

OS PRINCÍPIOS E A LÓGICA DEÔNTICA DERROTÁVEL

Anderson Souza da Silva Lanzillo*

Antes considerado um tema novo ou mesmo um “atrevimento” do pensamento jurídico moderno contra o conservadorismo da doutrina e jurisprudência brasileira, os princípios figuram no pensamento e na prática atual como elemento chave de interpretação e aplicação, formando, para parafrasear Thomas Kuhn, o “discurso argumentativo normal” da ciência do Direito do Brasil.

Contudo, a aplicação de princípios, antes aclamada como modernidade e vanguardismo do pensamento jurídico, passa aos poucos enfrentar críticas em razão da popularidade que essa aplicação passou a possuir. Antes instrumento de combate a um positivismo disfuncional, de apego exacerbado à letra da lei, impedindo a revelação de novas realidades, especialmente aquelas relacionadas à Constituição Federal de 1988, hoje esta mesma aplicação possui enfrentamentos pela acusação de ser a porta de subjetivismos ou mesmo um ativismo judicial inconsequente ou ilegítimo.

Apesar das críticas, os princípios seguem firmes em fundamentação de variadas decisões judiciais, sejam as tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, sejam as tomadas em Juizados Especiais Estaduais. Se antes a pergunta era saber se princípios eram fontes de integração do Direito, subsidiárias à lei, ou verdadeiras normas jurídicas, parece que hoje a pergunta resta no ponto de saber quais são os limites de aplicação dos princípios na argumentação jurídica e, por consequência, na fundamentação das decisões judiciais.

Mas, realiza-se uma pergunta “curiosa”: por que os princípios são tão atrativos na sua utilização no moderno direito brasileiro? Talvez não seja compreensível esta indagação quando há um senso comum consolidado de que princípios sejam normas, mas a

* Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

argumentação jurídica pode ser realizada com bases em padrões que não apelem a princípios (Ex.: costumes, analogia). Onde, então, está o “charme” dos princípios?

Para responder a esta pergunta, este trabalho analisa a questão a partir da premissa de que a utilização dos princípios é corrente e atrativa em razão da sua forma de funcionamento e a compreensão intuitiva desta forma de funcionamento. Há teorias que procuram explicar este funcionamento¹, mas não vai ser nelas a busca desta fonte de explicação. Também deve ser alertado que há outras formas de explicar esta fonte em razão de circunstâncias históricas, econômicas e sociais que circundam o pensamento jurídico, mas que este não será o caminho aqui adotado.

O caminho aqui adotado será travado a partir de um conceito chamado de “derrotabilidade”, que gerou no âmbito da lógica a “lógica deôntica derrotável” (*defeasible deontic logic*). A noção de derrotabilidade, como será vista, trouxe ao pensamento lógico uma maneira diferenciada de ver a relação de consequência lógica, especialmente aplicada ao universo das normas e, por isso, de relevância para a discussão dos princípios no pensamento jurídico.

A lógica deôntica na sua forma moderna têm a sua estruturação em razão dos trabalhos de von Wright². Para construir a lógica deôntica, von Wright partiu de uma analogia. Já era conhecida desde Aristóteles a chamada lógica modal, mas a lógica modal mais conhecida e trabalhada até aquele momento era a lógica modal alética, que lida com operadores (necessário, possível e contingente) e o modo como estes operadores impactam os valores de verdade. Com base na lógica modal alética, von Wright enxergou a possibilidade de transpor similar raciocínio para o mundo normativo, criando assim a lógica deôntica a partir de modalidades deônticas (obrigatório, proibido e permitido). À diferença da lógica modal alética, a lógica deôntica possui nas ações o seu campo de investigação.

Os trabalhos de von Wright passaram a constituir um sistema que na literatura sobre o tema passou a ser conhecido como “lógica deôntica padrão” (*standard deontic logic* – SDL). Entretanto, a discussão e a transposição deste sistema para analisar o discurso normativo real passou a mostrar uma série de dilemas em retratar em nível lógico os problemas apresentados pelas normas, chegando-se ao ponto de, até hoje, indagar-se se o discurso normativo pode ser objeto de formalização pela lógica.

¹ Vide o pensamento de Alexy e Dworkin.

² Vide VON WRIGHT, G. H. *Deontic Logic*. Mind, New Series, v. 60, n. 237, jan., 1951, p. 1-15. Disponível em: <<http://www.wnswz.strony.univ.gda.pl/von%20wright,%20deontic%20logic.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

Um destes problemas tem a ver com a relação de consequência lógica. Na lógica tradicional, dado um conjunto de premissas, se elas são verificadas, suas consequências também vão ocorrer. Simplificando e colocando de maneira mais gráfica, dado A e dado B, se nas minhas premissas há que “Se A, então B” e eu tenho A, vai haver uma consequência B. Na lógica tradicional (lógica clássica), havendo a premissa, suas consequências vão ser verificadas. Isto significa que na lógica tradicional *sempre* que há a premissa, a consequência será gerada. Ou seja, dado A, nunca na lógica tradicional vai dar C ou E. Esta característica é chamada de monotonicidade, que num conceito simplificado significa: mesmas premissas, mesmas consequências.

Partindo deste aspecto da lógica tradicional, é fácil verificar que ela não se aplica ao raciocínio normativo usado no Direito. Seja pela previsão explícita de exceções, seja pela consideração de outros argumentos (como o dos princípios, que aqui é o caso), há muitas situações que, mesmo com a realização da premissa legal, não vai se dar o resultado esperado (Ex.: se mato alguém, cometo homicídio, mas se mato alguém *em legítima defesa*, não é o caso do homicídio). Esta peculiaridade despertou em vários teóricos a consciência no sentido de encarar o discurso normativo não do ponto de vista do sistema da lógica clássica. A solução, então, foi buscar a construção de lógicas não-clássicas que comportassem um comportamento não monotônico. E para explicar este aspecto das normas foi cunhado o termo derrotabilidade.

A derrotabilidade pode ser caracterizada como uma maneira nova de enxergar a relação de consequência lógica no pensamento normativo. Navegando por diversos autores, procura-se ilustrar a norma jurídica com uma relação entre um antecedente + um consequente. É o famoso “Se A, então B”, inclusive aqui já utilizado. O problema desta abordagem ao apresentar as normas é que elas apelam para a lógica tradicional e assim colocam a relação de condição lógica *em termos absolutos*. A derrotabilidade vai colocar que as normas não são condicionais absolutos, mas *superáveis*, gerando consequências opostas ou mesmo diversas das presentes como consequências para os antecedentes normativos. Isto altera profundamente a visão da norma jurídica e, na perspectiva deste trabalho, sublinha de forma inconsciente toda a literatura jurídica no século XX e ainda no século XXI sobre a diferença de regras e princípios.

Não entrando na discussão se todas as normas jurídicas são *derrotáveis*, há vários aspectos que são apontados para explicar a derrotabilidade das normas jurídicas³: a) o caráter

³ Vide BAYÓ, Juan Carlos. *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 24, 2001, p. 5-65. Disponível em:

da discussão processual do Direito, exigindo que as partes sustente a existência ou não existência de condições que levam a justificar a manutenção/não-manutenção do consequente da norma jurídica (Ex.: Se se ultrapassa o sinal vermelho, aplica-se multa. Mas o réu alega que estava levando à mãe ao hospital. A norma não prevê esta exceção. Considerando-se a discussão processual, o caso concreto, deve (não) se dar o consequente (multa)?; b) presença de informação incompleta, não se tendo conta, quando comparada a norma com a realidade, todas informações relevantes e com isso circunstâncias que podem compor ou não exceções (Ex.: circunstâncias que não estavam muito claras ao tempo da edição de uma norma, mas que se tornam transparente com sua aplicação ao longo do tempo; c) as normas não são semanticamente já determinadas de modo imediato pela legislação, podendo (e muitas vezes contendo) indeterminações e aberturas para outros significados (Ex.: o avanço da biologia e da ciência em geral trouxe outros significados para o termo “vida” que, quando disposto na legislação, assume matizes impensados e mesmo variados para uma legislação teoricamente “uma”); d) as normas também estão relacionadas com a intenção dos agentes, sendo derrotáveis em razão do aspecto pragmático envolvido no discurso jurídico; e) interações entre princípios e regras, o que tornaria as normas em si derrotáveis. Nesta última razão reside o interesse deste trabalho.

Quando se quer chamar a atenção para relação entre princípios e regras, não se quer entrar em debates como colisão, ponderação, casos difíceis entre outros de mesmo quilate, já que isto seria contraditório com o objetivo deste trabalho. Pelo contrário: quer-se pelo conceito perfilado de derrotabilidade mostrar como isto *de fato* funciona e porque a sua recorrência no pensamento jurídico brasileiro moderno.

Com as ponderações realizadas, do ponto de vista da derrotabilidade os princípios atuam como argumentos jurídicos para superar os antecedentes com o intuito de construir consequentes opostos ou diferentes consequentes. Veja que a articulação do princípio dentro deste matiz teórico foge de considerações finalísticas, estados de coisa ou razões de justiça, invocando seu papel *procedimental* na argumentação jurídica.

Assim, os princípios atuam como elementos “desestabilizadores” de condições explícitas ou implícitas como antecedentes, mostrando que outros consequentes devem ser buscados. Se a realização de um antecedente implica num consequente e este consequente é

<<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2012; CARACCIOLO, Ricardo. Normas derrotables: la concepción de Carlos Alchourrón. In: ANÁLISIS FILOSÓFICO XXVI, n. 1, maio 2006, p. 156-177. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-96362006000100009&script=sci_abstract&tlng=en>. Acesso em: 20 abr. 2012.

indesejável por alguma razão, o princípio atua para mostrar que o antecedente está montado sobre condições que não *justificam* o antecedente perante este mesmo princípio. O princípio opera como um verdadeiro *revisor* de condições colocadas na legislação, mostrando que elas não sustentam a aplicação absoluta que em primeiro se busca por meio de uma norma (a pretensão de aplicação a princípio absoluta de uma norma é chamada muitas vezes na literatura recente da lógica deôntica de obrigações *prima facie*. São *prima facie* por que seus consequentes devem ser aplicados até que haja razão que sustente a sua não aplicação).

Mas mesmo assim, persiste uma questão: mas por que os princípios? Ora, se os princípios desestabilizam as condições pressupostas na norma, sozinhos eles não podem atuar. Entretanto, neste ponto revela-se o álbi teórico perfeito que os princípios proporcionam ao pensamento jurídico brasileiro moderno. Como assim?

Dado que os princípios são considerados normas e, sendo eles considerados normas válidas de um sistema jurídico (pelo menos no Direito Brasileiro), a estratégia passa pela enganadoramente simples conclusão de que ao aplicar o princípio o jurista aplica o Direito. Trocando em outras palavras, o jurista (doutrinador, juiz, promotor, entre outros) não está *saindo* do sistema, mas apenas *aplicando*, “*concretizando*”, norma que pertence a este sistema. Não se discute nada “extra-“, pois se está olhando o “núcleo contedístico” e aplicando o que este núcleo exige. E se o princípio (com tudo que tem direito) está no Direito, não há ativismo judicial (ou como se diz correntemente, aplica-se apenas a Constituição). O princípio é a válvula de escape pela qual qualquer decisão, desde que envolva um princípio, não desempenha nenhuma função legislativa ou executiva. Meramente judicial. Por esta razão a fábrica de princípios está a pleno vapor. Afirmam-se os princípios contra o apego à Lei, mas operam-se no apego ao Direito sem realidade social, ainda que se diga o contrário.

Como os princípios estão “dentro” do sistema, por esta razão é que ouvir falar em doutrina ou jurisprudência de outras fontes “integradoras” do Direito virou matéria apenas de manual, livros e prova, mas que carece de real utilização no Direito Brasileiro atual. Pense: há quanto tempo você vê uma decisão baseada nos “costumes”? Na “equidade”? Na “analogia”? No Brasil, faz tempo que não. E por quê? Porque, como aponta o próprio nome, se são integradoras, elas não estão *já dentro do sistema*. O sistema apenas autoriza que se busque, mas sem dar maior estofa de justificação do que e como buscar esta integração. Princípio, não. Dá as ferramentas para *ocultar o desejo de superar consequentes indesejáveis*.

Mas será que o princípio dá tudo o que promete? Pense no caso recente do julgamento da anencefalia. A norma penal já falava em permissão do aborto em caso de

estupro e perigo de vida para a gestante. Mas anencefalia? Sim, o princípio da dignidade humana não aceita que uma mulher gere um ser que não é viável, que não vai desenvolver-se.

O princípio da dignidade humana operou no julgamento para discutir uma condição que antes era mais estável até pouco tempo: o sentido da vida. Mas, o que este trabalho quer iluminar sobre um caso deste é a questão da *racionalidade jurídica*: Que vida exige este princípio? A vida viável é algo que já é conteúdo da dignidade da pessoa humana? É conteúdo desta norma? Está no sistema? Recorre à situação social e está no sistema?

Apontadas as implicações que o conceito de derrotabilidade revela na explicação do funcionamento dos princípios, mostra-se que há para os juristas no Brasil contemporâneo o desafio de discutir os parâmetros *reais e efetivos que são utilizados nas argumentações jurídicas por debaixo da capa do princípio*. A não ser que, como seres extasiados, a plateia prefira admirar apenas as maravilhas que operam, como perante um mágico, que retira qualquer coisa de sua cartola, embora ciente que há um truque e que este truque possa ser muito bem explicado.