

A contemporaneidade das teorias reducionistas a partir da teoria jurídica bobbiana

The contemporaneity of reductionist theories on the basis of Norberto Bobbio's legal theory

Grazielly Alessandra Baggenstoss¹

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

grazielly.baggenstoss@gmail.com

Resumo

O presente estudo objetiva apresentar, a partir da Teoria da Norma Jurídica de Norberto Bobbio, a correlação entre as teorias reducionistas apontadas pelo autor à época e as teorias jurídicas contemporâneas de relevo para a Hermenêutica Jurídica. Assim, o Jusnaturalismo, teoria que enfoca a experiência jurídica no critério de justiça, aperfeiçoa-se no Neoconstitucionalismo; o Positivismo Jurídico, por sua vez, que defende a face da validade como central à teoria da norma jurídica, é seguido pelo Garantismo Jurídico; e o Realismo Jurídico, finalmente, assumindo a importância da eficácia, é antecessor da Análise Econômica do Direito. Nas correspondências referidas, mais do que uma multifacetada exposição da experiência jurídica, aduz-se a sutil correlação entre os significados das problemáticas centrais de cada teoria explanada.

Palavras-chave: teoria da norma jurídica, reducionismo jurídico, teorias hermenêuticas.

Abstract

This paper presents the connection between Norberto Bobbio's reductionist theories and the contemporary legal theories that are important for Legal Hermeneutics from the perspective of Bobbio's Legal Theory. Thus, Natural Law, the legal theory based on the criterion of justice, is improved by Neoconstitucionalism Theory; Legal Positivism, in turn, which claims that validity is central to Legal Theory, is followed by Legal Guarantism; and Legal Realism, finally, which assumes the importance of effectiveness, is the predecessor of the Economic Analysis of Law. These relations show

¹ Universidade Federal de Santa Catarina. Campus Reitor João David Ferreira Lima, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito, 88040-900, Florianópolis, SC, Brasil.

more than the many faces of legal experience, as they also explain the correlation between the main problems of each of those theories.

Keywords: legal theory, legal reductionism, legal hermeneutics.

Considerações iniciais

Ao propor a Teoria da Norma Jurídica, Norberto Bobbio aponta a submissão analítica do seu objeto de estudo a três valorações, as quais redundam em três problemáticas centrais que representam a experiência jurídica: o problema da justiça, o problema da validade e o problema da eficácia (Bobbio, 2008)².

A problemática da justiça sedia-se na verificação da correspondência da norma aos valores finais que fortalecem um determinado ordenamento jurídico, a partir da constatação se tal persegue certos fins e se esses representam os valores a que se dirige o legislador. Nesse pensar, a questão da verificação da justiça de uma norma corresponde ao questionamento sobre o problema entre o que é real e o que é ideal.

Em outras palavras, sobre a questão da justiça da norma jurídica, é necessário examinar a aptidão para o ideal do bem comum e entre o dever ser, que significa a norma justa, e o não dever ser, que reflete a norma injusta. Por se tratar de um problema tangente a um juízo de valor, denomina-se de problema deontológico do direito (Bobbio, 2008).

A validade, que é definida por Bobbio (2008, p. 47) como a existência da norma enquanto tal, é observada mediante um juízo de fato, averiguando “se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas”, “se não foi ab-rogada” e “se não é incompatível com outras normas do sistema”. Tal problemática não implica o questionamento de justiça da norma, mas tão somente a investigação sobre a existência e a juridicidade de uma norma. O problema da validade é, portanto, um problema ontológico do direito.

Em semelhante posicionamento, Reale (2002) sublinha que são pressupostos para a validade a competência do órgão que a elabora, a especificação de competência *ratione materiae* para editá-la e a observância do procedimento legislativo.

A eficácia, por sua vez, traz o questionamento sobre a obediência ou inobservância dos destinatários da norma jurídica quanto ao seu cumprimento. Refere-se ao estudo do comportamento dos membros de um

determinado grupo social, assumindo caráter histórico-social, e tange a problemática fenomenológica do Direito (Bobbio, 2008).

A tríplice *quaestio*, que atualmente se insere na distinção das três funções da filosofia do direito (funções deontológica, ontológica e fenomenológica), deve ser analisada, segundo o autor mencionado, de modo sistêmico, e não de forma fracionada, sob pena de reduzir a significação da experiência jurídica. Assim,

[...] quem desejar compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é a parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideias de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los, ações e reações dos homens frente àqueles ideais e a estas instituições (Bobbio, 2008, p. 53).

Além de os três aspectos serem facetas da experiência jurídica, panoramicamente representam o questionamento sobre a organização da vida dos indivíduos em sociedade. Assim como o caráter de múltipla identificação da vida em comunidade, esses aspectos, se examinados separadamente, representam uma inadequada redução na esfera do Direito. Diante disso,

[...] consideramos que não se podem aceitar outras teorias que não fazem esta distinção claramente, e tendem, ao contrário, a reduzir ora um, ora outro dos três aspectos aos outros dois, elaborando, como se costuma dizer, através de feio neologismo da linguagem filosófica, um “reducionismo” (Bobbio, 2008, p. 53).

Por reducionistas, o autor elenca três teorias que, incorporando como norte apenas um dos aspectos referidos, não aceitam outras construções teóricas na valoração da norma jurídica. A primeira, que reduz a validade à justiça, é o Jusnaturalismo, que afirma que uma norma só é válida se também for justa. A segunda, o Positivismo Jurídico, tende a reduzir a justiça à validade, por defender que uma norma jurídica é justa apenas se ela for válida. A terceira, por sua vez, reduz a validade à eficácia e é a marca do Realismo Jurídico, em que o

² A denotação dos termos justiça, validade, validez, vigência e eficácia não encontra consenso da doutrina jurídica.

direito real não é aquele positivado, mas sim o que os indivíduos efetivamente aplicam em suas relações jurídicas (Bobbio, 2008).

Hodiernamente, como equiparação sequencial das teorias reducionistas cunhadas por Norberto Bobbio, apresentam-se a Teoria Neoconstitucionalista, a Teoria Garantista e a Análise Econômica do Direito, as quais, desenvolvendo-se, respectivamente, do Jusnaturalismo, do Positivismo Jurídico e do Realismo Jurídico, estabelecem modos peculiares de produção, interpretação e aplicação do Direito.

Destaca-se que a pretensão deste trabalho é apresentar as similaridades das teorias reducionistas bobbianas originais com as teorias jurídicas contemporâneas de modo não exauriente, permitindo, em outras oportunidades, maiores aprofundamentos na matéria. Importa frisar, também, que as construções teóricas a seguir apresentadas são explanadas a partir de seu núcleo identificador, remanescendo a outros estudos as especificidades de eventuais escolas surgidas de cada movimento.

As Teorias contemporâneas Neoconstitucionalista, Garantista e da Análise Econômica do Direito

Cada aspecto da experiência jurídica centralizado em cada uma das teorias reducionistas bobbianas corresponde a uma teoria contemporânea e, *de per se*, indicam razões e finalidades ao ordenamento jurídico, o que, então, pautará a sua produção e aplicação.

Com base no Jusnaturalismo, por exemplo, o Neoconstitucionalismo apresenta, doutrinariamente, cinco epígrafes: mais princípios que regras; mais ponderação do que subsunção normativa; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador ordinário; e a coexistência de uma pluralidade de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de princípios coerentes entre si e em torno, principalmente, das sucessivas opções legislativas (Sanchís, 2003).

Diante desse panorama, a base do Neoconstitucionalismo é firmada no equacionamento entre as dimensões do Direito, Moral e Política e de como se relacionam entre si, o que requer a aplicação de padrões de racionalidade, ou melhor, de razoabilidade prudencial no lugar da racionalidade oriunda do cientificismo formal, típico do Positivismo Jurídico (Cademartori e Duarte, 2009). Assim, a racionalidade moral desempe-

nha um importante papel na formação do discurso de racionalidade jurídica e, em vista disso, existe uma relação intrínseca entre o Direito e a Moral (Cademartori e Duarte, 2009), e isto deve ser considerado na aplicação das normas jurídicas, a fim de se legitimar a discricionariedade dos órgãos jurisdicionais.

Já a Teoria Garantista, advinda do Positivismo Jurídico, sustenta que a base argumentativa das discussões jurídicas, sejam de construção legislativa ou de aplicação judicial, deve ser articulada com as normas consolidadas pelo princípio da legalidade, e defende a não interferência dos outros sistemas sociais no Direito. Para tanto, devem-se identificar os elementos presentes no discurso jurídico que não integram o sistema jurídico do Estado Constitucional de Direito e, por fim, expurgar da estrutura sistemática tais códigos sociais alienígenas.

Por fim, a Teoria da Análise Econômica do Direito, inspirada no Realismo Jurídico, defende que o sistema normativo-jurídico deve ser construído numa base estrutural de incentivos e considerar as consequências observadas no comportamento social, em resposta aos incentivos (Ribeiro e Klein, 2011). Assim, destaca-se, nessa teoria, o exame das escolhas racionais feitas pelos indivíduos e a eficiência dessas decisões, considerando que “as pessoas são maximizadores racionais de suas próprias satisfações – todas as pessoas, em todas as suas atividades que implicam uma escolha” (Posner, 1998, p. 353).

Frente a tais correspondências teóricas, explanam-se, com mais pormenores, as estruturas paradigmáticas das teorias reducionistas evoluídas.

As propostas paradigmáticas do Garantismo Jurídico, do Neoconstitucionalismo e da Análise Econômica do Direito

As facetas teóricas entre o Neoconstitucionalismo, o Garantismo Jurídico e a Análise Econômica do Direito oferecem variadas figuras epistemológicas que divergem na orientação acerca da origem, da estrutura, dos métodos e da validade do conhecimento jurídico.

A Teoria do Garantismo Jurídico

Como resultado das inclinações emergenciais, as quais se evidenciam por meio de práticas de exceção oriunda de interesses setoriais da sociedade, a expansão das funções jurisdicionais e de seus espaços de discricionariedade busca respaldo argumentativo nos setores

social, econômico e político do Estado. Ainda, segundo a construção teórica, esse panorama causa a redução da capacidade regulativa do Direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e, ainda, a tendência do poder político a se libertar dos controles jurídicos e a sediar-se em áreas não institucionalizadas (Cademartori, 1999).

São esses os motivos que impulsionaram a Teoria do Garantismo Jurídico à construção de uma base filosófico-política constituída pela doutrina liberal da separação entre direito e moral, em que Luigi Ferrajoli, seu autor, na obra *Diritto e Ragione*, de 1989, propõe um modelo ideal de Estado de Direito. Tal modelo deve apresentar a aproximação do direito positivo com o direito que realmente é observado no meio social, sob pena de deslegitimação, reclamando a aproximação entre direito válido e direito efetivo.

As principais teses dessa teoria são:

(a) a separação entre direito e moral, em que se diferencia a qualificação de uma norma como válida ou inválida (ao se analisar o direito internamente) e a qualificação de uma norma como justa ou injusta (se examinada pela perspectiva externa); sendo que:

(b) tal separação é tida a partir do postulado do filósofo empirista inglês David Hume, que determina que não se podem deduzir prescrições de descrições, o que significa, entre outras coisas, que não se pode deduzir a moral do direito, visto que o direito válido não é por si um direito justo (Cademartori, 1999). Separam-se, portanto, juízos de validade e juízos de valor.

O fundamento para tanto é claro: o Estado Constitucional de Direito

[...] incorporou, em sua formação, diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, os quais determinam valorações ético-políticas e de justiça das normas por ele e nele produzidas, agindo como critérios de legitimidade ou ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, mas agora internos ou positivistas (Cademartori, 1999, p. 99).

Assim, de acordo com a Teoria Jurídica do Garantismo, pode-se afirmar que é inconcebível aceitar a vinculação entre o Direito e a Justiça ou a Política (o que representa o exame do sistema jurídico a partir de um ponto de vista externo). Tal tarefa, pois, cabe à filosofia político-jurídica.

Dito isso, é certo que tal teoria, considerando que Estado Constitucional incorporou diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, tornando-os critérios internos de legitimidade, fortaleceu o princípio da legalidade com a atenção voltada ao

Direito positivo vigente, orientada a analisar os aspectos de sua ineficácia e invalidade.

Assim, não são quaisquer elementos externos que poderão ser incorporados ao sistema jurídico, mas somente aqueles que apresentarem uma identificação direta com o código jurídico.

A tese da separação entre Direito e Moral sedimenta, nesse compasso, a distinção e a divergência entre justiça e validade, esclarecendo-as de modo que “não se incorra nas falácias provenientes desta confusão” (Ferrajoli et al., 2012, p. 33):

(a) a falácia jusnaturalista, relativa à tendência de identificar e confundir validade e justiça; e

(b) a falácia ético-legalista, que diz respeito à tendência de identificar e confundir justiça com validade.

Assim, a abordagem juspositivista permite evidenciar o caráter juridicamente normativo da Constituição e desmistificar outras duas falácias – que geram divergências deontológicas entre validade e vigência (Ferrajoli et al., 2012):

(a) a falácia normativista, resultante da teoria de Kelsen, que impede o reconhecimento da existência de normas inválidas, como se vigentes; e

(b) a falácia realista, que impede o reconhecimento da existência de normas válidas, mesmo se ineficazes, e de normas inválidas, mesmo se eficazes.

Logo, nesse modelo teórico,

[...] a reparação das lacunas e das antinomias que se manifestam não é confiada ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isto, à política –, no que diz respeito às lacunas; e à anulação das normas inválidas – e, por isto, à jurisdição constitucional –, no que diz respeito às antinomias (Ferrajoli et al., 2012, p. 33-34).

É por isso que, segundo essa teoria, os juízes devem processar e julgar os processos postos ao exame jurisdicional à luz da Constituição, modulando o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais:

[...] derivando normas e direitos implícitos do sistema de direito estabelecido, excluindo as interpretações que não se mostrarem plenamente compatíveis com a Constituição e, obviamente, aplicando diretamente as normas constitucionais em todos os casos nos quais não se exigem leis de regulamentação (Ferrajoli et al., 2012, p. 34).

Assim, não são quaisquer elementos externos que poderão ser incorporados ao sistema jurídico por

meio da decisão judicial, mas somente aqueles que apresentarem uma identificação direta com o código jurídico. Por conseguinte, o aspecto da experiência jurídica adotado por tal teoria como faceta central é a validade em sua definição do aspecto de formalidade de existência, de competência e de conteúdo.

Partindo da definição kelseniana, a Teoria Garantista incorpora no conceito de validade, juntamente com o enquadramento às normas jurídicas de forma e competência, também um elemento conteudístico. Assim, uma norma será válida por sua correspondência às normas jurídicas formais e também às normas materiais referentes aos direitos fundamentais³, trazendo uma ética material dos valores⁴.

A Teoria Neoconstitucionalista

Diante da crise da legalidade frente à supremacia da Constituição e outros fenômenos (como a desconfiança à atividade restrita ou omissa do legislador), o Neoconstitucionalismo surge como resposta ao modelo de Estado de Direito descrito, oferecendo uma nova explicação e uma nova teoria do Direito, de acordo com esse abandono ao dogma da estatalidade e da legalidade (Sanchís, 2003).

A Teoria Neoconstitucionalista, a fim de se alcançar a Justiça na aplicação do Direito, interessa-se pelas questões que se referem à indeterminação do Direito, além dos limites institucionalizados. Sob tal prisma, o julgador pode passar, por intermédio da decisão judicial, a ocupar o papel do legislador (é possível, também no âmbito da teoria da legislação, o desenvolvimento de novas teorias da argumentação voltadas à fundamentação da lei a ser produzida) (Cademartori e Duarte, 2009).

Ao contrário do Positivismo Jurídico, para o qual o Direito não perde sua juridicidade pelo fato de ser injusto, o Neoconstitucionalismo retrata a correlação entre justiça e licitude e apresenta a tese de que a racionalidade moral desempenha um importante papel na formação do discurso de racionalidade jurídica. Em vista disso, reverbera a existência da relação intrínseca entre o Direito e a Moral (Cademartori e Duarte, 2009).

A doutrina neoconstitucionalista é também denominada de Constitucionalismo Principialista, Cons-

titucionalismo Ético ou Constitucionalismo Argumentativo e, justificando tais títulos, defende ferozmente a superação ou a negação do Positivismo Jurídico, o qual não seria “mais idôneo para dar conta da nova natureza das atuais democracias constitucionais” (Ferrajoli *et al.*, 2012).

Por isso,

com a incorporação, nas Constituições, de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desapareceria o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça. Segundo esta tese, a moral, que no velho paradigma juspositivista correspondia a um ponto de vista externo do direito, agora faria parte do seu ponto de vista interno (Ferrajoli, 2010, p. 96).

Um outro destaque da Teoria Neoconstitucionalista é referente à configuração da maioria das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, que são consideradas “não mais como regras suscetíveis de observância ou inobservância, mas sim como princípios que se respeitam em maior ou em menor grau” (Ferrajoli *et al.*, 2012, p. 20). Diante disso, tais princípios “são suscetíveis de ponderação ou balanceamento, porque se encontram, entre eles, virtualmente em conflito. Disso resulta a centralidade conferida à argumentação na própria concepção de direito” (Ferrajoli *et al.*, 2012, p. 19-20).

Em ilustração às conceituações advindas do Constitucionalismo Principialista,

“O direito” – afirma Atienza, por exemplo, – “não pode se entender exclusivamente como um sistema de normas, mas também como uma prática jurídica”. Por outro lado, ele acrescenta, os direitos fundamentais são “valores” ético-políticos, de maneira que não apenas o direito tem uma inevitável conexão com a moral, como a teoria do direito dotada de capacidade explicativa e em condições de oferecer critérios de solução para os casos difíceis também não pode deixar de incluir uma teoria da argumentação e das práticas argumentativas, nas quais os valores “desenvolvem um papel determinante”. Analogamente, recorda Atienza, Ronald Dworkin considera o direito “como uma prática interpretativa”; Robert Alexy associa ao

³ De acordo com a teoria kelseniana, a validade de uma norma encontra-se em uma norma anterior no tempo e superior hierarquicamente, a qual indica as diretrizes formais para que tal norma seja válida. Assim, há, em tal teoria, um mecanismo de derivação e hierarquia entre as normas jurídicas (Kelsen, 2009). Em seu contraponto, Luigi Ferrajoli afirma que esse conceito de validade é incorreto, tendo em vista que, no seu entender, uma norma seria inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição. Por conseguinte, na hipótese de uma norma ingressar no ordenamento jurídico em desacordo com as normas referentes aos direitos fundamentais, tal norma seria inválida, em função de não estar de acordo com a matéria, pressuposto indispensável de validade das normas jurídicas. É nesse sentido, ainda, que Ferrajoli afirma que o conceito de validade em Kelsen se confunde com o de vigência (Ferrajoli, 1995).

⁴ Em lembrança da concepção de inclusão de valores materialmente positivados, consoante entendimento de Max Scheler (cf. Scheler, 1948).

direito “uma pretensão de correção” e, portanto, o ônus de certa justificação moral; e Carlos Nono entende que as normas jurídicas não são, por si só, autônomas razões de justificação das decisões estando a racionalidade jurídica aberta às razões morais. Da mesma forma, José Juan Moreso considera essencial à ciência jurídica a argumentação moral, sendo “uma obviedade que as Constituições incluem conceitos e bases morais” e que, portanto, “incorporam a moral no direito” (Ferrajoli *et al.*, 2012, p. 20-21).

De tal construção teórica, são notáveis (a) o ataque ao positivismo jurídico e à separação entre direito e moral; (b) o “papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção” (Ferrajoli *et al.*, 2012, p. 21); e, por fim, (c) o conceito de direito como uma prática jurídica, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes.

Observa-se, portanto, que, pelo viés epistemológico do Neoconstitucionalismo, o sistema jurídico pode permitir a inserção, em sua estrutura, de elementos que não sejam propriamente jurídicos, especialmente por conta da atuação dos órgãos jurisdicionais.

O Direito, por isso, “é aquilo que, na realidade, dizem os tribunais – e de maneira mais ampla, os operadores jurídicos –, consistindo, em última análise nas suas práticas interpretativas e argumentativas” (Ferrajoli *et al.*, 2012, p. 21).

A partir do explanado, é possível traçar uma linha de desenvolvimento da doutrina do direito natural ao Neoconstitucionalismo. Com a epígrafe racional, houve a inserção de novos argumentos ao Jusnaturalismo: a justiça é a meta primordial do ser humano e é alcançada por meio da razão⁵. Contudo, ainda em seu caráter transcendental, o Jusnaturalismo não supriu uma das principais exigências da sociedade: a segurança jurídica.

Na sequência, em que pese a decadência jusnaturalista e a égide positivista, a doutrina do direito natural encontrou no constitucionalismo contemporâneo o viés necessário para a positivação dos juízos axiológicos. Os valores positivados foram erigidos ao patamar de normas jurídicas e com o título de denominação de princípios jurídicos.

Nesse trilhar, o Neoconstitucionalismo, centralizando a importância da justiça, fortalece-se apresentando a tese de que a racionalidade moral, considerados os valores morais e os positivados, permitindo a relação intrínseca entre o Direito e a Moral, desempenha um importante papel na formação do discurso de racionalidade jurídica.

Análise Econômica do Direito

Tangencialmente às teorias juspositivistas, o Realismo Jurídico também se aprimorou, especificamente com a concepção da norma jurídica (*dever ser*) como norma eficaz (*ser*).

Partindo da concepção de que uma das funções basilares do ordenamento jurídico é o estabelecimento de padrões com vistas à pacificação social, com a previsão das expectativas individuais e sociais, o Direito configura-se por prescrições – *dever ser* – a partir de determinações de conduta ideal.

O *dever ser* coloca-se em posição diametralmente oposta do *ser*, observado empiricamente. Ao contrário do idealismo defendido pelo *dever ser*, o *ser* pauta-se em descrições, no que efetivamente se verifica em um determinado contexto.

Na comparação entre *ser* e *dever ser*, observa-se a destoante contraposição de um frente ao outro: os indivíduos, por alguma razão, não agem conforme o estabelecido pela lei. Enquanto tal razão, caracterizada como uma escolha preferencial do ser humano e observada empiricamente, não implicar comportamento ditado legalmente, não será verificada a integração entre *ser* e *dever ser*.

É por tal motivo que o Direito e o grau de desvio respectivo fático podem ser estudados a partir das escolhas dos indivíduos: considerando o ordenamento jurídico como regrador do comportamento humano e este, incentivado por preferências, é possível analisar o dinamismo social com base nos interesses de seus membros, que ponderam custos e benefícios na tomada de decisões em um ambiente de escassez de recursos.

É nesse contexto que, no aperfeiçoamento da teoria reducionista original de eficácia, surge uma

⁵ Para a doutrina jusnaturalista, a fonte do Direito não foi sempre a mesma: era, inicialmente, um deus; depois, a natureza humana; e, ainda, a razão humana. Assim, sempre um ente metafísico apresentava-se como o fundamento do Direito, considerando a ideia de que a justiça não poderia ser encontrada em um ser inconstante e, por vezes, guiado por suas paixões, como é o ser humano. Em tal panorama, os jusnaturalistas idealizavam a existência de um deus que, por ser justo e eterno, criava normas justas e imutáveis. A feição teológica do direito natural foi utilizada pela Igreja Católica para justificar seu poder, já que era representante de (um) deus na terra, suas normas equivaleriam às do deus representado. Concomitantemente, havia a aceitação do direito natural embasado na natureza humana. Dessa forma, a natureza psíquica do indivíduo, da qual se extrairiam as normas de boa conduta, seria o fundamento do Direito. As tendências e instintos humanos, todavia, refutaram a convicção do Direito fundado nessa hipótese. O direito natural racional trouxe, por sua vez, novos argumentos ao Jusnaturalismo: a justiça é a meta primordial do ser humano e é alcançada por meio da razão.

tendência fundamentada na utilização dos instrumentos da Ciência Econômica para o exame do Direito, com o direcionamento à verificação da eficácia da norma jurídica⁶.

A abordagem empírica do Direito fundamentada nos arranjos comportamentais de preferência e dos contextos envolvidos é, então, a base da teoria da Análise Econômica do Direito (AED), ou *Law and Economics*. Para mensurar tal configuração, seus teóricos aplicam métodos e teorias da Ciência Econômica e, assim, examinam “a formação, estrutura, processos e impacto econômico do direito e das instituições jurídicas” (Mercurio e Medema, 1997, p. 3).

Nas palavras de Posner (1975, p. 11), a AED compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico” de modo que se fundem dois níveis epistemológicos: a dimensão descritiva, referente à ciência econômica, e a dimensão normativa (ou prescritiva), relacionada à ciência jurídica.

O objeto dessa teoria, então, perquire, de um norte, as repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos, e, de outro viés, perquire a forma com a qual as noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar.

Com tal prisma, surge a noção de que o sistema jurídico é um complexo sistêmico estruturado em prêmios e punições, de forma que se faz necessária a comparação dos incentivos postos pelas diversas possíveis configurações que se pode dar aos institutos jurídicos.

Por esse motivo, é imprescindível observar, inicialmente, as motivações pessoais e coletivas no sistema social e, ainda, as consequências sociais das instituições jurídicas no ambiente: “deve-se ter em conta as reações sistêmicas de um grupo ou classe de indivíduos para uma determinada regra jurídica (os chamados efeitos de segunda ordem das regras jurídicas)” (Salama, 2008, p. 39).

Portanto, além da verificação da eficiência da estrutura de incentivos sugerida pela AED, há destaque à experiência, em razão da necessidade de se verificar a verificação fática das hipóteses legais. A confirmação empírica sobre o bem-estar das pessoas, assim, é manejada como uma situação de equilíbrio (da qual se deduzem as preferências dos agentes) ou como um objetivo, em contraste com os fatores reais.

Especificamente, as preferências dos sujeitos são objeto do estudo da teoria da escolha racional – uma

das premissas básicas da AED – a qual sustenta que a racionalidade econômica dos indivíduos impulsiona-os a agirem sempre visando à maximização do seu bem-estar, ou seja, no sopesamento entre vantagens e desvantagens de uma postura racional, o indivíduo preferirá a escolha mais proveitosa (ou útil) em detrimento da menos lucrativa.

Outros ferramentais da ciência econômica, como a teoria dos jogos, a teoria dos preços, métodos como a estatística e a econometria, além da própria matemática e a microeconomia, são fortes instrumentais que possibilitam a medição empírica dos fatos sociais e servem, portanto, para a observação do impacto do direito no grupo social.

A AED, portanto, em sua versão mais atual e difundida, busca oferecer um padrão sistemático e analítico de reflexão sobre o regramento jurídico, as expectativas racionais de adoção daquilo que as normas legais impõem e a busca por soluções jurídicas realmente eficientes (Dias, 2009).

Na construção do paradigma de reflexão sobre o Direito mediante o uso de instrumentos econômicos, a AED sustenta que é possível, hipoteticamente, examinar qualquer comportamento humano a partir de duas premissas principais:

(a) o comportamento maximizador dos indivíduos, considerando que as pessoas tendem a escolher a opção mais vantajosa; e

(b) a existência de mercados, com recursos escassos, que coordenem as ações dos diferentes participantes.

A partir disso, então, têm-se, basicamente, os seguintes pressupostos para a referida análise: (a) Pressupostos hipotéticos estáticos: ambiente escasso de recursos (recursos limitados); indivíduo racional (que aplica a ponderação de custos e benefícios); e a existência de ônus e bônus; (b) Pressupostos hipotéticos dinâmicos: hipóteses de preferência do indivíduo, a serem definidas no caso em concreto.

A proposta da AED, então, é um estudo interdisciplinar em que se rejeita a ideia da autonomia da ciência jurídica, a cuja análise se procede a partir do contexto fático – razão pela qual o discurso jurídico deve se abrir à realidade social.

Nesse ponto, encontra convergência ao Realismo Jurídico, o qual, principalmente no início do século passado, reuniu movimentos que “colocaram em relevo a eficácia, mais do que a justiça ou a validade. Travam

⁶ Para este trabalho, adota-se, como significado de eficácia, a medida do alcance dos resultados; e, para eficiência, uma relação entre custos e benefícios da utilização dos recursos no processo da eficácia.

uma batalha em duas frentes: contra o jusnaturalismo, que teria uma concepção ideal do direito, e contra o positivismo em sentido estrito, que tem uma concepção formal do direito” (Bobbio, 2008, p. 62).

Tanto a AED quando o Realismo Jurídico dão especial conotação ao problema da eficácia e propõem a discussão acerca da norma jurídica e, por conseguinte, da Teoria do Direito, a partir de sua eficácia, ou seja, considerando os efeitos práticos que produzem.

Considerações finais

A referencialidade teórica, necessária ao pensamento científico, determina que a análise de um fenômeno específico seja instrumentalizada por instrumentos lógico-categoriais. Nesse compasso, a fim de examinar a experiência jurídica, procede-se a um esforço voltado ao alinhamento das teorias que a permeiam, quais sejam as aqui relatadas, em referência aos problemas da justiça, da validade e da eficácia.

Observando as teorias reducionistas bobbianas – Jusnaturalismo, Positivismo Jurídico e Realismo Jurídico – e as correspondentes construções teóricas de sua evolução – Neoconstitucionalismo, Garantismo Jurídico e Realismo Jurídico –, como aqui proposto, percebe-se um movimento dialético entre valor, norma e fato (em referência à Teoria Tridimensional de Miguel Reale), somados à historicidade da teoria, especialmente quanto à localidade e temporalidade de seu desenvolvimento.

A intitulação de reducionistas, promovida por Norberto Bobbio, é justificada pelo fato de que se considera que todas as três teorias originais estariam viciadas pela eliminação ou ofuscamento de um desses três elementos constitutivos da experiência jurídica e, segundo seu entendimento, tal redução a mutilaria⁷.

Contudo, arriscando as balizas teóricas, pode-se observar que, nessa evolução dialética em busca de um ideal, deduzem-se, também, denotações similares para os termos vinculados às questões da experiência jurídica e que, por conta disso, não se pode também demandar as teorias contemporâneas como reducionistas a justificativa de Norberto Bobbio.

A justiça, para alguns defensores da AED, não chega a equivaler ao valor justiça, mas se confere um juízo de injusto ao que é ineficiente ou que causa desperdícios. Para o Garantismo Jurídico, a validade pode representar conferir justiça interna (conforme mencionada anteriormente), como também pode indicar justi-

ça externa, qual seja a adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos (Ferrajoli, 1995), e aqui se equivale à justiça para o Neoconstitucionalismo. Já a validade, em seu turno, reflete a consonância de forma (procedimento e competência) e matéria (direitos fundamentais) na Teoria Garantista. Para a Teoria Neoconstitucionalista e para a AED, é possível identificar a validade jurídica de uma norma e a validade moral (Moreso, 2001). A primeira representa o pertencimento da norma jurídica, nos termos garantistas, a determinado sistema jurídico; a segunda, a verificação de sua correspondência com o ideal político-social ou com a eficiência, dependendo da teoria adotada.

Por tal motivo, seria um equívoco afirmar que a AED e o Neoconstitucionalismo não se importam com a questão da validade e que o Garantismo Jurídico abandona o elemento justiça. Ao contrário: a Teoria Garantista, ao primar pela validade, considera a justiça já incorporada no ordenamento jurídico com a positivação de valores políticos e sociais; o Neoconstitucionalismo, em força contrária à petrificação da segurança jurídica pela validade imutável, busca promover a oxigenação do Direito com o questionamento constante dos valores morais a partir do dinamismo social; e a AED, com vistas à eficiência do próprio Direito, pretende conferir ao ordenamento jurídico a racionalidade que se confirme faticamente.

Sobeja, então, o questionamento sobre mais um movimento dialético de tais construções teóricas ou, ainda, a sua confluência em um entendimento compartilhado sobre a experiência jurídica, com a vinculação de seus prismas constitutivos centrais.

Referências

- BOBBIO, N. 2008. *Teoria da norma jurídica*. Bauru, Edipro, 192 p.
- CADEMARTORI, L.H.U.; DUARTE, F.C. 2009. *Hermenêutica e argumentação constitucional*. São Paulo, Atlas, 224 p.
- CADEMARTORI, S. 1999. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 264 p.
- DIAS, J.C. 2009. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo, Método, 141 p.
- FERRAJOLI, L.; STRECK, L.L.; TRINDADE, A.K.; ROSA, A.M.; COPETTI NETO, A.; STRAPAZZON, C.L.; ADEODATO, J.M.; OLIVEIRA, R.T.; CADEMARTORI, S. 2012. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 260 p.
- FERRAJOLI, L. 1995. *Derecho y razón*. Madrid, Trotta, 1024 p.
- FERRAJOLI, L. 2010. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Academia Brasileira de Direito Constitucional. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acessado em: 04/05/2014.

⁷ Segundo o autor, em referência às Teorias Jusnaturalista, Positivista e do Realismo Jurídico: “a primeira e a terceira não conseguem ver a importância do problema da validade; a segunda julga poder se livrar do problema da justiça” (Bobbio, 2008, p. 62).

- KELSEN, H. 2009. *Teoria pura do direito*. 8ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 448 p.
- MERCURO, N.; MEDEMA, S.G. 1997. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton, Princeton University Press, 400 p.
- MORESO, J.J. 2001. In defense of inclusive legal positivism. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 1:99-117.
- POSNER, R.A. 1975. The economic approach to law. *Texas Law Review*, 53(4):757-782.
- POSNER, R.A. 1998. *El análisis económico del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1120 p.
- REALE, M. 2002. *Filosofia do direito*. 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 749 p.
- RIBEIRO, M.C.P.; KLEIN, V. 2011. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte, Fórum, 192 p.
- SALAMA, B. M. 2008. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos Direito GV*, 5(2):59. (Estudo 22).
- SANCHÍS, L.P. 2003. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: M. CARBONELL (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, p. 201-227.
- SCHELER, M. 1948. *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un materialismo ético*. Buenos Aires, Revista de Occidente Argentina, 302 p.

Submetido: 26/02/2014

Aceito: 24/04/2014