

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilha (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilha percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

**ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA NA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016
UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONTRIBUIÇÃO DE UMA TEORIA
LEGISLATIVA DE MANUEL ATIENZA**

**ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA EN LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL 95
/2016 UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA CONTRIBUCIÓN DE UNA TEORÍA
LEGISLATIVA DE MANUEL ATIENZA**

**Jose Ribas Vieira
Fernanda Lage Alves Dantas**

Resumo

O escopo da presente pesquisa é fruto das discussões em sala de aula do curso de Argumentação Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ) realizado em 2017-2, ministrado pela professora doutora Margarida Lacombe. Consiste em analisar a racionalidade da Emenda Constitucional nº. 95 /2016 (EC 95), promulgada em dezembro de 2016 no cenário brasileiro, especificamente no que concerne ao direito à saúde. Buscar-se-á identificar os elementos, aproximações e diferenciações entre argumentação jurídica e legislativa, com base na obra de Manuel Atienza. A metodologia da pesquisa é bibliográfica, a partir do levantamento de material como livros e artigos científicos, incluindo ainda outras formas de publicação, como artigos sites e anais legislativos. A presente investigação insere-se no campo de uma pesquisa científica, considerando sua finalidade de descrever e criticar. Por fim, pode-se inferir que a racionalidade da EC 95 é de uma ideologia falaciosa, seus objetivos não se coadunam com os da Constituição Cidadã de 1988, gerando efeitos dramáticos para o direito à saúde no Brasil.

Palavras-chave: Argumentação legislativa, Argumentação jurídica, Manuel atienza, Emenda constitucional 95/2016

Abstract/Resumen/Résumé

El objetivo de esta investigación es fruto de las discusiones en aula del curso de Argumentación Jurídica del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro (PPGD-UFRJ) realizado en 2017-2, impartido por la profesora doctora Margarida Lacombe . Consiste en analizar la racionalidad de la Enmienda Constitucional nº. 95/2016 (EC 95), promulgada en diciembre de 2016 en el escenario brasileño, específicamente en lo que concierne al derecho a la salud. Se buscará identificar los elementos, aproximaciones y diferenciaciones entre argumentación jurídica y legislativa, con base en la obra de Manuel Atienza. La metodología de la investigación es bibliográfica, a partir del levantamiento de material como libros y artículos científicos, incluyendo otras formas de publicación, como artículos sitios y anales legislativos. La presente investigación se inscribe en el campo de una investigación científica, considerando su propósito de describir y criticar. Por último, se puede inferir que la racionalidad de la EC 95 es de una

ideología falaz, sus objetivos no se corresponden con los de la Constitución Ciudadana de 1988, generando efectos dramáticos para el derecho a la salud en Brasil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Argumentación legislativa, Argumentación jurídica, Manuel atienza, Enmienda constitucional 95/2016

Argumentação Legislativa na Emenda Constitucional 95/2016
Uma análise a partir da Contribuição de uma Teoria Legislativa de Manuel
Atienza

1. Introdução

A partir de uma perspectiva de filosofia do Direito típica do mundo latino, especialmente no tema de argumentação legislativa, pretende-se colaborar com as discussões e abordagens a esse respeito, trazendo para o debate uma recente lei (a Emenda Constitucional nº 95/2016) aprovada no cenário brasileiro em meio a um conturbado processo de crise política.

Inicialmente, busca-se fazer uma incursão nas aproximações e diferenciações entre argumentação legislativa e argumentação jurídica, abordando o que há de mais característico na argumentação legislativa, que a diferencia ainda mais da jurídica. Para tanto, aborda-se as interrelações entre a dogmática jurídica e a teoria legislativa a fim de se respaldar uma teoria legislativa em consonância com as ciências sociais, especialmente a sociologia.

Em seguida, propõe-se uma análise da racionalidade legislativa da EC 95, tomando-se como base obras sobre argumentação legislativa de autoria de Manuel Atienza (ATIENZA, 1997, 2005 e 2017). Na sequência, levantar-se-á aspectos de interseção entre direito, política e economia, justificando a partir daí, a existência de uma racionalidade neoliberal.

Por fim, objetiva-se dar luz a aspectos da argumentação legislativa, suas razões e sua racionalidade para a construção de um direito comprometido com a transformação social.

2. Argumentação Legislativa X Argumentação Jurídica

Quando se fala em argumentação legislativa, questiona-se o porquê de, em plena metade da segunda década do século XXI, o Direito ainda não ter sido capaz de elaborar uma teoria da legislação. Em que pese os avanços dos últimos anos, a exemplo da teoria da ação comunicativa, na qual a sociedade deve ser concebida a partir da linguagem e a

integração social se dá a partir da lógica do melhor argumento dentro do contexto do [agir comunicativo]¹ (HABERMAS, 2010, p. 36).

No âmbito da ciência do direito, o processo legislativo carece ainda hoje de estudos mais profundos que abordem o fenômeno da legislação ou ato legislativo não apenas como fenômeno de caráter formal e procedimental, mas a partir de uma abordagem de tal evento como pertencente não somente ao campo do direito, mas também ao campo da política e da ética.

Registra-se, entretanto, as evoluções no estudo da política legislativa. Depreende-se então que a argumentação legislativa não pode ser considerada apenas como um tipo da argumentação jurídica, e uma das razões é o fato daquela não ser uma argumentação que envolva tão somente profissionais do direito (ATIENZA, 2005, p. 23). Ademais, no que diz respeito à discussão legislativa, ressalta-se, ela advém normalmente de maneira mais aberta e complexa, e menos estruturada que a argumentação jurídica. Ocorre que esta última está sempre à procura da obtenção de uma resposta a um caso, em busca de uma coerência de consistência lógica, dirigida “como ideia regulativa” (ATIENZA, 2005, p. 29).

2.1. Argumentação: Juízes e Legisladores

Um dos principais objetos de estudo da teoria da argumentação jurídica está circunscrito essencialmente na motivação das decisões. São as razões aduzidas, principalmente pelos juízes de tribunais superiores, a favor de uma justificativa aceitável e/ou razoável para suas respectivas decisões o escopo de inúmeros e frutíferos estudos jurídicos. Porém, geralmente olvida-se analisar as razões de tipo psicológico, sociológico e ideológico, entre outras.

Manuel Atienza, em contribuição a uma teoria da argumentação legislativa, chama atenção para o fato de que Bentham construiu um precedente importante para a teoria da legislação, caracterizado como um projeto legislativo (reformista) da ilustração, influenciando sobremaneira os países anglo-saxões. Contudo, acentua Atienza, a teoria herdeira de Bentham, notadamente uma teoria positivista do direito, acabou deixando de fora os estudos da legislação (ATIENZA, 2005, p. 20).

¹ Cita-se, ainda, as teorias pioneiras da argumentação jurídica (Viehweg, Perelman e Toulmin) e a teoria *standart* da argumentação, cujos principais representantes são Robert Alexy e Neil MacCormick (vide Atienza, 2005, p. 19)

É de se notar que, nas últimas décadas, tem havido um maior interesse em torno de uma teoria da legislação. Sem embargo, ela não ocorre de maneira sistematizada, ou pelo menos não tem logrado êxito suficiente a ponto de poder-se reconhecer a existência de uma verdadeira teoria da legislação.

Nesse ínterim, cabe salientar ser bem provável que o papel desempenhado pelos legisladores permaneça mais à margem dos estudos da ciência do direito, porque, em suma, a argumentação legislativa, aquilo que podemos chamar de produção do direito, é considerada precipuamente como uma tarefa política, portanto incidindo fora do campo de estudos da dogmática jurídica.

Uma vez que a missão de legislar consiste em uma tarefa política, surge a necessidade de se abrir parênteses para manifestar breves considerações sobre a racionalidade neoliberal e sua correlação com a educação do capital humano, nos termos de Wendy Brown (BROWN, 2015, capítulo 6). A democracia, para Brown, não necessita de igualdade social e econômica absolutas. Todavia, é incapaz de suportar grandes extremos fixos de riqueza e de pobreza. A autora traz a informação de que, nos últimos séculos, a democracia ocidental permitiu a formulação da educação como algo valioso, e não como algo concebido para o desenvolvimento do capital humano, dotado de habilidades técnicas, formador de participantes não educados para a vida pública e para o governo comum (BROWN, 2015, p. 238).

Ao contrário, nos dois últimos séculos, a educação superior do ocidente (pública, em especial) desenvolveu-se a partir de uma valiosa premissa, alicerçou-se singularmente sobre um plano de estudos humanistas. Vale chamar atenção para a ameaça que a dita educação exerce sobre a racionalidade neoliberal, dado que imbuídos dela, os cidadãos podem governar-se a si mesmos, que significa o oposto de representados votarem em representantes e/ou sobre referendos, sem sequer entenderem os problemas sobre os quais a representação e/ou soberania está envolvida.

Quando se fala em argumentação jurídica *lato sensu*, tem-se em mente a argumentação dos juízes como elemento justificativo de suas decisões, todavia não se deve obliterar da argumentação dos legisladores. As diferenças existentes entre juízes e legisladores como “figuras argumentadoras” do direito constituem-se como um bom ponto de partida para a reflexão sobre técnica legislativa e teoria da legislação. Pode-se sustentar que os juízes são técnicos, funcionários independentes, possuem função estável e, notavelmente, são *experts* no tema/matéria objeto da decisão.

Ao contrário, os legisladores não são independentes, estão afeitos a interesses de algum setor ou classe social, vinculados a partir de uma perspectiva ideológica (partido político), sem a exigência de uma formação profissional específica, e ainda sofrem influência direta da opinião pública.²

A argumentação dos juízes está dirigida à obtenção de uma resposta correta, enquanto o exercício de argumentar legislativamente demanda a utilização da discricionariedade, visto não se pode afirmar que determinada lei vem a ser a única possível ou correta (ATIENZA, 2005, p. 29).

2.2. As interrelações entre a Dogmática Jurídica e a Teoria Legislativa

A distinção entre a dogmática jurídica e a teoria legislativa envolve diretamente com a interpretação e aplicação do direito, um papel fundamental da teoria legislativa deve ser o de se preocupar com a lei como produtora de determinados fins no sistema social. Para Atienza, a dogmática jurídica atém-se a considerar [o que é direito], ao passo que a teoria da legislação estaria afeita ao [como e o que *deveria ser* o direito]. No âmbito da dogmática jurídica, emprega-se a técnica legislativa, cuja vertente abundantemente estudada na ciência do direito dirige-se basicamente aos intérpretes e aplicadores do direito, os quais tomam as normas jurídicas existentes como dados, e então buscam lograr o resultado de moldar tal material normativo. De outro modo, na tentativa de contribuir com uma teoria da legislação mais robusta e consistente, infere-se que, nessa seara, faz-se necessária a realização de uma reflexão sobre os problemas mais abstratos e conceituais.

Apesar de o legislador também ter de seguir técnicas e normas, e aqui procura-se salientar as normas constitucionais, não se pode considerar que a teoria da legislação pudesse estar abarcada pela dogmática jurídica. Pois o ponto de partida da dogmática jurídica é o cumprimento e a realização do direito, situação em que, por exemplo, um juiz aplica uma única resposta correta ao julgado na medida em que estabelece a lei de um caso. Na argumentação legislativa, não ocorre dessa forma. Os legisladores possuem um amplo grau de discricionariedade.

² Apesar de ser um consenso que a opinião pública implica diretamente na tomada de decisão de um legislador quando da elaboração de determinadas leis, registram-se estudos recentes indicando, a cada vez mais crescente, influência da opinião pública na tomada de decisão dos juízes, especialmente os de Tribunais Superiores. Para uma análise mais profunda do tema, consultar GAROUPA, N. e GINSBURG, T. *Judicial Reputation – a comparative theory*. London: The University of Chicago, 2015.

2.3. Por uma Teoria da Legislação em consonância com a Sociologia

Nos tópicos anteriores, abordaram-se as aproximações e diferenciações entre a argumentação jurídica (precipualemente dos juízes) e a argumentação legislativa, com o objetivo de se criar pressuposto para a defesa de uma teoria da legislação. Assim, tem-se que a concepção formal de direito não realiza tal reconhecimento, mas é fato que o direito é fortemente dependente das ciências sociais. Isso porque, no que diz respeito ao objeto do presente estudo, uma importante racionalidade legislativa vem a ser a teoria da ética, posto que os fins de uma lei pressupõem valores éticos de justificação (ATIENZA, 2005, p. 28). E tais valores, justificativas das finalidades de determinada lei, partem não apenas de um conhecimento técnico legislativo, mas também das necessidades sociais.

A busca por uma teoria da legislação atende a diversos objetivos, entre os quais, pode-se destacar um que consiste em seguir pensando e procurar conceber uma teoria direcionada não apenas a operadores e técnicos do direito. Equivoca-se quem, ao pensar em uma legislação, busca entendê-la direcionada aos juristas, os substancialmente aplicadores da lei. Não é de hoje que filósofos do direito reivindicam a necessidade de [desjudicializar] a teoria do direito (ATIENZA, 1997, p. 12).

O processo de desjudicialização tem a ver com a desconstrução do formalismo exacerbado operante na ciência do direito. Não é concebível que, em plena metade da segunda década do século XXI, o direito em sua magnitude aplicativa ainda permaneça de costas às ciências sociais, especialmente à sociologia. Dado que a sociologia desempenha, sem dúvida, uma função importante no prosseguimento dos estudos sobre a legislação.³

A tentativa de construção de uma ciência do direito consubstanciada como parte de um todo não é nova. Pode-se citar, exemplificativamente, a teoria da sociedade de Niklas Luhmann (LUHMANN, 2016). Sob essa ótica, uma teoria da legislação deve ser contemplada como uma parte da teoria do direito. E esta deve estar abarcada pela teoria da sociedade. Dizia Luhmann,

“a teoria da sociedade como sistema de comunicação operativamente fechado é a abordagem teórica mais abrangente, e, ao definir o sistema jurídico como subsistema do sistema social, qualquer pretensão à dominância, seja de cunho pragmático, seja estruturalista, pode ser desconsiderada” (LUHMANN, 2016, p. 31).

³ Atienza tece várias considerações sobre obra e ambição teórica de Boaventura de Sousa Santos, sociólogo português. Malgrado, a enumeração de diversas críticas ao teórico crítico, Atienza reconhece que a concepção ampla de sociedade e de direito, encontrada nas obras de Boaventura, constitui-se como um elemento de extraordinário valor. (ATIENZA, 2017, p. 315)

Portanto, a correlação da teoria da legislação com as ciências sociais é importante porque o papel da teoria da legislação não é apenas o de descrever, mas também e principalmente o de explicar e preconizar procedimentos que admitam uma promoção da racionalidade da prática legislativa.

3. A Emenda Constitucional 95/2016 e sua racionalidade legislativa

Em resumidas palavras, o conceito de racionalidade é um conceito impreciso, pois extremamente rico e controvertido. Na tentativa de metodizar sua contribuição à teoria legislativa, Manuel Atienza divide a racionalidade legislativa em cinco níveis a partir de uma concepção estruturada e, por fim, acrescenta um sexto nível transversal aos anteriores (ATIENZA, 2005, pp. 34-38).

Para Atienza, a argumentação legislativa cumpre o papel de dar respostas às dúvidas que surgem em relação aos cinco níveis de racionalidade. A racionalidade (R1) responderia ao questionamento de se a lei tem uma forma linguisticamente adequada e se sua comunicabilidade estaria garantida. A seu turno, a R2 responderia se a lei é sistemática, se não cria lacunas nem contradições. À racionalidade (R3) corresponde a indagação a respeito da eficácia da lei. Já a R4 procura entender se a lei é efetiva, isto é, se os objetivos almejados conquistam êxito. A racionalidade (R5) procura entender se há adequação axiológica, se a lei se encontra de acordo com os princípios constitucionais e outros critérios morais pertinentes ao caso. E por fim, a racionalidade (R6), transversal às demais a eficiência da lei, se os critérios anteriores são alcançados a um custo satisfatório (ATIENZA, 2005, p. 38)

Uma crítica pertinente quando se fala da Emenda Constitucional (EC) nº. 95 é sua inadequação, sua irracionalidade ética com os fins/valores esculpidos nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Abstratamente, fala-se em liberdade, igualdade e justiça como fins valiosos de referência para a teoria ética (ATIENZA, 1997, p. 39).

Especialmente no que diz respeito ao direito à saúde e à EC 95/2016, é consenso entre as teorias de tipo contratualistas que a dignidade humana de concepção kantiana⁴ seja um valor ético a ser perseguido pelo direito. Stuckler e Basu, pesquisadores de Oxford, conduziram uma pesquisa, cujo resultado foi o livro *A economia desumana* –

⁴ Kant, autor de uma ética antropocêntrica acentuada, formula a ideia de que os seres humanos têm dignidade, posta acima de qualquer valor. Em a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes (GMS)*, Kant preceitua “age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em sua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio” (KANT, 2009).

porque mata a austeridade. Os autores, por motivos diversos, cursaram saúde pública e medicina com o intuito de ajudar os outros. Suscintamente, descreve-se que Stuckler e Basu procuraram demonstrar como “as opções econômicas não são meras questões de défices e taxas de crescimento, mas sim questões de vida ou morte” (STUCKLER e BASU, 2014, p. 12).

Os autores concentraram seus estudos sob o modo como as opções por investimentos ou não em políticas sociais e econômicas afetam a saúde humana. Tais políticas geram forte impacto na vida ou morte das pessoas, mais que qualquer seguro saúde, medicamento e/ou intervenção cirúrgica (STUCKLER e BASU, 2014, p. 13-14).

Dessa forma, avaliar a racionalidade da argumentação legislativa da EC 95 supõe, entre outras coisas, seguindo os ensinamentos de Atienza, julgá-la a partir de certos critérios de correção, o que permite discernir entre os bons e os maus argumentos e, ainda, reconhecer seus argumentos falaciosos.

3.1. A racionalidade jurídico-formal da Emenda Constitucional 95/2016

Falar em racionalidade jurídico-formal significa basicamente conceber um balanço se a nova Lei, neste caso a EC 95, possui consonância harmônica com o sistema jurídico, o qual pode ser aqui entendido como conjunto de normas validamente estabelecidas e estruturadas no âmbito desse sistema. Lembrando que o direito tem por mecanismo a previsão da conduta humana e suas consequências, o que o localiza como um sistema de segurança (ATIENZA, 1997, p. 32).

A EC 95 entrou em vigor em dezembro de 2016 e tem validade de 20 anos; ou seja, possui aproximadamente um ano e meio de vigência apenas. Não obstante, não são poucas as avaliações pugnando por sua irracionalidade. Antes mesmo de sua entrada em vigor, referida EC sofreu, por parte da opinião pública, fortes pressões não favoráveis à sua promulgação.

Um dos argumentos de parte da opinião pública e do auditório (destinatários da lei) foi/é o de que a EC 95 erosiona o ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição Cidadã.

Quanto à dinâmica legislativa, Atienza (1997) apresenta alguns modelos esquemáticos do processo de legislação racional (Van Der Velden, Noll, Losano) para, ao fim, expor a sua proposta de modelo operativo de metodologia legislativa, resultado de sua perspectiva a partir dos cinco modelos de racionalidade.

No citado esquema, são identificadas três fases: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa, diretamente relacionadas. Ao dissertar sobre tais fases, Atienza aborda [um certo estado de opinião], citando exemplos de discussão nos meios de comunicação sobre temas que venham a empreender iniciativas legislativas.

No cenário da EC 95, ocorreu no Brasil uma abordagem de um problema econômico-social, descrito precipuamente no documento intitulado “Ponte para o Futuro”. A discussão foi levada a cabo nos meios de comunicação e se deu fundamentalmente no sentido da grande necessidade de enxugamento da máquina do Estado.

A partir da apresentação da Proposta de Emenda à Constituição – PEC 241, solução legislativa para se alcançar o ajuste fiscal objetivado anteriormente, a polêmica em torno do referido Projeto de Lei tomou conta dos meios de comunicação, incluindo o exame de adequação da então futura Lei. O cenário fez surgir certas expectativas de direito orientadas ao futuro. Dessa forma, sinalizou Luhmann “O conceito da norma relaciona-se com determinada forma de expectativas práticas (...). Tais expectativas são cumpridas – ou não” (LUHMANN, 2016, p. 27). Infere-se, portanto, que as expectativas quanto à normatividade da EC 95 e a conseqüente retomada do crescimento não se cumpriram.

A segurança jurídico-formal não deve se ater somente aos primeiros níveis de racionalidade descritos por Atienza, quais sejam, a racionalidade comunicativa ou linguística, cuja função do emissor deve ser a de transmitir a mensagem da lei com fluidez, e a racionalidade jurídico-formal *stricto sensu*, na qual a lei deve estar harmoniosamente inserida no sistema jurídico. Um dos argumentos da análise de Atienza (1997) é o de que a racionalidade legislativa de uma lei para com o seu sistema deve remeter a valores, como os da liberdade e da igualdade. Especificamente no caso da Emenda do Teto dos Gastos, sua irracionalidade é patente ao se verificar a erosão que ela provoca ao valor kantiano da dignidade da pessoa humana.⁵

Isso posto, embora se possa reconhecer a validade do Poder Legislativo como órgão com capacidade de produzir a aludida EC – iniciativa do poder executivo e tramitação nas casas legislativas. Em se tratando de fins e valores, é evidente a

⁵ A sustentação de Kant de que os seres humanos têm dignidade, dá ao homem uma salvaguarda em relação aos demais seres vivos. Ingo Sarlet, em sua obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, aprofunda a avaliação de que, em função de sua racionalidade, somente o ser humano possui dignidade (SARLET, Ingo Wolfgang., 2012, capítulo primeiro)

constatação da irracionalidade da EC 95. Além da dita erosão dos princípios da Constituição Federal, a EC 95 não trouxe segurança a um número significativo de seus interlocutores – trata-se aqui da maior parte da população brasileira, dos destinatários a “receberem” a promoção do direito à saúde por meio do SUS. Afora, o legislador da EC 95 sequer foi capaz de dotá-la de clareza e precisão, requisitos básicos da racionalidade linguística. De todo o modo, não é demais acrescentar que esta, a qual também é conhecida como emenda do “Fim do Mundo”, revela-se guarnecida de verdadeira [deformação ideológica] (ATIENZA, 1997, p. 34).

3.2. A concepção pragmática da Emenda Constitucional 95/2016

A racionalidade pragmática está relacionada à finalidade de se conseguir que determinada Lei seja cumprida; isto é, a conduta dos destinatários deve adequar-se ao previsto na Lei. Nas palavras de Atienza “que las leyes no sean sólo enunciados lingüísticos, sino también <Derecho en acción>” (ATIENZA, 1997, p. 36).

Fazendo uma reflexão acerca da larga vigência da EC 95 e de seus “aplicadores”, destinatários da norma responsáveis por aplicá-la no interregno dos próximos 20 anos, e correlacionando tais apontamento a uma recente pesquisa sobre as consequências da EC 95 publicada na revista de medicina “PLOS medicine”, torna-se impossível a defesa de uma racionalidade pragmática para a emenda do “Teto dos Gastos”.

Definitivamente, a EC 95 tem por finalidade teleológica propósitos econômicos, fato afastado de discussão. Diante da conclusão da pesquisa, que vislumbra um cenário em que se a austeridade fiscal dada pela EC 95/2016 venha de fato ser aplicada, no período entre 2017 e 2030, o Brasil estará diante do aumento exponencial das taxas de morbidade e mortalidade infantil por falta de proteção social⁶. Diante do qual, seja por meio de fatores objetivos e/ou subjetivos, perfaz-se primar pelo “fracasso” da racionalidade pragmática da EC 95.

3.3. As complexas racionalidades teleológica e ética da Emenda Constitucional 95/2016

⁶ Rasella D, Basu S, Hone T, Paes-Sousa R, Ocke'-Reis CO, Millett C (2018) Child morbidity and mortality associated with alternative policy responses to the economic crisis in Brazil: A nationwide microsimulation study. PLoS Med 15 (5): e1002570. <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1002570>
Disponível em <<http://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1002570>>

Enquanto a racionalidade teleológica representa o conjunto de meios para se alcançar os fins sociais, a racionalidade ética, consoante o nome indica, é o conjunto de normas avaliáveis eticamente (ATIENZA, 1997, p. 54). Presumivelmente, é de se notar que a EC 95 não alcança fins sociais, e sim econômicos, desígnios de eficiência econômica. Ainda que as metas econômicas possam ser consideradas objetivo legítimo da racionalidade teleológica de uma lei, há de se lembrar que a EC 95 carece de harmonização com a que deveria ser sua finalidade de coadunação com o Estado Democrático, quer dizer, de conformação com o objetivo da carta política brasileira de incorporar a redistribuição da riqueza de maneira solidária.⁷

Conforme dito, legislar consiste em uma tarefa política e, no caso da edição da EC 95, fez-se a opção política por legislar a favor de profundos cortes no orçamento em detrimento de investimentos em programas de saúde pública, cujos efeitos já podem ser percebidos e considerados como perniciosos.

Outro aspecto a ser abordado quando se fala em racionalidade legislativa diz respeito a um aspecto pontuado acima, a racionalidade neoliberal, que envolve a pós-modernidade e o fim do Estado do Bem-Estar Social, o qual, desde sua crise derradeira, traz consigo a [crise da legislação].⁸

Atienza, em 1997, declara uma crise “atual” do direito e a correlaciona com a crise do Estado do Bem-Estar social. Sem delongas, o autor afirma que a técnica legislativa, fenômeno do “boom” legislativo dos últimos anos, significa uma resposta prática a essa crise.

4. A Argumentação Legislativa, o Direito e a transformação social

No ano de 2017, Manuel Atienza lançou um novo livro intitulado *Filosofía del Derecho y transformación social* (ATIENZA, 2017), cuja essência consiste em apresentar

⁷ A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, reúne os chamados “objetivos fundamentais” de nossa república, os quais podem ser classificados como objetivos de cunho político-ideológico quanto como objetivos econômicos: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁸ No item 4 do capítulo 5 da obra *contribución a una teoría de la legislación*, Atienza disserta que o interesse pelos estudos sobre legislação é extremamente recente nos países de Direito Continental, ocorre acerca de poucas décadas. Porém, a cultura de *common law* trata do assunto a mais de século. De todo modo, continua o autor, os recentes interesses na pesquisa sobre a problemática da racionalidade da legislação encontram-se conectados, sem dúvida, com a crise da legislação, crise do Estado do Bem-Estar Social, ou apenas, “la crisis social y civilizatoria de este final de milenio”, percebida aqui como uma crise ainda não superada, se é que se pretende ultrapassá-la.

ao mundo latino uma filosofia do direito do pós-positivismo ou do constitucionalismo pós-positivista. Atienza desenvolve incursões em temas e autores próprios da filosofia do direito e apresenta a “*transformação social*” como giro argumentativo [um novo paradigma ontológico] da teoria do direito contemporâneo, resgatando argumentos já apresentados em sua obra de 1997, a exemplo da defesa do autor a uma necessidade de maior aproximação entre a teoria do direito e as ciências sociais (ATIENZA, 2017, p. 275-277). Atienza apresenta diversas críticas à concepção de teoria e de ensino jurídico desenvolvida basicamente nos dois últimos séculos, que define o direito como sistema de normas, qualificando-o como normativista e insuficiente (ATIENZA, 2017, p. 15-46).

Importante destacar ainda, a desaprovação que Atienza realiza às teorias críticas do direito (ATIENZA, 2017, p. 298-300), as quais desenvolvem um ceticismo frente ao direito, seja por influência do marxismo clássico ou por uma tendência dessas teorias em colocar o direito em um papel subordinado frente ao todo social. Em que pesem as críticas, o autor reconhece a importância de críticos do direito, como Juan-Ramón Capella e Boaventura de Sousa Santos, uma vez que ambos destinaram lugar central de suas obras à questão do papel que o direito pode assentar na transformação social.

4.1. Separação e junção entre direito, política e economia

Argumento importante na última obra de Atienza vem a ser o caráter altamente poroso que o direito possui, muito mais até do que as teorias jusnaturalistas possam aceitar, uma vez que nos dias de hoje, é praticamente impossível estabelecer uma linha clara de demarcação entre o que é jurídico, o que é econômico e/ou o que é político (ATIENZA, 2017, p. 316).

No direito contemporâneo, os [campos jurídicos] são diuturnamente atravessados pela dimensão do social. Em absoluto, constituem-se espaços fechados. Diante do qual, recorda-se um aspecto da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o acoplamento estrutural.⁹ Fazer uma análise de fenômeno de acoplamento entre os campos

⁹ Em uma pesquisa para conclusão do curso de mestrado, com fundamentos na Teoria da Sociedade de Niklas Luhmann, Fernanda Lage Alves Dantas desenvolveu uma análise entre o paradoxo do direito à privacidade e sua operacionalização, desvelando que por trás de tal paradoxo há uma interligação entre o sistema jurídico e o político, classificado como acoplamento estrutural. Tal fenômeno pode ser melhor explicado em: “O acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político desenvolveu-se como uma estrutura muito forte na figura do Estado. Ele se deu na forma da Constituição. Nesse acoplamento há irritações mútuas, frequentes e duradouras, gerando bastante informação em ambos os sistemas. Em que pese essa inter-relação, tanto o sistema jurídico quanto o político resguardam suas respectivas autonomias. E, apesar de se preservarem autônomos, as diferenças entre o direito e a política não costumam ser muito visíveis. Conforme disse Luhmann, no texto “Constituição como aquisição

jurídico, político e econômico, permite-nos trazer à luz dimensões do campo jurídico que, normalmente estão ocultas, se o observarmos com um olhar normativista. É certo, porém, que tal olhar não deve ser o objetivo atual dos estudiosos do direito. Consoante afirma Atienza, a transformação social deve preocupar-se em contribuir para uma sociedade mais igualitária e menos excludente, na qual todos tenham a oportunidade de desenvolver-se enquanto seres autônomos (ATIENZA, 2017, p. 346).

Assim, consente-se com Atienza no sentido de se ter uma perspectiva de filosofia do direito a qual leva muito à sério a necessidade de termos uma cultura jurídica estendida fora de suas fronteiras. E que os “argumentadores do direito” (juízes, legisladores e outros) possam ter uma adequada concepção do direito, cuja essência está em enxergar suas possibilidades, mas também seus limites e suas misérias (ATIENZA, 2017, p. 351-352) Desse modo, contribuir-se-á decisivamente na utilização do direito como vetor de transformação social.

5. Conclusões

A presente pesquisa é fruto da disciplina de Argumentação Jurídica, ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ) no ano de 2017-2, pela professora Doutora Margarida Lacombe.

A partir das discussões em sala de aula, sobretudo a respeito da obra de Manuel Atienza, buscou-se tratar do tema argumentação legislativa, e seus ainda escassos estudos, especialmente no campo da Filosofia do Direito para o mundo latino.

A identificação da tarefa de legislar como sendo uma função não somente técnica, mas também política, trouxe luz à necessidade de abordagem da argumentação legislativa em consonância com as ciências sociais, especialmente a sociologia.

Com base em um breve levantamento da EC 95, pode-se concluir que tal emenda carece sobremaneira de racionalidade, notadamente teleológica e ética.

Por fim, procurou-se levantar o papel que a argumentação legislativa pode desempenhar a partir de uma concepção de direito enquanto transformador social.

6. Referências Bibliográficas

evolutiva”, “a Constituição constitui, e ao mesmo tempo, torna invisível o acoplamento estrutural de direito e política.” (DANTAS, 2016, p. 184)

ATIENZA, Manuel. *Contribuição a uma teoria de la legislación*. 1ª ed. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1997.

_____. Argumentación y Legislación in *La política legislativa penal em occidente – una perspectiva comparada.. Editores RIPOLLÉS, J.L.D.; DEL PINO, A.M.P.; e NAVARRO, S.S. Valência: Tirant lo blanch, 2005.*

_____. *Filosofia del Derecho y Transformación Social*. Madrid: Ed. Trotta, 2017.

BLYTH, Mark. *Austeridade: A história de uma ideia perigosa*. Tradução Freitas e Silva. 1ª edição. Lisboa: Editora Quetzal, 2013.

BROWN, Wendy. *El Pueblo sin atributos. La secreta revolución del Neoliberalismo*. Trad. Victor Altamirano. Barcelona, México, Buenos Aires, Nueva York: Malpaso, 2015.

DANTAS, Fernanda Lage Alves. *O paradoxo do direito à privacidade e sua operacionalização*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

GAROUPA, Nuno. GINSBURG, Tom. *Judicial Reputation: a comparative theory*. Chicago. University of Chicago Press; Ed 1. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

INESC, 2017. ‘*Direitos Humanos em tempos de Austeridade*.’. Disponível em <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2017/dezembro/estudo-direitos-humanos-em-tempos-de-austeridade>> . Acesso em 10.03.18

INESC, 2017b. ‘*Orçamento 2017 prova: teto dos gastos achata despesas sociais e beneficia sistema financeiro*.’. Disponível em <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2017/marco/orcamento-2017-prova-teto-dos-gastos-achata-despesas-sociais-e-beneficia-sistema-financeiro>> . Acesso em 10.03.18

LUHMANN, Niklas. *O direito da Sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2016.

OXFAM BRASIL. *A distância que nos une*. São Paulo. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/Relatorio_A_distancia_que_nos_une.pdf> Acesso em 10.03.2018

Rasella D, Basu S, Hone T, Paes-Sousa R, Ocke'-Reis CO, Millett C (2018) *Child morbidity and mortality associated with alternative policy responses to the economic crisis in Brazil: A nationwide microsimulation study*. PLoS Med 15 (5): e1002570. <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1002570>

Disponível em <<http://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1002570>>

STUCKLER, David e BASU, Sanjay. *A economia desumana: porque mata a austeridade*. Lisboa: Bizâncio, 2014.