

É tão conveniente (e antidemocrático) decidir e depois justificar



Os modelos de tomada de decisão dominantes no Direito ainda operam com

a lógica da subsunção, isto é, da premissa maior, deduzida da lei, e a premissa menor, decorrente dos fatos apurados, os quais, pela razão, poderiam implicar uma conclusão lógica. Manuel Atienza^[1], no plano da argumentação, descreve e depois critica a distinção entre contexto da descoberta e da justificação — também acolhido, dentre outros, por Habermas —, tida como arbitrária e legitimadora do resultado da decisão e não de seu percurso. Mas sublinha a importância dos auditórios em que o discurso é articulado (quem decide).

De qualquer forma, este modelo que cinde a decisão e a fundamentação abre espaço para o que John Kay denomina de “Gambito de Franklin” em homenagem ao famoso Benjamin Franklin, segundo o qual “é tão conveniente ser uma criatura racional, uma vez que permite que encontremos ou elaboremos um motivo para tudo que queremos fazer”^[2].

A postura que trata a teoria como realidade e a realidade como um erro, não da teoria, mas dela própria, persegue o jurista que se encontra no paraíso dos conceitos. Ligando um conceito noutra, a despeito da facticidade, muitos juristas dão de ombros para os fatos, atrelados ao mundo dos paraísos dos conceitos que o Círculo de Viena inspirou.

A complexidade do mundo e da (im)possível reconstrução nos limites de um processo judicial são tomadas por referenciais desprovidos de facticidade. As previsões deontológicas, pelas quais se pode proibir, autorizar ou obrigar condutas, embora sirvam como balizas, jamais antecipam o futuro. Seria maravilhoso que assim pudéssemos prever. Mas, justamente porque o mundo é mais complexo do que os enunciados legislativos, a atividade é imaginária. O problema é de fato acreditar ou fingir — mais cínico — que é possível responder exclusivamente com base nas normas.

Essa postura não é adotada de maneira dolosa pela maioria dos juristas. Faz parte do seu modo de ser. Afinal, fomos ensinados assim. E quando alguém começa a colocar em xeque o modo com que pensamos, muitas vezes, ou entramos em desespero ou nos fechamos naquilo em que acreditamos. Esse

dito pretende dialogar justamente sobre a maneira como somos ensinados a encontrar uma razão jurídica para tudo que quisermos, principalmente no universo *panprinciplista* atual (tão bem criticado por Lenio Streck, no Brasil), em que um princípio (sem o ser, na maioria das vezes) acaba destruindo uma possível expectativa de comportamento do intérprete.

Para compreender a teoria da tomada de decisão comportamental, como sugiro no livro *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, no prelo (2017), o trajeto é um pouco diferenciado porque não me interessa o que os juristas dizem que fazem, mas, sim, a volatilidade com que produzem decisões, propondo um conceito mais ampliado de racionalidade, no qual a aparente irracionalidade (emoções, raiva, rancor, amor, ciúmes etc.) possa ser compreendida, vez que indissociável, e passe a compor o quadro da decisão. Dito diretamente: a noção tradicional de pleno domínio da razão não consegue dar conta da complexidade. Será preciso acolher, ainda, o processo como procedimento em contraditório e a importância da devida motivação, porque decidir e depois fundamentar é algo que inverte (dribla) a lógica democrática. Em nossa vida pessoal, podemos fazer isso; no espaço público, é antidemocrático, justamente porque é do encadeamento de premissas que a conclusão pode ser legitimada democraticamente (NCP, artigo 489).

[1] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 174: [É possível que] “pessoas honestas e razoáveis possam divergir: o que nos faz aderir a determinados princípios e não a outros é tanto a nossa racionalidade quanto a nossa afetividade”.

[2] KAY, John. *A Beleza da Ação Indireta*. Trad. Adriana Ceschin Rieche. Rio de Janeiro: Beste Seller, 2011, p. 11.

Date Created

27/01/2017