

Economic Analysis of Law Review

Aplicação da Lei na Perspectiva da Escolha Pública: Uma Crítica Utilitarista da Construção Política do Direito.

Law Enforcement in Perspective of Public Choice: A utilitarian critique of political law construction

Tiago Neu Jardim¹

Faculdade Horizontina- FAHOR / Faculdades Integradas Machado de Assis -FEMA

Karen Beltrame Becker Fritz²

Universidade de Passo Fundo -UPF

RESUMO

Aplicar a Lei envolve muito mais do que simplesmente estabelecer critérios decisórios ou metodológicos para um julgamento justo. Significa, antes, imergir nas intrincadas e complexas relações que se estabelecem no seio do procedimentalismo democrático, procurando estabelecer e equacionar interesses por vezes exclusivamente privados, na tentativa de não romper o delicado equilíbrio de forças erigido pelo contrato social. Com efeito, a construção do direito é também resultado das disputas travadas por maiorias eventuais e determinados grupos de interesse, que acabam monopolizando o poder de administrar a justiça. A perspectiva utilitarista, em que pesem as suas reconhecidas deficiências, mostra que a democracia nem sempre garante a legitimação da política e nem tampouco a alocação racional e eficiente dos recursos. Do ponto de vista material, portanto, a inobservância da regra e a inefetividade dos valores subjacentes a ela acabam esvaziando a própria validade do direito. Ao mesmo tempo, a Teoria da Escolha Pública demonstra que a aplicação da Lei submete-se a uma lógica diferente daquela verificada no âmbito do Judiciário e que isso traz repercussões significativas na construção do direito que, por vezes, acaba servindo de instrumento para ações que não se traduzem no bem-estar coletivo. Nesse sentido, é preciso criar mecanismos estáveis em que a fundamentação e a aplicação da norma possibilitem a preservação da confiança, a racionalização dos efeitos e a manutenção das expectativas depositadas em governos representativos.

Palavras-chave: Direito. Democracia. Escolha Pública. Justiça. Utilitarismo.

JEL: K29

¹ E-mail: tnj_economia@yahoo.com.br

² E-mail: karenfritz@upf.br

ABSTRACT

To apply the law involves much more than simply establish decision-making or methodological criteria for a fair trial. It means, rather, immersing the intricate and complex relationships established within the democratic Proceduralism, seeking to establish and equate interests sometimes exclusively private, trying not to break the delicate balance of forces erected by the social contract. Indeed, the construction of law is also a result of the disputes waged by any majorities and certain interest groups that end up monopolizing the power to administer justice. The utilitarian perspective, in spite of their acknowledged deficiencies, shows that democracy does not always guarantee the legitimacy of the policy and neither the rational and efficient allocation of resources. From the material point of view, therefore, the failure of the rule and the ineffectiveness of the values underpinning it end up emptying the very validity of the law. At the same time, the Theory of Public Choice shows that the application of the law undergoes a different logic from that observed in the judiciary and that it has significant impact on the construction of the right that sometimes ends up serving tool for actions that do not result in the collective well-being. Therefore, it is necessary to create stable mechanisms in the reasoning and the application of the rule enable the maintenance of confidence, streamlining effects and the maintenance of the expectations deposited in representative government.

Keywords: Rights. Democracy. Public choice. Justice. Utilitarianism.

R: 15/09/2016 **A:** 01/02/2017 **P:** 01/08/2017

1. Introdução

A Lei é fruto de uma construção política erigida no seio de um procedimentalismo democrático. Nesse processo, a Teoria da Escolha Pública ajuda a explicar o comportamento e as preferências dos agentes políticos em um cenário de amplas liberdades para a tomada de decisão, principalmente em cenários que envolvam condições de incerteza. Isso ajudaria a explicar, pelo menos em parte, o conflito entre a política e o direito e, vale dizer, a entender por que ações encampadas pelos representantes não se coadunam com as leis por eles próprios elaboradas, votadas e aprovadas.

Nesse sentido, é importante observar que a lógica econômica, aparentemente pouco explorada por autores como Jonh Rawls e Jürgen Habermas, fez com que a política e o direito tomassem caminhos diferentes, utilizando-se cada qual de outros mecanismos de justificação. A legitimação da política e a validade do direito não são propriamente resultado de um sistema democrático no qual se delibera amplamente as ações do governo, mas, ao contrário, a legitimação e a validade são produtos de uma realização justa e eficiente do direito, no qual a moral não reside propriamente em uma razão discursiva, mas no reconhecimento dos efeitos resultantes dessas ações.

Governantes cotidianamente não se utilizam do discurso de fundamentação para justificar suas ações como pressupõe a teoria. O comportamento político é influenciado pelo auto-interesse em amealhar o maior número de votos possível a fim de permanecer no poder e legitimar suas ações. Com isso, o processo de deliberação democrática acaba servindo como parâmetro de verificação e ajuste ao longo do mandato. Obviamente, os recursos e as políticas públicas serão, como regra, destinados a atender a demanda do maior número possível de eleitores, ainda que tal medida não seja economicamente a mais eficiente e, tampouco, a socialmente mais justa.

Aparentemente, o liberalismo político defendido por Rawls (2011) induz a uma ineficiência na gestão e na alocação dos recursos públicos, pois parte de um pressuposto equivocado da política, concebendo a imprescindibilidade de um acordo ou de um consenso, ainda que sobreposto, para a promoção da justiça. Para o professor de Harvard, o conceito político de justiça parte da ideia de uma equidade artificialmente criada entre os indivíduos (“véu da ignorância”), cujos interesses decorreriam de uma razão pública e não do interesse egoístico. Habermas (2003) parte de uma premissa semelhante ao pressupor que os agentes seriam capazes de manifestar-se livremente em um processo democrático, chegando então a um resultado comum e livremente deliberado.

Na obra *Teoria do agir comunicativo*, Habermas (2012), apesar de admitir que o sistema econômico efetivamente coloniza o chamado mundo da vida, considera que esse último encontra-se regido por uma racionalidade comunicativa, que possibilita a integração social e a convivência entre os sujeitos. Se de um lado os governos eleitos democraticamente têm o po-

der de editar e fazer as leis de acordo com seus próprios interesses, o necessário juízo de adequação interposto entre a fundamentação e a aplicação possibilitaria extrair dela a máxima utilidade possível do ponto de vista material ou, então, proporcionar o menor prejuízo possível àqueles a quem a norma não se dirige. Entretanto, a política, ainda que oriunda de um processo de deliberação democrática, por vezes não se adéqua às necessidades diárias e cotidianas da coletividade, sendo levadas a efeito ou por uma razão pública ou por uma razão comunicativa, embora tenham sido um produto do mesmo procedimento.

Um dos objetivos desse trabalho é tentar demonstrar que as escolhas feitas pela coletividade, ainda que supostamente livres e deliberadas, não garantem a promoção de uma realização justa do direito, ainda que frequentemente promovam os interesses da maioria, eis que nem sempre essa é a melhor alternativa do ponto de vista da utilidade. O propósito do estudo foi, portanto, o de buscar evidências de que a legitimidade das ações dos representantes eleitos pelo povo (incluindo o processo legislativo) repercute diretamente na validade das regras, erigidas desse processo. A incapacidade do governo solucionar problemas através da aplicação da Lei compromete a credibilidade de todo o sistema jurídico-normativo e coloca em risco o Estado Democrático.

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

2. Democracia e Escolha Pública

A democracia não se constitui no processo exclusivo e tampouco no mais eficiente de legitimação política. A Teoria da Escolha Pública revela que a vontade da maioria nem sempre nos conduz a soluções socialmente justas ou economicamente eficientes, como já referido. Dessa forma, é mister compreender como é possível conciliar uma fundamentação moral *a priori* (GÜNTHER, 2011) e a preservação das liberdades individuais (RAWLS, 2011).

Sendo assim, o processo precisa ser invertido. A justiça não deve ser utilizada como pressuposto, mas como produto mediato. Ela não reside, portanto, nos juízos de fundamentação ou de aplicação, mas nos seus resultados. Se o direito foi justamente realizado, então o procedimento político foi legítimo e a norma aplicada, válida. Não existe legitimação *a priori*. A legitimação e a validade são valoradas de acordo com o grau de justiça social e de eficiência econômico que alcançaram no curso do procedimento. De outra banda, o constitucionalismo político garante que maiorias oportunistas ou eventuais, bem como grupos de coalizão exerçam influência sobre os governantes, monopolizando os recursos públicos para lograrem proveito próprio.

Sob essa ótica materialista da concepção da história, percebe-se que o direito, por ser produto do próprio Estado, de fato legitima, diretamente, a desigualdade e, indiretamente, o processo de produção e reprodução das normas, as quais deveriam servir de fundamentação, conferindo validade ao próprio direito. O conflito cada vez mais evidente travado com a política limita as possibilidades de verificação moral de uma norma, pois se o discurso de aplicação afastou do intérprete essa difícil, mas necessária, tarefa, a quem competiria fazer esse confronto? Uma norma que, embora seja fruto de um procedimentalismo democrático, não promova a redução das desigualdades existentes no seio da estrutura básica e que não reproduza a liberdade como sinônimo de emancipação, tal como preconizado pelo constitucionalismo político, pode ser considerada justa?

A adoção de um modelo no qual o controle constitucional das ações políticas pela jurisdição (juízo de aplicação do direito) atue no sentido de buscar a máxima eficiência das decisões do governo (juízos de adequação econômica), pautadas em um conjunto de leis cuja pretensão é ser universalmente incorporada no inconsciente coletivo (juízo de fundamentação moral), é imprescindível para a realização justa do direito. É dessa concretude material que exsurge a legitimação da política e a própria validade do direito, atestando que as escolhas decorrentes do procedimentalismo democrático foram, de fato, as melhores possíveis.

O processo de aplicação do direito pelo judiciário difere daquele levado à efeito pela política, já que, no primeiro caso, o processo funciona como mecanismo de reconhecimento da situação e a subsunção segue o método indutivo, generalizando-se o caso particular. Enquanto isso, a aplicação do direito pela política não dispõe dessa regra de reconhecimento, fazendo com que as escolhas públicas sigam o método de tentativa e erro.

De outro modo, Jeremy Bentham e John Stuart Mill, ainda dentro de uma perspectiva clássica, construíram uma teoria utilitarista para a alocação de recursos, trazendo significativas contribuições para a ciência do direito nas mais diversas áreas. O utilitarismo pressupõe que os indivíduos sempre reagem a estímulos, e que procuram, tanto quanto possível, maximizar seu estado de prazer evitando a dor e o sacrifício. Assim, do ponto de vista de uma ética utilitarista, tem-se que a melhor decisão é aquela que proporciona maior felicidade e bem-estar para o grupo.

Governantes normalmente não se utilizam do discurso de fundamentação para justificar suas ações, como pressupõe a teoria. O comportamento político é influenciado pelo auto-interesse. Com isso, o processo de deliberação democrática acaba servindo como parâmetro de verificação e ajustes ao longo do mandato. Obviamente, os recursos e as políticas públicas serão, como regra, destinados a atender a demanda do maior número possível de eleitores, ainda que tal medida não seja economicamente a mais eficiente e, tampouco, a socialmente mais justa.

As decisões tomadas em âmbito governamental, não obstante possam ser legitimadas pelo processo de deliberação democrática, não garantem necessariamente a legitimidade dos seus resultados. Nesse sentido, a análise econômica do direito funciona como mecanismo de estabilização de expectativas, na medida em que disponibiliza instrumentos para o reconhe-

cimento dos possíveis impactos de uma ação, compatibilizando-os com os objetivos pretendidos pela norma.

3. Ética Utilitarista e Legitimação Democrática

A ética utilitarista é capaz não só de proporcionar um resultado líquido total mais benéfico para o grupo, mas de se constituir em um instrumento mais adequado para a promoção de uma realização justa do direito, na medida em que estabelece critérios objetivos para a tomada de decisão. No entanto, não é isso que se tem percebido no processo de aplicação política do direito.

A título de exemplo, suponha-se que o governo disponha de 5 milhões de reais para realizar determinada obra, preocupado em fazer o melhor uso do dinheiro público, convoca, deliberadamente, a população para que vote em uma das seguintes propostas: a) proposta 1: pavimentação asfáltica em determinadas ruas do centro da cidade; b) proposta 2: realização de obras de canalização e saneamento básico em bairros da periferia da cidade. Realizada a votação, suponha-se que 80% dos eleitores preferiram a proposta 1, e que os outros 20% dos votos válidos tenha sido na proposta 2. Do ponto de vista da democracia, o projeto de pavimentação asfáltica foi a proposta vencedora com larga margem (80/20), de modo que o governo irá implementá-la, já que essa é a vontade da maioria.

Todavia, imagine que, devido à precariedade da situação em que vive a população que não conta com água encanada e se submete a condições indignas de saúde e moradia, a felicidade de cada um desses moradores aumentaria em cinco unidades, e que a de cada eleitor que se utiliza do asfalto, em uma unidade. Com esse exemplo simplificado, é possível perceber que nem sempre a vontade da maioria proporciona a máxima utilidade em termos de bem-estar, já que implementando a proposta 2, o bem-estar coletivo seria de cem unidades, enquanto que, ao atender à vontade coletiva e realizar a proposta 1, o aplicador político do direito garantiria apenas oitenta unidades.

Em 2010, esse postulado foi implicitamente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado publicado no Informativo nº 431, acerca da reserva do possível. Por ser extremamente elucidativo, segue trecho da referida decisão:

Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial.

[...]

Porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não

seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária (BRASIL, 2010).

Importante referir que o utilitarismo foi igualmente denominado, na história da filosofia, de radicalismo filosófico, uma vez que propõe uma reestruturação dos valores éticos e, em alguns casos, como no pensamento de Bentham, uma reforma da própria ordem social. Longe de pregar uma moral solipsista, baseada apenas na obtenção de prazer individual, o utilitarismo, em sua concepção filosófica, compreende a utilidade igualmente como felicidade, e esta, por sua vez, como o maior prazer do maior número de pessoas.

Contudo, o pensamento utilitarista de seus dois maiores representantes, Bentham e Stuart Mill, diverge em um ponto fundamental. A proposta de Bentham consiste em encarar o prazer apenas no seu aspecto quantitativo, cabendo à razão calcular, diante de cada ação, a quantidade de prazer implicada, de modo a poder determinar se a ação deverá ou não ser efetuada. Assim, esse filósofo pretende fundar uma moral racional, que procede por um cálculo de tipo matemático. Já Stuart Mill elabora uma crítica a essa compreensão, afirmando que uma consideração fundamental do prazer não pode desconsiderar a perspectiva qualitativa, tanto quanto a quantitativa.

Desse modo, a razão utilitária deveria proceder não apenas por meio do cálculo, mas igualmente, de modo a distinguir dentre as várias modalidades de prazer aqueles que são mais desejáveis e valiosos. Somente com essa discriminação seria possível postular a primazia dos prazeres intelectuais e afetivos sobre os sensíveis, de modo a superar a compreensão hedonista vulgar bem como o egoísmo.

A tese defendida pelo economista John Kenneth Arrow (1963) reforça a ideia de que a democracia não se revela, necessariamente, como a melhor forma de promoção de uma eficiência alocativa de recursos. O seu teorema da impossibilidade revela que não pode haver uma regra de escolha coletiva que igualmente atenda a determinados critérios sociais que não induzam ao chamado paradoxo de Condorcet, segundo o qual o uso de determinadas regras poderia induzir a decisões inconclusivas sempre que fossem levadas em consideração as preferências dos participantes.

Carolina Leister, em artigo publicado para a *Economic Analysis of Law Review*, faz alusão a Kenneth Arrow e Condorcet, concluindo o seguinte:

Desde a propositura do paradoxo do voto pelo Marquês de Condorcet, a regra da maioria, como instituto apto a tornar operacionais o pressuposto individualista e o regime democrático, tem sido questionada como método incapaz de identificar uma única solução alternativa como estado social ótimo. (...) (2010, p.117)

Nada obstante, desde a propositura do paradoxo do voto, cujo resultado é estendido por Arrow, através de seu teorema da impossibilidade geral, para qualquer formato auferido por uma função de bem-estar social, verificou-se que as regras majoritárias são incapazes de identificar um único

estado social ótimo quando as decisões políticas contam com mais de dois tomadores de decisão e duas alternativas. (...) (2010, p.117)

Os elementos para a formulação de uma teoria da justiça nascem, primeiro, de uma concepção utilitarista da alocação dos recursos e, segundo, da reserva de um espaço adequado para a moral, por meio dos juízos de adequação. Uma importante dedução extraída do entrecruzamento entre a análise econômica do direito e a teoria da argumentação é a de que a interpretação e a aplicação das normas não podem ser influenciadas por considerações subjetivas e desestabilizadoras como o ideal de justiça, sob pena de comprometimento da própria segurança jurídica.

A busca pela validade do direito dependerá, portanto, do comportamento e das decisões tomadas pelo aplicador, o qual é guiado no mais das vezes pela sua própria consciência e pelas suas preferências pessoais, tornando o ato de julgar fruto da sua vontade. Quando se passa a incorporar ao processo decisório perspectivas de natureza comportamental tais como expectativa, confiança, certeza e insegurança, percebe-se que os resultados da aplicação do direito quase sempre se afastam do esperado. Isso, por assim dizer, fragiliza as possibilidades de legitimação provenientes de um processo democrático e restringe os espaços de validação do próprio direito. Toda regra tem uma finalidade que lhe é subjacente erigida no consciente coletivo. Observar essa regra implica um juízo particular de utilidade pautado em uma razão instrumental. Descumprir-la, equivale a quebrar as expectativas legítimas acordadas no interior do procedimento. Ao direito compete o restabelecimento e a manutenção dessa estabilidade.

A Teoria da Escolha Pública, em parte, explica o comportamento egoístico dos governantes frente às decisões políticas a serem adotadas. Segundo a teoria, criada pelo Economista e ex-presidente dos EUA, James Buchanan, os detentores do poder agem no sentido de capturar o maior número de votos possíveis, dirigindo os recursos e as suas ações no sentido de atender a vontade da maioria, o que lhes confere um elevado poder de “barganha” na hora de decidir como e onde efetivar o direito.

A perspectiva utilitarista demonstra que o mesmo não acontece quando esse poder não decorre de um processo democrático, mas da própria Constituição. Em regra, o julgador nada tem a ganhar ou a perder com o resultado de um processo, ao contrário dos governos que dependem dos resultados das suas ações para continuar do poder. Existe, pois, diferenças significativas entre a aplicação jurídica e a aplicação política da Lei. Esse dado é importante. O Judiciário não tem o monopólio sobre a aplicação das regras e, tampouco, o controle exclusivo sobre a construção do direito. Existe, pois, uma tensão entre a política e o direito, mediada por razões eminentemente instrumentais que exige uma imersão nas intrincadas e complexas relações que se estabelecem no seio do procedimentalismo democrático, a fim de estabelecer e equacionar interesses, na tentativa de não romper o delicado equilíbrio de forças erigido pelo contrato social.

4. A Razão Econômica na Estrutura Política-Jurídica.

Construir o direito é, antes de tudo, um processo político. Do ponto de vista econômico, direitos são valores que, por suas características, têm a capacidade de proporcionar ganhos de bem-estar e melhora nos níveis de satisfação individual e coletiva. O grau de sacrifício que o indivíduo estaria disposto a fazer para obtê-lo, sob o ponto de vista de uma perspectiva contratualista, dependeria de dois fatores: da probabilidade de que esses direitos venham a ser realizados, o que afeta o nível de confiança dos participantes envolvidos no processo, e do custo marginal (CMG), para manter ou melhorar a sua posição. Tal qual ocorre em uma equação microeconômica, a receita marginal (RMG), ou seja, o retorno esperado das ações políticas, deve ser pelo menos equivalente àquilo que o indivíduo estaria perdendo e ao valor daquilo que ele atribui ao que está abrindo mão (sacrifício ou custo de oportunidade).

Tecendo comentário bastante elucidativo acerca da teoria marginalista, Ivo Gico Jr. denota que:

(...) as pessoas decidem na margem, isto é, as pessoas incorrerão nos custos de desenvolver certa atividade (perda de utilidade) enquanto a unidade adicional da atividade desenvolvida trazer mais benefício (ganho de utilidade) do que custou desenvolvê-la, é o que chamamos de análise marginal. De forma mais clara, uma pessoa será racional quando continuar desenvolvendo uma atividade enquanto ela ganhar com isso. (2010, p.27)

Se o nível de confiança decorrente da concretude ou da realização do direito aumenta, os custos para obtê-lo diminuem, aumentando o benefício geral. Essa melhora coletiva nem sempre é levada em consideração ou incorporada às decisões como algo positivo, mas é um aspecto importante na garantia da estabilidade do sistema, além de proporcionar condições para a universalidade necessária para a legitimação moral da política. Em termos econômicos, a equação pode ser expressa da seguinte forma:

$$UT = UE* \cdot NC - C \cdot ND$$

Em que UT é o nível de utilidade total obtida pela coletividade; UE* é o nível de utilidade esperada por cada um dos indivíduos que atuam no processo; Nc é o nível de confiança ou de credibilidade de que os direitos serão realizados; C é o custo ou grau de sacrifício das preferências ou liberdades individuais; ND é o nível de desconfiança de que as ações políticas sejam capazes de solucionar problemas de natureza econômica, como crises ou instabilidades, e da capacidade do governo de contorná-la, promovendo a harmonização dos interesses conflitantes. Considere-se ($Nc + ND = 1$).

Quanto mais objetivos e racionais forem os critérios utilizados para decidir (ética econômica), maior será a credibilidade da ação. O ato de decidir precisa ser compreendido por aqueles que suportam os seus efeitos, para que, assim, possam aprová-la ou desaprová-la de

maneira consciente (cognitiva). Nesse aspecto é que se faz imprescindível uma boa e adequada teoria da argumentação, cuja análise econômica do direito deve servir de suporte. Em outra passagem, Ivo Gico Jr. afirma:

(...) cada indivíduo atribui uma utilidade a cada escolha possível e é capaz de ordenar essas escolhas de acordo com as utilidades que lhe provêm. Toda vez que tiver de escolher entre duas opções, o indivíduo escolherá aquela que mais lhe traz utilidade, isto é, os agentes são racionais maximizadores de utilidade. (2010, p.26)

No exemplo apresentado, o nível de satisfação coletiva (UT) dependerá do grau de utilidade esperada (UE*) de cada participante, que, por sua vez, está vinculado à efetividade ou ao grau de realização do direito que se pretende obter ou manter. Ninguém desejaria sacrificar-se por um benefício que fosse incerto, a menos que o retorno esperado seja suficientemente alto a ponto de compensar o risco. A decisão de suportar ou não esse risco deve ser espontânea, natural e voluntária, e não imposta (heteronomia). Quanto mais o direito for realizado, maior o nível de confiança, menores os custos incorridos para aderir à ação (compreendê-la e aceitá-la) e obter aquilo que se deseja, preservando as liberdades e respeitando as preferências individuais.

A diferença dessa teoria para a de Rawls é que ela não apenas aceita os princípios utilitaristas, mas os incorpora como ética necessária para proporcionar uma realização justa do direito, da qual a legitimação moral da política é decorrente, sem sacrificar os interesses dos indivíduos. A política, entretanto, assim compreendida, não apenas as ações governamentais, mas também o processo de criação e justificação das normas, deixa de ser livre e passa a estar vinculada a resultados aferíveis, aplicáveis, e a objetivos em que a eficiência passa a ser critério e a justiça, um subproduto possível, mas não necessariamente verificável, o que não torna a política menos legítima ou o direito menos válido. Não é da justiça que ambos decorrem. A dependência econômica dos direitos sociais implica na realização de determinadas escolhas, por vezes trágicas, e na inserção de um novo aspecto na tomada de decisão política. Para os professores Francisco Carlos Duarte e Bruna Marques Alves,

A população acreditou na capacidade do Estado em manter uma estrutura jurídico-social que a preservasse das incertezas do sistema capitalista, pela crescente escassez dos recursos públicos e, como também, da constatação da falta de autonomia operacional e concreção normativa do ordenamento jurídico constitucional edificado pela lógica intervencionista. (...) (2015, p. 198)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado Brasileiro retornou aos ditames da democracia, tendo como fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana e como principal objetivo, a realização da justiça social. Para que a dignidade da pessoa humana fosse respeitada e a justiça social alcançada, o texto constitucional trouxe uma série de princípios informadores das condutas dos governantes que, a partir de sua promulgação, voltaram a ser eleitos pelo povo. (2015, p. 198)

A partir daí, fica fácil perceber que a confiança e o grau de expectativa depositadas nas ações do governo são aspectos cruciais da democracia republicana. O sustentáculo do modelo, portanto, não é a Lei, mas a legitimidade do governo e a crença nas instituições. Uma das principais limitações da filosofia política moderna é não ter levado em consideração fatores subjetivos e intrínsecos ao homem que trazem desestabilização ao modelo. Fatores como insegurança, expectativa e desconfiança são intrínsecos ao homem, e que repercutem diretamente no processo de produção das normas, na condução da política e nas escolhas que são feitas diariamente.

O agente político é, antes, um agente econômico que age, decide e se comporta racionalmente, de modo a promover o seu autointeresse. As teses cientificamente aceitas como as mais adequadas para explicar o papel da democracia deliberativa na construção do direito, dentre as quais o modelo de Habermas (2003) se enquadra, tampouco levam em consideração a assimetria das informações, circunstância que conduz a uma significativa distorção no resultado.

Isso faz com que se tomem determinados atalhos mentais e não se contemplem todas as possibilidades ou não se avaliem corretamente todos os riscos inseridos em uma determinada escolha. A racionalidade fica, assim, limitada pelo tempo e diluída no seio da coletividade. A vontade de um eleitor não é completamente livre ou desinteressada. Como indivíduo que busca maximizar seus resultados, ele sempre leva em consideração as ações dos demais votantes, reforçando a instabilidade do sistema. Indivíduos são “precificadores” natos. A teoria econômica tradicional aponta o racionalismo humano e, por consequência, a maximização de utilidade do *homo economicus* como a melhor explicação para as decisões tomadas pelos agentes.

O utilitarismo baseia-se na compreensão empírica de que os homens regulam suas ações de acordo com o prazer e a dor, perpetuamente tentando alcançar o primeiro e escapar à segunda. Desse modo, uma moral que possa abarcar efetivamente a natureza humana precisa voltar-se para esse fato, conduzindo-o às suas últimas consequências. Nessa perspectiva, a utilidade como capacidade de proporcionar prazer e evitar a dor deve constituir o primeiro princípio moral, isto é, seu valor supremo.

No bojo da estrutura político-jurídica, o procedimentalismo democrático transforma as decisões da maioria em estratégia dominante. Essa diferença de simetria está baseada nos diferentes graus de informação, conhecimento e expectativa de cada indivíduo. Para a política, pela realização justa e material do direito. Mas, de que forma se pode visualizar o comportamento da coletividade?

A ação do homem não é completamente livre. Ao contrário, ela é influenciada interna e externamente por uma infinidade de fatores. Os fatores internos seriam as paixões e as externas, as ações de todos os outros indivíduos. Todos esses fatores contribuem sobremaneira para viesar a ação desse agente. As paixões inerentes à natureza humana contribuem, ademais, para desestabilizar a maneira com a qual o indivíduo interpreta as informações disponíveis.

Com efeito, a instabilidade da economia e os momentos de recessão se refletem igualmente no grau de confiança dos eleitores, que passam a questionar a capacidade do governo de superar a crise e de criar mecanismos protetivos das garantias fundamentais, como o emprego e a renda. Essa desconfiança é sistêmica e se propaga por toda a estrutura político-jurídica, comprometendo a própria validade do direito. De acordo com Habermas,

A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. (2003, p.50)

A passagem embora nem de longe represente a magnitude da teoria desenvolvida por Habermas, na obra *Direito e democracia* (2003), é bastante elucidativa e reveladora. Nela, Habermas faz uma clara distinção entre a validade, que, segundo ele, é determinada pelo grau de imposição da norma produzida independentemente de qualquer substrato moral, e a legitimidade, abjudicada pela realidade fática e desvinculada do seu caráter deontológico. A legitimidade seria, portanto, mensurada pela sua natureza axiológica. Em outra obra, Habermas questiona a cisão entre justificação e aplicação, dizendo o seguinte:

Essas grandiosas unilateralizações, que constituem a rubrica da modernidade, não carecem de fundação e justificação; mas geram problemas da mediação. Como é que a razão dividida em seus elementos pode conservar sua unidade no domínio cultural e como é que as culturas de especialistas, retraídas para altaneiras formas esotéricas, podem preservar o contato com a prática comunicativa do cotidiano? (2013, p. 32).

Defendendo o ponto de vista da justiça política, Höffe (2006) atribui o papel de legitimação do direito ao discurso de justificação. À tarefa de legitimação Höffe atribui o nome de “mandato para o exercício da coerção”, dando a entender que esse papel competiria à política e não ao intérprete aplicador da norma:

Ao contrário, bem diferente é quando a cooperação se articula com a coerção aberta ou oculta. Pois a coerção limita a liberdade de ação, o que para os envolvidos é prejudicial e, portanto, carente de legitimação; é por isso que a tarefa da legitimação se denomina mandato para exercício da coerção (2006 p. 52).

Bem se vê que o autor vincula a prática da liberdade à legitimação, chamando a atenção para o fato de que se houver coerção, não haverá cooperação e, logo, a legitimação do

direito não poderia ser espontânea ou autônoma. Höffe também aborda a questão da justificação, defendendo que a justiça poderia ser realizada pela simples aplicação da norma, eis que o seu processo de elaboração já contemplaria juízos pré-morais, não se fazendo necessária a verificação pelo intérprete aplicador.

A justificação correspondente pode ser entendida em duas direções. Segundo uma compreensão mais fraca, o ponto de vista moral é possível em face do mandato para o exercício da coerção; segundo uma compreensão mais forte ele é necessário. Se a justiça é apenas uma perspectiva possível e se a questão da legitimação em face do mandato para o exercício da coerção pode ser respondida com razões pré-morais, se poderia renunciar então, à busca de razões morais (2006 p. 54).

A efetividade do direito como pacificador de conflitos sociais e como pretenso promotor de cooperação entre consciências dissonantes encontra limites não apenas no pluralismo decorrente das diferentes historicidades, tradições e formas de vida como também nas individualidades criadas pela razão econômica. Como seria possível, então, conceber a equidade sem antes promover a internalização consciente no interior do procedimentalismo democrático?

Não há como ignorar o fato de que o ideal burguês forjou não apenas o curso da própria história (Hegel) como as formas de promoção da equidade, racionalizando a justiça para uma perspectiva eminentemente liberal, o que, por certo, contribuiu para o afastamento da moral enquanto mediadora na intrincada relação entre política e direito.

Naturalmente, a moral, como promotora de uma realização justa do direito, tem a sua sede primariamente na formação da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. “Na prática comunicativa do cotidiano, as interpretações cognitivas, as expectativas morais, as expressões e valorações têm de qualquer modo que se interpenetrar” (HABERMAS, 2013, p. 33). Daí resulta que a moral pode ser apreendida objetivamente, mas deve ser concebida como processo na intersubjetividade discursiva entre fundamentação e aplicação em uma relação de reciprocidade. Em *Uma teoria da justiça*, Rawls tece duras críticas ao postulado utilitarista, sustentando que:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos (2008, p. 4).

A perspectiva de Rawls defende o liberalismo e os direitos individuais a qualquer custo, ainda que disso dependa o sacrifício do bem-estar coletivo. Como seria, possível, portanto, conciliar tal postura com a ideia de uma ética universalista? Como seria possível legitimar a política a partir de um procedimentalismo democrático? Rawls nega a busca pela

eficiência e parece extrair normatividade do direito de pressupostos subjetivos, partindo de premissas equivocadas.

A crise de efetividade normativa vivenciada pela sociedade pós-moderna colocou em evidência a incapacidade de a política estabelecer consensos pautados em um ideal de equidade, como pressupunha Rawls, e mesmo de o regime deliberativo superar o individualismo enraizado no subconsciente social, promovendo ainda mais o dissenso coletivo e a fragmentação das identidades forjadas pelo liberalismo econômico. O ideal capitalista fez com que a moral ficasse diluída em um número infindável de consciências, tornando impossível a existência de um governo representativo que pudesse contemplar os pluralismos advindos do multiculturalismo e da ampla diversidade social, política, econômica e religiosa.

5. Conclusão

As decisões tomadas em âmbito governamental, não obstante possam ser legitimadas pelo processo de deliberação democrática, não garantem necessariamente a legitimidade dos seus resultados. A lógica individualista, cujas preferências Rawls defende, legou aos dias atuais uma sociedade complexa e intrincada, cujos interesses antagônicos e conflitantes abrem espaço para a formação de indivíduos em vez de sujeitos, tornando estreitas as possibilidades de consolidação de uma ética discursiva, como pretende Habermas (2003), e dos espaços da moral criados a partir de uma teoria da argumentação, como sustenta Günther (2011).

Se de um lado os governos atuam no sentido de promover ações que maximizem a sua popularidade e, conseqüentemente, o retorno em expressiva votação, de outro, as decisões proferidas no âmbito do governo buscam fazer a melhor aplicação possível da norma. A verdade é que o sufrágio, levado a efeito por um simples cálculo aritmético cuja maioria objetiva de votos concede ao vencedor o direito de governar, não contempla de igual forma a vontade do eleitorado de modo a fazê-lo sentir-se representado. Aliado a isso, acrescentam-se o aumento da desconfiança, a quebra de expectativas e as incertezas ocasionadas pela insustentabilidade do modelo econômico, tem-se como resultado inevitável o enfraquecimento da legitimidade da política e, principalmente, da validade do direito resultante dessa equação.

A concepção liberalista de que a política teria a capacidade de contemplar e albergar interesses cada vez mais dissonantes é sedutora, principalmente quando defendida como ideal de justiça. Entretanto, a sociedade contemporânea tem se mostrado hábil e bastante fértil na arte de reproduzir grupos restritos, distintos e pouco coesos. A defesa dos interesses de parcelas da população incapazes de se articular em torno de uma proposta comum, por vezes, impede de elevar a sua vontade à categoria de lei ou mesmo de incluí-la na pauta das reivindicações dos governantes.

A legitimação moral da política significa que as ações dos governos passam a ser aceitas e respeitadas universalmente e compreendidas como necessárias. A validade do direito funciona como verdadeiro teste ao qual é submetido o discurso de fundamentação. Se as expectativas tiverem sido preenchidas, serve como reforço da argumentação; do contrário, servirá como instrumento de correção e adaptação. O ciclo estabelece um verdadeiro mecanismo

de *feedback*, no qual a análise econômica do direito tem o papel crucial de estabilização de todo o sistema, estipulando critérios lógicos como balizadores da moral.

A perspectiva utilitarista, em que pesem as suas reconhecidas deficiências, mostra que a democracia nem sempre garante a legitimação da política e nem tampouco a alocação racional e eficiente dos recursos. Do ponto de vista material, portanto, a inobservância da regra e a inefetividade dos valores subjacentes a ela acabam esvaziando a própria validade do direito. Ao mesmo tempo, a Teoria da Escolha Pública demonstra que a aplicação da Lei na esfera pública submete-se a uma lógica diferente daquela verificada no âmbito do Judiciário e que isso traz repercussões significativas na construção do direito que, por vezes, acaba servindo de instrumento para ações que não se traduzem no bem-estar coletivo.

6. Referências

ARROW, K. J. **Social Choice and Individual Values**. 2. ed. New Haven and London. Yale University Press, 1963.

DUARTE, Francisco Carlos. ALVES, Bruna Marques. [A intervenção do estado no domínio econômico – economia e legitimidade](#). Brasília: Editora Universa. *Economic Analysis of Law Review*. EALR, V. 6, n° 1, p. 192-205, Jan-Jun, 2015. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/5710>. Acesso em: 18/02/17.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n° 431. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso: 10 abr. 2016.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito** in **Economic Analysis of Law Review**. Brasília: Editora Universa. *Economic Analysis of Law Review*. EALR, V. 1, n° 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010. Disponível em: www.bibliotekevirtual.org/revistas/UCB/EALR/v01n01/v01n01a01.pdf. Acesso em: 18/02/17.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral** – justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2014.

_____. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V. I.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. Tradução de Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEISTER, Carolina. **Economia Constitucional e Public Choice: a tendência estatal à expansão fiscal e seus limites institucionais**. Brasília: Editora Universa. Economic Analysis of Law Review. EALR, V. 1, nº 1, p. 116-127, Jan-Jun, 2010. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1456/1109>. Acesso em: 18/02/17.

_____. **Liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.