

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

Regras não são mecanismos perfeitos de canalização de condutas, já que simplificam considerações normativas mais profundas. Diversas vezes, a aplicação das regras acarreta situações indesejadas, casos em que o seu caráter subótimo incomoda e instiga o tomador de decisão a desviar de sua estrita aplicação. Tomando tal constatação 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.

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 particularismo. Os modelos diferenciam-se pelo grau de fidelidade às regras que é exigido. Nos modelos mais particularistas admite-se uma maior flexibilização de regras e a possibilidade do desvio em ocasiões em que as regras clamam por resultados subótimos, enquanto os modelos mais formalistas apresentam uma maior rigidez na utilização de regras.

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 certas regras produzem resultados indesejados para certos 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. Quando isso ocorre, depara-se o julgador, portanto, com situações que o deixam em posição extremamente hesitante, na medida em que enfrenta de um lado razões morais e institucionais de segunda ordem para aderir à regra e, de outro, razões morais que o conduzem a crer ser a postura mais adequada, o desvio.

Objetivos

Elaborar um esquema conceitual a partir do qual seja possível analisar casos práticos vivenciados pelo Poder Judiciário brasileiro, através de um estudo das decisões proferidas, sobretudo, no âmbito dos Tribunais Superiores. Acreditamos que a elaboração de tal esquema conceitual e sua utilização para analisar casos práticos seja um primeiro passo para o posterior enfrentamento de questões normativas sobre desenhos institucionais no sistema jurídico brasileiro.

Metodologia

Inicialmente, a breve tese propõe 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. Serão observadas, sob esse contexto, questões relativas ao desvio de aplicação da regra e seu espectro subótimo.

Em segundo momento, serão analisados 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, tratar-se-á de apurar 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 elas efeitos sistêmicos de adaptação ou miméticos, de acordo com as lições de Brand-Ballard.

Cabe ressaltar que o trabalho parte 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

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

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

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

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