

A ONTOLOGIA DEFLACIONÁRIA NO DIREITO: A DECISÃO PODE SER MÚLTIPLA PARA O MESMO CASO CONCRETO?

Mauricio Martins Reis



Este breve texto consiste numa minuta de reflexão tendente a problematizar uma das ramificações entoadas pelo Professor Eduardo Luft em suas aulas de Doutorado na disciplina sobre a “articulação da ética”. A especificidade temática objeto de nossa investigação está descrita na seguinte passagem,

“acredito ser possível estabelecer, a partir da ontologia deflacionária, uma justificação negativa da democracia liberal. Se a constituição de um povo é concebida por Hegel como manifestação necessária do Conceito tendo em vista certa fase do desenvolvimento do espírito, a partir de agora deveríamos compreendê-la como sistema de regras fundamental, mas revisável, na busca pelos indivíduos que compõem este povo determinado, de uma entre “n” formas possíveis de preservar a coerência do tecido social, de realizar a sociabilidade humana. De fato, havendo mais de um modo possível de realizar a coerência do tecido social, deve-se por princípio conceder a possibilidade de escolha por parte dos indivíduos do tipo de sociedade em que querem viver, tendo em vista as potencialidades humanas que estes visam desenvolver” (LUFT, 2010, p. 119).

Que a constituição de um povo seja fundamental e igualmente suscetível de transformações, isto não se revela controverso, ante a consideração de que os modelos constitui-

onais – e sobre eles recai o foco de nossa análise, fundamentalmente assentados no Estado Democrático de Direito, cujo gérmen se sobressai na segunda metade do século vinte – prevêem mecanismos de alteração por intermédio do que se convencionou chamar de poder constituinte derivado reformador. Todavia, nesta primeira modalidade de reforma, que a qualificaremos de endógena, porque diz respeito às alterações sucessivas promovidas no texto constitucional vigente, surge já o problema das normas constitucionais inconstitucionais, cujo impasse afina-se ao problema da coerência, a saber, entre a norma constitucional originária (anterior) e a norma constitucional derivada (posterior). Nem estamos, pois, considerando, a reforma extrema de um texto constitucional, a exógena, quando irrompe um novo poder constituinte originário a estatuir um inédito documento fundamental para a sociedade, embora nesta hipótese o problema não seja propriamente outro, de incidência mais intensa: a questão da legitimidade das decisões.

O núcleo de nossa inquietação está arraigado na incompatibilidade genérica (filosófica) do programa da contingência em relação aos sistemas jurídicos, cuja nota peculiar, a normatividade, reivindica um tratamento digno de singularidade a ponto de adaptar a coerência em outros moldes, tecnicamente mais adequados. Veja-se: à decisão jurídica, desde a mais fundamental por expressar o documento básico de um povo (constituição) até a mais ordinária diante da necessidade de fazer atuar a lei ao caso concreto (pronunciamentos judiciais), não basta expressar ter concretizado, mesmo fundamentadamente, uma opção dentre outras tantas possíveis. Aceitar isto implica desautorizar o discurso jurídico seja do ponto de vista de sua autoridade, e, mais importante, seja de sua justiça.

A marca da escolha jurídica, especialmente quando legitimada em cânones democráticos, repousa na cristalização argumentativa dos seus fundamentos e no concomitante desbaratamento virtual (hipotético) das alternativas preteridas em favor

do caminho trilhado. A decisão jurídica deve recordar as possibilidades que ela própria exclui para reforçar a escolha procedida. É certo que o direito não se autonomiza a tal ponto de quebrantar vínculos com as raízes de sua manifestação humana e cultural e, pois, de poder arrogar o desvencilhamento fenomênico do campo do subdeterminado; tal assunção seria impossível, pois, se a coerência é do mundo, também o é no direito, que daquele faz parte. Todavia, uma dada resposta jurídica que, ao decidir, admite ser outra decisão tão válida quanto aquela adotada, corrompe-se e implode o sistema jurídico, numa contradição de caráter primário. O direito nem indeterminado é, ao ponto de chancelarmos a ideologia segundo a qual a sentença será o fruto das convicções pessoais do magistrado (arbitrariedade), tampouco resulta subdeterminado pelo predicado funcional da fungibilidade decisória (discricionariedade), onde legítima será toda e qualquer decisão pertencente à moldura de opções indistintas ou equivalentes entre si, daí brotando a perigosa frase “uma possibilidade, dentre outras possíveis”.

O direito, ademais, invariavelmente é chamado porque a lógica variável (deflacionária) de manifestações possíveis e diferentes por cada pessoa ou conjunto de pessoas, tão típica de uma sociedade liberal onde se preza a liberdade e a autonomia do indivíduo, chega a um limite incontornável: o conflito intersubjetivo, inaugurado por uma ameaça ou lesão a direito, ao demandar uma decisão imparcial vinculante, esgota o contingente, fazendo reinar ali um império da ordem. Todavia, como bem pudemos constatar ao longo dos encontros em sala de aula, não há uma escala direta e absolutamente proporcional entre a coerência e a ordem; noutros termos, inexistente antinomia entre o caos (a abertura de possibilidade) e o critério do coerente. O mesmo se passa no direito: é bem possível, talvez seja até provável, que as decisões jurídicas instaurem uma nova ordem para o contingente, direcionando ou lhe provendo outros senti-

dos.

O direito, pois, não seria capaz de inflacionar os conceitos e obstaculizar os comportamentos; entretanto, ele norteia os acontecimentos atravessados pelo sintoma do litígio (eficácia direta), ao mesmo tempo em que a sua repercussão simbólica e técnica canaliza diretivas para casos análogos (eficácia indireta). Decorre da competência jurídica o ato de dizer o direito através de uma polissemia prescritiva, tal é o cenário oriundo das lições históricas que culminaram com o advento da democracia constitucional, onde ao judiciário não se basta mais ser a boca pronunciadora das palavras da lei. Isto quer dizer que o direito não apenas interdita ou cerceia condutas, porém igualmente contempla amplitude na manifestação de comportamentos, em especial quando esses resultam do exercício de direitos fundamentais. Espera-se que vizinhos possam conviver, que, por exemplo, crianças possam brincar durante o recreio ao lado de escritores que possam desenvolver o seu trabalho intelectual. Diante de uma animosidade registrada em juízo, contudo, onde antes várias possibilidades transitavam no mundo da vida, restará uma decisão precisa a resolver o impasse e, no horizonte argumentativo dos fundamentos determinantes do veredicto, nortear situações semelhantes.

Por isso não se mostra suficiente admitir que o campo de variações possíveis se revela mais restrito se considerarmos um subsistema específico (LUFT, 2004, p. 168). Como queremos demonstrar, o sistema jurídico lida com um campo (restrito) de possibilidades apenas na incidência abstrata de suas normas, quando múltiplos e distintos comportamentos sociais convivem entre si sem incorrerem na contradição com a ordem positiva das normas: nessa hipótese, as leis podem comportar vários significados. Contudo, o sistema jurídico coage os tribunais e juízes a decidirem quando confrontados diante de particular pretensão mobilizada por alguém; a necessidade de uma decisão para este conflito elimina o campo de contingência outrora

suposto, quando aqui a lei aplicada concretiza-se em um, e apenas um, significado, eis que outras interpretações são descartadas pela eliminação argumentativa de serem menos propensas ao juízo de adequação e razoabilidade diante daquele específico fato em julgamento.

Segundo Luhmann, “quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito” (LUHMANN, 1990, p. 163); essa fórmula deve ser explicada, pois a liberdade jurídica de construção, entendida como o espaço concreto e específico da decisão de um caso concreto, não pode ser a mesma liberdade ampla de um sistema no sentido de se mover em um campo de possibilidades (LUFT, 2004, p. 167). Trata-se, é certo, de uma liberdade anti-tética ao pressuposto de uma argumentação dedutiva confinada aos estreitos limites de métodos hermenêuticos tendentes à descoberta da vontade do legislador, porém não convidativa a um movimento dentre outros possíveis para a resolução de um mesmo conflito do mundo da vida.

Sob certo aspecto, o risco de transportarmos para o sistema jurídico o espectro da subdeterminação, compreendendo a decisão como um evento “cuja ocorrência é apenas uma entre ‘n’ possibilidades em um campo limitado de possibilidades de ocorrência” (LUFT, 2010, p. 101), implica endossarmos, mesmo reflexamente, o paradigma funcional e sistêmico proposto por Niklas Luhmann. Ao nosso ver, tal posição cai numa espécie de decisionismo, pois reduz a matéria à forma, isto é, a legitimidade de respostas adequadas (justas) ao mero atendimento de regras procedimentais: uma decisão insuscetível de impugnação seria aquela escrutinada através do devido processo legal, impondo-se definitiva mais pela autoridade do juízo que a concretizou (pois poderia ter adotado outra decisão, tão razoável quanto aquela) do que pela aferição material de seus fundamentos.

A respeito de Luhmann, pode-se dizer

“sendo a função da decisão absorver insegurança, para fundar uma decisão, basta que se contorne a incerteza de qual decisão (materialmente falando) ocorrerá pela certeza de que uma decisão (formalmente falando) ocorrerá; a legitimidade estaria, assim, para esse autor, baseada numa certa crença na legalidade, mas propor fundamentos para esta crença não teria, então, funcionalmente, nenhum sentido, pois um dos constituintes da legitimidade estaria justamente na ficção de que esta possibilidade exista, mas não seja realizada. Isto faria com que Luhmann concebesse a legitimidade das normas como uma ilusão funcionalmente necessária, que não pode ser posta a descoberto, sob pena de abalar-se a própria crença na legalidade” (FERRAZ JR., 2003, p. 293)

No pedagógico exemplo de Luft, assim como o muro discrimina os limites de uma propriedade (LUFT, 2010, p. 102) ou assim como os pais confinam “a bagunça” dos filhos no âmbito de um dado espaço da casa (relatado em sala de aula), na subdeterminação delimita-se o campo de possibilidades sem determinar o que está contido dentro desses limites (LUFT, 2010, p. 102). No entanto, os exemplos reforçam o contra-argumento da impossibilidade de aceitarmos regionalmente (tomado o direito na sua especificidade decisória) a tese da subdeterminação. Em primeiro lugar, porque ambos, já na sua intencionalidade pedagógica, sugerem simplicidade na descrição linear e isenta de controvérsia. Em segundo lugar, em virtude de os fatos eleitos pressuporem o exercício da liberdade responsável, ou seja, nos limites da prudência, quando mais de um comportamento é possível dentre tantos outros; em sendo assim, o próprio direito sempre admitiu o operador deontico intermediário entre o proibido e o obrigatório, isto é, o reco-

nhecido estatuto do “é permitido” ou do “não é vedado”.

E é rigorosamente aqui, na fronteira entre o permitido e o proibido, que os exemplos vaticinam antídoto contra a generalização irrefletida, especialmente quando ela alcança o sistema jurídico na sua precípua função de decidir (não à toa o próprio Luhmann reconhece serem os juízes e tribunais o centro deste subsistema social, LUHMANN, 1990, p. 160). A tolerância em deixar as crianças represadas naquela sala, por exemplo, não lhes confere liberdade irrestrita para agirem de qualquer modo, mesmo na circunscrição daquele espaço; o muro, a bem de delimitar a propriedade, não imuniza quaisquer condutas praticadas pelo proprietário dentro de sua área. A concretização do direito (como decisão que põe termo a um dissídio), uma vez chamada a pacificar os conflitos, não combina com a variabilidade decisória, mesmo que esta se constranja aos confins de dada moldura prévia.

O direito, na sua função abstrata de regulação de condutas, pode consentir com a polissemia de comportamentos, contingentemente limitados pelos enunciados legais. A liberdade de expressão, considerada um direito fundamental previsto constitucionalmente, potencializa comportamentos como regra geral, sendo várias manifestações tuteladas por esta garantia (polissemia). Entretanto, no instante concreto em que o exercício desse direito colide com outro, por igual assegurado na constituição, uma decisão judicial indicará se o regime de liberdade naquela situação sofrerá um condicionante limitador. E, ao fazê-lo, insista-se nesse ponto, demandará fundamentação no sentido de que tal escolha foi a melhor, justificando indiretamente a recusa das alternativas, que não podem ser tidas como fungíveis ou possíveis conforme uma lógica de preferência.

Assim, quando aplicados os dispositivos legais aos casos concretos, ensejarão uma interpretação mais adequada do que as outras eventualmente cogitáveis: aqui repousa o paradigma da “one-right answer” de Ronald Dworkin, para quem todas as

situações de conflito que desembocam no judiciário, mesmo as mais complexas e controversas, reivindicam uma resposta adequada. Poder-se-ia admitir que algumas interpretações, distintas daquela eleita, sejam razoáveis, porém não a ponto de se cancelar uma equiparação material, de maneira a justificar-se o parâmetro da decisão, ao fim e ao cabo, a partir de uma singela escolha arbitrária do sujeito. As leis nem podem oferecer um princípio de ordem determinado a oferecer uma única interpretação como desenlace, tampouco se mostram subdeterminadas a ponto de alcançarem várias possibilidades significativas para igual situação mesmo num campo limitado de ocorrências variáveis.

Para Dworkin, “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127). A tese por ele defendida vai de encontro à doutrina do positivismo jurídico quanto ao poder discricionário da justiça. Segundo os positivistas, “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei” (DWORKIN, 2002, p. 55). Em outras palavras, “se um juiz não tem certeza quanto a decidir-se pelo demandante ou pelo réu, segue-se que ele deveria estar seguro de que tem o poder discricionário para decidir em favor de qualquer um deles” (DWORKIN, 2002, p. 111); Dworkin, em contrapartida, se alia aos argumentos conducentes ao dever de se encontrar a única resposta certa para questões complexas de direito que se apresentam ao judiciário.

A concepção de uma resposta adequada não é ingênua, como apressadamente se pode supor. É sabido que a pergunta do jurista sobre o que sejam as melhores ou as mais adequadas razões na argumentação permanecerá aberta e incrustada num enigma indecifrável (LUHMANN, 2004, p. 85), se o anseio da resposta reivindicar o estatuto da verdade como correspondên-

cia a um absoluto. Normas, tanto quanto decisões, descendem de uma genealogia inegavelmente arbitrária oriunda de pioneiras escolhas dentre tantas viáveis, porque os mandamentos não mais são revelados por uma figura transcendente cuja autoridade é impossível pôr em dúvida; o próprio caráter arbitrário (melhor seria dizer, dogmático, no sentido de os sistemas carecerem de um ponto de partida) do discurso normativo é condição de possibilidade para se erigir o juízo de legitimidade a partir do qual certos atos jurídicos podem ser contestados ou impugnados.

Mesmo no contexto democrático de constituições liberais e sociais, é forçoso admitir, onde figuram princípios e valores afins ao regime das liberdades individuais e dos direitos coletivos, a legitimidade do correspondente sistema normativo não deixa de ocultar e dissimular as relações de concorrência (FERRAZ JR., 2004, p. 296). Isto quer dizer que há opções disponíveis – possíveis – deixadas na periferia deste sistema, ou abandonadas ante descompasso com os valores adotados, porém, insuscetíveis de uma total eliminação, tendo em vista que a legitimidade de um dado sistema jurídico deve pressupor a abertura e o confronto interpretativo, até mesmo para robustecer e perpetuar o critério eventualmente acolhido. Todavia, aceitar o expediente crítico de confronto de uma certa escolha dentre outras concorrentes, isto em homenagem à racionalidade, sob pena de se quedar num absolutismo irrefletido aspirante à tirania da verdade (típica dos discursos homológicos, FERRAZ JR., 2004, p. 291), ou seja, concluir que uma decisão não deixa de ser uma decisão (discurso heterológico), tampouco impele o sujeito ao outro extremo irracional. Consiste este outro pólo no relativismo de indiferença (ou gratuidade, FERRAZ JR., 2004, p. 297), no sentido de se absolver qualquer decisão eventualmente adotada, desde que haurida do espectro evidenciado de possibilidades: a decisão, destarte, transforma-se em pluralidade, invertendo-se a ordem da potência para o ato; este,

ao se concretizar, concretiza-se em potência, eis que poderia ter sido um outro que deixou de ser ali manifesto. Mas deixou de ser por qual motivo? Esta indagação manifesta-se bem mais irrespondível do que a pergunta sobre o que pode ser entendido por melhor argumento. Pior. Esta pergunta, no marco das decisões jurídicas, é a única que comporta a ideologia da razão cínica.

Dworkin igualmente não compartilha da ingenuidade de identificar a sua proposta da resposta correta ou adequada com o postulado da descoberta da verdade dos fatos e da justiça, mesmo porque a sua teoria desconsidera a viabilidade de qualquer procedimento ou método para alcançar mecanicamente tais resultados (DWORKIN, 2002, p. 127) e, por decorrência, nega a possibilidade de o processo decisório levar sempre à mesma escolha nas mãos de diferentes julgadores (DWORKIN, 2002, p. 430). O que o filósofo postula, mesmo nos casos difíceis, é a razoabilidade de o processo judicial perseguir, descobrindo via argumentativa e mediante a ponderação dos valores, bens e direitos em contraste, a resposta adequada. Interessante constatar que se trata de reconhecer o direito da parte de ganhar a causa, isto é, reivindicando “a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra” (DWORKIN, 2002, p. 430).

Vale reprisar o que estamos a combater mediante essas sucessivas reflexões: o argumento segundo o qual o sistema jurídico, no campo específico da concretização decisória, onde o judiciário julga os conflitos havidos entre pretensões divergentes acerca de quem tem razão à luz da legislatura vigente, coaduna-se com o postulado da ontologia deflacionária nos termos delineados por Luft no arranjo de uma ética objetiva. Pressupor tal pertencimento puro e simples, sem ajustes, implica no reconhecimento de um conjunto de respostas e de argumentos como igualmente bons para o processo de tomada de decisões jurídicas, ou seja, na irredutibilidade argumentativa de

possibilidades decisórias rumo a uma resposta adequada (ou mais razoável dentre as que se apresentam como abstratamente possíveis). Em sendo assim, a escolha procedida se demitirá do encargo da razão e da justiça, cujo encaminhamento, ao poder ter sido outro, mais se explica conforme razões de conveniência.

Poderíamos dizer que o campo jurídico consiste num ambiente intensamente (ou apenas) argumentativo, em que ali a posição daquele que diz “não há resposta correta” ou “existe um excesso de respostas ou possibilidades para um mesmo caso concreto” equivale à posição do cético fragilizado pelo indeclinável mister lógico de pressupor o princípio da não-contradição. Como a concretização do direito enquanto aplicação – núcleo especializado do presente trabalho – carece da iniciativa de alguém em mobilizar o processo, o que significa o ingresso voluntário num sistema social argumentativo, dispensamo-nos do debate específico entre Eduardo Luft e Manoel de Oliveira acerca da capacidade de o argumento transcendental propiciar uma justificação última, mesmo reflexiva e não dedutivamente (pelo sim, ARAÚJO DE OLIVEIRA, 2004, p. 375; pelo não, LUFT, 1997, p. 901). Nesse sentido, a postura de quem defende a tese de que não há melhores escolhas (argumento teórico do positivismo jurídico) cai em contradição performativa, gerando-se um impasse insolúvel e indefinido incompatível com o programa de indeclinabilidade das decisões pelo judiciário.

“Suponhamos que dois árbitros estejam, de fato, em desacordo: um deles avalia (...) que o xadrez é um jogo de inteligência no sentido de que exclui a intimidação psicológica e que o outro árbitro não concorda. O argumento teórico afirma que nenhuma opinião pode ser verdadeira; que não pode haver resposta à questão, mas apenas respostas, cada uma tão válida quanto as outras. É evidente,

porém, que os dois árbitros não podem ver o próprio argumento dessa maneira, pois essa análise deixa ambos com uma teoria sobre coisa nenhuma. Cada um sabe que o outro diverge e não há um teste comum que possa decidir sua disputa de modo que acabe com o desacordo. Não obstante, cada um pensa que a sua resposta à questão que os divide é uma resposta superior: se não pensa assim, pensa o que então?” (DWORKIN, 2002, p. 433).

O denominado juízo de empate, censurado por Dworkin, representa a contradição do jurista cético, para quem o terceiro juízo de equivalência (por isso, empate) entre respostas diferentes (primeiro e segundo juízos, nenhum dos quais pode ser considerado como mais adequado enquanto decisão para o caso controverso) não deixa de ser um manifesto com pretensão de ser a resposta correta (DWORKIN, 2002, p. 438). Assinale-se mais uma vez que a admissão da premissa de que nem a proposição do autor, nem a do réu, é verdadeira, seja no sentido da impossibilidade da busca da verdade “real” no processo (que é mediado argumentativamente; todo o fato apresentado equivale a uma pretensão aportada em razões), seja no sentido de que há bons argumentos para os dois lados, não nos autoriza per si a conclusão do empate, isto é, do juízo de fungibilidade entre duas (ou mais) possibilidades (DWORKIN, 2002, pp. 438-439) e, pois, de uma decisão pautada em mera conveniência e arbítrio.

Nossa posição não deixa de ser regionalmente uma postura da contingência da necessidade (GABRIEL, 2012, pp. 131-151). O direito poderia não ser um código de expectativas normativas; a constituição poderia não ser democrática; a decisão jurídica poderia não ser um processo intersubjetivamente argumentativo de busca pelas melhores razões de se decidir um conflito social. Ocorre que a contingência, lato sensu, coimplica a necessidade na sua própria manifestação e concretude

ontológica, sob pena de se recair, em se generalizando intensamente uma possibilidade de ser outro, no domínio absurdo da irracionalidade e do arbítrio (GABRIEL, 2012, p. 144). Assim, “somos condicionados a continuar prosseguindo de um modo determinado enquanto somos reconhecidos como membros de uma comunidade particular” (GABRIEL, 2012, p. 145). A contingência da necessidade não pode recusar a sua condição existencial de reflexividade; a reflexão poderia não ter ocorrido (e não “não poderia ter ocorrido”, como sugere a tradução, GABRIEL, 2012, p. 150), pois contingente também o é. Ocorre que “o mundo aconteceu de se enredar na teia da razão” (GABRIEL, 2012, p. 150), só podendo ser sustentado doravante por ela. E o direito merece seguir o compasso.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. *Dialética hoje. Lógica, metafísica e historicidade*. São Paulo: Loyola, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. In *Direito & Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- GABRIEL, Markus; ŽIŽEK, Slavoj. *Mitologia, loucura e riso. A subjetividade no idealismo alemão*. Traduzido por Silvia Pimenta Velloso Rocha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

- LUFT, Eduardo. *Notas sobre o idealismo absoluto*. Porto Alegre: Veritas, v. 42, n. 4, 1997.
- LUFT, Eduardo. *Sobre a integridade. Em busca de uma ética objetiva*. In *Dialética, caos e complexidade*. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.
- LUFT, Eduardo. *Ontologia deflacionária e ética objetiva. Em busca dos pressupostos ontológicos da teoria do reconhecimento*. Porto Alegre: Veritas, v. 55, n. 1, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Traduzido por Peter Naumann. Revista AJURIS. Porto Alegre, n. 49, ano XVII, Julho 1990.
- LUHMANN, Niklas. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito*. In *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduzido por Dalmir Lopes Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.