



Modelos de decisão

Prof^a. Rachel Herdy

Definição de formalismo

Atitude ou disposição interpretativa - daquele que é responsável pela decisão (intérprete e aplicador do direito) - por *levar a sério o texto normativo*.

Condição: a existência de um texto preciso

Logo, não cogitamos do formalismo em relação a textos indeterminados

O formalismo é mais sofisticado do que parece



Relembrando
duas explicações importantes

Primeira explicação importante

Por detrás de um texto, preciso ou não, existe sempre um propósito subjacente (teleologia)

A construção do propósito pode ser mais ou menos discricionária (i.e., apelar a elementos substantivos)

Segunda explicação importante

Os textos são generalizações probabilísticas em relação aos propósitos subjacentes

Por esta razão, os textos podem incluir mais ou menos do que deveriam

Exemplo:

“É proibida a entrada de cachorro no restaurante”

A letra é precisa

O propósito é não incomodar os clientes

Baseia-se numa generalização:

Existe uma relação probabilística entre a presença de cachorros em restaurantes e clientes se sentirem incomodados

Generalizações não acertam todas as vezes

- Queijos suíços possuem furos, mas alguns não
- Faz frio no inverno, mas há dias quentes
- Poodles são histéricos, mas nem todos
 - E há outras raças que são também histéricas

Por ser uma
generalização,
a letra do
texto pode...

Incluir mais do que deveria (sobreinclusão)

- Um cliente com deficiência visual que pretende entrar no restaurante com seu cão-guia

Incluir menos do que deveria (subinclusão)

- Um cliente que pretende entrar no restaurante com sua cobra de estimação

→ A decisão por levar o texto a sério nos casos de aplicação sub-ótima é a escolha que está em discussão quando falamos de formalismo

O ponto é...

Nem mesmo a linguagem determinada garantirá a força de um enunciado

A sua força dependerá de atitudes externas à linguagem

Mundo ideal do particularista

Qualquer razão considerada relevante para a decisão deve ser incluída no cálculo decisório - moral, política, econômica...

As regras funcionam como sugestões

Os textos podem ser afastados/corrigidos sempre que não gerarem o resultado considerado correto

Modelo particularista

Devemos olhar por detrás do texto para investigar se a sua aplicação ao caso concreto está de acordo com o seu propósito subjacente (também chamado de “razão de ser” ou “justificativa”)

Spike Lee
(Faça a coisa certa)

Frank Sinatra
(I did it my way)





Pressuposto
formalista:

trabalhamos no
mundo real, e
não ideal





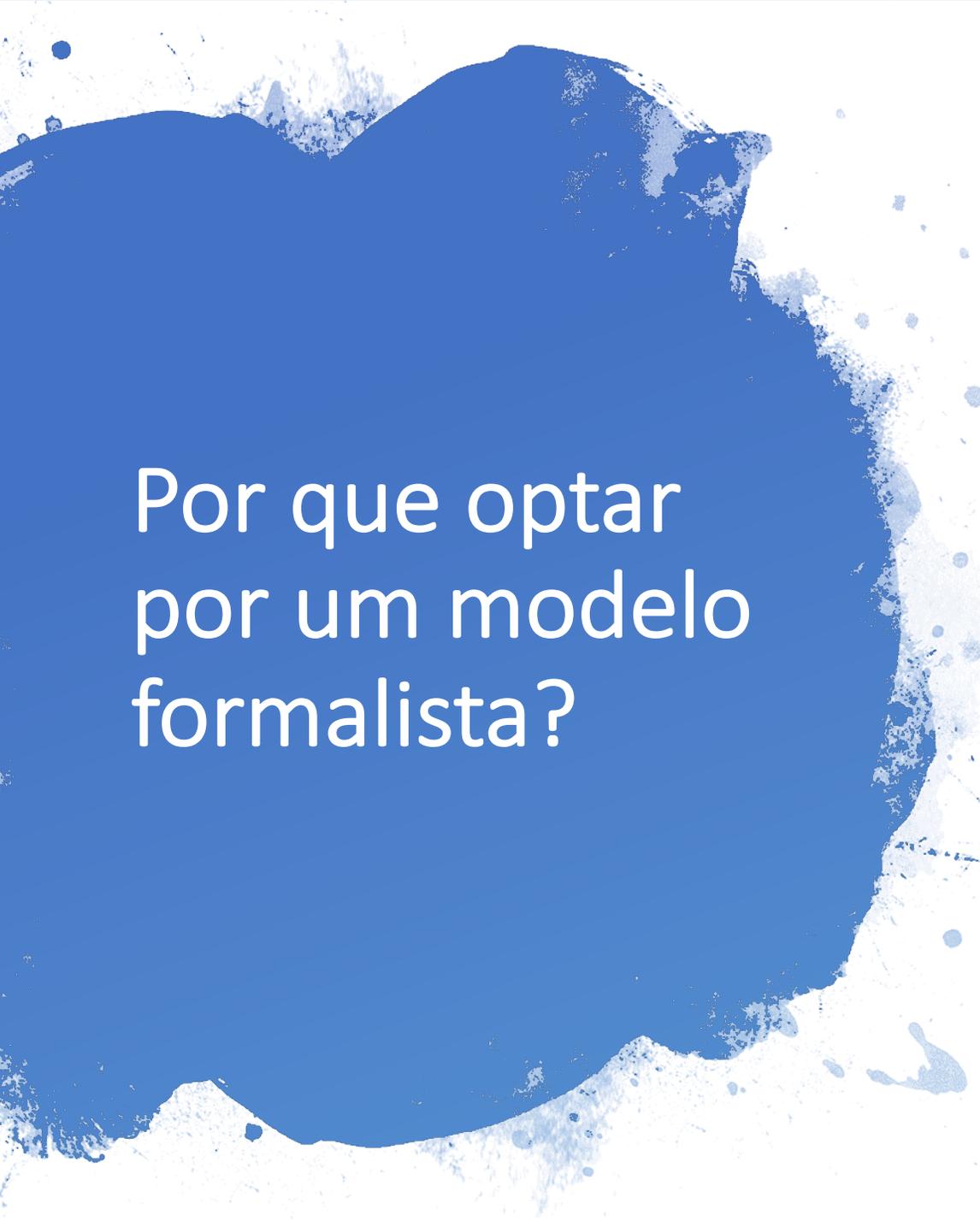
No mundo real, além de comermos coisas distintas no café da manhã (caricatura realista), estamos sujeitos a vieses e abusos



Conceito de “razão protegida”

(Joseph Raz)

- O texto precisa ser visto como oferecendo um tipo de “razão protegida”
 - não depende do conteúdo prescrito
 - independente do conteúdo
 - não é balanceada com outras razões
 - excludente



Por que optar por um modelo formalista?

- O formalista está comprometido com resultado sub-ótimos
- O formalista faz um pacto de mediocridade:
 - “Regras condenam o processo de tomada de decisões à mediocridade exigindo a inacessibilidade da excelência” (Schauer).

Alguns opositores do formalismo...

Feminismo

- Fala em sensibilidade ao contexto e às pessoas envolvidas; colocar-se no lugar do outro; levar em consideração a riqueza do contexto; ter empatia e ética do cuidado

Pós-positivismo (Ronald Dworkin)

- Dworkin diz que a solução correta é a melhor leitura moral do direito

Razões para ser formalista

Razões tradicionais

- Previsibilidade
- Certeza
- Segurança jurídica
- Eficiência (custos de tempo, esforço mental, dinheiro)

Razões adicionais

- Alocação de poder
 - Quem possui legitimidade?
- Distribuição de erros
 - Em quem devemos confiar para decidir?

Alocação de poder

A escolha pode depender de uma questão política

Quem possui autoridade política para decidir?

Distribuição de erros

A escolha vai depender do grau de confiança comparativa que temos na autoridade

Temos razões para achar que o responsável pela decisão tem grandes chances de errar ou abusar?

A decisão parece depender de muitos fatores contextuais - policiais não devem ter tanto poder de decisão; mas e os ministros de cortes superiores?

Não é questão lógica, conceitual, inexorável; mas política e contextual!

Enfrentamos
um problema
incontornável:

assimetria da
análise

- O responsável pelo desenho institucional acha uma coisa, mas o tomador de decisão acha que é irracional seguir a regra no caso
- Temos uma assimetria: a racionalidade está atrelada a uma perspectiva
- O que é racional para um não é para o outro

Modelos normativos de tomada de decisão

Formalismo forte

- Compromisso com o resultado determinado pela regra
- Preserva valores tradicionais e evita erros comparativos
- Retém os erros de sobre e sub-inclusão

Formalismo moderado

- Compromete-se com a regra, mas não em situações muito exigentes
- Na dúvida, aplica a regra

Particularismo sensível às regras

- Assume justificações formais, além de substantivas
 - Razões para ter a regra
- Sopesa valores em cada caso
 - Perde em eficiência

Particularismo puro

- Predisposição para afastar regras que contrariam o propósito
- Aplicam a justificação diretamente
- A regra não compele
- Evita erros de sobre e sub-inclusão

Ser
formalista
é ser mais
justo?

O formalismo jurídico
deve ser reconsiderado

Importante reconhecer
que esta é uma opção,
e não uma necessidade

Isso é tudo,
pessoal!

