

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

Aluna: Marcella Parpinelli Moliterno

Orientador: Noel Struchiner

Introdução

Está sendo feito um estudo sistemático das bases filosóficas dos chamados “casos difíceis” do direito. Para isto, devemos considerar a natureza das prescrições, ou seja, realizar uma investigação sobre as regras e suas características necessárias e contingentes, e, também, o meio pelo qual podem integrar o raciocínio prático dos seus destinatários. 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.

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.

Metodologia

Para entender os casos difíceis do direito é necessária a compreensão dos problemas relativos às normas. As regras são generalizações simplificadas de considerações mais profundas e por isso, apresentam uma atual ou potencial sobreinclusão ou subinclusão. Esta definição de regras será o ponto de partida da nossa discussão sobre modelos de tomada de decisão. 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.

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- SCHAUER, F. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009.
- 4- 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.
- 5- 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.
- 6- STRUCHINER, N. O Direito como um Campo de Escolhas. In: *Dogmática Jurídica, Formalismo e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Saraiva (no prelo), 2009.
- 7- 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.
- 8- 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.
- 9- STROUD, S. Weakness of Will. In: *Stanford Encyclopedia of philosophy*, 2008.