

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

RAFAEL LEDUR DA SILVA

A CONCEPÇÃO DE REGRA EM FREDERICK SCHAUER

Porto Alegre

2018

RAFAEL LEDUR DA SILVA

A CONCEPÇÃO DE REGRA EM FREDERICK SCHAUER

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira

Porto Alegre

2018

RAFAEL LEDUR DA SILVA

A CONCEPÇÃO DE REGRA EM FREDERICK SCHAUER

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: Porto Alegre, ____ de dezembro de 2018

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira (Orientador)

RESUMO

O presente trabalho investiga a concepção de regra desenvolvida por Frederick Schauer. A estrutura e a função das regras são analisadas, destacando-se o caráter subótimo das mesmas, o seu caráter entrincheirado e o formalismo jurídico oferecido por Schauer. Aqui, define-se uma regra como uma relação. Então, são discutidos os motivos que podem justificar o uso de regras, considerando os ganhos e os problemas daí decorrentes, enfatizando-se o papel das regras como instrumentos para alocação de poder. Ao final, são pensados modelos de tomada de decisão, com destaque para a ideia do positivismo presumido.

Palavras-chave: regras; Frederick Schauer; tomada de decisão; particularismo; formalismo; particularismo sensível às regras; positivismo presumido.

ABSTRACT

The present work investigates the conception of rule developed by Frederick Schauer. The structure and function of rules are analyzed, highlighting the suboptimal character of them, their entrenched character and the legal formalism offered by Schauer. Here, a rule is defined as a relationship. Then, reasons that can justify the use of rules are discussed, considering the gains and the resulting problems, emphasizing the role of rules as devices for allocation of power. At the end, models of decision-making are considered, with emphasis on the idea of presumptive positivism.

Key-words: rules; Frederick Schauer; decision-making; particularism; formalism; rule-sensitive particularism; presumptive positivism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A IDEIA DE REGRA	10
1.1 REGRAS PRESCRITIVAS E REGRAS DESCRITIVAS	10
1.2 GENERALIZAÇÕES: SUPRESSÕES E INCLUSÕES	12
1.3 SOBREINCLUSÃO E SUBINCLUSÃO	16
1.4 O MODELO DE CONVERSAÇÃO E O MODELO ENTRINCHEIRADO	19
1.5 DOIS TIPOS DE JUSTIFICAÇÃO	22
1.5.1 GENERALIZAÇÕES ENTRINCHEIRADAS: A REGRA COMO UMA RELAÇÃO	24
1.5.2 A IDEIA DE REGRA E O FORMALISMO JURÍDICO EM SCHAUER.....	29
1.5.3 O CARÁTER SUB-ÓTIMO DAS REGRAS	33
CAPÍTULO 2 – RAZÕES PARA REGRAS	36
2.1 O ARGUMENTO DA CONFIANÇA	36
2.2 O ARGUMENTO DA EFICIÊNCIA	40
2.3 O ARGUMENTO DA AVERSÃO AO RISCO	42
2.4 O ARGUMENTO DA ESTABILIDADE.....	45
2.5 AS REGRAS COMO INSTRUMENTOS DE ALOCAÇÃO DE PODER	47
2.5.1 O GRAU DE REGULAÇÃO SUBSTANTIVA	50
2.5.2 REGRAS E A PRIORIDADE DO MAIS LOCAL.....	52
CAPÍTULO 3. MODELAGEM INSTITUCIONAL E TOMADA DE DECISÃO	56
3.1 ASSIMETRIA DE AUTORIDADE, OU O PROBLEMA DO “GAP”	56
3.2 MODELOS DE TOMADA DE DECISÃO	58
3.2.1 O PARTICULARISMO PURO E O FORMALISMO PURO.....	59
3.2.2 O PARTICULARISMO SENSÍVEL ÀS REGRAS	63
3.2.3 POSITIVISMO PRESUMIDO	65
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

O trabalho que segue ocupa-se do fenômeno das regras, a partir da concepção construída por Frederick Schauer. A problemática tratada tem como pano de fundo um contexto geral de valorização da solução do caso concreto e, no particular, um desprestígio consequente que tem sido conferido às regras. Frente a isso, busca-se pensar os problemas que podem advir de uma contínua procura por melhores resultados e por ajustes para a melhor solução do caso concreto, para então pensar as razões que temos para valorizar as funções que as regras desempenham. Daí a questão que se põe: nós temos motivos para seguir regras mesmo quando elas produzem resultados errados?

No capítulo 1, o foco está, primeiramente, em pensar as bases para estruturar a ideia de regra. Com isso, inicia-se pensando a diferença entre regras descritivas e regras prescritivas, mas o ponto principal é destacar um elemento comum entre ambas: as generalizações. Deslocando o foco para trabalhar as generalizações, vemos que elas operam a partir de seleções, daí porque o uso de generalizações implica fazer escolhas entre inúmeras alternativas possíveis.

Assentada a importância de pensar as generalizações na discussão sobre o conceito de regra, vemos os problemas daí decorrentes. Assim, abrem-se duas possibilidades de reação frente a esse quadro: o modelo de conversação e o modelo entrincheirado.

Então, será vista a proposta de Schauer no sentido que as regras são generalizações pensadas para concretizar certos propósitos mais profundos (as “justificações”). Assim, que as regras carregam em sua estrutura a marca da imperfeição: elas não traduzem perfeitamente os objetivos que deveriam concretizar.

Em seguida, passamos a ver que existem outros objetivos que motivam a própria utilização de regras. Na sequência, é desenhada uma caracterização um pouco diferente da ideia de regra: a regra como uma relação. Daí, segue a caracterização das regras como estruturalmente subótimas frente aos objetivos mais profundos que elas são projetadas para concretizar.

No capítulo 2, são discutidas certas razões que podem justificar uma opção por regras. Isso é pensado a partir de uma estrutura tensionada entre os problemas que elas ajudam a resolver e os custos que elas carregam junto.

No capítulo 3, já tendo assentado os custos envolvidos na adoção de regras, e reconhecido que um privilégio, ou não, por regras depende de considerações que estão

para além da própria ideia de regra, passamos a ver as possibilidades de modelagem de tomada de decisão. Assim, vemos os extremados modelos do particularismo puro e do formalismo puro, e os modelos intermediários (em um contínuo de gradações possíveis) do particularismo sensível às regras e do positivismo presumido.

1 A IDEIA DE REGRA

1.1 REGRAS PRESCRITIVAS E REGRAS DESCRITIVAS

Na obra de Frederick Schauer, a sua teoria sobre as regras prescritivas tem particular destaque, sendo elaborada sobretudo no livro *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. O autor preocupa-se com o fenômeno das regras – a forma como regras prescritivas desempenham um amplo papel na tomada de decisões na vida prática em geral e no direito em particular.

Inicialmente, as regras podem ser diferenciadas em duas categorias: descritivas e prescritivas. As descritivas servem para atestar certas regularidades no mundo ou certas generalizações de ordem empírica. É dizer, o uso de tal tipo de regra não ocorre para modificar comportamentos, mas sim para explicar ou descrever certos estados de coisas¹.

As regras prescritivas, por sua vez, desempenham seu papel guiando, controlando ou modificando certos comportamentos. Servem, em suma, para exercer pressão no mundo².

Nesse sentido, como aponta Struchiner, há uma diferença na direção de ajuste entre a linguagem e o mundo. Isso porque o que marca o uso das regras prescritivas é uma tentativa de fazer o mundo se ajustar à linguagem empregada; ao passo que, no caso das regras descritivas, a linguagem é que deve se adequar àquilo que já está no mundo.³

Schauer subdivide a classe das prescritivas em *instruções e regras obrigatórias*. As instruções são opcionais em dois sentidos. Primeiro, elas somente têm aplicação se o agente destinatário deseja ter sucesso na tarefa que é objeto da instrução⁴. Segundo, os destinatários das instruções as tomam como opcionais no sentido de considerarem a força

¹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 2.

² Ibidem, p. 2.

³ STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2011: p. 129

⁴ Em sentido semelhante: “Many rules are recipes. they are instructions how to do things: how to bake a cake, assemble furniture, impress an audience, untie knots, find one’s way out of a maze, or win in chess. Such rules state conditional reasons. That is they are not themselves reasons, and the reasons they state are reasons only for those who have some other reason. You have reason to bake this way if you have a reason to bake a cake, for that is how cakes are baked, etc.” (RAZ, Joseph. **Reasoning with Rules**. 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=999552>)

delas na medida em que sejam congruentes com a avaliação (do próprio destinatário) da probabilidade de que o resultado pretendido seja produzido caso a instrução seja seguida. Por hipótese, se o destinatário acreditar que, num dado caso, a instrução não conduzirá ao resultado pretendido, a força da instrução desaparece e o agente sente-se livre para desconsiderá-la⁵.

Como refere Struchiner:

[...]a força de uma instrução ou sugestão é congruente com a nossa crença de que ela representa o melhor caminho possível para conquistar a meta desejada. Se existe um meio alternativo mais adequado para tanto, então a força da instrução se esvai completamente. Uma sugestão ou instrução não carrega um peso autônomo ou intrínseco, independente dos objetivos almejados.⁶

Em contraponto às instruções, há um tipo de regra que exerce pressão normativa em razão do próprio *status* de regra, e, assim, com algum grau de autonomia em relação à sua utilidade nos casos em que se aplica. Como diz Schauer, um tal tipo de regra não é totalmente opcional, tornando-se uma razão para ação, e a “força normativa da regra não se esgota por seu valor num caso particular”⁷.

Sob tal compreensão, a regra ostenta força para determinar um resultado que deve ser seguido mesmo nos casos em que pareça - ou mesmo possa ser - melhor abandoná-la. O ponto central é que a força da regra não está diretamente condicionada aos propósitos que a regra deve servir, sendo esta capaz de exercer pressão normativa no agente destinatário ainda que a justificação⁸ da regra indique um resultado diverso. Assim Schauer exemplifica:

A diferença entre ‘O limite de velocidade é 55’ e ‘Não é seguro dirigir acima de 55 milhas por hora’ é que somente o primeiro proíbe dirigir acima de 55 milhas por hora mesmo quando seria seguro fazê-lo. Se dirigir acima de 55 milhas por hora fosse, sob dadas circunstâncias, seguro, a primeira regra ainda seria violada por aqueles que excedessem essa velocidade, porque, e somente porque, o fato de a regra ser uma regra fornece uma razão para não dirigir acima de 55 milhas por hora.⁹

⁵ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 4.

⁶ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras**: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 156.

⁷ SCHAUER, loc. cit.

⁸ O sentido de “justificação” será precisado adiante.

⁹ SCHAUER, loc. cit.

Essa concepção não implica que a força da regra deve ser absoluta, porque, como diz Schauer, não há necessária correlação entre aquilo que nós temos uma razão para fazer e aquilo que, tudo considerado (*all things considered*), nós devemos de fato fazer. Assim, não fica excluída a possibilidade de que outras razões relevantes acabem determinando o que deve ser feito¹⁰.

1.2 GENERALIZAÇÕES: SUPRESSÕES E INCLUSÕES

As regras descritivas, ao explicarem regularidades, são baseadas em generalizações. Isso significa que o uso de tais regras supõe a existência de uma multiplicidade de eventos, assim diferenciando-se de observações singulares. Sob tal compreensão, Schauer afirma uma relação necessária entre a existência de uma regra descritiva e o uso de generalizações¹¹.

Nesse aspecto as regras prescritivas não se diferenciam, porque, do mesmo modo, partem de generalizações. Por essa razão, Schauer sustenta que, não sendo o caso de descrever vários eventos ou de prescrever várias ações, não cabe empregar a palavra “regra”¹². Nesse ponto, assim explica Struchiner:

Apesar de as diferenças entre as duas classes de regras saltarem aos olhos imediatamente, existe uma semelhança fundamental entre ambas: ambas fazem uso de generalizações. Quando não existe algum grau de generalização, não se pode falar em regras, mas apenas em descrições de fatos particulares e de ordens ou comandos específicos. A generalização é uma nota característica das regras, sejam elas prescritivas ou descritivas.¹³

¹⁰ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 5. Cf. STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras**: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 156.

¹¹ SCHAUER, op., cit., p. 17: “To assert the existence of a descriptive rule is necessarily to generalize. There are no rules for particulars”. Cf. RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 44 e 73; GOLDMAN, Alan. **Practical Rules**: When we need them and when we don’t. Cambridge University Press, 2002. p. 11-12.

¹² SCHAUER, Op. cit. p. 18. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 160, 2003. p. 54-55

¹³ STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

A compreensão da ideia de regra supõe, nesse sentido, o reconhecimento da diferença entre o geral e o particular¹⁴. Bem entendido, é da própria noção de regra que ela seja pensada para tipos ou categorias (e não particulares), e é essa característica que torna relevante a função desempenhada pelas generalizações.

Para Schauer, generalizações são constantes em nossas vidas, no sentido que “nossos confrontos são comumente particulares – essa pessoa, essa construção, essas pedras, essas palavras –, mas nos agarramos ao mundo organizando essas particularidades dentro de grupos maiores”¹⁵. A generalização, assim, funciona conectando um determinado particular a uma categoria, a qual é, por definição, algo maior do que cada particular que ela incorpora.

Nesse sentido, percebemos os particulares não apenas enquanto particulares, mas também como possuidores de certas propriedades, e é em função destas que eles são enquadrados em certas categorias. As categorias marcam as propriedades destacadas que são compartilhadas pelos particulares. Como refere Schauer:

As categorias que empregamos não são mutuamente excludentes, tampouco rigidamente distintas, mas, em vez disso, se sobrepõem e se encaixam uma dentro da outra, de tal modo que um objeto ou evento particular é comumente membro de muitas delas. Em razão disso, objetos, ações, eventos ou percepções particulares não podem ser mecanicamente colocados em uma categoria única, pois nenhuma das categorias simultaneamente aplicáveis, das quais qualquer particular é membro, tem uma prioridade lógica sobre a outra.¹⁶

O processo de generalização, assim, envolve a necessidade de fazer escolhas: para além da própria escolha de generalizar, escolhe-se a direção da generalização e o grau desta, já que, como ressalta Struchiner, “ao lidar com um objeto ou ente particular, muitas vezes tenho a opção de incluí-lo em uma ou outra classe ou categoria, e o modo de inclusão pode variar”¹⁷.

¹⁴ SCHAUER, Frederick. Rules and the Rule of Law. *Harvard Journal of Law and Public Policy* (Symposium on Rules and the Rule of Law), n.º 14, 1991. p. 647. A generalidade, entendida como “a quantidade de particulares que pertencem a uma classe”, é uma questão de grau. Cf. SCHAUER, Frederick. Prescriptions in Three Dimensions, *Iowa Law Review*, n.º 82, 1997. p. 913; ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 28

¹⁵ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 18

¹⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁷ STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

Com efeito, a escolha se materializa quando fazemos abstrações a partir das particularidades de um determinado estado de coisas, e fazemos uma escolha adicional quando selecionamos a categoria dentro da qual localizar tais particularidades. Ao generalizar, portanto, deixamos de ver casos particulares como eventos únicos, e passamos a vê-los como exemplos de uma categoria¹⁸.

Nesse contexto, as escolhas se dão entre diversas classificações possíveis, escolhas que acabam delimitadas pelos “propósitos do momento”. Assim, segundo Schauer, as propriedades apontadas como relevantes envolvem uma escolha orientada não pelas inúmeras características do objeto que estiver em questão, mas pelo “contexto discursivo” no qual o objeto é descrito¹⁹.

Para além de escolher a direção da generalização, o grau desta pode ser mais ou menos exclusivo. Dessa forma, as generalizações são relativas, “porque o particular em um domínio pode ser geral em outro”²⁰. No mesmo sentido explica Struchiner:

A direção da minha generalização é ditada pelo contexto discursivo no qual estou trabalhando. (...) O que importa é que toda generalização envolve escolhas e supressões, e as escolhas que são feitas podem se mostrar insatisfatórias em certas ocasiões, assim como as supressões podem se mostrar relevantes em outras. As condições de felicidade ou sucesso das generalizações empregadas dependem do contexto discursivo.²¹

Nessa linha, uma vez que as generalizações operam selecionando e focando em certas propriedades, elas implicam também supressões de outras propriedades, inclusive daquelas que podem ser relevantes em certos contextos²². Nas palavras de Schauer:

Supressões são importantes precisamente porque não são negações. [...] Generalizações são uma forma de discurso que envolve supressão, em alguns contextos, de diferenças que seriam relevantes em outros contextos. Entre as numerosas generalizações disponíveis, aquela que um falante escolhe suprimirá diferenças que teriam sido destacadas por outros, assim como a generalização escolhida suscitará semelhanças que teriam sido suprimidas por outros.²³

¹⁸ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 19.

¹⁹ Ibidem, p. 19-20.

²⁰ Ibidem, p. 20.

²¹ STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105-106.

²² SCHAUER, op. cit., p. 22. Cf. GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 33-34.

²³ SCHAUER, loc. cit.

As generalizações, com a nota característica de seleções e supressões, compõem as regras prescritivas como elemento central na sua estrutura. Na definição inicial de regras prescritivas que Schauer propõe, estas são constituídas por uma parte antecedente e uma parte conseqüente, as generalizações situando-se naquela parte.

O antecedente é o predicado fático da regra, a parte que “especifica o escopo da regra, as condições fáticas que acionam a aplicação da regra”²⁴. Como explica Struchiner, o predicado funciona como uma hipótese, fixando as condições para aplicação da regra. Nesse sentido, é “uma afirmação descritiva genérica que, quando verificada, aciona o conseqüente”²⁵.

O conseqüente, por sua vez, prescreve o resultado que deve ser obtido uma vez preenchidas as condições postas no antecedente. Portanto, faz as vezes de um operador deôntico, definindo se o predicado fático posto no antecedente é proibido, permitido, ou obrigatório²⁶.

Diz Schauer que as regras não são comumente fixadas de modo que a separação do predicado fático e do conseqüente seja claramente evidenciada. Nada obstante, qualquer regra pode ser reformulada com essa distinção, de forma que uma regra do tipo “É proibida a entrada de veículos no parque” pode ser reformulada como “Se algum veículo entrar no parque, ele será rebocado”, ou “Se algum veículo entrar no parque, ele será multado”²⁷.

A importância dessa estruturação feita por Schauer é que o predicado fático, uma vez distinguido do conseqüente, materializa uma generalização descritiva. Dessa forma, as regras dependem de generalizações, e, independentemente do escopo, usam seu predicado fático para se fazer aplicável a tudo que esteja abrangido na generalização estabelecida no antecedente²⁸.

²⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 23.

²⁵ STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

²⁶ Ibidem, p. 106.

²⁷ Esse exemplo é feito por STRUCHINER, op., cit., p. 107. No original, por SCHAUER, op. cit., p. 23: “Nevertheless, any rule can be reformulated to take the canonical form of a hypothetical factual predicate followed by a consequent. ‘Keep of the grass’ is equivalent to ‘If you are on the grass, you will be told to leave, and ‘Jackets required for gentlemen’ means the same as ‘If you are male and wish to enter this restaurant, then you must wear a jacket’.

²⁸ SCHAUER, op. cit., p. 24. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 53.

Tal constatação é relevante porque o uso de generalizações é que implica o fenômeno da sobreinclusão ou subinclusão das regras ou pela sua potencial sobreinclusão ou subinclusão. Como aponta Struchiner:

A generalidade, por sua vez, é responsável pelo fenômeno da subinclusão ou sobreinclusão das regras ou pela sua potencial subinclusão ou sobreinclusão. É o fato de as regras prescritivas incorporarem mais casos do que deveriam, ou deixarem de incorporar casos que deveriam incorporar para concretizar suas justificações subjacentes, que torna o direito, ou melhor, a prática jurídica, um terreno de opções ou escolhas.²⁹

1.3 SOBREINCLUSÃO E SUBINCLUSÃO

A fixação de uma regra sempre envolve algum tipo de generalização³⁰. Comumente uma regra é estabelecida tendo em vista a ocorrência de um caso particular³¹, o qual é tido como referência de uma categoria mais geral, isto é, de uma meta que se quer alcançar ou de um mal que se quer erradicar. Essa categoria mais geral, que constitui o objetivo da regra a ser fixada, é chamada por Schauer de “justificação” da regra³².

Assim, faz-se uma generalização a partir das especificidades do caso particular, por meio de uma abstração das propriedades do caso referência consideradas potencialmente relevantes para efetivar as justificações subjacente à regra³³. É a justificação que determina qual, entre as possíveis generalizações extraíveis de algum evento particular, será fixada como o predicado fático da regra a ser estabelecida, porque o reconhecimento da relevância das propriedades de um dado caso é orientado pela justificação da regra³⁴. Como diz Struchiner:

Uma infinidade de generalizações pode ser logicamente estipulada a partir de um caso particular. Porém, as possíveis abstrações operadas em relação às propriedades de um caso particular, podem ser razoavelmente restringidas se temos em mente os objetivos (justificação) da regra. A diferença entre a generalização descritiva e a generalização prescritiva se dá em função de a última ser lapidada de acordo com uma justificação que representa uma meta que se pretende

²⁹ STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104.

³⁰ Idem. **Para Falar de Regras**: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 150.

³¹ Mas não é necessário que seja assim. Cf. SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 27.

³² Ibidem, p. 26.

³³ STRUCHINER, op. cit., p. 150.

³⁴ SCHAUER, op. cit., p. 26-27.

alcançar ou danos que devem ser evitados. A quantidade de generalizações logicamente e empiricamente possíveis a partir de um caso concreto é sempre muito maior do que a quantidade de generalizações prescritivas, que estão norteadas pela justificação. A justificação determina qual, entre várias generalizações de um evento particular, será selecionada como predicado factual da regra que está sendo construída.³⁵

Nesse sentido, o predicado fático é uma função da justificação, e a generalização nele contida tem como referência propriedades destacadas porque aumentam a probabilidade de a justificação que subjaz à regra ser concretizada. A generalização é probabilística no sentido de caracterizar um “recorte probabilístico da realidade, na medida em que dela recolhe algum tipo de regularidade, com pretensões de extrapolar os limites da observação empírica”³⁶.

Há uma relação probabilística entre uma propriedade e uma consequência quando a existência propriedade destacada é suficiente para provocar um aumento de ocorrências da consequência quando comparado em relação a uma outra categoria que somente se diferencie em função de não apresentar a mesma propriedade³⁷. Mesmo imperfeitas, as generalizações probabilísticas são necessárias, já que, como diz Schauer:

Os limites de tempo e entendimento tornam impossível restringir nossas estimativas de causa e efeito, ou de nossos relatórios de verdades empíricas, somente a afirmações universalmente corretas, e, portanto, empregamos generalizações que são apenas probabilísticas. Nós falamos que fumar causa câncer, que cachorros têm pulga, que comida mexicana é apimentada e que escoceses são austeros sem supor que estamos afirmando verdades universais invariáveis. Em vez disso, nós generalizamos de forma probabilística e não inexorável, permitindo o uso de generalizações descritivas, contanto que sejam estatisticamente justificáveis. Mas as convenções do nosso comportamento linguístico do dia-a-dia não requerem nada além dessa relação estatisticamente justificável entre causa e efeito [...].³⁸

³⁵ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 151.

³⁶ PEREIRA, Haroldo. "POSITIVISMO PRESUMIDO: o modelo de tomada de decisão baseado em regras na metodologia da teoria do direito/PRESIDENT POSITIVISM: the decision-making model based on rules in the methodology of the theory of law." **Revista Diorito** 2.1 (2018): p. 40. Sobre generalizações universais, cf. SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 7-9

³⁷ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 27-31. Cf. STRUCHINER, op. cit., p. 153.

³⁸ SCHAUER, op. cit., p. 31. As generalizações estatisticamente justificáveis se opõem às generalizações espúrias, estas sendo aquelas “desprovidas de fundamentos empíricos”. Sobre essa relação, cf. SCHAUER, FREDERICK. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. *passim*

Desse modo, sendo a generalização fundada em probabilidades, remanesce a possibilidade de um eventual descompasso entre a justificação que a regra deve concretizar e o resultado obtido pela aplicação do predicado fático que compõe a regra³⁹. Vale dizer, uma vez que o predicado fático da regra expressa um estado de coisas cuja materialização indica apenas uma probabilidade de efetivação da justificação subjacente, podem ocorrer casos em que a resposta determinada pela regra não seja equivalente à resposta que seria alcançada por uma aplicação direta da justificação⁴⁰.

Como as generalizações são seletivas, quando forem probabilísticas elas incorporarão certas propriedades que, eventualmente, serão irrelevantes. Mais, todas as generalizações, independentemente de serem probabilísticas, falharão em abarcar certas propriedades que, eventualmente, seriam relevantes para efetivar a justificação. As generalizações postas no predicado fático, pois, destacam propriedades que, em certos casos, não servirão para concretizar a justificação subjacente, e, ainda, suprimem propriedades que serviriam para concretizar a justificação subjacente⁴¹.

Nesse sentido, é em razão de as regras operarem selecionando certas propriedades que serão consideradas relevantes – e, portanto, suprimindo outras – e generalizarem a partir delas, com vistas a efetivação da justificação subjacente, que decorre o fenômeno da sobre e subinclusão⁴². Nesses casos, pode ocorrer que a regra não somente deixe de concretizar a justificação, mas sim que constitua um óbice à efetivação desta⁴³.

O escopo de uma generalização é definido de forma sobreinclusiva ou subinclusivas a partir da justificação que a regra deve efetivar. Assim, um predicado fático é sobreinclusivo quando incorpora mais casos do que deveria, isto é, abarca estados de coisas que podem não efetivar a justificação subjacente à regra. De outro lado, um predicado fático é subinclusivos quando deixa de incorporar casos que deveria ter incorporado, isto é, quando falha em abarcar estados de coisas que seriam abarcados pela

³⁹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 32

⁴⁰ Ibidem, p. 34. Como diz Struchiner: “Portanto, quando falamos que uma regra é uma generalização, não estamos apenas dizendo que ela vale para todos os integrantes de um tipo, mas também estamos dizendo que ela não é necessariamente verdadeira para todos os casos que podem surgir”. STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 152.

⁴¹ SCHAUER, op. cit., 33.

⁴² ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. p. 19. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. 34-36.

⁴³ SCHAUER, op. cit., p. 34.

justificação. Na visão de Schauer, as regras são sempre atual ou potencialmente sobre ou subinclusivas⁴⁴. Struchiner exemplifica:

Uma regra é sobreinclusiva quando seu predicado fático engloba casos particulares que não geram a consequência que representa a justificação da regra. Nas regras “É proibida a entrada de cachorros no restaurante” e “Menores de 21 anos não podem tomar bebida alcóolicas”, os predicados fáticos, respectivamente, “cachorros no restaurante” e “menores de 21 anos tomando bebida alcóolica” são sobreinclusivos. Afinal, nem todo cachorro se comporta de uma maneira que causa transtorno para os clientes (justificação da regra) e nem todos os menores de 21 anos suam a bebida alcóolica de forma irresponsável (justificação da regra). Por outro lado, os mesmos predicados fáticos são também subinclusivos, já que deixam de tratar de certos casos que acarretam a consequência que representa a justificação da regra. Crianças malcomportadas também podem criar aborrecimentos para os clientes do restaurante, e certos adultos (maiores de 21) podem não saber usar a bebida alcóolica de maneira responsável.⁴⁵

1.4 O MODELO DE CONVERSAÇÃO E O MODELO ENTRINCHEIRADO

Como visto, as generalizações baseadas em relações probabilísticas são, ao menos potencialmente, sobre ou subinclusivas, abrangendo instâncias que, à luz da justificação, não deveriam. Ainda, generalizações tidas como universais podem acabar revelando-se probabilísticas, o que acarreta os mesmos efeitos práticos de uma generalização conhecida desde então como meramente probabilística⁴⁶.

Os casos em que as generalizações probabilísticas produzem resultados desajustados Schauer chama de “experiências recalcitrantes”: pode ser que a generalização seja probabilística e o caso concreto evidencie que o resultado produzido não é o esperado, ou que a generalização tida como universal acabe não sendo, ou, ainda, que uma das propriedades suprimidas pela generalização seja então relevante⁴⁷. No mesmo sentido refere Struchiner:

As experiências recalcitrantes ocorrem quando a generalização prescritiva é apenas probabilística e o caso em questão é um dos casos que fogem às estatísticas, ou quando uma generalização atualmente universal se mostra

⁴⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 32-34

⁴⁵ STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109-110.

⁴⁶ Isso pode ocorrer seja porque algo no mundo modificou-se, seja porque o futuro pode simplesmente demonstrar o erro no nosso conhecimento até então adquirido. Cf. SCHAUER, op. cit., p. 34-38.

⁴⁷ Ibidem, p. 39.

sobreinclusiva ou subinclusiva, em função do surgimento de um caso novo não antecipado no momento da confecção do predicado factual. Quando existe uma discrepância entre os resultados apontados, então o responsável pela tomada de decisões se vê diante de uma encruzilhada: ou aplica o resultado gerado pelo predicado factual ou aplica o resultado indicado pela justificação.⁴⁸

Para pensar as formas de lidar com tais situações, Schauer ilustra dois modos extremados por um contínuo: o modelo de conversação e o modelo entrincheirado.

O modelo de conversação tem como traço característico a abertura para os participantes se adaptarem às necessidades do momento. Neste modelo, a marca é a plasticidade para acomodar as hipóteses em que as generalizações não satisfazem as exigências do caso particular. Sendo necessário uma maior precisão do que a oferecida pela generalização para lidar com o caso concreto, os falantes podem fazer os ajustes necessários, como e quando convier⁴⁹.

Assim, segundo Schauer, é justamente a capacidade para fazer esclarecimentos, quando necessário, que marca o caráter especial da conversação, isto é, sua plasticidade contextual. Nossa linguagem muda para se ajustar a situações não antecipadas, já que, como diz Schauer “ficamos sem palavras, mas não por muito tempo”⁵⁰.

O traço característico do modelo de conversação é a adaptabilidade. Assim, nesse modelo, as experiências recalcitrantes (quando as generalizações se mostram inadequadas para as necessidades do presente) são submetidas aos ajustes necessários para lidar com os casos particulares. O modelo de conversação privilegia as necessidades do momento, focando em alcançar a melhor maneira de acomodar os eventos não antecipados ou antecipados de maneira equivocada. Como diz Struchiner:

No contexto de conversação, corrigimos os erros de sobre ou subinclusão facilmente na medida em que aparecem. As generalizações tornam as nossas conversas possíveis, mas é o contexto de conversação, com o seu caráter flexível, que torna possível corrigir os usos da nossa linguagem diante de situações de sobreinclusão ou subinclusão.⁵¹

⁴⁸ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras**: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 155.

⁴⁹ Como diz Schauer: “It is precisely in the difference between ‘most’ and ‘all’, or between ‘these’ and ‘only these’, that the looseness of a generalization, however useful that loose generalization may be, demands contextual argumentation. The special beauty of conversation, when working optimally, is that it is able to provide the necessary supplementation”. SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 39-40. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules**: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 17-18.

⁵⁰ SCHAUER, op. cit. p. 41.

⁵¹ STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

No outro extremo do contínuo pensado por Schauer, há o modelo de entrincheiramento, no qual as generalizações estabelecidas, em vez de maleáveis às necessidades do presente, são entrincheiradas, assim obstando uma linguagem perfeitamente sensível e ajustável a cada caso⁵².

O entrincheiramento cria uma espécie de barreira entre as necessidades do momento e as propriedades suprimidas pelas generalizações, dificultando o acesso a tais propriedades nos contextos em que elas foram antecipadamente suprimidas. As generalizações projetam para o futuro não somente as propriedades destacadas, mas também as diferenças potenciais que acabam sendo suprimidas. Assim, as generalizações entrincheiradas ajudam nossa relação com eventos que tendem a ser estáveis no tempo, mas dificultam uma relação mais afinada com o futuro na medida em que ele venha a se distanciar das nossas expectativas previamente construídas⁵³.

A distinção que Schauer apresenta entre esses modelos pode ser deslocada para compreender as generalizações prescritivas. Dado que numa regra prescritiva disciplina-se o que ainda está para ocorrer, a generalização que compõe seu predicado fático projeta-se em um futuro incerto, estando assim sujeita a quaisquer das experiências recalcitrantes. Isto é, as regras sujeitam-se aos fenômenos da sobreinclusão e subinclusão em razão das generalizações que compõem o predicado fático⁵⁴.

Assim, colocando-se as experiências recalcitrantes à luz do modelo de conversação, o predicado fático seria modificado para ajustar-se aos eventos não antecipadamente acomodados pela generalização. Nesses casos, a generalização não teria força para ditar o resultado no momento de sua aplicação.

De modo diverso, sob o modelo de entrincheiramento uma experiência recalcitrante não implica um reajuste da generalização. Tomar a generalização como entrincheirada faz com que frente a um eventual desacordo entre a generalização e a experiência recalcitrante decorrente de um evento particular privilegie-se a generalização tida como entrincheirada⁵⁵.

⁵² SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 42

⁵³ Ibidem, p. 43

⁵⁴ Ibidem., p. 44-48. Como refere Schauer: “Because law prescribes for the future based upon its knowledge of the past, it is continuously at risk of confronting the unanticipated, and of being forced to deal with tomorrow's problems with yesterday's tools”. Idem. On the supposed defeasibility of legal rules. **Current Legal Problems** 51.1 (1998). p. 223

⁵⁵ Idem. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 47-52.

1.5 DOIS TIPOS DE JUSTIFICAÇÃO

Segundo Schauer, subjacente a cada generalização há uma justificação, que representa uma finalidade a ser atingida, e em relação a qual a generalização é uma tentativa de concretizar o resultado que seria, no mais das vezes, alcançado em caso de direta aplicação da justificação⁵⁶.

A generalização, em relação à justificação que lhe subjaz, estreita o estado de coisas que será tido como referencial para indicação da aplicação da justificação, assim limitando o campo de considerações aberto para que se possa aferir a aplicabilidade da justificação. Nesse sentido, Schauer entende que a generalização é, a um só tempo, uma simplificação e uma especificação⁵⁷.

Essa justificação é a que Schauer chama de “justificação substantiva”, isto é, a que estabelece as razões ou os objetivos por trás da regra⁵⁸. Mas há um outro tipo de justificação, que ele chama de “justificação geradora de regras”, e é esta que fornece razões para concretizar as justificações substantivas como regras. Como diz Schauer:

As regras não emergem do nada, mas são criadas como uma alternativa a uma afirmação direta e não-instanciada da justificação substantiva da regra na forma prescritiva, uma forma de tomada de decisão que deixa para a justificativa todo o seu trabalho normativo. Mas muitas vezes essa alternativa não é escolhida, e a justificativa substantiva é instanciada na forma de uma regra. Essa decisão de instanciar a justificação substantiva deve, no entanto, justificar-se, e esta última justificação, a justificação para ter uma regra, é o que chamo de justificação geradora de regras.⁵⁹

Vale notar que não há razão teórica que torne impossível à própria justificação substantiva fazer o trabalho normativo por si só. Ocorre, contudo, que elas costumam ser vagas demais para fornecer o tipo de orientação que se espera, muitas vezes falhando em resolver os próprios problemas que nos levam a criar o direito⁶⁰.

Nesse sentido, as justificações são formuladas como regras para que possam satisfazer certos propósitos que também são considerados relevantes, como estabilidade,

⁵⁶ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 53.

⁵⁷ Ibidem., p. 53-54. Nesse contexto, Schauer refere: “Because generalizations apply and specify their justifications, I will at time refer to the generalization constituting a rule as the *instantiation* of that rule’s background justification”.

⁵⁸ Ibidem., p. 94.

⁵⁹ Ibidem., p. 94.

⁶⁰ Idem. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 15-16. Cf. ALEXANDER, Larry. With Me, It’s All er Nuthin: Formalism in Law and Morality, **66 U. Chi. L. Rev.** 530 (1999), p. 550-551.

confiança, eficiência⁶¹. Isto é, reconhece-se que a aplicação direta das justificações substantivas para resolução de controvérsias tende a implicar uma incerteza muito grande⁶². Como refere Rafael Bellem de Lima, ao abordar o entendimento de Schauer sobre o papel das regras, estas têm por função

estabilizar as expectativas de diferentes destinatários sobre a definição do que deve ser juridicamente exigido, principalmente em situações controversas, pois substituem as diferentes pré-concepções de cada indivíduo sobre o que estaria ou não autorizado, por uma definição simplificada, geral e abstrata, capaz de ser assimilada por aqueles que compartilham uma linguagem comum.⁶³

As regras operam, portanto, concretizando certos propósitos mais profundos, na tentativa de evitar problemas que são esperados caso fossem sempre aplicadas diretamente as justificações⁶⁴. Tendo em vista a pretensão de orientar condutas e resolver controvérsias, as regras desempenham seu papel simplificando as justificações, tornando-as mais acessíveis. Para tanto, as regras não podem ser uma mera reafirmação da justificação que devem promover, porque “as regras não podem ser equiparadas aos fins mais gerais a que servem sem perder os benefícios de sua forma”⁶⁵.

Sob tal compreensão, é constitutivo da própria ideia de regra que ela não capture perfeitamente as justificações menos determinadas que ela é projetada para concretizar⁶⁶. Daí porque a decisão de fixar uma regra arrasta consigo um custo: as regras não traduzem perfeitamente as justificações, e em certos casos a regra determinará um resultado diferente daquele que se chegaria pela direta aplicação da justificação⁶⁷. Esse descompasso é possível porque a justificação é plástica de uma forma que a regra não consegue ser. Nas palavras de Schauer:

⁶¹ As circunstâncias que podem justificar a utilização de regras serão abordadas em maior extensão no capítulo 2 desse trabalho (“Razões para regras”).

⁶² SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 95. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 11-36.

⁶³ LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 160.

⁶⁴ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 21: “Given the possibility that those who apply rules will err in assessing the implications of a rule’s purpose for individual cases, the best way to promote those purposes may be to identify a course of action that, if universally followed, will result in fewer errors overall”. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 139-140.

⁶⁵ ALEXANDER e SHERWIN, op. cit., p. 15 e 150.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁷ *Idem*. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 54. Cf. GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules: When we need them and when we don’t**. Cambridge University Press, 2002. p. 24-25.

A linguagem na qual uma regra é escrita e o propósito por trás dessa regra podem divergir precisamente porque esse propósito é plástico de uma maneira que a linguagem literal não é. O propósito não pode ser reduzido a nenhuma formulação canônica, pois quando o propósito é estabelecido canonicamente essa formulação canônica do propósito pode frustrar o propósito em si. É porque o propósito não se reduz a um conjunto concreto de palavras que ele retém sua sensibilidade a novos casos, a aplicações bizarras e ao desdobramento complexo da experiência humana.⁶⁸

Schauer destaca que, mesmo imaginando um cenário em que fosse possível conhecer previamente todas hipóteses de aplicação de uma regra ainda a ser formulada, e assim afinar tal regra para que se alcançasse o melhor resultado em cada caso de sua aplicação, isso levaria a regra a ser formulada com um grau de complexidade tão alto que ela acabaria incapaz de cumprir a função de orientação que as regras devem desempenhar⁶⁹.

De todo modo, o que ocorre é que a opção da regra perfeitamente afinada não nos está, de fato, disponível, já que simplesmente não somos capazes de prever com exatidão como será o futuro. Assim, “somos forçados a confrontar uma tensão entre o que a regra diz e o que pode ser interpretado como melhor a ser feito, uma tensão que perpassa o uso de regras no direito e fora dele”⁷⁰.

Nesses termos, o ponto central aqui é: há um custo em se optar pela instanciação da justificação na forma de regra, e isso se dá porque não se pode ter, a um só tempo, as virtudes das regras e o ajuste perfeito da justificação⁷¹.

1.5.1 GENERALIZAÇÕES ENTRINCHEIRADAS: A REGRA COMO UMA RELAÇÃO

As regras são postas à prova nos casos de sobre ou subinclusão, isto é, quando indicam um resultado diverso daquele que seria alcançado pela direta aplicação da

⁶⁸ SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, nº 97 (1988). p. 533.

⁶⁹ Idem. *Thinking like a lawyer*. Harvard University Press, 2009. p. 28. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 19; SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Harvard University Press, 2011. p. 256-258; GOLDMAN, Alan H. *Practical Rules: When we need them and when we don't*. Cambridge University Press, 2002. p. 27 e 36.

⁷⁰ SCHAUER, op. cit., p. 28-29. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 79.

⁷¹ “The more you want the benefits of rules, the more you are giving up the advantage of particular justice, and vice versa”. Bo Zhao, Everything We Do Is Tentative. An Interview with Prof. Frederick Schauer, 39 *R & R* 67 (2010). p. 75.

justificação da regra. Coloca-se, então, a questão de como lidar com essas experiências recalcitrantes⁷².

Nos casos em que o resultado determinado pela regra não atende à justificação que deve promover, a regra, no modelo de conversação, seria ajustada na medida em que o descompasso se manifestasse, isto é, quando a experiência recalcitrante aparecesse. Adotado esse modelo, assim considerando-se a contínua adaptabilidade daí decorrente, a aplicação da regra nunca divergiria da sua justificação. As hipóteses de sobreinclusão, por exemplo, seriam simplesmente temporárias, desajustes pendentes de adequação⁷³.

Contudo, essa contínua abertura para ajustes no momento da aplicação exclui algo que é, para Schauer, uma característica central das regras: “a forma como algo do passado controla o presente”⁷⁴. É próprio das regras que elas limitem as considerações abertas para a tomada de decisão, papel esse que só pode ser cumprido se as regras tiverem alguma capacidade de repelir pretensões de adaptação às necessidades do momento⁷⁵.

Nesse contexto, Schauer afirma que a regra, para fazer valer seu status de regra, deve ter alguma resistência em relação à sua justificação subjacente, daí a qualificação das regras como generalizações entrincheiradas⁷⁶. O entrincheiramento implica que a generalização previamente concebida se torna mais rígida face às experiências recalcitrantes, assim tendo força enquanto generalização para orientar a decisão mesmo nos casos em que não se alinha à sua justificação subjacente⁷⁷.

No modelo entrincheirado, o decisor trata a generalização como algo mais do que um mero indicador, isto, a regra é tida como fornecendo razões para a decisão que, são em certa medida, autônomas em relação àquelas razões fornecidas pela justificação subjacente⁷⁸. Uma regra, para fazer valer seu status de regra, não pode ser completamente transparente em relação à sua justificação subjacente, daí dizer-se que sua formulação linguística fica “entrincheirada” quando posta em perspectiva com as justificações que

⁷² SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 72

⁷³ Ibidem, p. 48

⁷⁴ Ibidem, p. 82.

⁷⁵ Ibidem, p. 82. Cf. RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 136-137.

⁷⁶ Como diz Struchiner, a regra é entrincheirada quando “é capaz de oferecer alguma resistência às exigências da justificação da regra que caminham em um sentido contrário”. STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112.

⁷⁷ Nesse sentido, a subinclusão, bem como a sobreinclusão, é “em grande parte inafastável, o produto do entrincheiramento e não simplesmente de quão específica ou quão geral uma regra é”. SCHAUER op. cit., p. 50.

⁷⁸ Ibidem, p. 51

ela é pensada para promover⁷⁹. Assim, mesmo nos casos em que a regra desafia a sua justificação – isto é, determina um resultado diverso àquele que se chegaria caso fosse aplicada diretamente à justificação – a regra pode resistir a modificações no momento da aplicação⁸⁰.

O ponto a ser destacado é: se uma regra for modificada toda vez que frustrar a aplicação da sua justificação subjacente, então, de fato, o que está sendo aplicado é sempre a justificação, ficando para esta o verdadeiro papel normativo⁸¹. A regra, nesse contexto, funcionaria como uma instrução⁸². Nas palavras de Struchiner:

Uma generalização que é recalibrada em cada instância de acordo com a sua justificação subjacente não está realizando nenhum trabalho normativo. Se a generalização pode ser alterada em cada momento em que aponta para um resultado diverso da sua justificação, então ela nada mais é do que uma instrução, e não configura uma regra genuína, ficando todo o trabalho prescritivo para a justificação da regra.⁸³

De todo modo, a afirmação de que a força normativa está na justificação (no propósito), e que as regras devem ser interpretadas de forma que o propósito suplante a linguagem em que a regra é formulada, implica um outro problema. Isso porque as

⁷⁹ “Entrenchment is what enables a rule to resist the impetus to modify in the face of recalcitrant experiences [...]”. SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 62. Nesse sentido, vale registrar manifestação do Min. Luiz Fux no julgamento do RE 633.703: “O art. 16 da Constituição Federal, como decorre da moderna teoria geral do direito e, mais particularmente, da novel teoria da interpretação constitucional, consubstancia uma regra jurídica, e não um princípio jurídico; constatação que impõe não seja possível simplesmente desconsiderar seu enunciado linguístico para buscar desde logo as razões que lhe são subjacentes”. Esse trecho é referido por ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 134.

⁸⁰ “It is exactly the rule’s rigidity, even in the face of applications that would ill serve its purpose, that renders it a rule. This rigidity derives from the language of the rule’s formulation, which prevents the contemplation of every fact and principle relevant to a particular application of the rule”. SCHAUER, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal**, nº 97 (1988). p. 535.

⁸¹ Idem. Exceptions, **58 U. Chi. L. Rev.** **871** (1991). p 26: “But if the ground for creating or recognizing an exception and applying it to the very case that prompted creating it is that failure to do so would frustrate the rule’s purpose, then applying the rule and reserving the power to fashion an exception whenever exceptionless application would not serve the rule’s purpose is extensionally equivalent to simply applying the rule’s purpose directly to particular cases. If inconsistency with purpose is a sufficient condition for modifying what was previously thought to be the rule in the instant case, then no case will exist in which application of the rule will differ from application of the purpose, and thus it is the purpose rather than the rule-formulation that in fact is the rule. It thus turns out that in a quite different context the language of exceptions is more misleading than helpful. There is something seemingly benign about the ability to create exceptions, for something about an exception looks comparatively trivial. But if there is power to create exceptions in the name of purpose, and to apply those exceptions immediately, then the exception-creating power is identical to the power to apply the purpose rather than the rule, or to take the purpose as in fact being the rule”.

⁸² Sobre a noção de regra como instrução, ver p. 1-2 deste trabalho.

⁸³ STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112.

justificações que até agora estamos falando podem existir em diversos níveis, em níveis cada vez mais profundos. Imaginemos uma regra que proíbe a entrada de cachorros no restaurante, a qual foi pensada para evitar transtornos no restaurante (justificação)⁸⁴. Esta justificação pode ser vista como a instanciação de um propósito mais profundo, por exemplo, aumentar o prazer dos clientes no restaurante; por sua vez, esta pode ser pensada como a instanciação de um propósito ainda mais profundo, como aumentar a rentabilidade do restaurante; e assim por diante, até que se chegue a uma justificação última⁸⁵.

Reconhecendo que existem justificações em diversos níveis, podemos ver que cada justificação opera como uma simplificação de uma justificação de nível mais profundo. Nesse sentido, defender que a aplicação do propósito nunca pode deixar de ser efetivada, e assim que as regras devem ser sempre afastadas quando contrariarem suas justificações subjacentes, acaba implicando que as justificações diretamente subjacentes às regras sejam sempre afastadas quando contrariarem suas próprias justificações subjacentes, e assim por diante em cada nível. Como coloca Schauer:

A tensão potencial entre um objetivo geral e sua instanciação concretizada existe em todos os níveis. Em um nível, a tensão é entre a linguagem e o propósito; no próximo, é entre esse propósito e um propósito profundo que está por trás dele; e no próximo, entre o propósito profundo e um ainda mais profundo propósito; e assim por diante. Quando decidimos que o propósito não deve ser frustrado pela sua instanciação, nós embarcamos em um potencial regresso ao infinito, no qual todas as formas de concretização são derrotáveis.⁸⁶

Assim, considerando a existência de diversos níveis de justificações, se em cada nível a instanciação for considerada como não entrincheirada em relação à justificação mais profunda, então a instanciação acaba sujeita a ser superada em todas as vezes que indicar um resultado divergente àquele ditado pela justificação diretamente mais profunda. Como resultado dessa lógica, um ambiente em que todas as instancicações são superáveis em favor da justificação de próximo nível acaba sendo equivalente à aplicação

⁸⁴ Isto é, pensada a partir de uma relação probabilística entre a propriedade “ser cachorro” e a ocorrência de transtornos no restaurante.

⁸⁵ Estou usando o aqui o exemplo elaborado em SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 73.

⁸⁶ Idem. Formalism. **Yale Law Journal**, nº 97 (1988). p. 534. A compreensão que está por trás da colocação do problema é de que há uma diferença entre aplicar diretamente uma justificação última e aplicar esta mesma justificação quando ela é escalonada em diversos níveis, sendo concretizada “em cascata”. Cf. SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 10. Em linhas gerais, a relevância da questão liga-se à ideia de separação de poderes. Ver, no capítulo 2, “As regras como instrumentos para alocação de poder”.

direta da justificação de nível mais profundo (*ultimate justification*) para cada caso. Essa equivalência somente deixa de ocorrer quando um ou mais níveis de instanciação são tidos como entrincheirados frente à justificação respectiva⁸⁷.

Sob tal compreensão, Schauer reformula a concepção de regra agora como uma relação entre uma instanciação e sua justificação subjacente. A instanciação deve ser entrincheirada e capaz de algum grau de resistência em face da aplicação direta das justificações subjacentes. Como diz Schauer:

Existe uma regra (para algum agente ou em algum ambiente de tomada de decisão) na medida em que uma instanciação de uma justificação é tratada (por aquele agente ou pelos tomadores de decisão naquele ambiente de tomada de decisão) como entrincheirada, tendo o poder de prover uma razão para decisão mesmo quando essa instanciação não serve à sua justificação geradora. A forma de tomada de decisão que podemos chamar de baseada em regras, portanto, existe na medida em que instâncias resistem aos esforços para penetrá-las a serviço de sua justificação. Porque as justificações e suas instâncias existem em múltiplos níveis dentro de universo normativo, então podemos dizer que as regras têm o potencial para existir em múltiplos níveis dentro desse mesmo universo normativo.⁸⁸

Então, o status de regra existe quando uma instanciação tem certo peso normativo para além daquele que é fornecido pela justificação subjacente. Uma generalização prescritiva ostenta o caráter de regra quando está entrincheirada em relação à sua justificação subjacente, fornecendo razões para ação enquanto generalização prescritiva. A maleabilidade limitada, pois, é fundamental para explicar o modo de operação das regras⁸⁹.

Nesse sentido, é constitutivo das regras que aquilo que elas determinam tem um peso relevante, mesmo quando parece (ou de fato está) contrário com a sua justificação subjacente, e mesmo que produza um resultado errado no caso concreto. Como Schauer

⁸⁷ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 76. No tema, ver, no capítulo 2, “Regras e a prioridade do mais local”.

⁸⁸ Ibidem, p. 76.

⁸⁹ Ibidem, p. 84. Em sentido semelhante coloca Struchiner: “Assim, a concepção de regra que Schauer propõe é uma relação entre um predicado fática e a justificação. A regra só existe quando a sua generalização fornece uma razão independente para a decisão. Isso não significa que a capacidade de resistência tem que ser, necessariamente, absoluta. Nem sempre aquilo para o que se tem uma razão para fazer é o que deve ser feito. É possível que existam outras razões relevantes que determinem, de fato, o que deve ser feito”. STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112.

diz, as regras são algo mais do que uma mera janela transparente para suas justificações subjacentes⁹⁰.

Note-se, ainda, que as considerações aqui postas não implicam que uma regra não possa ser afastada, tampouco que as regras deixem de ser regras quando são afastadas⁹¹. As regras operam elevando o patamar de força necessário para que outras razões prevaleçam, podendo “injetar um resíduo normativo” mesmo quando acabam não prevalecendo⁹².

1.5.2 A IDEIA DE REGRA E O FORMALISMO JURÍDICO EM SCHAUER

Não há uma definição pacífica para a ideia de “formalismo jurídico”⁹³. Comum, nada obstante, é o fato de que aqueles que empregam tal conceito normalmente não o fazem em um tom positivo⁹⁴. Como diz Dimoulis:

Nos debates sobre a definição e a interpretação do direito, o termo ‘formalismo jurídico’ assume sentidos variados e nem sempre claros. A única certeza é que raramente encontraremos referência ao formalismo como abordagem consistente e frutífera. O termo é utilizado como acusação, insulto, indicação de um vício, motivo de aversão. Chegou-se a afirmar que os juristas que se apresentam como formalistas são ‘expostos ao ridículo’, ‘assumem o papel do diabo’. A mensagem é: devemos escolher qualquer posição teórica, menos aquela do ‘formalismo’.⁹⁵

⁹⁰ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p 18. Definição semelhante é a de “regras sérias” (*serious rules*), em ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. *passim*; ver as “regras genuínas” (*genuine rules*) em GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules: When we need them and when we don’t**. Cambridge University Press, 2002. *passim*; e “*proper rules*” em POSTEMA, Gerald J. Positivism, I Presume... Comments on Schauer’s Rules and the Rule of Law, **14 Harv. J. L. & Pub. Pol’y** 797 (1991). *passim*.

⁹¹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 112-118. Cf. STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113.

⁹² Sobre a noção de resíduo normativo, cf. STRUCHINER, op., cit., 113-114.

⁹³ Idem. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: Daniel Sarmento (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 463.

⁹⁴ SCHAUER, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal**, nº 97 (1988). p. 510.

⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In. Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213

Schauer, contudo, entende que há algo de positivo a ser dito em favor do formalismo⁹⁶. Para o autor, o formalismo se associa à ideia de tratar a *forma* de uma regra legal como mais importante do que o propósito que ela deve efetivar, privilegiando o resultado determinado mais diretamente pela regra em vez de buscar alcançar a melhor (*the best all things considered*) decisão no contexto do caso concreto⁹⁷.

A noção de formalismo está imbricada com a própria ideia de regra⁹⁸. Assim, as regras são levadas a sério: suas prescrições são tidas como razões para decisão com algum grau de independência das razões que estão por trás da regra. Nesse sentido, as regras carregam a determinação para ação, e para tanto elas operam limitando o âmbito de considerações disponíveis para o decisor, afastando fatores que um decisor sem as amarras impostas pelas regras poderia tomar em consideração⁹⁹.

Sob tal compreensão, o formalismo liga-se a uma preocupação em definir a quem deve ser conferido poder para decidir quando é o caso de se afastar da linguagem mais direta que uma regra veicula para então privilegiar outras considerações menos determinadas, e assim menos limitadoras, como recursos ao propósito ou a alguma noção de razoabilidade¹⁰⁰. Como diz Struchiner:

O formalismo é a defesa de uma atitude ou disposição interpretativa segundo a qual o texto de uma formulação normativa, ou melhor, o texto da totalidade de formulações normativas deve ser levado a sério pelos responsáveis pela tomada de decisões jurídicas. Tal defesa deriva da crença de que em certos cenários ou ambientes de tomada de decisão a não-observância das regras poderia ser mais prejudicial do que sua observância, mesmo atentando para o fato de que regras, em função de sua natureza como generalizações prescritivas probabilísticas, são sempre imperfeitas, ou infelizes, na medida em que invariavelmente não são capazes de realizar as suas próprias justificações.¹⁰¹

Tendo em vista que as regras bloqueiam certos caminhos, que elas exercem sua força inclusive afastando fatores que possibilitariam uma decisão mais afinada aos detalhes do caso, as regras constituem obstáculos a uma tomada de decisão ideal. Assim,

⁹⁶ Ainda que, como ele mesmo afirma, nada impõe que o formalismo seja *sempre* algo bom, ou que sistemas jurídicos *devam* ser formalistas. Cf. SCHAUER, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal**, nº 97 (1988). p. 510-511

⁹⁷ Idem. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 30.

⁹⁸ Idem. Formalism. **Yale Law Journal**, nº 97 (1988). p. 510: “At the heart of the word ‘formalism’, in many of its numerous uses, lies the concept of decisionmaking according to *rule*”.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 536-537.

¹⁰⁰ Idem. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 32.

¹⁰¹ STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: Daniel Sarmiento (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 464.

como diz Schauer, “as regras condenam o processo de tomada de decisão à mediocridade, exigindo a inacessibilidade da excelência”¹⁰².

As regras, então, podem gerar resultados errados, ou até mesmo resultados absurdos. Nada obstante, o enfoque aqui é diverso: definir quem deve ter o poder (*jurisdiction*) para determinar o que é errado ou o que é absurdo. Vale dizer, o ponto central do formalismo, como Schauer destaca, muito mais do que lidar com resultados absurdos, é sobre como lidar com o poder e como distribuí-lo¹⁰³.

Relevante notar que não se está a supor que a linguagem escape a qualquer tipo de indeterminação, mas tão somente pensando nos casos em que a linguagem é clara, mas dita um resultado que parece, ou até mesmo é, errado¹⁰⁴. Como diz Struchiner:

Nós nunca conseguimos criar um modelo ou uma definição capaz de antecipar todos os usos dos conceitos empíricos porque nós nunca podemos ter certeza de que incluímos na nossa definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído. Isso ocorre em função da nossa própria natureza e da natureza do mundo. Afinal, nós somos falíveis, nossos valores estão em constante mudança e o próprio mundo está em constante mudança. Todas essas coisas fazem com que seja impossível esgotar todas as características relevantes para a aplicação de um conceito. Sempre vai poder surgir um caso na região de penumbra do significado do termo geral que vai suscitar dúvidas sobre se ele deve ser aplicado ou não.¹⁰⁵

Nesse sentido, Schauer diferencia os casos em que a linguagem da prescrição normativa fornece uma resposta correta, os casos em que a linguagem não fornece uma resposta, e os casos em que a resposta fornecida é errada. Aqui vamos trabalhar somente com os dois últimos¹⁰⁶.

A linguagem pode falhar em fornecer uma resposta em razão de sua indeterminação, o que pode ocorrer seja em razão da vagueza das palavras empregadas, seja porque as palavras empregadas, em que pese determinadas no mais das vezes, no caso concreto mostrem-se indeterminadas. Destrinchando isso, temos então os casos de vagueza e os casos de textura aberta¹⁰⁷.

Nos casos de vagueza, as palavras utilizadas não são suficientes para determinar a resposta. Decidir com base em prescrições como “melhor interesse da criança” ou “duração razoável do processo” ou “de modo razoável” supõe um recurso a fatores para

¹⁰² SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, nº 97 (1988). p. 539.

¹⁰³ Ibidem, p. 543. A ideia de alocação de poder será abordada no capítulo 2.

¹⁰⁴ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 161-162.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 100-101.

¹⁰⁶ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 157.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 157.

além dos diretamente postos no texto¹⁰⁸. Aí não está implicado que os termos empregados não tenham qualquer conteúdo ou que sejam incapazes de fornecer qualquer orientação, mas somente que, nesses casos, “toda aplicação, toda concretização, toda instanciamento supõe a adição de premissas suplementares para aplicar o termo geral a casos particulares”¹⁰⁹.

Os casos de textura aberta ocorrem com certas palavras tidas como precisas na maioria das ocasiões, mas que, em certos contextos, acabam revelando-se imprecisas. Assim, textura aberta é “a característica de qualquer linguagem, mesmo a mais precisa linguagem, de se tornar vaga frente a aplicações não previstas. Textura aberta não é vagueza, mas sim a onipresente possibilidade de vagueza”¹¹⁰.

O ponto comum entre vagueza e textura aberta é que em ambos os casos não se alcança uma resposta somente pelo texto. A questão não se coloca, portanto, em saber se cabe ou não ao decisor buscar fatores para além daqueles enunciados no texto, mas sim em definir onde devem ser buscados tais fatores¹¹¹.

De outro lado, temos os casos em que o problema não decorre da indeterminação linguística, ocorrendo precisamente o oposto: a linguagem é determinada, mas a questão é que ela dita um resultado errado¹¹². Desse modo, a problemática aqui tratada se passa quando um determinado evento é abrangido por uma prescrição normativa, mas o resultado está em desacordo com as justificações subjacentes. Então, a ocorrência de experiências recalcitrantes pressupõe que a linguagem do caso em questão seja determinada, daí porque os casos de sobreinclusão e subinclusão não são casos de indeterminação linguística, mas sim decorrência da própria escolha de fixar regras¹¹³. Como diz Struchiner, se o direito não é totalmente indeterminado, então o que fazer quando ele diz o que não queremos ouvir¹¹⁴?

¹⁰⁸ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 162.

¹⁰⁹ Idem. Formalism. **Yale Law Journal**, nº 97 (1988). p. 514.

¹¹⁰ Idem. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 162-163. Sobre textura aberta, cf. BIX, Brian. **Law, Language and Legal Determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 7-35. STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 97-119.

¹¹¹ SCHAUER, op., cit., p. 162-163. Como diz Schauer: “The two phenomena are different, but in either case the text alone cannot do all the work”.

¹¹² Ibidem, p. 157.

¹¹³ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 152. Cf. STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111.

¹¹⁴ “Admite-se que o direito não é e não pode ser totalmente determinado. Entretanto, o que é crucial entender é que, apesar do fato de o direito ser necessariamente indeterminado, isso não significa que ele

No formalismo proposto por Schauer, quando o direito fornece uma resposta, então o significado do texto deve desempenhar um papel relevante na tomada de decisão¹¹⁵. Como diz o autor:

Às vezes, a linguagem de uma regra gera um resultado ruim, e, às vezes, temos que viver com esse resultado ruim como o preço a ser pago pela recusa em conferir a juízes ou burocratas ou policiais a autoridade para modificar a linguagem de uma regra em serviço do que eles pensam, talvez erroneamente, seja o melhor resultado. Esse é o argumento para um formalismo plausível [...]

¹¹⁶

O formalismo, então, marca sua verdadeira força quando há razões para considerar desejável restringir as possibilidades de decisão, criando amarras para os tomadores de decisão e os limitando ao significado mais direto do texto da regra. Nesse sentido, o formalismo deve ser compreendido como uma escolha possível, a que se associam custos e virtudes, daí porque Schauer diz que “julgamentos sobre quando empregar o formalismo são contextuais e não inexoráveis, políticos e não lógicos, psicológicos e econômicos, e não conceituais”¹¹⁷.

1.5.3 O CARÁTER SUB-ÓTIMO DAS REGRAS

Como visto, em determinados casos o resultado indicado pela regra não será igual ao resultado que seria alcançado pela direta aplicação da sua justificação subjacente. Nesse ponto, Schauer destaca a impossibilidade lógica de haver, mediante a aplicação de regras, resultados superiores aos que seriam obtidos com base na aplicação diretas das justificações subjacentes¹¹⁸. Assim, ele exemplifica:

seja permeado por uma indeterminação difusa e radical. A sua indeterminação se dá nas beiradas”. STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2011: p. 123. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 139.

¹¹⁵ STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

¹¹⁶ SCHAUER, Frederick. A Critical Guide to Vehicles in the Park. **83 N.Y.U. L. Rev.** 1109 (2008). p. 1128-1129.

¹¹⁷ Idem. Formalism. **Yale Law Journal**, nº 97 (1988). p. 544.

¹¹⁸ Idem. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 100.

Suponhamos que nosso universo normativo consistisse exclusivamente de uma justificação última e de um certo número de regras destinadas a promover essa justificação. O que significaria dizer que um determinado resultado era o melhor? O único padrão para medição seria a única justificativa última, e assim o resultado indicado por essa justificativa seria, por definição, o melhor para qualquer caso particular. Consequentemente, qualquer resultado indicado pela regra divergindo do resultado indicado pela justificação seria *eo ipso* um resultado inferior.¹¹⁹

Desse modo, aquele que decide com base em regras nunca poder fazer melhor do que aquele que decide sem as amarras das regras, notadamente porque as regras nunca permitem uma decisão que já não poderia de outro modo ser feita. Mas as regras, sim, tornam inacessíveis algumas decisões, dentre as quais podem estar inclusive as decisões ótimas¹²⁰.

Para Schauer, o objetivo de alcançar o resultado correto em cada caso esbarra na própria ideia de regra, porque o uso de regras arrasta consigo uma escolha pela existência de certos erros, isto é, de resultados inferiores aos que poderiam ser alcançados num caso particular se estivesse, para quem decide, aberta a consideração para fatores além dos fixados pela regra¹²¹. O sentido de *resultados errados* é precisado por Schauer nos seguintes termos:

Os resultados errados a que eu me refiro não são os erros que qualquer decisor pode cometer, no sentido que esses erros seriam evitados por um decisor ideal aplicando os mesmos fatores aplicados pelo decisor real. Antes, os resultados errados a que eu me refiro são o produto da escrupulosa aplicação de uma regra, a qual porque é uma generalização (como todas as regras são) é tanto sobreinclusiva como subinclusivas da perspectiva das razões subjacentes à regra. Generalizações simplificam, e regras, porque incorporam generalizações e impõem essas generalizações no mundo, irão ocasionalmente gerar resultados em que a escrupulosa e correta aplicação da regra diverge do seu propósito. Então, quando eu me refiro a ‘resultados errados’, eu quero dizer casos de divergência entre a regra e as razões por atrás dela, em vez de erros cometidos pelo aplicador da regra.¹²²

¹¹⁹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 100-101. O autor ainda destaca que a mesma conclusão se aplica no caso de uma estrutura normativa com uma multiplicidade de valores: “The same conclusion would obtain even in a normative structure with multiple ultimate or irreducible values, for it would still be impossible for any rule within that intricate system to generate a result better than that that would be generated by the optimal application of the ultimate values to the particular case”.

¹²⁰ Ibidem, p. 101. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 34-36.

¹²¹ SCHAUER, Frederick. The Jurisprudence of Reasons, **85 Mich. L. Rev.** 847 (1987). p. 847.

¹²² Ibidem, p. 848. Cf. GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 36.

Nesse sentido, um decisor amarrado pelas regras nunca pode exceder o resultado ótimo possível de ser alcançado baseado em todos os fatores relevantes. Daí que um decisor amarrado pelas regras, impedido de considerar certos aspectos do caso em questão, teoricamente nunca pode fazer melhor, mas pode fazer pior do que um decisor livre das regras¹²³.

Nada impede, contudo, que a vida prática demonstre que o modelo de regras acaba levando a melhores decisões em geral. Um modelo mais modesto pode acabar produzindo melhores resultados, e essa ideia (abstrata) é uma das que, em linhas gerais, pode justificar uma escolha sistemática por regras¹²⁴. No ponto, assim Schauer refere:

Em suma, é verdade notória que as regras se atravessam no caminho; mas isto não precisa ser sempre considerado algo ruim. Pode ser uma desvantagem atrapalhar os sábios tomadores de decisão que consideram intuitivamente todos os fatores relevantes à medida que buscam com precisão o bem. No entanto, pode ser um trunfo restringir os tomadores de decisão mal orientados, incompetentes, sedentos de poder, ou simplesmente equivocados, cujo próprio senso do bem diverge daquele do sistema ao qual eles servem. O problema, claro, é a dificuldade em determinar qual caracterização se aplica aos tomadores de decisão; nós devemos, portanto, decidir em que medida estamos dispostos a desabilitar os bons tomadores de decisão de forma a simultaneamente desabilitar os ruins.¹²⁵

Nesses termos, o ponto central é: talvez nós estejamos melhor no longo prazo se desistirmos de sempre tentar o melhor resultado caso em todos os casos individuais. Pode fazer sentido, sob tal compreensão, aceitar o resultado subótimo das regras se pensarmos que “no longo prazo nós podemos estar melhor com as instituições certas do que quando cada um simplesmente tenta fazer a melhor decisão”¹²⁶.

¹²³ SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, nº 97 (1988). p. 542. Cf. SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 98-101; STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo. In: Daniel Sarmiento (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 464; GOLDMAN, Alan. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 45-47.

¹²⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. 101-102. Ver, no capítulo 2, o “argumento da aversão ao risco”.

¹²⁵ Idem. Formalism. *Yale Law Journal*, nº 97 (1988). p. 543.

¹²⁶ Idem. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 233. Cf. SUNSTEIN, Cass. Must formalism be defended empirically, *66 U Chi. L. Rev.* **636** (1999); GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 64.

CAPÍTULO 2 – RAZÕES PARA REGRAS

2.1 O ARGUMENTO DA CONFIANÇA

Quando as prescrições normativas são resistentes em face de razões contrárias existentes no momento da aplicação, é possível antecipar, com maior precisão, como serão tratados eventos futuros. Assim, como há um acréscimo em termos de previsibilidade, torna-se possível não só que as pessoas planejem suas vidas com maior segurança, mas também que elas possam fazer mais coisas do que seria o caso em um ambiente constantemente em mudança¹²⁷.

O conhecimento prévio de que certas condutas estão sujeitas a sanções influi na tomada de decisão, interferindo na forma como agentes identificam possíveis cursos de ação. Schauer exemplifica: “Se a penalidade por excesso velocidade for severa e eu for avesso ao risco, possivelmente eu dirigirei mais rápido sob um regime de ‘Limite de Velocidade 55’ do que se simplesmente eu fosse obrigado a “Dirigir com Segurança”¹²⁸.

Para que as regras possam desempenhar essa função, deve ser possível um entendimento comum no que concerne à linguagem utilizada para veicular suas prescrições, e, assim, ser possível, com alguma precisão, afirmar previamente as consequências que advirão de determinadas condutas. Isto é, deve ser possível afirmar hoje o resultado de certas decisões que somente serão tomadas no futuro¹²⁹.

Assim, a possibilidade de orientação sobre o que pode ou não ser feito supõe a existência de certas categorias cuja compreensão seja relativamente uniforme entre os aplicadores das regras e os que se sujeitam a efeitos decorrentes da aplicação delas¹³⁰. Por

¹²⁷ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 137-138. Cf. RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 220-223; SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Harvard University Press, 2011. p. 118-153; LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 73-77.

¹²⁸ SCHAUER, op. cit., p. 140. Analisando exemplo semelhante, cf. SHAPIRO, Scott J. *Judicial Can't*. **Philosophical Issues**, Vol. 11, Social Political, And Legal Philosophy (2001). p. 541-544

¹²⁹ SCHAUER, op., cit., p. 138. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 140-144.

¹³⁰ SCHAUER, op., cit., p. 139. Em sentido semelhante: “If it were not possible to communicate general standards of conduct, which multitudes of individuals could understand, without further direction, as requiring from them certain conduct when occasion arose, nothing that we now recognize as law could exist. Hence the law must predominantly, but by no means exclusively, refer to *classes* of person, and to *classes* of acts, things, and circumstances; and its successful operation over vast areas of social life depends

isso, mais uma vez, a importância de as regras operarem simplificando certos propósitos mais profundos, já que, assim fazendo, elas trabalham com elementos mais acessíveis e aumentam a possibilidade de que diversas pessoas possam reconhecer previamente resultados semelhantes.

O papel de promover a confiança ficaria prejudicado caso as regras fossem vistas como de caráter predominantemente provisório. Daí porque a relevância do caráter entrincheirado das regras, porque assim elas não estão sempre sujeitas à revisão no momento de aplicação, ainda que produzam resultados errados, razão pela qual torna-se possível aumentar o nível de previsibilidade.

Ocorre que a tentativa de tornar as relações sociais mais previsíveis arrasta um custo: a capacidade de adequação a eventos futuros¹³¹. Tal custo está em função do quanto se está disposto, em um dado contexto, a tolerar certos resultados subótimos para que as pessoas possam, com maior segurança, fazer planejamentos¹³². Sob tal compreensão, confiança e sensibilidade ao caso concreto estão numa relação de tensão: privilegiar o ajuste do caso concreto só pode ser feito ao custo de os resultados serem menos previsíveis; privilegiar a previsibilidade supõe que não se esteja continuamente a tentar fazer ajustes nos resultados que não se apresentarem perfeitamente afinados àqueles idealmente esperados.

Quando será o caso de privilegiar um ou de privilegiar o outro, como isso será decidido e de que modo previsibilidade e sensibilidade ao caso concreto se relacionarão, são questões que dependem dos objetivos e do contexto que estiver em questão. O que deve ser notado é a relação que se estabelece e os custos envolvidos na escolha.

Vale notar que ambientes onde mais o mundo é variável, e, portanto, mais difícil é antecipar eventos futuros, mais há espaço para as regras operarem na tentativa de promover a confiança. Ao mesmo tempo, contudo, maior tende a ser o custo associado à tentativa de amarrar um futuro que nos é desconhecido a regras estabelecidas com o nosso conhecimento atual e todas as incertezas que daí decorrem. Como diz Schauer:

on a widely diffused capacity to recognize particular acts, things, and circumstances as instances of the general classifications which the law makes". HART, H.L.A. **The concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 124. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 336-340; RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 214

¹³¹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 139-140. Cf. GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 34-35.

¹³² SCHAUER, op., cit., p. 140-141.

Onde o mundo é regular, no entanto, a necessidade de regras para aproveitar essa regularidade será mínima. Somente quando a variação dos fatos é grande é provável que sejam necessárias regras a fim de garantir a previsibilidade, mas esses são os mesmos casos em que os custos para garantir a previsibilidade serão maiores. Os ganhos marginais na confiança que advêm da imposição de regras sobre um ambiente de tomada de decisão serão, portanto, maiores onde são empregados predicados grosseiros em vez de sensíveis para suprimir o que, de outro modo, seria uma ampla variação de fatos relevantes para a decisão.¹³³

Nesse quadro, a temática aqui posta trata de uma avaliação sobre benefícios e custos, de forma que o resultado tende a variar conforme os objetivos de cada ambiente e conforme os custos envolvidos em abrir mão de uma decisão mais particularizada. Nesse sentido, Schauer afirma que o argumento da confiança é “altamente dependente do contexto”¹³⁴.

A chave de compreensão, aqui, é o conceito de “jurisdição decisória”: jurisdição (*jurisdiction*) é poder para decidir. Assim, por exemplo, quando um juiz afasta uma regra alegando que ela está em desacordo com a sua justificação subjacente, ou que o resultado produzido no caso não é “razoável”, o juiz está afirmando que tem o poder de definir o que é a justificação subjacente ou o que é ser “razoável” (ao menos no caso em questão); da mesma forma, quando um guarda de trânsito multa uma pessoa porque ela atravessou fora da faixa (e porque há uma regra proibindo atravessar fora da faixa, sob pena de multa), ele está afirmando seu poder para reconhecer que um dado estado de coisas se enquadra na categoria “atravessar fora da faixa”. Esse poder é o que Schauer pretende captar com a ideia de “jurisdição”.

Então, a questão que se coloca é saber em que medida se justifica conferir jurisdição a certos agentes para determinar não somente os casos de aplicação de uma dada regra (à luz da generalização posta no predicado fático), mas também os casos em que a regra pode ser afastada. Sob tal enquadramento, a promoção da confiança supõe retirar poder de alguns tomadores de decisão, daí a função das regras de fixar antecipadamente o meio de exercício do poder, de forma que “elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha”¹³⁵. O ponto é: ainda que as experiências recalitrantes sempre estejam no horizonte de possibilidades da aplicação das regras,

¹³³ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 141. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 144-146. HART, H.L.A. **The concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 126-130.

¹³⁴ Bem entendido, dependente do contexto não equivale a dependente caso a caso. Cf. SCHAUER, op. cit., p. 142-143.

¹³⁵ ÁVILA, op. cit., p. 113.

reconhecer ao agente tomador de decisão a sensibilidade para proceder o ajuste no caso concreto significa criar o poder (*jurisdiction*) para definir o que serve ou não aos propósitos subjacentes à regra posta, circunstância que impacta a promoção da confiança e portanto deve ser considerada. Schauer exemplifica com relação à regra “É proibida a entrada de veículos no parque”:

É a jurisdição para determinar que apenas alguns veículos se encaixam na justificação por trás da regra que prejudica a confiança de que *todos* os veículos serão proibidos e que, conseqüentemente, prejudica a capacidade do destinatário da regra de prever que *este* veículo será proibido. Já não é o caso que qualquer coisa que seja um veículo, uma categoria provavelmente mais estável e acessível, seja excluída do parque. Em vez disso, a categoria de particulares excluídos do parque é agora a categoria de veículos cuja proibição servirá as justificações da regra “É proibida a entrada de veículos no parque”, uma categoria menos estável, menos mutuamente e consistentemente acessível ao aplicador de regras e ao destinatário, e, portanto, menos capaz de atender aos objetivos promovidos pelo argumento da confiança.¹³⁶

De todo modo, deve ser destacado que o valor da confiança não é diretamente vinculado à correção ou não das alterações que sejam ou não feitas. Bem entendido, ainda que as conseqüências daquilo que deixou de ser alterado para se ajustar ao caso concreto, ou os custos decorrentes de uma alteração para pior, influam na força do argumento da confiança, a ideia de confiança tem algum grau de força que independe de tais considerações. A previsibilidade e a qualidade daquilo que se pode prever são questões que podem ser distinguidas, e a relevância da distinção se dá porque, em certos contextos, pode ser entendido como justificado aceitar um certo número de resultados abaixo do ideal simplesmente para que as pessoas consigam confiar e assim planejar suas vidas. Mais, mesmo em um cenário em que as regras fossem continuamente sujeitas a mudanças, mas sempre fossem modificadas de modo perfeitamente afinado à solução ideal de cada caso concreto, ainda assim haveria um custo decorrente da falta de previsibilidade. Nesses termos, a confiança aqui é classificada como uma virtude que, em alguma medida, independe das questões nas quais ela é depositada¹³⁷.

Em suma, não cumprir regras previamente estabelecidas é algo que por si só carrega algo de negativo. Se, num dado contexto, existem razões suficientes a justificar tal afastamento, é problemática de ordem diversa, ainda que não estejam de todo

¹³⁶ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 143.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 145. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 194.

separadas. A questão central é reconhecer as escolhas envolvidas e como elas são dependentes de considerações contextuais. Nas palavras de Schauer:

Aumentar a possibilidade de variação é a única maneira de aumentar a sensibilidade para a complexidade de um mundo em mudança. Mas essa virtude está em uma tensão inafastável com as virtudes contrapostas da confiança, e um aumento na sensibilidade então somente pode vir por um decréscimo proporcional na capacidade por parte dos destinatários de prever e, assim, confiar no que os aplicadores das regras provavelmente decidirão.¹³⁸

2.2 O ARGUMENTO DA EFICIÊNCIA

Como visto, as regras operam restringindo o espectro de considerações aberto para um agente tomar uma decisão, assim limitando suas escolhas e simplificando o processo. Como as regras já são o resultado de uma deliberação prévia, aquele que decide com base em regras “está parcialmente livre da responsabilidade de examinar cada característica substantivamente relevante do evento”¹³⁹.

Nesse sentido, as regras desempenham uma função de alocação de “recursos decisórios”, na medida em que, ao segui-las, não se faz necessário avaliar todos os fatores que estariam abertos para consideração na ausência da regra.¹⁴⁰ Desse modo, orientando nossa observação a focar em certos aspectos já selecionados e destacados previamente, podemos tomar a decisão de modo mais eficiente¹⁴¹.

Em um ambiente regido por regras, a tomada de decisão é orientada por um número mais limitado de fatores e mais facilmente identificáveis, de forma que o processo de tomada de decisão é simplificado. Assim, exige-se menos tempo e esforços do que em

¹³⁸ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 143-144. Cf. SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. **Calif. L. Rev.** **83** (1995). p. 1021-1023.

¹³⁹ SCHAUER, op. cit., p. 145. Em sentido semelhante: “The idea that a person must weigh the balance of reasons every time a moral decision arises is not only dangerous in cases of informational asymmetries or cognitive disabilities but is also terribly wasteful. Surely one could focus his energies in a more productive use than constant deliberation”. SHAPIRO, Scott J., Authority (2000). **Stanford/Yale Jr. Faculty Forum Research Paper 00-05**. Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 24. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=233830>. p. 9.

¹⁴⁰ SCHAUER, op. cit., 146.

¹⁴¹ GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules**: When we need them and when we don't. Cambridge University Press, 2002. p. 34. Cf. RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 54.

um cenário menos amarrado por regras e em que uma ampla gama de fatores estivesse aberta para consideração¹⁴².

Vale ressaltar que o argumento da eficiência tem valor para além da diminuição de erros tentada por ambientes de decisão com base em fatores simplificados. Tal distinção se dá porque a eficiência tem um aspecto positivo que pode ser desvinculado da existência ou não de erros na tomada de decisão. Isto é, ainda que em todos os casos de decisão irrestrita (*all things considered*) sempre se chegasse a melhor decisão para o caso, as decisões baseadas em regras demandam menos tempo e esforços, permitindo que as pessoas usem seu tempo para outras questões¹⁴³. Como diz Raz:

Embora a falibilidade humana seja um fator importante para a existência de regras, ele não é o único. O exame dos fatos e a avaliação de diferentes razões para a ação consomem tempo e esforços e estes são custos que, mesmo sob condições de infalibilidade, irão frequentemente sobrepesar os benefícios marginais que, em muitos casos, decorrem de se engajar em uma avaliação completa da situação a partir de seu mérito. Mesmo em condições ideais, portanto, ainda necessitaremos desse tipo de regras.¹⁴⁴

As regras promovem a eficiência ao obstem o exame de fatores para além dos nela fixados. Isso, contudo, tem o custo de dificultar a correta solução de questões que não se ajustem às determinações previamente estabelecidas, ou seja, casos que exijam uma análise mais profunda dos detalhes para que se possa chegar a uma decisão correta, porque os fatores destacados pela regra conduzem a um resultado errado ou porque os fatores suprimidos permitiriam uma solução mais adequada. A eficiência, nesse sentido, fica em tensão com a sensibilidade necessária para fazer ajustes no caso concreto¹⁴⁵.

Nesses termos, a eficiência é resultante de uma avaliação dos custos e benefícios esperados, de modo que tende a variar de acordo com o contexto. Aqui, a questão central passa por uma avaliação entre o que se espera ganhar com uma contínua procura por melhores resultados e o que se pode prever como custo decorrente de tal agir¹⁴⁶. É nesse

¹⁴² SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 147. Cf. GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 11; SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. **Calif. L. Rev.** **83** (1995). p. 969-974; STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Díficeis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 164.

¹⁴³ SCHAUER, op. cit., p. 147. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 15 e 31-32

¹⁴⁴ RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 54.

¹⁴⁵ SCHAUER, op., cit., p. 148

¹⁴⁶ GOLDMAN, op. cit., p. 30.

sentido que Schauer afirma que as “regras têm virtudes silenciosas, porque comumente nós podemos fazer o que fazemos precisamente porque as regras nos liberam de ter que fazer qualquer outra coisa”¹⁴⁷.

2.3 O ARGUMENTO DA AVERSÃO AO RISCO

Já foi comentado que o compromisso com as regras é um compromisso com um certo número de erros na tomada de decisão, daí porque o caráter subótimo das regras. Mas há um outro tipo de erro que também deve ser considerado, um erro que não decorre da própria estrutura das regras, mas diretamente dos tomadores de decisão.

O ponto aqui é: quando aqueles que decidem não estão amarrados por regras, mas estão em um contexto mais livre, em que podem investigar todos os fatores que considerarem relevantes para o caso, não há garantia que eles tomem uma melhor decisão. Como coloca Schauer, “livres para tudo considerar, os tomadores de decisão com frequência usam essa liberdade de forma insensata, empregando os fatores que *poderiam* produzir o melhor resultado para, ao invés, produzir algo inferior”¹⁴⁸. A ideia que aqui subjaz é de que a liberdade para consideração dos fatores relevantes tende a aumentar o grau de complexidade da tomada de decisão, porque mais fatores podem entrar no horizonte de considerações daquele que decide, e assim tende a aumentar a chance de erros diretamente associados aos juízos feitos pelo responsável pela decisão¹⁴⁹.

Com isso, temos dois tipos diferentes de erros em jogo: um decorre da própria estrutura das regras e o outro pode ser atribuído diretamente aos responsáveis pela tomada de decisão. Schauer aponta que os dois tipos de erros aqui referidos estão em tensão, de modo que a tentativa de resolver um tende a influir na ocorrência do outro. Nesse sentido, a configuração de um ambiente de tomada de decisão deve considerar, para além dos erros esperados do próprio caráter subótimo das regras, erros que podem ser imputados

¹⁴⁷ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 230.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 150. Cf. Idem. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 53-54.

¹⁴⁹ Idem. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 150. Cf. SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. **Calif. L. Rev.** 83 (1995) p. 976.

aos agentes que, livres das restrições impostas pelas regras, sejam competentes para aplicar as justificações subjacentes diretamente ao caso concreto¹⁵⁰.

Quando se acredita que os erros decorrentes da estrutura grosseira das regras tendem a sobrepujar os erros decorrentes de avaliações feitas próprios aplicadores das regras, e que, portanto, os erros decorrentes das limitações impostas pelas regras sejam mais graves, é provável que as regras sejam menos utilizadas¹⁵¹. De outro lado, onde se desconfia mais daqueles que decidem, acreditando-se numa chance maior de erros quando eles são mais livres para considerar do que quando são restringidos pelas regras, a opção por regras possivelmente será privilegiada¹⁵².

Desse modo, se o objetivo for sempre o melhor resultado em cada caso concreto, dificilmente as regras serão adotadas, porque, levadas a sério, elas simplesmente não permitem tal objetivo. De outro lado, uma perspectiva mais prudente, ligada a evitar a perspectiva do pior cenário, provavelmente adotará regras, “reconhecendo que a proteção contra o pior caso pode, em algumas circunstâncias, ser o melhor que podemos fazer”¹⁵³. Sob tal compreensão, há uma tensão entre a tentativa de buscar sempre a melhor decisão e a preocupação que leva a restringir a liberdade de julgamento de certos agentes. Nesse sentido, Struchiner, com base em Schauer, destaca que:

o dilema se dá porque o ser humano ainda não foi capaz de desenvolver um sistema de governo que não coloca obstáculos no caminho do bem, isto é, da decisão correta e, ao mesmo tempo, é apto para vigiar e evitar o mal, ou seja, os erros e abusos que podem ser cometidos [...]. O filtro que evita os abusos e os erros quando são consideradas as justificações é o mesmo que faz com que necessariamente existam resultados subótimos.¹⁵⁴

¹⁵⁰ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 151-152. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 55-56.

¹⁵¹ “Rules are also more likely to be unacceptable when the costs of error in particular cases are very high. The enormous danger of error can make overinclusive and underinclusive rules intolerable. It is one thing to have a flat rule that people under the age of sixteen cannot drive: the social and economic costs of mistaken denials of a license are relatively low. It is quite another thing to have a flat rule that people falling in a certain class will be put to death. It is for this reason that rule-bound decisions are unacceptable in inflicting capital punishment, and to some extent in criminal sentencing generally. (But here we must believe not only that rules make for error, but also that case-by-case decisions will make for less error.)” SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. **Calif. L. Rev.** **83** (1995). p. 1014.

¹⁵² SCHAUER, op. cit., p. 152.

¹⁵³ Ibidem, p. 153. Cf. GOLDMAN, Alan. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 24.

¹⁵⁴ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 155-156.

A chave aqui é o modo de colocação do problema: todo ambiente de tomada de decisão está sujeito a um certo número de erros, de forma que o desenho institucional deve levar em conta a frequência e as consequências de tais erros. Assim, a comparação não pode ser feita entre um cenário em que se pode obter a plena efetivação dos objetivos pretendidos e um cenário em que tais objetivos são concretizados através das regras e com os problemas estruturais que estas carregam; a comparação, sim, deve ser feita entre os erros decorrentes de um modelo de tomada de decisão em que os agentes não estão amarrados por regras e os erros decorrentes do próprio caráter subótimo das regras¹⁵⁵. A nossa imperfeição enquanto tomadores de decisão se manifesta não somente quando da criação das regras, mas também na hora de aplica-las.

Como Schauer refere, não raro certos ambientes de tomada de decisão, na tentativa de alcançar os melhores resultados, acabam obtendo resultados abaixo daqueles que seriam possíveis caso as ambições simplesmente fossem mais modestas. Daí porque o modelo ideal pode ser aquele que não tenha como meta o melhor cenário possível em cada caso¹⁵⁶.

Assim, uma preferência pelas regras pode ser justificada quando se tem razões para pensar que haverá um maior número de erros quando os agentes forem livres para considerarem um amplo espectro de fatores. Com isso, uma preferência por regras exprime uma ideia de aversão ao risco¹⁵⁷.

Nesse sentido, as regras podem ser estabelecidas com o fim de diminuir o erro do tomador de decisão limitando o espaço deste para considerações de fatores considerados demasiadamente complexos, numa tentativa de simplificação do ambiente de tomada de decisão; ou, ainda, podem servir para afastar da consideração daqueles que decidem certos fatores específicos quando se acredita que, do contrário, será maior a chance de decisões incorretas. Schauer resume essas possibilidades da seguinte maneira:

¹⁵⁵ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 43. Cf. SCHAUER, Frederick. **Rules and the Rule of Law**. Harvard Journal of Law and Public Policy (Symposium on Rules and the Rule of Law), n°14, 1991. p. 685-686.

¹⁵⁶ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 152-153. Como Schauer refere: “When the ‘rule of law’ is contrasted with the ‘rule of men’, the core idea is that individual power, creativity, initiative, and discretion have their dark side. The rule of men would be fine if all men were good, but when many men are not so, and when a degree of risk aversion is justified, we may often prefer to lose the most positive efforts of the best of men in order to guard against the most negative efforts of the worst of them”. SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 276.

¹⁵⁷ Idem. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 154-155.

Em vez de permitir que os tomadores de decisão examinem um amplo, complexo e variável conjunto de fatores, as regras substituem a decisão com base em um menor número de fatores facilmente identificados, facilmente aplicáveis e facilmente verificados externamente. Quando os tomadores de decisão seguem essas regras, sua oportunidade de desvio é reduzida e, portanto, a proporção de erros dos tomadores de decisão é menor do que seria caso tivessem mais liberdade para tentar fazer o que percebessem ser a melhor decisão, tudo considerado, para o caso em questão.¹⁵⁸

Por trás dessas colocações está a compreensão de que liberar os decisores para avaliar os detalhes do caso concreto talvez não leve a ajustes mais afinados às especificidades de cada caso, mas sim que a liberdade simplesmente acabe produzindo resultados piores¹⁵⁹. Como sintetiza Struchiner:

Se acreditamos que existe uma maior probabilidade de erros ou abusos serem cometidos quando aquele que aplica o direito tem sempre a prerrogativa de desconsiderar a regra em função de outras considerações, então temos boas razões para calibrar as instituições de tal forma que os aplicadores não se sintam à vontade para fazer isso. Isso pode ocorrer tanto nos casos em que acreditamos que o agente decisório é o agente diretamente responsável pelo erro na decisão, quanto nas ocasiões em que o mesmo é um agente indireto do erro.¹⁶⁰

2.4 O ARGUMENTO DA ESTABILIDADE

As regras, como generalizações entrincheiradas, não reconhecem certas diferenças entre os diversos eventos por elas abrangidos, suprimindo um vasto número de detalhes que podem eventualmente ser relevantes. Esse efeito, que decorre dos predicados fáticos grosseiros que as regras incorporam, ajuda a promover a estabilidade, na medida em que dificulta uma variação para acomodar diferenças de fato existentes entre os diversos eventos abrangidos por uma regra aplicável¹⁶¹.

Ainda, as regras se caracterizam por oferecerem certa resistência a tentativas de modificação no momento da aplicação, mesmo nos casos em que uma modificação poderia estar justificada perante o caso concreto. Com isso, o uso de regras associa-se a

¹⁵⁸ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 152.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 150.

¹⁶⁰ STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 145. Sobre a ideia de erros indiretos, ver, no mesmo texto, p. 145-149. Cf. RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 72.

¹⁶¹ SCHAUER, op., cit., p. 155.

uma tentativa de definição prévia sobre eventos futuros, perseguindo uma maior estabilidade como um objetivo valioso enquanto tal¹⁶².

Nada obstante, em certos cenários pode ser preferível uma análise mais casuística, com maior abertura para o detalhamento de cada evento. Assim, que seja conferida aos tomadores de decisão uma margem maior de liberdade para apreciar a riqueza de cada caso, na tentativa de privilegiar uma decisão ajustada às peculiaridades que sejam detectadas. A compreensão que subjaz aqui é que, às vezes, simplesmente pode ser preferível não disciplinar previamente e em detalhes certas questões¹⁶³. Em tais cenários, a força das regras tende a ser mais limitada¹⁶⁴.

Em outros contextos, é possível que se entenda justificada uma renúncia à sensibilidade da análise caso a caso em favor de uma maior garantia de estabilidade dos resultados. Em tais cenários, as regras desempenham um papel destacado, configurando a tomada de decisão tendo em vista um espectro mais restrito de considerações. Nesses casos, Schauer refere que:

O resultado ocasionalmente subótimo é visto como um erro que vale a pena tolerar, um preço a ser pago pela vantagem que vem da aglutinação da variedade e fluidez da experiência em restritos e, portanto, estabilizadores, padrões de decisão de acordo com regras de aplicação ampla.¹⁶⁵

Como já foi visto, uma decisão baseada em regras é uma decisão tomada a partir de certos fatores já fixados na criação da regra, de forma que outros fatores, que poderiam ser levados em conta por alguém não guiado pelas regras, acabam afastados. Se as regras têm força para resistir a razões contrárias no momento da aplicação, então pode-se esperar que mudanças do estado de coisas tornem-se mais difíceis do que seriam em um cenário

¹⁶² “Stability is essential if people are to be guided by law in their long-term decisions”. RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 215.

¹⁶³ “Settling on a course of conduct far ahead of time in the absence of complete information is a risky thing to do. By leaving our plans for future actions somewhat sketchy, we provide the measure of flexibility necessary to enable us to fill in the details as our visibility substantially improves”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Harvard University Press, 2011. p. 123. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 95.

¹⁶⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 155-156.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 156. Schauer ainda observa: “It is worth noting the affinity between rules and ‘slippery slope’ arguments. Although such arguments are often thought to be fallacious, it is now understood that they can be sound when relying on empirical claims about the tendency of people to assimilate the logically distinguishable. [...] And at the heart of a slippery slope argument is the willingness to tolerate an incorrect result in *this* case in order to minimize the number of incorrect results in future cases. By taking tomorrow to be as important if not more so than today, and by taking today’s case as merely one of a larger group, the slippery slope argument is but a variant on an argument from and for rules”. Nesse tema, cf. Ibidem. Slippery Slopes, **99 Harv. L. Rev.** 361 (1985).

livre de regras, em um cenário em que as pessoas tivessem a liberdade para simplesmente afastar prescrições previamente estabelecidas para regular o presente e o futuro¹⁶⁶.

Avaliar em que medida a estabilidade é desejável em um dado contexto supõe uma avaliação de questões que simplesmente não podem ser encontradas numa análise da estrutura das regras ou de suas funções. Esse tipo de questionamento depende dos objetivos perseguidos em um dado contexto social, já que são estes que irão definir a forma de utilização das regras, e não o contrário. Como Schauer nota, não é o reconhecimento da relação entre o grau de estabilidade em um ambiente e o uso de regras que permite avaliar quando isso será positivo, mas nem por isso a relação deixa de ser relevante: ela “nos permite ver mais claramente não somente como a estabilidade pode ser alcançada, mas também o tipo de preço que devemos pagar para obtê-la”¹⁶⁷.

A escolha por maior estabilidade arrasta consigo algum grau de renúncia à abertura para avaliar a complexidade e os detalhes dos casos futuros, inclusive de circunstância que podem não ter sido previstas ou simplesmente dimensionadas de forma equivocada¹⁶⁸. Como diz Schauer:

O argumento da estabilidade está, portanto, intimamente ligado ao argumento da aversão ao risco, pois ser avesso ao risco é ter uma visão não somente sobre o desconhecido, mas sobre o que é conhecido. Implícita na aversão ao risco está uma visão (relativamente) positiva sobre o atual estado de coisas. As regras, entrincheirando esse estado de coisas, servem aos objetivos da estabilidade pela própria estabilidade, mas não podemos considerar se vale a pena servir a tal objetivo sem ter uma concepção substantiva sobre onde nós estamos, e sobre onde nós queremos estar.¹⁶⁹

2.5 AS REGRAS COMO INSTRUMENTOS DE ALOCAÇÃO DE PODER

As regras definem o que está aberto para a consideração daqueles que decidem, afastando do horizonte destes os fatores que foram suprimidos. Assim, as regras retiram parte do poder daqueles que decidem, vez que os fatores relevantes para a tomada de

¹⁶⁶ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 156-157.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 157.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 157-158. Vale notar que “a observância fiel das regras, ainda que elas possam gerar incidência injustas ocasionais, é um meio de fortalecer o respeito institucional pela ordem jurídica. Parece evidente que a flexibilização corriqueira do disposto pelas regras fragiliza a estrutura do Estado de direito, além de favorecer o exercício de autoridades arbitrárias e voluntaristas”. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 208.

¹⁶⁹ SCHAUER, op. cit., p. 158.

decisão já foram escolhidos. Essa seleção que as regras expressam liga-se ao que Schauer chama de jurisdição (*jurisdiction*): quem tem poder (*jurisdiction*) sobre certas questões é quem tem o poder para decidi-las. Nessa perspectiva, Schauer entende as regras fundamentalmente como mecanismos cuja função é de alocação de poder, notadamente porque “um decisor não limitado por regras tem o poder, a autoridade, a jurisdição para levar tudo em consideração. Inversamente, o decisor limitado por regras perde ao menos parte dessa jurisdição”¹⁷⁰.

As regras alocam poder em dois sentidos. Um deles liga-se ao seu caráter entrincheirado, decorrendo do fato de as regras elevarem o patamar de força necessário para que razões em sentido contrário possam prevalecer. Daí porque estabelecer uma regra implica confiscar uma parcela de poder dos decisores do futuro, já que eles estarão, em alguma medida, amarrados a decisões que já foram tomadas no passado. Essa relação traduz uma distribuição de poder (*jurisdiction*) no tempo, “entre o passado, o presente e o futuro”¹⁷¹. O outro modo de alocação de poder se dá entre agentes ou instituições em um dado momento no tempo, porque as regras servem como instrumentos para determinar quem terá poder para decidir o que, assim traduzindo uma perspectiva horizontal de alocação de poder¹⁷². No ponto, assim refere Rafael Bellem de Lima

[...] Frederick Schauer não faz menção apenas ao que chama de alocação de poder temporal, que se dá quando a tomada de decisões é limitada por restrições previamente impostas por meio de regras, mas também àquilo que define como ‘alocação de poder horizontal’, ou seja, ao fato de que as regras permitem a distribuição de poder entre agentes diferentes, excluindo a possibilidade de rever as decisões tomadas pelos órgãos normativos da esfera de competência daqueles que decidem limitados por suas determinações. Para usar uma expressão do autor, regras atuam ‘determinando quem, e em que momento, deve determinar o que’.¹⁷³

A alocação de poder pode ser fundada na capacidade dos tomadores de decisão para lidar com as questões disciplinadas (por exemplo, capacidade técnica relativa a uma certa área), mas não necessariamente a determinação daquele que *deve* decidir certa questão precisa ser orientada pela definição daquele que é *melhor* para decidi-la. Isto é, ainda que a jurisdição possa ser alocada com base em avaliações associadas ao

¹⁷⁰ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 159.

¹⁷¹ Ibidem, p. 160.

¹⁷² Ibidem, p. 161.

¹⁷³ LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 64

conhecimento e competência (em um sentido não jurídico) dos agentes, nada impede que a determinação seja feita baseada em razões diversas¹⁷⁴. Como diz Struchiner:

[...] alocação de poder não aposta, pelo menos não exclusivamente, que o poder jurisdicional deve ser atribuído a certas pessoas e não a outras para minimizar os erros e abusos na avaliação das razões que devem efetivamente informar as decisões. De acordo com essa linha de raciocínio, as regras são importantes porque alocam poder para aqueles que estão realmente legitimados a decidir, mesmo que as suas decisões não sejam sempre corretas. Trata-se de um argumento de fundamento político ou moral.¹⁷⁵

Vale notar, então, que a ideia de jurisdição supõe o reconhecimento da distinção entre a autoridade para decidir e o conteúdo da decisão tomada¹⁷⁶. Com isso, Schauer distingue dois tipos de regras: as jurisdicionais (conferem poder) e as substantivas (estabelecem limites ao exercício do poder). As regras jurisdicionais são o mínimo que um ambiente de tomada de decisão precisa para ser constituído, pois que, do contrário, nada determinará quem tem o poder para decidir o quê; regras substantivas, por sua vez, têm o papel de modular o exercício de tal poder¹⁷⁷.

Como Schauer refere, reconhecer a possibilidade de regras jurisdicionais é relevante “porque a jurisdição que elas garantem é, em grande parte, independente da medida que haverá de controle substantivo sobre o exercício dessa jurisdição”¹⁷⁸. Assim, por exemplo, uma regra puramente jurisdicional cria poder, mas não traça nenhuma limitação a fim de modular o seu exercício¹⁷⁹. Em um tal cenário, não há qualquer resultado substantivo previamente desenhado, razão pela qual a solução de problemas supõe algo mais do que a simples aplicação de regras a casos concretos: deve haver uma decisão sobre o que ser feito em tais casos, decisão que não parte de uma seleção prévia

¹⁷⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 159.

¹⁷⁵ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 166-167. Como Schauer diz: “Rules, including legal rules, apportion decision-making authority among various individuals and institutions, reflecting a society’s decision about who will decide what, who is to be trusted and who not, who is to be empowered and who not, whose decisions are to be reviewed and whose are to be final, and who is to give orders and who is to take them”. SCHAUER, op. cit., p. 173.

¹⁷⁶ SCHAUER, Frederick. **Rules and the Rule of Law**. Harvard Journal of Law and Public Policy (Symposium on Rules and the Rule of Law), n.º 14, 1991. p. 652.

¹⁷⁷ Idem. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 167-169. Ver bibliografia citada no original. Cf. RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 216.

¹⁷⁸ SCHAUER, op., cit., p. 169.

¹⁷⁹ Note-se que mesmo um sistema constituído exclusivamente de regras puramente jurisdicionais (isto é, sem qualquer restrição substantiva) está sujeito às experiências recalitrantes. Cf. ibidem, p. 170.; ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 36.

dos fatores relevantes. O cenário é modificado quando as limitações substantivas entram em jogo, já que, isso ocorrendo, aqueles que aplicam as regras perdem parte do seu poder para determinar a solução de cada caso. Isso porque, já tendo havido uma deliberação prévia e uma decisão sobre os fatores relevantes, o horizonte de resultados possíveis fica mais limitado¹⁸⁰.

Assim, as regras jurisdicionais definem as questões que um certo agente ou instituição tem poder para decidir, ao passo que as regras substantivas determinam os fatores que devem entrar na tomada de decisão¹⁸¹. Exemplificando, é possível criar uma regra conferindo jurisdição a um juiz para que ele decida todos os casos relativos a guarda de crianças em um dado Município (puramente jurisdicional); é possível definir desde logo que o juiz deverá decidir de acordo com os melhores interesses da criança; ou, ainda, que ele deve deixar a criança com o genitor que mais possua recursos financeiros; ou definir desde logo que a criança deve, por exemplo, ficar com a sua mãe. A diferença entre cada hipótese está no grau de regulação do conteúdo das decisões, e essa regulação é uma forma de alocar poder dentro de um dado domínio decisório¹⁸².

2.5.1 O GRAU DE REGULAÇÃO SUBSTANTIVA

Se as regras são instrumentos para alocar poder, então é possível pensar o grau de regulação substantiva que elas carregam como um modo de manejar o quanto de poder aqueles que decidem terão quando da aplicação das regras. Com isso, o grau de determinação das regras pode ser visto um mecanismo para modular essa regulação, e, portanto, como um mecanismo para a alocação de poder entre criadores e aplicadores das regras.

Nesse sentido, podemos imaginar um contínuo extremado de um lado pela determinação (precisão) e de outro pela indeterminação (vagueza), a diferença sendo uma questão de grau¹⁸³. A escolha do grau de determinação das regras está associada à margem

¹⁸⁰ SCHAUER, Frederick. **Rules and the Rule of Law**. Harvard Journal of Law and Public Policy (Symposium on Rules and the Rule of Law), n.º 14, 1991. p. 652-653.

¹⁸¹ Idem. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 171.

¹⁸² Ibidem, 171-172.

¹⁸³ Idem. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 189. Note-se que ultrapassando-se certo grau de vagueza a própria noção de regra (na forma exposta no capítulo 1) tende a colapsar, já que a

de liberdade que será conferida àqueles que decidem, razão pela qual quanto mais determinadas forem as regras (mais precisas), mais restrito fica o âmbito de considerações aberto àquele que decide. Há, em tais casos, maior carga de decisão prévia por parte de quem cria a regra, na tentativa de antecipar os resultados a serem alcançados¹⁸⁴. De outro lado, quanto menos determinadas forem as regras (mais vagas), mais livres ficam os decisores para avaliar os aspectos do caso concreto, já que há uma maior abertura para definir os fatores relevantes para a tomada de decisão. Vale dizer, então, que quando uma prescrição é formulada em termos vagos, garante-se maior espaço de escolha àqueles que devem decidir com base nessas prescrições, notadamente porque uma parcela mais significativa de decisões ainda não foi tomada: essa parcela foi delegada ao aplicador¹⁸⁵.

Em outras palavras, quanto mais escolhas são feitas quando da criação da regra, isto é, quanto maior carga decisória na criação da regra, maior a afirmação de poder pelo próprio criador, já que, assim agindo, ele escolhe afastar mais fatores da consideração do aplicador, e assim retirar parte do poder deste. Ao revés, quanto menos decisão na hora de criação, mais delegação para aqueles que decidem. Com isso, a carga de decisão reflete uma forma de alocação de poder, porque implica decidir o quanto aquele que decide vai poder levar em consideração e, portanto, quão amarrado ele vai estar a decisões que não foram por ele tomadas¹⁸⁶.

Para além de tais considerações, vale destacar que o grau de determinação das regras também serve para modular o grau de alocação de poder entre o presente e o futuro. Aqui também há uma relação inversa, agora na perspectiva entre o passado e o futuro: quanto maior a carga decisória no ato de fixação da regra, mais se fecha o horizonte de

prescrição normativa acaba devolvendo todo o universo de considerações normativas que já estaria aberto ao aplicador na ausência da regra, assim não sendo possível falar em um entrincheiramento da prescrição posta frente a suas justificações subjacentes. A questão que aqui se pretende expor é o reconhecimento de que existe um espaço para modular a relação precisão/vagueza e ainda assim trabalhar com a concepção de regra aqui formulada. Tal modulação envolve a força que as regras possuirão, de modo que, para além de impactar na forma de distribuição de poder em um dado domínio decisório, impacta nos outros argumentos expostos no presente capítulo (2.1-2.4).

¹⁸⁴ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 151.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 14. Cf. WALDRON, Jeremy. Vagueness and the Guidance of Action. (October 29, 2010). **NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-81**. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1699963>, p. 9.

¹⁸⁶ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 192-193. Como Schauer refere: “insofar as rules are the frequently desirable devices for limiting jurisdiction and thus of limiting power, and insofar as they are the also frequently desirable devices for allocating responsibility in a complex world, their force is felt not only in the odd case, but in every case. It is not just that these virtues of rules are frequently unnoticed and are thus silent. Rather, it is the very silence itself, the ability to take things off the agenda as well as to put them on, that explains much of what is valuable about rules”. SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 232.

escolhas possíveis no futuro; quanto menor a carga decisória no ato de fixação da regra, mais escolhas restarão para os decisores do futuro¹⁸⁷.

O legislador, por exemplo, pode optar por fazer menos escolhas previamente na tentativa de garantir maior sensibilidade a eventos futuros, já que um número reduzido de escolhas deixa mais espaço para decisões futuras. O ponto é que essa relação também envolve uma alocação de poder que pode ser modulada pelo grau de carga decisória existente na hora de criação das regras. Como diz Schauer

A lição que textura aberta nos ensina é que é impossível projetar as regras ou a linguagem de uma maneira que sejam antecipadas todas as ocorrências possíveis. Não importa o grau de cuidado com que tentemos redigir uma definição ou regra que se aplique a qualquer imaginável situação, nossa limitada capacidade de prever o futuro sempre deixa aberta a possibilidade que algum evento futuro ou algum estado de coisas não vai se encaixar nos termos que tenhamos empregado. Mas nós podemos nos garantir contra o inesperado ao intencionalmente fazer uso de uma linguagem vaga. Usando uma linguagem vaga nós sacrificamos precisão no curto prazo, mas ganhamos em trocar uma flexibilidade no longo prazo que faz com que possamos acomodar o inesperado.¹⁸⁸

Aqui, mais uma vez, o ponto é que a escolha por um ou outro caminho depende dos objetivos perseguidos, e assim tende a variar de acordo com o contexto em questão.

2.5.2 REGRAS E A PRIORIDADE DO MAIS LOCAL

¹⁸⁷ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 195. Vale referir que o próprio Schauer observa que, empiricamente, essa modulação aqui proposta pode não produzir tais efeitos. No que ele chamou de “hipótese de convergência”, ele refere uma certa tendência que as Cortes têm de aproximar prescrições mais precisas de prescrições mais vagas (regras e *standards*, segundo a terminologia mais usual). Assim, ele menciona, por exemplo, que a postura de pensar as regras como sempre contendo uma implícita cláusula de “razoabilidade” é uma maneira de retirar a força das regras para então operar num nível mais livre de aplicação das mesmas. Cf., em maior extensão, SCHAUER, Frederick. *The Convergence of Rules and Standards*. **N. Z. L. Rev.** **303** (2003).

¹⁸⁸ Idem. *Slippery Slopes*. **99 Harv. L. Rev.** **361** (1985). p. 372. Em sentido semelhante, “In fact all systems, in different ways, compromise between two social needs: the need for certain rules which can, over great areas of conduct, safely be applied by private individuals to themselves without fresh official guidance or weighing up of social issues, and the need to leave open, for latter settlement by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case”. HART, H.L.A. **The concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 130. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 95; GOLDMAN, Alan. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 107-111; STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 115-118.

Nos casos em que mais de uma regra se mostra aplicável para disciplinar um certo evento, pensar a função desempenhada pelas regras supõe pensar não somente o modo como cada regra opera isoladamente considerada, mas também o modo como elas se relacionam entre si. Para lidar com a possibilidade de uma multiplicidade de regras serem simultaneamente aplicáveis a um dado caso, Schauer introduz a ideia de prioridade do mais local. Assim ele explica:

A regra que é menos geral, e aplicável a um número menor de eventos, parece ser mais aplicável aos eventos aos quais ela se aplica. A regra que inclui o menor número de eventos para além do evento em questão parece, de alguma forma, estar mais próxima do evento e, portanto, essa regra pode ser chamada de regra mais local.¹⁸⁹

A questão que aqui se coloca envolve o grau de limitação a que estarão sujeitos aqueles que decidem com base em regras. Uma vez que as regras são simplificações de considerações mais profundas, Schauer afirma que a disputa entre uma prescrição mais diretamente aplicável e uma prescrição mais distante pode ser entendida como uma disputa entre o resultado ditado por uma regra diretamente aplicável ao evento em questão e o resultado ditado por uma justificação de nível mais profundo (mais distante do evento). Note-se, ainda, que o conflito pode se dar entre uma regra e outras justificações que não sejam a da própria regra em questão¹⁹⁰.

Como já foi referido, há uma diferença fundamental entre a aplicação direta de justificações últimas dentro de um dado sistema e a aplicação dessas mesmas justificações através da concretização que é tentada a partir das regras – essa diferença é exatamente o que leva a criação das regras. Aqui, o pano de fundo é a própria ideia de separação de poderes: se aqueles que decidem sempre estiverem livres para abandonar uma regra quando acharem que ela está em desacordo com certos propósitos mais profundos, além do fato de que a regra não estará sendo tratada como regra, a própria a separação de papéis entre o legislador e aqueles que decidem ficará enfraquecida¹⁹¹. Sob tal compreensão, as regras são vistas como ferramentas necessárias para possibilitar uma separação de papéis

¹⁸⁹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 189.

¹⁹⁰ *ibidem*, p. 190: “If rule-based constraint is diminished insofar as rules are defeasible in the service of their own justifications, [...] then, *a fortiori*, that constraint is diminished to the extent that the most local rule is defeasible even in the service of justifications lying elsewhere within the system”.

¹⁹¹ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 186-187. Cf. ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. p. 7-9.

entre aqueles que legislam e aqueles que operam vinculados por tal legislação, e assim para possibilitar uma separação de poderes¹⁹². Como diz Struchiner:

Certas pessoas podem reconhecer a autoridade de outras mesmo quando acreditam que estejam erradas. A própria noção de separação de poderes pressupõe o uso de regras. A diferenciação de funções pressupõe a existência de regras. Se regras nunca fossem levadas a sério, nenhum tipo de decisão poderia ser tomada previamente por um outro órgão qualquer, cabendo, na verdade, sempre àquele que tem a última palavra.¹⁹³

Uma maneira de os decisores afastarem as limitações que lhes são impostas pelas regras é buscando fundamentos para a decisão em justificações mais profundas, em prescrições mais vagas ou em prescrições mais gerais, e assim mais distantes do caso concreto¹⁹⁴. Quanto maior o grau de liberdade que aqueles que decidem têm para buscar fundamentos em um nível maior de abstração, maior o poder que eles têm para decidir, já que menos rígidas tendem a ser as amarras impostas pelas prescrições que se situam nos níveis mais fundamentais das justificações em um dado domínio decisório. Em sentido semelhante, Ávila refere que uma das formas de desprezar as regras “é saltar ao plano constitucional mesmo nos casos em que há regras infraconstitucionais não inequivocamente contrárias à Constituição”¹⁹⁵.

Como já foi referido, regras levadas a sério não são mera referência aos propósitos que elas são pensadas para concretizar. Bem entendido, as regras desempenham uma

¹⁹² SCHAUER, Frederick. Rules and the Rule of Law. **Harvard Journal of Law and Public Policy (Symposium on Rules and the Rule of Law)**, n° 14, 1991. p. 686-689. Cf. GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 42.

¹⁹³ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 167

¹⁹⁴ Schauer aborda com a distinção entre o *generalidade* e *vagueza* no artigo Prescriptions in Three Dimensions, **Iowa Law Review**, n° 82, 1997. Cf. STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 138-147. Por uma análise das formas de “escapar” das regras, cf. SCHAUER, Frederick. The Convergence of Rules and Standards. **N. Z. L. Rev.** 303 (2003). p. 312-315.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. p. 10. Como diz Ana Paula Barcellos “pouco valeriam as decisões do Poder Legislativo se cada aplicação de um enunciado normativo se transformasse em um novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar, novamente, todas conveniências e interesses envolvidos na questão, bem como todos os princípios pertinentes para, ao fim, definir o comportamento desejável.” BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 188. Por uma análise crítica do recurso a prescrições vagas para derivar soluções concretas, cf. SUNDFELD, Carlos Ari V. Princípio é preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo P.; BARBIERI, Catarina H. C. **Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-305.

função que não é simplesmente instruir os decisores aos resultados pretendidos pela direta aplicação dos objetivos mais profundos: são as regras que carregam a força da decisão¹⁹⁶.

Com isso, a força das regras aumenta na medida em que um sistema privilegia as regras mais locais, seja sobre suas justificações, seja sobre outros propósitos mais profundos. Nesse sentido, Schauer destaca que, para que as regras operem como regras, elas devem ser entrincheiradas não somente em face de suas próprias justificações subjacentes, mas também em relação a outras regras também. Tal relação é expressa com a ideia de prioridade do local¹⁹⁷. Como refere Schauer:

A maioria de nós acredita que as regras atendem a valiosos propósitos, especialmente no direito. Para alguns, esses propósitos residem nas noções de previsibilidade e estabilidade, ainda que os argumentos para as regras como instrumentos para a alocação de autoridade na tomada de decisão possam ser ainda mais fortes. Mas, quaisquer que sejam esses propósitos, eles não podem ser cumpridos a menos que as regras possuam algum grau de resistência às determinações do tomador de decisão sobre o que lhe parece agora, tudo considerado, ser a melhor decisão¹⁹⁸.

¹⁹⁶ ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 151.

¹⁹⁷ “Local priority need not to be absolute to be a priority, any more than rules need be absolute in order to be rules”. SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 190-191.

¹⁹⁸ Idem. On the supposed defeasibility of legal rules. **Current Legal Problems** 51.1 (1998). p. 239. No mesmo sentido refere Ávila: “se a regra não for, em alguma medida, rígida relativamente à subjetividade do aplicador, as funções que ela desempenha ficam prejudicadas”. ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. p. 15.

CAPÍTULO 3. MODELAGEM INSTITUCIONAL E TOMADA DE DECISÃO

3.1 ASSIMETRIA DE AUTORIDADE, OU O PROBLEMA DO “GAP”

Para o contexto de aplicação de uma regra, Schauer desenha quatro hipóteses, em duas havendo concordância entre destinatário e autoridade, e em outras duas havendo discordância. Assim, pelo primeiro grupo, pode ocorrer que o destinatário da regra acredite que ela produz um resultado ajustado à justificação e deva ser seguida, e a autoridade responsável pela criação da regra, caso estivesse na presença do destinatário, concordaria; pode ocorrer, ainda, que o destinatário, entendendo que a regra produz um resultado errado, acredite que não deve segui-la, e a autoridade também concordaria com o destinatário. De outro lado, o destinatário da regra pode acreditar que ela não deve ser seguida, e a autoridade, caso presente, não concordaria com o destinatário; por fim, pode ser que o destinatário acredite que a regra deve ser seguida, e a autoridade, presente estivesse, não concordaria com o destinatário¹⁹⁹.

Aqui, interessam as hipóteses em que há um desacordo entre a autoridade e o destinatário, já que nas outras a força das regras não é de fato testada. Então, comparando a terceira e a quarta hipóteses, caso a autoridade responsável pela criação de regras acredite haver uma maior chance de ocorrência da terceira hipótese – isto é, destinatário da regra achando que deve excepciona-la, mas a autoridade entendendo que não isso é o correto a fazer -, a autoridade então pode entender justificado definir previamente que as regras devem ser seguidas, não deixando a cada destinatário que avalie quando é o caso de excepciona-la. Como refere Struchiner:

Se os responsáveis pelo desenho institucional acreditam que ao permitir uma decisão caso a caso, sensível ao contexto e aberta para a avaliação de todas as razões consideradas relevantes pelo julgador, mais resultados errados, abusivos e preconceituosos serão produzidos, então eles devem, do ponto de vista moral e racional, exigir que os responsáveis pela decisão acatem a sua autoridade, aplicando as regras sem incluir no cálculo decisório as justificações das mesmas. Por outro lado, do ponto de vista daquele que deve julgar, se ele estiver totalmente convencido de que a aplicação da regra vai gerar um resultado errado, então para ele não é racional nem moralmente requerido que siga a regra.²⁰⁰

¹⁹⁹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 131.

²⁰⁰ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 166.

Note-se, porém, que tal escolha por parte da autoridade é problemática (ainda que possa ser justificada) porque implica amarrar inclusive aqueles decisores que corretamente iriam ajustar as regras ao resultado idealmente correto para o caso concreto. Então, quando as regras são pensadas de modo que o curso de ação por elas determinado deve ser seguido mesmo que o resultado esteja errado (à luz das suas justificações subjacentes ou à luz da totalidade de razões relevantes para o caso), manifesta-se o problema chamado por Schauer de assimetria de autoridade: aquilo que pode ser racional do ponto de vista do criador da regra pode não ser racional da perspectiva do tomador de decisão²⁰¹.

Para Larry Alexander, que trabalha esse fenômeno como o problema do “*gap*”²⁰², há duas razões principais para que isso ocorra: nós somos, enquanto criadores de regras, criaturas imperfeitas, e, portanto, somos incapazes de instituir prescrições perfeitas; de outro lado, nós também somos, enquanto destinatários e aplicadores das regras, imperfeitos, daí porque erramos na avaliação dos casos em que as regras devem ser excepcionadas. O ponto central é, segundo Alexander, que nós temos mais chances de alcançar os propósitos mais profundos que buscamos se tentarmos concretiza-los através de regras do que se simplesmente tentarmos diretamente aplicar tais propósitos²⁰³.

Com isso, a questão que se coloca, da perspectiva da autoridade responsável pela criação das regras, é pensar como a força das regras será calibrada, considerando que liberar os destinatários para instituir exceções nas regras implica que eles também poderão fazer exceções nos casos em que isso não venha a ser o procedimento correto. Nesse sentido, a questão posta envolve um cálculo dos custos e benefícios esperados, vale dizer, dos custos decorrentes da decisão de amarrar os decisores às regras mesmo nos

²⁰¹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 131. Cf. SCHAUER, Frederick. Imposing Rules. 42 **San Diego L. Rev.** 85 (2005). SHERWIN, Emily. The Importance of the Gap. **Cornell Legal Studies Research** N° 16-28 (2016). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2817808>. HURD, Heidi M. Why You Should Be a Law-Abiding Anarchist (Except When You Shouldn't). 42 **San Diego L. Rev.** 75 (2005). SHAPIRO, Scott J. The Rationality of Rule-Guided Behavior: A Statement of the Problem (2005). **Faculty Scholarship Series**. Paper 1337. GOLDMAN, Alan H. The Rationality of Complying with Rules: Paradox Resolved. **Ethics**, Vol. 116, n° 3 (April 2006), pp, 453-470.

²⁰² “There is an always-possible gap between what we have reason to do, all things considered (including the value of rules and the effects of our conduct on preserving valued rules), and what we have reason to have our rules (and the officials who promulgate and enforce them) require us to do. A rule may not allow for an exception where, all things considered, we should violate it, and yet be an ideal rule for all that. We may not trust others-really, ourselves in the role of rule-followers rather than rule-authors-to apply the exception correctly. In other words, an exception may lead to an unfavorable balance of incorrect versus correct applications of the exception. But without the exception, we end up with the ‘gap’” in ALEXANDER, Larry. The Gap. 14 **Harv. J.L & Pub. Pol’y** 695 (1991). p. 695-696.

²⁰³ *Ibidem*, p. 696.

casos em que isso não gere o melhor resultado para o caso, para que assim também seja possível amarrar aqueles decisores que iriam fazer um juízo errado sobre o caso concreto e modificar a regra quando de fato não deveriam fazê-lo. Daí o dilema: deve, em razão de tais possibilidades, a autoridade institucionalizar um modelo em que as regras sejam efetivadas mesmo nos casos em que para o destinatário da regra, tudo considerado, a regra não deveria ser seguida?

Segundo Schauer, a autoridade pode querer efetivar a aplicação das regras mesmo nos casos em que o destinatário acredite (e mesmo quando de fato assim for) que no caso concreto seguir a regra não seria o certo a fazer, porque a autoridade responsável pela criação das regras pode antecipar que haverá mais casos em que os destinatários avaliarão de modo incorreto as razões fornecidas pelas regras, sendo, portanto, maior o número de erros em razão do próprio julgamento dos destinatários sobre o que deve ser feito; ou, ainda, porque a autoridade antecipa que as consequências de um modelo mais livre serão piores. Sob tal compreensão, a autoridade pode instituir um modelo de tomada de decisão no qual os aplicadores não sejam tão livres para avaliar, em cada caso, se estão diante de uma hipótese em que a regra deve ser excepcionada²⁰⁴.

Assim, Schauer sustenta que, ainda que se entenda ser irracional, do ponto de vista do destinatário, seguir a regra quando o destinatário sabe que ela gera, tudo sendo considerado, um resultado errado e que não deveria ser aplicado, pode ser racional, para aquele responsável por instituir a regra, ou para o responsável por aplicá-la, querer efetivar a regra mesmo assim, em razão de considerações que estão para além do caso concreto. O cerne do problema aqui posto, portanto, é o deslocamento da perspectiva do sujeito destinatário da regra para a autoridade que fixa a regra²⁰⁵.

3.2 MODELOS DE TOMADA DE DECISÃO

No que se refere ao modo de aplicação de regras, Schauer imagina dois modelos extremados: o formalismo puro e o particularismo puro. Cada um, a seu modo, acentua

²⁰⁴ SCHAUER, Frederick. Rules and the Rule of Law. **Harvard Journal of Law and Public Policy** (Symposium on Rules and the Rule of Law), n.º 14, 1991. p. 692-694.

²⁰⁵ Cf. em maior extensão SCHAUER, Frederick. Rules, Rationality, and the Significance of Standpoint. 35 **Queen's L.J** 305 (2009).

ao máximo uma maneira possível de lidar com as regras: ora dando dando-lhes força máxima, ora dando-lhes força nenhuma.

Entre cada um desses modelos há um contínuo de possibilidades, possibilidades que irão se diferenciar pela maneira que modulam a força que será conferida às regras. Schauer, então, destaca dois modelos intermediários: o particularismo sensível às regras (pendente para o extremo do particularismo puro) e o positivismo presumido (pendente para o lado do formalismo puro).

Esse contínuo é uma forma para pensar como será feita a modelagem institucional das tomadas de decisão em um dado domínio decisório, possibilitando calibrar a forma como o poder de decisão será distribuído. Mais, tendo em vista as possibilidades que podem ser articuladas, a modelagem permite diferenciar contextos de decisão, assim permitindo variações ajustadas os objetivos existentes e conforme as circunstâncias de cada contexto. Como refere Schauer:

Porque as regras operam dentro de uma estrutura que determina o status dessas regras, e porque essa estrutura provavelmente é substancialmente política, social, econômica e psicológica, o status de uma regra no processo de decisão de qualquer tomador de decisão, ou de uma população de tomadores de decisão, não é algo que possa ser determinado apenas pela análise do conceito de uma regra. Essa análise pode explicar o que acontece quando os tomadores de decisão levam as regras a sério. Ela não pode explicar se e quando o fazem.²⁰⁶

3.2.1 O PARTICULARISMO PURO E O FORMALISMO PURO

No modelo particularista puro, o objetivo da tomada de decisão é sempre alcançar o melhor resultado possível em cada caso concreto, e por tal razão nenhum fator é previamente afastado do universo de considerações normativas aberto para aquele que decide. A abordagem particularista é a abordagem do caso concreto, no enfoque de cada detalhe e na compreensão das circunstâncias de cada evento, a fim de assimilar todos os aspectos potencialmente relevantes para a tomada da melhor decisão.

O particularismo é uma tentativa teoricamente possível de resposta frente ao fato de as regras serem simplificações imperfeitas de certos objetivos mais profundos, isto é, frente ao caráter estruturalmente subótimo que as regras carregam. Sob a perspectiva do

²⁰⁶ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 196.

particularismo, as regras são vistas como meros projetos de solução para cada caso em que se aplicam, de modo que não são capazes de oferecer qualquer resistência enquanto regras.

Nesse sentido, as regras são desprovidas de qualquer peso para orientar condutas nos casos de experiências recalitrantes, não sendo capazes de fornecer pressão normativa nos casos de aplicação divergente com a justificação subjacente, já que a decisão sempre é orientada para se ajustar ao caso concreto, nos mesmos moldes do modelo de conversação²⁰⁷. Como refere Struchiner:

De acordo com o modelo particularista, o que importa é encontrar o melhor resultado possível para cada caso que possa aparecer. As regras não passam de guias heurísticos transparentes que apenas auxiliam na busca do melhor resultado. No modelo particularista, nenhuma consideração do caso em jogo é excluída *a priori*. Qualquer fato que seja importante ou relevante para alcançar o melhor resultado é incluído no cálculo decisório. As regras funcionam apenas como sugestões. Quando indicam resultados contrários àqueles aos quais se chegaria caso se fizesse uma análise que levasse em consideração todos os fatores relevantes, não é necessário aplica-las. Da mesma maneira que corrigimos as ocasiões de sobreinclusão ou subinclusão nos contextos de conversação, o modelo particularista não só admite a possibilidade de correção, mas clama pela correção do predicado fático sempre que ele não é capaz de gerar o resultado correto de acordo com a justificação da regra ou as outras razões pertinentes. Desse modo, aquele que toma as decisões é um alfaiate que pode ajustar o predicado factual da maneira que desejar.²⁰⁸

Como já foi visto, uma regra que é sempre recalibrada quando produz um resultado desajustado ao idealmente esperado não opera de fato como uma regra, já que a força está sendo exercida por outras considerações normativas. Em vista da contínua abertura para dar conta de todos os fatores relevantes à luz das justificações, o que implica a constante possibilidade de reformulações das generalizações previamente postas, aqui não se pode, propriamente, falar em regras, porque aqui elas não apresentam qualquer autonomia normativa²⁰⁹.

No modelo de decisão particularista, não há espaço para as regras limitarem os fatores que entram na tomada de decisão. Com isso, o decisor particularista assume que existem razões substantivas por trás da regra e assume que a única função das regras é a de concretizar tais propósitos. Se a regra for um empecilho frente a tal objetivo, ele

²⁰⁷ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 78.

²⁰⁸ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras**: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 160.

²⁰⁹ Ibidem, p. 161.

simplesmente a ignora, e é nesse sentido que aqui a regra é convertida numa mera instrução, já que, de fato, o aplicador se orienta diretamente pelas justificações subjacentes.

Vale notar, ainda, que a ideia de total abertura a considerações do caso “desconsidera a imprescindibilidade dos mecanismos de justiça geral em uma sociedade complexa e pluralista”²¹⁰. Mais, o particularismo não é capaz de assimilar a possibilidade de as pessoas não chegarem a um acordo sobre a melhor forma de concretizar diretamente as justificações que constituem um dado domínio decisório, e que a criação de regras por uma autoridade legitimada a tanto pode ser precisamente uma forma de construção de um solo comum entre pessoas com posições divergentes²¹¹.

O particularismo, então, para além de ignorar completamente a ideia de separação de poderes, deixa aberto todos os problemas decorrentes da ausência de regras²¹². Como diz Ávila:

Não se afastam as regras sem se afastarem os problemas que elas ajudam a resolver. Em outras palavras, a desconsideração das regras implica uma forma de injustiça. Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está autorizado o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto. Em suma, a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, seja o que isso signifique, apesar das circunstâncias selecionadas pela regra legal, não é algo necessariamente positivo, e a contemplação dos elementos valorizados pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, não é algo forçosamente negativo.²¹³

²¹⁰ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. p. 14.

²¹¹ Como diz Schauer: “When a legislature enacts a statute, it enacts a set of words, and at no time does it vote on a purpose or a goal or a background justification apart from the words. It certainly does not vote on the intentions expressed in speeches or writings of individual legislators. Indeed, at times different legislators may well have different intentions or different purposes in mind, and the words enacted may represent the point of compromise among legislators with different goals and different agendas”. SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p. 165.

²¹² Struchiner assim coloca sobre o particularismo: “é claro que quando o foco é o melhor juiz imaginável – um juiz Hércules de Dworkin, por exemplo, então a exigência de que ele siga regras parece ser extremamente cruel, na medida em que obsta a possibilidade de alcançar o melhor resultado possível em certos casos. Entretanto, canalizar a atenção apenas para o caso do melhor juiz, (aquele com um grau de conhecimento ímpar e uma sensibilidade aguçada), diante de um caso em que se vê incapacitado de fornecer a melhor solução possível, em função da existência de regras que impedem o acesso a todos os fatores contextuais da situação em jogo, e colocar isso como uma imagem da prática decisória no âmbito jurídico como um todo, seria construir uma visão deturpada” in STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 164.

²¹³ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. p. 15.

No outro extremo, Schauer coloca o modelo formalista puro, no qual as regras são tidas como entrincheiradas, exercendo trabalho normativo enquanto regra, mesmo naqueles casos em que a aplicação da regra frustra a concretização da justificação que a regra deve concretizar. Aqui, a regra sempre tem força para definir a decisão a ser tomada, já que a generalização feita previamente é tida como resistente em todos os casos, sempre excluindo da consideração do tomador de decisão os aspectos não selecionados e destacados pela regra aplicável²¹⁴. Sobre o modelo formalista, assim refere Struchiner:

Dentro desse modelo, faz-se uma decisão prévia, por atacado, no sentido de considerar a linguagem da regra o objeto último de referência dos atos de aplicação normativa. Aqui as generalizações do antecedente não funcionam como janelas que podem ser abertas em todas as ocasiões em que surge um caso novo, para avaliar quais são os propósitos da regra e se são estes ou outros que devem ser perseguidos naquela ocasião. É feita uma opção prévia pelo entrincheiramento do predicado fático. O modelo formalista baseado em regras considerar que estas são sempre opacas. Não se pode levar em consideração, na decisão, outros fatores que pudessem permitir um resultado mais interessante.²¹⁵

No modelo em questão, não cabe falar em contínua revisão das generalizações, porque um decisor sob tal modelo sempre procura na regra a decisão a ser tomada, mesmo quando fazê-lo parece produzir um resultado errado²¹⁶. Note-se, ainda, que o decisor formalista aqui pensado não decide entrincheirar as regras achando que sempre elas determinarão o melhor resultado: ele sabe que elas produzem um certo número de resultados errados, mas decide mesmo assim as tratar como razões últimas para a tomada de decisão²¹⁷.

Aqui, as regras não só operam como verdadeiras regras, como elas operam com força máxima: em vez de transparentes, as regras são opacas e nunca cedem em favor de razões contrárias²¹⁸. Trata-se de um modelo entrincheirado que simplesmente nunca cede às especificidades do caso concreto, independentemente do resultado a ser produzido. Há, portanto, uma decisão prévia de que os fatores destacados na regra são tidos como sempre prevalentes para determinar o resultado na hora de aplicação. Assim, no modelo

²¹⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 78.

²¹⁵ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras**: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 161.

²¹⁶ SCHAUER, op. cit., p. 78.

²¹⁷ STRUCHINER, op. cit., p. 163.

²¹⁸ SCHAUER, Frederick. Rules and the Rule of Law. **Harvard Journal of Law and Public Policy** (Symposium on Rules and the Rule of Law), n°14, 1991. p. 649.

formalista puro, não há espaço para falar de revisão das regras no momento de aplicação²¹⁹.

3.2.2 O PARTICULARISMO SENSÍVEL ÀS REGRAS

O particularismo sensível às regras é um particularismo qualificado: aqui o decisor não trabalha somente com as justificações substantivas que estão subjacentes às regras, ele coloca na balança inclusive as justificações geradoras de regras²²⁰. Nesse sentido, pode-se dizer que o particularismo sensível é o verdadeiro particularismo, já que no particularismo sensível de fato o decisor busca levar em consideração todos os fatores relevantes para a tomada de decisão, ou seja, avaliar inclusive fatores relevantes para além do caso concreto de aplicação.

Nesse modelo, é possível que o decisor entenda ser o caso de efetivar a regra mesmo considerando que o resultado por ela determinado está em desconformidade com aquele que adviria da aplicação direta da justificação substantiva por trás da regra²²¹. Com isso, um decisor que realmente busque levar todos os fatores em consideração pode concluir que, mesmo que a regra determine um resultado errado no caso concreto, os custos associados à sua flexibilização excedem os ganhos com o ajuste necessário para a correta solução do caso²²². Struchiner assim sintetiza:

Para o particularista sensível às regras, diante de cada caso deve-se colocar na balança as justificações geradoras de regras e as justificações substanciais para determinar a decisão. Se o agente responsável pela tomada de decisões percebe que naquele caso específico com o qual está lidando, as razões para se ter a regra são mais fortes do que as justificações substanciais que podem estar apontando em uma direção contrária à regra, então aplica-se a regra. Ocorrendo a situação contrária, o cenário se inverte e as justificações substanciais são aplicadas.²²³

Nesse sentido, o particularismo sensível às regras é um modelo de decisão mais complexo, já que busca acomodar as peculiaridades do caso concreto com os valores de

²¹⁹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 78. Cf. STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras**: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 168.

²²⁰ Sobre a distinção, ver tópico 1.5

²²¹ SCHAUER, op. cit., p. 94.

²²² Ibidem, p. 96. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 144-146.

²²³ STRUCHINER, op. cit., p. 169.

ordem mais sistemática que levam à própria criação das regras²²⁴. Note-se que, caso as regras sejam entendidas como mecanismos para assegurar previsibilidade, confiança e certeza, então, diz Schauer, o modelo aqui apresentado possivelmente é capaz de acomodar tais fatores e ao mesmo tempo não ser cegamente fiel às regras²²⁵.

No entanto, para Schauer um dos fatores mais fortes para justificar a utilização de regras está ligado a uma preocupação relativa a quem deve decidir que tipo de questão, daí a função das regras de alocação de poder. Isto é, se as regras são estabelecidas para definir quem está autorizado a decidir o que, e com base em quais fatores, já não é tão claro pensar que o próprio decisor deve ter poder para avaliar, em cada caso de aplicação, se deve seguir a regra.

Assim, se nós não confiamos em um agente ou em uma instituição para decidir com livre acesso ao nível das justificações mais profundas, e por isso criamos regras para limitar a tomada de decisão, parece não fazer muito sentido reconhecer ao próprio agente ou instituição o poder para avaliar se, em cada caso, ele deve respeitar a limitação que a regra lhe impõe²²⁶. No mesmo sentido, Struchiner assim coloca:

Se o responsável pelo desenho institucional está preocupado em evitar que certos agentes decisórios tomem certos tipos de decisões (porque acha que eles são ignorantes ou mal intencionados ou simplesmente não são os agentes legítimos), então não faz sentido permitir que em cada caso seja o próprio agente decisório que vai decidir se aquele caso é um caso que cabe a ele julgar ou não. Se nós não confiamos nos juizes, então certamente causa estranheza o modelo particularista sensível às regras, no qual os juizes são os próprios guardiões dessa desconfiança, na medida em que cabe a eles decidirem em cada caso se vão aplicar a regra ou não.²²⁷

Mais, se as regras cumprem o papel de alocar poder, a ideia de que os decisores devem ter poder para avaliar, diante de cada caso, se devem ou não aceitar a jurisdição de outros agentes está “em tensão com a própria ideia de separação de jurisdições”²²⁸. Assim, o problema do particularismo sensível é que, em tal modelo, tudo é devolvido à apreciação daqueles que decidem, assim fragilizando o papel das regras de alocar poder.

²²⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 97. Cf. GOLDMAN, Alan. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 118-119.

²²⁵ SCHAUER, op., cit., p. 98. Cf. STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 170.

²²⁶ SCHAUER, op., cit., p. 98.

²²⁷ STRUCHINER, op., cit., p. 170.

²²⁸ SCHAUER, op., cit., p. 99.

Se nada está fora do universo de considerações normativas daqueles que decidem²²⁹, cabendo ao próprio decisor avaliar o peso de cada fator, o poder acumulado pelo aplicador destoa da própria função das regras de distribuir poder em um dado domínio decisório²³⁰.

3.2.3 POSITIVISMO PRESUMIDO

Seguindo no contínuo antes imaginado, Schauer pensa outro modelo de tomada de decisão, que se situa em algum lugar do caminho entre o modelo do formalismo puro e o particularismo sensível às regras. Em tal modelo, por ele chamado de *positivismo presumido*, “as regras têm uma força presumida, ainda que ela não seja conclusiva”²³¹.

Aqui, as regras têm um patamar de força, que representa sua resistência frente a razões contrárias, e ele não é variável caso a caso. Com isso, as regras têm uma espécie de aplicação “presumida”, só deixando de ser determinantes para a solução do caso frente a circunstâncias particularmente exigentes. Assim, as regras impõem alguma restrição na tomada de decisão, mas fica aberta a possibilidade de a regra ser afastada²³².

Nesse sentido, para um decisor no modelo do positivismo presumido, diversamente do que ocorre no formalismo puro, o universo de considerações normativas para além da regra não está totalmente fechado. Para saber se, no caso concreto, há razões exteriores à regra aplicável que a superam, é preciso que o decisor tenha acesso a considerações normativas que estão para além da regra, já que, do contrário, não seria possível saber se o caso em questão consubstancia ou não uma hipótese “particularmente exigente”²³³.

²²⁹ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 99. Cf. LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 122-126.

²³⁰ SCHAUER, op., cit., p. 100. Cf. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001. p. 61-68.

²³¹ SCHAUER, Frederick. Rules and the Rule of Law. **Harvard Journal of Law and Public Policy** (Symposium on Rules and the Rule of Law), n°14, 1991. p. 647. Cf. ALEXANDER e SHERWIN, op., cit., p. 68-75. CONSTABLE, Marianne. **Just silences: The limits and possibilities of modern law**. Princeton University Press, 2007. p. 111-131. FALLON JR., Richard Fallon. Ruminations on the Work of Frederick Schauer. **72 Notre Dame L. Rev.** 1391 (1997).

²³² SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 196.

²³³ Idem. Rules and the Rule of Law. **Harvard Journal of Law and Public Policy** (Symposium on Rules and the Rule of Law), n°14, 1991. p. 677.

Com isso, Gerald Postema refere que o positivismo presumido tende a ser equivalente ao particularismo sensível às regras. Isso porque, segundo Postema, só é possível identificar as hipóteses “particularmente exigentes” mediante uma verificação de todos os fatores do possivelmente relevantes em cada caso de aplicação da regra, o que acaba trazendo o positivismo presumido para o lado do particularismo sensível às regras²³⁴.

Schauer reconhece a impossibilidade de fazer a determinação dos casos excepcionais sem que seja haja uma abertura para considerações além da regra em cada caso. Mas, o ponto central, segundo Schauer, é que aqui não há uma contínua avaliação dos fatores possivelmente relevantes em cada contexto de tomada de decisão. Isto é, trata-se de uma questão de postura psicológica: o decisor não está sempre à procura de fatores que justifiquem uma modificação na regra²³⁵. Assim, Schauer propõe

a ideia de um olhar casual, um vislumbre, uma olhadela, uma checagem preliminar, segundo a qual um decisor segue a regra reconhecida, a menos que algum outro fator interfira abertamente em seu processo decisório. Implícito no positivismo presumido está uma fenomenologia tal que o decisor está aberto à possibilidade de a presunção ser superada, mas não a persegue ativamente, ou pode fazer uma checagem rápida em vez de uma investigação minuciosa.²³⁶

Assim, para além do fato de as regras bloquearem, ao menos parcialmente, o acesso às justificações subjacentes, aqui, tendo em vista que as regras têm aplicação presumida, a determinação da força das justificações geradoras de regras não é somente incumbência dos aplicadores das regras²³⁷. Vale dizer, a força das regras é definida no

²³⁴ POSTEMA, Gerald J. Positivism, I Presume... Comments on Schauer's Rules and the Rule of Law, **14 Harv. J. L. & Pub. Pol'y** 797, p. 813-817 (1991). Cf. RADIN, Margaret Jane. Presumptive Positivism and Trivial Cases. **14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y** 823 (1991). PEREIRA, Haroldo. "POSITIVISMO PRESUMIDO: o modelo de tomada de decisão baseado em regras na metodologia da teoria do direito/PRESIDENT POSITIVISM: the decision-making model based on rules in the methodology of the theory of law." **Revista Diorito** 2.1 (2018).

²³⁵ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 203-205. Cf. SCHAUER, Frederick. The Rules of Jurisprudence: A Reply. **14 Harv. J. L. & Pub. Pol'y** 839 (1991). p. 844-847; STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 171.

²³⁶ SCHAUER, Frederick. Rules and the Rule of Law. **Harvard Journal of Law and Public Policy** (Symposium on Rules and the Rule of Law), n.º 14, 1991. p. 677. Cf. GOLDMAN, Alan. **Practical Rules: When we need them and when we don't**. Cambridge University Press, 2002. p. 105-107 e 147-148. GAVISON, RUTH. Legal Theory and the Role of Rules: Comment. **14 Harv. J. L. & Pub. Pol'y** 839 (1991) p. 745-756.

²³⁷ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 100.

momento de sua criação, não estando sujeita a reapreciações pelo aplicador²³⁸. Como refere Struchiner:

Assim como o modelo formalista forte, o modelo do positivismo presumido é compatível com a noção de regras, embora as regras não sejam absolutas, possuindo apenas uma força presumida. O modelo do positivismo presumido pode ser criticado por aqueles que tem uma maior aspiração por uma otimização moral, já que aceita que certos resultados subótimos serão produzidos dentro do seu domínio. Esse é o preço a ser pago para preservar a função de alocação de poder das regras.²³⁹

²³⁸ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules** – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 97.

²³⁹ STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005. p. 172.

CONCLUSÃO

Buscou-se aqui contrastar as virtudes e os vícios que as regras carregam, tendo-se como constitutivo da própria ideia de regra o seu caráter estruturalmente subótimo. Regra, como visto, é uma relação entre uma instanciação e uma justificação de nível mais profundo, a instanciação sendo entrincheirada frente a outras considerações potencialmente relevantes para a tomada de decisão. Assim, que só se pode falar em regra quando a instanciação tiver algum grau de autonomia normativa frente a suas justificações subjacentes.

Com isso, foi visto que as regras funcionam limitando possibilidade de decisão e como o uso de regras representa uma renúncia ao melhor cenário possível, já que as regras arrastam sempre as marcas da imperfeição. A compreensão aqui posta é de que as regras são ferramentas, e que antes de maneja-las é importante tentar saber o que podemos fazer com elas. Daí porque, para além de destacar as limitações que as regras nos trazem, buscou-se identificar os problemas que elas nos ajudam a resolver.

Com a exposição das razões para se ter regras (justificações geradoras de regras), foi demonstrado que o uso de regras está situado em uma tensão entre sensibilidade ao caso concreto e os argumentos da confiança, da eficiência, da aversão ao risco e da estabilidade. Ainda, privilegiou-se uma análise das regras enquanto instrumentos para alocação de poder, argumento este que mais é destacado por Schauer. Foi demonstrado, então, que a flexibilização das regras sempre envolve algum custo, ainda que isso possa ser, sob certas circunstâncias, justificado.

Nesse processo, foi pensado como o uso de regras depende de considerações contextuais, isto é, depende de fatores que estão para além da própria estrutura e função das regras. Nada obstante, a análise da ideia de regra continua relevante, já que isso torna mais claro não somente os ganhos que podem vir com o uso de regras, mas também os custos que estão em jogo.

O ponto central, assim, é uma tentativa de reconhecer as escolhas que estão envolvidas na decisão sobre o uso de regras. Se o cenário é de escolhas, devemos saber o que está em jogo, e este trabalho foi uma tentativa de pensar a estrutura na qual essa discussão se coloca. O foco, portanto, esteve na colocação do problema.

Ao final, foram pensados modelos de tomada de decisão, cada um, a seu modo, apresentando seus custos e suas virtudes. Assim, que a diferenciação dos contextos de

tomada de decisão é uma forma de modelagem institucional, e a calibragem da força das regras pode desempenhar um relevante papel nesse tema. Então, foi abordado o positivismo presumido como modelo de decisão capaz de articular as razões para se ter regras, inclusive a função de alocação de poder, e ainda assim manter algum grau de sensibilidade ao caso concreto.

A ideia, nesses termos, é de que nós possivelmente ficamos melhor em um cenário preocupado em desenhar as instituições certas e com regras definindo os cursos de ação a serem tomados do que se cada um simplesmente tentar fazer o que considerar a melhor ação possível. Daí porque, ainda que as regras sejam instrumentos marcadamente imperfeitos, elas podem muito bem ser frequentemente o melhor que podemos conseguir. Nesse sentido, forçar a aplicação de regras em certos casos, mesmo que elas produzam um resultado errado, pode ser visto como um custo inescapável quando se tem como objetivo alcançar os benefícios que as regras podem nos trazer.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. The Gap. **14 Harv. J.L & Pub. Pol’y 695** (1991).

ALEXANDER, Larry. With Me, It’s All er Nuthin: Formalism in Law and Morality, **66 U. Chi. L. Rev. 530** (1999).

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham and London: Duke University Press, 2001.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying Legal Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2008.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BIX, Brian. **Law, Language and Legal Determinacy**. Oxford: Clarendon Press, 1995

Bo Zhao, Everything We Do Is Tentative. An Interview with Prof. Frederick Schauer, **39 R & R 67** (2010)

CONSTABLE, Marianne. **Just silences: The limits and possibilities of modern law**. Princeton University Press, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In. Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FALLON JR., Richard. Ruminations on the Work of Frederick Schauer. **72 Notre Dame L. Rev.** 1391 (1997).

GAVISON, RUTH. Legal Theory and the Role of Rules: Comment. **14. Harv. J. L & Pub. Pol'y** 839 (1991)

GOLDMAN, Alan H. **Practical Rules**: When we need them and when we don't. Cambridge University Press, 2002.

GOLDMAN, Alan H. The Rationality of Complying with Rules: Paradox Resolved. **Ethics, Vol. 116, n° 3 (April 2006)**, pp, 453-470.

HART, H.L.A. **The concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

HURD, Heidi M. Why You Should Be a Law-Abiding Anarchist (Except When You Shouldn't). **42 San Diego L. Rev.** 75 (2005).

LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 160, p. 49-64, 2003.

PEREIRA, Haroldo. "POSITIVISMO PRESUMIDO: o modelo de tomada de decisão baseado em regras na metodologia da teoria do direito/PRESIDENT POSITIVISM: the decision-making model based on rules in the methodology of the theory of law." *Revista Diorito* 2.1 (2018).

POSTEMA, Gerald J. Positivism, I Presume... Comments on Schauer's Rules and the Rule of Law, **14 Harv. J. L. & Pub. Pol'y** 797 (1991).

RADIN, Margaret Jane. Presumptive Positivism and Trivial Cases. **14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y** 823 (1991).

RAZ, Joseph. **Reasoning with Rules**. (2001). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=999552>

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SCHAUER, Frederick. Slippery Slopes, **99 Harv. L. Rev.** 361 (1985).

SCHAUER, Frederick. The Jurisprudence of Reasons, **85 Mich. L. Rev.** 847 (1987).

SCHAUER, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal**, n° 97 (1988).

SCHAUER, Frederick. Rules and the Rule of Law. **Harvard Journal of Law and Public Policy (Symposium on Rules and the Rule of Law)**, n °14, 1991.

SCHAUER, Frederick. The Rules of Jurisprudence: A Reply. **14 Harv. J. L. & Pub. Pol'y** 839 (1991).

SCHAUER, Frederick. Exceptions, **58 U. Chi. L. Rev.** 871 (1991).

SCHAUER, Frederick, Prescriptions in Three Dimensions, **Iowa Law Review**, n° 82, 1997.

SCHAUER, Frederick. On the supposed defeasibility of legal rules. **Current Legal Problems** 51.1 (1998).

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SCHAUER, Frederick. The Convergence of Rules and Standards. **N. Z. L. Rev. 303** (2003)

SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SCHAUER, Frederick. Imposing Rules. **42 San Diego L. Rev. 85** (2005).

SCHAUER, Frederick. A Critical Guide to Vehicles in the Park. **83 N.Y.U. L. Rev. 1109** (2008). p.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Rules, Rationality, and the Significance of Standpoint. **35 Queen's L.J 305** (2009).

SHAPIRO, Scott J., Authority (2000). **Stanford/Yale Jr. Faculty Forum Research Paper 00-05**; Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 24. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=233830>

SHAPIRO, Scott J. Judicial Can't. **Philosophical Issues**, Vol. 11, Social Political, And Legal Philosophy (2001), pp. 530-557

SHAPIRO, Scott J. The Rationality of Rule-Guided Behavior: A Statement of the Problem (2005). **Faculty Scholarship Series**. Paper 1337.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Harvard University Press, 2011.

SHERWIN, Emily. The Importance of the Gap. **Cornell Legal Studies Research N° 16-28** (2016). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2817808>

SUNDFELD, Carlos Ari V. Princípio é preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo P.; BARBIERI, Catarina H. C. **Direito e Interpretação**: Racionalidade e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-305

SUNSTEIN, Cass R. Problems with rules. **Calif. L. Rev.** 83 (1995)

SUNSTEIN, Cass. Must formalism be defended empirically, **66 U Chi. L. Rev.** 636 (1999)

STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras: o Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito.** Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005.

STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: Daniel Sarmiento (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRUCHINER, Noel. O Direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In. Rodriguez, J., et al. (eds.) **Nas fronteiras do formalismo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In. Macedo Jr., Ronaldo Porto e Barbieri, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

WALDRON, Jeremy. Vagueness and the Guidance of Action. (October 29, 2010). **NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-81.** Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1699963>