

O “APARENTE” PARADOXO DAS REGRAS¹

THE “APPARENT” PARADOXICAL NATURE OF RULES

NOEL STRUCHINER²
(PUCRio - Brasil)

Resumo

O uso de regras prescritivas no campo da filosofia prática é abundante, especialmente no campo do direito. O presente artigo pretende fazer uma análise do papel das regras no direito e levantar um aparente paradoxo envolvido na aplicação de regras. Algumas posições possíveis em relação ao paradoxo serão elucidadas.

Palavras-Chave: regras prescritivas, argumentação prática jurídica e moral, teoria do erro, teoria compatibilista das regras, teoria revisionista das regras

Abstract

In practical reasoning in general and specially in the legal field, we see an abundance of prescriptive rules. The paper attempts to analyze the role of rules in law, as well as to explore what seems to be a paradox concerning rule application. Some different postures regarding the paradox will be elucidated.

Key-words: prescriptive rules, practical argumentation in law and morality, error theory of rules, compatibilist theory of rules, revisionist theory of rules

1. Introdução: Regras como Instrumentos Grosseiros

Regras prescritivas são ou pretendem ser guias grosseiros de canalização de condutas. Regras são instrumentos grosseiros em dois sentidos diferentes do termo “grosso”. 1. Em primeiro lugar, regras clamam por autoridade. Para que as regras possam de fato funcionar como regras, elas devem entrar no lugar ou pelo menos afastar ou oferecer algum tipo de resistência às nossas deliberações ou sopesamento de razões de primeira ordem, isto é, à totalidade de razões relevantes que poderíamos levar em conta na ausência da regra para decidir sobre as nossas ações (ou abstenção das mesmas). Nesse sentido as regras são grosseiras porque são autoritárias; porque pretendem entrar no lugar do nosso melhor juízo sobre a questão em pauta, isto é, entrar no lugar ou afastar a nossa deliberação ou balanço acerca da totalidade de razões que consideramos relevantes para a decisão. 2. Regras são instrumentos grosseiros, também, em um segundo sentido: regras são generalizações probabilísticas atualmente ou potencialmente sobre ou subinclusivas em relação às suas considerações subjacentes, também chamadas de justificativas ou propósitos. Eles incorporam mais ou menos do que deveriam de acordo com os seus propósitos ou justificativas. Nesse sentido regras são grosseiras porque são inevitavelmente mal acabadas, gerando resultados subótimos em certas ocasiões. Em suma, regras visam a exercer uma pressão no mundo, guiando comportamentos, através da simplificação de um universo complexo de considerações normativas.

Para ilustrar, vejamos uma regra do âmbito eleitoral: a regra que torna facultativo o voto aos 16 anos e veta o mesmo para os menores de 16. O propósito dessa regra é garantir a cidadania e a participação política para aqueles que já são suficientemente maduros para exercer essa prerrogativa com responsabilidade. Tal regra é ao mesmo tempo sobreinclusiva e subinclusiva. Ela é sobreinclusiva na medida em que permite o voto para alguns jovens passíveis facilmente de serem manipulados, desinteressados por política e que são imaturos. Consequentemente, a regra permite o voto para um grupo de pessoas que o seu propósito excluiria. Ela é, também, subinclusiva, já que alguns jovens com menos de 16 anos, porém suficientemente maduros, não poderão votar. Logo, ela deixa de incorporar casos que o seu propósito incorporaria. Tais enunciados com pretensões normativas só funcionam como regras se é o caso que as nossas relações com os mesmos os transformam em instrumentos capazes de oferecer algum tipo de resistência às nossas considerações de primeira ordem que certamente fariam o trabalho normativo na ausência das regras³.

2. A Argumentação Jurídica

A discussão sobre as principais características das regras será retomada adiante, mas, antes disso, gostaria de montar o cenário para essa retomada da discussão de tal maneira que a temática das regras possa ser correlacionada com questões de filosofia do direito. Para tanto, será utilizado o artigo “Argumentation and Interpretation in Law” (1993), de Neil MacCormick. No artigo mencionado, MacCormick fala sobre algumas peculiaridades da argumentação prática no direito. Para discutir a argumentação prática jurídica, ele primeiro faz uma distinção entre a argumentação especulativa (ou teórica) e a argumentação prática, e depois faz uma diferenciação no âmbito da argumentação prática entre a argumentação prática pura e a argumentação prática institucional.

Segundo MacCormick, argumentar consiste na atividade de colocar argumentos contra ou a favor de alguma coisa; ou para não ser circular, utilizando a mesma palavra que se pretende definir na própria definição: argumentar consiste na atividade de aduzir razões contra ou a favor de alguma coisa. A argumentação pode se dar tanto em contextos especulativos quanto em contextos práticos. Em contextos especulativos, os argumentos utilizados visam a sustentar a crença de que algo é o caso. O que se pretende é argumentar a favor da verdade ou falsidade de uma proposição descritiva. No âmbito do direito ocorrem argumentos especulativos que têm como objetivo sustentar que um determinado estado de coisas se sucedeu ou não, isto é, que certas proposições fáticas são verdadeiras ou falsas. Por outro lado, no terreno da argumentação prática os argumentos aduzidos são razões para ações, isto é, razões para se fazer ou deixar de fazer algo, ou razões para se sustentar opiniões sobre o que pode ou deve ser feito. No direito as pessoas também se engajam em argumentações práticas, que versam sobre proposições acerca de ações ou comportamentos e as qualificações deônticas que devem ser atribuídas a eles⁴. Após introduzir essa distinção inicial entre o contexto de argumentação especulativa e o contexto de argumentação prática, MacCormick passa

a se concentrar em uma investigação mais minuciosa desta última.

Dentro do âmbito da argumentação prática, é possível fazer uma distinção entre a argumentação prática pura e a argumentação prática institucional. No contexto da argumentação prática pura dois tipos (considerados legítimos) de argumentos são aduzidos: argumentos teleológicos ou consequencialistas e argumentos deontológicos. Os primeiros são argumentos segundo os quais certa ação deve ou não ser realizada em função das conseqüências produzidas por ela, que podem ser valoradas positiva ou negativamente. Os argumentos teleológicos são argumentos voltados para o futuro. Os argumentos deontológicos, por sua vez, são argumentos baseados em princípios que dizem o que é certo e o que é errado, ou justo e injusto. A argumentação deontológica está, portanto, voltada para o passado. Argumentos deontológicos e consequencialistas são chamados de "argumentos de substância", isto é, argumentos que são legítimos ou válidos independentemente de suas fontes.

Alguns exemplos, freqüentemente encontrados em manuais introdutórios de ética normativa (Waluchow, 1983), podem ajudar a esclarecer essas diferenças. Em primeiro lugar, imagine que um avião repleto de passageiros tomado por terroristas está voando em direção a um prédio comercial onde trabalham milhares de pessoas. Surge a questão sobre se o avião deve ser abatido antes da colisão ou não. De acordo com o argumento teleológico ou consequencialista, o avião deve ser abatido para que seja evitada a morte de uma maior quantidade de pessoas inocentes. De acordo com uma argumentação deontológica, por outro lado, é possível sustentar que, independentemente das conseqüências, não se deve abater o avião porque simplesmente não é correto tirar a vida de pessoas inocentes.

Um outro exemplo que segue a mesma linha de raciocínio descreve a seguinte situação: um cirurgião tem cinco pacientes que estão à beira da morte. Um deles precisa de um transplante de coração, dois deles precisam de transplantes de rim e dois precisam de um transplante de pulmão. Aparece um paciente saudável em seu consultório e o cirurgião se vê diante do seguinte dilema: matar o paciente inocente para fazer o transplante dos órgãos para os pacientes que estão à beira da morte ou não? De acordo com um argumento consequencialista, é válido salvar cinco vidas em troca de uma⁵. Segundo o argumento deontológico, não é justo tirar a vida de alguém, mesmo que seja para salvar outras pessoas. A questão, para tornar uma longa história curta e manter uma explicação simples da argumentação prática pura, é que, do ponto de vista da empírico, ou bem se argumenta a favor ou contra algum curso de ação em função das conseqüências provenientes da sua adoção, ou se argumenta a favor ou contra algum curso de ação utilizando argumentos deontológicos, que independem dos desdobramentos das ações realizadas.

O que muda quando se entra na seara da argumentação institucional jurídica? A principal diferença entre a argumentação prática pura e a argumentação prática institucional realizada no âmbito do direito é que nesta entram em jogo as chamadas razões de autoridade ou argumentos de autoridade. No âmbito jurídico, normalmente conta como razão para se fazer ou deixar de fazer

algo o fato de alguém com autoridade ter colocado uma regra que dispõe acerca da ação sobre cujo estatuto deontico se indaga. É considerado como um bom argumento no direito aquele que pode ser reconduzido a uma razão de autoridade. Pelo menos do ponto de vista daqueles que desenham as instituições, certas razões de autoridade são colocadas por eles de tal forma que elas possam, ao mesmo tempo, suprimir e suplantar as razões de substância (teleológicas e deontológicas) que governariam as decisões, não fosse pela sua existência. Em termos razianos, é possível dizer que o direito, ou as regras jurídicas, têm uma pretensão de autoridade (RAZ, 1985). Os responsáveis por confeccionar as regras, na maioria dos casos, esperam que elas funcionem como razões excludentes peremptórias⁶. Em suma, a pretensão do responsável pelo desenho institucional é que a existência do direito seja capaz de gerar um modo especial de raciocinar sobre questões práticas, segundo o qual não é toda e qualquer razão que é considerada pertinente, mas sim aquelas colocadas pelo procedimento jurídico e identificadas de acordo com a regra de reconhecimento (Hart, 1998).

Aqui uma comparação pode ser bastante esclarecedora. Imagine uma partida de futebol entre uma equipe cujos torcedores são pessoas pacatas e pacíficas e uma equipe tradicionalmente conhecida pelos seus torcedores baderneiros, agressivos e violentos (pense nos *hooligans* ingleses ou na torcida Mancha Verde). Talvez, sempre que ocorresse um jogo configurado dessa maneira, o árbitro, por razões morais consequencialistas, devesse dar a vitória para o time cuja torcida é violenta, tentando, assim, evitar desdobramentos catastróficos. Pense agora que o jogo envolve uma equipe com centenas de torcedores e outra equipe com milhares deles. Fazendo uso de um raciocínio utilitarista, talvez o juiz da partida devesse atribuir a vitória para o time que tem a maior torcida, para maximizar o prazer da maior quantidade de pessoas. O ponto é que as regras do futebol fornecem razões excludentes ou protegidas. As regras de futebol tiram da jogada outras razões que seriam consideradas boas razões em contextos diferentes. As regras jurídicas, do ponto de vista dos responsáveis pelo desenho institucional, deveriam desempenhar a mesma função, ao mesmo tempo estabelecendo soluções e fechando as portas para a consideração de outras razões que em outras circunstâncias seriam bem-vindas.

Em suma, assim como uma regra individual afasta certas considerações do agente, o sistema jurídico, enquanto um sistema de regras, gera uma série de resultados divergentes daqueles que se alcançaria no âmbito da moral ou da política, explicando, dessa forma, a diferenciação do direito em relação a esses outros campos. O direito não é coextensivo com outros sistemas normativos em função de suas regras. E se a característica mais marcante do direito, se o traço distintivo do direito é o fato do mesmo fazer uso de regras de uma maneira avassaladora, então a questão sobre a racionalidade do recurso às regras se torna imperativa.

3. O Paradoxo da Regras

Passo, portanto, a explicar o “aparente” paradoxo das regras prescritivas e algumas formas

conhecidas de lidar com esse paradoxo. O paradoxo das regras é simples: regras determinam que, dadas certas circunstâncias, um determinado curso de ação deve ser adotado. Em outras palavras, uma regra prescritiva qualquer (*R*) determina que, diante das circunstâncias (*C*), o agente (*A*) deve realizar a ação prescrita (*X*). Entretanto, quando as circunstâncias (*C*) se materializam, ou bem é o caso que *X* não é o melhor curso de ação a ser seguido, ou é o melhor curso de ação possível. Quando o curso de ação indicado pela regra não é o melhor possível em função da sua sobreinclusão ou subinclusão, ou por não ser o resultado indicado pela totalidade de razões relevantes, então poderíamos nos indagar sobre a racionalidade de seguir regras nestas circunstâncias. É racional seguir uma regra em uma situação que ela se mostra sobreinclusiva ou subinclusiva, ou que indica um resultado divergente daquele que seria alcançado caso fosse aplicada a totalidade de razões relevantes? Mas o paradoxo não acaba aqui. Mesmo na segunda hipótese, quando a regra indica o resultado correto ou o melhor curso de ação, parece estranho dizer que devemos seguir a regra, ou realizar *X* porque a regra assim determina e não pelo fato de *X* ser simplesmente o certo a ser feito, independente da regra. Resumindo, na primeira hipótese, seguir a regra seria irracional, uma vez que existem cursos de ação mais atraentes. Na segunda hipótese, a regra se torna supérflua, já que deveríamos realizar *X* não porque a regra assim determina, mas porque se trata da melhor opção ou da opção correta (McClennen, 2004). O que fazer diante do cenário assim equacionado?

4. Posturas Possíveis Diante do Paradoxo

A primeira possibilidade é aceitar o dilema apresentado como uma espécie de *reductio*, indicativa da irracionalidade de ser guiado por regras. De acordo com a primeira posição, acreditar na racionalidade de ser guiado por regras é um erro ("*error*" *theory of rules*). O que é racional é sempre o resultado de um sopesamento de razões de primeira ordem. Regras não participam da história. Tal posição também tem sido chamada de "particularismo" (Schauer, 1998). Um exemplo de uma categoria de pessoas que reconhecem a força do dilema como um indicativo da irracionalidade de ser guiado por regras são os anarquistas, que se recusam a terem os seus juízos sobre o que é correto substituídos pelos juízos do direito.

Uma segunda postura possível consiste em defender uma teoria "compatibilista" das regras, segundo a qual o que é racional, do ponto de vista da razão prática é sempre fruto de um sopesamento de razões de primeira ordem, mas as regras ou as razões para a sua existência entram no cálculo decisório. Ser guiado estritamente pela regra nunca é racional, mas utilizar a existência da regra como uma razão de primeira ordem que pode ser sopesada com outras razões de primeira ordem é racional. De acordo com os compatibilistas, as regras teriam uma função: o fornecimento de razões de primeira ordem, suscetíveis de serem examinadas no cômputo do balanço de razões. Tal posição é compatibilista porque pretende fazer com que as regras coexistam com uma concepção de razão

prática segundo a qual o que é racional fazer não é seguir as regras, mas sim realizar aquilo que deve ser feito, sendo todas as razões consideradas. O fato das regras existirem seria apenas mais uma das razões a serem consideradas. Tal posição tem sido chamada, também, de “particularismo sensível às regras” (Schauer, 1998). Uma defensora dessa posição é a filósofa Heidi Hurd (2005). Muitas vezes, o particularismo sensível às regras é considerado o verdadeiro modelo particularista, já que nele são avaliadas todas as razões relevantes, incluindo no cômputo as razões relacionadas à existência da regra. O particularismo sensível freqüentemente opera como um consequencialismo de atos sofisticado. Diante de cada caso, o responsável pela tomada de decisão pode levar em conta todas as conseqüências da sua resolução que considerar relevantes, incluído aí as conseqüências da não aplicação da regra.

Finalmente, de acordo com uma terceira estratégia, a teoria revisionista, não é o caso que sempre que uma regra aponta para o resultado errado, devemos descartá-la e não sermos guiados pelas suas orientações. De acordo com os revisionistas, o paradoxo das regras é meramente aparente. De acordo com os revisionistas, faz sentido a escolha pela imposição de regras, mesmo com as suas deficiências características (da sobre e subinclusão), se acreditamos que um sistema de regras é capaz de gerar mais resultados corretos do que um modelo alternativo no qual as pessoas responsáveis pela tomada de decisões têm a prerrogativa de avaliar caso a caso a totalidade de razões de primeira ordem que consideram relevantes. A teoria revisionista clama, portanto, por uma revisão da nossa noção de raciocínio prático. Essa posição me parece ser sustentada por John Rawls (1955), Joseph Raz (1985), Brad Hooker (2000), Frederick Schauer (1998), Scott Shapiro (2005) e outros. Diferentemente da posição compatibilista, a posição revisionista parece estar calcada em um consequencialismo de regras.

5. Conclusão: Mais Problemas

Concluo com a minha intuição acerca do paradoxo apresentado. A minha intuição, em uma casca de noz, é de que os revisionistas estão certos sobre a racionalidade de impor regras, mas que parece existir uma espécie de assimetria entre a racionalidade de impor regras e a racionalidade de seguir regras. A lógica da imposição de regras parece ser distinta da lógica da recepção e seguimento de regras (Schauer, 2005). Do ponto de vista do arquiteto do sistema, do responsável pelo desenho institucional ou modelagem institucional, faz sentido construir um sistema de regras que de fato funcionam como regras sérias (Alexander e Sherwin, 2001), excluindo considerações de primeira ordem se é o caso que essa opção evitará mais erros do que acertos. Regras engendram coordenação, poupam tempo de deliberação e principalmente, podem evitar erros, ou pelo menos mais erros do que o particularismo ou do que o particularismo sensível às regras. Se acreditamos que os responsáveis pela tomadas de decisões tem mais chances de errar ou abusar do poder quando

possuem a prerrogativa de negligenciar as regras previamente confeccionadas, para aplicar aquilo que imaginam erroneamente ser os seus propósitos subjacentes, ou a totalidade de razões relevantes, então temos boas razões para tentar criar obstáculos para que isso não ocorra. Se o modelo de regras pode ser melhor do que as suas alternativas em certas circunstâncias, então parece ser no mínimo racional adotá-lo e, talvez, também, a coisa correta a ser feita de um ponto de vista moral. Entretanto, do ponto de vista individual, do agente responsável pela decisão sobre a aplicação das regras, se na ocasião do ato, sob a sua perspectiva, entende que levou todas as razões relevantes em consideração, inclusive a possibilidade de sua solução ser um erro e chegou à conclusão de que a melhor coisa é desviar da regra, então o racional, sob o seu ponto de vista, isto é, sob o ponto de vista do agente, o racional é de fato desviar. Não seria racional aquele que desviasse do seu melhor juízo, tendo certeza que o seu melhor juízo é correto. Regras parecem exigir ou pressupor que as pessoas abdicuem da sua autonomia, pelo menos em alguma medida, mas não parece ser racional do ponto de vista da pessoa abdicar de sua autonomia se é o caso que se tem certeza de que o que a regra exige é errado⁷.

Notas

¹ Agradeço à CAPES, à FAPERJ e ao MCT/CNPq pelo apoio financeiro. Agradeço, ainda, ao Professor Danilo Marcondes de Souza Filho, com quem tenho podido debater e desenvolver vários pontos do presente artigo.

² Doutor em Filosofia pela PUC-Rio. Professor efetivo dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio e Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUC-Rio. E-mail: noel@puc-rio.br

³ Outro exemplo interessante de uma regra que é ao mesmo tempo sobreinclusiva e subinclusiva é a do caso do Batman, recentemente noticiado em alguns jornais (basta colocar no *google* para encontrar vários sítios coma notícia). Em Tampa, na Flórida, existe uma lei estadual da década de 50 que proíbe o uso de máscaras em público. Tal regra foi criada para combater as ações dos encapuzados do Klu Klux Klan. Entretanto, a mesma regra levou à prisão de Ian Walsh, de 21 anos, que costumava usar uma fantasia de “Batman” na noite de Tampa, para posar para fotos com clientes de bares locais. Detido, o “Homem-Morcego” teve de pagar US\$ 500 de fiança para ser solto. No caso de Walsh a regra se mostrou sobreinclusiva, mas com um pouco de imaginação, poderíamos imaginar casos em que a mesma regra poderia se mostrar subinclusiva, incorporando menos coisas do que deveria.

⁴ Aliás, no direito as pessoas se engajam com a argumentação teórica ou especulativa para poder utilizar as conclusões daí extraídas para realizar inferências práticas.

⁵ Obviamente, esse argumento pode ser criticado até mesmo em termos consequencialistas. O médico que resolve matar uma pessoa para salvar cinco não está levando em consideração todas as consequências possíveis de seus atos. Se, diante dessa ocasião, ele decide matar o paciente saudável, isso pode gerar uma situação de pânico para os casos futuros. Ninguém mais iria ao médico com medo de que poderia ser morto a qualquer momento. Isso, por sua vez, acabaria gerando muito mais mortes, já que ninguém mais se trataria adequadamente. Para argumentos nesta direção, ver: Rawls (1955).

⁶ Colocando em outros termos, uma regra jurídica funciona como aquilo que Raz intitula como uma razão protegida (RAZ, 1983 e 1999). Afinal, se o direito possui uma pretensão de autoridade, então ele necessariamente tem que excluir a possibilidade de se levar em conta outras razões que não são razões jurídicas. Uma razão protegida exerce ao mesmo tempo o papel de uma razão primária para a ação e de uma razão secundária, que exclui a possibilidade de se levar em consideração, no cálculo decisório final, outras razões possíveis.

⁷ Aqui talvez não tenhamos um paradoxo do ponto de vista lógico em sentido estrito porque não existe contradição em dizer que o que é racional do ponto de vista do agente não é racional do ponto de vista daquele que impõe as regras, a não ser que sejam as mesmas pessoas. Entretanto, mesmo que não seja um paradoxo em sentido estrito, um paradoxo com letra maiúscula, não podemos negar que ainda assim é um problemão com P maiúsculo para a filosofia prática, principalmente para a filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política.

Referências

- ALEXANDER, L. e SCHAUER, F. Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire. In.: *William and Mary Law Review*, nº 48, pp. 1579-1603, 2007.
- ALEXANDER, L. e SHERWIN, E. *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham e Londres: Duke University Press, 2001.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- HOOKER, B. *Ideal Code, Real World: A Rule-Consequentialist Theory of Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- HURD, H. Why You Should Be A Law-Abiding Anarchist (Except When You Shouldn't). 42 *University of San Diego Law Rev.* 75 (2005).
- MACCORMICK, N. Argumentation and Interpretation in Law. In.: *Ratio Juris*, vol.6, nº1, 1993, pp.16-29.
- MCCLEENEN, E. The Rationality of Being Guided by Rules. In: MELE, A e RAWLING, P. (EDS). *The Oxford Handbook of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 222-240.
- RAWLS, J. Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review* 64 (1955), pp. 3-32.
- RAZ, J. (Ed.) *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- _____. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- _____. Authority, Law and Morality. *The Monist*. nº 68, p. 295-324, 1985.
- _____. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- SCHAUER, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- _____. Imposing Rules. 42 *University of San Diego Law Rev.* 85 (2005).
- SHAPIRO, S. The Rationality of Rule-Guided Behavior: A Statement of the Problem. 42 *University of San Diego Law Rev.* 55 (2005).
- WALUCHOW, W. *The Dimensions of Ethics*. Ontario: Broadview Press, 2003.