

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO

CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO

O espelho de Creonte -
O pluralismo epistêmico nos campos de racionalidade da decisão
judicial diante das exigências pragmático-formais da produção do
Direito

Florianópolis
2006

CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO

O espelho de Creonte -
O pluralismo epistêmico nos campos de racionalidade da decisão
judicial diante das exigências pragmático-formais da produção do
Direito

Tese submetida ao Programa de
Doutorado do Curso de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de Doutor em
Direito. Orientador: Professor Doutor
Antonio Carlos Wolkmer.

Florianópolis
2006

CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO

O ESPELHO DE CREONTE: O PLURALISMO EPISTÊMICO NOS
CAMPOS DE RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL SOB O
INFLUXO DAS EXIGÊNCIAS PRAGMÁTICO-FORMAIS DA
PRODUÇÃO DO DIREITO

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer – Presidente

Prof. Dr. Ricardo César Pereira Lira – Membro

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira – Membro

Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão – Membro

Prof. Dr. Aires José Rover – Membro

Florianópolis, 21 de dezembro de 2006.

Ao parceiro de caminhada seja esta de extensão infinita e o nosso desejo permaneça acima do constrangimento dos raciocínios e das provas e saiba cozer com a beleza das linhas poéticas de mais perfeito acabamento os nossos sentidos entre sentidos.

Agradecimentos

A doutoranda presta uma homenagem de humildade e reconhecimento na pessoa de seu Professor Doutor Orientador Antonio Carlos Wolkmer pelo apoio, compreensão e o estofo teórico que tornou possível a presente modalidade de pesquisa ser concretizada. E faz menção especial a uma ausência tocante na pessoa de Ivonete que não pôde se fazer presente neste momento, mas que permanece no silêncio das boas vibrações.

Aos amigos, em especial à Cathia e ao Luis Arlindo pela impulsão fraterna e tolerância incansável em todo o período de pesquisa, presto meu testemunho agradecido assim como à família na presença materna e dos irmãos que tiveram inadvertidamente seu convívio roubado nas horas de estudo.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela luta constante na edificação de um programa consistente de doutorado e ao marido e eterno companheiro por todo esforço e empenho de sua generosidade na vida acadêmica compartilhada em suas alegrias e não menos alegrias sempre.

Todo pensamento emite um Lance de Dados.
Mallarmé

A aprovação da presente tese não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que é nela exposta.

Resumo

A tese *O espelho de Creonte – o pluralismo epistêmico nos campos de racionalidade da decisão judicial* diante das exigências pragmático-formais da produção do Direito tem como objeto de investigação a decisão judicial, no mesmo ambiente racional no qual ela é determinada e a partir das orientações teóricas que os processos de tomada de decisão vêm recebendo no cenário do debate do pensamento jurídico. A categoria decisão é o ponto de partida para diferenciar sua condição correlata deliberativa e a relevância do problema da confiabilidade dos raciocínios específicos, a partir dos quais, a decisão considerada racional pode ser produzida. E, em cuja tipicidade lógica, a sua justificação apresenta os pressupostos de compreensão dos campos de racionalidade interferentes e interferidos na discussão sobre razão, razão prática e suas repercussões na ação de decidir como referencial epistemológico. A presença do aspecto objetivo dominante na decisão compreendida como um processo não exclui a subjetividade do agente da decisão no balanceamento entre a observância dos requisitos formais e as demandas por resultados razoáveis. No ambiente geral da Teoria da Decisão encontram-se os elementos orientadores de uma parte da tese, na qual os conceitos estratégicos da anatomia do procedimento decisional e suas variantes são observados desde a Metamatemática. No cenário judicial a produção judicial do Direito concerne a elementos históricos e filosóficos que se sucedem e se reconstroem até o modelo proposto pelo paradigma liberal do Direito. Segue-se, assim, que a temática peculiar da racionalidade das decisões judiciais pode ser examinada como um problema de fundo recorrente, pois na esfera cognitiva do Direito a Teoria da Decisão Judicial articula-se com as modalidades teóricas que a sustentam como formas de racionalidade, nas quais as decisões judiciais podem ser tomadas e em seus discursos jurídicos. A discussão sobre a racionalidade das decisões judiciais obedece a quesitos de possibilidade de solução e o condicionamento das soluções. Certeza e aceitabilidade da decisão passam a funcionar como critérios racionais reguladores e a decisão tomada no âmbito da jurisdição constitucional induz os debates tais como o da função política das decisões nos tribunais. As concepções da noção de racionalidade são identificadas nos momentos relevantes da aplicação judicial do Direito para uma análise das formas de racionalidade das decisões judiciais e do problema da justificação dentro do sistema de Direito e da Justiça. A proposta da tese para a solução teórica ao impasse do critério racional fundamental da decisão racional exige o equilíbrio de uma dupla exigência: formal e pragmática, concernente à valorização da coerência do próprio sistema e a aceitabilidade das decisões. No primeiro nível, formal, estuda-se o papel das normas e dos precedentes no processo de tomada das decisões judiciais e a jurisdição constitucional também repercute para a tarefa decisional. A racionalidade do Judiciário como agente da decisão e da legitimidade dos tribunais constitucionais procura evidenciar a influência dos elementos norma e valor para consideração da racionalidade de suas decisões. No segundo nível, pragmático, a Teoria da Decisão judicial testemunha e investiga a questão da articulação da esfera judicial com a esfera política, enfocando o debate sobre o alcance e possibilidades dessas conexões diante da própria crise da Sociedade e da produção da decisão judicial como exercício democrático e democratizador do Estado dentro dos limites de observância do processo político.

Abstract

The thesis Creonte's Mirror - the epistemic pluralism in the fields of rationality of the judicial decision in view of the pragmatic-formal demands of the production of Law has the judicial decision as its investigation subject, in the same rational environment in which it is determined, and based on the theoretical orientations that decision-making processes have been receiving in the juridical thought debate scene. The category decision is the starting point to differentiate its correlate and deliberative condition and the relevance of the reliability problem of the specific reasonings, whence the decision considered rational can be produced and, in whose logical specificity, its justification presents the understanding presuppositions of the interferent and interfered fields of rationality to the discussion on reason, practical reason and their repercussions in the action of making a decision understood as an epistemological reference. The presence of the objective aspect, dominant in the decision understood as a process, doesn't exclude the subjectivity of the decision-maker in the adjustment between the observance to formal requirements and the demands for reasonable results. In the whole of the Decision Theory, the guiding elements of part of this thesis is found, in which the strategic concepts of anatomy of the decisional procedure and their variants are observed from a Metamathematical point of view. In the judicial scene, the judicial production of Law regards historical and philosophical elements that follow one another and rebuild themselves into the model proposed by the liberal paradigm of Law. It follows that the peculiar theme of the rationality of the judicial decisions can be examined as a recurring basic problem, for in the cognitive sphere of Law the Theory of Judicial Decision is linked to the theoretical modalities that sustain it as a form of rationality, in which judicial decisions can be made, and within their juridical speeches. The discussion about the rationality of the judicial decisions complies with requirements related to the possibility and the accomodation of the solutions. Decision certainty and acceptability start to function as regulatory rational criteria and the decision made in the scope of the constitutional jurisdiction induces debates such as the one about the political function of court decisions. The conceptions on the notion of rationality are identified in the relevant moments of the judicial application of Law, for an analysis on the forms of rationality of the judicial decisions and on the problem of justification within the legal system and Justice. The proposal of this thesis for the theoretical solution of the impasse related to the fundamental rational criterion of the rational decision demands the balance between a double demand: formal and pragmatic, regarding the promotion of the coherence of the system in itself and the acceptability of the decisions. At the first level, the formal one, the role of norms and precedents in the judicial decision-making processes are studied; and the constitutional jurisdiction also play its role on the decisional task. The rationality of the Judiciary as a decision-maker and as a legitimacy agent of the constitutional courts shows the influence of elements such as norm and value in the consideration of the rationality of their decisions. In the second level, the pragmatic one, the Theory of Judicial Decision witness and investigates the articulation between the judicial and political spheres, focusing on the debate regarding the range and the possibilities of such connections in view of the crisis of the Society and of the production of the judicial decision as a democratic and democritizing exercise of the State within the limits of observance of the political process.

Résumé

La thèse *Le miroir de Creonte – le pluralisme épistémologique dans les champs de rationalité de la décision judiciaire face aux exigences pragmatiques et formelles de la production du Droit* a comme objet de recherche la décision judiciaire dans la même ambiance rationnelle dans laquelle elle est déterminée et à partir des orientations théoriques que les processus de prise de décision reçoivent dans le cadre du débat de la pensée juridique. La catégorie décision est le point de départ pour différencier sa condition corrélatrice et délibérative et l'importance du problème de la crédibilité des raisonnements spécifiques à partir desquels la décision considérée rationnelle peut être produite. Ainsi, dans sa spécificité logique, la justification de cette décision présente les présuppositions de compréhension des champs de rationalité interférents et interférés dans la discussion sur la raison, la raison pratique et ses répercussions dans l'action de décider comme référentiel épistémologique. La présence de l'aspect objectif dominant dans la décision comprise comme un processus n'exclut pas la subjectivité de l'agent de la décision dans le balancement entre l'observation des exigences formelles et les demandes pour les résultats raisonnables. Les éléments conducteurs d'une partie de la thèse sont trouvés dans l'ambiance générale de la Théorie de la Décision, dans laquelle sont observés les concepts stratégiques de l'anatomie du processus décisionnel et ses variantes, dès la métamathématique. Dans le cadre judiciaire, la production judiciaire du Droit concerne les éléments historiques et philosophiques qui se succèdent et se reconstruisent jusqu'à l'exemple proposé par le modèle libéral du Droit. De cette manière, le thème particulier de la rationalité des décisions judiciaires peut être examiné comme un problème qui se reproduit, car dans la sphère cognitive du Droit, la Théorie de la Décision Judiciaire s'attache aux modalités théoriques qui la soutiennent comme des formes de la rationalité dans lesquelles les décisions judiciaires peuvent être prises et dans ses discours juridiques. La discussion sur la rationalité des décisions judiciaires obéit aux exigences de possibilité de solution et à la condition des solutions. La certitude et l'acceptabilité de la décision commencent à fonctionner comme des critères rationnels régulateurs et la décision prise dans le domaine de la juridiction constitutionnelle induit les débats comme celui de la fonction politique des décisions dans les tribunaux. Les conceptions de la notion de rationalité sont identifiées dans les moments importants de l'application judiciaire du Droit pour une analyse des formes de rationalité des décisions judiciaires et du problème de la justification dans le système du Droit et de la Justice. La proposition de la thèse pour la solution théorique à l'impasse du critère rationnel fondamental de la décision rationnelle demande l'équilibre d'une double exigence : formelle et pragmatique qui concernent la valorisation de la cohérence du système et l'acceptation des décisions. Dans le premier niveau, le formel, il est étudié le rôle des normes et des précédents dans le processus de prise de décisions judiciaires et la juridiction constitutionnelle qui influe sur la tâche de la décision. La rationalité du Judiciaire comme agent de la décision et de la légitimité des tribunaux constitutionnels essaie de mettre en relief l'influence des éléments comme la norme et la valeur pour considérer la rationalité de ses décisions. Dans le deuxième niveau, le pragmatique, la Théorie de la Décision Judiciaire témoigne et cherche la question de l'articulation de la sphère judiciaire avec la sphère politique, en focalisant le débat sur l'atteinte et les possibilités de ces rapports face à la crise de la Société et de la production de la décision judiciaire comme exercice démocratique et démocratisateur de l'État dans les limites d'observation du processus politique.

Sumário

Introdução	13
Parte I	24
1 Decisão e razão	28
1.1 A decisão e a deliberação são diferenciadas	32
1.2 O teste de confiabilidade dos raciocínios	39
1.3 A decisão racional	45
1.4 A decisão como objeto teórico	56
2 Teoria da Decisão	60
2.1 Aplicações	62
2.2 Antecedentes históricos e modelos teóricos	65
2.3 Teoria da Decisão em sentido estrito	72
2.4 Ambiente de certeza, de risco e de ignorância	77
3 Teoria dos Jogos	85
3.1 Fundamentos teóricos	87
3.2 Modalidades de jogos	91
3.3 A Teoria dos Jogos, a Ética e a racionalidade	100
3.4 Jogos com três ou mais jogadores	105
4 Teoria da Decisão social	108
4.1 Antecedentes e aplicações	109
4.2 Fundamentos teóricos	111
4.3 Abordagens	120
4.4 A fundamentação do Direito pela Teoria da Decisão	128

5 A decisão pública	133
5.1 A decisão governamental	135
5.2 Grupos de pressão	136
5.3 Modelos teóricos de decisões públicas	139
5.4 A decisão pública em um quadro ideológico	154
Parte II	157
1 A decisão como produto da atividade judicial	160
1.1 A decisão encontra a atividade judicial em Platão e Aristóteles	162
1.2 Platão no paradoxo da legalidade	163
1.3 Aristóteles compreende a atividade judicial positivada	178
1.4 A atividade judicial na identidade do Direito	184
2 A institucionalização da decisão judicial na janela da História	187
2.1 A decisão judicial como anúncio sacerdotal	188
2.2 A decisão na administração institucionalizada das expectativas de justiça	195
2.3 A decisão judicial como função reguladora do Estado Moderno	207
2.4 A decisão judicial como exercício controlado pela Soberania popular	210
3 A decisão judicial no paradigma liberal do Direito	216
3.1 A idéia de legalidade	219
3.2 Aplicação e interpretação	224
3.3 A independência e a imparcialidade do agente da decisão como condição de cidadania	228
3.4 O lugar da decisão judicial no pensamento jurídico contemporâneo	230
4 Inteligência artificial e decisão judicial	248
4.1 Modelos decisórios no Direito: Júpiter, Hércules e Hermes	249
4.2 O juiz Proteus	251
4.3 Decisão judicial: KBS de base argumentativa	253
4.4 Razoabilidade como índice de correção do sistema	255
Parte III	257
1 A Teoria da Decisão Judicial	260
1.1 Teorias da decisão judicial	261
1.2 A decisão judicial e a argumentação como técnicas jurídicas contemporâneas	264
1.3 Aspectos subjetivos do processo de tomada das decisões	273
1.4 Níveis de abordagem da decisão judicial	275

2 Formas de racionalidade da decisão judicial	282
2.1 Os raciocínios judiciais	283
2.2 A racionalidade prática no Direito	286
2.3 A logicidade da decisão judicial	292
2.4 A racionalidade da jurisdição e dos discursos jurídicos	306
3 As exigências pragmático-formais na justificação das decisões judiciais	321
3.1 O processo de justificação da decisão	323
3.2 Os critérios pragmático-formais de controle de racionalidade	326
3.3 Predicibilidade – a certeza na obediência à lei e ao Direito na decisão judicial	328
3.4 Aceitabilidade como controle democrático substantivo de racionalidade	337
4 A racionalidade da decisão judicial política	342
4.1 O possível da relação entre Política e decisão judicial	343
4.2 Modelos de discussão do sentido político das decisões judiciais	347
4.3 Os requisitos de racionalidade para a decisão judicial com fundamento político	351
4.4 A racionalidade pragmática da decisão política	359
5 A racionalidade da decisão constitucional	369
5.1 A racionalidade da decisão constitucional	371
5.2 A legitimidade do agente da decisão constitucional – os Tribunais Constitucionais	375
5.3 Normas e valores na produção da decisão constitucional	382
5.4 A decisão constitucional e o processo político	383
Conclusão	393
Referências	402

Introdução

O essencial sobre a compreensão da decisão judicial vem permanecendo obscuro e esta ausência de clareza remete a Teoria e a Filosofia do Direito justamente a um campo em que condicionantes racionais para tarefa de decidir são negligenciados e no qual freqüentemente a legitimidade democrática silencia.

A decisão judicial permanece assim em um estatuto ambíguo no qual a consciência política e os compromissos democráticos não permitem nem consolo e tampouco remorso. Nesse sentido, Creonte representa a força das razões de Estado. Antígona se opõe a Creonte como podem se opor o ideal de justiça substantiva e a formalização da justiça de Estado. O conflito individual que Antígona coloca diante de si mesma é também um conflito diante do Estado.

Ao violar as leis dos deuses, Creonte desperta em Antígona o sentimento de realização da justiça contra o Estado. Creonte, a grandiosidade de sua autoridade positiva pretende pairar acima das normas aceitas como justas; entretanto, cumpre-lhe a tarefa cruel de impor a justificação da autoridade formal ante o plano da aceitabilidade racional de suas decisões como juiz absoluto de uma história.

As inquietações simbolizadas em *Antígona*, de Sófocles, persistem ainda perenes na autocompreensão trivializada dos agentes da decisão judicial dos dias atuais. Creonte simboliza o Poder estatuído e as manobras formalmente reguladoras de sua sustentação. O final trágico do enredo revela o isolamento e o distanciamento das autoridades de Estado pela perda de sua representatividade substantiva. O Estado não pode evitar a tragédia mesmo avocando a função jurisdicional na guarda da norma que defende condições injustas.

Há um jogo de decisão em relação ao ordenamento como critério e há outras leis mais incertas e difíceis, mas isso não exime de responsabilidade o agente que suporta de alguma forma suas conseqüências. O prejuízo pela formalidade não tem como empregar a própria formalidade da decisão como justificativa.

Esta anomalia pode receber explicações que se cumprem encontrar e investigar. A clareza das abordagens existentes sobre a decisão judicial depende da explicitação do conjunto de postulados adotados. A decisão como discurso racional reclama a elucidação de seus conceitos como condição necessária para serem teoricamente estabelecidos.

O esforço crítico dedicado a este trabalho não pretende ser necessariamente criativo em todos os ângulos de abordagem do tema proposto, em muitos aspectos pretende apenas eliminar ou melhorar algumas compreensões limitadas da ação de decidir e da estrutura metodológica de uma Teoria da Decisão Judicial.

Decidir é, ao mesmo tempo, um *modo de decidir* e também uma *relação com o mundo*, ou seja, uma forma de encetar a ação. Muito mais do que a obediência às normas jurídicas, está presente a produção judicial do próprio Direito. Existem métodos para otimizar o julgamento concedendo-lhe

confiabilidade, mas o estudo sobre estes mecanismos de otimização tem sido continuamente desprezado.

O mecanismo da decisão é dos mais complexos, o que funda uma decisão escapa em sua essência à Teoria e à Filosofia do Direito e enquadra-se mais profundamente na intimidade do agente da decisão cujo universo é preciso compreender.

A autoridade que julga cumpre um dever de Estado e ao mesmo tempo exercita uma parte flexível de suas próprias obrigações e limites no isolamento de sua individualidade e sob o influxo de procedimentos que pendulam entre o conteúdo da decisão e sua exteriorização formal, a sentença.

Assim como na Lingüística a proposição é designada sob a forma de uma sentença e pode a mesma proposição receber designações em diferentes sentenças, também na sentença judicial o seu conteúdo reflete a proposição decisória, a sentença constitui-se no veículo de formalização da decisão que lhe é intrínseca. Uma sentença judicial não é correta ou incorreta e sim diferenciada por um índice de correção formal. A corrigibilidade da sentença é apurada pelos preceitos processuais legais.

Quando a Sociologia do Direito preocupa-se com o impacto da legislação na Sociedade, dimensiona juridicamente a sua investigação pelo conceito de *eficácia*. Com efeito, a produção legal do Direito pode padecer de ineficácia em muitos casos, mas, geralmente, debita-se à Administração pública a responsabilidade pela falta de Políticas públicas implementadoras dos direitos assegurados, cobra-se do próprio Legislativo ou do Executivo o compromisso de viabilização desses direitos, mediante regulamentação. O Poder Judiciário, contudo, é pouco lembrado como ator do mesmo processo, seu papel fica restrito à tarefa de aplicação da lei quando, mais do que isso, o tema da eficácia também

atinge a atividade judicial, uma vez que igualmente pode ocorrer a inaplicabilidade judiciária de determinados preceitos legais.

Num tom excessivamente apodíctico, a Hermenêutica se apressou em afirmar a posse sobre a decisão como objeto-produto da interpretação jurídica. A ignorância intencional, como postura dogmática recorrente, está também presente nas pesquisas hiperespecializadas que desprezam voluntariamente as contribuições de outras áreas para o esclarecimento de seu próprio objeto.

Na segunda metade do século XX, a Hermenêutica passou a ser compreendida como uma metodologia do conhecimento e da aplicação jurídica. Dessa forma, a Hermenêutica Jurídica contemporânea pode operar com o objeto da decisão judicial em conexão com a Sociologia do Direito, a Teoria da Argumentação Jurídica e a própria Teoria da Decisão Judicial, tomando como pressuposto o pluralismo epistêmico que estes campos de racionalidade diferenciados pressupõem.

O tema da decisão judicial sobre o qual a presente reflexão pretende delimitar campos epistêmicos para o Direito enfrenta o problema da trama ilimitada de espaço que encerra o debate sobre a produção racional das decisões e objetiva contribuir para o avanço das bases de rigor teórico necessárias à constituição de uma Teoria da Decisão Judicial.

Esta pesquisa se inclina a visualizar o contexto crescente, complexo e sofisticado em que as Democracias ocidentais vêm testemunhando o acréscimo de exigências racionais para o aperfeiçoamento das instituições garantidoras de direitos. O progresso do conhecimento jurídico especializado inaugurou novos espaços de reflexão cada vez mais precisos em seus objetos e indeterminados em seus contornos epistemológicos. Com isso, a necessidade da luz sobre o problema da formulação da decisão judicial racional assume ênfase e ousadia, pois atravessa os limites da concepção positivista do conhecimento.

A dupla exigência, sistemática e pragmática, não separa as experiências do pensamento jurídico contemporâneo. O interesse desta pesquisa reside em lembrar por sua perspectiva epistemológica privilegiada o quanto é essencial, ainda que difícil, manter firmemente esse *muito pouco* que separa o pensamento, mas que o conduz a rigores maiores na resposta aos problemas suscitados na dimensão prática da vida do Direito.

Os fundamentos da Teoria da Decisão no Direito são constituídos por três ordens de postulados teóricos. Da Metamatemática emanam as formulações da Teoria da Decisão, da Filosofia provêm as premissas sobre formação do raciocínio e dos seus modelos de racionalidade e do próprio Direito procedem as elucidações de conceitos da Hermenêutica Jurídica, da Teoria da Argumentação Jurídica e da Teoria Dogmática da Aplicação do Direito. Assim, a Teoria da Decisão Judicial é produto de algumas hibridações disciplinares que constituem como uma interdisciplina em que hipóteses colam conceitos estratégicos da Teoria da Decisão da Metamatemática a outros filosóficos, jusfilosóficos e teórico-jurídicos.

A primeira parte desta investigação será dedicada à focalização do objeto *decisão* no mesmo ambiente racional em que ele é determinado e pelas orientações teóricas que os processos de tomada de decisão vêm seguindo recentemente no cenário do debate na companhia de seus procedimentos metodológicos característicos.

No primeiro capítulo desta parte do estudo a categoria decisão receberá o exame filosófico para diferenciar sua condição correlata deliberativa e a relevância do problema da confiabilidade dos raciocínios típicos a partir dos quais a decisão considerada racional pode ser produzida. A justificação racional da decisão pressupõe a compreensão dos campos de racionalidade que visitará

tomando a discussão sobre razão, razão prática e suas repercussões na ação de decidir como referencial epistemológico.

No capítulo seguinte a primeira forma de racionalidade da decisão enfatizará o indivíduo como agente e se ocupará em responder à demanda pela racionalização de instrumentos que forneçam suporte à tarefa das escolhas e de sua motivação. Esta é a temática geral da Teoria da Decisão, em sua formulação mais específica individual em que serão apresentadas diretivas para todos os demais desenvolvimentos teóricos do fenômeno decisional. Dessa forma a Teoria Geral da Decisão será apresentada com suas aplicações, antecedentes históricos e modelos teóricos, e a Teoria da Decisão em sentido estrito terá os seus fundamentos abordados sob as formas de representação dos problemas de decisão em ambientes distintos de certeza, risco e ignorância.

O terceiro capítulo apresentará a segunda modalidade da Teoria da Decisão pendente entre a decisão individual e a de caráter coletivo no seio da Teoria dos Jogos. Um sistema de regras determinantes que opera nos limites das decisões individuais, mas que levam em consideração as escolhas dos outros participantes nos jogos. Esta vertente pretende oferecer um parâmetro de comportamento normativo, idealizado para responder à exigência de racionalidade das escolhas. A partir dos fundamentos da Teoria dos Jogos e da distinção de suas modalidades em jogos competitivos, cooperativos e mistos, possibilitar-se-á a discussão sobre Ética e racionalidade e o seu alcance de viabilidade para jogos compostos por três ou mais jogadores.

Entretanto, o estudo do comportamento do agente singular da decisão não é suficiente para responder a todos os problemas de um processo decisional, e a Teoria dos Jogos possui uma orientação bem marcada.

A Teoria da Decisão social, objeto do quarto capítulo, estudará assim as decisões tomadas por um coletivo no qual vários agentes atuam

simultaneamente; portanto, um modelo racional para o processo de tomada de decisão aplicável a condicionantes políticas e instituições nas quais se trata da tradução de preferências individuais em preferências sociais em um meio democrático e liberal.

Nesse caso as aplicações e os antecedentes deste campo de racionalidade teórica para a decisão permitirão, em seus fundamentos teóricos, importantes contribuições como o Teorema de Arrow e o peculiar debate entre Rawls e Harsanyi até chegar à fundamentação do próprio Direito pela Teoria da Decisão.

O capítulo quinto e último desta primeira parte preocupar-se-á com o exame das decisões tomadas pelo Poder público, os órgãos formalmente encarregados da realização dos fins do Estado. Estas decisões são conformadas aos programas de governos, às políticas públicas circunscritas aos procedimentos legais, e são produto de uma ação soberana de onde decorre a responsabilidade pública e política de seus agentes. A decisão pública enfrentará, assim, o debate sobre a questão das escolhas governamentais e de suas políticas públicas através de aspectos complexos como a presença dos grupos de pressão e de suas várias modalidades teóricas e o quadro ideológico, importante para colocar o tema da decisão judicial como produto da atividade judicial do Estado a partir da segunda parte deste trabalho.

A segunda parte da pesquisa partirá da noção de que a decisão judicial como uma modalidade de decisão pública produzida por uma autoridade designada como juiz, o agente da decisão pública. Esta parte se dedica à compreensão da atividade judicial de decidir ao longo de períodos particularmente importantes de sua experiência histórica e à herança ideológica de uma função reguladora da Sociedade até a análise atual da decisão judicial conforme a atuação democrática de seu agente.

O primeiro capítulo desta parte recorrerá à experiência clássica e ao pensamento de Platão e Aristóteles sobre a atividade judicial. O esforço será pela definição da compreensão da decisão judicial a partir do modo pelo qual se concentra e se definem os poderes do seu agente, o juiz. Em Platão estará presente o paradoxo da legalidade como referência para a decisão, enquanto Aristóteles apresentará a atividade judicial como função positivada. De ambos se chega ao discurso sobre a identidade para o próprio Direito.

No segundo capítulo a decisão judicial retornará à História para identificar a presença da produção do Direito não-legislado sob a forma da decisão judicial em seus primórdios. O primeiro momento evidenciará as funções sacerdotais do agente da decisão judicial orientadas para a realização de alguma forma divinatória de justiça nas sociedades primitivas. A seguir, as primeiras instituições decisórias serão desenvolvidas na vigência das organizações das sociedades antigas como a greco-romana, e persistem diferenciando-se até o nascimento do Estado de Direito. A partir daí apresentar-se-á e aperfeiçoar-se-á o modelo de decisão judicial implementado e desenvolvido pelo paradigma liberal do Direito a partir do terceiro capítulo.

A Revolução Francesa, tomada como referência, inaugura o paradigma liberal do Direito na composição dos conflitos sociais. Assim, será feito um esforço de compreensão da decisão judicial como produto do Estado de Direito em uma relação de continuidade doutrinária das idéias iluministas, uma vez que o nascimento do Estado liberal deu início à forte identificação do Direito com o conjunto das leis do Estado, por serem estas a expressão legítima da Soberania nacional.

No novo sistema de separação dos poderes, a produção da decisão judicial cristaliza-se como resultado de uma atividade limitada a aplicar a lei e se evidenciará o intenso debate sobre a questão das interpretações judiciais. A

atividade do agente da decisão passa a observar suas condicionantes de independência e imparcialidade. A temática da decisão judicial será, então, examinada no painel do pensamento jurídico contemporâneo como um problema de fundo recorrente.

Ainda nesta etapa da discussão decisional contemporânea, o capítulo quarto e último desta segunda parte tratará da tecnologia jurídica e do impacto recebido pelo mundo eletrônico, em sua dimensão virtual. Nesse novo ambiente, os estudos sobre a inteligência artificial passaram a merecer lugar de destaque e conduzem a reflexos profundos no estudo da decisão judicial, sugerindo o fantasma da substituição do magistrado pelo *software* de computador.

Os modelos de juiz Júpiter, Hércules e Hermes recebem mais um companheiro, Proteus, e surge a possibilidade de decisões judiciais produzidas com os recursos dos sistemas especialistas legais que chegam até mesmo às fronteiras da Teoria da Argumentação tomando a razoabilidade como índice de correção.

A terceira parte deste trabalho desenvolverá a Teoria da Decisão judicial articulada com as modalidades teóricas diferenciadas que a sustentam, as formas de racionalidade nas quais as decisões judiciais podem ser tomadas e com seus discursos jurídicos específicos. Certeza e aceitabilidade da decisão passam a funcionar como critérios reguladores, e a decisão tomada no âmbito da jurisdição constitucional proporrá o debate sobre a função política das decisões nos tribunais.

O primeiro capítulo desta última parte diferenciara a elaboração da decisão do resultado deste processo. Entre as teorias que podem ser qualificadas como filiadas epistemológicas da Teoria da Decisão, existe uma pluralidade significativa de orientações e possibilidades teóricas que são desenvolvidas.

No capítulo seguinte a discussão sobre a racionalidade das decisões judiciais obedece a quesitos de possibilidade de solução e o

condicionamento das soluções. Em primeiro lugar, as concepções da noção *racionalidade* serão abordadas de forma a poder intervir na análise das formas de racionalidade das decisões judiciais. Em segundo lugar, serão identificados quais e quantos são os momentos da aplicação judicial do Direito que podem ser relevantes para uma análise das formas de racionalidade das decisões judiciais. Neste capítulo serão abordados os raciocínios jurídicos e, em específico, os judiciais com a contribuição da Lógica dos raciocínios e da metodologia discursiva.

O terceiro capítulo tratará do problema da justificação dentro do sistema de Direito e da Justiça. A compreensão da decisão racional passa assim a exigir o equilíbrio de uma dupla exigência: formal e pragmática, concernente à valorização da coerência do próprio sistema e a aceitabilidade das decisões e se estudará o papel das normas e dos precedentes no processo de tomada das decisões judiciais.

O capítulo quatro da terceira parte examinará a questão da articulação da esfera judicial com a esfera política, enfocando o debate sobre o alcance e possibilidades dessas conexões diante da própria crise da Sociedade e da produção da decisão judicial como exercício democrático e democratizador do Estado.

O quinto e último capítulo testemunhará e investigará a jurisdição constitucional com sua repercussão para a tarefa decisional. A racionalidade do Judiciário como agente da decisão e da legitimidade dos tribunais constitucionais vai procurar delinear as evidências da influência dos elementos norma e valor para consideração da racionalidade de suas decisões.

O esforço de investigação que ora se apresenta observa o método dedutivo tomando como ponto de partida o conteúdo abrangente da Teoria Geral da Decisão, necessário para que se possa isolar e aprofundar o objeto da decisão

judicial. O procedimento de pesquisa reserva-se essencialmente bibliográfico como consulta às obras individuais e coletivas, e aos periódicos especializados na área temática em que estabelece suas relações teóricas e metodológicas e suas pertinências semânticas no pensamento jurídico.

Parte I

A primeira parte desta investigação é dedicada à focalização do objeto *decisão* no mesmo ambiente racional em que ele é determinado e pelas orientações teóricas que os processos de tomada de decisão vêm seguindo recentemente no cenário do debate na companhia de seus procedimentos metodológicos característicos.

No primeiro capítulo a categoria decisão recebe o exame filosófico para diferenciar sua condição correlata deliberativa e a relevância do problema da confiabilidade dos raciocínios típicos a partir dos quais a decisão considerada racional pode ser produzida. A justificação racional da decisão pressupõe a compreensão dos campos de racionalidade que visita, tomando a discussão sobre razão, razão prática e suas repercussões na ação de decidir como referencial epistemológico.

A presença do aspecto objetivo dominante na decisão compreendida como um processo em construção não exclui a subjetividade do agente produtor da decisão do balanceamento entre a observância dos requisitos formais e as demandas por resultados razoáveis. A partir daí são apresentados três campos distintos de racionalidade, porém próximos entre si em sua caracterização orgânica.

No segundo capítulo a primeira forma de racionalidade da decisão enfatiza o indivíduo como agente e se ocupa em responder à demanda pela

racionalização de instrumentos que forneçam suporte à tarefa das escolhas e de sua motivação. Esta é a temática geral da Teoria da Decisão, em sua formulação mais específica individual em que são apresentadas diretivas para todos os demais desenvolvimentos teóricos do fenômeno decisional. Dessa forma a Teoria Geral da Decisão é apresentada com suas aplicações, antecedentes históricos e modelos teóricos. Nesse contexto, a Teoria da Decisão em sentido estrito formula em seus fundamentos teóricos as formas de representação dos problemas de decisão em ambientes distintos de certeza, risco e ignorância.

O terceiro capítulo apresenta a segunda modalidade da Teoria da Decisão pendente entre a decisão individual e a de caráter coletivo nos limites da Teoria dos Jogos. Um sistema de regras determinantes que opera nos limites das decisões individuais, que levem em consideração as escolhas dos outros participantes nos jogos. Esta vertente oferece um parâmetro de comportamento normativo, idealizado, para responder à exigência de racionalidade das escolhas. A partir dos fundamentos da Teoria dos Jogos e da distinção de suas modalidades em jogos competitivos, cooperativos e mistos, possibilita-se a discussão sobre Ética e racionalidade e se alcança a viabilidade de jogos compostos por três ou mais jogadores.

Entretanto, o estudo do comportamento do agente singular da decisão não é suficiente para responder a todos os problemas de um processo decisional, e a Teoria dos Jogos possui uma orientação bem marcada.

A Teoria da Decisão social, objeto do quarto capítulo, estuda as decisões tomadas por um coletivo no qual vários agentes atuam simultaneamente. É, portanto, um modelo racional para o processo de tomada de decisão aplicável a condicionantes políticas e instituições nas quais se trata da tradução de preferências individuais em preferências sociais em um meio democrático e liberal.

Nesse caso as aplicações e os antecedentes deste campo de racionalidade teórica para a decisão permitem, em seus fundamentos teóricos, importantes contribuições como o Teorema de Arrow e o peculiar debate entre Rawls e Harsanyi até chegar à fundamentação do próprio Direito pela Teoria da Decisão.

Como parcela destacada para os objetivos desta investigação da decisão judicial como modalidade de decisão pública, o capítulo quinto e último desta primeira parte preocupa-se com o exame das decisões tomadas pelo Poder público, os órgãos formalmente encarregados da realização dos fins do Estado. Estas decisões são conformadas aos programas de governos, às políticas públicas circunscritas aos procedimentos legais, e são produto de uma ação soberana de onde decorre a responsabilidade pública e política de seus agentes. A decisão pública enfrenta, assim, o debate sobre a questão das escolhas governamentais e de suas políticas públicas através de aspectos complexos, como a presença dos grupos de pressão e de suas várias modalidades teóricas e é seguido do quadro ideológico, importante para colocar o tema da decisão judicial como produto da atividade judicial do Estado na segunda parte deste trabalho.

1 Decisão e razão

O essencial racional de uma decisão pertence a um território em que as regras jamais abandonam o seu agente, no qual, de fato, a Moral não há como silenciar. A decisão permanece em um mundo de direitos e deveres em que a consciência racional pode trazer determinado consolo tanto quanto pode sobrecarregar de remorsos. O sujeito que decide, com intenção de preservar e observar a razão, o faz dominando os raciocínios e orientando-os para uma outra ação final, vive assim em um ritmo circular e tomado por uma ambígua subjetividade. Este é um jogo com regras de muitos níveis, as regras para processo deliberativo, as regras que orientam os conteúdos da decisão e talvez outras regras, um pouco mais difíceis por sua obscuridade e impregnadas de dúvidas e preferências, sendo, assim, mais incertas.

A ambigüidade perturba o agente da decisão porque a nota da razão não pode ser traída. Quem toma uma decisão racional não pode trair a si mesmo na justificativa daquilo que decidiu, o segredo do procedimento é a própria inocência presumida do papel do agente da decisão. Mas a preservação da

inocência de seu posto de autoridade revela que o seu sujeito não se identifica com ela, são inocências que não coincidem, a inocência do cargo e a inocência de quem o ocupa. Dessa forma, as técnicas racionais para a decisão podem conceder-nos trajetórias convenientes e certamente alguns enigmas; no entanto, nunca um herói.

Em *A república*, Platão (1987, 439e, 440a) menciona a presença do conflito e da ambivalência na mente humana. Conta o relato platônico que um filho de Agláion chamado Leôncio ao retornar do Pireu, contornando a parte externa da muralha, avista cadáveres ao redor do carrasco, imediatamente é invadido pelo imenso desejo de vê-los; entretanto, ao mesmo tempo, um sentimento de repulsa o força a desviar o olhar. Uma intensa luta interior tem lugar em seu íntimo enquanto procura cobrir seu rosto. Ao final, rendido pelo desejo, Leôncio arregala seus olhos percorrendo os cadáveres que ali jaziam e exclama diante de si mesmo: “ - Aqui tendes, gênios do mal, saciai-vos deste belo espetáculo!”

O embate ou a relação delicada entre o desejo e a razão foi retomado incessantemente no pensamento ocidental. David Hume (2001, p. 451) definiu: “a razão é, e deve ser, escrava das paixões”. O que equivale a dizer que, em termos de Filosofia moral e política, é normal buscar as melhores premissas em condições de produzir conclusões já previamente aceitas mediante os sentimentos e simpatias anteriores a elas. Apesar da dificuldade da nossa tradição científicista, na verdade, as exigências por justiça são sentimentais, concernem ao mundo das preferências sensíveis, são o seu ponto de chegada.

Platão (1987, 441a- 443c), na continuidade da encruzilhada moral de Leôncio, sustenta a analogia entre conflito e justiça no pensamento dividido das pessoas, em suas almas, e na cidade dividida por classes. Nos dois casos, a

justiça representará a harmonia racional das partes ou elementos no seu pensamento.

A procura por uma teoria moral, por princípios universais de justiça ou por um conjunto de propostas em condições de legitimar, justificar ou fundamentar os raciocínios, acabou recaindo ao longo dos séculos em uma armadilha circular porque os resultados decorrentes desses esforços de investigação proporcionaram os únicos critérios de racionalidade que se dispõem a aceitar.

Há um paradoxo ativo quando a polivalente faculdade racional é o centro das atenções: a problemática de seus limites. Blaise Pascal (1999, p. 103) já alertava para essa situação paradoxal quando desafiava a razão a “reconhecer que há uma infinidade de coisas que a ultrapassam. Revelar-se-á fraca se não chegar a percebê-lo”. Os limites da razão são aqueles de seus próprios poderes.

Quando se coloca a problemática dos limites da razão, se está, ao mesmo tempo, fazendo uma idéia da razão, que implica um conteúdo. A razão, o poder de raciocinar, de atender à sabedoria humana razoável ou de conhecer a realidade em função de sua razão de ser, parece ser uma faculdade polivalente do espírito humano. A contradição entre os poderes da razão destaca a pretensão de universalidade que se torna relatividade e os fatores de precisão e certeza que se tornam contingentes.

Existe uma questão filosófica de caráter amplo que diz respeito ao conceito de razão e à respectiva crise dos conceitos de racionalidade tradicional experimentada, sobretudo, no século XX. Esse debate está na base das Teorias do Direito de orientação argumentativa. Essa crise da razão repercutiu no Direito sob a forma da crise da racionalidade jurídica do paradigma liberal do Direito.

Michel Foucault (1987, p. 23), em *A arqueologia do saber*, promove um diagnóstico rigoroso do modelo de racionalidade jurídica liberal,

apontando a partir de sua crise, justamente, a origem dos novos modelos emergentes. O autor explicita nessa obra uma história das ciências capaz de revelar as gêneses localizadas e descontinuidades do saber, percorrendo o caminho de volta das visões continuístas da história da razão. Disciplinas incertas quanto as suas fronteiras e indecisas quanto ao seu conteúdo.

Na literatura jurídica contemporânea, o tema da razão é recorrente e alcança territórios tão diversificados quantas são as metodologias jurídicas em seus modelos específicos de racionalidade. Os matizes das investigações sobre a razão no Direito vão da racionalidade do conhecimento jurídico na forma de uma Ciência e o conseqüente debate sobre seu estatuto teórico ao estudo dos raciocínios tipicamente jurídicos, tais como os raciocínios judiciais em seus processos deliberativos.

A preocupação direta ou subliminar dos juristas com a compreensão racional de seus objetos de estudo e com a racionalidade dos próprios objetos em si representa a repercussão evidente das mesmas tarefas realizadas em outras áreas do conhecimento, reflexo de uma busca por condições de sentido que toma parte do conjunto de características do pensamento ocidental. Falar de razão é, por isso, tratar do quadro de inteligibilidade dos discursos em qualquer modalidade.

A decisão existe justamente onde resta o conflito, a contradição, onde opções, desejos e vontades são ambivalentes. Existe um corpo de sentimentos jurídico-políticos cuja presença não pode ser negada nos raciocínios não-analíticos, como são de fato a maior parte dos raciocínios judiciais. A regulação do conflito pela imposição da harmonização das partes envolvidas é um antigo recurso da civilização. Esta harmonia chamada *administração da justiça* no caso do Direito nada mais é do que uma trama da razão para forçar uma forma

discutível de consenso onde ele não é e nem nunca foi possível, qual seja o território das controvérsias.

1.1 A decisão e a deliberação são diferenciadas

A decisão evidentemente não é uma produção espontânea e, de forma alguma, ingênua. Existe uma problemática de caráter filosófico sobre o ambiente de liberdade ou restrição em que se realizam escolhas e ainda se são elas predeterminadas de antemão ou pelo seu ambiente externo. Faz-se necessário, portanto, acordar sobre a hipótese de que decisão e contexto são elementos interdependentes. Há sempre um domínio em que a decisão é construída, ou seja, o universo de um discurso no qual ela está inserida. A Teoria da Ação, por exemplo, pressupõe uma Sociedade preexistente ao sujeito que pode tornar-se um agente de sua mudança mediante os seus comportamentos, ou seja, as ações que pratica diante do social.

Conforme também muito bem observado por Artur Stamford (2000), a compreensão da função de decidir ao longo história da civilização ocidental passou do determinismo ao empirismo: de componentes, que reunidos decidem pelos outros ainda que de forma internalizada e simbólica dentro de uma estrutura predeterminante, e a liberdade para a decisão em termos absolutos. Evoluiu, assim, do determinismo para o liberalismo decisional.

A decisão resulta de um conjunto de competências humanas para ação. O cerne do problema está na extensão da liberdade do sujeito da decisão. Nesse sentido, Leibniz (1999, p. 158) dá a idéia de que a ação para ser considerada livre não deve resultar apenas num ato de espontaneidade, mas também que seja produzida por deliberação.

Para o determinismo, contudo, a faculdade de decidir encontra limites em situações estruturais que reduz as opções ofertadas. A responsabilidade pela decisão recai sobre um interesse não-humano, em que o livre-arbítrio não se constitui plenamente; assim, a decisão é determinada estruturalmente por fatores como a religião, a fatalidade, as convenções, as instituições. O contexto sociopolítico contemporâneo da decisão determinista exige a sua respectiva legitimidade, o que equivale a dizer seu tratamento racional como sendo a única decisão disponível e atribui ao Poder público a responsabilidade pelas funções de decidir.

A compreensão da decisão como produto do livre-arbítrio humano encontra sua sede no pensamento liberal com sua compreensão linear da realidade. As relações de causalidade são representadas por essa realidade não-complexa com a qual compartilha o ideal de racionalidade como o alvo orientador de toda decisão e que instrumentaliza a relação entre causa e efeito. As crenças na razão e também no compromisso com a idéia de liberdade de escolha pressupõem a posse de competências inatas ou desenvolvidas pelo indivíduo para efetuar diferentes escolhas a partir do emprego de sua liberdade de julgamento.

A decisão em sentido amplo, a função de decidir, comporta três etapas. A primeira delas é a deliberação. No processo deliberativo são consideradas as opções disponíveis em confronto com as características do problema e dos personagens envolvidos nele e se verifica sua viabilidade em termos de extensão que alcançará como resultado. Deliberação é um processo cujo resultado é a decisão em uma tarefa auto-referente e circular que a vincula. Após a deliberação é feita uma escolha, ou seja, é tomada uma decisão que irá dar início a uma outra ação, o último lance, a execução.

A decisão é o produto de uma deliberação da qual consiste a etapa derradeira e anterior à execução. O processo deliberativo identifica-se com o

próprio corpo orgânico da tomada da decisão, determinando, em seu desenlace, uma ação. A decisão judicial, por exemplo, é uma conseqüência, um feito produzido como resultado deste tipo de ação de um agente de decisão; no caso, o juiz.

A ação considerada racional é a que procura ser encetada por estofos teóricos consistentes. Esta articulação entre teoria e prática na ação de decidir pode ser compreendida como um vínculo de inspiração racional com pretensões legitimadoras.

No *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, de André Lalande (1999, p. 226), a decisão é termo de uma deliberação, seu resultado natural. A decisão poderá ser considerada como uma conclusão lógica de um processo deliberativo consciente e, mesmo que nele intervenham mais atributos do que os essencialmente lógicos, de todo modo, a decisão é entendida como uma ação oposta à idéia de impulso não-racional.

Os raciocínios orientados aos processos deliberativos ou processos de tomada de decisão pressupõem a realização de escolhas que por sua vez obedecem freqüentemente a postulados previamente estabelecidos, tornando a decisão fruto de um processo axiomático porque partem de critérios considerados normativos, isto é, operam como comandos de identificação de alguma propriedade. Estas diretivas axiomáticas, ou critérios, podem ser oriundas tanto de concepções teóricas como de regras.

Assim como os processos deliberativos e seus resultados, o tema da escolha também pertence ao domínio das Ciências Sociais, da Psicologia, da Ética ou da Teoria da Decisão, sobretudo sob a forma da Teoria da Escolha Racional como se verá adiante. Se um conjunto de escolhas determina uma decisão, a responsabilidade por ela conduz à necessidade de sua fundamentação, por isso o campo teórico do fenômeno decisional versa sobre a justificação

racional dessas escolhas e permite racionalizar o processo de tomada de decisões. A justificação, por sua vez, é um princípio metodológico que busca ampliar a margem de racionalidade de um raciocínio ou de uma ação e que fornece a base racional para a tomada de posições.

Qualquer decisão pode ser considerada arbitrária quando abandonar a exigência de uma regra para a sua justificação; em outras palavras, a sua sustentação racional. A arbitrariedade na decisão é o produto de uma ação eivada de subjetividade em larga escala, na qual argumentos frágeis e inespecíficos procuram alimentar a exigência de fundamentação. Uma Teoria da Decisão comporta, então, mais do que instrumentais racionais para o procedimento justificador das escolhas; ela abrange a própria trajetória de formação da convicção, a aproximação do problema, seu exame, a ponderação das outras decisões possíveis e suas respectivas conseqüências, o dimensionamento de seu alcance.

No pensamento grego clássico a decisão vincula-se à moralidade humana como uma escolha fundamental diante de alternativas de conteúdo moral evidente. Os procedimentos racionais orientados para as decisões pertencem ao quadro do conhecimento e da Moral.

Em *Ditos e feitos memoráveis de Sócrates*, Xenofonte (1999, p. 125-128) apresenta o mito da *escolha de Hércules* (Héracles), elaborado por Pródico de Ceos. Nessa passagem são contempladas orientações para as regras a serem empregadas nas escolhas a partir de critério morais. No trabalho de tomada de decisão a alegoria se desenvolve oferecendo as alternativas *virtude* e *vício* (*depravação* ou *perversidade*) sob as formas femininas de *Areté* e *Kakía*, como opções de escolha a partir das quais o indivíduo determinará sua felicidade.

Em *A república*, ao discorrer sobre o mito de *Er*, Platão (1987, 618c) aponta o caráter moral das escolhas efetuadas pelo homem no além e

dirigidas por seu conhecimento superior do bem. E, assim, no pensamento de Platão, a deliberação é uma ação tipicamente humana que pode estar em condições de realizar a justiça desde que observado o cumprimento das condições de moralidade nas escolhas eleitas. Dessa forma, no processo de tomada de decisão, as escolhas realizadas têm sempre a essência da moralidade como condicionante.

Aristóteles (2001, 1110a–1119b) deposita na *proairesis* (decisão ou escolha) a responsabilidade pela virtude em seu estudo psicológico das ações morais. A escolha não se identifica com a idéia de vontade porque esta se dirige para uma finalidade e da mesma forma não se coaduna com a deliberação, pois que esta última apenas indica os passos necessários e viáveis para a consecução daquela finalidade. A *proairesis* identifica-se exatamente com a decisão que para Aristóteles é o núcleo de toda a atividade moral.

A deliberação é compreendida como uma manifestação da investigação (ARISTÓTELES, 2001, 1112b) na qual o último passo do processo é, ao mesmo tempo, o primeiro passo da execução.

A deliberação parte inicialmente do desejo e da vontade do agente da decisão e somente irá concluir-se com a decisão. O fio condutor entre vontade e ação que percorre o tema da deliberação ocupa papel importante na Teoria da Ação como o possível concretizado, assim o desejo inicia o processo deliberativo, mas não se identifica com a sua finalidade (ARISTÓTELES, 2001, 1248a).

O propósito moral da deliberação no pensamento aristotélico, contudo, opera em um quadro ampliado em que a *proairesis* domina o cenário, enquanto o vocábulo utilizado para deliberação é *bouleusis*, evidenciando a diferença entre decisão e deliberação. Esta última assume claramente o papel de uma ação racional de cuja implementação depende e se determina uma decisão.

Por conseguinte, a deliberação só se verifica sobre uma parcela dos raciocínios possíveis onde prevalecem os objetos que podem estar a ela submetidos.

Dessa forma, não se delibera sobre todos os objetos, apenas sobre situações futuras que dependem do que agora ainda está indeterminado e pendente de uma decisão. (ARISTÓTELES, 2001, 1111a-1112b, 1142b) A deliberação se coloca justamente diante do desconhecido e de forma alguma ante um quadro sobre o qual se tem um conhecimento prévio e deve ser feita com vagueza de tempo, enquanto a execução de seu termo final, a decisão, contudo, deve ser tão rápida quanto possível.

Todavia, para Ferrater Mora (2000, p. 658), o processo deliberativo não se identifica com uma inferência lógica, ainda que tais inferências possam participar, e conclui que a deliberação pertence ao plano contextual da racionalidade prática porque seu desígnio não seria o conhecimento e sim a ação.

A primeira formulação diferenciada nesse horizonte moral do pensamento grego é apresentada por Epitecto (1992) em *Diatribes*, a *proairesis* passa a ser definida como uma escolha prévia, ou seja, uma decisão primeira e fundante das demais, tornando-se o produto de uma decisão moral fundamental.

Robert Nozick (1981, p. 652-655) diferencia deliberação e decisão em função de um ponto importante: enquanto a decisão ocuparia o lugar de objeto de concepções teóricas estruturais, nas quais os conteúdos decisórios podem ser estabelecidos a partir de quantidades e qualidades diferentes, a deliberação teria como pressuposto a experiência subjetiva em seu processo e da qual não consegue se afastar.

A idéia de contingência é um outro atributo presente no processo de tomada de decisão. Qualquer modalidade de decisão, inclusive as decisões judiciais pode assumir alto grau de pertinência a situações contingentes, em cujos processos algumas causas podem ser discutidas com base em um corpo de

conhecimentos instáveis e por isso tendem a desencadear efeitos significativos a partir do seu desfecho. Quando está presente a possibilidade de opção por um determinado conjunto de hipóteses a serem aplicadas a partir de critérios de conveniência ou de convenção, não há maior preocupação com a sua veracidade ou com a sua falsidade em relação à realidade, e os conceitos teoricamente elaborados possuem condições tecnicamente otimizadas de se tornarem úteis para a ação. A utilidade pode ser considerada como um tipo de valor subjetivo concedido para cada objeto. Já a noção de *utilidade esperada* do resultado de uma ação obedece à lógica de uma relação entre a utilidade subjetiva da ação e a probabilidade de ocorrência do resultado. Neste contexto a deliberação torna-se um processo exclusivamente instrumental.

A instrumentalidade racional da decisão traduz justamente esta idéia do engajamento em uma ação a partir da aplicação de critérios de prioridades nas escolhas em função das metas estabelecidas, mesmo quando uma escolha é efetuada a partir de duas variáveis alternativas reciprocamente em exclusão apresentando-se como um dilema.

A decisão como resultado e o processo deliberativo como meio são objetos de estudo tanto da Psicologia, da Filosofia, da Lógica, da Teoria da Ação, como da Metalógica - uma parte da Metamatemática -, que investiga, entre outras coisas, as regras de decisão e que deram origem às atuais teorias da decisão. E estes campos de indagação sobre a decisão são lucidamente formulados por Wilson Hilário Borges (2000) na obra *Decisão social e decisão jurídica*.

Em sua dimensão lógica as teorias da decisão dedicam-se ao estudo do processo deliberativo constituído sob a forma de uma modalidade especializada de raciocínio: um processo de pensamento determinado a partir de um problema e que se orienta para alcançar uma conclusão ou resultado.

1.2 O teste de confiabilidade dos raciocínios

A confiabilidade dos raciocínios, como mecanismos do pensamento, procede dos métodos normativos empregados em seu desenvolvimento. A expressão analítica desse conjunto de regras apropriadas a assegurar a fidedignidade dos procedimentos racionais é a Lógica formal. Esta orientação analítica correspondeu ao ideal de verdade da tradição filosófica do Ocidente desde a Lógica aristotélica até a tendência mais recente de matematização da Lógica e de todo o conhecimento.

De uma ou mais premissas que compõem um argumento deriva uma conclusão. Na contra-argumentação uma ou mais premissas podem ser impugnadas, ou pode-se ainda rejeitar a forma pela qual a conclusão foi derivada das premissas. Se as premissas forem refutadas, diz-se que elas não são verdadeiras, mas se a oposição se der sobre o modo de extração das conclusões, diz-se que o raciocínio é que não é válido. São duas ordens diferentes de críticas ao argumento que podem ser feitas em concomitância ou não. A veracidade ou a sensatez das premissas é, então, fator que escapa ao estudo lógico-formal de modo que as categorias verdade e validade adquirem sentidos distantes entre si. À Lógica formal cumpre verificar se os raciocínios são válidos e assim buscar investigar a hipótese de se chegar a uma conclusão falsa, partindo-se de premissas verdadeiras.

Aristóteles foi o precursor da sistematização dos argumentos válidos, tentando padronizar a forma dos raciocínios teóricos. A Lógica aristotélica não estuda o conteúdo dos enunciados e sim sua estrutura, sua forma, daí a idéia de Lógica formal, a que se dedica ao estudo das formas válidas dos raciocínios. A Lógica clássica a partir de sua origem aristotélica se ocupou em sistematizar as leis do pensamento correto em função de quatro pontos fundamentais: a bivalência do verdadeiro/falso; o caráter normativo que

determina a procura do verdadeiro em detrimento do falso; identificam os conceitos lógicos com a realidade dos seres; e se restringem à linguagem corrente.

Adotando critérios de validade, a Lógica ocupa-se da estrutura dos enunciados em detrimento de seus conteúdos ao vincular a estrutura de um argumento com a sua demonstração formal. A Lógica pretende, então, fornecer um modelo para o procedimento racional válido, do qual deve tentar se aproximar todo raciocínio que se pretende ancorado na idéia de razão. Trata-se da idéia de se fornecer uma forma correta de pensar, independentemente do conteúdo material ou da situação concreta em que este pensamento será aplicado. Daí a utilização da expressão *Lógica formal*, porque nega a importância dos elementos materiais.

Leibniz foi o primeiro a propor uma linguagem artificial para a Lógica, formulando a Lógica simbólica. Mas foi somente no século XIX que uma plêiade de lógicos sofisticou a Lógica clássica de caráter formal, para desenvolver a Lógica formal de caráter matemático ou Lógica matemática. Assim, George Boole propôs uma Álgebra da Lógica, Georg Cantor estabeleceu a Teoria dos conjuntos, nesta direção contribuíram igualmente os trabalhos de Peano e Morgan. O grande projeto de Frege foi o de reduzir toda a Aritmética (não toda a Matemática) à Lógica. O intento era demonstrar que toda expressão aritmética significa o mesmo que uma expressão lógica, para seguir tentando demonstrar que as proposições lógicas assim obtidas poderiam ser deduzidas de um conjunto de leis lógicas. Sua obra pode ser interpretada pela Teoria do Conceito, a Teoria do Número e a distinção entre sentido e significado, esta última sendo a ponte entre a Lógica matemática e o projeto do positivismo lógico. (SANTOS, 1980, p. 178-188)

No final do século XIX Gottlob Frege dedicou-se ao estudo dos enunciados proposicionais em relação aos seus significados e não somente em

relação a sua estrutura. A partir daí a Lógica formal recebe um dado a mais que é a idéia de quantificadores, o raciocínio ainda é estruturante, ou seja, formal, mas permite vencer o problema da ambigüidade na linguagem dos enunciados.

Lógica e linguagem então se tornam ambientes comuns à Filosofia. A flexibilidade lingüística impôs possibilidades quase ilimitadas em relação aos enunciados, afetando suas implicações. Assim, não basta mais verificar a verdade das premissas, e sim suas condições de verdade. O estudo da forma pela qual são determinadas essas implicações recebeu o nome de *Pragmática*, enquanto foi reservada à *Semântica* o estudo da estrutura proposicional dos enunciados.

A partir do século XIX, a Lógica evoluiu na direção de uma formalização crescente, propondo-se a alcançar conclusões verdadeiras ou calculáveis a começar das premissas assumidas. A validade das premissas determina a validade das conclusões, desde que observado o procedimento predeterminado. A tendência metodológica da Lógica passou a ser a identificação com a Lógica matemática.

Segundo Chaïm Perelman (1986, p. 15-16), a Lógica matemática exige o concurso de pelo menos três princípios de ordem metodológica. O primeiro corresponde à utilização de uma linguagem artificial que objetiva assegurar a proteção contra ambigüidades, controvérsias e equívocos. A busca da univocidade dos signos reflete bem esse postulado do rigor na área da linguagem. O segundo princípio determina a operação lógica apenas de propriedades objetivas, como verdade e falsidade, probabilidade e necessidade, independentemente de qualquer condicionamento do meio humano em que possa estar inserida. O terceiro é a construção de um sistema formal que consiste em um conjunto de axiomas e de regras de dedução. A linguagem artificial é asséptica: não se deixa contaminar pelo tipo de condicionamento ao qual uma linguagem natural é exposta. A língua natural, tal como a do Direito, possui um desempenho

mais confortável no que se refere à comunicação: ela não tem limites, pode comunicar qualquer tipo de idéia, mas sob o preço da renúncia à univocidade dos termos utilizados.

Uma outra via de investigação empregada pela Lógica formal contempla a possibilidade de extrair conclusões falsas de premissas verdadeiras, socorrendo-se das tabelas de verdade para entender os mecanismos pelas quais as coisas podem ser entendidas como verdadeiras. Essas tabelas de verdade são objetos de estudo compartilhados tanto pelas teorias da decisão, como se verá adiante, como pelas da Lógica proposicional que lança mão dos operadores verofuncionais: negação, conjunção, disjunção, condicional e bicondicional, também chamados de operadores booleanos comuns aos sistemas de bancos de dados informatizados.

O conceito das tabelas de verdade depende da aplicação do princípio da não-contradição - para cada proposição se atribui um valor de verdade de modo que possam ser ou verdadeiras ou falsas, jamais as duas coisas ao mesmo tempo. Então, se o valor *verdade* for atribuído a uma proposição, outra proposição deve se opor à primeira, sendo a ela atribuído o valor *falsidade*.

Deve-se aceitar que existem dois tipos de raciocínios: os raciocínios lógico-dedutivos ou lógico-formais, que se apresentam como raciocínios analíticos, como procedimentos intelectivos de ordem geral, que também podem ser encontrados na teoria, e na vida jurídica e fora dela; e, propriamente, os raciocínios dialéticos (dialógicos), como são tipicamente os raciocínios jurídicos, os quais podem ainda ser compreendidos como raciocínios metalógicos ou extralógicos, também designados *discursos conjecturais* - e que concernem, enfim, à argumentação jurídica.

Dessa forma, a confiabilidade de um raciocínio pode ser obtida mediante a aplicação de outros parâmetros racionais; neste caso, as lógicas não-

formais apresentam-se como a linguagem lógica sobre o substrato teórico, por isso a Teoria da Argumentação é constituída como uma Lógica da Argumentação e a Teoria da Decisão como uma Lógica da Decisão.

As lógicas não-formais também se preocupam com a fundamentação dos raciocínios. Tratam-se de concepções de razão que, na verdade, não necessariamente se antagonizam, mas, antes, se complementam: para além do alcance da razão tradicional uma racionalidade melhor adaptada às áreas do pensamento, em que as certezas matemáticas não têm condições de responder aos problemas suscitados pela dimensão mais ampla das relações humanas e suas mais variadas indagações e controvérsias, que, de outra forma, devem se submeter à da irracionalidade.

O novo terreno das investigações lógicas determinou uma parte das pesquisas em Lógica não-formal na área da argumentação. Na Lógica argumentativa os raciocínios típicos das áreas não-exatas puderam ser considerados na totalidade de sua manifestação real, incluindo aspectos axiológicos e históricos. Essa Lógica não-formal funciona como uma complementação ou, ainda, como uma alternativa para a Lógica formal.

Se a Lógica formal tem como objeto o estudo dos pensamentos racionais puros e procura explicar o mecanismo do raciocínio humano a partir do aporte matemático; por outro lado, tendo como ponto de partida a convicção de que nem todos os mecanismos do pensamento são necessariamente raciocínios lógico-formais, eles não perdem, por isso, em racionalidade, ou seja, no grau de confiabilidades dos raciocínios ligados ao plano da ação tais como são os raciocínios práticos, entre eles o raciocínio jurídico e o raciocínio judicial decisional por excelência, tal como já apontado pelos autores das teorias da argumentação jurídica, tomando os exemplos indicativos de Chaïm Perelman

(1970b) e de Robert Alexy (1989, p. 172-201), que assume o discurso jurídico como modalidade do discurso prático em geral.

Para Chaïm Perelman (1970a, p. 07), o estabelecimento desse novo território de estudo capaz de oferecer certo grau de racionalidade para relacionamento entre pensamento e ação depende do enfrentamento de dois grandes desafios: a superação da concepção de prova - reduzida à evidência (cartesianismo) ou à experiência (empirismo) - e a ampliação do território da Lógica.

Aristóteles é conhecido como o pai da Lógica formal, justamente por ter elaborado uma teoria formal da demonstração, na qual estudou o silogismo e as provas analíticas. O estudo lógico tradicional dos meios de provas contemplam somente a vertente analítica da Lógica aristotélica. A Nova Retórica apostou na ampliação da idéia de racionalidade ligada à Lógica, reabilitando as premissas de uma racionalidade dialética que Aristóteles já previra e que representa outra visão da Lógica, mas que fora sendo historicamente desprestigiada, até chegar a ser completamente negada pela perspectiva lógica dominante a partir principalmente do século XIX, que somente conservou o estudo dos raciocínios analíticos.

As provas dialéticas pertinentes ao plano argumentativo, que é o da ação, foram desprezadas ou delegadas ao irracional. Perelman (1977, p. 18), na elaboração de sua Teoria da Argumentação, reconhece a validade indiscutível do formalismo lógico, mas sustenta que mesmo quando não se está desenvolvendo raciocínios analíticos, também se raciocina. Assim a Teoria da Argumentação Jurídica devolveu o prestígio perdido dos raciocínios dialéticos, também concebidos pelo filósofo de Estagira.

Como Lógica e razão percorrem tradicionalmente caminhos compartilhados, tornam-se ambas reciprocamente vinculadas quando o objeto de

investigação da decisão se apresenta e torna a sua racionalidade um parâmetro identificador desejável.

1.3 A decisão racional

A forma racional de pensamento é culturalmente valorizada e a História da Filosofia o demonstra de forma exemplar uma vez que a idéia de razão manifestou-se no pensamento ocidental já na Antigüidade Clássica.

Na Filosofia grega, conforme Enrico Berti (1998), desde Platão se desenvolveu uma concepção de mundo na qual a razão ocupa uma função de valor inquestionável para sua estruturação coerente, por permitir o acesso à essência, ao plano das idéias. Contudo, a experiência sensível, concernente ao mundo das aparências, está relegada à insuperável irracionalidade de um mundo distorcido, fruto de uma imagem arremedada do mundo ideal. Somente a razão, na visão platônica, permitiria o aprendizado transcendente do homem, o salvo-conduto para o contato com o mundo das idéias.

Essa razão transcendente que permite o acesso ao plano superior de uma realidade bipartida entre essência e aparência, é revista, mais tarde, por Aristóteles. Mais do que uma reformulação do pensamento platônico, Aristóteles inverte a perspectiva, apontando para o reconhecimento de uma unidade do real e, ao mesmo tempo, de uma pluralidade do racional. O esforço desse último pensador foi no sentido de afirmar a inteligibilidade do mundo sensível, adotando tipos diferenciados de razão para explicá-lo.

Aristóteles (1999a; 1999b) postula uma razão analítica ou demonstrativa, aquela que define como própria da ciência demonstrativa, sobretudo nos *Segundos Analíticos*, em seu *Organon*. Além da ciência

demonstrativa e da inteligência, outra forma de razão teorizada de modo explícito foi a razão dialética nos *Tópicos* e nas *Refutações Sofísticas*. Além disso, o filósofo apresenta uma razão retórica ou argumentativa ou ainda razão prática, propriamente desenvolvida na *Retórica*. Lembrando ainda que, para o estagirita, a *Retórica* e a *Poética* são formas racionais de Arte. Já na *Metafísica*, Aristóteles adota a razão intuitiva mediante o procedimento chamado diaporético.

No Livro VI de *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (2001) se dedica às virtudes dianoéticas, isto é, as modalidades de razão existentes, entre elas a Arte, que para ele compreende também a Técnica. Nesse trecho de seu pensamento as demais formas de racionalidade são revisitadas brevemente, reforçando a idéia de que a concepção aristotélica de razão, tal como na Filosofia em geral, é polissêmica.

É a concepção aristotélica de mundo que terá maior influência histórica, integrando o pensamento árabe e cristão medieval até pelo menos o século XVII. Ocorre que o tipo de racionalidade pelo qual Aristóteles é mais conhecido é a razão analítica. O pensamento ocidental herdou, assim, tão somente a concepção de razão desenvolvida nos *Analíticos*, ou seja, a razão analítica de caráter lógico-dedutivo, consubstanciada na Lógica aristotélica.

Talvez seja necessário estabelecer alguns pontos relevantes para o debate sobre a razão tal como é compreendida por Aristóteles, enfatizando assim sua contribuição aos estudos contemporâneos concernentes ao tema da racionalidade, o que equivale a dizer sobre a propalada crise da razão, seu alcance e suas limitações. A partir de Aristóteles se pode reconhecer diversas formas de racionalidade, provavelmente é o filósofo que mais contribuiu de forma sistemática para investigação dos usos possíveis da razão.

Apesar de negligenciada toda a extensão da concepção de Aristóteles sobre a razão por parte dos pensadores medievais, modernos e até

contemporâneos, hoje esse juízo foi alterado. Essa transformação se tornou nítida no campo da Filosofia a partir dos anos cinquenta, quando as teorias da argumentação de caráter tópico-retórico reabilitaram um Aristóteles que também se dedicava a uma série de procedimentos racionais não-analíticos.

A reabilitação dos diversos tipos aristotélicos de racionalidade pela Filosofia recente se deu em um primeiro momento por Chaïm Perelman, diante de sua insatisfação com o formalismo lógico, o que o levou até a *Retórica* e à *Dialética* de Aristóteles, como também por Theodor Viehweg (1986) em sua *Tópica e Jurisprudência*. Dois anos mais tarde da publicação do *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*, de Perelman (1970c), Gadamer (1983) indica em a *phrónesis* a forma mais elevada de saber prático, que vai se constituir no modelo epistemológico de sua Hermenêutica. Desde então muitos são os pensadores que vêm redescobrendo Aristóteles em relação ao tema das formas de racionalidade por ele teorizadas.

O estudo das formas de racionalidade aristotélicas permite ver hoje que há muitos modos de proceder a discursos racionais para além do campo estritamente analítico da Lógica formal.

A razão analítica, presa à idéia de identidade, demonstração e invariabilidade, tornou-se tradição no pensamento clássico e medieval, alcançando a elaboração matematizante do racionalismo cartesiano e mais tarde se manifesta no criticismo kantiano e seu tribunal da razão.

A idéia de evidência como índice identificador da razão ativamente reforçada por Descartes acompanha as inquietações de seus contemporâneos racionalistas do século XVII, tais como Espinosa e Leibniz: a ambição de construir um sistema racional incontestável, inspirado nos métodos utilizados nas ciências, traduzindo um sistema de verdades absolutizadas. O conhecimento racional cartesiano se funda na idéia de uma razão divina imanente,

da qual deriva a razão humana que, por essa condição transcendente, seria infalível e imutável.

Na compreensão cartesiana, as certezas oriundas das ciências exatas informam todo o conhecimento. A evidência seria o traço distintivo de qualquer forma de pensar que se pretenda de acordo com a razão, excluindo de seus limites todas as formas de discurso que não sejam a ela redutíveis.

Tanto o iluminismo francês quanto o idealismo alemão partiram da exigência de compreensão do mundo como ordem racional. A razão pura de Immanuel Kant (1999) é uma faculdade purificada dos elementos metafísicos, uma razão limitada em sua eficácia aos fenômenos e às idéias. O esforço do pensador alemão em sua *Crítica da Razão Pura* consiste em submeter a própria razão à crítica de suas premissas.

Já no século XX, Gaston Bachelard (1971) efetua o que é um exemplo de denúncia dos limites dessa razão físico-matemática, reclamando uma Epistemologia não-cartesiana para as Ciências Humanas e a Filosofia. Esse tipo de crítica da razão tornou-se recorrente após a crise provocada pelos debates travados no âmbito das Epistemologias pós-positivistas que cumprem essa tarefa de colocar a razão sob o foco de um banco de provas determinadas pelas insuficiências de suas respostas.

Quando a razão é reconhecida como autoridade confiável para orientar a decisão, ela pode ser entendida como uma faculdade do juízo, ou seja, como a capacidade de pensar de forma rigorosa e consistente e, nesse sentido, complementa a realidade e alimenta de fundamento as deliberações dirigidas para a ação.

Nesse ponto, estas operações racionais conjugam-se necessariamente com a idéia de *juízo*. Ainda que acompanhada de certa ambigüidade, o juízo pode representar o processo assertivo mental sobre

um postulado e ao mesmo tempo pode designar a capacidade de discernimento crítico sobre os fatos; neste último sentido, entendido como *juízo*.

Há grande variedade de acepções do termo razão. Maior quantidade existe ainda de tipificações disponíveis: razão analítica, razão dialética, razão histórica, razão instrumental, razão pura, razão teórica, razão prática. Não se cumpre aqui a intenção de resgatar a amplitude do debate sobre a racionalidade na história do pensamento ocidental e nem, tampouco, nos dias atuais.

Mário Bunge (2002, p. 325) distingue doze conceitos de racionalidade. Em Semântica, a racionalidade significa minimizar a vagueza e a imprecisão e, com isso, maximizar a exatidão. Na Lógica, a racionalidade está no esforço para estabelecer a coerência interna e evitar a contradição. Para a Dialética, a racionalidade exige que se verifique a validade inferencial, conforme as exigências da inferência dedutiva. No sentido erotético, a racionalidade reside na capacidade de localização contextualizada dos problemas. Em Metodologia, a racionalidade realiza questionamentos, justificações e adota métodos sólidos e de ampla verificabilidade de correção. Na Epistemologia, a racionalidade está na construção de um suporte para descartar conjecturas em incompatibilidade com os pressupostos do conhecimento. Em termos ontológicos, a racionalidade é a cosmovisão compartilhada pelas ciências atuais. Na Axiologia, a racionalidade está na escolha dos objetos que sejam valorados dignamente. Em termos morais, a racionalidade está na escolha e observância de normas morais. A racionalidade prática é a que tem condições de adotar os recursos necessários para a realização das metas. Em Economia, a racionalidade é compreendida como a opção por modos de ação capazes de maximizar as utilidades. A racionalidade é conceitual ou pragmática, pode ser plenamente racional ou parcialmente racional, e também razoável.

Mas, o ponto de inflexão do debate da racionalidade das decisões é produzido no momento em que se questiona a idéia de que ser racional implica, necessariamente, maximizar o interesse pessoal. Assim, autores da estatura de Amartya Sen (1976) ou Robert Nozick (1995) colocaram em dúvida este forte pressuposto do discurso instrumental da racionalidade.

O debate contemporâneo sobre a razão pode prestar mais atenção aos estudos que os cientistas sociais têm realizado sobre o comportamento humano. A maioria das prescrições que se formulam em termos de agentes idealmente racionais tem pouca ou nenhuma relação com a questão de como deveriam se comportar os seres humanos. Esta perspectiva pode favorecer o estudo de modelos mais realistas dos agentes racionais, mas talvez não se constitua motivo suficiente para negligenciar completamente as teorias da racionalidade típicas. Os ideais que descrevem, ainda que sejam inalcançáveis na prática, servem para guiar e corrigir o pensamento.

Ainda que se admita que existam diferentes procedimentos para tomar decisões racionais, não é qualquer decisão que pode ser considerada racional. Entende-se por decisão racional a seleção de uma opção a partir de um determinado processo. A meta da escolha racional povoa as intenções daqueles que estão incumbidos de uma decisão em qualquer campo da atividade humana, mas principalmente quando envolvem escolhas cujas conseqüências podem ser sentidas pela Sociedade. Normalmente este desejo de racionalidade é satisfeito com a adoção de fundamentos de traços científicos.

O debate sobre a racionalidade das decisões evidencia que os comportamentos reais dos indivíduos em Sociedade devem ser considerados para a formulação do que venha a ser um comportamento racional. Isso porque, se a maioria das prescrições é calcada na idéia de um agente de decisão idealmente racional, elas perdem a conexão com a realidade do comportamento de agentes de

decisão do mundo fático. Então, um indivíduo idealmente racional possui atributos racionais desconhecidos ou em grande parte inalcançáveis pelos homens normais. Assim, tratam-se apenas de postulados ideais dedicados a orientar o pensamento humano para a melhor decisão racional possível.

1.3.1 O uso prático da razão na função de justificação racional da decisão

Importa salientar que tanto os raciocínios argumentativos como os raciocínios deliberativos e decisórios designam mecanismos do pensamento prático. No projeto de alargamento dos campos de racionalidade, a noção de razão prática emerge condicionada por uma concepção também ampliada da Lógica, como o estudo dos raciocínios sob todas as formas. A argumentação resgata juntamente todas as características do plano da ação, o território onde os indivíduos se relacionam e onde a racionalidade das opiniões é justamente uma modalidade da racionalidade prática.

Nesse debate vale lembrar que o princípio da universalização dos raciocínios morais proposto por Immanuel Kant (1995) em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* postula que a racionalidade dos juízos de ordem moral dependem da intenção de sua universalidade. Essa regra formal da pretensão de validade universal foi mais tarde retomada por Jürgen Habermas (1989) em sua *Consciência moral e agir comunicativo*, transferindo o postulado do terreno da Ética individual para a sua Ética Discursiva de caráter político, na construção de seu projeto de racionalidade comunicativa.

No modelo discursivo da Ética do Discurso de Habermas (1999) e Karl-Otto Apel (1994), a argumentação racional se desenvolve em um ambiente comunicativo, ou, como desenvolve a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (1989), em um ambiente de diálogo ou argumentação racional, ou,

como também fala Chaïm Perelman (1970c), em sua Nova Retórica, no terreno dialógico do entendimento humano.

Esta última orientação teórica foi epistemologicamente instrumentalizada pela idéia de razão prática, considerada esta a que está apta a guiar as ações humanas, e desse modo revelando os procedimentos pelos quais os raciocínios podem ser utilizados para se alcançar uma decisão. O raciocínio jurídico é considerado, portanto, uma modalidade de raciocínio prático em geral.

O princípio da universalidade na enunciação de um juízo moral seria um modulador de referência de racionalidade na construção dos raciocínios; um ingrediente elementar do esforço de sua fundamentação ética. Nesse campo de aplicação da razão prática - aquela que se presta a dirigir a ação -, o juiz, na condição de agente racional da decisão, encontra na máxima kantiana em tela o estofo ético adequado a orientá-lo na construção de seu raciocínio. Assim, assume procurar responder do mesmo modo diante de fatos e circunstâncias semelhantes no futuro, assim como o faz em relação às decisões pretéritas de idêntico perfil.

O modelo racional da Nova Retórica compreende a racionalidade prática como um critério de desenvolvimento não só dos raciocínios práticos em geral, mas da superação dos grilhões positivistas e dogmáticos. O pensamento filosófico e jurídico em geral vem suportando este empreendimento totalizador, em uma cadeia de auto-reprodução constante de suas formulações rigorosas, mas desprovidas de qualquer compromisso com a humanização do conhecimento e com a sua conseqüente instrumentalização a serviço do processo de emancipação do homem em Sociedade.

A argumentação se desenvolve justamente no âmbito das disciplinas como a Ética, a Política ou o Direito. Estes campos de conhecimento são determinados como disciplinas práticas, nas quais as escolhas e controvérsias são inevitáveis. Por isso, Aristóteles, além da Analítica, formulou também a

Tópica, na qual investiga os raciocínios dialéticos que são úteis à fundamentação das escolhas e das decisões. Neste sentido a melhor opinião é a que melhor apresenta uma justificação. Assim, a Filosofia tem por objeto a verdade, enquanto que a Teoria da Argumentação é o terreno do opinável. A tradição racional cartesiana abandonou a razão prática e sua problemática, enquanto que a Nova Retórica pretendeu resgatar o estudo dos mecanismos não-formais do pensamento. Por tudo isso, pode-se dizer que o papel da argumentação se liga ao da razão prática, capaz de estabelecer parâmetros para o plano da ação. Revitalizar a razão prática significa, ao mesmo tempo, adentrar no terreno da Filosofia Prática. Contudo, torna-se importante localizar o endereço da Teoria da Argumentação dentro do que se pode entender por uma Filosofia Prática.

Para Gadamer (1983, p. 58),

na expressão aristotélica ‘filosofia prática’, a palavra filosofia se refere à ‘ciência’ naquele sentido geral de saber que trabalha com provas e que possibilita a teoria, e no sentido da ciência que, para os gregos, era modelo do conhecimento teórico: a matemática. Esta ciência se chama ‘prática’ para sublinhar claramente sua oposição com a filosofia teórica, que abarcava a ‘física’ – o saber da natureza – a ‘matemática’ e a ‘teologia’ (ou a ciência primeira, isto é, a metafísica).

Pelo fato de o homem se constituir em um “ser político, a ciência política pertencia à filosofia prática”. Este, no entanto, não era o entendimento no século XVIII, que por ciência entendia, além da investigação fundada em uma concepção moderna de método, “todos os conhecimentos objetivos e os conhecimentos da verdade, na medida em que não fossem adquiridos através do processo anônimo do trabalho empírico-científico”. (GADAMER, 1983, p. 58)

Segundo Gadamer (1983, p. 59), a *práxis* pertence a um território conceitual no qual “não está primariamente definido pela oposição à teoria e pela aplicação da teoria. *Práxis* exprime melhor [...] a forma de comportamento dos seres vivos, em sua mais ampla generalidade”. Assim, a *práxis*

não está limitada ao homem, que atua exclusivamente por livre escolha (*prohairesis*). Práxis significa melhor realização da vida (*energeia*) do ser vivo, a quem corresponde uma ‘vida’, uma forma de vida, uma vida que é levada a cabo de uma determinada maneira (*bios*). Também os animais têm *praxis* e *bios*, isto é, uma forma de vida.

É claro que existe “uma diferença decisiva entre o animal e o homem”, pois “a forma de vida do homem não é determinada pela natureza como no caso dos outros seres vivos”. Através da *prohairesis*, somente o homem pode fazer antecipadamente uma escolha. “Saber preferir um ao outro e escolher conscientemente entre as possibilidades é a única e especial característica que distingue o homem”. Para Gadamer (1983, p. 59), “o conceito aristotélico de práxis adquire também um acento específico, na medida em que é aplicado ao ‘status’ do cidadão livre da *pólis*.” Neste caso, “se dá a práxis humana no sentido mais eminente da palavra. É caracterizada pela *prohairesis* do *bios*”. Desta forma, “práxis já não é mais o natural de uma forma de comportamento, tal como ocorre nos animais, que estão inseridos nas características da vida instintiva inata.”

Por fim,

a filosofia prática está definida pela delimitação que existe entre o saber prático de quem escolhe livremente e a capacidade aprendida do especialista, que Aristóteles chama *techne* [...]. A filosofia prática tem de despertar a consciência de que ao homem lhe corresponde, como característica própria, o possuir *prohairesis*, seja como formação das atitudes básicas humanas deste tipo de preferir, que tem o caráter da *areté*, seja como a inteligência da reflexão e da busca de conselho, que dirige toda atuação. (GADAMER, 1983, p. 60)

Cabe à filosofia prática também “responder, a partir de seu conhecimento, pelo ponto de vista em virtude do qual algo deve ser preferido, isto é, pela referência ao bem.” (GADAMER, 1983, p. 60)

O projeto criticista kantiano, quando contempla o problema do conhecimento, enfoca a razão pura, mas, quando pretende se ocupar dos problemas relativos à Moral, focaliza uma razão prática. Na verdade, a razão, para

Kant, é uma só; por isso é mais acertado falar em uso prático da razão para se referir ao seu modelo de racionalidade.

Na Epistemologia perelmaniana a razão prática é libertada da clausura do irracional. A exigência do consentimento substitui o critério da evidência para a determinação da racionalidade do pensamento. Enquanto a razão teórica requer a prova, a razão prática requisita a aprovação. Para a razão teórica, a aprovação não é necessária; já a razão prática tem lugar, justamente, lá onde as provas não são possíveis. A razão teórica opera, então, com os parâmetros da racionalidade fundada em evidências, com aquilo que pode ser comprovado, enquanto a razão prática tem na razoabilidade o critério da necessária aprovação das argumentações. A aprovação é dada pelo consentimento do auditório universal, destinatário ideal, não-empírico, composto pela totalidade de seres razoáveis.

As razões fundantes das decisões não podem ser verificadas quantitativamente, dependem de um exame das presunções pela Teoria da Argumentação. Perelman (1978, p. 122) deseja formular os critérios de uma argumentação racional que possa valer para toda a comunidade dos espíritos razoáveis. Como os critérios objetivos de verdade não respondem suficientemente ao problema da racionalidade das decisões, é necessária uma razão prática que seja capaz de guiar as ações.

Toda justificação se relaciona com a prática e foge aos limites da razão tradicional. A razão prática permite que a racionalidade das ações seja auferida pela justificação das escolhas. Para que uma justificação racional da ação e do pensamento seja possível, é necessária uma Teoria Geral da Argumentação que parta do paradigma da racionalidade prática, constituindo-se uma terceira via entre o racional e o irracional. Uma teoria que tenha como aporte teórico a razão

prática está em condições de regulamentar a axiologia da ação e o pensamento, fornecendo os critérios da ação eficaz e da escolha razoável.

A noção de razão prática vincula-se mais diretamente à idéia de justificação racional. A justificação é um procedimento inerente às controvérsias em geral e assim também às judiciais. A justificação concerne a uma disponibilidade para a ação. Toda justificação racional demanda uma argumentação racional, porque justificar não é calcular, mas argumentar.

1.4 A decisão como objeto teórico

A Teoria da Decisão encontra seu objeto nos problemas de decisão sobre os quais são dedicadas análises aprofundadas dos critérios selecionados para as escolhas e as suas soluções. Esta teoria pretende fornecer os instrumentos para apoiar a resolução de problemas de decisão e justificar sua escolha como racional. Embora os problemas de decisão sejam descritos em linguagem universal própria à Matemática, este tratamento formalizado não reduz o estudo dos problemas de decisão aos limites quantitativos de análise, embora a maior parte das decisões possa ser quantificada, tais como as decisões econômicas, porém ainda estas importam em variáveis imponderáveis como fatores comportamentais ou geopolíticos.

Em torno destes objetos aqui vistos gravita a Teoria da Decisão tal como vem sendo desenvolvida desde a segunda metade do século XX. Em sentido amplo, ela comporta variantes teóricas ocupadas do fornecimento de meios para a ponderação de alternativas de decisões dirigidas a determinadas ações, nesse sentido, por exemplo, a Teoria da Escolha Racional e a Teoria dos Jogos, e opera com categorias como probabilidade de ocorrência de um evento e utilidade do resultado de uma ação. O denominador comum reduz-se ao postulado de que os

agentes da decisão sempre se orientam para a maximização das vantagens possíveis esperadas.

Inicialmente a resposta à pergunta de como deveriam ser tomadas as decisões foi colocada nos seguintes termos: em primeiro lugar, o agente deveria indagar sobre as conseqüências que se seguem da realização das distintas ações. Em segundo lugar, deveria selecionar a conseqüência que prefere produzir. E, finalmente, bastaria realizar aquela ação que conduzisse a tal conseqüência. Se fosse o caso do agente que somente pudesse estabelecer um vínculo probabilístico entre as ações e suas conseqüências, deveria selecionar aquela ação que tem maior probabilidade de conduzir à conseqüência selecionada.

A preocupação com a análise das decisões compartimentou-se em algumas linhas de tratamento e pode ser dividida, ao menos, em dois ramos principais: a Teoria da Decisão normativa (ou prescritiva) - ou “axiomático-normativa” na compreensão de Otfried Höffe (1997, p. 156) - e a Teoria da Decisão descritiva.

A segunda linha ocupou-se de indagar como *de fato* os homens tomam suas decisões. Os psicólogos, especialmente, trabalharam no que diz respeito aos problemas que os homens têm quando tomam suas decisões.

A linha normativa examinou a questão de como *deveriam* se tomar decisões. O objetivo desta outra perspectiva de tratamento é estabelecer modelos de caráter prescritivo. Höffe (1997, p. 156) compõe este modelo normativo com regras, estratégias, técnicas, programas e cálculos que assegurem a tomada de decisão de forma correta.

Com efeito, ao saber-se como se devem tomar decisões, pode-se avaliar onde se radicam os erros e quais são as suas potenciais deficiências. Ao mesmo tempo, as propostas prescritivas permitem considerar as conseqüências que se seguiriam a partir de um mundo de agentes ideais de decisão. A Teoria da

Decisão normativa busca prescrever *como se deveriam tomar* as decisões, partindo do estudo os agentes idealmente racionais. Uma vez que a informação sobre o comportamento humano real quando toma decisões pode ser relevante para prescrever como deveriam tomar as decisões, observa-se que tal metodologia aposteriorista fora empregada tanto na Lógica de Gotlob Frege quanto na Teoria da Argumentação de Chaim Perelman.

A Teoria da Decisão normativa ou prescritiva procura construir modelos ideais que orientem a tomada de decisões, abordando a forma como se devem tomá-las, levando em consideração os agentes da decisão que possuam um comportamento idealmente racional. Um exemplo da aplicação desse enfoque é conceito de *homem econômico racional* como um ser hipotético, um agente idealmente racional, cujas escolhas correspondem-se sempre com as de maior probabilidade de maximizar seu benefício pessoal. Imaginando uma hipotética Sociedade de homens econômicos racionais, os economistas podem deduzir as leis da oferta e da procura, assim como outros princípios importantes da teoria econômica. Todavia, maximizar o benefício pessoal não é necessariamente a maior das virtudes. Assim, o modelo que utiliza o homem econômico racional não tem uma intenção normativa ou descritiva e sim uma idealização explicativa. Ao ignorar as complicações da vida real, espera-se construir uma teoria que seja suficientemente simples para proporcionar compreensão e continuar senso aplicável aos fenômenos que motivaram sua aparição.

Enquanto isso, a linha descritiva dos teóricos da decisão busca descobrir *como se tomam* as decisões, isto é, dedica-se a investigar os comuns mortais, tendo como referência indivíduos normais, ou seja, agentes de decisão que não tenham um comportamento apontado como idealmente racional.

Segundo Michael Resnik (1998, p. 19-20), esta distinção entre o descritivo e o normativo pode ser artificial, visto que o comportamento real de

um indivíduo quando toma suas decisões pode ser um exemplo relevante para se ter em conta quando se devem tomar decisões, de modo que prescritividade e descritividade podem complementar-se mutuamente.

Para Otfried Höffe (1997, p. 156-157), a Teoria da Decisão também pode ser classificada metodologicamente empregando o atributo axiomático para as duas perspectivas, tanto para a prescritiva quanto para a descritiva. A Teoria da Decisão possuiria o estatuto teórico lógico-matemático, sendo nada mais do que uma Lógica da Decisão, uma vez que produz modelos compostos de uma série de axiomas sob a forma de pressupostos básicos como, por exemplo, a premissa da coerência (não-contradição). Por outro lado, a teoria também seria normativa porque seus cálculos axiomáticos produzem um modo de realização das escolhas para que sejam admitidas como racionais. Os axiomas são, portanto, estudados do ponto de vista de sua lógica para a formulação de parâmetros de racionalidade da decisão.

Apesar de favorecer o cálculo racional como fator determinante para a tomada de decisão, é necessário ressaltar que o processo de tomada de decisão pressupõe a intervenção de outros fatores não-lógicos e ainda, assim, racionais, como também de elementos totalmente subjetivos. No esforço de articulação entre contexto e determinação formal, entre a pragmática e as exigências formais, a Teoria da Decisão espelha as três grandes orientações procedimentais e finalísticas da função de decidir. A primeira forma de racionalidade da decisão é enfocada individualmente e a terceira e última coletivamente como decisões tomados pelo coletivo, entre as duas formas oscila a Teoria dos Jogos, como se verá adiante.

Parte II

A segunda etapa da pesquisa que ora se apresenta parte da compreensão da atividade judicial ao longo de períodos particularmente importantes de sua experiência histórica e a herança ideológica da função reguladora da Sociedade até a análise atual da decisão judicial conforme a atuação democrática de seu agente.

O primeiro capítulo desta parte recorre à experiência clássica e o pensamento de Platão e Aristóteles sobre a atividade judicial. O esforço é pela definição da compreensão da decisão judicial a partir do modo pelo qual se concentra e se definem os poderes do seu agente, o juiz. Em Platão, está presente o paradoxo da legalidade como referência para a decisão, enquanto Aristóteles estuda a atividade judicial como função positivada. De ambos se chega ao discurso sobre a identidade para o próprio Direito.

No segundo capítulo a decisão judicial retorna à História para identificar a presença da produção do Direito não-legislado sob a forma da decisão judicial em seus primórdios.

O primeiro momento evidencia as funções sacerdotais do agente da decisão judicial orientadas para a realização de alguma forma divinatória de justiça nas sociedades primitivas. A seguir, as primeiras instituições decisórias são desenvolvidas na vigência das organizações das sociedades antigas como a greco-romana e persistem diferenciando-se até o nascimento do Estado de Direito. A

partir daí, apresenta-se e aperfeiçoa-se o modelo de decisão judicial implementado e desenvolvido pelo paradigma liberal do Direito em relação à composição dos conflitos sociais.

O terceiro capítulo compreende, assim, a decisão judicial como produto do Estado de Direito em uma relação de continuidade doutrinária das idéias iluministas, o nascimento do Estado liberal deu início à forte identificação do Direito com o conjunto das leis do Estado, por serem estas a expressão legítima da Soberania nacional. No novo sistema de separação dos poderes, a produção da decisão judicial cristaliza-se como resultado de uma atividade limitada a aplicar a lei e se evidencia o intenso debate sobre a questão das interpretações judiciais. A atividade do agente da decisão passa a observar suas condicionantes de independência e imparcialidade. A temática da decisão judicial é examinada no painel do pensamento jurídico contemporâneo como um problema de fundo recorrente.

Ainda nesta etapa da discussão decisional contemporânea, o capítulo quarto e último desta segunda parte trata da tecnologia jurídica e do impacto recebido pelo mundo eletrônico, em sua dimensão virtual. Nesse novo ambiente, os estudos sobre a inteligência artificial passaram a merecer lugar de destaque e conduzem a reflexos profundos no estudo da decisão judicial, sugerindo o fantasma da substituição do magistrado pelo *software* de computador.

Os modelos de juiz Júpiter, Hércules e Hermes recebem mais um companheiro, Proteus, e surge a possibilidade de decisões judiciais produzidas com os recursos dos sistemas especialistas legais que chegam até mesmo às fronteiras da Teoria da Argumentação, tomando a razoabilidade como índice de correção.

Parte III

A terceira parte deste trabalho desenvolve a Teoria da Decisão Judicial, articulada com as modalidades teóricas diferenciadas que a sustentam, as formas de racionalidade nas quais as decisões judiciais podem ser tomadas e com seus discursos jurídicos específicos. Certeza a aceitabilidade da decisão passam a funcionar como critérios reguladores, e a decisão tomada no âmbito da jurisdição constitucional induz o debate sobre a função política das decisões nos tribunais.

O primeiro capítulo diferencia a elaboração da decisão do resultado deste processo. Entre as teorias que podem ser qualificadas como filiadas epistemológicas da Teoria da Decisão, existe uma pluralidade significativa de orientações e possibilidades teóricas que são desenvolvidas.

No segundo capítulo, a discussão sobre a racionalidade das decisões judiciais obedece a quesitos de possibilidade de solução e o condicionamento das soluções. Em primeiro lugar, as concepções da noção racionalidade são abordadas de forma a poder intervir na análise das formas de racionalidade das decisões judiciais. Em segundo lugar, identificam-se quais e

quantos são os momentos da aplicação judicial do Direito que podem ser relevantes para uma análise das formas de racionalidade das decisões judiciais. São abordados ainda os raciocínios jurídicos e em específicos os judiciais com a contribuição da Lógica dos raciocínios e da metodologia discursiva.

O terceiro capítulo trata do problema da justificação dentro do sistema de Direito e da Justiça, ambos constituídos pelo paradigma liberal do Direito. A compreensão da decisão racional exige o equilíbrio de uma dupla exigência: formal e pragmática, concernentes à valorização da coerência do próprio sistema e à aceitabilidade das decisões. Estuda-se o papel das normas e dos precedentes no processo de tomada das decisões judiciais e avalia-se o suporte pragmático doador de sentido legitimador para as tarefas de decisão.

O capítulo quatro examina a questão da articulação da esfera judicial com a esfera política, enfocando o debate sobre o alcance e possibilidades dessas conexões diante da própria crise da Sociedade e da produção da decisão judicial, como exercício democrático e democratizador do Estado.

O quinto e último capítulo testemunha e investiga a jurisdição constitucional com sua repercussão para a tarefa decisional. A racionalidade do Judiciário como agente da decisão e da legitimidade dos tribunais constitucionais procura evidenciar a influência dos elementos norma e valor para consideração da racionalidade de suas decisões.