

A NATUREZA FILOSÓFICA DOS CASOS DIFÍCEIS DO DIREITO: ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DE MODELAGEM INSTITUCIONAL

Aluna: Marcella Parpinelli Moliterno
Orientador: Noel Struchiner

Introdução

O projeto pretende ser uma incursão nas fontes filosófica dos casos difíceis do direito, quando este é concebido como um sistema de regras concebe o direito como sistema de regras (em sentido amplo, incorporando tanto regras em sentido estrito quanto princípios). A discussão sobre os chamados “hard cases” teve início com as investigações de Herbert Lionel Adolphous Hart e Ronald Dworkin a respeito da objetividade do direito, ou seja, da sua capacidade de fornecer uma única resposta correta para cada situação que aparecer sob a égide do seu domínio. Quanto a isto, Dworkin afirma que existe uma única resposta correta, embora as pessoas não concordem ou não consigam chegar a ela. Já Hart se mostra mais cético em relação a essa possibilidade, pois sustenta que em algumas situações o Direito se esgota sem fornecer uma única resposta correta.

A expressão “casos difíceis” será utilizada neste projeto para fazer referência aos casos do direito para os quais não é possível encontrar uma solução trivial, ou uma única solução correta e que, portanto, deixam a comunidade jurídica perplexa sobre a maneira pelo qual devem ser resolvidos. A elucidação e investigação das consequências dessa definição serão desenvolvidas dentro de uma contexto positivista, que concebe o direito como sistema de regras.

Para Dworkin, são necessários dois “deveres” para se chegar à decisão correta: o encaixe e a melhor leitura moral. Para explicar isso, analisou a idéia do *chain law*, ou seja, do Direito como um romance em cadeia e, assim, aquilo que um juiz vai decidir tem que estar em conformidade (encaixe) com o que foi feito por outros juízes no passado e ele tem que fazer a melhor leitura moral do que foi decidido anteriormente por estes juízes.

De acordo com Hart, o direito é um sistema de regras (visão positivista, posição preponderante nos dias de hoje) e a sua principal função é fornecer pautas de conduta para possibilitar o controle social. O direito qualifica deonticamente (permite, obriga, proíbe) certos comportamentos em certas circunstâncias, ele regula as ações de indivíduos que pertencem a certo grupo social. Desta forma, ele pretende exercer pressão no mundo, canalizar comportamentos. Para que ele seja eficaz, é necessário que as pautas de conduta (regras) sejam expressas em uma linguagem clara, que elas possam ser obedecidas e conhecidas de maneira prévia. Se não fosse possível comunicar critérios gerais de conduta, que um grande número de pessoas pudessem entender, nada daquilo que nós conhecemos como direito poderia existir.

Os casos difíceis não existem somente nos sistemas jurídicos complexos e sofisticados contemporâneos, eles já existiam desde a Antiguidade, embora o debate entre Hart e Dworkin tenha se dado nos anos 60. Vale ressaltar que aquilo que é considerado um caso difícil do direito vai variar em função da concepção que se tem sobre natureza do direito.

Os positivistas, como vimos anteriormente com a posição de Hart, colocam o direito como um conjunto de regras e, assim, neste contexto, os casos difíceis aparecerão quando existirem problemas com essas regras. O primeiro defeito que pode existir em um sistema jurídico é a inexistência de uma norma, o que é chamado de “lacuna normativa”. Neste caso, há uma falta de correlação entre as normas existentes e o caso concreto, pois não existe uma regra prévia

para tratar este caso, gerando a ausência de solução para ele. O problema, aqui, é lógico ou conceitual e, para que um sistema não apresente lacunas normativas, no sentido de ausência total de preocupação jurídica com tal caso, ele deve apresentar princípios, termos vagos para mostrar que o direito, de alguma forma, tocou nessa questão.

Pode haver, também, inconsistência normativa, que é a existência de normas incompatíveis entre si, resultando em uma pluralidade de soluções incompatíveis para um mesmo caso. Existem critérios para resolver essa inconsistência: da especialidade, da anterioridade, da moralidade e da hierarquia. Porém esses critérios muitas vezes entram em contradição entre si.

Em outras ocasiões, as dúvidas quanto à solução são produzidas em função de problemas empíricos e semânticos. Podemos estar diante do problema da subsunção jurídica, ou seja, existem dificuldades na aplicação de alguma norma ao caso concreto, por não saber a qual predicado fático este caso em particular se aplica. Neste caso, o direito tem regras que oferecem soluções para certos casos genéricos, mas não sabemos em qual desses o caso particular deve ser incluído. Isto pode decorrer de uma lacuna de conhecimento ou de uma lacuna de reconhecimento.

A lacuna de conhecimento ocorre quando não se sabe se certo caso deve ser inserido dentro de uma regra por falta de conhecimento a respeito dos fatos relevantes do caso. Esta lacuna pode ser suprida, de maneira geral, pelas presunções jurídicas ou legais, que permitem que aquele que tem que tomar a decisão determine fatos que possuem existência legal, mesmo não sabendo se eles ocorreram realmente no caso concreto. Ex.: ônus da prova, boa-fé.

Já no caso da lacuna de reconhecimento, há dúvidas quanto à aplicação de certa norma ao caso concreto em razão de uma incerteza intrínseca, ou seja, de uma indeterminação semântica dos termos gerais empregados no predicado fático (regra). São as situações de penumbra ou cinzentas. Essa incerteza pode ser gerada pela vagueza, pela ambigüidade ou pela textura aberta da linguagem, indeterminação lingüística indelével e inafastável, garantindo que os termos empíricos sejam sempre potencialmente vagos. As regras de formação do sentido dos termos empregados na norma são ou podem ser imprecisos em função da textura aberta da linguagem.

Assim, Hart desenvolveu a abordagem paradigmática e criteriológica. Aquele que tem que tomar a decisão deve pensar em um caso que não esteja na região de penumbra da regra (paradigma) e, então, analisar as semelhanças e diferenças relevantes entre os dois casos, buscando critérios para afastar ou conectar o caso paradigmático e aquele que deve ser decidido, para saber se devem ou não ser tratados da mesma forma. Mas, para chegar a esses critérios, é necessário um juízo de valor (valoração) prévio ao de semelhança.

Portanto, o surgimento de casos difíceis em um contexto positivista está relacionado à existência de possíveis defeitos no sistema de regras ou à problemas no momento da adequação das regras aos fatos concretos de um caso determinado. Os casos difíceis são desta forma, acompanhados de lacunas, mas estas apresentam naturezas distintas e vão variar em função da razão para surgimento deste caso. Isto quer dizer que a incompletude, relacionada à ausência de solução, está exclusivamente relacionada à lacuna normativa.

O estudo dos casos difíceis é importante por trazer consequências para o direito, para filosofia do direito e para a atividade dos juízes. Quando reconhecemos que o fenômeno dos casos difíceis do direito não pode ser afastado, o direito se mostra indeterminado em certos casos, apresentando lacunas. Mas o grande problema surge com os casos concretos que não podem ser abarcados pelas regras, quando consideramos a concepção de regras exaustivas dentro de um contexto positivista. Neste caso, o formalismo radical dos positivistas tradicionais defende que as regras sempre oferecem uma única resposta correta para todos os casos concretos, basta encontrá-la. Por outro lado, a escola realista norte-americana adota uma postura cética com relação às regras, segundo a qual, na prática, é o juiz quem decide todos os

casos em última instância, criando assim o direito. Hart desenvolve uma teoria intermediária, na qual o juiz deve aplicar o direito nos casos claros, mas nos casos de penumbra, a atividade criativa e construtiva tem que entrar em cena. Toda regra pode apresentar uma penumbra de dúvida, em que não sabemos se deve ou não ser aplicada, é neste caso que cabe ao juiz exercer seu poder discricionário e, assim, tornar a regra menos vaga.

Desta forma, os modelos descritivos, teóricos e normativos sobre como lidar com regras também são objetos da nossa pesquisa, na medida em que, tentam explicar a maneira pela qual os responsáveis por tomar decisões jurídicas justificam, devem ou podem justificar as suas decisões nesses casos específicos.

O professor Frederick Schauer apresenta quatro modelos de tomada de decisão, cada um com uma maneira diferente de tratar as normas do direito. De acordo com o modelo particularista, as regras não passam de guias heurísticos transparentes que apenas auxiliam na busca do melhor resultado. Elas funcionam apenas como sugestões e, desta forma, a sua aplicação não é necessária quando indicam resultados contrários àqueles que se chegaria caso uma análise levando em consideração todos os fatores relevantes fosse feita. No outro extremo, é possível conceber um modelo radicalmente formalista baseado em regras. Para tanto, é feita uma opção prévia no sentido de considerar a linguagem da regra como objetivo último de referência dos atos de aplicação normativa. Esse modelo considera as regras sempre opacas, mas não se pode levar em consideração na decisão outros fatores que permitiriam um resultado mais interessante, apenas as propriedades destacadas como relevantes nas regras é que direcionam as decisões. Já o particularismo sensível às regras torna o cenário do processo de tomada de decisões mais complexo e sofisticado. Nesse modelo, existe uma presunção de que as regras devem ser respeitadas, por isso, diante de cada caso deve-se ponderar as justificações geradoras de regras e as justificações substanciais para determinar a decisão. Assim, esta presunção pode ser sobrepujada na ocorrência de razões suficientes para tal, mas o valor da existência da regra passa a integrar o cálculo decisório do juiz. O último modelo a ser apresentado é o formalista moderado, chamado de “positivismo presumido”. As regras jurídicas identificadas pela regra de reconhecimento hartiana têm uma força presumida, mas não são necessariamente conclusivas, elas constituem um domínio limitado, mas não inexorável. Isto significa que elas elevam o limiar de força requerido para que sejam derrotadas, o que acontece apenas em virtude de fatores dramáticos.

Objetivos

Estudar problemas que o atuante na prática jurídica e o estudante de direito freqüentemente não refletem a respeito, apesar de lidar com eles no seu dia-a-dia. As opções são feitas, sem muitas vezes se dar conta dos motivos envolvidos em determinada escolha. Através do reconhecimento dos problemas mais recorrentes do direito, das considerações conceituais, descritivas e normativas sobre as normas e as formas de trabalhar com elas, podemos discutir o tema dos desenhos institucionais, principalmente questões sobre quem está mais apto para tomar que tipo de decisão e como as decisões devem ser tomadas em função de certas circunstâncias empíricas. Para poder desenhar instituições é necessário reconhecer os seus defeitos inerentes e indelévels e aqueles que são apenas contingente. Um estudo sobre as fontes dos casos difíceis do direito mostra-se, portanto, como condição necessária para que se possa realizar pesquisas empíricas sobre desenhos institucionais no Brasil.

Metodologia

Para entender os casos difíceis do direito é necessária a compreensão dos problemas relativos às normas. As regras são “grosseiras”, pois tentam se impor, tomando o lugar das deliberações que fazemos e também porque são meras generalizações simplificadas de

considerações mais profundas, acabando por abranger, por isso, mais ou menos casos do que intencionavam. Quando uma regra deixa de incorporar coisas que deveria quando medidas em relação aos seus propósitos subjacentes é chamada subinclusiva e, quando ocorre o oposto, (abrange mais situações do que tinha a intenção de fazer) chama-se sobreinclusiva. Porém, isto pode ser em potencial, ou seja, a regra não ser sub nem sobreinclusiva no momento presente, mas se tornar em um momento futuro.

Segundo Shauer, qualquer regra prescritiva pode ser reconstruída na forma *Se X, então Y*. Neste caso, X é o predicado factual, o antecedente, ele determina as condições que devem ser aferidas para que a regra seja acionada, funcionando como uma hipótese. Se esta hipótese for acionada, aplica-se Y, que é o conseqüente e funciona como operador deôntico da regra, indicando se o predicado fático é proibido, permitido ou obrigatório. O processo de criação das regras acontece a partir de um caso particular paradigmático, realiza-se uma generalização por meio de uma abstração das propriedades consideradas relevantes para efetividade dos seus objetivos. Assim, tais regras possuem a característica da generalidade e esta, por sua vez, é responsável pelo fenômeno da subinclusão ou sobreinclusão.

A constatação de que certos casos caem dentro dos contornos lingüísticos das regras, mas fora de seus propósitos, mostra que a prática jurídica é um cenário de escolhas sobre como lidar com essa situação. Discutiremos os modelos de tomada de decisão a partir da definição de regras anteriormente analisada. Será feita uma análise da literatura que oferece esse tipo de tratamento das regras e considerações críticas sobre a sua utilidade para discutir diferentes modelos de tomada de decisões jurídicas. Os modelos são formas de se adaptar aos fenômenos da sobre e subinclusão. Exemplos reais e imaginários serão utilizados para ilustrar os argumentos apresentados.

A maior parte dos pontos que serão trabalhados está sendo desenvolvida no âmbito das discussões semanais sobre o livro recém lançado, "Thinking Like a Lawyer", do Prof. Frederick Schauer, sobre o pensamento, raciocínio e os métodos argumentativos jurídicos. Os encontros são realizados sob a orientação do professor e orientador do projeto, Noel Struchiner, e envolve a presença de alunos do doutorado, mestrado e graduação.

Outro ponto bastante interessante é a questão da *akrasia*, um dos problemas relacionados à regra. É a ação de uma pessoa que contraria o seu melhor juízo sobre o que fazer em determinada situação. Através da análise dessa questão poderíamos tentar elucidar uma situação em que, apesar de concordar com a regra e saber que ela deve ser seguida, a pessoa age contrariamente à ela. Para tanto, estamos enfrentando essa problemática com leituras e debates quinzenais em um grupo de mestrado e doutorado montado pelo departamento de filosofia da universidade, sob orientação do Prof. Danilo Marcondes.

Desta forma, estamos desenvolvendo estudos relacionados a problemática das normas para atingirmos o nosso objetivo de compreensão dos casos difíceis, que estão presentes em todos os sistemas normativos jurídicos.

Conclusões

O nosso sistema jurídico apresenta diversos problemas, como a inexistência de regras previamente confeccionadas para casos não antecipados, a indeterminação linguística dos termos empregados nessas prescrições, a inconsistência normativa e até mesmo regras que apresentam resultados não desejados quando empregadas em determinado caso. Sendo assim, o conhecimento desses problemas e a análise dos modelos já desenvolvidos para solucioná-los mostra-se essencial para a compreensão dos casos difíceis do direito.

Referências

- 1-ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Editora Édipo, 2007.
- 2- HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- 3- PLATÃO. *Protágoras*. Editora Relógio D'Água,1999.

- 4-SCHAUER, F. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009.
- 5- STROUD, S. Weakness of Will. *In: Stanford Encyclopedia of philosophy*, 2008.
- 6-STRUCHINER, N. “Aplicação e Consequências da Noção de Textura Aberta da Linguagem para Filosofia do Direito”. *In: AnaLógos: Anais da I SAF-Puc*. Rio de Janeiro: Booklink, 2001.
- 7- STRUCHINER, N. “ Uma Análise da Noção de Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivista”. *Direito, Estado e Sociedade*. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, nº17, ago-dez 2000, pp83-93 .INSS 1516-6104.
- 8- STRUCHINER, N. O Direito como um Campo de Escolhas. *In: Dogmática Jurídica, Formalismo e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Saraiva (no prelo), 2009.
- 9- STRUCHINER, N. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A Dignidade (Contingente) do Formalismo Jurídico. *In: Daniel Sarmento. (Org.). Teorias Contemporâneas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- 10- STRUCHINER, N. O 'aparente' paradoxo das regras: por uma teoria revisionista da noção de raciocínio prático. *In: XIII Encontro Nacional de Filosofia - ANPOF, 2008, Canela. XIII Encontro Nacional de Filosofia - ANPOF. São Leopoldo : Editora Unisinos, 2008. p. 530-531.*