

O dilema decisicional no que diz respeito à adesão e ao desvio sob o ponto de vista dos efeitos sistêmicos

Aluna: Marcella Parpinelli Moliterno

Orientador: Noel Struchiner

Introdução

É possível caracterizar o direito, mesmo que não exaustivamente, como um conjunto ou sistema de proferimentos lingüísticos, escritos ou não, com pretensões normativas. A partir do pressuposto de que direito é fruto de uma construção social, pode-se concluir que ele incorpora as insuficiências humanas, como a falta de onisciência, a utilização de uma linguagem nem sempre absolutamente determinada, em virtude de algum tipo de intoxicação lingüística e a possibilidade de que o mesmo ofereça mais de uma resposta, incompatíveis e mutuamente excludentes entre si.

As regras podem ser descritivas, quando pretendem descrever generalidades e prescritivas, quando pretendem exercer uma pressão no mundo, alterando ou canalizando comportamentos. Apesar da diferença clara existente entre essas duas classes, ambas fazem o uso de generalizações, nota característica das regras. Isso porque, é comum que uma regra seja criada a partir da observação de um caso particular, tomado como paradigmático de uma meta a ser alcançada ou de um mal que se pretende erradicar. Assim, a regra é feita a partir da generalização desse caso particular, por meio de uma abstração das suas propriedades consideradas relevantes para efetividade dos objetivos da regra, chamados no presente trabalho, segundo terminologia utilizada pelo Professor Frederick Schauer, de justificação da regra.

Tendo em vista que as regras são generalizações probabilísticas em relação às suas justificativas, aos propósitos que pretendem alcançar, elas acabam sendo atual ou potencialmente sobreinclusivas ou subinclusivas. Isso porque, elas incorporam mais ou menos casos do que deveriam de acordo com suas justificativas, gerando, assim, resultados subótimos em certas ocasiões. Desta forma, pode-se concluir que as regras não são mecanismos perfeitos de canalização de condutas, já que simplificam considerações normativas mais profundas.

Na maioria dos casos, os tomadores de decisão se deparam com situações simples, em que a regra é aplicada diretamente ao caso concreto em virtude da mesma cumprir perfeitamente com as suas justificativas. O problema tem início nos casos em que a sua aplicação acarreta situações indesejadas, quando um determinado caso novo aparece dentro dos contornos lingüísticos da regra, mas fora das suas justificativas, surgindo, assim, a questão sobre como lidar com o fato de que as nossas decisões de ontem não são adequadas para enfrentar os problemas de hoje¹.

¹ SCHAUER, F. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. In: *Current Legal Problems*. FREEMAN, M.D.A. (ed). Oxford: Oxford University Press, pp. 223-240, 1998.

Nesse caso, a aplicação da regra produz uma situação indesejada, já que as suas justificativas apontam para resultados diferentes dos apontados pelos predicados fáticos² ou pelas generalizações, acarretando, assim, casos em que o seu caráter subótimo incomoda e instiga o tomador de decisão a desviar de sua estrita aplicação. Pode-se dizer, que nesses casos, se não existisse dever moral algum por parte do tomador de decisão em seguir as regras, ele certamente desviaria da mesma sem problemas, atingindo um resultado diverso daquele apontado por ela.

Com a constatação do caráter imperfeito das regras, surge uma problematização quanto à possibilidade de o julgador decidir com base em suas convicções morais em detrimento da regra. Enfrentar tal questionamento impele o julgador a valer-se de modelos de tomada de decisão sobre como lidar com as regras. As opções encontram-se entre dois extremos: o formalismo e o particularismo³, que se diferenciam pelo grau de fidelidade às regras que é exigido.

De acordo com o modelo particularista, o que importa é encontrar o melhor resultado possível para o caso que possa aparecer, assim, nenhuma consideração é excluída *a priori*. Para tanto, a regra deve funcionar apenas como uma sugestão e, sempre que não for capaz de indicar o resultado correto de acordo com as suas justificações, a sua aplicação não é necessária. Esse modelo defende aquilo que Frederick Schauer e Larry Alexander chamam de “modelo Spike Lee⁴”, que é aquele que clama para que se faça a coisa certa.

No outro extremo, é possível conceber um modelo radicalmente formalista, em que é tomada uma decisão prévia por considerar a linguagem da regra o objeto último de referência dos atos de aplicação normativa (STRUCHINER, 2010a). Ou seja, as normas são tratadas como regras sérias, como razões de conduta excludentes de outras e, por isso, não podem ser levadas em consideração na decisão, outros fatores que pudessem permitir resultados mais interessantes.

Os adeptos ao formalismo⁵ aceitam que nem sempre a linguagem determina uma resposta una e inequívoca e que, pelo fato de serem as regras generalizações prescritivas probabilísticas, são necessariamente gerados casos com resultados subótimos. Contudo, defendem que quando a regra é clara, mesmo que o resultado produzido por ela seja subótimo, a mesma deve ser aplicada. Mas porque optar por esse modelo, que exclui de antemão a possibilidade de alcançar um resultado melhor para cada caso? Certamente, em um mundo ideal, onde os tomadores de decisão dispõem de conhecimento ímpar e sensibilidade aguçada, essa exigência seria totalmente desproporcional.

Além dos argumentos tradicionalmente associados ao modelo de regras, como a busca de uma maior segurança, certeza e previsibilidade, a escolha por um modelo formalista pode se dar em função de argumentos relacionados a juízos comparativos sobre propensão à

² Schauer define que as regras prescritivas podem ser decompostas em uma parte antecedente, o predicado fático, que determina as condições que devem ser aferidas para que a regra seja acionada, e o conseqüente, acionado quando o predicado fático é verificado. O predicado fático é, portanto, uma afirmação descritiva genérica que, quando verificada, aciona o conseqüente (Se *x*, então *y*).

³ A doutrina moderna ainda aponta outros modelos mais sofisticados, como o particularismo sensível às regras e o positivismo, mas não é o momento para uma análise mais profunda acerca dos mesmos, o que importa é a informação de que existem.

⁴ ALEXANDER, L; SCHAUER, F. Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire. *William and Mary Law Review*, nº 48, pp. 1578-1603, 2007.

⁵ De acordo com o professor Noel Struchiner, é preciso lembrar que existe uma diferença entre o formalismo caricaturado pela doutrina jusfilosófica contemporânea, isto é, aquele que acredita que nenhum tipo de intoxicação lingüística é capaz de aplacar os predicados factuais, não existindo, assim, casos de penumbra do que estamos tratando aqui. O formalista sofisticado é honesto e realista, aceitando o fato de que a linguagem utilizada nem sempre é totalmente clara e livre de indeterminações. Nos casos em que a linguagem não determina um único resultado de forma inequívoca não existe alternativa, senão, procurar a fundamentação da solução em critérios que estão além da regra. (STRUCHINER, 2005 e 2009)

ocorrência de erros. Se acreditarmos que existe uma maior possibilidade de que erros ou abusos sejam cometidos pelos responsáveis pela tomada de decisão quando esses dispõem da prerrogativa de desconsiderar a regra em função de outras considerações, então, existem bons motivos, do ponto de vista do responsável pelo desenho institucional, para não disponibilizar essa alternativa ao agente decisório. Erros e abusos podem ser minimizados quando regras entram no lugar das deliberações de primeira ordem⁶ dos juízes, desde que as regras, por mais imperfeitas que sejam, ainda garantam resultados melhores do que aqueles que seriam produzidos pelos juízes na ausência das mesmas.

A questão sobre se um juiz deveria desviar ou não do resultado de uma regra jurídica depende, em primeiro lugar, de sua capacidade de reconhecer resultados indesejados. Contudo, mesmo quando concordamos que certos juízes são capazes de reconhecer quando determinadas regras produzem resultados indesejados para casos práticos, ainda assim talvez não queiramos que os mesmos desviem das regras. Tal conclusão pode ser obtida quando incluímos a possibilidade do desvio ocasionar efeitos sistêmicos indesejados.

Tomando tais constatações como ponto de partida, o presente estudo versará sobre o dilema decisional dos juízes, no que diz respeito à adesão e ao desvio da regra, principalmente sob o ponto de vista dos efeitos sistêmicos gerados por essa atuação.

Objetivos

Vimos que existe a possibilidade de erros ou abusos serem cometidos quando o agente decisório goza da prerrogativa de desconsiderar a regra em função da aplicação de outras considerações. Assim, concluímos que existem boas razões prudenciais para estrincheirar as regras (STRUCHINER, 2009), de tal forma que essa alternativa não seja disponibilizada ao responsável pela tomada de decisão. Essa situação pode ocorrer tanto nos casos em que acreditamos ser o agente decisório diretamente responsável pelo erro na decisão, quanto nas ocasiões em que o mesmo é um agente indireto de erro.

A primeira hipótese pode ser constatada quando acreditamos que os juízes tomam mais decisões erradas no caso em que têm a faculdade de não aplicar a regra à luz das suas justificativas, do que se tivessem observado o resultado gerado diretamente pela sua aplicação. Isso porque, muitas vezes, eles não possuem a capacidade necessária para fazer os cálculos decisórios e o desvio sistemático do significado da regra acaba por afastá-los da concretização dos propósitos perseguidos.

Na segunda hipótese, pode-se constatar que o desvio sistemático do texto normativo por parte do responsável pela tomada de decisão pode induzir outros agentes não jurídicos e outros juízes a cometerem erros, na medida em que o desvio é reconhecido pelos mesmos, acarretando, assim, comportamentos indesejados em larga escala. Esse argumento está relacionado aos efeitos sistêmicos causados pelo desvio sistemático, ou seja, pela possibilidade de que outros agentes não judiciais e juízes errem ao observar a atitude do agente decisório que desviou da regra.

Os efeitos sistêmicos podem ser divididos em duas categorias: os efeitos sistêmicos de adaptação e os miméticos (BRAND-BALLARD, 2010). Os efeitos sistêmicos de adaptação são causados quando agentes não judiciais, reconhecendo um padrão de desvio nas decisões judiciais, começam a adaptar os seus comportamentos de maneira subótima. Ou seja, são reações ao desvio sistemático, que acabam gerando uma série de efeitos indesejados, na medida em que não conseguem cumprir com as considerações que levaram ao desvio da regra.

⁶ As deliberações de primeira ordem englobam todas as razões que poderiam ser invocadas pelos agentes decisórios na ausência de regras.

Os efeitos sistêmicos miméticos são gerados pela imitação da postura desviante por outros agentes decisórios, que muitas vezes não possuem a mesma capacidade de discernimento para saber quando as regras geram resultados subótimos. Jeffrey Brand-Ballard traduz esse efeito de forma muito clara ao falar da falha mimética, como transcrito a seguir:

“In unfortunate situations, deviation, even in suboptimal-result cases, encourages misguided judges to deviate in optimal-result cases, perhaps mistaking them for suboptimal-result cases. I call this mimetic failure. Mimetic failure constitutes an adherence reason that applies in both optimal-result and suboptimal-result cases⁷”.

Os efeitos sistêmicos miméticos, portanto, dizem respeito às chances de certos desvios sistemáticos, mesmo que realizados adequadamente, estimularem uma grande gama de juízes a se desviarem em situações em que desviar-se não era a melhor opção (STRUCHINER, 2010b).

A partir dessas considerações, será elaborado um esquema conceitual para analisar casos práticos vivenciados pelo Poder Judiciário brasileiro em que podemos vislumbrar claramente situações indesejadas, surgindo, assim, uma problematização quanto à possibilidade de o julgador decidir com base em suas convicções morais em detrimento da regra.

Um exemplo bastante utilizado pela doutrina para ilustrar os efeitos sistêmicos de adaptação diz respeito à possibilidade de um grupo de juízes passar a negar sistematicamente pedidos de despejo de senhoras inadimplentes, quando o dono do apartamento desfruta de boa condição financeira, não dependendo dessa renda para sua sobrevivência (BRAN-BALLARD, 2010 e STRUCHINER, 2010b). Ocorre que, na medida em que esse desvio passasse a ser reconhecido como sistemático pelos locadores, eles provavelmente passariam a considerar arriscado alugar seus imóveis para idosos, adaptando o seu comportamento de maneira subótima. Assim, os idosos passariam a ter dificuldade para alugar apartamentos ou teriam que suportar um ônus elevado, caracterizando um efeito de adaptação indesejado à luz das considerações que conduziram ao desvio da regra diretamente aplicável ao caso.

Na prática, podemos constatar uma hipótese com o mesmo condão, capaz de gerar efeitos sistêmicos de adaptação indesejados, a partir da constatação de um padrão de desvios realizados pelos juízes da regra que ressalva a impenhorabilidade do bem de família por obrigações decorrentes de fiança concedida em contrato de locação (art. 3º, VII da lei 8.009/90).

O Ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 415.626/SP e 352.940/SP, decidiu pela não recepção do art. 3º, VII da lei 8.009/90, que ressalva a impenhorabilidade do bem de família no caso de fiança, com fulcro no direito de moradia e no princípio da isonomia⁸. De acordo com ele, o direito à moradia é um direito fundamental de segunda geração, ou seja, um direito social que deve ser protegido, encontrando garantia no art. 6º da Constituição. Assim, a impenhorabilidade do bem de família garantiria a moradia do homem e de sua família e a exceção acrescentada pela lei do

⁷ BRAND-BALLARD, JEFFREY. Are judges Morally Obligated to Apply the Law? In: http://home.gwu.edu/~jbb/Judges_Morally_Obligated.pdf, pág. 14.

⁸ STF, DJ 09 de maio, 2005. RE 415626/SP, Rel. Min. “CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F, com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

inquilinato (lei 8.245/91) ao art. 3º da lei 8.009/90 feriria o princípio isonômico, não sendo, portanto, recepcionada pelo art. 6º da CF.

Imaginemos que a partir dessa decisão, os tomadores de decisão passassem a desviar sistematicamente dessa regra, decidindo pela impenhorabilidade do bem de família, independentemente da ressalva da penhora no caso de obrigação decorrente de fiança. Os locadores provavelmente passariam a considerar arriscado alugar seus imóveis garantidos apenas pela fiança e o direito à moradia seria indiretamente prejudicado, tendo em vista a dificuldade que os locatários teriam de ter acesso às habitações alugadas. Caso as decisões nesse sentido fossem tomadas de forma sistemática, os locadores provavelmente passariam a exigir garantias mais onerosas, gerando uma série de efeitos de adaptação indesejados quando medidos à luz das considerações que causaram o desvio da regra, como a garantia do direito à moradia.

Foi exatamente nesse sentido que entendeu o Ministro Carlos Brito no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 465.586-6/SP, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. LEI 8.009/90. DIREITO À MORADIA. ART. 6º DA MAGNA CARTA (REDAÇÃO DA EC 26/2000). PRECEDENTE PLENÁRIO.

Nas suas razões, o Relator considerou o entendimento do plenário no julgamento do recurso extraordinário 407.688, em que o Ministro Cezar Peluso decidiu que: "... a penhora do bem de família do recorrente não viola o disposto no art. 6º da CF, com redação dada pela EC 26/2000 (...) mas com ele se coaduna, já que é modalidade de viabilização do direito à moradia (...) porquanto, atendendo a própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, VII, da lei 8.009/90, facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária".

Exemplos parecidos ocorrem no campo do direito à saúde. O Professor Luis Roberto Barroso fez uma análise criteriosa sobre o tema⁹, constando que a interferência dos juízes em relação à saúde e, especificamente, ao fornecimento gratuito de medicamentos é cada vez mais usual. Essa atitude pode ser enquadrada dentro do âmbito do conhecido ativismo judicial, ao qual a doutrina opõe as mais diversas críticas.

A crítica mais frequente e pertinente ao tema é formulada sob denominação de "reserva do possível", que diz respeito à insuficiência e escassez dos recursos públicos para atender às necessidades sociais.

A lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) estabelece a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde, instituído pela Constituição de 1988 e, ao fixar as suas atribuições, também estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve orientar-se, como a universalidade. No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência dos entes federativos é esboçada principalmente pela Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos. De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população¹⁰.

O desvio sistemático dessa regra, que estabelece a lista de medicamentos fornecidos pelo SUS, para concessão de medicamentos não previstos em casos individuais, acaba

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial*. In: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos .pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf).

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit. p. 17.

comprometendo o orçamento. Como os recursos são escassos, a interferência do judiciário nesse setor, acaba direcionando parte da verba destinada ao programa geral de saúde para atender a demandas individuais. Além disso, provoca uma desorganização da Administração Pública, ilustrada de forma muito clara por Luis Roberto Barroso no trecho a seguir:

“Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca a promoção da saúde pública¹¹”.

Aqui, mais uma vez, pode-se verificar que o conhecimento do desvio sistemático gera efeitos sistêmicos de adaptação indesejados. Mas não é só isso. As decisões que concedem medicamentos não previstos na lista estabelecida pelo SUS geram também efeitos sistêmicos miméticos indesejados, na medida em que abrem um precedente para que outros juízes, mesmo que não possuam capacidade de discernimento para saber quando a regra gera um resultado subótimo, desviem também.

Pois bem. O tema tratado envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde, ou seja, cláusulas gerais, que comportam diversos sentidos e podem ser concretizadas de formas diferentes, podendo entrar em rota de colisão. Assim, segundo Barroso, a extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos, de ação que contravenha a Constituição ou, ainda, de não atendimento ao mínimo existencial.

O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve, portanto, ter por fundamento uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Nas palavras de Barroso:

“a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção¹²”.

Assim, podemos concluir que o tomador de decisão, para desviar da regra, deve enfrentar um grande ônus argumentativo, tendo em vista a existência de leis de atos administrativos regularmente aplicados.

Ponderações acerca da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, que estão aqui em jogo, também devem ser levadas em conta. Isso porque, os direitos fundados em princípios, que devem ser realizados na maior intensidade possível, são direitos *prima facie*, que poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível. De acordo com Robert Alexy:

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit. p. 25.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit. p. 21.

“As categorias da teoria dos princípios, que envolvem direitos *prima facie* e ponderação com outros direitos, princípios e fatos relevantes, aplicam-se, também, aos direitos sociais, que incluem o direito à saúde básica e, como decorrência, o direito à obtenção de certas categorias de medicamentos. Também aqui avulta a idéia de mínimo existencial para demarcar a fundamentalidade material do direito e sua conseqüente exigibilidade. Para além desse núcleo essencial, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, sujeitam-se à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, inclusive a reserva do possível e as regras orçamentárias¹³”.

Como se pode perceber da narrativa empreendida, as decisões, que pretendem desviar da regra, determinando o fornecimento de medicamentos não previstos pela lista do SUS, devem enfrentar diversas questões. Mas as ponderações não param por aí. Mesmo nos casos em que o tomador de decisão conseguiu enfrentar de forma brilhante os ônus argumentativos para desviar da regra e em que temos certeza ou estamos muito confiantes de que o desvio poderia ser a melhor resposta para evitar resultados injustos, os efeitos sistêmicos miméticos devem ser levados em conta, pois essa decisão pode estar dando um mau exemplo para agentes que não possuem a mesma capacidade de discernimento para saber quando as regras geram resultados errados.

Foi nesse sentido que entendeu a Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Segurança 3.073/RN ao considerar inadequado o fornecimento de remédio que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. Conforme asseverou em suas razões:

“Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’ (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.

Na decisão em análise, a Ministra enfrentou na sua decisão todas as questões consideradas relevantes para o caso, levando em conta também no seu cálculo decisório o que ela chama de “efeito multiplicador” dessa decisão, ou seja, a possibilidade da propositura de

¹³ Sobre a aplicação da teoria dos princípios aos direitos sociais fundamentais, v. Robert Alexy, *Teoría de los derechos*, 1997, p. 482 e ss.

outras ações semelhantes por pessoas em situações potencialmente idênticas. Assim, caso ela desviasse da regra, poderia estar dando um mau exemplo para outros agentes decisórios, que talvez não disponham da mesma capacidade argumentativa e de discernimento para enfrentar todos os ônus inerentes à questão.

No entanto, não é sempre assim que acontece. Na maior parte dos casos, os juízes desviam da regra, sem considerar em nenhum momento os efeitos sistêmicos gerados pela sua decisão e também sem enfrentar os ônus argumentativos necessários, apoiando-se pura e exclusivamente em precedentes. Como pode ser constatado a partir da análise do julgado a seguir:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I – Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. II – Agravo não provido. (AI – AgR 486816/RJ, Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 06/05/2005)

Em suma, quando um grande número de juízes passa a desviar sistematicamente de uma regra jurídica, mesmo no caso de desvios corretos para o caso em questão, eles podem estar dando liberdade a outros juízes, que talvez não possuam a mesma capacidade institucional, para desviar também. Então, temos boas razões para desejar que nem mesmo os juízes sábios tenham a prerrogativa de se desviar do direito nos casos em que o mesmo é determinado (STRUCHINER, 2010b).

Metodologia

Inicialmente, a breve tese propôs uma análise acerca de hipóteses, às quais exista uma regra específica para o caso, que, contudo, o julgador entenda por não aplicar, visando atingir um resultado ótimo. Foram observadas, sob esse contexto, questões relativas ao desvio de aplicação da regra e seu espectro subótimo.

Em um segundo momento, analisamos os modelos descritivos, teóricos e normativos sobre como lidar com regras, na medida em que, tentam explicar a maneira pela qual seus aplicadores justificam, devem ou podem justificar suas decisões em casos específicos.

Posteriormente, foram de apurados os efeitos sistêmicos decorrentes dos desvios à regra, que podem induzir outros agentes a cometer erros. Este argumento relaciona-se a consequências advindas do desvio sistemático, sejam eles efeitos sistêmicos de adaptação ou miméticos, de acordo com as lições de Brand-Ballard.

Cabe ressaltar que o trabalho partiu sempre de premissas positivistas ou, pelo menos, de uma única premissa, aceita por todos que se intitulam como participantes dessa corrente, qual seja, a do Direito como fato social.

Conclusões

Na maioria dos casos, os tomadores de decisão aplicam as regras sem qualquer problema, em virtude das mesmas cumprirem com as justificativas para a sua criação. No entanto, existem situações em que o julgador se depara com um resultado insatisfatório ante a aplicação da regra, casos em que o Direito diz o que não queremos ouvir.

Na prática, pode ocorrer a escolha por um modelo de decisão em que a linguagem do Direito é levada a sério, ou por um modelo particularista em que o significado convencional é sobrepujado por considerações de outras ordens. Para tanto, ditas considerações devem ser observadas, como o grau de confiança que a sociedade deposita na instituição e em sua capacidade de tomar melhores decisões.

Os efeitos sistêmicos, destarte, surgem como mais uma variável a ser observada. Não se trata apenas de mensurar a gravidade do erro, seja pelo desvio ou pela aderência e frequência com que tal atitude é tomada, mas também, de dimensionar os efeitos dessa postura para os outros tomadores de decisão e a sociedade como um todo.

Referências

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire. *William and Mary Law Review*, nº 48, pp. 1578-1603, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos*, 1997, p. 482 e ss.

BARROSO, Luis Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial*. In: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos .pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf)

BRAND-BALLARD, Jeffrey. Are judges Morally Obligated to Apply the Law? In: http://home.gwu.edu/~jbb/Judges_Morally_Obligated.pdf.

BRAND-BALLARD, Jeffrey. *Limits of Legality: Adjudication, Practical Reason, and the Role of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SCHAUER, Frederick. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. In: *Current Legal Problems*. FREEMAN, M.D.A. (ed). Oxford: Oxford University Press, pp. 223-240, 1998.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

STRUCHINER, Noel. Para Falar de Regras: *O positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito*. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005.

STRUCHINER, Noel. 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.

STRUCHINER, Noel. O Direito como um Campo de Escolhas. In: *Nas Fronteiras do Formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010a.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e Objetividade: Quando o Direito diz o que Não Queremos Ouvir. In: *Direito e Interpretação: racionalidades de instituições*. São Paulo: Saraiva, 2010b (prelo).