

A NÃO APLICAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS EM SITUAÇÕES CONCRETAS E O PARADOXO DO ABSTRATO E CONCRETO

Aluna: Mariana Farelo Taufie

Orientador: Noel Struchiner

• Introdução

Podem existir casos em que uma lei, aparentemente, é constitucional e que, desta forma, parece incidir sobre todos os casos que se encaixam na situação descrita pelo seu enunciado. Porém, diversos motivos podem fazer com que a referida lei ou dispositivo não seja aplicada (o) em um caso concreto.

Através da análise jurisprudencial, percebemos que tal disparidade está presente no direito brasileiro. No entanto, tal situação é pouco discutida. Neste sentido, o presente trabalho buscar expor este cenário, discutindo as disparidades existentes e buscando uma melhor compreensão das decisões e do sistema jurídico atual.

Para entrarmos nessa questão, é fundamental, primeiramente, definir certos conceitos. Começando pela definição sobre o que seria constitucionalidade, inconstitucionalidade e controle de constitucionalidade, passando pela definição do paradoxo do abstrato e concreto, e finalizando com a reflexão sobre a influência das emoções e da empatia no processo de tomada de decisão.

• Objetivos

O presente trabalho tem como finalidade analisar os casos em que um ato normativo é considerado constitucional quando lido em abstrato, porém ele não é aplicado quando surge um caso concreto no qual deveria incidir.

O intuito é o de entender os motivos para que tal situação ocorra, analisando o paradoxo do abstrato e concreto e a influência das emoções e da empatia na tomada de decisões.

Por fim, buscou-se mostrar que tal situação é recorrente no direito brasileiro, só que, na maioria dos casos, esse problema não é exposto, e acaba passando despercebido. Desta forma, se perquiriu expor tal situação e seus motivos, para que ela seja exposta, enfrentada e entendida pela sociedade e pelos operadores do direito.

• Metodologia

Primeiramente, foi realizada uma exposição sobre o controle de constitucionalidade no direito brasileiro e sobre o paradoxo do abstrato e concreto, explicando o seu conceito, o seu funcionamento, e teorias que o cercam.

Depois, foi necessário pesquisar e analisar decisões e acórdãos que envolvem a questão do controle de constitucionalidade no Brasil para, então, entender o cenário atual.

Após a exposição do cenário atual, foram apresentados os problemas e as contradições existentes, tendo em vista que foi constatado que, em muitos casos, uma lei é entendida como constitucional ao ser lida em abstrato, mas ela acaba não sendo aplicada quando o operador do direito se depara com um caso concreto. Para chegar a esse ponto, foi feita uma breve explicação sobre o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro e, por fim, foram apresentados casos concretos.

A partir dessa constatação, foram levantados os possíveis motivos para que esse paradoxo exista. Essas motivações foram explicadas e analisadas, estando o foco na questão da influência das emoções na tomada de decisão e na questão da empatia.

- **Controle de Constitucionalidade**

No controle de constitucionalidade, é feita uma verificação de compatibilidade de um ato normativo com a Constituição. É importante observar que este controle não deve envolver um juízo de valor sobre a norma em análise. Para que haja um controle de constitucionalidade, é necessário que exista uma constituição formal; que esta seja rígida e que tenha um órgão previsto para exercer tal controle. O controle pode ser difuso ou concentrado; concreto ou abstrato; judicial ou político; preventivo ou repressivo e por via incidental ou por via principal.

A partir desse conceito de controle de constitucionalidade, podemos entender o que seria uma norma constitucional e o que seria uma norma inconstitucional. A norma constitucional é aquela que está de acordo com a Constituição, sendo, portanto, uma norma válida. Já uma norma inconstitucional é uma norma que existe, mas que não é válida. A inconstitucionalidade pode ser formal ou material; total ou parcial; por ação ou por omissão. Sendo assim, muitas vezes, uma norma é considerada inconstitucional, o que traz consequências para o nosso ordenamento e também para os casos concretos.

Quando uma norma não é aplicada em um caso concreto no qual ela deveria incidir, estamos diante de um caso de inconstitucionalidade. Em muitos desses casos, o magistrado não a declara de forma expressa. No entanto, se a norma deixou de ser aplicada, estamos claramente diante de um caso inconstitucionalidade. Neste contexto, vemos o paradoxo do abstrato e concreto relacionado com o direito, tendo em vista que a norma é considerada constitucional quando lida em abstrato, mas é afastada quando o operador do direito se depara com um caso concreto.

Agora, é necessário abordar a questão do Abstrato e do Concreto, relacionando tal paradoxo com a questão do controle de constitucionalidade.

Após essa breve definição sobre os conceitos necessários para o entendimento desta obra, sigo para a hipótese que será aqui desenvolvida, expondo as ideias que a cercam e as razões que a explicam.

- **Paradoxo do Abstrato X Concreto**

Em algumas situações, uma norma, quando lida em abstrato, parece não apresentar problemas, tendo uma redação que está de acordo com a Constituição. Porém, quando esta norma vai ser aplicada, ou seja, quando se está diante de um caso concreto, ela acaba sendo afastada, sendo considerada inconstitucional. O presente trabalho visa mostrar casos em que tal paradoxo está presente, entendendo a razão que está por trás dessa situação e fazendo uma

reflexão sobre esse cenário do direito constitucional. Sendo assim, vemos que o paradoxo do abstrato e concreto está presente nos casos em que há controle de constitucionalidade. Portanto, analisar tal assunto é fundamental para entendermos nosso sistema jurídico e para entendermos como as decisões são tomadas dentro deste cenário.

Ao falar de casos concretos, estamos falando de cenários que são próximos da realidade do julgador, ou seja, que apresentam fatos e características que são parecidos com o lugar ou tempo em que este se insere. Já nos casos abstratos, o julgador se depara com algo diferente do que ele vive, do que está presente em seu mundo. Essa situação é, de grande maneira, esclarecedora. Para a pessoa que se depara com o caso, é mais fácil se imaginar inserida em um caso que apresenta um cenário mais próximo da sua realidade do que em um cenário que é totalmente desconhecido e diferente.

O paradoxo do abstrato e concreto nos mostra, portanto, que o julgador pode decidir de forma diferente caso lhe seja apresentado um caso em abstrato ou em concreto.

No campo da filosofia, muitos teóricos já formularam teorias a respeito do surgimento do paradoxo do abstrato e concreto. Neste sentido, os autores Mandelbaum e David Ripley falam nas teorias afetivas, nas teorias cognitivas e na teoria NBAR.

Desta forma, é possível perceber que existem diversas teorias que tentam explicar o referido paradoxo. No entanto, o presente trabalho busca focar apenas em uma delas. A teoria aqui em destaque é aquela que defende a ideia de que decidimos de forma diferente nos casos concretos em função de sua saliência emocional.

Para as Teorias Afetivas, portanto, o paradoxo pode ser explicado pelo fato de que a emoção se intensifica quando se está diante de um caso concreto. Neste sentido, os fatores emocionais explicariam o aumento de responsabilização no julgamento de casos concretos. Esta teoria é defendida por importantes autores, como Knobe, Prinz e Nichols.

Desta forma, qual seria o motivo de uma norma ser considerada constitucional em tese, mas ser declarada inconstitucional em um caso concreto? Um dos motivos para que uma norma não se aplique em certo caso concreto seria o de existirem peculiaridades na situação concreta que acabariam por contrariar o fim que a norma buscava alcançar. Ainda há o caso em que uma lei não é aplicada em um caso concreto em virtude da prevalência de determinado princípio constitucional. E, por fim, podemos pensar nos efeitos das emoções sobre nossas decisões e no problema da empatia.

- **Análise dos motivos**

Analisando diversas decisões jurídicas, percebemos que existe uma diferença entre como as decisões deveriam ser tomadas e como elas, de fato, são tomadas. A partir dessa percepção, é possível entender que nossas estruturas emocionais e cognitivas também devem ser levadas em conta no mundo jurídico.

No Direito, invariavelmente, vamos nos deparar com casos difíceis, ou seja, casos em que o direito não oferece uma resposta pronta de forma imediata.

O paradoxo do Abstrato e Concreto nos mostra que, muitas vezes, existe uma diferença entre a resposta que é dada pelas pessoas em situações concretas e a resposta que é dada por essas pessoas em situações abstratas.

As emoções certamente influenciam na tomada de decisões. As reações emocionais possuem um impacto sobre as nossas intuições em situações como as que estão sendo analisadas neste trabalho.

Outro ponto importante é o da Empatia. Esta não é propriamente uma emoção, e sim uma experiência. Nos casos em análise, a empatia também exerce um importante papel no campo das decisões.

O conceito de Empatia é extremamente contestável e disputado, mas, para o nosso estudo, podemos adotar o conceito de que a Empatia é o compartilhamento de uma mesma emoção. Tem a experimentação de um estado emocional de outro. Ao analisar um caso concreto, o operador do direito, muitas vezes, acaba se colocando no lugar das partes envolvidas naquele processo. Ao se colocar no lugar do outro, compartilhando assim os seus sentidos, o julgador pode acabar decidindo de forma diferente do que a norma, aparentemente constitucional, indica. Desta forma, a norma é declarada inconstitucional após ter a sua aplicação analisada em um caso concreto. A empatia, obviamente, nem sempre será algo positivo, podendo influenciar enormemente nas decisões jurídicas. Da mesma forma, podemos perceber que a empatia não é algo necessário para o julgamento moral, se mostrando como uma possibilidade e não como uma necessidade.

Ainda no âmbito da Empatia, é importante analisar como as decisões jurídicas diferem em casos envolvendo ações individuais e em casos envolvendo ações coletivas. Em casos de indenização, por exemplo, esta tende a ser menor, proporcionalmente, para cada pessoa em uma ação coletiva do que o que cada uma dessas pessoas receberia caso movesse uma ação individual. Tal diferença certamente pode ser explicada pela questão da influência da empatia e das emoções na tomada de decisões. Neste sentido, é interessante pensar que uma decisão em controle abstrato está afetando um número infinito de pessoas, e não apenas uma, como em um caso concreto envolvendo uma ação individual. Isto talvez explique, também, a diferença que vemos nas decisões proferidas nestes dois tipos de controle.

Outra questão importante para entender o paradoxo do abstrato e concreto no controle de constitucionalidade brasileiro é a da influência dos princípios constitucionais.

Em muitas situações, uma norma não é aplicada em virtude da prevalência de algum princípio constitucional. Um dos princípios comumente levantados é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Neste caso, pode ser que uma norma aparentemente constitucional, quando aplicada em um caso concreto, vá contra um princípio fundamental de nosso ordenamento, sendo declarada inconstitucional. Sendo assim, vemos que um dos fatores que contribuem para o referido paradoxo é a incidência de princípios constitucionais, que ganha maior destaque quando o operador do direito se encontra diante de um caso concreto.

- **Casos Concretos**

Para o desenvolvimento do presente estudo, foi necessária grande pesquisa jurisprudencial, onde foram coletadas diversas decisões que envolvem a questão do abstrato e concreto e do controle de constitucionalidade.

Um caso emblemático em que podemos ver o conflito entre abstrato e concreto é o retratado na ADC 16, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. No referido julgado, estava sendo discutida a constitucionalidade do art. 71, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93. A princípio, e partindo apenas da leitura do dispositivo, sua redação parece não guardar grandes

problemas, sendo constitucional. Porém, ao aplicá-lo, o magistrado se encontra em uma situação delicada. Muitos julgados, principalmente do TST e de TRTs, iam contra o referido artigo. O Enunciado 331 do TST, inclusive, trata sobre essa questão. Diante desta constatação, é possível perceber que parece ser complicado aplicar o art. 71, parágrafo único, quando nos deparamos com um caso concreto. Em novembro de 2010, o STF entendeu que o referido dispositivo seria constitucional. Porém, foi ressaltado que a decisão do Supremo pela constitucionalidade "não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa". Este caso de controle de constitucionalidade retrata perfeitamente o paradoxo do abstrato e concreto. As razões levantadas no tópico anterior nos ajudam a entender a peculiaridade destes casos que envolvem o art. 71, parágrafo primeiro, da Lei 8.666. A aplicação do referido dispositivo acaba sendo prejudicial ao trabalhador. Aqui, então, entra a questão da empatia e também a questão da preponderância de um princípio constitucional. Além disso, podemos questionar qual seria a finalidade desta norma, o que de fato o legislador pretendeu ao introduzi-la no ordenamento jurídico. Certamente, o objetivo de tal norma não pode ser a de prejudicar um trabalhador. Sendo assim, o artigo em comento acaba sendo questionado ao nos depararmos com um caso concreto.

Outro caso em que o paradoxo do abstrato e concreto está presente é no caso no art. 20, do Código Civil de 2002, que envolve a questão da liberdade de expressão. Ao ser aplicado, o referido dispositivo esbarra em diversos problemas, mostrando sua redação confusa e criticável. O art. 20 tentou solucionar o caso em que a liberdade de expressão e o direito de privacidade, honra e imagem entram em conflito. A circulação de informações, a princípio, é de interesse público. Sendo assim, a liberdade de expressão seria a regra, só que o artigo em comento, de certa forma, inverte isso. Com uma redação questionável, tal dispositivo, muitas vezes, acaba não sendo aplicado no caso concreto.

O paradigma do abstrato e concreto também pode ser visto no caso da regra do art. 44, inciso II, da Lei 9.394/96, que determina que, para ingressar na faculdade, é necessário que o candidato tenha concluído o ensino médio ou equivalente. Porém, ao se deparar com casos concretos de jovens que passam no vestibular enquanto ainda estão no ensino médio, muitos magistrados concedem liminar autorizando que o vestibulando entre na faculdade. A fundamentação para essa não aplicação da norma costuma ser a de que está em jogo a questão do direito à educação. Tal caso é emblemático, tendo em vista que não ocorre a declaração de inconstitucionalidade da lei, mas a sua aplicação é afastada ao se deparar com o caso concreto. Ninguém discute a constitucionalidade de lei ao analisar sua redação em abstrato, mas quando esta é analisada diante o caso concreto, surgem divergências.

Outra questão interessante é a que envolve concursos públicos que estabelecem uma altura mínima para o candidato ser aprovado. Em tais concursos, tal previsão consta no edital e é considerada como válida por todos os interessados. No entanto, muitos candidatos participam de tais concursos, mesmo não possuindo a altura mínima, e recorrem ao Judiciário para contestar a determinação constante no edital, alegando que possuem apenas centímetros a menos do que a altura exigida. Nestes casos, é possível encontrar decisões judiciais para os dois lados.

Por fim, um caso que também gera decisões contraditórias é o caso que envolve a concessão de medicamentos. Nestes casos, todos concordam em abstrato que o Estado não tem como fornecer todos os medicamentos existentes no mercado, tendo em vista a Reserva do Possível. No entanto, quando uma pessoa recorre ao Judiciário pleiteando a concessão de

um medicamento que está fora da lista dos SUS, muitas vezes o pedido é julgado procedente, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

- **Experimentos**

Diversos experimentos já foram realizados no âmbito da filosofia e da psicologia que buscam demonstrar a existência do referido paradoxo. Neste campo, a filosofia experimental ganha destaque, colaborando para alcançar importantes resultados que refletem no estudo do direito e do controle de constitucionalidade.

Alguns nomes são de extrema importância no campo dos experimentos relacionados ao paradoxo do abstrato e concreto, como os de Nichols, Knobe, Roskies, Brigard, Mandelbaum e Ripley. Tais experimentos tratam da questão do paradoxo e da responsabilização moral que é atribuída em diversos casos apresentados. Esses experimentos demonstraram, por exemplo, que as pessoas tendem a atribuir mais responsabilidade aos agentes quando elas analisam um caso concreto do que quando elas analisam um caso abstrato.

Desta forma, é possível perceber que diversos experimentos já comprovaram a existência do paradoxo do abstrato e concreto. A tomada de decisão, portanto, pode variar de acordo com o grau de abstração do cenário que é apresentado ao julgador.

Tal constatação é extremamente importante e interessante para o campo do Direito. No mundo jurídico, o referido paradoxo também se manifesta constantemente, o que não pode ser ignorado pelos operadores do direito.

- **Conclusão**

A partir do estudo de casos concretos e do estudo de aspectos da filosofia e psicologia podemos concluir que muitos são os motivos para que uma lei seja entendida como constitucional ao ser lida abstratamente e, ao mesmo tempo, seja entendida como inconstitucional ao se deparar com um caso concreto. O controle de constitucionalidade, no direito brasileiro, é, portanto, afetado pelo paradoxo do Abstrato e Concreto.

O paradoxo do Abstrato e Concreto pode ser entendido, no caso em análise, a partir do estudo das emoções e de sua influência na nossa tomada de decisão. A questão da empatia exerce grande influência nas decisões, o que faz com que a decisão em um caso concreto seja diferente da decisão tomada em um caso abstrato.

Outro motivo relevante é o da prevalência de certos princípios constitucionais, que acabam derrubando uma norma que, abstratamente, parecia de acordo com o ordenamento jurídico, mas que, no caso concreto, acaba trazendo algum efeito danoso quando aplicada, que acaba ferindo um determinado princípio constitucional fundamental. Neste sentido, é comum ver a referência ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Tal constatação acompanhada da devida discussão sobre o assunto se mostra, portanto, fundamental para entender as decisões tomadas pelos operadores do direito. Estudar sobre o paradoxo do abstrato e concreto é muito importante para o estudo do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

• **Referências**

- 1- NICHOLS, Shaun and KNOBE, Joshua. **Moral Responsibility and Determinism: The Cognitive Science of Folk Intuitions.**
- 2- SINNOTT-ARMSTRONG, W. **Abstract + Concrete = Paradox.** In: KNOBE, J. (Ed.); NICHOLS, S. (Ed.). *Experimental Philosophy.* Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.
- 3- STRUCHINER, Noel. **Just say no to empathy: making the case for autistic decision-making.** Disponível em: <<http://www.udg.edu/LinkClick.aspx?fileticket=I2m6LuIGSo%3D&tabid=9724&language=ca-ES>>. Acessado em: 26 de jul. 2015.
- 4- STRUCHINER, Noel. **O Direito como um Campo de Escolhas.** In: *Nas Fronteiras do Formalismo.* São Paulo: Saraiva, 2010.
- 5- STRUCHINER, Noel - **Para falar de regras : o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito.** Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. – Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005
- 6- MACHERY, Edouard e SYTSMA, Justin. **The Two Sources of Moral Standing. Review of Philosophy and Psychology.** Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007/s13164-012-0102-7>> . Acesso em 17 de jun. 2015.
- 7- MANDELBAUM, Eric e RIPLEY, David. **Explaining the abstract/concrete paradoxes in moral psychology: the NBAR hypothesis.** Disponível em: <<http://philosophy.unc.edu/2013/10/10/fileva-wins-essay-prize/>> . Acesso em 10 jun. 2015.
- 8- PEIXOTO, Helen. **O Justo e o Legal na Ótica dos Juizes Trabalhistas Flumineses.** Rio de Janeiro, Abril 2014. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.