law* statunitense in termini di efficienza economica²⁴. L'ipotesi è che il *common law* sia efficiente e che questo spieghi il suo affermarsi e perdurare. Si badi: l'ipotesi parla di un insieme di regole giuridiche di produzione giudiziale, assestatosi nel corso dei secoli e selezionato non per caso. Così come nel processo di selezione naturale sopravvivono e si riproducono le creature più atte a far fronte all'ambiente, secondo questo argomento le regole giuridiche di *common law* che sono giunte sino a noi sono le più efficienti, quelle più idonee a soddisfare le esigenze sociali e a produrre ricchezza. Le regole inefficienti e le cattive soluzioni non hanno retto la prova del tempo. Ciò che la secolare tradizione del *common law* ci trasmette è un insieme di regole efficienti, a prova di esperienza, di generazione in generazione. Si capisce che in questa prospettiva non può essere riposta analoga fiducia nel diritto di produzione legislativa: troppo recente, troppo mutevole, troppo soggetto a pressioni politiche, troppo incline a infelici compromessi tra forze diverse.

²³ CALABRESI, 2016. Si noti peraltro che nelle presenti pagine parliamo spesso di "analisi economica del diritto" in senso ampio, senza connotazioni riduzioniste.

²⁴ Vedi ad es. POSNER, 1972.

Una diffusa obiezione alla prospettiva di Posner è che la sua analisi tradisca in realtà degli orientamenti normativi²⁵. Posner, in breve, prenderebbe i precedenti che più gli piacciono, gli argomenti che più gli piacciono, i casi che trova più congeniali al suo progetto ricostruttivo, e reinterpreterebbe tali materiali alla luce degli scopi normativi che predilige. Il che non sarebbe uno sforzo propriamente scientifico. Sarebbe quantomeno un'operazione che, per essere trasparente, dovrebbe esplicitare i fini perseguiti e i mezzi che si intendono utilizzare per realizzarli.

5.3. Analisi positiva e proposte normative

Negli scritti più recenti Posner ha mutato la sua prospettiva originale, ampliando il discorso a un confronto più complesso fra diritto ed economia e palesando non di rado le sue proposte normative a fronte di un diritto positivo ritenuto talora inefficiente.

Un esempio significativo di questo atteggiamento più complesso, che integra argomenti positivi e normativi, è la sua nota e discussa proposta circa il “mercato dei bambini”²⁶. Punto di partenza dell'analisi è il cronico divario fra domanda e offerta di minori in adozione. Perché domanda e offerta non raggiungono un punto di equilibrio? La causa è da ritrovare ad avviso di Posner nell'intervento statale che determina un prezzo basso e “bloccato” per l'adozione di minori: il prezzo della procedura. Un prezzo siffatto tiene alta la domanda, cui fa fronte un limite normativo alla “produzione” di minori adottabili, cioè il divieto di concepire e generare bambini al fine di darli in adozione. Ne è conseguenza, non sorprendentemente per Posner, il mercato nero di bambini. Riconsiderando lo schema fondamentale visto sopra, tale divario e mercato nero sono le (cattive) conseguenze economiche prodotte dalla normativa in questione.

La soluzione proposta da Posner a tale problema è quella di liberalizzare la “vendita di minori”²⁷. Egli suggerisce di farlo tramite contratti

²⁵ “La ‘spiegazione’ economica di una data branca del diritto, giudiziale o legislativo, che sia il risultato di un ragionamento gius-economico positivo, altro non è che una proposta di reinterpretazione di un insieme di materiali giuridici autoritativi all'insegna dell'efficienza economica (quale è intesa da Posner)” (CHIASSONI, 1992, p. 176).

²⁶ V. inizialmente LANDES; POSNER, 1978, ora POSNER, 2014, pp. 173-177. Cfr. CHIASSONI, 1999, pp. 217-219.

²⁷ In realtà si tratterebbe di acquistare diritti e doveri genitoriali, non letteralmente i minori.

con donne incinte, da siglare dopo il concepimento e prima della nascita. In questo modo le donne incinte che non possano o non vogliano continuare la gravidanza avrebbero una possibilità ulteriore rispetto all'aborto: portare a termine la gravidanza per altri, dietro pagamento di un corrispettivo. In questo modo il concepimento non sarebbe strumentalizzato e verrebbe ampliato il novero delle possibilità di scelta in capo alla donna. Maggiore libertà e soprattutto maggiore ricchezza per tutte le parti coinvolte. Nella specifica accezione di "ricchezza" da Posner adottata²⁸, infatti, questi sostiene che la donna incinta si troverebbe in una situazione migliore dopo aver stipulato un contratto siffatto (all'aborto o a una gravidanza sofferta sostituirebbe una gravidanza dietro corrispettivo), così come starebbero meglio i futuri genitori adottivi (che soddisferebbero un proprio desiderio di particolare importanza) e presumibilmente il minore (che verrebbe accolto e accudito in una famiglia che lo ha desiderato fortemente). Nessuno ci perderebbe e tutti ci guadagnerebbero²⁹.

Mutatis mutandis si può riformulare tale proposta come un argomento a favore della "maternità surrogata", sostenendo che anche in tale fattispecie si verificherebbe un beneficio per tutte le parti coinvolte e che la liberalizzazione della cosa consentirebbe di abbassarne i costi rendendola accessibile alle coppie con limitati mezzi economici, pur se qui tanto il concepimento quanto la gravidanza sarebbero governate da un contratto, con una diversa posizione delle parti rispetto alla fattispecie proposta da Posner e con un maggior rischio di "mercificazione" del corpo della donna e del nascituro³⁰.

A prescindere dai meriti o demeriti di tali proposte, resta il punto che argomenti positivi e normativi raramente si trovano allo stato puro. Più spesso, in Posner come in Calabresi e in molti altri, l'analisi positiva costituisce la base di proposte normative volte a migliorare un diritto ritenuto inefficiente.

²⁸ Cfr. POSNER, 1979, dove la ricchezza è misurata dalla disponibilità a pagare per ottenere un certo bene o servizio, o a essere pagati per dare un certo bene o servizio. V. anche POSNER, 2015.

²⁹ Per prudenza, tuttavia, viene suggerito di adottare la proposta come "esperimento" circoscritto di cui valutare i risultati (LANDES; POSNER, 1978, pp. 347-348).

³⁰ Cfr. POSNER, 2014, pp. 177-178.

6. ARGOMENTI NEOCLASSICI E ARGOMENTI COMPORTAMENTALI

Quali agenti economici sono al centro di questi discorsi? Qual è la loro razionalità? Quale il loro benessere? L'analisi neoclassica³¹ assume che siano dei massimizzatori razionali del proprio benessere, ma di rado fa luce sui significati di "razionalità" e "benessere". Diverse sono le concezioni della razionalità e del benessere che si possono adottare in questo campo e la scelta dell'una o dell'altra non è priva di conseguenze pratiche oltre che teoriche.

Iniziamo dal *benessere*. Si parla non solo di questo ma anche di massimizzazione della felicità, dell'utilità, della ricchezza e di altro ancora. Se "felicità" porta con sé una connotazione spirituale, "utilità" sa di materiale³² e "ricchezza" sa di monetario. Assumere l'una o l'altra cosa come bene fondamentale che gli agenti vogliono massimizzare significa impostare molto diversamente l'analisi economica e le argomentazioni volte a sostenerla. Da questo punto di vista il termine "benessere" sembra avere un vantaggio: quello di essere sufficientemente generico da coprire tutte queste diverse opzioni (benessere spirituale, materiale, monetario). Il suo uso ha così il vantaggio di coprire tali opzioni diverse e lo svantaggio di mantenere il discorso a un livello generico.

Ma c'è un'altra ragione – e più importante – per utilizzare "benessere". A meno che non si abbracci una concezione oggettivista del bene e del valore economico in particolare, le scelte e le condotte degli agenti economici non rimandano che alle loro preferenze soggettive. Noi non possiamo osservare direttamente le preferenze degli individui, ma possiamo arguirle da quello che dicono e fanno. In particolare le ricaviamo dalle loro scelte (se un individuo sceglie sempre *x* piuttosto che *y*, ne possiamo inferire che preferisce *x* – a meno che non sia irrazionale al punto da scegliere sempre la cosa che non preferisce)³³. Ora è un fatto indubitabile di questo mondo che gli individui perseguono i fini più diversi nelle maniere più diverse. C'è chi ama trascorrere il proprio tempo in poltrona a contemplare la televisione, chi ama studiare e insegnare, chi vuole far soldi, chi

³¹ r le differenze con la scuola classica rimando a LANDRETH; COLANDER (1994, pp. 353-355, trad. it.); per le differenze e le somiglianze con la scuola austriaca, v. *Idem*, p. 384 ss., p. 611 ss.

³² Per non parlare del "piacere" inteso à la Bentham come quantità oggettiva e misurabile. Cfr. BARBERIS, 2011, p. 21.

³³ Si parla tecnicamente di "teoria delle preferenze rivelate". Per una discussione recente, v. DIETRICH; LIST, 2016.

Diverse sono le concezioni della razionalità e del benessere che si possono adottare in questo campo e la scelta dell'una o dell'altra non è priva di conseguenze pratiche oltre che teoriche.

partecipa a missioni umanitarie, chi colleziona prede sessuali e chi si fa esplodere in un attentato terroristico. A meno che, ripeto, non si abbiano degli argomenti per dire che alcune di queste cose sono oggettivamente buone e altre cattive, si tratta solo e semplicemente di preferenze soggettive e diversi desideri che gli individui cercano di soddisfare in diversi modi. Ciò non condanna la teoria economica al silenzio. Si tratta di assumere tale fatto (la diversità delle preferenze) come fondamentale e si tratta di concepire le preferenze soggettive come *ordinali*. Non ha senso in questa prospettiva dire che Tizio ricava un'utilità di 5 da una mela e di 8 da una torta, ma ha senso dire che preferisce la torta alla mela. Almeno allo stato delle nostre conoscenze e tecnologie, non ha senso attribuire valori cardinali alla soddisfazione di preferenze. Neppure ha senso fare comparazioni interpersonali di utilità – dire che Tizio ricava un'utilità di 5 da una mela e Caio un'utilità di 3 – ma ha senso dire che Tizio ha il proprio ordine di preferenze e Caio ha il proprio³⁴. Su queste assunzioni possono essere costruite teorie e argomentazioni economiche non prive di complessità e significative differenze, ma egualmente basate su tali presupposti.

In questa prospettiva diremo che *gli individui cercano di massimizzare il proprio benessere per come articolato nelle rispettive preferenze ordinali*, qualunque esse siano e qualunque cosa significhi “benessere” alla luce di tali preferenze.

Immaginiamo una situazione molto semplice. Supponendo *a)* che i beni in gioco siano solo due, una mela e una torta, *b)* che gli individui siano solo due, Tizio e Caio, *c)* che a ogni individuo spetti un solo bene, e *d)* che Tizio preferisca la torta alla mela mentre Caio preferisce la mela alla torta, massimizza il loro benessere l'allocazione in cui Tizio ha la torta e Caio la mela, a prescindere da ogni eventuale intensità delle rispettive preferenze e della loro soddisfazione.

Per altro verso si deve notare che in letteratura non mancano tentativi di reintrodurre delle misurazioni cardinali del benessere e del valore economico, ma non possiamo occuparcene qui³⁵. Vale comunque osservare che se l'analisi è impostata in termini di costi e benefici questi richiedono una stima cardinale almeno in termini monetari.

³⁴ Per tale ragione PARETO, 1896, pp. 3-5 preferiva abbandonare l'uso di “utilità” e parlare piuttosto, sotto un profilo tecnico, di “ofelimità”. Ma la scelta terminologica non ha avuto successo nella letteratura successiva.

³⁵ L'efficienza di Kaldor-Hicks ne è l'esempio più noto. Cfr. COLEMAN, 1980, pp. 239-242.

6.1. Approccio neoclassico

Veniamo ora al tipo di *razionalità* in gioco. La teoria neoclassica assume che gli agenti economici siano razionali e lo specifica elencando una serie di proprietà che le loro scelte devono avere per essere considerate razionali. Perlopiù si tratta di proprietà formali, come la completezza e la transitività.

Per la prima tutte le alternative (tutte le possibili combinazioni di beni) devono essere ordinate. Posto di fronte alla scelta fra un paniere 1 costituito da una barca e un pappagallo, “devo” sapere se lo preferisco al paniere 2 costituito da una moto e una scimmia, o se a entrambi preferisco il paniere 3 costituito da una bicicletta e un Rolex, o il paniere 4 così e colà e via dicendo, o se alcuni di questi panieri mi sono indifferenti (nel senso che l’uno vale l’altro).

Per la seconda proprietà formale vale la coerenza interna delle preferenze. Ossia, con un esempio, il fatto di preferire il cabernet sauvignon al chinotto e questo al succo di mela mi “obbliga” razionalmente a preferire il cabernet al succo di mela. Se preferisco x a y e y a z , “devo” preferire x a z . In effetti sarebbe sorprendente la scelta di chi, preferendo il cabernet al chinotto e il chinotto al succo di mela, scelga quest’ultimo quando viene posto di fronte all’alternativa fra il succo e il cabernet.

A queste condizioni formali si aggiunge una certa stabilità delle preferenze. È implausibile pensare ad agenti che non cambino mai preferenze (a loro riguardo verrebbe da ipotizzare una forma di patologia piuttosto che di razionalità), ma è altrettanto implausibile pensare ad agenti razionali che le mutino di continuo. Proviamo a immaginare la situazione in cui, al ristorante, cambiamo continuamente la nostra ordinazione: tanto i commensali quanto i camerieri avrebbero fondati motivi per ritenerci vittime di qualche patologia.

Per quanto almeno alcune di queste assunzioni siano plausibili, non sfugge la loro natura di assunzioni “ideali”. Idealmente, è razionale avere un ordine completo di preferenze. Realisticamente, chi ce l’ha? Inoltre non pare razionale la condotta di chi, coerentemente, continui a fare la cosa sbagliata, cioè la condotta di chi continui ad adottare dei mezzi inadeguati al raggiungimento dei propri fini³⁶. Naturalmente la teoria neoclassica è consapevole di questi limiti.

³⁶ Il punto è sollevato da SEN, 1987, pp. 20-21, trad. it.

Posner – il cui lavoro rientra nel paradigma neoclassico – concepisce l'economia come la scienza della scelta razionale in un mondo caratterizzato, quale il nostro, da scarsità di risorse rispetto ai fini che gli individui si pongono. (Si badi: una risorsa non è economicamente scarsa di per sé ma in relazione a quello che se ne vorrebbe fare). Egli precisa che il compito dell'economia, così concepita, è quello di esplorare le implicazioni di tale assunzione, cioè dell'assunzione che l'essere umano è un massimizzatore razionale dei propri fini, ovvero, dice Posner, del suo *self-interest*³⁷. Ora, quest'ultima affermazione si presta a un fraintendimento. È ricorrente fra i critici di questo approccio l'obiezione che gli uomini non sono solamente animati da motivi egoistici. Anche motivi altruistici operano in noi. Il che è certamente vero, ma dev'essere inquadrato propriamente. Tanto gli egoisti quanto gli altruisti cercano di soddisfare le proprie preferenze, con la differenza che quelle dei primi riguardano loro stessi e quelle dei secondi riguardano altri. Possiamo chiamare le prime *interne* e le seconde *esterne*. Una cosa è prendere un gelato per sé, un'altra è prenderlo per il proprio bambino. Ma anche nel secondo caso il compratore soddisfa una propria preferenza: piuttosto che usare quel danaro per mangiare un gelato egli stesso lo utilizza per il proprio bambino. E trae gioia e benessere dalla gioia di questi.

Rimane che nel complesso le assunzioni dell'analisi neoclassica hanno qualcosa di poco realistico. Posner afferma che la razionalità neoclassica è un'"utile assunzione", ossia un costrutto teorico utile a sviluppare una serie di argomenti³⁸, con la riserva implicita che gli uomini reali sono un'altra cosa. Ma anche inteso in questo modo l'approccio neoclassico può lasciare perplessi. Perché comunque tali costrutti sono utilizzati per formulare spiegazioni o predizioni di fenomeni reali e perché in ogni caso, se l'obbiettivo è quello di descrivere, spiegare e predire i fatti e i processi economici di questo mondo, tanto vale sostituire tali assunzioni con premesse più realistiche riguardanti gli agenti economici in questo mondo e nei contesti determinati che ci possono interessare.

³⁷ POSNER, 2014, p. 3. Cfr. POSNER, 1990, p. 382, dove la razionalità umana è assimilata a quella di un piccione o di un ratto, essendo il comportamento umano completamente determinato da incentivi. Si consideri questo punto rispetto allo schema fondamentale visto sopra, in cui le norme-incentivi determinano una serie di conseguenze economiche.

³⁸ POSNER, 2014, pp. 17-18.

6.2. Approccio comportamentale

Poniamo ci venga chiesto di scegliere fra programmi sanitari alternativi volti a debellare una patologia che altrimenti annienterebbe l'intera popolazione di una comunità di 600 persone. E immaginiamo che le opzioni siano queste due:

- (A) un programma che salva con certezza 200 vite;
- (B) un programma che comporta la probabilità di 1/3 di salvare tutte le 600 vite e di 2/3 di non salvare nessuno.

Quale sceglieremmo? Statisticamente, fra i soggetti cui è stato chiesto di rispondere³⁹, si riscontra una significativa preferenza per il programma (A). Ora poniamo di dover effettuare una seconda scelta, dove il problema è lo stesso e le opzioni sono queste:

- (A) un programma che comporta la morte certa di 400 persone;
- (B) un programma che comporta la probabilità di 2/3 di perdere tutte le 600 vite e di 1/3 che nessuno morirà.

Cosa scegliere? Qui si riscontra nelle statistiche un declino di (A) e una crescita di (B). Eppure, a uno sguardo attento, le due scelte sono sostanzialmente la stessa, presentata in modo diverso. Dapprima si presenta (A) come salvifico per 200 persone; poi come mortifero per 400. Questo basterebbe a spiegare perché nel primo contesto (A) riscuota più successo che nel secondo⁴⁰. Ma non solo. A ben vedere anche i due programmi sono equivalenti: il valore atteso di (A) e di (B) è esattamente lo stesso, ossia 200 ($200 \times 1 + 400 \times 0$ e $600 \times 1/3 + 0 \times 2/3$).

Che morale viene tratta da esperimenti di questo tipo? Che la maniera in cui vengono presentati i problemi influenza in modo determinante le risposte dei soggetti⁴¹. O più ampiamente che nelle loro reazioni giocano i pregiudizi, i vincoli cognitivi e le emozioni (paura, panico, fiducia, ecc.) piuttosto che i calcoli razionanti. Senza dubbio l'opzione di salvare 200 persone ha un impatto emotivo diverso del farne morire 400.

³⁹ Vedi KAHNEMAN, 2011, pp. 486-488, pp. 495-496, trad. it. Cfr. RUBINSTEIN, 2012, p. 32.

⁴⁰ Ma si possono formulare delle spiegazioni ulteriori: alcuni sostengono di intendere (A) nel primo contesto come salvezza certa per 200 persone e mancanza di informazioni sulle altre, e viceversa nel secondo contesto.

⁴¹ Nel caso specifico si parla di *framing effect*.

Le questioni di policy in diverse aree del diritto, i problemi della vigilanza su operatori come gli intermediari finanziari, la tutela dei contraenti deboli, la tutela dei risparmiatori e dei consumatori in particolare, la riduzione delle asimmetrie informative e la semplificazione delle procedure sono questioni normative che si pone tipicamente chi adotta questo approccio.

L'analisi economica comportamentale nasce da una necessità di questo tipo: rendere conto degli agenti economici per come sono realmente. E se è vero che questi sono sistematicamente influenzati da pregiudizi, vincoli cognitivi ed emozioni, occorrono modelli e argomenti economici che ne tengano conto⁴². In questo modo si ritiene di avvicinare la teoria economica al mondo reale.

Studi di questo tipo sono frutto di un intreccio fra economia e psicologia: studiare gli agenti economici reali, i loro processi psicologici, le loro decisioni effettive piuttosto che le decisioni “razionali” postulate dalla teoria economica neoclassica. Il che ha ovviamente una ricaduta giuridica: studiare il comportamento effettivo dei destinatari delle norme giuridiche e degli operatori del diritto (giudici, amministratori, ecc.). E ancora, studiare le conseguenze economiche di tale comportamento e valutarle.

Ma qui facciamo attenzione. Una cosa è studiare, un'altra valutare – come sappiamo bene dalla distinzione fra approccio positivo e normativo. Dunque un'AED comportamentale si configura come approccio positivo nella misura in cui studia tali fenomeni, mentre acquista una coloritura normativa nel momento in cui comincia a valutarli, e indossa una veste indubbiamente normativa quando elabora delle proposte per risolvere i problemi che l'analisi positiva ha rivelato. Le questioni di policy in diverse aree del diritto, i problemi della vigilanza su operatori come gli intermediari finanziari, la tutela dei contraenti deboli, la tutela dei risparmiatori e dei consumatori in particolare, la riduzione delle asimmetrie informative e la semplificazione delle procedure sono questioni normative che si pone tipicamente chi adotta questo approccio. Si tratta di analisi economica normativa e applicata, ovviamente. E l'approccio noto come *Nudge* ne è un esempio molto significativo⁴³.

⁴² Oltre a *behavioral economics* si trovano in letteratura caratterizzazioni come *bounded rationality*, *biases theory* e altro ancora. Ci sono delle differenze tra tali caratterizzazioni ma non è questa la sede per occuparsene. In Italia MOTTERLINI; GUALA, 2011, p.xx: preferiscono, a *economia comportamentale*, “il più caratterizzante” *economia cognitiva*.

⁴³ Vedi THALER; SUNSTEIN, 2008, nonché SUSTEIN, 2013; 2014. L'argomento chiave di questo approccio è quello di utilizzare certi profili cognitivi e comportamentali degli agenti economici per indirizzarli verso scelte migliori per il loro benessere, senza comprimerne la libertà di scelta sotto il profilo deontico. Si parla a riguardo di “paternalismo libertario”. Per alcune critiche, v. SUGDEN, 2017.

7. CONCLUSIONI

Visto il modo in cui l'AED può essere concepita come argomentazione in ambito giuridico e visto il modo in cui le norme giuridiche possono essere intese come incentivi economici, occorre notare la pluralità di assunzioni e di argomenti che queste prospettive comportano.

Da una parte si è osservato che gli argomenti economici o consequenzialisti competono con molti altri nel contesto dell'interpretazione e dell'applicazione giudiziale del diritto e che possono fungere da argomenti di secondo grado per scegliere fra essi. Dall'altra si è notato che la concezione delle norme come incentivi dipende da una serie di argomenti metodologici in merito alla distinzione fra piani disciplinari e da una serie di argomenti circa i valori da massimizzare e la razionalità degli agenti economici. Il contributo che questo articolo ha cercato di dare sta dunque nel rilievo dell'argomentazione per l'AED, in quanto l'analisi economica produce argomenti spendibili in sede giuridica e in quanto richiede la discussione di assunzioni non puramente economiche.

La morale con cui si può concludere è pertanto duplice: da un lato, che i giuristi prendano (maggiormente) sul serio gli argomenti economici a proposito del diritto e siano pronti a discuterne le assunzioni con cognizione di causa; dall'altro lato, che gli economisti comprendano (meglio) come gli argomenti economici non sono che uno fra i tipi di argomenti giuridicamente rilevanti e come la loro spendibilità in ambito giuridico dipenda da una serie di questioni non puramente economiche⁴⁴.

⁴⁴ Per molti scambi sui temi di questo articolo va un ringraziamento a Fabrizio Esposito e Paolo Silvestri; per i commenti a una precedente versione del testo va un ringraziamento a due anonimi revisori di questa rivista.

RIFERIMENTI

- ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- BARAK, A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- BARBERIS, M. *Manuale di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011.
- BECCARIA, C. 1764. *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di G.D. Pisapia. Milano: Giuffrè, 1973.
- BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- CALABRESI, G. Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 70, pp. 499-553, 1961.
- CALABRESI, G. *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970 [trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*. Milano: Giuffrè, 2015].
- CALABRESI, G. *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- CHIASSONI, P. *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1992.
- CHIASSONI, P. Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto. In: ZANETTI, G. (a cura di). *Filosofi del diritto contemporanei*. Milano: Cortina, 1999, pp. 183-220.
- CHIASSONI, P. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: il Mulino, 2007.
- COASE, R. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 3, pp. 1-44, 1960 [trad. it. *Impresa, mercato e diritto*. Bologna: il Mulino, 2006, pp. 199-259].
- COLEMAN, J.L. Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law. *California Law Review*, Berkeley, vol. 68, pp. 221-249, 1980.
- COOTER, R. et al. *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, nuova ed. in 2 voll. Bologna: il Mulino, 2006.
- DICIOTTI, E. Il ragionamento teleologico nell'interpretazione e nell'integrazione giurisprudenziale della legge. *Analisi e diritto*, Madrid, pp. 249-273, 2013.
- DIETRICH, F.; LIST, C. Mentalism versus Behaviourism in Economics: A Philosophy-of-Science Perspective. *Economics and Philosophy*, Cambridge, vol. 32, pp. 249-281, 2016.

DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986.

FRIEDMAN, D. *Law's Order. What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000 [trad. it. *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*. Bologna: il Mulino, 2004].

KAHNEMAN, D. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus & Giroux, 2011 [trad. it. *Pensieri lenti e veloci*. Milano: Mondadori, 2012].

KORNHAUSER, L.A. On Justifying Cost-Benefit Analysis. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 29, pp. 1037-1057, 2000.

LANDES, E.M.; POSNER, R.A. The Economics of the Baby Shortage. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 7, pp. 323-348, 1978.

LANDRETH, H.; COLANDER, D.C. *History of Economic Thought*. Boston: Houghton Mifflin, 1994 [trad. it. *Storia del pensiero economico*. Bologna: il Mulino, 1996].

MACCORMICK, N. On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, New York, vol. 58, pp. 239-258, 1983.

MACCORMICK, N.; SUMMERS, R.S. Interpretation and Justification. In: MACCORMICK, N.; SUMMERS, R.S (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991, pp. 511-544.

MENGONI, L. L'argomentazione orientata alle conseguenze. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, vol. XLVIII, pp. 1-18, 1994.

MOTTERLINI, M.; GUALA, F. *Mente Mercati Decisioni. Introduzione all'economia cognitiva e sperimentale*. Milano: Università Bocconi Editore, 2011.

PARETO, V. *Cours d'économie politique*, vol. 1. Lausanne: F. Rouge, 1896.

PEIRCE, C.S. *The Essential Peirce*, vol. 1. Bloomington & Indianapolis: Indiana University Press, 1992.

PETTIT, P. Consequentialism. In: SINGER, P. (ed.). *A Companion to Ethics*. Oxford: Blackwell, pp. 230-240, 1991.

POSNER, R.A. A Theory of Negligence. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 1, pp. 29-96, 1972.

POSNER, R.A. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 8, pp. 103-140, 1979.

POSNER, R.A. Wealth Maximization Revisited. *Notre Dame Journal of Ethics and Public Policy*, Notre Dame, vol. 2, pp. 85-105, 1985.

POSNER, R.A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1990.

POSNER, R.A. *Economic Analysis of Law*, 9 ed. New York: Aspen Publishers, 2014.

POSNER, R.A., Norms and Values in the Economic Approach to Law. In: HATZIS, A.N.; MERCURO, N. (eds.). *Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions*. London: Routledge, pp. 1-15, 2015.

ROBBINS, L. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London: Macmillan, 1932 [trad. it. *Saggio sulla natura e l'importanza della scienza economica*. Torino: Utet, 1947].

RUBINSTEIN, A. *Lecture Notes in Microeconomic Theory. The Economic Agent*, 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 2012.

SARTOR, G. Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality. *Artificial Intelligence and Law*, vol. 18, pp. 175-215, 2010.

SEN, A. *On Ethics and Economics*. Oxford: Blackwell, 1987 [trad. it. *Etica ed economia*. Roma-Bari: Laterza, 2002].

SUGDEN, R. Do People Really Want to Be Nudged towards Healthy Lifestyles? *International Review of Economics*, vol. 64, pp. 113-123, 2017.

SUNSTEIN, C.R. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. New Haven: Yale University Press, 2014 [trad. it. *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*. Milano: Università Bocconi Editore, 2015].

SUNSTEIN C.R. *Simpler. The Future of Government*. New York: Simon & Schuster, 2013 [trad. it. *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*. Milano: Feltrinelli, 2014].

TARELLO G. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

THALER, R.H.; SUNSTEIN, C.R. *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008 [trad. it. *Nudge. La spinta gentile*. Milano: Feltrinelli, 2009].

TRIMARCHI, P. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961.

TUZET, G. Effettività, efficacia, efficienza. *Materiali per una storia della cultura giuridica*. Bologna, vol. XLVI, pp. 207-223, 2016.

ENTIMEMAS E INFERÊNCIA DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Juliano Maranhão
Professor Livre-Docente,
Faculdade de Direito,
Universidade de São
Paulo, Brasil. Pesquisador
da Fundação Alexander
von Humboldt, Alemanha.
julianomaranhao@usp.br

**Jorge Alberto A. de
Araújo**
Doutorando, Faculdade
de Direito, Universidade
de São Paulo, Brasil.
jorgeaaabr@gmail.com

Recebido: fevereiro 5, 2019

Aceito: fevereiro 21, 2019

Enthymemes and Inference of Legal Principles

RESUMO

O artigo propõe um modelo de inferência de princípios jurídicos a partir de normas jurídicas, por meio da reconstrução de entimemas presentes em decisões judiciais. A ideia básica é que o princípio inferido é a premissa normativa faltante de um entimema empregado em decisão judicial que aplica determinada norma. A decisão seria, assim, uma forma de endosso autoritativo do conteúdo do princípio. O modelo é aplicado sobre a inferência do princípio de presunção de inocência na decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução de sentença penal condenatória antes de seu trânsito em julgado. O artigo discute implicações desse modelo de inferência para o debate entre positivismo e anti-positivismo.

Palavras chave: Entimemas; Princípios Jurídicos; Presunção de Inocência; Positivismo; Anti-positivismo.

Abstract

The paper proposes a model to infer legal principles from norms, consisting in the reconstruction of enthymemes in judicial decisions. The basic idea is that the inferred principle is the missing normative premise of an enthymeme employed by a judicial decision, which applies the legal norm at stake. The decision would then be a form of endorsement of the content of the legal principle. The model is illustrated by the inference of the content of the principle of presumption of innocence in the Brazilian Supreme Court Decision on the possibility of execution of a criminal sentence before its final revision by the superior courts. The paper discusses the implications of the model within the positivism/antipositivism debate.

Keywords: Enthymemes; Legal Principles; Presumption of Innocence; Positivism; Antipositivism.

INTRODUÇÃO

O papel da atividade de interpretação jurídica nas condições de identificação do direito válido é um tema chave no debate entre positivismo e anti-positivismo sobre o fundamento de validade ou as condições verdade dos enunciados sobre a existência de regras ou deveres jurídicos no ordenamento.

Uma vez concebida como atividade cognitiva, a introdução da interpretação naquelas condições de verdade pode colocar em xeque o conceito positivista de autoridade das regras cuja raiz está nos atos volitivos de autoridades reconhecidas ou convencionadas. Se, de um lado, despir a atividade interpretativa de qualquer qualidade cognitiva desafia o senso comum e nos inclina ao ceticismo, de outro, a incorporação de cognição dentre as condições de verdade sobre a existência de regras válidas abre as portas para valorações e ameaça a separação entre o direito e a moral.

Particularmente crítica nesse debate é a posição de normas logicamente derivadas de normas básicas ou explícitas proveniente das fontes de criação do direito cuja autoridade é socialmente reconhecida. É nessa fronteira que aparece a hipótese de que a força vinculante de princípios morais poderia se apoiar nas próprias regras válidas do sistema jurídico.¹

É controverso, porém, em que medida ou quais tipos de inferência autorizariam essa “transferência” da força vinculante das razões jurídicas das provenientes das regras explícitas das fontes para os princípios “implícitos” por elas avançados. Para os positivistas mais ortodoxos, como Raz e Marmor, ou para os céticos (como a escola de Genova), apenas seriam válidos aqueles enunciados ou razões jurídicas que cumprirem os mesmos critérios de identificação das regras explícitas.² Ou seja, para usar um termo de Raz, essas regras derivadas precisam ser efetivamente *endossadas* pelas fontes sociais.

No presente artigo, exploraremos a hipótese de que uma das formas de identificação de princípios implícitos, compatível com o positivismo ortodoxo é a reconstrução lógica de atos de aplicação das regras válidas, na qual o princípio é uma premissa necessária para

¹ Ver MACCORMICK, 1978; MARANHÃO, 2012.

² RAZ, 2001, cap. 10; RAZ, 1990; MARMOR, 2005.

a conclusão, mas não é explicitamente formulada como regra positiva. Princípios morais ou políticos, inferidos ou reconhecidos como subjacentes e justificadores do sistema de regras seriam, assim, as premissas omissas da justificação entimemática de decisões.

A hipótese será exemplificada por meio da sucessão de decisões sobre a possibilidade de execução de sentença penal condenatória, em que o conteúdo do chamado “princípio de presunção de inocência” é peça chave para a inferência para ambos os lados da controvérsia jurídica.

1. INFERÊNCIAS LÓGICAS NO DEBATE CONTEMPORÂNEO DE TEORIA DO DIREITO

O debate contemporâneo em teoria do direito entre positivistas e anti-positivistas gira em torno da tese das fontes sociais, ou convencionalismo, segundo a qual existe um critério compartilhado de legalidade, dado por um conjunto de determinados fatos sociais identificáveis independentemente da valoração moral de seu conteúdo. Esses fatos sociais consistiriam em uma espécie de convenção acerca das instituições dotadas de autoridade para criar e aplicar regras, manifestada pela convergência ou determinado *consenso de ação*³ de reconhecimento e confirmação, compartilhado pela comunidade jurídica, de instanciações do conteúdo de regras provenientes daquelas fontes.

Como a prática social de seguir regras pressuporia aquele consenso sobre instâncias de aplicação, que revelariam as autoridades socialmente reconhecidas, seria possível, então, separar a questão sobre a identificação do direito válido da questão sobre como o direito é interpretado.⁴

A interpretação seria, assim, uma etapa distinta, ao menos conceitualmente, da identificação do direito válido. O compartilhamento, na comunidade jurídica, do entendimento sobre as instâncias prototípicas de aplicação indica as regras cuja fonte se reconhece deter autoridade, mas nem todas as regras ou nem todas as instâncias de aplicação das regras daquela procedência são claras, o que demandaria, em tais casos, a reconstrução de seu conteúdo para solucionar

³ WITTGENSTEIN, 1986, §§ 185-242.

⁴ MARMOR, 2005.

inconsistências, completar lacunas, precisar ambiguidades e vaguezas ou adequar a formulação da regra a seu propósito, que podem ser designados como casos de subdeterminação do texto legal. Daí a divisão entre duas dimensões da interpretação jurídica, tomada como o processo cognitivo que parte da identificação de regras provenientes das fontes à determinação de seus efeitos em um caso atual ou hipotético. A primeira dimensão, consistente na determinação semântica/pragmática do conteúdo do texto legal (interpretação linguística). E a segunda dimensão, consistente na reconstrução do sentido para propiciar efeitos jurídicos que vão além da mera identificação do conteúdo linguístico dos textos legais, naqueles casos de subdeterminação (interpretação construtiva).⁵

Essa separação entre aquele conteúdo jurídico claro e compartilhado e aquele conteúdo sujeito à interpretação é ponto crítico para se manter a distinção entre a identificação do direito e sua valoração moral. Isso porque a atividade de interpretação construtiva é reconhecidamente, entre positivistas e antipositivistas, uma atividade valorativa que envolve a identificação ou estipulação de propósitos morais ou políticos subjacentes à regulação. Tais propósitos justificam escolhas do intérprete entre possíveis atribuições de sentido nesse processo de reconstrução do conteúdo das normas jurídicas. Essa penetração da valoração na atividade interpretativa carrega duas ameaças para a arquitetura positivista.

A primeira diz respeito à própria separação entre interpretação linguística e interpretação construtiva, isto é, se realmente é possível isolar uma etapa que se reduza a observar fatos linguísticos (semânticos ou pragmáticos) sobre núcleos de significado compartilhados por uma comunidade linguística.⁶ Se essa divisão não for possível, então todo o processo de interpretação seria uma atividade valorativa.

O segundo diz respeito à natureza da valoração envolvida nesse processo de construção e reconstrução do sentido. Se é possível identificar uma valoração moral ou política presente na prática jurídica, em particular por parte das instituições dotadas de autoridade, como uma questão de fato, sujeita a descrição. Ou se tal reconstrução necessariamente envolveria o engajamento moral ou político

⁵ SOLUM, 2010. Sobre as diferentes concepções de interpretação ver DICKSON, 2001; e GUASTINI, 2015.

⁶ Ver nesse sentido o debate entre Hart e Fuller: HART, 1958; FULLER, 1958.

Se a interpretação construtiva envolver necessariamente engajamento e toda a interpretação for construtiva, a tese das fontes ou convencionalismo não mais se sustenta. Isso explica as diferentes posições dos positivistas para resistir a essa conclusão.

do intérprete para a estipulação dos propósitos que melhor reconstituam e determinem o conteúdo do direito válido.

Se a interpretação construtiva envolver necessariamente engajamento e toda a interpretação for construtiva, a tese das fontes ou convencionalismo não mais se sustenta. Isso explica as diferentes posições dos positivistas para resistir a essa conclusão. Ou não cedem quanto aos casos claros que dispensam interpretação (pelo menos a construtiva). Ou admitem a interpretação valorativa, mas moralmente desengajada (em diferentes versões de inclusivismo). Ou, ainda, assumem formas radicais como o voluntarismo absoluto⁷ ou o ceticismo, que tomam a interpretação como atividade eminentemente volitiva, reduzindo-a à própria tese das fontes, com a separação entre as interpretações dotadas de autoridade daquelas sem autoridade (as fontes não proporcionam regras dotadas de autoridade, mas formulações de regras dotadas de autoridade, cuja determinação de sentido depende de outro ato de vontade dotado de autoridade).

Nessa posição de resistência do positivismo jurídico, uma questão chave sobre a determinação linguística do sentido das regras diz respeito às implicações lógicas do conteúdo das regras dotadas de autoridade, isto é, as chamadas regras derivadas por inferência lógica. Uma simples inferência dedutiva apresenta-se como traço imediato de conteúdo implícito e intuitivo do ato de vontade da autoridade convencionalizada, mas o reconhecimento de sua juridicidade (como parte do direito válido) significa atribuir validade para uma regra cujo conteúdo é identificado apenas pela cognição do observador e não por uma escolha expressa da autoridade. Essa observação seria um ato de interpretação?

Se o objeto de cognição no direito é um conjunto de regras, pelo menos um conjunto com conteúdo claro compartilhado, como assumem diversos positivistas,⁸ e não um conjunto de formulações normativas, como propõe o realismo genovês,⁹ então há um mínimo de inteligibilidade de seu conteúdo. A lógica formal permite abordar esse mínimo de inteligibilidade ao explicitar o significado de sua forma lógica, ou dos conectivos lógicos empregados. Tais conectivos lógicos fazem parte do conteúdo conceitual das normas e seu significado não é diverso das in-

⁷ KELSEN, 1986. Ver críticas de Raz e Mario Losano em RAZ, 1979; LOSANO, 1985.

⁸ HART, 1994; MARMOR, 2005.

⁹ GUASTINI, 2013; GUASTINI, 2012; GUASTINI, 2011.

É difícil conceber como o direito poderia cumprir seu papel de guiar a conduta sem a força vinculante das normas derivadas.

ferências que os falantes competentes daquela comunidade linguística estão dispostos a fazer a partir deles.¹⁰ Dessa forma, normas dedutivamente derivadas explicitam o conteúdo conceitual das normas (interpretadas) dotadas de autoridade. É difícil conceber como o direito poderia cumprir seu papel de guiar a conduta sem a força vinculante das normas derivadas. Essa convicção sobre a existência e satisfação dos critérios de juridicidade pelas normas derivadas levaram Alchourrón e Bulygin a tomar a noção de sistemas de normas e não de normas como elemento definidor do direito, sendo tal sistema normativo conceituado como o conjunto de consequências lógicas que derivem ao menos a determinação do status deôntico (obrigatório, permitido, proibido) de alguma ação. Navarro e Rodrigues, por esse motivo, defendem que a existência de tais normas seria decorrência necessária da própria compreensão do direito como dotado de uma estrutura sistemática.¹¹

Mas a pergunta sobre o status ontológico das regras logicamente derivadas esteve presente e foi determinante na virada de Kelsen da Teoria Pura do Direito para o voluntarismo radical da Teoria Geral das Normas,¹² cuja resposta foi negativa. A mesma negativa é encontrada em alguns dos principais representantes do positivismo exclusivista.

Raz, por exemplo, defende que a incorporação de qualquer tipo de normas derivadas compromete a distinção entre criação e aplicação do direito e, com isso, o conceito de autoridade e a natureza do direito. A verdade de enunciados sobre a existência de normas depende exclusivamente daqueles fatos sociais e esse mesmo conjunto de fatos deve ser o teste para aferir se uma norma derivada pertence ao sistema.¹³ Normas derivadas, sejam elas deduções a partir de regras ou inferências ampliativas para identificar o princípio moral ou de política pública que justifica determinada regra, trazem razões para a ação e como todas as razões aplicáveis à ação, sua juridicidade depende do endosso público dotado de autoridade.¹⁴ Raz chega a admitir a existência de

¹⁰ GAMUT, 1991, vol.1, cap.1. Sobre a concepção inferencialista da linguagem, ver BRANDOM, 1998; e MARANHÃO, 2016.

¹¹ NAVARRO; RODRÍGUEZ, 2015.

¹² MARANHÃO, 2012, cap. 3.2 e 3.3.

¹³ Ver “Legal Positivism and the Sources of Law” e “The Institutional Nature of Law” em RAZ, 1979; também “Authority, Law and Morality”, “The Inner Logic of the Law” e “On the Autonomy of Legal Reasoning” em RAZ, 1994.

¹⁴ “The insight embodied in the source thesis is the importance of the distinction between those (valid or invalid) moral considerations which have received authoritative public endorsement and those which have not” (RAZ, 2001, p. 249).

normas derivadas no ordenamento quando toma como óbvio e natural a pertinência daquele conteúdo implicado pela formulação da norma, no sentido das implicaturas da lógica de conversação de Grice.¹⁵

When referring to implied law one has in mind not these pre-requisites of intelligibility but the familiar fact that the law says more than it explicitly states, that there is more to its content, than is explicitly stated in its sources, such as statutes and judicial decisions.

This thought must be self-evident to anyone who conceives of the law as the creation of human actions, and particularly as emerging form communicative acts such as the promulgation of statutes or the rendering of judgments in court.¹⁶

Assim, apenas aquelas normas derivadas de fato endossadas pela autoridade seriam válidas. Assume-se a limitação das autoridades em conhecer todas as consequências lógicas de suas regras¹⁷ de modo que a sua juridicidade não poderia residir na cognição, mas em um endosso de fato pela fonte. Do mesmo modo, Marmor procura despir de qualquer idealização o critério de verdade dos enunciados sobre a validade de regras. Para Marmor, a existência de qualquer norma derivada dependeria da assunção, falsa, de que o ordenamento seria necessariamente coerente.¹⁸

¹⁵ Ver GRICE, 1989. Grice faz uma crítica à dedução clássica, mostrando como, a partir do compartilhamento de determinadas assunções de racionalidade é possível firmar inferências sobre o propósito do falante em um ato de comunicação que permite especificar o sentido de sua locução. A base dessa racionalidade está no que Grice chama de princípio de cooperação (*faça com que sua fala contribua, no estágio em que ocorrer, com o propósito estabelecido para a comunicação no qual você está engajado*). O processo de implicatura nada mais é do que o levantamento da melhor hipótese sobre o que o emissor quis dizer, tratando-se de uma forma de abdução.

¹⁶ RAZ, 1986, p. 1106.

¹⁷ Como coloca Raz: “People do not believe in all that is entailed by their beliefs” (RAZ, 2001, p. 228).

¹⁸ “The basic idea is very simple, and it may seem to be in accord with the conventional foundation of Law: suppose a legal system, say, Si, contains the norms Ni...n. Suppose further that norms Ni...n entail the truth of a further norm, say Nx. May we not conclude, then, that Nx is also legally valid in Si? But what would it mean to say that Nx is entailed by Ni...n? There are several possibilities here. On the most restricted notion of entailment, one would think of it only in terms of logical entailment (Coupled, I presume, with certain truths about facts). On the least restricted notion, one could also think of it as moral-evaluative entailment. If it is the case, for instance, that the norms Ni...n embody, or manifest, a moral principle M, and M morally requires Nx, then Nx is also part of Si. This latter view brings us much closer, of course, both to Dworkin views and to the kind of inclusive positivism we have earlier considered. Despite the considerable differences between these two views of entailment, and perhaps other possible views in between these two extremes, they share a crucial assumption: namely that law is necessarily coherent. (...) Therefore, the only question we should ask now is whether it makes sense to assume that the law is necessarily coherent, logically, or otherwise. A negative answer to this question is hardly deniable” (MARMOR, 2012, p. 123)

As premissas já contêm os termos que aparecem na conclusão e esta é informativamente mais fraca do que o conjunto de premissas. As inferências ampliativas, por sua vez, levam a conclusões com informações adicionais àquelas contidas nas premissas, podendo ou não introduzir novo vocabulário. A dificuldade está com o grau de garantia epistêmica que são capazes de proporcionar.

Portanto, a tese das fontes, tal como interpretada pelos exclusivistas, é uma tese sobre a existência de fatos sociais cuja ocorrência determina a verdade de enunciados sobre a existência de normas. Essa ocorrência deve ser verificada, mas não inferida. A dificuldade está em saber como seria apurado, dentre as implicações lógicas (dedutivas ou pragmáticas), aquelas de fato endossadas pelas autoridades reconhecidas.

2. INFERÊNCIAS DE PRINCÍPIOS A PARTIR DE REGRAS

Podemos considerar que há dois tipos básicos de inferências: *dedutivas* e *ampliativas*. As inferências dedutivas levam a conclusões menos informativas do que as premissas, limitando-se a desdobrar e explicitar conteúdos nelas implícitos. Uma inferência dedutiva típica é a dada pelo silogismo “*Todo cão é mamífero, todo mamífero é vertebrado, logo todo cão é vertebrado*”. As premissas já contêm os termos que aparecem na conclusão e esta é informativamente mais fraca do que o conjunto de premissas. As inferências ampliativas, por sua vez, levam a conclusões com informações adicionais àquelas contidas nas premissas, podendo ou não introduzir novo vocabulário. A dificuldade está com o grau de garantia epistêmica que são capazes de proporcionar. De acordo com Peirce,¹⁹ as inferências ampliativas são compostas por dois tipos independentes, a *indução* e a *abdução*, que podem ser distinguidos conforme sua estrutura silogística. O quadro abaixo sintetiza a estrutura das três formas de inferência:²⁰

	Dedução	Indução	Abdução
Regra: Todo A que é B é C	Premissa	Conclusão	Premissa
Caso: A é B	Premissa	Premissa	Conclusão
Resultado: A é C	Conclusão	Premissa	Premissa

A dedução desdobra a conclusão com base na regra geral e na constatação de que o caso previsto na regra está presente. Com isso,

¹⁹ Em HARTSHORNE; HEISS; BURKS, 1931-1958.

²⁰ Para uma abordagem detalhada das formas básicas de inferência conforme a evolução do pensamento de Peirce ver HILPINEN, 2004. Uma análise da origem aristotélica da teoria da inferência de Peirce se encontra em HILPINEN, 2000.

garante-se que o resultado da regra geral também está, caso contrário, essa regra seria falsa ou a constatação estaria equivocada. Daí porque a assunção da verdade das premissas, pela estrutura do argumento, garante a verdade da conclusão. A indução parte de constatações de que um resultado está presente quando um caso está presente para concluir, por generalização, a regra. No caso da indução, não se introduz novo vocabulário, apenas as observações são generalizadas. A verdade dessa generalização não é garantida pelas premissas. Porém, há algum grau de suporte probabilístico da conclusão pelos eventos observados.

A abdução, por sua vez, parte da observação de um resultado para concluir que algo ocorreu como sua causa, dada a assunção de uma regra que correlaciona aquela causa com o resultado. Por exemplo, da observação de que a grama está molhada, infere-se que choveu, pois se sabe que a chuva molha a grama. A conclusão não tem suporte dedutivo nas premissas, apenas é uma hipótese plausível que seria uma boa explicação para a observação. Nessa linha, estuda-se a inferência abductiva na forma de “*inferência à melhor explicação possível*”.²¹

Nesse formato, a inferência abductiva descreve a estrutura de um procedimento de geração e seleção de hipóteses para explicar uma observação surpreendente, que leva a uma conclusão com grau aceitável de garantia epistêmica, dado um corpo de proposições já aceitas e um conjunto de evidências. A formulação padrão, de Lycan²² e Josephson²³ estabelece que:

D é uma coleção de dados (fatos, observações)

H explica D (se verdadeiro explicaria)

Nenhuma outra hipótese pode explicar D tão bem quanto H

Logo, H é (provavelmente) verdadeiro

²¹ O nome ficou consagrado por HARMAN, 1965, pp. 88-95. Ver também JOSEPHSON; JOSEPHSON, 1994. Contra essa leitura e uma proposta de entender a abdução a partir de uma lógica de questões associada a uma estratégia ver HINTIKKA, 1998, p. 503. Embora “melhor”, em inferência à melhor explicação possível, induza a entender que a conclusão é unívoca, na verdade pode haver mais de uma explicação igualmente preferível como resultado e mesmo nenhuma das explicações pode alcançar nível mínimo de garantia epistêmica, ou seja, pode haver hipóteses igualmente boas ou nenhuma das hipóteses pode ser suficientemente boa.

²² LYCAN, 1998.

²³ JOSEPHSON; JOSEPHSON, 1994.

As três formas de inferência podem estar presentes no esforço de derivação de princípios jurídicos a partir de normas.

Um princípio jurídico pode ser obtido por dedução a partir de outro princípio mais geral, em conjunto com premissas conceituais. Um exemplo, oferecido por Juan Pablo Alonso, é a derivação dedutiva do princípio de que as penas para crimes dolosos devem ser mais elevadas do que as penas para crimes cometidos por imprudência, a partir do princípio de proporcionalidade das penas, segundo o qual os crimes mais graves devem sofrer penas mais elevadas. Caso seja conceituado que crimes dolosos são mais graves do que os crimes por imprudência o princípio derivado segue por dedução.²⁴

O princípio também pode ser obtido por alguma inferência ampliati-va. Alchourrón e Bulygin²⁵ indicam a possibilidade de inferir princípios por meio indutivo. A generalização se dá entre a presença de fatores (descrições de propriedades possíveis de um caso) e a solução deôntica para a ação em questão. Assim, por exemplo, caso se verifique que, quando o fator “boa-fé” está presente em um sistema normativo, as soluções deônticas são favoráveis àquele que atua com boa-fé, generaliza-se, como princípio jurídico, que o fator boa-fé favorece aquele que assim atua. O mesmo princípio de punição mais elevada para crimes dolosos mencionado acima, poderia ser derivado por esse método indutivo, por exemplo, se for verificado que em todas as regras punitivas no direito penal de fato as penas para crimes dolosos são mais elevadas do que as penas para crimes culposos.

A generalização de regras jurisprudenciais por indução é também discutida em raciocínio com base em casos (*case based reasoning*) ou raciocínio com base em fatores (*factor based reasoning*) em inteligência artificial e direito. Nesse método descreve-se o conjunto de fatores presentes em cada caso e a respectiva solução pela Corte, identificando-se por indução quais são os fatores contrários e quais são favoráveis a uma determinada solução. A partir disso extrai-se um conjunto de regras conflitantes (dados *tais* fatores a ação tem *tal* solução) associadas a regras de preferência.²⁶ Essas regras extraídas e as relações de preferência obtidas são usadas para solucionar novos

²⁴ ALONSO, 2018.

²⁵ ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971.

²⁶ PRAKKEN; SARTOR, 1998.

A relação entre as soluções jurídicas dos casos e os valores promovidos e demovidos pode ser tomada como uma forma de generalização indutiva desses valores como princípios jurídicos.

casos.²⁷ Berman & Hafner argumentaram que fatores favorecem ou não uma decisão em função dos propósitos ou dos valores a serem realizados ou promovidos pela decisão ou pela regulação (leis) que se deseja aplicar.²⁸ Uma escolha em caso de fatores conflitantes é então explicada em termos de uma ordem de preferência entre propósitos ou valores promovidos ou demovidos pelas decisões na presença ou ausência daqueles fatores relevantes. Os precedentes podem ser então comparados em termos dos valores em jogo em vez de apenas contar com os fatores relevantes presentes na descrição do caso.²⁹ A relação entre as soluções jurídicas dos casos e os valores promovidos e demovidos pode ser tomada como uma forma de generalização indutiva desses valores como princípios jurídicos.

A terceira forma de inferência de princípios é aquela obtida por abdução, baseada na ideia de que os princípios são justificações subjacentes às regras.³⁰ Assim, por exemplo, explica-se a proibição do aborto a partir da consideração de que o feto é sujeito de bem moral, com direito à vida, ao passo que a permissão do aborto no caso de gravidez resultante de estupro pode ser explicada pelo fato de que essa permissão promove ou protege a dignidade da mulher.³¹ Nesse modelo, os princípios jurídicos aparecem como as hipóteses que melhor explicam a razão pela qual uma determinada regra, proveniente das fontes, foi positivada pela autoridade, em termos de valores protegidos.

A inferência pode ser descrita a partir de um silogismo prático de inteligibilidade de uma ação normativa como intencional em relação a um valor a ser protegido,³² como na estrutura abaixo:

Premissa (Propósito): *Deve ser protegida a dignidade da mulher*

Premissa (Meios e Fins): *Permitir o aborto em caso de gravidez resultante de estupro é necessário (é a melhor forma) para proteger a dignidade da mulher nesse caso;*

Conclusão (Ação Normativa): *Deve ser permitido o aborto em caso de gravidez resultante de estupro.*

²⁷ HAAGE, 2013.

²⁸ BERMAN; HAFNER, 1993.

²⁹ BENCH-CAPON; SARTOR, 2003.

³⁰ SCHAUER, 1991.

³¹ MARANHÃO, 2011; MARANHÃO, 2012; ALONSO, 2018.

³² MARANHÃO, 2006.

Na abdução, o silogismo prático acima é invertido, concluindo-se pelo propósito, a partir da observação da ação normativa, considerando-se que aquela é um meio para atingir o propósito valorativo. Ou seja, entendo que a regra “*permitido o aborto em caso de estupro*” é resultado de uma ação intencional quando a explico em função do propósito de proteção da dignidade da mulher. Tal princípio, que expressa o dever em proteger aquele valor, é então empregado para solucionar outros casos, por exemplo, para permitir o aborto em caso de feto anencefálico, caso se aceite a premissa de que a obrigatoriedade de suportar a gravidez nesse caso remove a dignidade da mulher.

3. INFERÊNCIA ENTIMEMÁTICA DO CONTEÚDO DE PRINCÍPIOS A PARTIR DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Propomos aqui uma quarta forma de inferência de princípios a partir de regras de direito válido, que reúne elementos de raciocínio com base em casos e de abdução, porém no qual o “endosso” pela autoridade é verificado pela fundamentação da decisão judicial.

A ideia consiste em considerar como princípio jurídico endossado pela autoridade e, portanto, pertinente ao ordenamento jurídico, aquele conteúdo normativo que seja uma premissa necessária, porém, não explicitada, para a dedução da regra jurídica válida (conforme as fontes sociais) ao caso ou a um conjunto de casos. O princípio seria, nessa acepção, uma premissa normativa complementar e implícita que, ao lado da norma válida dotada de fonte, é necessária para a dedução daquela solução deontica aplicada ao caso (ou conjunto de casos) observado. Trata-se, assim, de encontrar o conteúdo do princípio em um silogismo entimemático, buscando completá-lo com a premissa normativa faltante para justificar a decisão particular.

Na tradição aristotélica, entimemas são tomados como enunciados (premissas ou conclusão) não explicitados em um silogismo dedutivo, cuja ausência torna o argumento logicamente inválido.³³ Sua omissão pode decorrer da presunção de que o conteúdo é geralmente aceito ou que pertence ao senso comum, ou ainda como

³³ BURNYEAT, 2015.

estratégia retórica, para imputar uma premissa como aceita pelo adversário em uma disputa argumentativa ou para transferir sub-repticiamente o ônus de refutação.³⁴

Assim, por exemplo, o argumento *“João assaltou o veículo, então deve ser punido com reclusão de 4 a 10 anos”* somente é dedutivamente válido se acrescentarmos a premissa normativa *“todo aquele que assaltar um veículo deve ser punido com reclusão de 4 a 10 anos”*.

Obviamente a explicitação da premissa implícita envolve uma atribuição interpretativa, que em um diálogo cooperativo é reconstruída a partir do princípio de caridade. De acordo com esse princípio, deve-se presumir a racionalidade dos enunciados do interlocutor e seus argumentos devem ser reconstruídos de forma a maximizar sua força persuasiva.³⁵ Um de seus desdobramentos é o princípio de cooperação no diálogo, segundo o qual se presume que a contribuição de cada interlocutor ao diálogo tem por objetivo fazer com que a conversação atinja seus objetivos.³⁶

A reconstrução é guiada pelo elemento *estrutural* que completa o fechamento dedutivo do argumento. Porém, o componente estrutural pode não ser suficiente para fazer jus ao princípio de caridade, quando se observa o contexto de um diálogo crítico. Assim, no argumento *“A vítima conhecia o invasor, pois o cão não latiu”* baseia-se na premissa implícita estrutural *“Todo cão late para desconhecidos”*. A premissa é certamente falsa se tomada como uma afirmação universal o que, no contexto de diálogo crítico, pode tornar frágil o argumento. Porém, como presunção em um raciocínio derrotável *“cachorros geralmente latem para desconhecidos”*, o argumento pode ser melhor reconstruído, quando suprido por premissas que defendem a presunção de críticas típicas dentro de esquemas de argumentação³⁷. Com isso, a explicitação de entimemas não se reduz

³⁴ MACAGNO; DAMELE, 2013.

³⁵ “Making sense of the utterances and behaviour of others, even their most aberrant behaviour, requires us to find a great deal of reason and truth in them. To see too much unreason on the part of others is simply to undermine our ability to understand what it is they are so unreasonable about. If the vast amount of agreement on plain matters that is assumed in communication escapes notice, it’s because the shared truths are too many and too dull to bear mentioning. What we want to talk about is what’s new, surprising, or disputed” (DAVIDSON, 1984).

³⁶ GRICE, 1967, p. 41-58.

³⁷ WALTON; REED, 2009; WALTON; MACAGNO, 2009.

aos argumentos dedutivos e pode recorrer a componentes pragmáticos que reconstróem o argumento a partir de esquemas típicos de argumentação em diálogos críticos.

Outro aspecto relevante em uma reconstrução do argumento, que seja sensível ao contexto do diálogo crítico, surge quando há mais de uma premissa implícita, mas o ponto crítico e decisivo da controvérsia se localiza em apenas uma delas. Retomando o exemplo do assalto, no contexto do diálogo crítico, a controvérsia pode se centrar na possibilidade de aplicação de pena de multa. Nesse caso, sendo conhecidas as premissas normativas (Código Penal), a chave estaria na classificação da ação como “furto” ou “roubo”, ou seja, se ocorreu ou não “grave ameaça ou violência”. Assim, a reconstrução mais completa do argumento dedutivo seria: *“João assaltou o veículo com arma de fogo. Todo assalto com arma de fogo constitui grave ameaça. Todo assalto com grave ameaça constitui roubo. Todo aquele que roubar deve ser punido com reclusão de 4 a 10 anos”*. A premissa chave da controvérsia, nesse caso, é aquela que conceitua a “arma de fogo” como “grave ameaça”.

Vamos nos concentrar aqui na reconstrução de premissas normativas complementares em argumentos dedutivos, usando, como sistema subjacente, a lógica deôntica monádica standard SDL com quantificação de primeira ordem. Enriqueceremos também essa lógica com um operador modal epistêmico K em uma lógica $KT4$ ou $S4$ de Kripke, onde valem, além dos postulados básicos de uma lógica de um sistema modal normal, os postulados $T: Kp \rightarrow p$ e $4: KKp \rightarrow Kp$ ³⁸. Embora a lógica deôntica standard esteja sujeita a uma série de paradoxos de adequação, relativos principalmente ao uso da implicação material para representar normas condicionais³⁹, tais paradoxos e as limitações expressivas da SDL não serão prejudiciais para os propósitos deste artigo.

Seja \Rightarrow_{SDL} uma relação de consequência em SDL. Consideramos um argumento normativo uma relação entre um conjunto minimal consistente de sentenças (premissas) com ao menos uma premissa normativa e uma conclusão normativa. Ou seja, um argumento tem a forma $\{a_1, \dots, a_n\} \Rightarrow_{SDL} a$, onde:

³⁸ CHELLAS, 2012; HINTIKKA; HALONEN, 1998, p. 752-753.

³⁹ A lógica deôntica standard é apresentada em diversos manuais. Ver, por exemplo, CHELLAS, 1998; HILPINEN; McNAMARA, 2013.

- (i) a é sentença contendo modalidade deôntica (O,P)
- (ii) o conjunto $\{a_1, \dots, a_n\}$ contém ao menos uma sentença com modalidade deôntica
- (iii) $\{a_1, \dots, a_n\}$ é consistente
- (iv) para todo $X \subset \{a_1, \dots, a_n\}$, é falso que $X \Rightarrow_{\text{SDL}} a$

Chamaremos X um argumento normativo entimemático para a um conjunto de sentenças se, e somente se, $X \subset \{a_1, \dots, a_n\}$, onde $\{a_1, \dots, a_n\} \Rightarrow_{\text{SDL}} a$ é um argumento normativo.

Se $b \in \{a_1, \dots, a_n\} \setminus X$ é uma sentença com modalidade deôntica, chamaremos b de premissa normativa implícita. A premissa normativa implícita pode ser qualquer enunciado normativo, uma regra ou um princípio. A possibilidade de diferenciar princípios de regras é tema controverso em teoria do direito⁴⁰. Portanto, não buscaremos qualquer distinção conceitual e apenas apontaremos exemplos que ilustrem premissas normativas que os juristas estão usualmente inclinados a chamar de “princípios jurídicos”.

Note também que, pela definição acima, não trataremos de entimemas cujo enunciado implícito seja a própria conclusão. O modelo buscará apenas identificar alguma premissa normativa implícita capaz de reconstruir, possivelmente ao lado de outras premissas não normativas, um argumento normativo válido em SDL (enriquecida com quantificadores e uma modalidade epistêmica).

Assim, por exemplo, suponha que não existam regras legais no ordenamento (Código Penal) das quais se derive a permissão de aborto

⁴⁰ ZORRILLA, 2007; MARANHÃO, 2012, itens 2.4 e 2.5. Dworkin baseou seu ataque ao positivismo nessa linha em *The Model of Rules I* (DWORKIN, 1978). O artigo discute a insuficiência no tratamento dado pelo positivismo aos princípios jurídicos por meio do critério de *pedigree*, que ele identificava com a regra de reconhecimento, incapaz de captar a distinção conceitual entre princípios e regras, bem como a importância daqueles nas decisões dos tribunais. Alexy propõe que os princípios seriam mandados de otimização, ou seja, estabeleceriam valores ou finalidades a serem alcançados pelos meios capazes de maximizar o atendimento daqueles, ao passo que regras seriam comandos de ação (ALEXY, 2008). Por outro lado, um dos problemas levantados é que o conteúdo dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas é excessivamente aberto ao prever direitos como vida, igualdade, dignidade etc., de modo que não haveria limite de razões morais passíveis de figurar como fundamento de validade e, portanto, não haveria propriamente uma distinção entre razões morais e razões jurídicas como base de qualquer decisão a partir do direito positivo. Nesse sentido, SCHAUER, 2004. A própria definição de *princípio* não é unívoca, como destaca Guastini, afirmando que não há como reconduzir os princípios a uma categoria unitária dada por critérios precisos cuja extensão coincidiria com as diversas diretrizes que os juristas, em geral, estão dispostos a chamar de princípios (GUASTINI, 1996).

em caso de gravidez de feto anencefálico. Considere o seguinte argumento judicial:

“Proibir o aborto de feto anencefálico impõe a Maria condição indigna. Portanto, o aborto de feto anencefálico pela Maria deve ser permitido”.

O argumento possui três premissas implícitas, duas não normativas — “interrupção de gravidez é aborto”, “Maria é ser humano” — e “é vedado impor ao ser humano condição indigna”.

1. $\forall_x (human_x \rightarrow O \neg \neg dign_x)$
 2. $\forall_x (O \neg abortanenc_x) \rightarrow \neg dign_x$
 3. $human_{maria}$
- $\therefore O (P abortanenc_{maria})$

No entimema, apenas a premissa 2 e a conclusão são explícitas. A premissa 3 é fática, ao passo que a premissa 1 é a premissa normativa entimemática buscada. Tomamos assim a sentença “é vedado impor a qualquer ser humano condição indigna” como o princípio implícito endossado pela decisão acima.

Veja que a premissa 1 é necessária para a conclusão de que deve ser permitido o aborto por Maria, formando um argumento dedutivamente válido. A dedução completa em SDL com quantificação segue abaixo:

- (1) $\forall_x (human_x \rightarrow O \neg \neg dign_x)$
 - (2) $\forall_x (O \neg abortanenc_x) \rightarrow \neg dign_x$
 - (3) $human_{maria}$
 - (4) $O \neg \neg dign_{maria}$ (instanciação de 1, modus poenens com 3)
 - (5) $\neg \neg dign_{maria} \rightarrow \neg (O \neg abortanenc_{maria})$ (instanciação de 2, contrapositiva)
 - (6) $O \neg (O \neg abortanenc_{maria})$ (transitividade deôntica em SDL $O(p \rightarrow q) \rightarrow q$)
- $\therefore O (P abortanenc_{maria})$ (interdefinição O,P em SDL)

Aplicaremos agora o método discutido acima para identificar e precisar o conteúdo do princípio de presunção de inocência endossado pelo Supremo Tribunal Federal no caso de execução de sentença penal condenatória em segunda instância.

4. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO STF COMO PREMISSE ENTINEMÁTICA

O debate em torno da interpretação do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal de 1988, que veicula a “presunção de inocência”, potencializado por suas implicações no quadro político recente, gerou uma divisão na doutrina, com convicções fortes de cada lado, o que se refletiu também nas marcantes divergências entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos últimos julgamentos que versaram sobre o tema em 2009, 2016 e 2018.

Chama a atenção que as interpretações antagônicas são ambas reputadas como óbvias por seus defensores. Por outro lado, os argumentos propostos não são dedutivamente válidos, indicando o uso premissas implícitas por cada lado da disputa.

O inc. LVII do art. 5º da Constituição, cuja interpretação é o cerne do problema, tem a seguinte redação:

N: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Toda a discussão gira em torno da possibilidade de inferir, desse dispositivo, outro enunciado:

N: Ninguém sofrerá a execução da sentença até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*

A questão, portanto, colocada de modo simples, é se *N** seria uma norma *logicamente derivada* da norma *N*. Um dos lados da disputa, que vamos chamar de “*interpretação garantista*”, afirma que sim.

Até 2009, o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal era de que a prisão de um réu condenado em segunda instância seria possível como efeito daquele julgamento, ainda que não houvesse

Toda a discussão gira em torno da possibilidade de inferir, desse dispositivo, outro enunciado: N*: Ninguém sofrerá a execução da sentença até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

o trânsito em julgado. Isso porque, após a condenação por um Tribunal em segunda instância, confirmando a sentença condenatória ou reformando a sentença absolutória, os Tribunais Superiores não poderiam, ao julgar os recursos Especial e Extraordinário, reanalisar os fatos e as provas⁴¹ e, por outro lado, tais recursos não possuem efeito suspensivo⁴². Ambas as teses, que já eram prevalentes antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, foram reafirmadas no início dos anos 1990 sem grande divergência no STF, inclusive por Ministros que, posteriormente, mudariam de posição⁴³.

Em 05/02/2009, após mais de vinte anos mantendo esse entendimento já no regime constitucional atual, o STF o reverteu no julgamento do Habeas Corpus nº 84.079⁴⁴, proclamando que “*a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar*” – prisão preventiva, por exemplo, que tem requisitos próprios para sua decretação no Código de Processo Penal⁴⁵ – e que a “*antecipação da execução penal*” é *incompatível* com o texto constitucional.

A interpretação garantista prevaleceu no julgamento de 2009, mas houve nova reversão do entendimento em 2016. Do lado vencedor neste julgamento, que foi reafirmado em 2018, há duas vertentes: a vertente *fraca*, que podemos chamar de “*interpretação discricionária*”, afirma não haver inconsistência entre *N* e a norma *N*, abaixo:

N : É permitido executar a sentença penal condenatória em segunda instância recursal, antes do trânsito em julgado.

A vertente *forte*, por sua vez, que podemos chamar de “*interpretação vinculada*”, afirma não só inexistir essa inconsistência, como também, baseada em outros dispositivos legais, indicando a execução da sentença penal condenatória após a confirmação em segunda instância recursal, que seria possível inferir *N*’:

⁴¹ Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF.

⁴² Art. 673 do Código de Processo Penal; art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90 (revogado pelo Código de Processo Civil de 2015); art. 995 c/c 1.029, § 5º do CPC.

⁴³ STF, HC 72.102, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 14/02/1995.

⁴⁴ STF, HC 84.079, Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009.

⁴⁵ Arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal.

N^{*} : É obrigatório executar a sentença penal condenatória em segunda instância recursal, antes do trânsito em julgado.

Ambos os enunciados acima podem ser derivados dos votos que compuseram a maioria no julgamento dos Habeas Corpus 126.292⁴⁶ e 152.752⁴⁷. Em ambos os casos a maioria foi mínima, *i.e.* de seis votos a cinco.

Para proceder à análise lógico-formal, é importante reformular os enunciados elaborados em linguagem natural, de modo a explicitar os conectivos empregados. 5º, inc. LVII da Constituição Federal, aqui referido por norma *N*, estabelece que não haverá culpa até que ocorra o trânsito em julgado, ou seja, haverá culpa *somente* se houver o trânsito. Isso indica ser o trânsito em julgado uma *condição necessária* para a culpabilidade, *i.e.* não pode ocorrer o caso em que alguém é considerado culpado e não houve o trânsito em julgado. Essa relação indica uma implicação (utilizaremos o símbolo usual em lógica clássica de implicação material “→”) em que a “culpabilidade” é o antecedente e “trânsito em julgado” o conseqüente.

Muito embora o alcance do dispositivo constitucional seja mais amplo, para os propósitos desta análise podemos considerar que tem como destinatários os juízes, pois esse é o contexto de aplicação, onde se discute se é permitido, obrigatório ou proibido aos juízes determinar a execução da sentença condenatória, após condenação em segunda instância, independentemente do trânsito em julgado. Teríamos, então, a seguinte formulação normativa para *N*, onde o domínio é o conjunto de indivíduos que podem ser objeto de decisões judiciais em matéria penal, “*Culp*” representa o predicado “considerado culpado”, “*Trans*” representa o predicado “houve trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e “*Exec*”, a execução da sentença.

$$N : \forall_x O (Culp_x \rightarrow Trans_x)$$

A expressão acima em linguagem formal significa: “para todo indivíduo (\forall_x), é obrigatório que, se esse indivíduo for considerado culpado,

⁴⁶ STF, HC 126.292, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

⁴⁷ STF, HC 152.752, Relator Min. Edson Fachin, julgado em 04/04/2018.

então houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em relação a esse mesmo indivíduo”.

A questão então é saber se dessa norma é possível derivar, logicamente:

$$N^* : \forall_x O (Exec_x \rightarrow Trans_x)$$

Ou seja, “para todo indivíduo, é obrigatório que, se houver execução da sentença, então há o trânsito em julgado a esse mesmo indivíduo”.

Para facilitar a visualização das inferências, usaremos a contrapositiva dessa formulação, com o emprego da negação (usaremos o símbolo “¬” para negação) que é equivalente e, portanto, pode ser substituída dentro do escopo do operador modal e do quantificador universal \forall . Portanto, a norma N_1 abaixo é consequência lógica de N .

$$N_1 : \forall_x O (\neg Trans_x \rightarrow \neg Culp_x)$$

“Para todo indivíduo, é obrigatório que, se não houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para esse indivíduo, então ele não será considerado culpado.”

A pergunta então é se de N_1 deriva-se N_1^* :

$$N_1^* : \forall_x O (\neg Trans_x \rightarrow \neg Exec_x)$$

É fácil verificar que essa não é uma inferência válida, já que os predicados “*Exec*” e “*Culp*” são logicamente independentes. Não há nada, pelo menos até aqui, que permita derivar N_1^* de N_1 .

Os defensores da inferência N_1^* aludem, muitas vezes, à conexão entre a norma constitucional e o “princípio de presunção de inocência” (referido aqui por *PPI*), cujo conteúdo não é claro. Vamos tentar precisar qual seria esse conteúdo em termos de premissas implícitas que podem ser assumidas para validar a inferência de N^* a partir de N .

A primeira formulação do *PPI* se identifica, na alusão feita por alguns, com o próprio art. 5º, inc. LVII da CF88. Essa interpretação pode ser descartada de imediato, pois, obviamente, não ajuda para se obter a inferência de N^* . Uma segunda formulação para o princípio pode agregar o seguinte conteúdo: “todo aquele que não for culpado não pode ter a sentença penal executada”. Isso significaria postular:

$$PPI: \forall_x O (\neg Culp_x \rightarrow \neg Exec_x)$$

“Para todo indivíduo, é obrigatório que, se ele não foi considerado culpado, então não há execução.” Uma vez postulado *PPI*, a derivação abaixo seria logicamente válida. Deve-se notar que, em lógica deôntica *standard*, vale o princípio de consequência deôntica, segundo o qual “todas as consequências lógicas de obrigações são também obrigatórias” e a derivação dentro do escopo do modal deôntico segue por transitividade da implicação material.

$$\begin{array}{lll} (1) & \forall_x O (\neg Trans_x \rightarrow \neg Culp_x) & N_1 \\ (2) & \forall_x O (\neg Culp_x \rightarrow \neg Exec_x) & PPI \\ \therefore & \forall_x O (\neg Trans_x \rightarrow \neg Exec_x) & N_1^* \end{array}$$

É fácil visualizar que, através do *PPI*, conseguimos derivar N_1^* de N_1 . Por contrapositiva, é imediato obter N de N_1^* , o que fecharia o argumento garantista.

Embora o enunciado de *PPI* seja suficiente para fechar o argumento dedutivo, ele não faz jus ao contexto de diálogo crítico em questão, que está focada não exatamente na possibilidade de execução da sentença, que poderia ser provisória ou cautelar, mas na *convicção da culpa* pelo tribunal. Essa nota está presente, por exemplo, no voto do Min. Celso de Mello naquele *habeas corpus*. Segundo o Ministro, o princípio da presunção de inocência impunha que *qualquer repercussão* criminal em desfavor de um réu antes do trânsito em julgado de sua condenação estaria vedada, salvo as hipóteses de prisão cautelar. O argumento é um pouco mais complexo, por ressal-

Há uma premissa compartilhada, segundo a qual, aquele considerado inocente não pode ver contra si executada uma sentença penal condenatória. Isso porque o próprio significado de “ser considerado inocente” por uma sentença judicial é inconsistente com “ser condenado” pela própria sentença.

var a hipótese de prisão cautelar: (1) ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (2) prender alguém só é possível se ele for culpado ou no caso de prisão cautelar; (3) se alguém é preso antes do trânsito em julgado e essa prisão não é cautelar, é ilegal, porque está tratando como “culpado” alguém que (ainda) não o é. A posição do Min. Cezar Peluso no HC de 2009, assim como de outros Ministros que se alinharam à interpretação garantista é a seguinte:

(...) o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional.⁴⁸

Ou seja, a controvérsia reside sobre o momento em que há ou pode haver convicção de culpa e até onde perdura a presunção de que há inocência.

Há uma premissa compartilhada, segundo a qual, aquele considerado inocente não pode ver contra si executada uma sentença penal condenatória. Isso porque o próprio significado de “ser considerado inocente” por uma sentença judicial é inconsistente com “ser condenado” pela própria sentença. Tomando-se “Inoc” para representar o predicado “considerado inocente”, teríamos o seguinte postulado necessário para o processo penal, que podemos chamar de princípio de convicção de inocência (PCI):

$$PCI: \forall_x O (Inoc_x \rightarrow \neg Exec_x)$$

Para completar o argumento garantista, faltaria ainda entender qual a relação entre “não ser culpado” e “ser inocente”. Aparentemente, são conceitos interdependentes e o garantista estaria pronto para afirmar a equivalência entre ambos, i.e., alguém será inocente se, e somente se, não for culpado. O Ministro Celso de Mello, por exemplo, explicita essa relação. Ele afirma que o “estado de inocência”

⁴⁸ STF, HC 84.079 (cit.), fl. 1163.

(para ressaltar que, em sua leitura das normas, a inocência não é uma mera “presunção”) persiste até o trânsito em julgado, que é o único evento capaz de, imediatamente, “transformar” o réu de inocente em culpado. Esse estado de inocência, assim considerado, impede qualquer repercussão criminal em desfavor de uma pessoa antes do trânsito em julgado.

A equivalência pode ser aceita, mas não é suficiente, pois toda a discussão gira em torno da formação de convicção, ou seja, do conhecimento sobre a culpa ou a inocência a partir das evidências de um caso. E aqui se deve tomar cuidado com a ambiguidade da negação. O que significa negar uma convicção de culpa? O Código de Processo Penal, por exemplo, ao estabelecer as hipóteses em que o juiz deve absolver o réu, distingue entre “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal” (inciso IV do art. 386), “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” (inciso V) e “não existir prova suficiente para a condenação” (inciso VII).

A linguagem lógica empregada até aqui não é capaz de captar a diferença entre “ser alguém culpado” e “saber que alguém é culpado”, ou seja, haver *provas* do concurso do réu para o crime. Portanto, para captar essa distinção enriqueceremos a linguagem lógica, com a introdução de uma modalidade epistêmica K , governada pelo sistema KT de Kripke⁴⁹. A modalidade K indica que o conteúdo em seu escopo é “conhecido” ou que “há convicção daquele conteúdo” ou ainda “conhece-se a verdade da predicação em seu escopo”. Assim, $K\text{Culp}_{\text{João}}$ significa “ter a convicção de que (ou saber que) João é culpado”.

Mas o que significa negar essa convicção de culpa? Há duas alternativas, a negação interna ($K\neg\text{Culp}_{\text{João}}$ — saber que João *não* é culpado) e a negação externa ($\neg K\text{Culp}_{\text{João}}$ — *não* saber que João é culpado), que corresponderiam aos incisos IV e V do art. 386 do CPP.

A negação interna, denotada por $K\neg\text{Culp}_{\text{João}}$, que significa conhecer que João não é culpado, podemos tomar como equivalente a conhecer ou estar convicto da inocência de João. Vale então o seguinte postulado:

$$PICI: \forall_x O (K\neg\text{Culp}_x \leftrightarrow K\text{Inoc}_x)$$

⁴⁹ CHELLAS, 1998. Trata-se de uma lógica modal básica de Kripke com a introdução do princípio de reflexividade $Kp \rightarrow p$ (se conheço que p é verdadeiro, então p é verdadeiro).

Esse seria o princípio de interdefinibilidade entre culpa e inocência *PCI*: “para todos os indivíduos é obrigatório que, sempre que houver a convicção de ausência de sua culpa, haja a convicção de sua inocência”.

Mas o princípio de interdefinibilidade acima não serve para fechar o argumento garantista. Isso porque a negação relevante para a interpretação garantista é a negação externa, vale dizer, qual deve ser o provimento judicial *enquanto* não se formou a convicção de culpa que pode decorrer da ausência de provas suficientes para a condenação. Ou seja, é relevante a situação em que, mesmo não havendo convicção da inocência ($K\text{Inoc}_x$), também não há, ainda, convicção de culpa ($K\text{Culp}_x$). Com isso, chegamos à seguinte formulação alternativa para o princípio de presunção de inocência (denotado por *PPI**):

$$PPI^*: \forall_x O (\neg KCulp_x \rightarrow KInoc_x)$$

O conteúdo de *PPI** seria então: “para qualquer indivíduo, é obrigatório que, se não houver convicção de culpa, haja convicção de sua inocência”. Esta seria a posição assumida pelos Ministros que prevaleceram no julgamento de 2009 e foram vencidos em 2016 e 2018. Com esse conteúdo para a presunção de inocência, o argumento garantista torna-se logicamente válido — desde que explicitado na fundamentação. Para tanto, deve-se reformular as normas correspondentes com a linguagem original enriquecida pela modalidade epistêmica *K*. A norma N_1 seria então:

$$N_1: \forall_x O (\neg Trans_x \rightarrow \neg KCulp_x)$$

“Para todos os indivíduos é obrigatório que, se não houver trânsito em julgado, então não há convicção de sua culpa.” Essa seria a contrapositiva, e, portanto, inferência imediata, do enunciado constitucional segundo o qual a convicção de culpa somente por ocorrer com o trânsito em julgado $N : \forall_x O (KCulp_x \rightarrow Trans_x)$. Correspondentemente, o princípio de convicção de inocência deve ser reformulado para:

$$PCI: \forall_x O (KInoc_x \rightarrow \neg Exec_x)$$

Com isso, o seguinte argumento é logicamente válido:

- | | | | |
|--------------|---|---------|--|
| (1) | $\forall_x O (KCulp_x \rightarrow Trans_x)$ | N | (norma constitucional) |
| (2) | $\forall_x O (\neg Trans_x \rightarrow \neg KCulp_x)$ | N_1 | (segue de N , por contrapositiva) |
| (3) | $\forall_x O (\neg KCulp_x \rightarrow K Inoc_x)$ | PPI^* | |
| (4) | $\forall_x O (K Inoc_x \rightarrow \neg Exec_x)$ | PCI | |
| \therefore | $\forall_x O (\neg Trans_x \rightarrow \neg Exec_x)$ | N_1^* | (segue de 2, 3 e 4 por transitividade da implicação e consequência deôntica) |

Com isso, identifica-se, no argumento garantista o endosso dos princípios normativos PPI^* e PCI . No contexto do diálogo crítico travado entre garantistas e não garantistas, porém, não há controvérsia sobre PCI , o que torna PPI^* a premissa entimemática que está no cerne do diálogo.

É importante separar aqui a dimensão fática dessa convicção — e até qual momento processual ela pode ser colocada em questão — e a dimensão *deontológica*. O argumento garantista é todo construído sobre a dimensão deontológica, isto é, entende somente ser permitido assumir a convicção de culpa após o trânsito em julgado. Este momento processual é que “transforma” um inocente em culpado. Antes disso deve haver convicção de inocência, mesmo que o réu tenha sido condenado em duas instâncias. Já os opositores da interpretação garantista enxergam a convicção de culpa como uma *questão de fato*. A convicção quanto à comissão do crime se forma ou não se forma, e é possível formar essa convicção já em segunda instância recursal.

O Ministro Roberto Barroso propõe, no julgamento de 2016, uma progressiva mitigação do alcance da presunção de inocência na medida em que os fatos são definidos. Se um réu tem sua condenação confirmada ou afirmada por um Tribunal, a formação da convicção sobre os fatos faz com que o alcance da presunção de inocência seja reduzido. E essa convicção sobre os fatos, vale lembrar, não fica sujeita a reforma pelos tribunais superiores, que discutirão apenas teses jurídicas — de nulidade do processo, por exemplo.

Assim, na fase pré-processual (inquérito policial, por exemplo), em que há apenas uma suspeita da prática de um crime, o “peso” da presunção de inocência seria máximo, enquanto “o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno”. Com a condenação em primeiro grau, isso não mudaria substancialmente, mas após a condenação em segunda instância, considerando que os fatos ficam definidos neste momento processual e não podem ser novamente analisados pelas instâncias especial e extraordinária, haveria uma “sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal”.⁵⁰ Logo, embora a culpa somente seja definitivamente formada com o trânsito em julgado por força da norma *N*, seria possível já em segunda instância definir que o réu efetivamente *praticou* a conduta tipificada como crime — ainda que o processo possa *eventualmente* ser anulado por um erro procedimental ou a tipicidade modificada por um Tribunal Superior. Portanto, o argumento não garantista assume outra formulação para o princípio *PPI**, retirando a convicção de fato do escopo do operador deôntico *O*, que passa a ser aplicado apenas sobre o consequente e não sobre a implicação. Podemos chamá-lo de *princípio de presunção de inocência fático* (abreviado por *PPI*f*). Tal formulação pode ser capturada pela oposição entre *deontic detachment* ($Op \rightarrow q, Op \therefore Oq$) e *factual detachment* ($p \rightarrow Oq, p \therefore Oq$), ambos válidos em SDL.

$$PPI*f: \forall_x (\neg KCulp_x \rightarrow OKInoc_x)$$

“Para todos os indivíduos, se não há convicção de sua culpa, então obrigatoriamente há a convicção de sua inocência”. Assumindo-se essa versão do princípio de presunção de inocência, a inferência garantista deixa de ser válida. Seria bloqueada com a premissa de que, *de fato*, houve uma convicção de culpa, muito embora *não tenha ocorrido o trânsito em julgado*. Retirando-se *PPI** do raciocínio e adotando como formulação do princípio da presunção de inocência *PPI*f*, não há nada que vincule necessariamente “trânsito em julgado” e “saber que o réu é culpado”.

⁵⁰ STF, HC 126.292 (cit.), do voto do Min. Roberto Barroso.

A questão entraria então em um difícil debate em teoria do direito sobre o significado fático ou normativo da ocorrência da *facti species*. Uma obrigação condicional é destacada quando de fato ocorre seu antecedente ou quando se deve considerar que ocorreu? Para normativistas como Kelsen,⁵¹ tudo ocorre no âmbito deôntico das normas jurídicas: algo ocorre juridicamente somente se estiver em conformidade com a norma que fornece o seu significado jurídico objetivo. Ou seja, não importa se um fato ocorreu, importa se o juiz deve, pelas regras jurídicas, considerar que esse fato ocorreu. Assim, há uma ligação importante entre os garantistas, na interpretação do art. 5º, inc. LVII, e o normativismo jurídico em teoria do direito.

Por fim, a lógica formal pode ainda ajudar a entender a disputa e identificar premissas implícitas entre os opositores dos garantistas, que se dividem entre a interpretação discricionária e a interpretação vinculada. A derivação das duas teses pode ser obtida a partir da negação da tese garantista.

Na formalização aqui desenvolvida, negar a tese garantista significaria negar N^* : $\forall_x O (\text{Exec}_x \rightarrow \text{Trans}_x)$, ou seja:

$$\neg \forall_x O (\text{Exec}_x \rightarrow \text{Trans}_x)$$

“Não é o caso que qualquer indivíduo só pode ter sentença penal condenatória executada se houver o trânsito em julgado.” Processar essa negação dentro da lógica de predicados clássica e da lógica deôntica *standard* levaria à afirmação da interpretação *discricionária*. Isso porque, ao processar as interdefinições entre o quantificador universal (\forall) e o existencial (\exists) e entre os modais obrigatório (O) e permitido (P), obteríamos, sucessivamente:

- (1) $\neg \forall_x O (\text{Exec}_x \rightarrow \text{Trans}_x)$ (negação de N^*)
 - (2) $\exists_x \neg O (\text{Exec}_x \rightarrow \text{Trans}_x)$ (segue de 1, por interdefinibilidade de \forall, \exists)
 - (3) $\exists_x P \neg (\text{Exec}_x \rightarrow \text{Trans}_x)$ (segue de 1, por interdefinibilidade de O, P)
- $\therefore \exists_x P (\text{Exec}_x \wedge \neg \text{Trans}_x)$ (segue de 3, por substituição de equivalentes no escopo do modal deôntico)

⁵¹ KELSEN, 1999, item III.

O argumento é bem simples de ser seguido: Não é o caso de que em todas as situações (\forall) é obrigatório, para prender um réu como consequência de sua condenação criminal, aguardar o trânsito em julgado (1). Daí decorre que *há casos* (por isso o quantificador existencial \exists) em que *não é* obrigatório aguardar o trânsito em julgado para prender um réu como decorrência de sua condenação criminal (2). Se não é obrigatório, é permitido que não se imponha a necessidade de trânsito em julgado para a prisão (3). Portanto, é permitido prender *mesmo* sem o trânsito em julgado.

Em outras palavras, a conclusão dessa inferência afirma que: “é permitido ao juiz decretar a execução de sentença penal condenatória de algum indivíduo sem o trânsito em julgado”. Essa foi a posição que prevaleceu em 2016. Ao refutar a validade da conclusão da tese garantista, a decisão endossa uma versão alternativa do princípio de presunção de inocência, o princípio de presunção de inocência *fático*.

A interpretação vinculada, por sua vez, também pode ser derivada da negação da tese garantista, com a assunção de premissas adicionais sobre a atividade judicial. A primeira premissa implícita aqui está na compreensão da atividade judicante em matéria penal e processual penal como estritamente vinculada. Com isso, somente seriam admissíveis quantificadores universais, o que poderia ser obtido aqui ou com a redução da linguagem lógica ou com um postulado adicional:

$$\neg \forall_x (P_x) \leftrightarrow \forall_x \neg (P_x)$$

Ou seja, ou há uma universal afirmativa, ou há uma universal negativa de uma predicação. Ademais, e como decorrência dessa visão vinculada da atuação judicial penal, o juiz apenas cumpre obrigações impostas pelas normas penais e processuais penais. Aqui, novamente, ou se reduziria a linguagem deôntica, com o uso apenas da modalidade de obrigação, ou se estabelece, para esse âmbito normativo específico, o seguinte postulado:

$$\neg O (P_x) \leftrightarrow O \neg (P_x)$$

Embora a reconstrução do argumento envolva a atribuição de enunciados não explicitamente formulados, assumindo-se um mínimo de racionalidade na interpretação da decisão, é possível considerar que aquele conteúdo identificado foi endossado pela autoridade e, nesse sentido, constitui uma regra válida do ordenamento.

Com esses postulados, a negação da interpretação garantista levaria ao enunciado vinculado desejado. Porém, há um ônus para sustentar os postulados acima, nesse âmbito específico da aplicação das normas penais e processuais penais, do qual os juristas representantes muitas vezes não se desincumbem.

Observa-se assim, por meio da verificação da estrutura entimemática do silogismo judicial, que a tese prevalecente em 2009 endossa o princípio de presunção de inocência com o conteúdo PPI*. Esse enunciado normativo inferido ou reconstruído seria, assim, parte do ordenamento jurídico. Todavia, de modo congênere à tese das fontes a sua validade é contingente. Até 2009 e após 2016 o princípio de presunção de inocência com aquela formulação não mais faz parte do ordenamento jurídico.

Como nas decisões de 2016 e 2018 houve apenas a refutação da tese garantista, em casos nos quais os Ministros entenderam presentes os elementos para a convicção de culpa em condenação de segunda instância, com a conclusão de execução da pena antes do trânsito, não há como reconstruir um argumento que permita verificar o endosso implícito da versão fática do princípio $PPI^*f: \forall_x (\neg KCulp_x \rightarrow OKInoc_x)$ pelo método aqui proposto (note que o antecedente é a negação da convicção de culpa). Houve a admissão de que podem haver exceções à execução em segunda instância baseadas na ausência de convicção mesmo após sentença em segundo grau, mas não foi explicitado o critério para que tais exceções sejam identificadas, nem ocorreu um caso nesse sentido que possa confirmar a aplicação do princípio. Apenas apontamos, aqui, uma versão plausível para seu conteúdo, a partir dos votos presentes nas decisões de 2016 e 2018.

5. CONCLUSÃO

Neste artigo procuramos delinear um método para inferir princípios a partir de regras por meio da reconstrução de argumentos entimemáticos presentes em decisões judiciais que aplicam aquelas regras. O conteúdo do princípio é inferido caso seja uma premissa necessária para a dedução da conclusão presente na decisão judicial que aplica aquelas regras.

Embora a reconstrução do argumento envolva a atribuição de enunciados não explicitamente formulados, assumindo-se um mínimo de

racionalidade na interpretação da decisão, é possível considerar que aquele conteúdo identificado foi endossado pela autoridade e, nesse sentido, constitui uma regra válida do ordenamento.

Por ter sua incorporação condicionada ao endosso pela autoridade, a identificação por meio do que chamamos aqui de inferência entimemática, é contingente e, nesse sentido, compatível com a tese das fontes sociais.

REFERENCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative Systems*. New York: Springer, 1971.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALONSO, Juan Pablo. Principios implícitos y fuentes sociales del derecho. *Doxa*, n. 41, 2018.

BENCH-CAPON, Trevor J. M.; SARTOR, Giovanni. A Model of Legal Reasoning with Cases Incorporating Theories and Values. *Artificial Intelligence*, v. 150, n. 1-2, p. 97–143, 2003.

BERMAN, Donald H.; HAFNER, Carole D. Representing teleological structure in case-based legal reasoning: the missing link. *Proceedings of the 4th international conference on Artificial intelligence and law*, p. 50-59, 1993.

BRANDOM, Robert B. *Making it explicit: reasoning, representing & discursive commitment*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

BURNYEAT, Myles F. Enthymeme: Aristotle on the Logic of Persuasion. In: FURLEY, David J.; NAHEMAS, Alexander (orgs.). *Aristotle's Rhetoric: Philosophical Essays*. Princeton: Princeton university Press, Princeton, p. 3-56, 2015.

CHELLAS, Brin F. *Modal Logic: An Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

DAVIDSON, Donald. *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2001; e GUASTINI, Riccardo. A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus*, n. 27, 45–54, 2015.

- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 630–672, 1958.
- GAMUT, L T F. *Logic, Language and Meaning*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.
- GRICE, Paul. *Studies in the way of words*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Studi di teori e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996.
- _____. Contribución a la teoría del ordenamento jurídico. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer e RATTI, Giovanni B (Orgs.). *El realismo jurídico genovês*. Madrid: Marcial Pons, p. 81-116, 2011.
- _____. Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, n. 9, p. 182–192, 2012.
- _____. Il realismo giuridico ridefinito. *Revus*, n. 19, p. 97-111, 2013;
- _____. A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus*, n. 27, 45–54, 2015.
- HAAGE, Jaap. *Studies in Legal Logic*. Berlin: Springer, 2005;
- MODGIL, Sanjay; PRAKKEN, Henry. A general account of argumentation with preferences. *Artificial Intelligence*, v. 195, p. 361-397, 2013.
- HARMAN, Gilbert. The inference to the best explanation. *Philosophical Review*, v. 74, n. 1, 1965.
- HART, Herbert L A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593–629, 1958.
- _____. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HARTSHORNE, Charles; HEISS, Paul; BURKS, Arthur (orgs.). *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Cambridge: Harvard University Press, 1931-1958.
- HILPINEN, Risto. Aristotelian Syllogistic as a Foundation of Peirce’s Theory of Reasoning. In: SFENDONI-MENTZOU, Demetra (org.). *Aristotle and Contemporary Science*, vol. 1. New York: Peter Lang, 2000.
- _____. *Peirce’s Logic*. In: GABBAY, Dov M.; WOODS, John (orgs.). *Handbook of the History of Logic, vol. 3, The Rise of Modern Logic: From Leibniz to Frege*. Amsterdam, Elsevier, 2004.
- HILPINEN, Risto; McNAMARA, Paul. Deontic Logic: historical survey and introduction. In: GABBAY, Dov; HORTY, Jeff; PARENT,

Xavier et al. *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*. London: College Publication, 2013.

HINTIKKA, J.; HALONEN, I. Epistemic Logic. In: CRAIG, Edward (Org.). *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, vol. 1. London: Routledge, 1998.

HINTIKKA, Jaakko. What Is Abduction? The Fundamental Problem of Contemporary Epistemology. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, vol. 34, n. 3, 1998,

JOSEPHSON, John R.; JOSEPHSON, Susan G. (orgs.). *Abductive Inference: Computation, Philosophy, Technology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

LOSANO, Mario. La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo. In: KELSEN, Hans. *Teoria Generale delle Norme*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1985.

LYCAN, William G. *Judgement and Justification*. New York: Cambridge University Press, 1998.

MACAGNO, Fabricio; DAMELE, Giovanni. The dialogical force of implicit premises: presumptions in enthymemes. *Informal Logic*, v. 33, n. 3, p. 365-393, 2013.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MARANHÃO, Juliano S. A. Von Wright e o Silogismo Prático como Método de Compreensão da Ação. *Cognitio*, v. 7, n. 2, p. 261–275, 2006.

_____. Coherencia en el Derecho: conservadurismo y fidelidad a la base de reglas. *Discusiones*, vol. X, p. 179-215, 2011.

_____. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. Reconfiguração conceitual? O Direito digital como metáfora de si mesmo. In: FONTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Orgs.). *Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas*. Curitiba: Juruá, p. 97-128, 2016.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oregon: Hart Publishing, 2005.

_____. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules L; HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott J. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. Entailed Norms and the Systematization of Law. In: ARASZKIEWICZ, Michael; PLESZKA, Krzysztof (Orgs.). *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*. New York: Springer, 2015.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. Modelling Reasoning with Precedents in a Formal Dialogue Game. *Artificial Intelligence and Law*, vol. 6, n. 2-4, p. 231-287, 1998.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press, 1979.

_____. Dworkin: A New Link in the Chain. *California Law Review*, v. 74, n. 3, 1986.

_____. *Practical Reason and Norms*. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 1990.

_____. *Ethics in the public domain: essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. The Limited Domain of the Law. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 7, p. 1909-1956, 2004.

SOLUM, Lawrence B. The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, n. 27, 95–118, 2010.

WALTON, Douglas; MACAGNO, Fabricio. Enthymemes, argumentation schemes, and topics. *Logique et Analyse*, n. 205, p. 39-56, 2009.

WALTON, Douglas; REED, Chris A. Argumentation Schemes and Enthymemes. *Synthese*, v. 145, n. 3, p. 339-370, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations*, ed. G.E.M. Anscombe and R. Rhees, tradução de G.E.M. Anscombe. Oxford: Blackwell, 1986.

ZORRILLA, David Martínez. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madri-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula Nº 7. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Nº 279. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus Nº 72.102. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 14/02/1995. Disponível em: Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus Nº 84.079. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Nº 126.292. Relator Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/02/2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Nº 152.752. Relator Min. Edson Fachin. Julgado em 04/04/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

TEORIA DA LEGISLAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA: A CONTRIBUIÇÃO DE MANUEL ATIENZA

Roberta Simões
Nascimento

Advogada do Senado Federal (2009), Brasília, Distrito Federal, Brasil. Doutora cum laude em Direito pela Universidade de Alicante (2018) e Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (2018). Membro do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades (UnB). Professora voluntária na Universidade de Brasília (2019). bertasimoes@hotmail.com.

Recebido: abril 3, 2019

Aceito: : abril 22, 2019

Theory of Legislation and Legislative Reasoning: Manuel Atienza's Contribution

RESUMO

Uma das principais críticas que a teoria *standard* da argumentação jurídica recebe é falta de atenção dada às práticas legislativas. O momento da produção do direito é relevante? Como seria possível analisar uma argumentação legislativa? Como avaliá-la? Qual é o peso dos argumentos para o produto final, a lei? Na Espanha, Manuel Atienza, um dos primeiros autores a dar atenção ao tema, desenvolveu uma teoria da legislação que, com o passar do tempo, recebeu os elementos tendentes à formação do que se pode considerar a primeira teoria da argumentação legislativa. Para isso, o autor formulou cinco níveis ideais de racionalidade a serem alcançados pelas leis: (R1) racionalidade linguística ou comunicativa; (R2) racionalidade jurídico-formal ou sistemática, (R3) racionalidade pragmática, (R4) racionalidade teleológica, e (R5) racionalidade ética. Depois, acrescentou um nível transversal de meta-razionalidade: a razoabilidade. Em seguida, cruzou com as concepções formal, material e pragmática que marcam a sua teoria da argumentação jurídica. O objetivo do artigo é o de apresentar os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza quanto à temática aos longo dos quase trinta anos em que vem estudando o tema, explicando os pontos fortes e as deficiências de sua teoria. Ao final, o presente trabalho propõe o aprofundamento de uma agenda de estudos mais ampla – a partir das ideias de Manuel Atienza e em resposta às críticas frequentemente lançadas à temática –, voltada para a promoção do giro argumentativo dentro do Poder Legislativo,

fomentando a cultura de legisladores argumentadores, bem como apontando outros elementos na análise e avaliação das decisões legislativas e das argumentações respectivas, o que poderá resultar na construção de leis mais racionais.¹

Palavras-chave: Teoria da legislação; Argumentação legislativa; Racionalidade; Decisão legislativa.

Abstract

One of the main criticisms that the standard theory of legal argumentation receives is the lack of attention given to legislative practices. Is the law-making moment relevant? How can a legislative reasoning be analysed? How to evaluate it? What is the weight of the arguments for the final product, the parliamentary laws? In Spain, Manuel Atienza, one of the first authors to give attention to the subject, developed a theory of legislation that, over time, received elements tending to build what can be considered the first theory of legislative reasoning. For that purpose, the author formulated five ideal levels of rationality to be achieved by the laws: (1) linguistic or communicative rationality, (R2) legal-formal or systematic rationality, (R3) pragmatic rationality, (R4) teleological rationality, and (R5) ethical rationality. Then he added a transversal level of meta-rationality: the reasonableness. After that, he crossed with the formal, material and pragmatic conceptions that mark his theory of legal argumentation. The purpose of this article is to present the theoretical developments made by Manuel Atienza on this subject during the almost thirty years he has been studying it, explaining the strengths and weaknesses of his theory. In the end, this paper proposes to deepen a broader study agenda – based on Manuel Atienza’s ideas and in response to the criticisms frequently made on the subject – aimed at promoting the argumentative turn in the Legislative Power, fomenting culture of argumentative legislators, as well as pointing out other elements in the analysis and evaluation of legislative decisions and their respective arguments, which may result in the construction of more rational parliamentary laws.

Keywords: Theory of legislation; Legislative reasoning; Rationality; Legislative decision.

1. INTRODUÇÃO

Há muito, Manuel Atienza insiste na crítica de que um dos principais déficits da teoria *standard* da argumentação jurídica é a desconsideração do fato de que não se argumenta somente no processo de

¹ Este artigo corresponde – com algumas poucas modificações – a trechos da tese de doutorado que realizei na Universidade de Alicante, em regime de cotutela internacional com a Universidade de Brasília. Agradeço ao parecerista da revista pelos comentários e sugestões oferecidas, além do tempo dedicado para a leitura do texto. Para mais detalhes da tese, confira-se: NASCIMENTO, 2018.

interpretação e aplicação do Direito, mas também no processo de seu estabelecimento, da sua produção².

Se de modo geral a argumentação legislativa continua recebendo pouca atenção por parte dos juristas, Manuel Atienza parece ter tirado o assunto da penumbra e dado um salto importante tanto em termos descritivos – ao abster-se de usar o tom cético característico nas correntes positivistas e realistas para justificar que a legislação seria tema de interesse mais político que jurídico –, quanto normativos, já que propõe cinco níveis de racionalidade para os textos legislativos, os quais funcionam também como critérios de correção (ideais normativos), além de servir para avaliar a qualidade final do produto legislativo.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é o de apresentar os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza na elaboração de uma teoria da argumentação legislativa. A partir da revisão bibliográfica da vasta obra do autor espanhol, extrai-se o fio condutor de sua teoria da argumentação legislativa, com o propósito de reconstruir e sistematizar suas ideias sobre o tema.

Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa qualitativa, de análise documental, compreendendo a análise teórica do autor selecionado e de seus críticos mais destacados nesse assunto (Thomas Bustamante e José Luis Díez Ripollés), trabalhando analiticamente as principais questões teóricas encontradas. A análise do conteúdo das obras torna o trabalho exclusivamente teórico, de análise conceitual, sem prejuízo de alguns dados levantados a partir das práticas. Incursões empíricas, portanto, embora reconhecidamente importantes, não serão realizadas aqui.

2. VISÃO GERAL

Pouco tempo depois da obra seminal do GRETEL³ – o *Grupo de Estudios de Técnica Legislativa*, que introduziu pela primeira vez a temática na Espanha –, em 1989, Manuel Atienza dedicou-se a contribuir para o desenvolvimento de uma teoria da legislação mais substantiva nos

² ATIENZA, 1990.

³ GRETEL, 1986.

artigos *Sociología jurídica y ciencia de la legislación*⁴ e *Contribución para una teoría de la legislación*⁵. Posteriormente, esses dois artigos, mais um terceiro trabalho sobre legislação (*Razón práctica y legislación*⁶), foram reunidos (com algumas pequenas adaptações) em forma de livro publicado em 1997 com o título *Contribución a una teoría de la legislación*⁷.

A despeito de esse livro ser a obra mais citada sobre o seu pensamento a respeito da legislação, reputa-se importante registrar que formulações de Atienza sobre a legislação são bastante anteriores à publicação do livro referido: ao serem de 1989 os seus primeiros artigos, entrevê-se o pioneirismo em sua abordagem, prévia à vasta onda de publicações sobre o tema a partir da década de 90 do século passado.

Além disso, importa alertar que o livro citado tampouco reúne todo o seu pensamento sobre a legislação, já que em publicações posteriores seguiu trabalhando o tema, notadamente nas críticas à teoria de Robert Alexy feitas no livro *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*⁸, de 1991; no capítulo sexto do livro *Tras la justicia*⁹, cuja primeira edição é de 1993; no artigo *Argumentación y legislación*¹⁰, de 2004; no livro *El derecho como argumentación*¹¹, de 2006; no artigo *Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida*¹², de 2008; no seu *Curso de argumentación jurídica*¹³, de 2013; em algumas passagens de *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial e Epílogo (abierto)*¹⁴, ambos publicados em 2017; e na conferência *A model for the analysis of legislative reasoning*¹⁵, apresentada no *International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, realizado na Universidade de Zaragoza, nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018.

⁴ ATIENZA, 1989b, pp. 41-70.

⁵ ATIENZA, 1989a, pp. 385-403.

⁶ ATIENZA, 1991b, pp. 9-31.

⁷ ATIENZA, 1997.

⁸ ATIENZA, 1991a.

⁹ ATIENZA, 2012, pp. 182-249. Nesse capítulo, Atienza analisa o procedimento legislativo que resultou na *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. (Nacionales y extranjeros. Las (sin)razones de una discriminación.

¹⁰ ATIENZA, 2004, pp. 89-112.

¹¹ ATIENZA, 2006.

¹² ATIENZA, 2008, pp. 4-9.

¹³ ATIENZA, 2013.

¹⁴ ATIENZA, 2017a, pp. 11-42, pp. 11-15; ATIENZA, 2017b, pp. 419-460, pp. 420-422.

¹⁵ ATIENZA, 2018.

Partindo das diversas abordagens até então existentes para o estudo da legislação, bem como dos seus problemas e limitações, Atienza logo revela a necessidade de articular os instrumentos da técnica legislativa *stricto sensu* com os outros objetivos do ordenamento jurídico para garantir a elaboração de leis mais racionais.

Com isso, vê-se que Atienza voltou a tecer reflexões sobre o tema legislativo em diversas ocasiões e desenvolveu mais ideias que redundaram em uma teoria da argumentação legislativa. Assim, a correta compreensão de seu pensamento passa necessariamente por recompilar todos esses fragmentos, sem o que qualquer explicação sobre sua teoria da legislação será incompleta.

É bem verdade que tal fragmentação dificulta o estudo de suas ideias; entretanto, longe de ser um problema do autor, revela na verdade a complexidade do próprio tema, o qual vem sendo amadurecido por Manuel Atienza em todo esse tempo e, ainda que tangencialmente, tem permanecido presente entre as preocupações do autor. E é mais: esse é um indício da importância da questão legislativa, pois, se assim não fosse, o autor não seguiria dedicando-lhe mais linhas.

Feita essa explicação para justificar antecipadamente as referências feitas às (tantas) obras mencionadas – inclusive as repetidas, sempre que coincidentes – passa-se a reconstruir o pensamento do autor com o propósito de mostrar como foi evoluindo desde os escritos de 1989.

Partindo das diversas abordagens até então existentes para o estudo da legislação, bem como dos seus problemas e limitações, Atienza logo revela a necessidade de articular os instrumentos da técnica legislativa *stricto sensu* com os outros objetivos do ordenamento jurídico para garantir a elaboração de leis mais racionais.

3. A PRIMEIRA CONTRIBUIÇÃO: OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA

Em *Sociología jurídica y ciencia de la legislación*¹⁶, aproveitando algumas ideias básicas lançadas pelo GRETEL – notadamente as distinções entre técnica legislativa e dogmática jurídica, as quais trata de relativizar –, Atienza estabelece sua noção do processo de produção de leis, a legislação, como (atividade consistente em) uma série de interações que tem lugar entre os seguintes elementos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores¹⁷. O produto dessas interações são as leis, as quais constituem o ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito.

¹⁶ ATIENZA, 1989b, pp. 41-70.

¹⁷ ATIENZA, 1989b, pp. 41-70, p. 48.

Nesse contexto, fixando como premissa que um procedimento legislativo mais racional pudesse garantir um produto racional (a lei), propõe a racionalização da prática legislativa, a partir do desenvolvimento de cinco modelos (ideias ou níveis) “ideais” de racionalidade:

(R1) Racionalidade comunicativa ou linguística

(R2) Racionalidade jurídico-formal

(R3) Racionalidade pragmática

(R4) Racionalidade teleológica

(R5) Racionalidade ética

No nível de racionalidade R1 (comunicativa ou linguística), o emissor ou editor da norma deve ser capaz de transmitir com fluidez a mensagem da lei ao receptor ou destinatário. Se uma lei fracassa como ato de comunicação, é irracional no nível R1. Incrementar esse nível de racionalidade na legislação implica utilizar os conhecimentos procedentes da linguística, lógica, informática e psicologia cognitiva, por exemplo, para evitar as ambiguidades sintáticas, lacunas e incoerências que decorrem do caráter impreciso da linguagem (especialmente o uso das conjunções “e”, “ou”, das partículas “só”, “salvo”, etc.).

O ideal de racionalidade R2 (jurídico-formal) implica que a nova lei deve inserir-se em harmonia com o ordenamento jurídico. Essa exigência de sistematicidade opera de modo interno e externo: dentro da própria lei, para que não existam lacunas ou contradições na regulamentação do tema proposto; e externo à lei, em observação às regras e aos princípios já constantes do ordenamento jurídico. Aqui, pode-se dizer que os valores preponderantes seriam a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. Nesse nível, então, uma lei será irracional se contribuir para a corrosão da estrutura do ordenamento jurídico, o que pode acontecer pela não observância de princípios já estabelecidos pelo ordenamento, pela inserção de novos critérios alheios à lógica respectiva ou simplesmente pela derrogação ou remissão equivocadas, por exemplo.

Aumentar a racionalidade da atividade legislativa nesse nível significa melhorar a “técnica jurídica” a partir da elaboração de uma série de diretrizes legislativas, bem como a “profissionalização” da redação normativa, com o estabelecimento de setores especializados

nos órgãos da Administração encarregados (Poder Legislativo e Ministérios, sobretudo). De acordo com Atienza, isso exige os conhecimentos da dogmática jurídica, do direito comparado, da teoria geral do direito e também da lógica jurídica¹⁸.

A racionalidade R3 (pragmática) tem por objetivo que a conduta dos destinatários se adeque às prescrições da lei. Trata-se da chamada eficácia social da lei, o que faz com que a lei seja obedecida espontaneamente e se converta “Direito em ação”¹⁹ (eficaz). Desse modo, no nível de racionalidade R3, será irracional a lei que fracasse como diretiva destinada a influenciar o comportamento social. As técnicas para incrementar a racionalidade pragmática vêm da ciência política, da psicologia e, sobretudo, da sociologia, e passa por proporcionar, por exemplo, estímulos adequados, sanções eficazes, viabilidade administrativa, financeira, entre outras.

Na racionalidade R4 (teleológica), a lei deve alcançar os fins sociais perseguidos. Para lograr esse nível de racionalidade, deve-se conceber o Direito do ponto de vista funcional, o ordenamento jurídico como um meio para conseguir certos fins. Esses fins são os mais diversos e variam no tempo e de acordo com o contexto e o estágio de evolução social. Reduzir as desigualdades sociais, promover eficiência econômica, aumentar o nível de educação da população, melhorar as condições sanitárias, gerar mais empregos, por exemplo, são possíveis fins a serem alcançados pela legislação. Uma lei será irracional do ponto de vista teleológico, portanto, quando deixa de produzir os fins desejados pela lei ou termina por originar efeitos não previstos (independentemente de serem desejados ou não, sendo este último caso ainda pior).

¹⁸ Os estudos originários do GRETEL limitavam-se a esses dois níveis de racionalidade (R1 e R2) e é o que costuma acontecer com a maioria das obras de técnica legislativa.

¹⁹ A distância entre o “Direito nos livros” e o “Direito em ação” foi apresentada pela primeira vez por Roscoe Pound em 1910 no artigo seminal *Law in books and law in action* (publicado na *American Law Review*, n. 44, pp. 12-36). Com essa imagem, Pound quis chamar a atenção para a diferença que há entre as regras que abstratamente normatizam as relações (o direito que está nos livros) e as normas que efetivamente governam os homens, o direito que se desdobra na vida real (o direito em ação). Em outra metáfora, Pound exemplifica que o direito distante da vida real lembra o escritor a quem se encomendou que escrevesse sobre metafísica chinesa e que recolheu material para o seu texto lendo na Enciclopédia Britânica os verbetes “China” e “metafísica”. Sustenta que não é possível construir uma Ciência do Direito sem essa conexão com a realidade concreta, com como o Direito vem sendo aplicado e como funciona atualmente. Defende que alcançar a justiça passa por suprimir (ou ao menos reduzir) a distância entre “Direito nos livros” e o “Direito em ação”. Essas ilustrações se encaixam perfeitamente para explicar qual deve ser a preocupação da atividade legislativa: harmonizar o “Direito nos livros” e o “Direito em ação”, promover o ajuste do Direito às circunstâncias concretas, reais, para efetivamente promover os interesses sociais.

Registra-se aqui que não se trata simplesmente da eficácia social da lei (R3), pois a lei pode ser cumprida por seus destinatários, mas simplesmente não alcançar os objetivos que perseguia. Nesse sentido, a falta de eficácia da lei é um problema não de cumprimento, mas de definição de quais são os meios (os conteúdos normativos) idôneos para lograr os fins sociais determinados, o que também é distinto da falta de clareza ou indefinição dos objetivos. Incrementar a racionalidade teleológica envolve aplicar conhecimentos oriundos da sociologia do direito, análise econômica do direito, teorias da implementação, etc.

Por fim, como o fato de o Direito perseguir fins (R4) não necessariamente significa que esses fins sejam legítimos, tem-se que à luz da racionalidade prescrita em R5, as condutas prescritas e as finalidades das leis pressupõem valores que seriam suscetíveis de justificação ética. Em cada contexto, os fins teriam pesos diferentes e estariam sujeitos a uma avaliação dentro do sistema ético – por exemplo, têm mais valor os fins de liberdade, dignidade, igualdade, segurança e justiça.

Do ponto de vista de R5 (racionalidade ética), uma lei será irracional se não está justificada eticamente ou se foi editada por quem carece de legitimidade ética – seja porque prescreve comportamentos imorais (ou deixa de prescrever o que seria moralmente obrigatório), seja porque persegue fins ilegítimos. Diferentemente dos outros níveis de racionalidade, não há uma técnica legislativa para incrementar R5, que acaba desempenhando uma função mais negativa que positiva. Sem prejuízo, podem ser grandes os aportes da filosofia do direito, da moral, da política e da própria sociologia do direito, para revelar quais são os valores socialmente vigentes (predominantes no cenário) e quais teorias permitem a adequada interpretação das finalidades jurídicas.

Observe-se que tal racionalidade ética não costuma figurar nos estudos sobre a legislação. Note-se, ainda, que, embora a Constituição condense diversas ideias morais vigentes na sociedade, não oferece respostas para todas as questões morais, inclusive porque eventualmente pode conter normas que não se justificariam à luz de uma moral crítica ou esclarecida²⁰.

²⁰ ATIENZA, 2012, p. 230. Atienza dá como exemplo a discussão em torno do artigo 14 da Constituição espanhola – de acordo com o qual “os espanhóis são iguais perante a lei” – que não garantiria, conforme a argumentação do Tribunal Constitucional, a igualdade entre espanhóis e estrangeiros. A crítica vai no sentido de que, se bem é verdade que literalmente a norma não garante a igualdade, sua interpretação à luz dos outros valores do ordenamento e à luz da moral jamais poderia sustentar um tratamento diferenciado.

Atienza propõe um esquema que ajuda a analisar a eficácia e os efeitos sociais das leis, ou seja, o alcance dos níveis de racionalidade R3 e R4. Isso, a partir das perguntas como: A lei é cumprida por todos os destinatários? Isso é o desejável pelo editor? A lei tem efeitos avaliáveis? Eram os efeitos declarados na lei? Foram previstos pelo editor? São positivos (desejáveis ou não)?

Atienza propõe um esquema que ajuda a analisar a eficácia e os efeitos sociais das leis, ou seja, o alcance dos níveis de racionalidade R3 e R4. Isso, a partir das perguntas como: A lei é cumprida por todos os destinatários? Isso é o desejável pelo editor? A lei tem efeitos avaliáveis? Eram os efeitos declarados na lei? Foram previstos pelo editor? São positivos (desejáveis ou não)?²¹

Especificamente quanto à irracionalidade teleológica, o citado esquema ajuda a revelar os diversos casos dessa natureza. Para Atienza, o uso simbólico do Direito (situações nas quais não se pretende o real cumprimento das leis editadas) não é considerado um problema de irracionalidade, apesar de titubear apontando uma possível incompatibilidade com R5. Na sua ótica, o que é realmente problemático é o uso frustrado do Direito: as leis foram estabelecidas com o propósito de serem cumpridas, mas os destinatários simplesmente não o fazem, por causas diversas. Tais razões podem ser de tipo subjetivo (falta de motivação, por exemplo) ou objetivo (falta de cobertura financeira ou organizativa).

Ainda tratando desse tema, explica que as leis podem ter dois tipos de funções ou finalidades: as manifestas, declaradas no preâmbulo e ressaltadas nas discussões parlamentares; e as latentes, sejam as ocultadas de propósito, sejam as eventualmente silenciadas pelos seus autores (porque não teriam consciência de sua importância)²². Revelar as verdadeiras finalidades por trás das que são declaradas é tarefa difícil e nem sempre possível, pois implicaria conhecer informações imprecisas ou que nem sempre estão à disposição. Contrastar o conteúdo do preâmbulo com os efeitos sociais efetivamente verificados pode dar uma pista, embora sirva mais como critério de interpretação e avaliação crítica da lei.

Atienza mostra-se realista ao afirmar que não só não é fácil, mas na verdade talvez seja impossível satisfazer todos os níveis ao mesmo tempo (e às vezes, sequer em separado)²³. E as situações em que há conflitos entre os níveis de racionalidade devem ser resolvidas dando prioridade aos superiores, ou seja, os níveis de racionalidade

²¹ ATIENZA, 1989b, p. 61; ATIENZA, 1997, p. 43.

²² ATIENZA, 2012, p. 226. Atienza cita o exemplo da Ley Orgánica 7/1985 (Ley de Extranjería), cuja verdadeira finalidade seria a de impedir a imigração ilegal, não a de assegurar direitos e liberdades aos estrangeiros.

²³ ATIENZA, 1989, p. 387; ATIENZA, 1997, p. 56.

mais básicos (R1 e R2, linguística e jurídico-formal), por exemplo, estão subordinados aos níveis de racionalidade mais elevados (R3 e R4, racionalidade pragmática e teleológica)²⁴. O exemplo seria o de uma lei obscura ou imprecisa (com má redação ou com déficit do ponto de vista de R1) com o propósito de alcançar aprovação e consequente eficácia social (preponderância de R3 e R4). É dizer, a racionalidade linguística cede espaço, pois tal lei hipotética seria um meio para alcançar racionalidade pragmática ou teleológica.

Com efeito, a esses cinco níveis de racionalidade, depois acrescentou um nível de meta-racionalidade – que poderia ser referido por “R6” (embora o próprio autor não o tenha feito em seu modelo) –, qual seja a “razoabilidade”, assim entendida a exigência de que exista um equilíbrio na concretização das finalidades (racionalidades) anteriores, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deveria ser feito a um “custo razoável”²⁵. Embora guarde alguma aproximação, deve-se registrar que a razoabilidade legislativa referida pelo autor não se confunde com a noção de eficiência. Na verdade, assemelha-se mais a uma ideia de proporcionalidade. Esse importante ponto será retomado na sequência.

Para Atienza, a racionalidade da argumentação jurídica – na interpretação e aplicação do Direito – exige um mínimo de racionalidade legislativa. Seu pensamento é o de que a jurisdição e a legislação são dois momentos de um mesmo processo. A racionalidade jurídica, assim, teria caráter unitário, e se aplica tanto à produção, quanto à aplicação do Direito. Especificamente sobre a legislação, sua preocupação é com a construção de uma teoria que tenha o propósito não só de descrever, mas também de explicar e propor procedimentos que incrementem a racionalidade da prática legislativa existente (caráter descritivo e prescritivo ao mesmo tempo).

4. O PASSO ADIANTE: A ARTICULAÇÃO COM A PERSPECTIVA ARGUMENTATIVA

O pensamento de Manuel Atienza sobre a legislação foi completado no artigo *Argumentación y legislación*²⁶, de 2004. Diferentemente das abordagens anteriores – concebendo a racionalidade legislativa

²⁴ ATIENZA, 1989, p. 389; ATIENZA, 2012, p. 224.

²⁵ ATIENZA 2004, p. 100; ATIENZA, 2013, p. 715.

²⁶ ATIENZA, 2004, pp. 89-112.

como uma estrutura articulada em cinco níveis de racionalidade, que servem tanto como ideais normativos, quanto como critérios para a avaliação do produto da atividade legislativa –, é nesse artigo mais recente que acrescenta o nível de meta-racionalidade (a “razoabilidade”), apontado antes, a permear todos os demais níveis de racionalidade (e etapas do processo legislativo). Aqui também é a primeira vez que passa a focar a legislação a partir da perspectiva da argumentação jurídica. Nesse sentido, Atienza se propõe a refletir sobre parâmetros de como analisar e avaliar uma argumentação legislativa e como argumentar no contexto da elaboração legislativa.

Parte da afirmação de que a argumentação levada a cabo pelos órgãos políticos (com caráter de assembleia) está fora do alcance da expressão “teoria da argumentação jurídica”, de maneira que os instrumentos conceituais dessas teorias desenvolvidas nas últimas décadas não podem ser utilizados para dar conta da argumentação legislativa.

Para demonstrar, explica as diferenças dos contextos institucionais da produção legislativa e da aplicação judicial do direito, contrastando as figuras ideais de um juiz e de um legislador. De um lado, coloca os primeiros como funcionários independentes; sem responsabilidade política; que desenvolvem suas funções de maneira estável; e especialistas em Direito. De outro, os legisladores como representantes de algum setor, classe social ou ideologia; sem independência em relação aos partidos políticos que integram e à opinião pública em geral; que desenvolvem suas funções de modo ocasional; e sem que lhes seja exigida qualquer formação específica (não precisam ser juristas). Desses diferentes *status* profissionais decorrem diferentes deveres funcionais: os juízes estão sujeitos aos princípios da imparcialidade, independência e à obrigação de motivar suas decisões, ao passo que os legisladores não estão submetidos a tais obrigações; espera-se tão somente coerência ideológica, alguma disciplina e habilidade para levar a cabo os objetivos fixados (fins sociais). De fato, como as leis visam a transformar a realidade, não precisam ser consistentes.

Para Atienza, considerando a composição e a organização do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, também existem diferenças substanciais. A organização judiciária está desenhada para, ao menos na maioria das vezes, alcançar-se o consenso, o que seria contribuído

pela homogeneidade dos membros, a hierarquia e o sistema de recursos que uniformizam as opiniões. De forma radicalmente diferente, as legislaturas são órgãos compostos por centenas de membros, tendo sido desenhadas para gerir o dissenso; de modo que se espera que sejam capazes de chegar a acordos razoáveis – dentro dos limites do discurso racional – por intermédio de negociações e compromissos que garantem as decisões legislativas. Por fim, outra diferença está relacionada à possibilidade de escolha das questões sobre as quais cada órgão terá que se pronunciar: enquanto o Judiciário carece dessa iniciativa – prevalecendo o chamado princípio dispositivo ou da inércia (*ne procedat iudex ex officio*) como garantia da imparcialidade do julgador –, o Legislativo a tem com ampla liberdade.

Para facilitar a visualização, tais diferenças poderiam ser esquematizadas no quadro a seguir:

Juízes	Legisladores
São funcionários independentes (é vedada a filiação partidária)	São filiados a partidos políticos
Não têm responsabilidade política	Estão submetidos a eleições periódicas
Gozam de estabilidade	Cumprem mandatos
São especialistas em Direito	Não se lhes exige formação específica
São imparciais	Representam interesses de seus eleitores
Decisões pautadas no Direito	Decisões pautadas na ideologia
São obrigados a motivar suas decisões	Em geral não se lhes exige tal motivação
Atuação unipessoal ou colegiada (tribunais)	Atuação em órgãos numerosos
Poder Judiciário	Poder Legislativo
Está desenhado para alcançar o consenso	Está desenhado para gerir o dissenso
Homogeneidade dos membros (pela escassa diversidade de perfis)	Heterogeneidade dos membros (pelo caráter plural da representação do povo)
Rigorosa hierarquia do sistema	Maior flexibilidade (inclusive para acordos <i>ad hoc</i> para superação dos regimentos em matéria de procedimentos, especialmente)

Sistema de recursos para uniformização	Compromissos e negociações para a decisão
Não pode escolher os temas apreciados	Pode escolher os temas apreciados

Tipo de raciocínio que predomina

Subsunção com base nas normas vigentes	Raciocínio prático
Decisão voltada para o passado	Decisão orientada ao futuro
Ponderação (estabelecer prioridades) em caráter excepcional	Ponderação (concretizar fins constitucionais)
Resposta correta ao caso concreto (ao menos como ideal regulativo)	Grande discricionariedade na legislação
A coerência é critério importante	A coerência tem papel mais fraco
Finalidade: cumprir o Direito (objetivos internos)	Finalidade: usar o Direito para alcançar fins sociais (objetivos externos)

Natureza da decisão

Decisões fechadas (orientadas ao sistema jurídico, a uma única resposta correta)	Decisões abertas (orientadas ao sistema social, com várias respostas possíveis)
Critérios de correção internos ao Direito	Sem critérios de correção fortes

Tipos de argumentos predominantes

Dedutivos; silogismos subsuntivos; argumentos <i>a pari</i> ; <i>a contrario</i> ; <i>ad absurdum</i> ; argumentos quase lógicos.	Indutivos; argumentos baseados em conexões de causalidade; baseados na estrutura do real; pragmático; meios-fins.
---	---

Características da argumentação judicial x legislativa

Obedece a um esquema classificatório.	Esquema meios-fins e de ponderação.
Responde a perguntas como: se ocorreu um fato x; se x pertence à categoria X; como se define a classe X; quais são os efeitos que surgem de que x pertença a X.	Responde a perguntas como: como se descreve o estado de coisas considerado problemático; como se explica a situação (causas); que medidas poderiam ser tomadas; quais são as finalidades a alcançar; qual é o ajuste razoável desses fins.

Justificação da decisão tomada em um caso concreto (no passado)	Justificação de normas gerais de aplicação a casos genéricos (no futuro)
Aspecto dialético oculto	Aspecto dialético acentuado
Justificação formal de presença obrigatória	Inexistência de obrigação em justificar
Persuasão acessória e ausência de problema se a argumentação judicial não resulta persuasiva	Persuasão predominantemente voltada à opinião pública e aos eleitores (remota possibilidade em relação à força antagônica no próprio Parlamento)

Fonte: autoria própria, a partir dos escritos de Manuel Atienza com o intuito de esquematizá-los

Atienza prossegue esclarecendo que tais diferenças não conduzem à concepção de que a racionalidade legislativa seja de categoria inferior à racionalidade judicial, mas sim que é muito mais complexa pelas razões institucionais expostas acima. Essa constatação ajuda a explicar por que argumentos iguais podem ter pesos muito diferentes conforme sejam emitidos pelo Poder Legislativo, Judiciário ou por outras instâncias jurídicas – por exemplo, o argumento de que determinada norma é inconstitucional pode não ter valor para impedir sua aprovação no Legislativo, ao passo que no Judiciário poderia conduzir a anulação de seu cumprimento ou à própria expulsão do ordenamento jurídico (com declaração de inconstitucionalidade).

Assim, como já é possível perceber, a concepção do autor, estruturada em cinco níveis de racionalidade (e um de meta-racionalidade), não oferece os critérios suficientes para avaliar a força de cada argumento no âmbito do Legislativo²⁷. Como mais adiante isso ficará claro, a avaliação é muito mais contexto-dependente.

Após a recapitulação das três concepções nas quais vê a argumentação (formal, material e pragmática), Atienza dedica-se a conectá-las com as características da legislação. Considera que a análise da argumentação legislativa exige um esquema que dê conta da existência de diversos atores que efetuam diversas “jogadas” (atos de linguagem de caráter argumentativo) em diversos momentos. Daí que o peso argumentativo não se concentra tanto no produto do processo legislativo, mas na atividade como um todo, nas fases

²⁷ ATIENZA, 2012, p. 225.

pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Desse modo, a análise da argumentação pode ser feita em cada um desses momentos ou, conforme o caso, a partir da argumentação levada a cabo por um interveniente.

Em todas essas situações, para Atienza, a argumentação legislativa poderia ser tomada como uma atividade dirigida a dar resposta aos questionamentos gerados por cada um dos níveis de racionalidade, o que permitira elaborar uma tipologia de argumentos legislativos a partir das seguintes perguntas:

- a) A lei em questão tem forma linguisticamente adequada? (Está assegurada sua comunicabilidade?)
- b) É sistemática? (Abstém-se de criar lacunas e contradições?)
- c) É eficaz? (É possível prever o cumprimento por seus destinatários?)
- d) É efetiva? (Seriam alcançados os objetivos planejados?)
- e) É axiologicamente adequada? (Está de acordo com os princípios constitucionais e outros critérios morais pertinentes?)
- f) É eficiente? (Alcança os objetivos anteriores a um custo satisfatório?)²⁸

Aqui convém um alerta. Essas são perguntas críticas que, desde uma perspectiva analítica, podem nortear a análise, muito embora, repita-se, é necessário olhar atentamente para os contextos e constrangimentos para analisar e avaliar a lei. É que o convencionalmente chamado contexto da descoberta imprime fortes condicionantes à argumentação legislativa. Embora o autor não aprofunde esse ponto, é fato que o tempo, o espaço, os atores, entre outros elementos circunstanciais, podem alterar radicalmente a compreensão do contexto de justificação quanto a uma potencial “irracionalidade”.

Em seguida, a avaliação dos argumentos legislativos passaria por distinguir os argumentos bons, os maus, os falaciosos, bem como atribuir-lhes em cada caso um maior ou menor peso justificativo ou efeito persuasivo, sendo certo que tais critérios podem variar

²⁸ ATIENZA, 2004, p. 105.

No Legislativo, a dialética permeia todo o debate e a persuasão – ainda que predominantemente voltada para fora (opinião pública e eleitores), porquanto seja muito difícil a persuasão propriamente dita dos antagonistas (demais parlamentares) – joga um papel muito importante.

a depender da fase analisada (se pré-legislativa, legislativa ou pós-legislativa), bem como da fonte da argumentação sob análise (se os próprios órgãos legislativos, comissões ou plenário, os cidadãos através dos meios de comunicação ou os dogmáticos do direito, por exemplo). Isso porque, do ponto de vista argumentativo, cada uma das fases legislativas tem características próprias, o papel assumido pelos participantes é diferente, o que também ocorre com os objetivos a alcançar, os destinatários da argumentação, etc. No entanto, nem mesmo o próprio Manuel Atienza esclarece como atribuir “peso” aos argumentos.

Com efeito, considerando a perspectiva formal, Atienza explica que a argumentação legislativa tem por característica raciocínios baseados em relações de causalidade, seguindo esquemas de tipo indutivo. Usando a classificação de argumentos de Perelman e Olbrechts-Tyteca²⁹, predominam no Legislativo argumentos baseados na estrutura do real, que estabelecem nexos causais, o argumento pragmático, o argumento meio-fim. Nesse contexto, a avaliação da argumentação legislativa equivale à da argumentação judicial.

Já do ponto de vista material, tal exame passa por considerar mais peculiaridades da argumentação legislativa, notadamente que está dirigida para justificar normas gerais que serão aplicadas no futuro e que geralmente contempla casos genéricos – em contraposição à argumentação judicial, por exemplo, que costuma justificar uma decisão tomada em um caso concreto, usando as normas já estabelecidas, etc.

Da mesma maneira, a avaliação a partir da perspectiva pragmática exige sopesar os aspectos dialéticos e retóricos da argumentação legislativa, cuja presença é detectada de modo acentuado, diferentemente do que se vê na argumentação judicial (na qual o aspecto dialético é ocultado e não há qualquer obrigação de persuasão). No Legislativo, a dialética permeia todo o debate e a persuasão – ainda que predominantemente voltada para fora (opinião pública e eleitores), porquanto seja muito difícil a persuasão propriamente dita dos antagonistas (demais parlamentares) – joga um papel muito importante.

²⁹ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2002.

Na opinião de Atienza, esse aspecto retórico da argumentação legislativa traria elementos de “irracionalidade”, em suas próprias palavras³⁰. Para ele, a dinâmica política afastaria a argumentação legislativa do discurso crítico racional, na medida em que para alcançar acordos com outras forças, grupos de interesse, etc., recorre-se sobretudo à negociação, e, para obter a aceitação popular, lança-se mão de *slogans* propagandísticos e outras técnicas publicitárias, em detrimento dos argumentos de caráter “racional”^{31, 32}.

Aponta, ainda, outros “defeitos” que trazem elementos de irracionalidade à argumentação legislativa, embora os considere inevitáveis: o tempo de discussão é e deve ser limitado; as informações disponíveis também são limitadas; a participação dos cidadãos e grupos interessados é restrita; nem sempre os parlamentares se movem pelo interesse público, às vezes se guiam por interesses partidários, por exemplo, e mesmo quando atuam com independência, há a questão ideológica³³.

Entretanto, em sua opinião, há aspectos que, sim, poderiam ser corrigidos. Tomando em consideração o sistema espanhol, menciona uma possível reforma institucional no Senado e a modificação do direito parlamentar para: a) dar mais protagonismo ao debate no plenário, em lugar das comissões – pois nessas últimas não participariam todos os parlamentares, especialmente os dos grupos minoritários; b) acabar com a prática da disciplina de voto – porque conduz à desconsideração das razões envolvidas –, o que talvez exigisse a modificação das regras do sistema eleitoral (Atienza sugere o fim das listas fechadas e adoção do sistema distrital)³⁴.

³⁰ ATIENZA, 2004, p. 109.

³¹ ATIENZA, 2004, p. 109.

³² Sem prejuízo da visão de Atienza, a grande questão é que, sem tais “elementos de irracionalidade da política”, não se pode compreender em sua inteireza a argumentação desenvolvida no âmbito do Poder Legislativo. É dizer, não é possível isolá-los do seu contexto, sob pena de serem deixados de lado aspectos importantes que explicam muito da lógica legislativa. Nesse sentido, pode ser de grande utilidade a explicação de como atua a publicidade política (neuropropaganda). Na medida em que representa, antes de tudo, uma estratégia de distribuição da mensagem desejada – de forma análoga à operada pela retórica, mas cuja diferença consiste no uso de conhecimentos advindos da neurociência – fazendo uso das emoções e do processamento inconsciente da comunicação para influenciar a opinião e o comportamento dos cidadãos e eleitores.

³³ ATIENZA, 2012, p. 217.

³⁴ ATIENZA, 2012, p. 218.

No que diz respeito ao último item a que Atienza se propunha desenvolver, consistente em como argumentar no contexto da legislação, mais uma vez registra a necessidade de considerar a fase, a fonte e o contexto da argumentação (se seria um publicitário, um cientista social, um jurista, um político no Parlamento, etc.). A recomendação vai no sentido de aproveitar as fases tradicionais de produção do discurso judicial (*inlectio, inventio, dispositio, elocutio, memoria e actio*) ou distinguir suas partes (*exordio, narratio, argumentatio e peroratio*), adaptando no que for necessário às peculiaridades do discurso deliberativo que representa a argumentação legislativa – o que passa por fazer uso de argumentos pragmáticos, meio-fim, bem como lançar mão de razões em prol dos níveis de racionalidade já mencionados.

Atienza parece considerar também legislativa uma argumentação levada a cabo por um jurista dogmático³⁵. Isso, a despeito das peculiaridades que revestiriam tal argumentação – bastante distintas do que caracteriza o contexto legislativo –, notadamente a independência quanto ao que chamou “leis da política” e a notável preocupação quanto à interpretação e aplicação do direito. Embora a uma primeira vista essa ideia resulte incompatível (inclusive com sua própria ideia de legislação-atividade³⁶), tem-se a impressão de que seu propósito foi o de estender os níveis de racionalidade aplicáveis à legislação ao que se conhece simplesmente como raciocínio *de lege ferenda*, é dizer, é dizer, às recomendações que se reputam convenientes considerar em uma possível atuação legislativa para modificar o tratamento de determinada matéria tal como posto no direito positivo, isto é, *de lege lata*.

Em 2006, no livro *El Derecho como argumentación*³⁷, Atienza retoma o tema da legislação (atividade), não sob a forma de um capítulo específico, mas em passagens diversas ao longo do livro, de maneira praticamente inseparável da apresentação que faz de seu enfoque argumentativo do Direito. Ao conceber o Direito como um processo integrado por fases, momentos ou aspectos da atividade, a legislação

³⁵ ATIENZA, 2012, p. 110.

³⁶ Recorde-se que o autor considera a legislação – o processo de produção das leis – como uma série de interações que têm lugar entre elementos distintos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores. (ATIENZA, 1989b, p. 48; ATIENZA, 1989a, p. 385; ATIENZA, 1997, p. 24).

³⁷ ATIENZA, 2006.

(como momento de produção do Direito) passa a fazer parte da prática argumentativa no Estado constitucional cujo avanço igualmente conduz à limitação do poder do legislador, que deve justificar-se de forma mais exigente³⁸.

Entrevê-se seu pensamento sobre a legislação inclusive através dos exemplos que dá ao longo do livro. Ao abordar o raciocínio jurídico como raciocínio prático e colocar o Direito como técnica de controle social, cujo raciocínio deve estar voltado para a ação, e não ao conhecimento, ilustra com a argumentação legislativa que se dirige ao estabelecimento de normas com determinados conteúdos para alcançar determinados objetivos³⁹. Explica que mesmo o raciocínio teórico dos legisladores (ao constatar a existência de um problema social, analisar suas causas, prever consequências de uma não atuação, de editar uma lei com determinado conteúdo) está a serviço da tomada de decisões legislativas e se insere em argumentações mais amplas de caráter prático⁴⁰.

O autor também destaca a natureza instrumental da argumentação legislativa. Para Atienza, na maioria das ocasiões, trata-se de mostrar que, se for estabelecida uma lei com determinado conteúdo, então serão alcançados determinados objetivos, os quais deverão responder a necessidades sociais e ser conformes as normas e os valores constitucionais. Problematiza, ainda, explicando que na argumentação legislativa é frequente a discussão sobre quais são os verdadeiros objetivos perseguidos pela nova lei (conscientemente queridos ou que serão produzidos, ainda que indesejados), pois disso depende que a medida esteja justificada ou não⁴¹. Essa tarefa, característica do legislador, é nada mais que a ponderação legislativa, para Atienza⁴².

Com isso, revela o caráter complexo da argumentação no âmbito do Legislativo, pois consistente tanto no esquema finalístico (quais meios normativos são aptos para alcançar os fins), quanto na ponderação referente a quais fins, entre os diversos princípios e valores do sistema jurídicos, devem ser contemplados.

³⁸ ATIENZA, 2006, p. 17, 33.

³⁹ ATIENZA, 2006, p. 197.

⁴⁰ ATIENZA, 2006, p. 198.

⁴¹ ATIENZA, 2006, p. 202.

⁴² ATIENZA, 2006, p. 226.

Sem prejuízo, Atienza repete sua opinião no sentido de que não existem as condições ou pressupostos do diálogo racional na argumentação produzida nos contextos legislativos⁴³.

5. A APLICAÇÃO DO MODELO DE ANÁLISE EM ARGUMENTAÇÕES CONCRETAS

No artigo *Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida*⁴⁴, de 2008, o autor volta a usar suas “ferramentas” para analisar a *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* (embora o próprio autor não tenha fornecido o número em seu texto).

Meditando que as leis em geral podem ser avaliadas a partir de diversos prismas, faz algumas perguntas (que parece considerar serem as mais importantes para a avaliação das leis): 1) quais são os objetivos da lei? 2) há objetivos ou resultados não declarados (queridos ou não pelo “legislador”)? 3) estão justificados de acordo com os valores socialmente dominantes, com os princípios constitucionais ou com os de uma determinada concepção da ética? 4) são os con-

⁴³ Nas suas palavras, no original: “Pues bien, aunque sea en cierto modo acertado considerar que el diálogo racional o la discusión crítica constituye el centro de una concepción dialéctica de la racionalidad, ése es un juicio que tiene que ser matizado. Y tiene que serlo, simplemente, porque hay muchos contextos de la vida social (y jurídica) en los que no parece que se den las condiciones o los presupuestos para que puedan aplicarse las reglas de ese tipo de diálogo. Las argumentaciones que llevan a cabo los abogados o las argumentaciones que se producen en contextos legislativos (por ejemplo, en el interior de un parlamento) son ejemplos claros de ello. Considerarlas como formas deficitarias de argumentación quizás no resulte (o no resulte siempre) satisfactorio. Quiero decir que puede estar justificado criticar la forma de argumentar de los abogados o de los parlamentarios, en la medida en que las mismas no cumplen los requisitos que deberían cumplir las argumentaciones en esos contextos institucionales, pero no estaría justificado (no tendría sentido) ver como una deficiencia, por ejemplo, el que esas argumentaciones tengan un sesgo “partidista”, porque eso supondría tanto como negar que se trata de juegos argumentativos legítimos, de prácticas sociales legítimas: un abogado imparcial es tan inconcebible (conceptualmente hablando) como un juez parcial.

En mi opinión, es posible conciliar una postura realista, consistente en reconocer que hay otras formas también racionales de argumentación dialéctica, con atribución de cierta prioridades al discurso racional: bastaría para ello con que el diálogo racional permitiera justificar (como creo que lo permite) la existencia de otros juegos dialécticos: las reglas que rigen estos últimos no pertenecen al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él, lo que es muy distinto. Se trata, así pues, de un punto de vista que no coincide con el que defiende Alexy cuando afirma que la argumentación jurídica en sus diversos contextos (no sólo la argumentación judicial, sino también la de los abogados o la legislativa) es un caso especial de la argumentación práctica racional. Esa tesis parece suponer que las reglas del discurso práctico racional definen una especie de superjuego que contiene – en forma muy abstracta – a todas las reglas de los otros juegos argumentativos. Lo cual supone adoptar una postura excesivamente idealizada y que no permite un análisis, una evaluación y un desarrollo adecuado de las argumentaciones que tienen lugar en muchos contextos jurídicos y sociales” (ATIENZA, 2006, pp. 269-270).

⁴⁴ ATIENZA, 2008, pp. 4-9.

Como já se pode ir vendo, é uma constante dos textos de Atienza a repetição de que as discussões legislativas não se enquadram no chamado “diálogo racional”, o que poderia ser interpretado como um certo ceticismo do autor para com as possibilidades de melhoria das práticas legislativas.

teúdos da lei (as obrigações, proibições e permissões que contém) assim como as instituições que cria adequadas para alcançar esses objetivos? 5) existem incentivos (sanções positivas ou negativas) e recursos (por exemplo, financeiros) que possam assegurar a eficácia da lei? 6) deixa a lei vazios e/ou cria contradições ou, ao contrário, regula tudo o que pretende regular e o faz de forma harmônica, tendo em vista o conjunto do articulado e o resto do ordenamento jurídico? 7) está, finalmente, redigida de maneira que a mensagem de suas normas resultem razoavelmente precisa e seja compreensível aos seus destinatários – diretos e indiretos – de forma que não dê lugar a problemas interpretativos que poderiam ser evitados?

Atienza passa, então, a discorrer especificamente sobre a lei mencionada, registrando que as principais controvérsias se centraram sobre seus aspectos éticos e se dedica a reconstruir a discussão que se desenvolveu em concreto, registrando de cara que o debate (tanto nos meios de comunicação, quanto no Parlamento) se afastou muito do que se pode chamar um “diálogo racional”. O autor entra no mérito das opções legislativas e chega a sugerir redações alternativas para aperfeiçoar o texto da lei.

Como já se pode ir vendo, é uma constante dos textos de Atienza a repetição de que as discussões legislativas não se enquadram no chamado “diálogo racional”, o que poderia ser interpretado como um certo ceticismo do autor para com as possibilidades de melhoria das práticas legislativas.

O mesmo tom pode ser detectado no capítulo sexto (*Nacionales y extranjeros. Las (sin)razones de una discriminación*) do seu livro *Tras la justicia*⁴⁵, em que analisa a argumentação levada a cabo para a aprovação da *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España* e, naturalmente, o texto legislativo respectivo e as discussões pós-legislativas.

No seu *Curso de Argumentación Jurídica*⁴⁶, de 2013, Atienza logrou de resumir o essencial de todo o seu pensamento sobre a argumentação legislativa em seis páginas⁴⁷. O *Curso* é o livro que pode ser considerado sua obra máxima, representando a complementação e

⁴⁵ ATIENZA, 2012, pp. 182-249.

⁴⁶ ATIENZA, 2013.

⁴⁷ ATIENZA, 2013, pp. 712-718.

consolidação de todo o seu pensamento. Nada obstante, quanto à argumentação legislativa, não chegou a acrescentar nada que já não estivesse nas publicações anteriores quanto ao tema.

6. OS DESENVOLVIMENTOS MAIS RECENTES: PRETENSÃO DE CORREÇÃO E AVALIAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA

No livro *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*⁴⁸, o Manuel Atienza confere ainda mais precisão a algumas ideias sobre o raciocínio jurídico e trava uma breve discussão com Thomas Bustamante sobre as peculiaridades do raciocínio legislativo, que merecem ser reportadas sinteticamente. É que, para o autor espanhol, o raciocínio judicial constitui somente um tipo, embora muito importante, do raciocínio jurídico. Desse modo, a vida jurídica tem outras instâncias com argumentações não judiciais (como é o caso da argumentação legislativa, a argumentação dos advogados, da argumentação dogmática, etc.), na linha do que já foi explicado antes.

Ao pensar dessa forma, Atienza expõe sua discordância quanto à chamada “tese do caso especial” de Robert Alexy⁴⁹, cujo núcleo consiste na ideia de que a argumentação jurídica, tomada em toda a sua extensão, seja um caso especial da argumentação prática em geral. Consequentemente, as regras do discurso prático racional teriam que operar como ideais regulativos também nessa seara. Para Alexy, tais regras precisam ser aplicadas na maior medida possível, dentro das possibilidades.

Para Atienza, no entanto, a argumentação jurídica é uma prática social complexa, na qual concorrem diversos tipos de diálogos e onde, dependendo do contexto que se trate, as regras do diálogo racional não cumprem sempre o mesmo papel⁵⁰. E mais, em determinados jogos jurídicos argumentativos não se aplicam determinadas obrigações – como a obrigação de sinceridade na argumentação legislativa, conforme o entendimento de Atienza, – ou implicam regras específicas adicionais não contidas na teoria de Alexy, como a racionalidade estratégica que costuma vir misturada nos processos de negociação

⁴⁸ AGUILÓ REGLA; GRÁNDEZ CASTRO, 2017.

⁴⁹ Exposta em seu *Teoría de la Argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*.

⁵⁰ ATIENZA, 2017b, pp. 11-42, p. 14.

e mediação. Essas características, portanto, contradiriam a tese do caso especial, e não se poderia falar em uma relação gênero-espécie (discurso prático-discurso jurídico), mas sim de tipo diferente.

Examinando esse ponto da tese de Manuel Atienza, Thomas Bustamante⁵¹ considera que não assiste razão no abandono, quanto ao raciocínio legislativo, das teses de Robert Alexy no sentido de que: (i) o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral; e (ii) todos os contextos da argumentação jurídica têm em comum a pretensão de correção.

Abordando especificamente o contexto legislativo, Bustamante argumenta que a obrigação de sinceridade do legislador se satisfaz com um requisito mais fraco, como a exigência de “consistência de princípio” ou “responsabilidade moral”, mas no plano institucional. Ou seja, não se trata de subjetivamente o legislador acreditar na correção moral das decisões que sustenta, mas simplesmente de que tais decisões não sejam produto do arbítrio ou capricho individual. Em outras palavras, Bustamante parece defender que é suficiente e bastante que os participantes em uma discussão legislativa aduzam razões orientadas ao entendimento, e não ao êxito (persuasão), de maneira legal, sem buscar o engano ou a manipulação⁵².

Além disso, para Bustamante, a circunstância de que os componentes pragmático e estratégico tenham mais peso no âmbito legislativo, em comparação à argumentação judicial, por exemplo, não faz com que a argumentação legislativa deixe de submeter-se às regras e formas do discurso prático geral. A questão reside unicamente na ênfase posta nas diferentes regras e formas de argumentação e refutação de razões juridicamente relevantes⁵³. Com isso, Bustamante defende que não é evidente o erro da intuição de Alexy de que todos os âmbitos da argumentação jurídica se submetem às regras e formas do discurso prático geral. É dizer, sua opinião é que Atienza se equivoca nesse ponto.

Nada obstante esse único ponto de discordância, Bustamante afirma textualmente que a teoria da legislação de Atienza continua sendo, até hoje, a mais importante, robusta e enriquecedora con-

⁵¹ BUSTAMANTE, 2017, pp. 43-57.

⁵² BUSTAMANTE, 2017, p. 53.

⁵³ BUSTAMANTE, 2017, p. 54.

tribuição que se pode encontrar na literatura de filosofia do direito e teoria da argumentação jurídica⁵⁴. E reconhece a plausibilidade da tese de Atienza no sentido de que a teoria da argumentação jurídica deve desenvolver *standards* e regras voltados ao âmbito legislativo, analisando as exigências de racionalidade que se impõem nesse contexto, e tentando estabelecer a forma como elas se relacionam e por quê cada uma pode ter mais ou menos importância⁵⁵. Especialmente quanto a esse ponto, parece impossível discordar de Thomas Bustamante.

Retomando a discussão, Manuel Atienza responde às considerações de Thomas Bustamante no *Epílogo (abierto)*⁵⁶. Não dedica muitas palavras (duas páginas e meia, precisamente), mas é certo: embora o significado da tese do caso especial de Alexy não seja claro, essa não pode ser tomada em um sentido fraco, sob pena de perder todo o seu interesse (se tornaria uma tese banal).

Sobre a “pretensão de correção”, brevemente afirma que essa não pode ser traduzida em simples “pretensão de sinceridade”, significando com isso que se reputa atendido o dever quando se argumenta seriamente, e não seguindo caprichos pessoais. Para Atienza, a pretensão que existe na argumentação legislativa é a de alcançar o êxito (leia-se, a persuasão e, concretamente, a aprovação da lei), e, como tal não pode acontecer de qualquer maneira, observa-se certa incompatibilidade real (prática) com a noção de pretensão de correção moral. Rebatendo o outro comentário sobre a concepção da argumentação, Atienza afirma que tanto Bustamante, quanto Alexy adotam uma visão restritiva da argumentação jurídica. Para o autor espanhol, sua própria visão conduz a enxergar a argumentação jurídica de forma mais realista e menos idealizada⁵⁷.

Nos últimos tempos, Atienza insiste muito nessa crítica à teoria de Alexy de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso racional. Afirma que diversos erros decorrem de tomar esse ponto de partida. Constantemente repete que existem contextos nos quais se argumenta no Direito e nos quais não se seguem as regras sistematizadas por Alexy e que, para construir uma teoria que dê conta

⁵⁴ BUSTAMANTE, 2017, p. 54.

⁵⁵ BUSTAMANTE, 2017, p. 56.

⁵⁶ ATIENZA, 2017b, pp. 419-460.

⁵⁷ ATIENZA, 2017b, p. 422.

de todas as práticas argumentativas, não se pode ficar somente no plano do discurso racional.

Ainda no que diz respeito à discussão acima mencionada entre Atienza e Bustamante, especificamente acerca da controvérsia sobre a “pretensão de correção” e “pretensão de sinceridade”, registre-se seu relevo. Embora o ponto pareça carecer de qualquer importância para a teoria da legislação – ou até mesmo figurar como algo inútil para o labor legislativo, guarde-se a problemática. Isso porque a admissibilidade da mentira em uma teoria da legislação sob o enfoque argumentativo é um capítulo que merece maiores aprofundamentos⁵⁸.

Na conferência *A model for the analysis of legislative reasoning*⁵⁹, Manuel Atienza voltou a reproduzir as suas ideias que já estavam em outros escritos sobre a teoria da legislação e a conexão feita posteriormente com a argumentação legislativa, tal como aqui já explicado. Pela primeira vez, no entanto, procura desenvolver um “esquema” para a análise de casos legislativos concretos, o que denomina como “estudo empírico”⁶⁰. Nesse sentido, Atienza se debruça sobre a argumentação legislativa a propósito da *Ley Orgánica 11/2015 para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*⁶¹ e, depois, a propósito da *Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana*.

Embora seja consciente de que a análise dos dois casos não constitui uma amostra que permita chegar a uma generalização, Atienza formula algumas conclusões, que serão na sequência muito brevemente sintetizadas. Em primeiro lugar, alerta que alguns argumentos podem ter um *status* ambíguo com relação aos cinco tipos de razões legislativas (o cerne de sua teoria) e que o juízo sobre a maior

⁵⁸ Algumas ideias sobre o ponto podem ser encontradas em: NASCIMENTO, 2018, pp. 494-512.

⁵⁹ Apresentada no International Workshop on *Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, realizado na Universidade de Zaragoza nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018. A programação está disponível em: <<http://www.legisprudence.es>>. Acesso em: 24 fev. 2018. Aqui será comentado o rascunho em espanhol, gentilmente fornecido em primeira mão pelo autor. Em breve, os trabalhos do evento serão publicados em livro editado por Springer.

⁶⁰ ATIENZA, 2018, p. 4.

⁶¹ Esse caso foi escolhido para contrastar com Daniel Oliver-Lalana, que já havia analisado a mesma argumentação na conferência *Mejores y peores argumentaciones legislativas: un enfoque para evaluar la justificación parlamentaria de las leyes, presentada no Convegno La motivazione delle leggi* (Università degli Studi di Milano, Dipartimento Cesare Beccaria, aprile 2017). O arquivo foi gentilmente disponibilizado pelo próprio autor.

ou menor bondade da lei tem que ser conjunto, holístico, ou seja, não separado conforme a mencionada tipologia, já que a atividade de editar uma lei pressupõe a pretensão de alcançar um determinado objetivo social (razões teleológicas) que possa ser considerado justificado (razões axiológicas), para o qual se precisa formular uma série de enunciados bem construídos (razões linguísticas) cujos conteúdos se ajustem ao ordenamento jurídico (razões sistemáticas) e deem lugar a ações (razões pragmáticas) que permitam alcançar esse objetivo.

Em outras palavras, na linha do que já se explicou aqui, as categorias de Manuel Atienza funcionam mais do ponto de vista analítico, com algum papel de vetor (ou ideal normativo, regulativo em um sentido fraco, como critérios para serem levados em conta no momento da elaboração legislativa). Sem dúvida, o maior proveito dos níveis de racionalidade comentados está na sua utilidade para avaliar (sobretudo *ex post*) o grau de qualidade da legislação (e da argumentação legislativa respectivamente envolvida). Tais racionalidades são, portanto, graduais e complementares, de modo que níveis menores em alguma(s) das categorias podem não afetar a racionalidade da lei em uma avaliação global, a qual deve considerar sobretudo a eficácia e efetividade no alcance de seus objetivos.

Atienza, então, propõe um modelo para analisar e avaliar uma argumentação produzida em um assembleia legislativa, conforme os seguintes passos: 1) exposição das circunstâncias nas quais se insere a iniciativa parlamentar (condições políticas, sociais que explicam a existência do problema); 2) identificação dos pontos fundamentais da discussão; 3) identificação das razões a favor e contra cada um dos pontos; 4) representação eventual mediante diagrama de flechas, os quais podem se referir ao conjunto de uma argumentação ou a algum fragmento (este passo seria opcional); 5) exame pormenorizado, conforme o caso, do(s) argumento(s) que tenham desempenhado papel central no debate e, dependendo do tipo de argumento, das perguntas críticas; 6) identificação dos elementos dialéticos da discussão; 7) identificação dos elementos retóricos: o tipo de linguagem usado, as técnicas retóricas a que se recorre, as características do orador e do auditório, o papel da opinião pública; 8) detecção e análise das falácias que tenham surgido durante o debate; e 9) avaliação do conjunto de toda a argumentação.

Para Atienza, as regras da discussão parlamentar têm um caráter estratégico e incluem, necessariamente, certa parcialidade. Daí a necessidade de definir com alguma precisão quais seriam as regras que regem a argumentação legislativa, ou seja, como caracterizar – de uma maneira que evite a idealização e ao mesmo tempo não impeça a possibilidade de críticas a – esse tipo de discurso.

O autor reitera a importância de que mais estudos se lancem sobre o vasto material empírico existente com o objetivo de identificar quais são os argumentos mais usuais na argumentação legislativa e, desde logo, cita o argumento consequencialista. Em sua opinião, o outro tipo de raciocínio que merece exame mais cuidadoso é a ponderação legislativa. Além disso, pontua a máxima relevância do trabalho de detectar e combater as falácias, especialmente as informais, sobretudo na argumentação legislativa, na qual os elementos dialéticos e retóricos são da máxima relevância (cita, por exemplo, que argumentar *ad hominem* não é necessariamente uma falácia quando se debate no Parlamento, a menos que se use como uma manobra de distração ou para desqualificar injustificadamente a outra parte).

Mais uma vez, Atienza aproveita a oportunidade para criticar o esquema de Alexy quanto ao discurso racional e sua falta de correspondência com a argumentação legislativa. Novamente repete que não há sentido em apresentar as regras estabelecidas por tal autor alemão como ideal regulativo do debate parlamentar e que isso constitui um erro manifesto. Para Atienza, as regras da discussão parlamentar têm um caráter estratégico e incluem, necessariamente, certa parcialidade. Daí a necessidade de definir com alguma precisão quais seriam as regras que regem a argumentação legislativa, ou seja, como caracterizar – de uma maneira que evite a idealização e ao mesmo tempo não impeça a possibilidade de críticas a – esse tipo de discurso⁶².

7. BALANÇO DOS AVANÇOS TEÓRICOS: PONTOS FORTES, DEFICIÊNCIAS E CRÍTICAS

Em que pese a simplicidade com que expõe sua teoria, a verdade é que as ideias de Atienza são extremamente sofisticadas e não seria exagero afirmar que expõe uma das visões mais complexas (e completas até o momento) sobre a racionalidade da atividade legislativa e talvez a única teoria dedicada ao estudo da legislação a partir do enfoque argumentativo.

⁶² Não está escrito na conferência em comentário, mas as longas conversas com o autor sugerem que, para ele, essa seria a grande agenda a desenvolver dentro das teorias da argumentação. Na prática, equivaleria a traçar regras – tal como fez Alexy para o discurso racional – específicas para o tipo de argumentação que se desenvolve no Parlamento, ou seja, as regras do debate legislativo. Em outras palavras, esboçar quais seriam os requisitos de um debate legislativo ideal, ainda que claramente não “racional” (no sentido alexyano).

A rigor, sua teoria poderia ser inserida no âmbito da argumentação material: para que uma lei seja considerada justificada do ponto de vista argumentativo, teria que apresentar fundamentos para cada uma das racionalidades por ele indicadas. Esse é definitivamente um dos pontos fortes de sua contribuição, já que de fato a teoria de Manuel Atienza é uma das poucas que ilumina o campo da elaboração legislativa.

Por outro lado, nota-se que ainda pende o vazio de uma teoria mais pragmática, voltada para a elaboração de catálogos dos (e sobre o uso dos) argumentos legislativos mais frequentemente utilizados a título de cada uma dessas categorias de racionalidade, é dizer, o estudo dos argumentos de forma mais concreta, de como se dá a argumentação legislativa empiricamente. Realmente, Manuel Atienza não se dedicou a esse ponto.

Como foi possível perceber, as grandes contribuições teóricas de Manuel Atienza foram ter alçado a argumentação legislativa a um tema de interesse jurídico e, normativamente, ter estabelecido os níveis de racionalidade como critérios de correção (ideais normativos), além de servir para avaliar a qualidade do produto legislativo. Esse é outro mérito do autor.

Nada obstante, surge uma crítica decorrente do caráter gradual dos diversos níveis de racionalidade propostos por Manuel Atienza. É que não resta claro o momento a partir do qual uma lei pode ser considerada racional, é dizer, qual “balanço” de racionalidades permitiria tal conclusão. Em sendo o meta-critério de razoabilidade – transversal a todos R1, R2, R3, R4 e R5 – também um conceito gradual, faltam critérios mais seguros para afirmar a racionalidade geral.

Seguindo por essa linha de raciocínio, deve-se reconhecer que a teoria de Atienza é muito mais analítica do que normativa, na medida em que não se detém em refletir sobre o que deve ser feito concretamente para alcançar uma legislação melhor, mais racional. É dizer, uma das deficiências de sua teoria consiste precisamente nesse caráter demasiado abstrato, não sendo possível extrair diretrizes mais práticas de como incrementar os níveis de racionalidade nas elaborações legislativas em concreto. É dizer, não traz o que deve ser feito para melhorar a racionalidade legislativa.

Nada obstante, um grande valor da contribuição está no fato de que Atienza desenvolveu uma teoria que permite um controle ético da legislação (o nível R5, de racionalidade ética), em um momento em que essa discussão era incipiente. Depois, em segundo momento, cuidou de reforçar esse ingrediente ético, com o artigo *Argumentación y legislación*⁶³, de 2004, quando integrou os níveis de racionalidade propostos com sua teoria da argumentação jurídica, consolidando uma teoria da argumentação legislativa, também concebida nos planos formal, material e pragmático, incluindo parâmetros para analisar e avaliar a argumentação no âmbito do Legislativo.

E mais: o dado de que Atienza segue escrevendo sobre a questão em 2018 – embora não somente sobre isso, tampouco se valendo de muitas linhas, mas indicando que mantém o assunto dentro de sua pauta de preocupações – só serve para comprovar a importância do tema e do grande desafio que representa teorizar sobre a argumentação no âmbito do legislativo.

O fato de a proposta de Atienza ser convincente não o livrou de receber críticas, sendo uma das mais destacadas a feita por José Luis Díez Ripollés em *La Racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica*⁶⁴. Com essa obra, o autor pretendeu chamar a atenção para o processo de criação da lei penal, haja vista ser essa atividade pressuposto e condição prévia da aplicação racional das leis penais vigentes. Pontuou que o fato de essa reflexão ter ficado em segundo plano teria aberto espaço para uma legislação conjuntural e oportunista, em mãos de interesses políticos imediatos, o que, com “sua irracionalidade”, socavava todos os intentos de assegurar uma aplicação judicial racional do Direito Penal.

O primeiro dos cinco capítulos de *La racionalidad de las leyes penales* conclama para a urgente necessidade de que o Direito Penal retome o foco na legislação, com base nas seguintes razões: a) a lei penal veio acumulando recentemente funções sociais significativamente distintas das que lhe eram tradicionais, assumindo o papel de código moral da sociedade; b) a progressiva desconfiança da opinião pública e da sociedade em geral nos corpos expertos da justiça; e c) a improvisação e o oportunismo político no campo da criação das leis⁶⁵.

⁶³ ATIENZA, 2004, pp. 89-112.

⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, 2003.

⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 14.

Segundo o próprio Díez Ripollés, seu propósito com a obra foi o de fundamentar o que deveria ser uma teoria da legislação penal, entendendo a legislação como um processo de decisão que fosse o mais próximo possível de uma teoria da decisão racional. Grosso modo, após analisar a prática da produção legislativa penal, descrevendo o plano dinâmico ou operacional⁶⁶ (objeto do capítulo segundo, cujo conteúdo será retomado adiante), propõe (no capítulo terceiro) um modelo de racionalidade – o plano normativo, prescritivo ou valorativo⁶⁷ – que deveria ser respeitado sempre por qualquer lei penal, independentemente do conteúdo concreto. Tal modelo proposto com critérios de racionalidade segue claramente a classificação desenhada por Manuel Atienza, com algumas poucas precisões e adaptações que, segundo Díez Ripollés, decorrem da especificidade do campo penal. Por razões de didática, passa-se diretamente essas considerações de Díez Ripollés, já que se acaba de ver a teoria de Atienza.

Basicamente, o autor considera que o estudo das diversas racionalidades deve ser realizado de modo inverso ao feito por Atienza⁶⁸. Embora matize sua própria crítica registrando a possível influência do enfoque jurídico penal de seu cenário, independentemente do ramo do direito, parece sim fazer sentido a inversão da ordem, se a intenção é agregar racionalidade ao procedimento legislativo na prática, e não simplesmente avaliar a racionalidade das leis já existentes, situação em que o enfoque contrário não traria prejuízo.

Assim, de cara, para Díez Ripollés, a racionalidade ética delimitaria o campo de atuação de todas as outras racionalidades. Na sequência, a racionalidade teleológica fixaria os objetivos a serem satisfeitos dentro desse moldura. Depois, as demais racionalidades se sucederiam em ordem decrescente de instrumentalidade. Essa ordem proposta por Díez Ripollés parece refletir com mais precisão o procedimento de tomada da decisão de legislar, daí que a redação (racionalidade linguística) entraria em último lugar.

Díez Ripollés igualmente cuida de precisar com mais detalhes a racionalidade ética, por ele considerada como o sistema de crenças,

⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 15.

⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 15.

⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 91.

cultural e historicamente condicionado, que por sua vez também condiciona determinada sociedade e que deverá enquadrar necessariamente a atividade legislativa⁶⁹. Utiliza, assim, um conceito de ética diferenciado do de moral, segundo explica, em sentido similar ao tomado por Habermas⁷⁰, em cujos termos equivaleria à identificação do *mundo da vida* dos integrantes da coletividade: o conjunto de atitudes vitais e princípios reguladores do comportamento que, conquanto compartilhados, modulam a atuação comunicativa.

Essas convicções sociais amplamente majoritárias também abarcariam o critério democrático na qualidade de legitimador das decisões legislativas concretas, sobretudo as que implicam controvérsias quanto aos outros níveis de racionalidade. Em casos excepcionais, portanto, o critério democrático corresponderá à própria racionalidade ética (coincide integralmente com ela). Díez Ripollés chega a afirmar que a própria estrutura em cinco níveis de racionalidade legislativa é uma questão ética, na medida em que a discussão poderia tomar outros caminhos ou simplesmente não existir⁷¹.

Quanto à racionalidade teleológica, apresenta Díez Ripollés outro ponto de desacordo. Segundo Atienza, a esse nível importa alcançar os objetivos sociais perseguidos pela lei, é dizer, que essa tenha eficácia (*sic*). Naturalmente, seria uma análise *ex post*. Sem menosprezar a importância desse aspecto, Díez Ripollés – tendo presente mais uma vez o contexto de suas preocupações – entende que a racionalidade teleológica no procedimento legislativo consiste, na verdade, no debate sobre quais devem ser os objetivos alcançados pela lei. Representa, assim, um momento anterior à avaliação sobre a realização dos objetivos, consistente na sua própria definição ainda durante o debate legislativo.

Díez Ripollés, então, concebe esse momento prévio como a conformação (pragmática) dos princípios que representam a racionalidade ética, que gozam de amplo acordo, com os interesses particulares e setoriais controvertidos (defendidos por agentes sociais e grupos de pressão, por exemplo) que atuam no procedimento

⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 92.

⁷⁰ Refere-se à obra *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 2001). Para Habermas, os conteúdos morais possuem validade universal, para qualquer indivíduo, enquanto os éticos são válidos dentro de uma determinada coletividade a partir da auto-compreensão compartilhada pelos seus integrantes.

⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 93.

legislativo para a formação da vontade política. Tal confrontação, no marco da racionalidade ética, implicaria a obtenção de compromissos decisivos para o critério democrático e os próprios contornos da decisão legislativa.

No âmbito jurídico-penal (foco de Díez Ripollés) – mas, repita-se, tal raciocínio guarda sentido também para os outros ramos do direito, porquanto pertinente ao procedimento legislativo como um todo –, a racionalidade teleológica daria surgimento aos objetivos perseguidos pela proposta e também aos seguintes outros aspectos: o objeto da tutela legislativa, os graus de proteção, os níveis de responsabilidade e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento da norma⁷². Equivaleria, assim, ao acordo ético-político em torno da importância do bem jurídico protegido, a intensidade da obediência exigida e as repercussões negativas derivadas da desobediência e a respectiva interrelação.

Como consequência dessa concepção sobre a racionalidade teleológica, Díez Ripollés coloca a racionalidade pragmática como o ajuste entre os objetivos traçados pela racionalidade teleológica e as possibilidades reais de intervenção social que estariam ao alcance da correspondente decisão legislativa. Isso implicaria assegurar no grau máximo possível uma resposta positiva às diversas exigências da norma, que poderiam ser assim resumidas: a) que seus mandatos sejam cumpridos; b) em não sendo, que suas sanções sejam aplicadas; e, simultaneamente, c) que o cumprimento da norma produza os efeitos perseguidos; e d) não haja efeitos não desejados. Tomando o modelo de Atienza, equivaleria a introduzir a maior parte de sua concepção sobre a racionalidade teleológica na racionalidade pragmática⁷³. De fato, o próprio Atienza já apontava para a dificuldade de separar essas duas racionalidades⁷⁴.

No que diz respeito às racionalidades jurídico-formal e linguística, Díez Ripollés coincide com as caracterizações traçadas por Atienza, enfatizando seu acerto em conceber a eficiência como uma dimensão transversal, sem constituir um nível independente de racionalidade, funcionando na verdade como uma qualidade exigida de cada

⁷² DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 94.

⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 95.

⁷⁴ ATIENZA, 1989a, pp. 391-392; ATIENZA, 1997, p. 63.

Ocorre que, assim como as demais teorias da legislação disponíveis, o que se observa é um caráter excessivamente abstrato, que não considera como efetivamente funciona a prática legislativa, tampouco os constrangimentos reais nela envolvidos.

uma das racionalidades – para prevenir que a priorização de certos aspectos em detrimento de outros não chegasse a afetar a relação adequada de custo-benefício.

As considerações de Díez Ripollés foram bem recebidas por Atienza, que reconheceu a pertinência da inversão da ordem dos níveis de racionalidade quando se trata de propor uma legislação (a prática legislativa propriamente dita, e não a atividade de analisar e avaliar as leis já postas)⁷⁵.

8. CONCLUSÕES

Ao longo do artigo, foram apresentados os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza no que diz respeito à teoria da legislação, bem como a evolução de suas ideias rumo à elaboração de uma teoria da argumentação legislativa. Igualmente, foram enfatizados os pontos meritórios, as deficiências e as críticas que podem ser lançadas à teoria do autor indicado.

Como foi possível ver, o pensamento de Manuel Atienza oferece uma das balizas mais importantes para responder à pergunta *Como deveriam argumentar os legisladores?* De fato, em um Estado Constitucional, a prática de dar razões não pode se deter ante as portas do Parlamento.

Ocorre que, assim como as demais teorias da legislação disponíveis, o que se observa é um caráter excessivamente abstrato, que não considera como efetivamente funciona a prática legislativa, tampouco os constrangimentos reais nela envolvidos. Disso resulta que as teorias da legislação (e da argumentação legislativa) no atual estágio de desenvolvimento parecem representar modelos de “baixa inaplicabilidade prática”, ou, se se prefere, a partir dos quais é difícil extrair conselhos mais palpáveis de como melhorar as práticas legislativas, especialmente as levadas a cabo dentro do Parlamento.

Tal constatação conduz à reflexão de que mais desenvolvimentos teóricos pareceriam ser necessários para conferir maior concreção às teorias da legislação e da argumentação legislativa no intuito de promover o desejado “giro argumentativo” no Poder Legislativo. É que a prática de dar razões ainda precisa ecoar com mais força Par-

⁷⁵ ATIENZA, 2004, p. 111.

lamento adentro. A construção de um Estado Constitucional pressupõe a motivação das decisões também no âmbito da elaboração legislativa, o fomento à cultura de legisladores argumentadores. Além disso, o aprofundamento dos estudos é necessário até mesmo para organizar as peças para a construção de uma teoria mais abrangente e para a uniformização de determinadas categorias usadas ainda sem o devido cuidado⁷⁶.

Inicie-se, por exemplo, com os próprios conceitos de “racionalidade” e “racionalidade legislativa”. Falar em racionalidade sem mais é como nada dizer. Fora de um contexto, e um contexto nunca será igual ao outro, essa palavra tem significados tão amplos, que se torna esvaziada e a racionalidade se converte em um compromisso conceitual abstrato. Por seu turno, definitivamente, os estudos sobre as “peculiaridades da racionalidade legislativa” merecem maior continuidade.

Manuel Atienza ensaia diferenciar “racionalidade” e “razoabilidade”, explicando que ambas tem “conteúdo variável”, e envereda por outro caminho, notadamente influenciado pelo raciocínio judicial, não pelo legislativo. E de fato deve-se reforçar que tais digressões sobre esses conceitos não constam de seus escritos sobre a teoria da legislação e da racionalidade legislativa.

O autor entende que uma decisão jurídica é “racional” se (e somente se): 1) respeita as regras da lógica dedutiva; 2) respeita os princípios da racionalidade prática; 3) é adotada sem eludir a utilização de alguma fonte do direito de caráter vinculante; e 4) não é tomada sobre a base de critérios éticos, políticos, etc., não previstos especificamente (embora possam estar genericamente) no ordenamento jurídico.

Por seu turno, entende que uma decisão jurídica é “razoável” (e somente se): 1) é tomada em situações em que não seria aceitável (ou não se podia) adotar uma decisão estritamente racional; 2) alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, mas que necessariamente tinham que ser consideradas na decisão; e 3) é aceitável pela comunidade.

Como se vê, seria preciso fazer uma releitura desses conceitos no âmbito legislativo. A racionalidade na atividade legislativa não é a

⁷⁶ O aprofundamento desta e outras discussões pode ser encontrado em: NASCIMENTO, 2018.

da filosofia tradicional, de uma racionalidade lógico-matemática, formal, dedutiva. No espectro legislativo, a racionalidade provém sobretudo da “lógica prática”, pragmática, estratégica, argumentativa, o que muitas vezes faz com que se confundam as noções de racionalidade e razoabilidade. Nessa esfera, pode ser difícil traçar uma fronteira entre o razoável e o racional, embora tenha que ficar para outro momento a explicação sobre tais palavras.

A elaboração legislativa é uma atividade essencialmente cooperativa e, como se sabe, existe uma racionalidade específica nos empreendimentos coletivos. Nesse contexto, como as ações independentes dificilmente levam ao resultado que se deseja alcançar (a aprovação de uma única lei), são necessários acomodamentos e adaptações de cada um dos participantes para a aproximação à obra global. Essa dinâmica se traduz nas emendas parlamentares e nos acordos políticos. Tomando-se emprestada a metáfora de Carlos Santiago Nino, o comportamento dos legisladores é como o dos músicos em uma orquestra, cada qual devendo ajustar suas contribuições às dos demais (se o que interessa é a obra coletiva, a aprovação da lei).

Em resumo, o aporte de Manuel Atienza à racionalidade legislativa é um dos mais importantes de que se tem notícia, mas ainda há muito por fazer. A produção teórica precisa avançar. É necessário o fomento a reflexões mais genuínas sobre a legislação, considerando todas as peculiaridades desse campo, abstando-se de usar como referências autores que, embora consagrados na teoria e na filosofia do direito, não se dedicaram a refletir sobre as questões legislativas como devido.

As teorias da legislação e da argumentação, para serem úteis, precisam ter mais pontos de conexão entre o direito (e os ideais abstratos) e a realidade, até mesmo porque os legisladores (em maior medida que os juízes) precisam incorporar melhor esse papel de protagonismo para diminuir a distância entre o direito dos livros (*law in the books*) e o direito em ação (*law in action*). Não se pode falar em Estado de direito se as leis não são cumpridas, sem que haja uma boa legislação. É que definitivamente as leis são o instrumento mais legitimado de controle, direção e, o mais importante, de transformação social.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*. Lima: Palestra Editores, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ATIENZA, Manuel. *A model for the analysis of legislative reasoning*. Conferência apresentada no International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation. Universidade de Zaragoza, 23 e 24 de fevereiro de 2018. (Manuscrito fornecido no evento).

_____. Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*. Lima: Palestra Editores, 2017a, pp. 11-42.

_____. Epílogo (abierto). In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*. Lima: Palestra Editores, 2017b, pp. 419-460.

_____. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

_____. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 2012.

_____. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.

_____. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112.

_____. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1991a.

_____. Razón práctica y legislación, *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, n. 3, v. 1, septiembre-diciembre de 1991, pp. 9-31b.

_____. Para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 08, 1990, pp. 39-40.

_____. Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*, n. 06, 1989a, pp. 385-403.

_____. Sociología jurídica y ciencia de la legislación. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). *El Derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica*. Barcelona:

Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica, 1989b, pp. 41-70.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica*. Madrid: Trotta, 2003.

GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*. Barcelona: Bosch, 1986.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2001.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher*. 2018. 699 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidad de Alicante, Universidade de Brasília, Alicante – Brasília, 2018.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTREVISTA COM ALBERTO ACOSTA, EM HOMENAGEM AOS 10 ANOS DA CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA DE MONTE CRISTI

Entrevista:

Lilian Balmant

Emerique e Ilana Aló

Cardoso Ribeiro

Tradução: Julia García

Távora Menegaz

Tradução e revisão:

Ilana Aló Cardoso

Ribeiro

Alberto Acosta

é economista, ex-ministro, ex-presidente da Assembleia Constituinte do Equador, candidato à Presidência e escritor. Essa entrevista foi conduzida por Ilana Aló e Lilian Emerique em Quito, Equador, em 18 de outubro de 2018.

Nesta entrevista, Alberto Acosta fala sobre a sua atuação no processo constituinte do Equador; suas percepções sobre a Carta de 2008, considerando sua vocação participativa e eficácia constitucional; o papel das cortes constitucionais; e, ao final, apresenta um balanço do constitucionalismo equatoriano e um panorama sobre a ascensão do populismo de direita no mundo.

P.1: “Você foi um dos principais articuladores nos processos constituintes, que terminou com constituição do Equador em 2008. Quer saber se pode nos indicar como esse processo começou e qual foi seu papel na articulação constituinte?”

R.1: Vou começar dizendo que o Equador tem uma longa, longa e muito complexa vida constitucional. Equador surge como república independente em 1830 e temos, até a atualidade, 21 Constituições. Então, os debates constituintes marcam definitivamente muitas épocas da vida do Equador e, na última etapa, tivemos um processo de debate constituinte muito intenso que começa sobretudo com o novo levantamento indígena. Isso se dá por maio, junho do ano de 1990. O levantamento indígena sintetiza uma longa luta, mas so-

bretudo cristaliza um passo de objetos a sujeitos por parte dos indígenas. Então, emergem na vida política nacional como atores, mas além disso, como portadores de suas próprias visões de mundo. Eu anotaria isso como um ponto de partida. Muita história foi repetida, mas há uma emergência especial que se cristaliza justamente nessa data. Logo vem a Constituição de 1998, Constituição de 97, 98, eu mesmo estive envolvido como candidato na assembleia constituinte por parte do movimento indígena, por parte do Pachakutik. Não entrei, não tive os votos suficientes. Então, já havia uma reivindicação, um pleito que tinha como um de seus elementos básicos, como já havia dito, o mundo indígena, mas também levou desde outros setores de outros âmbitos, isso permite avançar a partir do ano de 2005, uma nova fase de reivindicação constituinte e isso abriu uma porta à um processo constituinte, eu estive desde o princípio e, posteriormente, seria constituinte igualmente presidente da Assembleia Constituinte no ano de 2007/2008.

P.2: E quais foram as conquistas mais importantes deste documento, da carta de 2008?

R.2: Bom, a primeira coisa que eu diria é que o mesmo processo constituinte. A diferença dos outros processos constituintes é nós vimos que no ano de 2007, 2008 foi muito participativo. Se abriu a porta para uma enorme possibilidade de discussão com amplos segmentos da sociedade desde a primeira vez que houve uma Assembleia Constituinte, que nós tivemos algumas, se convoca o povo para que se expresse a favor ou contra a Constituição. Também, foi feito um enorme esforço para que a sociedade continue diretamente nas relações dos textos. A constituição de 1998 foi escrita na cadeia de guerra do exército em uma cidade perto de Quito, na academia de Guerra, cidade de Montecristi. É uma Constituição aquartelada. Abrimos a porta para que se intervenha a sociedade e havíamos confirmado dez mesas constituintes por temas e essas mesas percorriam o país. Então, em primeiro ponto que destacaria é esse: a participação. Eu posso contar uma anedota, algo que foi repetido em outras ocasiões: eu era metade do tempo constituinte, e metade do tempo recepcionista porque estava recebendo o povo. Um processo muito rico, muito enriquecedor. Mais de 150 mil pessoas, muito mais. 300 mil, 300 em Montecristi. Milhares de propostas,

artigos, constituições inteiras, milhares de ideias e de referências... um grande debate! Ponto um que eu resgato.

O ponto dois que resgato foi um verdadeiro momento de criação. Nos distanciamos pelas visões constitucionais tradicionais, conservadoras, que de alguma maneira estavam replicadas sempre nas 20 constituições anteriores, inclusive na divisões de funções de Montesquieu, as três funções executivas, legislativas, judiciais, nós ampliamos com outras duas. Há conflitos, sem dúvidas, há dificuldades nas partes que opero, se abria a porta em um momento de criação. Então, eu entraria para apontar alguns aspectos chaves desta Constituição, na constituição incorpora o neoconstitucionalismo transformador, que não é só um marco jurídico para domar as relações existentes agora, como também um marco jurídico político para transformar essas relações. Não é uma constituição estática, para manter status quo, senão seria uma redundância. Não é simplesmente um marco jurídico, é um marco jurídico mais político de todos, é o documento político mais jurídico de todos, por sua vez.

Mas, mais do que isso, a constituição de um projeto de vida em comum. Prefiguramos uma sociedade, uma sociedade de equidades, liberdades, de igualdade, de sustentabilidade em todos os sentidos, uma sociedade democrática tem que construir-se democraticamente.

Então aparecem alguns aspectos pontuais. Um deles são os direitos da natureza – pela primeira vez a constituição garantiu os direitos à natureza. A natureza como sujeito de direitos, que supera a visão tradicional da justiça ambiental. Os direitos ambientais são para os seres humanos em particular e os direitos ecológicos são para todos os seres vivos, incluindo os seres humanos.

Outro ponto claro que eu resgataria é que tudo o que tem que viver, tem de viver com o bem viver. Em ambos aspectos está a presença do mundo indígena. Muito forte, muito muito forte. Então, resgata-se o terceiro elemento fundamental, é tudo o que tem que ver com a plurinacionalidade, além do mundo indígena.

Um quarto aspecto é o modo de ver, é claro, que aprofundaram e ampliaram os direitos coletivos, que já vieram há um tempo atrás. Há aspectos adicionais de quando se fala, por exemplo, da cidadania universal. A constituição recorre à muitíssimos elementos muito interessantes que constituem a base para construir outro tipo não

Outro ponto claro que eu resgataria é que tudo o que tem que viver, tem de viver com o bem viver. Em ambos aspectos está a presença do mundo indígena. Muito forte, muito muito forte. Então, resgata-se o terceiro elemento fundamental, é tudo o que tem que ver com a plurinacionalidade, além do mundo indígena.

só de sociedade adequada, mas também para pensar outro tipo de civilização, em termos mais globais.

P.3: E quais são, em sua opinião, os principais problemas de eficácia dos dispositivos constitucionais que se colocam passados 10 anos de vida desde a nova constituição?

R.3: Muitos, muitos. Por um lado, na primeira leitura pode ser frustrante. Pode ficar pouco satisfeito. Mas, por outro lado, começa a se dar conta de que a constituição teve um impacto muito mais potente do que podemos imaginar à primeira vista. No âmbito internacional, temas que surgem da Constituição do Equador são motivo de discussão cada vez mais forte (os direitos da natureza). Por que? Os direitos da natureza não surgem a partir do Equador, pessoas já trabalhavam os direitos da natureza antes, nós já sabíamos. Mas está se formando um grande movimento mundial pelos direitos da natureza, há muitas iniciativas, seria longo falar sobre isso.

Outro ponto importante é o bem viver. O bem viver é também motivo de discussão em muitíssimos países. No Brasil mesmo eu tenho um livro sobre o bem viver, que já tem várias edições. Esse livro foi difundido em outras partes do mundo, em vários idiomas. Na França, na Alemanha, Holanda, Espanha... Então, o que é importante no livro é ensinar que isso é uma questão que está sendo discutida, então, por aí, eu vejo como um elemento interessante. Por outro lado, apesar das frustrações que podemos ter, paulatinamente na sociedade equatoriana, há pessoas que começam a reclamar certos direitos de participação, os mesmos direitos à natureza, os direitos do bem viver, vemos que certos processos, incluso com sentenças jurídicas muito interessantes.

Mas, claro, se me permite, a constituição foi atropelada sistematicamente desde que nasceu. Foi aprovada em 20 de outubro, como eu disse. Vai completar dez anos no sábado, 20 de outubro de 2018. A constituição foi violado em seu primeiro dia, quase. Foi publicada em 20 de outubro, e em poucas horas, poucos dias, o tribunal constitucional da velha constituição, do velho regime, se metamorfoseia em corte constitucional de transição. Sim, sem nenhuma atenção. Em janeiro de 2009, já se viola a constituição com a Lei de Mineração, reconhecidas pela corte de constituição. Há sistemáticas violações à constituição.

O presidente da república, de então, dizia que a constituição ia durar 300 anos, que é um canto na vida, a melhor constituição. Em alguns aspectos tornou-se uma camisa de força. Por exemplo: a justiça. Então ele literalmente disse que ia meter a mão na justiça e meteu a mão na justiça. Acabou com a possibilidade de uma justiça independente e autônoma.

No dia 15 de janeiro de 2013, disse textualmente que é um erro supor que os direitos humanos se subordinam aos supostos direitos à natureza, assim ele disse. Não entendeu, não entendeu e nunca lhe interessou.

Além do mais, encheram de conteúdo o bem viver. O transformaram em um dispositivo de poder e uma ferramenta para forçar o desenvolvimento e um mecanismo de propaganda. Muitas coisas não se cumpriam: a participação cidadã foi atropelada, porque Correa a transformou em um caudilhismo do século 21 e terminou por controlar todas as funções do Estado.

P.4: E quais são as considerações mais importantes na interpretação da corte constitucional nas questões constitucionais? Quais são os erros e os acertos na corte?

R.4: Eu diria que a corte constitucional não cumpriu o papel que se esperava, que teria de proteger a constituição com certa urgência. Terminou sendo uma carta de ressonância da presidência da república, recebia ordens da presidência da república. Isso normalmente seria estranho, mas essa é uma história que explica de alguma maneira a recorrência de problemas constitucionais no Equador. Não houve nunca um espaço, uma entidade, uma organização encarregada de fazer respeitar a constituição. A constituição sempre foi se acomodando. O mesmo se sucedeu com a Constituição atual e isso é lamentável.

P.5: Então, a constituição de 2008, em sua opinião vai ser substituída por outra no Equador, ou pode sofrer alterações com esse novo governo de Lenin Moreno que substitui o de Rafael Correa?

R.5: Há gente que também está pleiteando uma nova assembleia constituinte. Inclusive até o Presidente Correia pleiteia uma nova assembleia constituinte. Ele que disse que a constituição vai durar

300 anos, que é a melhor constituição do mundo, tudo o que eu já contei, e agora quer uma nova constituição e há muita gente que pleiteia uma nova constituição, parte dos problemas do Equador. Apesar da constituição ter sido respaldada pela maioria do povo e de haver um amplo debate constituinte.

P.6: Em sua avaliação, a constituição do Equador teria instrumentos suficientes para resistir as transições de governo em um contexto de hiperpresidencialismo?

P.6: Lamentavelmente, como já foi demonstrado, não foram suficientes. O tema de hiperpresidencialismo e de presidencialismo é característico em todas as constituições equatorianas e da América Latina. São presidencialistas. O problema é como vamos resolver essa questão, como vamos resolver, qual é uma saída. Inclusive na própria constituição há certos elementos que favorecem o presidencialismo, mas Correia em seu caminho se utilizou para transformá-los em um caudilho do século XXI, sinteticamente um atropelo a constituição.

P.7: Já nos encaminhando para o fim da entrevista, gostaríamos de saber quais são os principais desafios para essa etapa do constitucionalismo no Equador?

P.7: O desafio é o mesmo: como fazer que a cidadania, a sociedade assumam o debate e entenda que a constituição é uma caixa de ferramentas para a cidadania, não para os políticos. O governo, as Assembleias, a Assembleia Nacional, a justiça não é só para os juízes e juízas, os advogados e advogadas, é para todos os cidadãos que tem que assumir a constituição como uma caixa de ferramentas. Digo que no bolso de cada pessoa deve haver sempre uma constituição

P.8: O projeto constituinte no Equador está em perigo?

R.8: Bom, o grande problema é que, em primeiro lugar não se quis colocar em marcha a plenitude da constituição. O bem viver não é uma alternativa de desenvolvimento. O bem viver é uma alternativa ao desenvolvimento. Se tivéssemos colocado esse conjunto em prática, entrava com força tudo que diz respeito a mãe terra, os direitos

O desafio é o mesmo: como fazer que a cidadania, a sociedade assumam o debate e entenda que a constituição é uma caixa de ferramentas para a cidadania, não para os políticos.

da natureza, não podíamos seguir ampliando o extrativismo. Correia ampliou o extrativismo petrolero, o extrativismo mineiro, pela primeira vez tivemos mineração no Equador. Tivemos também uma ampliação dos extrativismos agroexportadores, então tudo foi-se debilitando e levando a não colocarmos em prática a constituição.

Todos os países vão tirar máximo proveito da natureza porque os preços das matérias-primas são altos e nos esquecemos de processos de transformação da matriz produtiva. Estamos vivendo no caso equatoriano, mas estou falando e pensando no Brasil, falando e pensando na Bolívia, estou falando e pensando na Argentina.

E nessa etapa com preços altos, se renuncia a pobreza, mas os ricos ficam mais ricos porque não se afetam com a modalidade de acumulação de capital. Os grandes ricos econômicos do Equador, os tradicionais, os oligárquicos e os novos, fazem muitos negócios como nunca na história. Então, é o que eu chamo do ciclo da lagarta. Mesmo que se diminua a pobreza, sempre se aumenta mais a concentração da riqueza porque é muito dinheiro para processar.

P.9: E que expectativas você tem com esse projeto atual de transições democráticas a direita?

R.9: Bom, o problema é que os modernos progressista, seja o governo do Brasil, seja o governo de Argentina, governo do Equador, incluindo o governo do Evo Morales, seja o governo Venezuela nunca aceitaram a lógica de acumulação de capital. Ou melhor dizendo possibilitaram que se reduza a pobreza, mas como possibilitaram? Através de práticas e políticas de subsídio paternalistas e isso não gerou uma apropriação das pessoas a partir dos direitos.

Eu estive em São Paulo em junho de 2013 e durante toda a semana que começaram os protestos e as pessoas estavam nas ruas se manifestando. Grande parte daqueles manifestantes e grupos sociais eram os que deixaram de ser pobres com o PT e que queriam consumo, mais consumismo, porque queriam uma maior participação e não um governo tão autoritário e ríspido, eram os que queriam um maior combate à corrupção que estavam presente.

Estava aí a explicação: o que acontece é que o PT e os outros governantes progressistas – não de esquerda – não entenderam realmente

Pessoalmente, não sou partidário para sair acreditando que os problemas se resolvem a partir do Estado. O mercado definitivamente não, não é o caminho, mas tampouco é o Estado. Temos que repensar a sociedade partindo do comunitário, com muita participação desde as massas, então lideranças mais horizontais, mais compartilhadas, lideranças que permitam inclusive as alternâncias democráticas permanentes.

o que estava passando e isso foi gerando umas condições perversas que estão sendo aproveitadas pelos grupos da extrema-direita até de recorte fascista. Mas o caso do Equador também é o caso do Brasil.

Com os governos progressistas de PT e o governo do Correa houve retorno ao neoliberalismo. Não a políticas neoliberais. Correia abriu o Equador ao capital internacional em 2014. Correia articulou a flexibilização no ano de 2016. Correia firmou um tratado de livre comércio com a União Europeia em 2016. Abriu a porta das privatizações, além disso realizou concessões de 50 anos a grupos transnacionais vinculados a grupos oligárquicos dos quatro maiores portos do país sem licitações.

Todas aquelas ações que criavam as condições para que os grupos de direita, os grupos econômicos poderosos que se beneficiaram com o governo de Correia, pudessem exigir vez mais.

P.10: Tendo em vista toda essa problemática, que tipo de lideranças políticas necessitamos para conter esse avanço predatório sobre a constituição?

P.10: Maior participação das pessoas a partir do comunitário. Pessoalmente, não sou partidário para sair acreditando que os problemas se resolvem a partir do Estado. O mercado definitivamente não, não é o caminho, mas tampouco é o Estado. Temos que repensar a sociedade partindo do comunitário, com muita participação desde as massas, então lideranças mais horizontais, mais compartilhadas, lideranças que permitam inclusive as alternâncias democráticas permanentes.

POLÍTICA EDITORIAL E NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os manuscritos submetidos às Seções Geral e Especial passam por um controle prévio de originalidade e pertinência à linha editorial, realizado pelos próprios editores. Em seguida, passam por um processo de revisão duplamente anônima, realizado por pesquisadores experientes e familiarizados com o tema específico do manuscrito submetido. O processo é duplamente anônimo porque nem o autor sabe quem é o revisor, nem o revisor sabe quem é o autor -- suas identidades não são reveladas. No processo de revisão duplamente anônima, a qualidade do manuscrito é avaliada de acordo com os seguintes critérios: clareza, precisão, consistência e concisão; adequação da metodologia adotada; solidez e originalidade do(s) argumento(s) apresentado(s); relevância científica; atualidade das referências. Os avaliadores são recrutados na comunidade jurídico-acadêmica do país e do exterior que se dedica aos estudos de Teoria Jurídica Contemporânea. O critério para a seleção de avaliadores segue padrões internos rigorosos, dada sua importância para a qualidade do trabalho editorial. Em casos excepcionais, o avaliador é um pesquisador mais novo que possui competência específica para a avaliação do texto. O tempo esperado para a conclusão da avaliação é de aproximadamente dois meses. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

Os autores devem seguir as seguintes diretrizes:

1. Não é permitida qualquer referência que indique autoria.
2. Não será aceita a submissão simultânea de mais de uma proposta de artigo sob a mesma autoria. Caso isso ocorra, a segunda submissão não será avaliada.

3. Recomenda-se que os manuscritos submetidos não ultrapassem a quantidade de 20 páginas em fonte Times New Roman, tamanho 12 e espaçamento entre linhas 1.5.

4. As notas devem ser numeradas sequencialmente em números arábicos e colocadas em pé de página (rodapé).

5. As notas de pé de página que incluem informações de conteúdo devem ser breves e focadas em apenas um assunto. As notas de conteúdo podem também apontar o leitor para outras fontes.

6. O artigo deve incluir um resumo, com aproximadamente 10 linhas, além de indicar no mínimo 3 e no máximo 6 palavras-chave.

7. As palavras-chave são fundamentais para a correta indexação do trabalho. É recomendável incluir a palavra indicativa da subárea na qual se insere o trabalho. Recomenda-se ainda verificar a ocorrência das palavras em bases de dados nacionais e internacionais, como o vocabulário de autoridades da Biblioteca Nacional (http://acervo.bn.br/sophia_web/).

8. Quando o texto for redigido em português, o título, o resumo e as palavras-chave devem ser traduzidos para o inglês; quando redigido em inglês ou espanhol, para o português.

9. Citações diretas que não excedam três linhas devem permanecer no corpo do texto, entre aspas – sem itálico ou negrito. Citações diretas que excedam três linhas devem ser destacadas e recuadas da margem esquerda – sem itálico ou negrito.

10. Títulos de livros devem aparecer em itálico; títulos de artigos devem aparecer entre aspas. Palavras em latim ou língua estrangeira – tendo como referência a língua na qual o texto foi redigido – devem aparecer em itálico. O itálico também pode ser utilizado como recurso de ênfase pelo próprio autor. Jamais utilizar o negrito no corpo do texto.

11. As referências de citações diretas e indiretas devem aparecer em nota de rodapé e indicar somente o sobrenome do(s) autor(es), em caixa alta, seguido do ano de publicação e (quando for o caso) da página. Exemplo: HART, 1961, p. 15.

12. As referências completas devem ser indicadas em seção separada, após a conclusão, seguindo as regras técnicas da norma NBR 6023 (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

13. Os editores recomendam o uso de linguagem clara, precisa e consistente. O uso de linguagem inclusiva de gênero fica a critério do autor.

Este periódico possui diretrizes destinadas a promover uma política de integridade ética aplicável à atividade científica em toda a sua extensão – desde a concepção e realização de pesquisas à comunicação dos resultados. As diretrizes a seguir foram elaboradas tendo como referência as Diretrizes Básicas para a Integridade na Atividade Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); o Código de Boas Práticas Científicas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP); a Declaração Conjunta sobre Integridade em Pesquisa resultante do II Encontro Brasileiro de Integridade em Pesquisa, Ética na Ciência e em Publicações (II BRISPE); e o documento Cooperação entre Instituições de Pesquisa e Periódicos em Casos de Integridade em Pesquisa: Orientação do Comitê Internacional de Ética em Publicações elaborado pelo do Committee on Publication Ethics.

Para mais informações sobre nossas diretrizes, consulte nossa plataforma em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/index>.

