

DIREITO E COOPERAÇÃO NOS JOGOS INSTITUCIONAIS

LAW AND COOPERATION IN INSTITUTIONAL GAMES

Nuria López¹

Sumário

Introdução; 1. Um modelo de estrutura institucional a partir de Lijphart; 2. Instabilidade na estrutura institucional: o jogo para determinar as regras do jogo; 3. Movimentação no jogo e o Direito como *Medium* de comunicação interinstitucional; 4. O papel de uma teoria da decisão na rede de jogos interinstitucionais; 5. Racionalidade e estratégias institucionais; 6. Possibilidades de cooperação interinstitucional; 7. Fatores relevantes no jogo; 8. Encontrando os limites da efetividade do significado; Conclusões; Referências.

Summary

Introduction; 1. A model of institutional structure from Lijphart; 2. Instability in the institutional structure: the game to determine the game rules; 3. Moving in the game and Law as *Medium* of **interinstitutional** communication; 4. The role of a decision theory in the interinstitutional games network; 5. Rationality and institutional strategy; 6. Possibilities of interinstitutional cooperation; 7. Relevant factors in the game; 8. Finding the limits of meaning effectiveness; Conclusions; References.

Resumo

Este artigo constrói um modelo de estrutura institucional brasileira com base no trabalho de Arend Lijphart (rede de atuação interinstitucional), para analisar sua dinâmica segundo ações performativas e estratégias utilizando o Direito como *Medium* de comunicação interinstitucional

¹ Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC-SP

(Habermas). Estuda o papel de uma teoria da decisão nessa rede institucional. Adota a teoria dos jogos para estudar a racionalidade e as estratégias institucionais, as possibilidades de cooperação interinstitucional e os níveis de efetividade dos significados pragmáticos atribuídos à normas constitucionais.

Palavras-chave: Sistemas; Jogos; Instituições.

Abstract

This article builds a model of the Brazilian institutional structure based on Arend Lijphart's work (interinstitutional acting network), for analyze its dynamics according to the performatives and strategic actions using Law as *Medium* of interinstitutional communication (Habermas). This article studies the role of a decision theory in this institutional network and also adopts game theory to study the rationality and institutional strategies, the possibilities of interinstitutional cooperation and the levels of effectiveness of the pragmatic meanings assigned to constitutional norms.

Keywords: Systems; Games; Institutions.

Introdução

Para o estudo dos diálogos institucionais brasileiros, este artigo propõe uma análise cuja metodologia é alternativa e busca solucionar questões que têm sido deixadas em aberto nesse tema. Algumas delas encontram-se em análises meramente discursivas, que ocultam estratégias reais das instituições mediante discursos com vícios nas ofertas comunicativas (discursos insinceros, por exemplo). Outras tomam como desejáveis a participação de diversas instituições para uma decisão mais legítima, o que pode não acontecer se apenas uma organização é competente para tomar a decisão e a impor aos demais. Nesse caso, é provável (ainda que nem sempre desejável) que ela considere a posição dos demais instituições a respeito, e, ainda que o faça, será do lugar privilegiado de quem tem a última palavra.

É importante considerar a dinâmica interinstitucional para saber em que momentos elas poderão cooperar, pois são diferentes e têm objetivos diferentes, de forma que impor a uniformidade na tomada de decisão poderia fazer com que as instituições não cumprissem seus próprios objetivos funcionais. O conflito é necessário e positivo. A cooperação não ocorrerá sempre – e em seu estudo, é importante conseguir detectar que momentos emergirão como possibilidades

reais de cooperação entre as instituições como forma de fazer com que todas as instituições envolvidas obtenham um resultado ótimo por meio de suas decisões. É dizer em que momentos a cooperação não desnaturará os objetivos institucionais; ao contrário, auxiliará sua obtenção.

Para tanto, é necessário analisar a (macro) estrutura institucional brasileira, de forma a conhecer as relações interinstitucionais, os *vetores de força* que ligam as instituições entre si (FOUCAULT, 2009) e de que forma o Direito interfere nessa rede interinstitucional. A opção metodológica deste trabalho foi pelas instituições (e suas características) em Arend Lijphart (1999). Apesar de o Brasil não ter sido seu objeto de estudo, parece oportuno traçar, aqui, o desenho institucional brasileiro sob esse critério.

Com isso, ter-se-á estabelecido a rede intersintitucional na qual as instituições atuam, relacionando-se umas com as outras. Será importante, também, estabelecer de que forma o Direito interfere nessa rede como um todo e na atuação de cada uma das instituições em particular; e esse último ponto residirá sob base teórica habermasiana (HABERMAS, 2001). Tratar-se-á, ademais, sobre o papel de uma teoria da decisão nesse contexto, apontando algumas teorias (que, passadas algumas décadas, já não são tão novas) e cujos efeitos têm sido alvo de críticas e reclames por parâmetros decisórios mais consistentes.

Tendo assentado a estrutura da rede interinstitucional, o modo de movimentação das instituições e os limites (ou a falta deles) para a atuação institucional, estão postos os requisitos para a análise dos diálogos interinstitucionais sob a ótica da teoria dos jogos, de forma a se tratar de racionalidade e estratégias institucionais; possibilidades de cooperação interinstitucional e efetividade constitucional das estratégias que decidem por determinado significado pragmático à normas constitucionais.

Assim, este artigo tem como objetivo: (i) traçar a estrutura e a dinâmica dos diálogos institucionais brasileiros partindo de sua compreensão; (ii) investigar quais as possibilidades reais de comunicação entre as instituições, para, dentre essas possibilidades, saber (iii) onde estão as chances de cooperação na negociação de um determinado significado pragmático – a norma jurídica (constitucional); e (iv) quais as chances de efetividade desse significado pragmático.

1 Um modelo de estrutura institucional a partir de Lijphart

Essa análise toma *instituição* pelo significado amplo que lhe concedeu Arend Lijphart em *Patterns of democracy* (1999) ao incluir como instituição em seu trabalho os principais vetores de força na dinâmica institucional democrática.

Assim, o rol de instituições objeto de análise por Lijphart cresceu ao longo dos anos, a fim de abranger as relações que as instituições estabelecem umas com as outras e em que medida essas relações podem aproximar um governo do que ele classifica como *democracia consensual*.

É possível traçar uma análise da dinâmica institucional brasileira sob os dez critérios da *democracia consensual* de Lijphart. Temos um sistema multipartidário (presente no artigo 17, CF); representação proporcional (artigo 45, CF); governo federal e descentralizado (artigos 1º; 18; 21; 22; 23; 24 e 30, CF); bicameralismo forte (artigos 44 e 52, CF); e rigidez constitucional (artigo 60, CF) – todas características de democracias consensuais e desenhadas pela *Constituição* de 1988. Por outro lado, não cumprimos com um de seus requisitos, a independência do Banco Central, que a *Constituição* vincula ao Executivo (artigos 52, III, “d”; 84, XIV; e 164, CF). Poderíamos, então, a princípio, dizer que a democracia brasileira é consensual. No entanto, a resposta torna-se mais difícil que essa, pois a *Constituição Federal* silencia sobre as quatro características restantes. Uma delas é a partilha do Executivo com gabinetes de ampla coalizão. Para Lijphart, o “[...] princípio do consenso é permitir que todos ou a maioria dos partidos mais importantes partilhem do poder executivo em uma ampla coalizão (*Ibid idem*, p. 54). No Brasil, a escolha de gabinete, cuja composição se encontra nos artigos 87 a 91, da *Constituição Federal* (Ministérios, Conselhos da República e da Defesa Nacional) é livre e de competência do Chefe do Executivo (artigo 84, I, CF), em oposição às constituições belga e suíça, apontadas por Lijphart, que trazem critérios de proporcionalidade na composição do gabinete; a saber, respectivamente, critérios linguístico e partidário (*Ibid idem*, p. 34). Outra característica é o equilíbrio (de poder) entre Executivo e Legislativo, que, em parte, pode ser lido nas competências de cada um, mas que se desequilibra em seu exercício, ao exemplo rasteiro da utilização de Medidas Provisórias no Brasil. Ademais, há o corporativismo dos grupos de interesse, também não regulamentado constitucional ou mesmo infraconstitucionalmente. Podemos pensar na ausência de regulamentação de *lobbys*, por exemplo, que faz com que interesses coletivos precisem se reunir da forma que puderem para pressionar representantes legislativos ou executivos como puderem. Por último, deve haver possibilidade de revisão judicial. Esse ponto merece relevo, pois a inafastabilidade do Poder Judiciário, do artigo 5º, XXXV, CF, garante, sem dúvida, a revisão judicial de toda e qualquer lesão e ameaça a direito; mas, os limites dessa revisão, que são definitivos para a caracterização do desenho institucional, não estão traçados constitucionalmente, são fruto da doutrina, ainda dispersa, e da jurisprudência, mais ou menos invasiva, conforme se observa na questão do ativismo judicial.

2 Instabilidade na estrutura institucional: o jogo para determinar as regras do jogo

O Direito é o lugar onde se estabelecem as regras do jogo (PUGLIESI, 2009, p. 173) e sempre que o Direito não o faz, o jogo é livre. Por isso, é difícil definir o Brasil como uma democracia consensual. A composição do Executivo, sem critérios de proporcionalidade; as relações entre Executivo e Legislativo, afastadas de seus propósitos constitucionais; a falta de regulamentação para atuação dos grupos de interesse; e as margens largas e incertas que se tem dado à possibilidade de revisão judicial tornam o jogo institucional especialmente complexo. Sem a definição de limites jurídicos precisos, a interação entre as instituições pode ser descrita como um jogo sem regras certas, o que submete as instituições brasileiras a dois tipos de jogo simultâneos: o jogo para a obtenção de seus objetivos institucionais e o jogo que determina as próprias regras do jogo.

Como o Direito não limita essas relações institucionais, os vetores de força de cada instituição atuarão em cada caso concreto para tentar fazer prevalecer a regra do jogo que lhe seja mais favorável. Nos dizeres de Bourdieu, “a significação prática da lei não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes [...]” (2005, p. 217). E tal análise “deveria também considerar a relação entre as variações, segundo o lugar e o momento, da força relativa das tomadas de posição a favor de uma ou outra das orientações do trabalho jurídico e as variações da força relativa dos dois campos nas relações de força que constituem a estrutura do campo” (*Ibid idem*, p. 218). Ou seja, sem uma limitação jurídica ao jogo, restará apenas o confronto entre vetores de força institucional, no qual a instituição mais forte determinará as regras do jogo com as demais instituições.

Dessa forma, considerando os dez critérios que caracterizam uma democracia como consensual, o Brasil corresponde a cinco deles positivamente; a um negativamente; e, nos quatro restantes, não há delimitação jurídica para que seja dada qualquer resposta. O que se pode dizer quanto a esses últimos critérios é que a dinâmica institucional se dá livremente, em jogos em que as instituições mais fortes ditam as regras.

3 Movimentação no jogo e o Direito como *Medium* de comunicação interinstitucional

Pode-se, então, conceber as relações institucionais como redes de interação interinstitucionais. As instituições se movimentam ao longo do

tempo por meio de atitudes performativas e estratégicas perante as demais instituições. Refere-se aqui (quanto às ações performativas e estratégicas) à base teórica habermasiana (HABERMAS, 2001), que evidencia o Direito enquanto *Medium* de comunicação, absorvente de outras racionalidades, como a política ou a econômica. Isso significa, no caso das instituições, que as racionalidades de interesses de todos os tipos, a exemplo da política ou econômica, são absorvidas pela racionalidade do Direito (e, por isso, ele serve de *Medium* de comunicação entre os subsistemas sociais) e expressos pelo significado pragmático que elas conferem a cada norma jurídica em sua atuação cotidiana. O modelo habermasiano tem a vantagem da abertura à absorção de diversas racionalidades, que, apesar de não serem, *a priori*, jurídicas, influem na tomada de decisão das instituições. Afinal, apesar da movimentação institucional ocorrer dentro dos significados pragmáticos conferidos às normas jurídicas, ela é alentada por racionalidades extrajurídicas. Assim, esse modelo habilita o estudo da tomada de decisão quanto à interpretação da norma jurídica dentro de uma estrutura que é maior que o sistema jurídico, mas cuja racionalidade este absorve, tornando suficiente, assim, o estudo da *negociação de um significado pragmático específico* para as normas jurídicas.

4 O papel de uma teoria da decisão na rede de jogos interinstitucionais

Dessa forma, tem-se que cada uma das instituições brasileiras deve, em sua atuação (conjunto de movimentações no tempo) decidir quanto ao significado pragmático de normas jurídicas. Contudo, antes de trabalhar uma *teoria da decisão*, deve-se ter em mente que as instituições têm papéis diferentes, objetivos institucionais diferentes e relações diferentes umas com as outras; e, por isso, uma teoria da decisão que trace parâmetros para a determinação do significado pragmático de uma norma jurídica não deve ser tão estreita a ponto de esperar que todas as instituições decidam da mesma forma, vedando-lhes, assim, o espaço da negociação do significado pragmático entre eles. Isso porque, em primeiro lugar, não é razoável acreditar que todas as instituições devam compreender as normas jurídicas da mesma forma. Em segundo lugar, porque ainda que isso fosse possível, a interpretação uniforme da norma jurídica anularia o espaço para negociação de outros significados pragmáticos possíveis e mais favoráveis a tal e qual objetivo institucional. Mesmo que uma instituição tenha baixo poder de barganha na negociação e ao final deva submeter-se ao significado pragmático imposto por outra instituição, é importante que haja espaço para a exposição,

para a possibilidade jurídica de coexistência desses significados – é dizer que existe mais de uma resposta, ainda que uma seja a aplicada pela instituição a quem cabia decidir. Essa negociação é importante para o desenvolvimento do próprio significado pragmático de cada norma jurídica. Ademais, estabelecer parâmetros tão rígidos que admitiriam apenas uma resposta correta para a interpretação da norma jurídica anularia o espaço que as instituições têm para perseguir seus objetivos. A resposta certa desequilibra o jogo institucional já na imposição das regras do jogo, ela não permite sequer que as demais instituições joguem. O plexo de respostas possíveis aumenta o diálogo; a oferta de significados possíveis cria novas opções de movimentações institucionais.

Por outro lado – e tendo em mente, ainda, a rede institucional de Lijphart, transposta para a Constituição brasileira – deve haver alguma teoria da decisão a estabelecer as regras para o jogo (a negociação) do significado pragmático das normas jurídicas. Sem ela, o desequilíbrio institucional é tamanho que não habilita a análise do consensualismo na democracia brasileira. Quando não existem “as regras do jogo” (e aqui volta-se a essa questão), as instituições precisam jogar duplamente – para firmar regras que lhes sejam mais favoráveis e para a obtenção de seus objetivos institucionais. Neste primeiro jogo, se não existem parâmetros claros de decisão, se é possível que valha *qualquer coisa*, prevalecerão as regras da instituição que tiver maior poder de barganha. Sem uma teoria da decisão, restam apenas os vetores de *força*. A rede de jogos interinstitucionais permite a visualização desses vetores com mais clareza.

Os últimos vinte anos têm sido de irrestrita e conjunta aplicação de teses absolutamente inconciliáveis acerca da interpretação jurídica (SILVA, 2007, p. 139), da utilização dos princípios como meros *topos* retóricos, que hoje servem a referenciais de valores simbólicos zero (NEVES, 2012) como a *vontade da norma* ou da *Constituição* (HESSE, 1991); referencial, aliás, que não faz jus ao título de *novo*, pois remete a antigas expressões que ganharam relevância no processo de unificação da Alemanha, como a *Razão dos Povos*, de Windscheid (1878), a *Vontade da Nação*, de Puchta (1854), ou, ainda, o *Espírito do Povo*, de Savigny (1814). Consistem em referenciais de valor simbólico zero precisamente por se prestarem a toda sorte de situações: desde a unificação da Alemanha, passando pelo regime nacional-socialista nesse país (*Ibid idem*), até as recentes Democracias Constitucionais. É dizer que os mesmos referenciais servem a valores absolutamente incompatíveis como podem sê-los os dos regimes mencionados. Esta é a questão: a validade da construção de um significado pragmático da norma jurídica deve ser atribuída por alguns parâmetros, isto é, referenciais que podem

ser autorreferências (internas ao subsistema do Direito) e heterorreferências (externas ao subsistema do Direito) (NEVES, 2008, p. 208).

A utilização de *qualquer* parâmetro ou de nenhum parâmetro para a validação de significados pragmáticos das normas jurídicas desestrutura institucionalmente o arquétipo constitucional. Sem parâmetros, as instituições estão livres para construir o significado que puderem pensar em construir para a norma jurídica; se tiverem força para impô-lo, o farão; se não tiverem, caso tenham que negociar ou encontrarem oposição, a questão cairá, irremediavelmente, no Judiciário, e se *judicializará*. O fenômeno da *judicialização* de questões afetas (e privadas) de outras instituições é decorrência direta do desequilíbrio institucional causado pela falta de parâmetros de interpretação das normas jurídicas. As questões são absorvidas pela racionalidade jurídica (HABERMAS, 2001) e a última palavra caberá ao Judiciário. Agrava-se a situação pois, ao chegar no Judiciário, também não se encontram parâmetros para decidir. Nota-se, portanto, a desestruturação institucional que podem causar as milhares de lides em trâmite no país inteiro dentro desse cenário. É por essa razão que essa forma de “constitucionalismo” é, em verdade, um “não constitucionalismo”.

Cabe ressaltar ainda que a necessidade de justificação da construção do significado pragmático de uma norma jurídica, dever das instituições nos Estados Democráticos, sozinha, também não parece suficiente, haja vista que a justificação é, também, uma *oferta comunicativa* sujeita a todos os vícios de que uma oferta comunicativa qualquer possa sofrer. Sem que se afaste o dever de motivação dos atos institucionais, de justificação do significado pragmático construído em determinada situação, faz-se necessária a *análise conjunta* da dinâmica institucional, quer dizer, da movimentação da instituição na rede de jogos institucionais. Tal análise estaria apta, por exemplo, a fornecer previsões estatísticas quanto à *sinceridade* da oferta comunicativa feita por determinada instituição com base em sua *série histórica* (PUGLIESI, 2009) de ofertas comunicativas e ações referentes a elas. Assim, além da garantia ao indivíduo, fundamento último da necessidade de justificação, preserva-se, também, a estabilidade institucional no tempo em razão das ações interinstitucionais.

5 Racionalidade e estratégias institucionais

A movimentação (performativa ou estratégica) das instituições pode ser compreendida como conjuntos de escolhas racionais delas na totalidade de seus jogos (como uma rede de conexões interinstitucionais). O pressuposto de racionalidade consiste em assumir, para fins de estudo que “[...] a atividade

humana é orientada pelo objetivo e é instrumental e que os atores individuais e institucionais tentam promover ao máximo a realização de seus objetivos” (TSEBELIS, 1998, p. 21).

Evidentemente, o pressuposto de racionalidade não é absoluto. Ao tratar de atividade humana, há muitas variáveis envolvidas, porquanto “o sujeito age a partir das regras do jogo e de seu conhecimento das circunstâncias, corrige sua ação e busca conferir os efeitos da atuação sobre o sistema [...] e o meio, a totalidade das aspecções possíveis a ele, e então, por assim dizer, retroage, isto é, realimenta seu próprio cabedal de informações e refaz, quando possível, a decisão preliminarmente assumida, recompondo sua teoria” (PUGLIESI, 2009, p. 185-186). A diferença entre a compreensão do sujeito que atua e a compreensão do observador pode fazer a decisão do sujeito parecer irracional perante aquele que observa. Isto é, uma ação pode parecer irracional ao observador porque ele não compreende a situação como o sujeito que age. Em relação a essa diferença entre os *horizontes* do sujeito e do observador, cabe afirmar que essas distorções têm sido minimizadas por áreas de pesquisa como a Economia Comportamental (CAMERER & LOEWENSTEIN) ou a Filosofia Experimental (KNOBE & NICHOLS, 2008), cujos resultados podem ser aplicados na análise de casos específicos, mas não cabem em análises genéricas, precisamente em razão do detalhamento dos padrões de comportamento.

Além dessa diferença, Tsebelis também trabalha com a hipótese do desconhecimento do observador a respeito de todos os jogos em que o sujeito está inserido. Considerando toda a rede de jogos do indivíduo, ele pode agir de forma que pareça irracional em um jogo em razão de uma estratégia melhor na totalidade de jogos ou em um jogo que lhe pareça mais importante. Tsebelis os denomina de jogos ocultos (ao observador) (*Ibid*, 1998, p. 22-23).

Em suma, o pressuposto da racionalidade não é absoluto, comporta algum grau de distorções por tratar de ações humanas e não se alcançar todas as variáveis que a compõem, em todos os sujeitos envolvidos, a todo tempo. Não obstante, trabalhar com a *racionalidade* permite o estudo dos fenômenos sociais com alguma precisão e confere a possibilidade de compreendê-los melhor.

Dessa forma, pode-se assumir, também, que as instituições fazem escolhas racionais nos seus jogos, o que significa que agem segundo uma estratégia para a obtenção do melhor resultado possível. Um jogo “é a situação na qual os jogadores (participantes) tomam decisões estratégicas que levam em consideração as atitudes e respostas uns dos outros” (PINDYCK & RUBINFELD, 2007, p. 408). Toda estratégia é voltada para a obtenção do melhor resultado possível

dentro do jogo, de forma que a estratégia que garante esse resultado é chamada *estratégia ótima* (*Ibid idem*).

Como se demonstrou a partir da (macro) estrutura institucional brasileira, segundo os critérios de Lijphart, as relações institucionais podem ser visualizadas em vetores, de forma a construir uma rede de relações interinstitucionais. Essas relações, enquanto relações sociais, são construídas mediante comunicação (performativa ou estratégica), que leva em consideração as atitudes e respostas das outras instituições e os próprios objetivos institucionais. Quando estudadas de forma abstrata e matemática, é convencional chamar essas situações de *jogos* (NASH, 1953, p. 128).

A análise de jogos é a análise da movimentação institucional dentro da rede (da estrutura) em determinado lapso temporal; e é útil por diversas razões. Dentre elas, a possibilidade de verificação da estabilidade constitucional brasileira, da análise conjugada de justificações e ações institucionais a fim de sanar distorções trazidas por possíveis vícios das ofertas comunicativas, e também por permitir a visualização de possibilidades de cooperação interinstitucional.

6 Possibilidades de cooperação interinstitucional

Pode-se pensar em algumas situações em que instituições precisem negociar o significado pragmático de determinada norma jurídica, e em outras situações em que instituições tenham competência constitucional suficiente para decidir sozinhas e impor às demais o significado pragmático que lhe convier a determinada norma jurídica. Mesmo na segunda situação, pode ser vantajoso para a instituição que tomará a decisão negociar com outras em razão de sua situação na rede de jogos institucionais. Ambos os cenários são de *jogos cooperativos*. São “situações envolvendo dois (o artigo citado trata de jogos cooperativos de duas pessoas) indivíduos cujos interesses não são completamente opostos nem completamente coincidentes. A palavra cooperativo é usada porque os dois indivíduos devem ser capazes de discutir e concordar em um plano conjunto de ação, um acordo que deve ser considerado obrigatório” (*Ibid idem*).

As ações performativas e estratégicas das instituições no decorrer do jogo são o principal objeto desta análise. Cada instituição detém informações sobre si mesma e sobre as demais instituições – é com base nessas informações que ela compreenderá a si mesma e aos outros na rede de jogos interinstitucionais. Ademais, cada instituição tem objetivos e competências próprias. Cada uma traçará, em determinada situação, quais são as suas possibilidades de atuação e projetarão para cada ação uma resposta das demais instituições; é dizer o resultado

esperado correspondente a cada ação. A atuação de cada instituição em cada momento pode ser considerada uma resposta ótima ao que ela consegue apreender (informações que obtém) sobre as condições de seu meio e os comportamentos das outras instituições (TSEBELIS, 1998, p. 56).

No caso da negociação de determinado significado pragmático de uma norma jurídica, existirão possibilidades que levarão ao melhor significado para os objetivos da instituição A (estratégias ótimas para A); e existirão possibilidades que levarão ao melhor significado para os objetivos da instituição B (estratégias ótimas para B); e assim por diante.

Poderão existir alguns pontos que coincidam estratégias ótimas para A, B – são chamados pontos de equilíbrio (equilíbrio de Nash), em que “os jogadores utilizam estratégias mutuamente ótimas em equilíbrio: realizam uma combinação estratégica da qual ninguém tem incentivo para desviar-se” (*Ibid idem*, p. 41-42).

E mesmo que por alguma razão do caso específico não se possa chegar a um dos pontos de equilíbrio, ainda assim restarão algumas possibilidades que podem não ser ótimas nem para A nem para B nesse jogo, especificamente, mas que podem ser estratégias sub-ótimas, isto é, não levam ao *melhor* resultado individual, mas levam a *bons* resultados para todas as instituições consideradas. Em um jogo cooperativo “o efeito da escolha da ameaça (utilização de tal ou qual estratégia) é determinar o resultado dos jogadores que não cooperarem” (NASH, 1953, p. 131), de forma que a cooperação ofereça resultados melhores se comparados com os resultados da não cooperação.

Um resultado subótimo nesse cenário pode ser um resultado ótimo na totalidade de jogos (ou em um âmbito mais amplo de jogos) por alguns motivos, entre eles o afastamento do conflito, da disputa judicial pela determinação do significado pragmático de uma norma jurídica, ou seja, evita-se a judicialização da questão.

7 Fatores relevantes no jogo

Como é possível constatar, na dinâmica institucional deve-se atentar a alguns fatores específicos quando da análise de casos concretos, pois eles terão influência determinante no resultado do jogo. Um deles é a situação conferida pelo Direito a cada instituição. A situação de cada uma no jogo dependerá da amplitude das competências institucionais e do *vetor de força* que ela detém. No que uma instituição pode influir e o quanto ela pode influir serão fatores determinantes no poder de barganha que ela terá com as outras instituições e isso influirá nas possibilidades de estratégia que elas (e as demais) terão. Dessa

forma, instituições com competências mais amplas e/ou vetores de força mais intensos têm maiores chances de obter resultados cooperativos.

Outro fator a se considerar é o tempo. É importante considerar a estrutura institucional como uma estrutura dinâmica, que é x em um determinado momento y . Isto é, a posição de uma instituição e as estratégias de que ela dispõe estão sempre em função do tempo. Além disso, no caso de instituições, pressupõe-se que elas permanecerão no quadro constitucional por longo período de tempo, que foram criadas para a vida perene. Esse prolongamento de suas relações no tempo também é algo relevante na análise de sua dinâmica. Já foram referidas, aqui, as séries históricas (PUGLIESI, 2009); de forma simples, elas são o “histórico” de ações de uma instituição. Permitem avaliar os padrões de comportamento de uma instituição ao longo do tempo, o que pode ser útil, como também mencionado, à análise conjunta de ofertas comunicativas e ações das instituições, pois está apta a encontrar disparidades entre os discursos e as ações. Esse tipo de informação pode enfraquecer uma ameaça (no sentido dado por Nash acima, de ameaça de utilização de determinada possibilidade, estratégia), por exemplo, fazendo com que outras instituições creditem ou não determinadas ofertas de possibilidade nos jogos a partir de experiências passadas (registradas na série histórica). Isso ocorre porque as instituições *aprendem* com estratégias passadas. O aprendizado é outro fator a se considerar. Assim, elas são capazes de avaliar os resultados obtidos com determinadas estratégias e aprender com experiências passadas, projetando possíveis resultados no futuro. Cada instituição apreenderá o que puder de suas experiências e da experiência das demais, acumulando informações sobre o jogo.

Informação é um aspecto primordial em qualquer jogo. Quando os jogadores têm as mesmas informações sobre o jogo, diz-se que há simetria de informações, mas esse cenário não é o mais realista em um jogo institucional. Em geral, instituições terão níveis e qualidades distintas de informações sobre o jogo. Haverá, então, assimetria de informações. Obter mais informações sobre o jogo ou fazer com que as demais instituições possuam menos informações pode ser definitivo para o estabelecimento de uma estratégia ótima.

Entretanto, para o estabelecimento de estratégias mutuamente ótimas é importante que haja o compartilhamento de informações, pois longe de uma visão de vitória individual de uma das instituições, a busca de possibilidades de vitórias cooperativas é facilitada pelo aumento de informações (quantitativas e qualitativas) sobre o jogo. O cruzamento de informações de várias instituições pode tornar visíveis possibilidades novas de jogo, de soluções mutuamente ótimas.

8 Encontrando os limites da efetividade do significado

Além disso, o compartilhamento de informações pode minimizar o problema imposto por outra questão, a facticidade do significado pragmático atribuído a uma norma jurídica. A atribuição de um significado pragmático específico a uma determinada norma jurídica encontra sempre a tensão com a facticidade. Nesse sentido, os trabalhos de Habermas têm gerado desdobramentos interessantes no campo da análise de validade das normas jurídicas (mormente as constitucionais) em teorias do discurso ou da argumentação. O que essa investigação propõe, no entanto, é uma análise alternativa.

A tensão existente entre validade e facticidade pode ser considerada uma prestação de contas da absorção de racionalidades de outros subsistemas na negociação do significado pragmático da norma jurídica. Isto é, os sujeitos que negociam o significado da norma jurídica não têm informações suficientes dos demais subsistemas para uma tomada de decisão (que, no entanto, faz-se necessária). Dessa assimetria entre as informações consideradas para a tomada de decisão e a realidade do jogo (na qual a norma é aplicada) resulta a tensão entre a validade e a facticidade do significado pragmático decidido. A base teórica desse “caminho alternativo” encontra-se em um dos estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica, de Luis Fernando Schuartz, intitulado “Entre Teoria e Esperança: os ‘Potenciais de Racionalidade’ do Direito Moderno na Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas” (2005, p. 229-311), no qual ele conclui que “nós simplesmente não sabemos se os ‘potenciais de racionalidade’, diferenciados culturalmente e descortinados ao nível da reflexão teórica sobre as estruturas da interação comunicativa, podem ser efetivamente aproveitados e ‘esgotados’ no nível da reprodução das sociedades modernas” (*Ibid idem*).

O referido estudo dedica-se a explicar a (in)efetividade dos direitos sociais com base na assimetria de informação dos que determinam a aplicação de algum significado pragmático desses direitos. Em termos institucionais, pode-se pensar a partir dessa nova abordagem em possibilidades de alocação de recursos para a satisfação de garantias constitucionais; na implementação de políticas públicas ou em qualquer outro instrumento de efetivação dessa classe de direitos e garantias. É dizer que a efetividade talvez dependa menos da enunciação do direito (embora ela seja importante), e mais da qualidade da estratégia traçada para atender objetivos específicos – e essa qualidade dependerá das informações disponíveis.

Logo, o compartilhamento de informações entre as instituições serve, também, para o estabelecimento de estratégias aptas a reduzir a tensão entre

o significado pragmático atribuído a uma norma jurídica e sua facticidade, e, conseqüentemente, aumentar sua efetividade.

Portanto, pode-se concluir que há, no mínimo, uma dupla utilidade do compartilhamento de informações interinstitucionais: a possibilidade de visualização de estratégias cooperativas mutuamente ótimas e o aumento da efetividade da norma jurídica à qual se atribui determinado significado pragmático. Ambas as utilidades podem estar combinadas em um jogo institucional.

Considerações finais

A partir da análise da (macro) estrutura institucional brasileira, segundo os critérios propostos por Arend Lijphart (TSEBELIS, 1998, p. 306) para caracterizar democracias consensuais, pode-se observar que dentre os dez critérios ali propostos, o Brasil corresponde a cinco deles afirmativamente; a um negativamente; e aos quatro restantes com uma interrogação, haja vista a falta de delimitação jurídica dessa atuação institucional. É dizer que boa parte da estrutura institucional brasileira tem dinâmica livre. É um jogo, a princípio, sem regras, em que as regras do jogo são, também, disputadas pelas instituições e do qual sai vencedora a instituição com maior poder de barganha, a com vetores de força mais intensos para fazer prevalecer as regras que melhor convêm a seus objetivos. É um jogo em que o mais forte dá as cartas.

Abriu-se, também, um largo parêntese para a compreensão de que as instituições movimentam-se nesse jogo por meio de uma sequência de ações performativas e estratégicas (HABERMAS, 2001) em que aderem, expressa ou tacitamente, a significados pragmáticos conferidos à normas jurídicas. Ao atuarem, optam por determinados significados – e nessa afirmação reside o papel de uma teoria da decisão na rede de jogos interinstitucionais. Uma teoria da decisão deve considerar a singularidade das instituições e de seus objetivos, e por isso não pode ser tão estreita a ponto de apontar um significado pragmático “correto”, anulando as possibilidades de interpretação ofertadas por outras instituições, úteis a outros objetivos institucionais. Ao mesmo tempo, não pode permitir *qualquer coisa*. Critério de validade que valida todas as hipóteses não se presta a critério. Sempre que a Hermenêutica ou a Teoria Constitucional retiram a validade de uma interpretação de um valor símbolo zero, um *topos* retórico, esvazia-se o arquétipo constitucional, fazendo retornar ao “jogo das instituições mais fortes”. O exemplo basilar da judicialização de toda sorte de questões institucionais é suficiente para a demonstração desse fenômeno. Por

isso, a afirmação de se tratar, na realidade, de um esvaziamento constitucional, de um não constitucionalismo.

Posto isso, tratou-se da dinâmica institucional sob a ótica da teoria dos jogos a fim de consolidar a análise racional (o mais detalhada possível no caso concreto) como a mais útil ao estudo e ao estabelecimento de estratégias. Ademais, apontou-se nos jogos os pontos que significam oportunidades de cooperação interinstitucional – seja porque opções ótimas para todas as instituições envolvidas, ou mesmo porque opções subótimas para o conjunto (e ótimas para a totalidade de seus jogos ou para um espectro maior de jogos). Levantaram-se fatores relevantes para todo jogo institucional, aos quais se deve estar atento quando da análise de casos concretos: as situações de cada instituição no jogo; o tempo para cada uma dessas situações; a série histórica de cada uma delas; o aprendizado das instituições ao longo do tempo; e a assimetria de informações entre as instituições.

Propôs-se a análise conjunta das ofertas comunicativas com a série histórica da atuação das instituições a fim de verificar vícios nas ofertas comunicativas, disparidades entre o discurso e a ação das instituições. Reforçaram-se, também, as vantagens do compartilhamento de informações para o desenvolvimento de jogos cooperativos interinstitucionais, alertando para sua dupla utilidade: a visualização de novas possibilidades de cooperação interinstitucional e a diminuição da tensão entre o significado pragmático escolhido e sua facticidade (SCHUARTZ, 2005).

Referências

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BRAMS, S. J. *Game Theory and Politics*. Mineola, Nova Iorque: Dover Publications, 2004.

CAMERER, C. F. & LOEWENSTEIN, G. *Behavioral Economics: Past, Present and Future*. s.d. Disponível em:

<<http://www.hss.caltech.edu/~camerer/ribe239.pdf>>.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2009.

_____. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2007.

HABERMAS, J. *Between facts and norms – contributions to a discourse theory of Law and Democracy*. Tradução: William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2001.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KNOBE, J. & NICHOLS, S. *Experimental Philosophy*. 2008.

LIJPHART, A. *Modelos de democracia – desempenho e padrões de governo em trinta e seis países*. Tradução: Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

—. _____ . *Patterns of Democracy – government forms and performance in thirty-six countries*. New Haven e Londres: Yale University, 1999.

NASH, J. “Two-person cooperative games.” In: *Econometrica*, jan. de 1953, p. 128-140.

NEVES, M. “O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal.” In: *ConJur*, 27 de nov. de 2012.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PINDYCK, R. S. & RUBINFELD, D. L.. *Microeconomia*. São Paulo: Pearson Frenice Hall, 2007.

PUGLIESI, M. *Teoria do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHUARTZ, L. F. *Norma, contingência e racionalidade – estudos preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, V. A. da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TSEBELIS, G. *Jogos Ocultos – escolha racional no campo da política comparada*. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora da USP, 1998.

Recebido em: 28/03/2013

Aprovado em: 05/12/2013