

Danilo Marcondes
Noel Struchiner

Textos Básicos de Filosofia do Direito

De Platão a Frederick Schauer



SCHAUER

Frederick Schauer nasceu em 1946 em Newark, Nova Jersey. Formado em Ciência Política e Teoria Política com concentração em Finanças, em 1972 recebeu o título de *Juris Doctor* (J.D.) da Harvard Law School. Após um curto período advogando, passou a se dedicar mais à vida acadêmica. Foi professor de direito e ciência política em diversos lugares, incluindo a Universidade de Chicago, Universidade de Michigan, Universidade de Harvard (de cuja John F. Kennedy School of Government foi reitor acadêmico, entre 1997 e 2002) e Universidade de Virgínia (onde está desde 2008). É autor de diversos livros e artigos acadêmicos sobre liberdade de expressão, direito constitucional, raciocínio jurídico e filosofia do direito.

Schauer nem sempre atuou na área de filosofia do direito em sentido estrito. Sem qualquer tipo de formação tradicional em filosofia ou treinamento formal na área, encaminhou-se para a filosofia do direito por uma decorrência natural de suas preocupações práticas com questões jurídicas. Os primeiros trabalhos lidavam com a questão da liberdade de expressão e seus limites e isso o levou a trabalhar com o tema da interpretação constitucional. Seu interesse pelo tema da interpretação, por sua vez, fez com que ele se debruçasse sobre alguns problemas da filosofia da linguagem. A principal influência nesse campo foram os filósofos da filosofia da linguagem ordinária, como Wittgenstein e Austin, assim como o autor na área do direito que melhor incorporou esses *insights*, H.L.A. Hart. O foco de Schauer na interpretação constitucional foi se ampliando para a interpretação jurídica como um todo, e a partir desse ponto passou a investigar o raciocínio, a argumentação jurídica e os elementos que diferenciam o direito de outras práticas normativas.

Apesar da ausência de formação em filosofia, foi uma espécie de autodidata extremamente bem-sucedido na área, o que pode ser atestado pelo reconhecimento de seus pares: Schauer já exerceu o cargo de vice-presidente da Sociedade Americana de Filosofia Jurídica e Política (1996-1998), foi um

dos fundadores da revista *Legal Theory*, da Universidade de Cambridge, é membro do corpo editorial da Law and Philosophy Library, da editora Springer, e em 2007-2008 foi nomeado George Eastman Professor da Universidade de Oxford, desenvolvendo seus trabalhos de filosofia do direito junto ao tradicional Balliol College.

Os livros mais conhecidos de Schauer em filosofia do direito são *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (1991), *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (2003), *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (2009) e o mais recente *The Force of Law* (2015). Suas ideias suscitaram grandes debates acadêmicos e foram tema de simpósios, livros e edições especiais de periódicos. Seu trabalho sobre a natureza das regras e como as mesmas funcionam no raciocínio jurídico foi foco de um livro intitulado *Rules and Reasoning: Essays in Honour of Fred Schauer* (1999) e de uma edição especial do *Harvard Journal of Law and Public Policy* (1991), que abria com o artigo "Rules and the rule of law", de Schauer, que funciona como um resumo de ideias que são mais bem desenvolvidas em *Playing by the Rules*, obra que escolhemos para citar nessa coletânea.

JOGANDO DE ACORDO COM AS REGRAS

As regras como generalizações

As ideias principais desse livro giram ao redor de algumas perguntas cruciais: qual é o tipo de relação que existe entre as regras e o direito? É o direito necessariamente uma questão de regras? Pode o direito ser uma questão de regras? Do ponto de vista descritivo, é possível classificar o direito como uma prática de aplicação de regras? Do ponto de vista normativo, deveria o direito ser baseado em regras? Deveriam os agentes responsáveis pela tomada de decisões no âmbito jurídico ser constrangidos por regras?

Essas questões dizem respeito a aspectos conceituais, descritivos e normativos das relações entre as regras e o direito. Começamos pela análise das perguntas conceituais e descritivas. Afinal, como podemos entender o conceito de direito e como podemos descrever o direito existente? Conforme indicado pelos dois últimos parágrafos do texto selecionado, Schauer adota uma postura positivista, mais especificamente uma postura hartiana, ao defender que o conceito de direito pode ser mais bem compreendido invocando-se a noção de regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento última (ver p.173-4) identifica o que conta como direito válido. Schauer entende que seria conceitualmente possível imaginar uma regra de reconhecimento

que indicasse que todas as normas morais também são juridicamente válidas. Contudo, isso não seria conceitualmente necessário e, do ponto de vista descritivo, vemos que nos diversos sistemas jurídicos existentes ao redor do mundo aquilo que é reconhecido como direito é apenas um subconjunto das normas existentes, ou seja, um domínio limitado de normas. Para Schauer, o conceito de direito perderia pujança explicativa se não fosse capaz de diferenciar o direito de outras esferas normativas (como a política e a moral), e seria estranho gastar tanta energia falando de uma regra de reconhecimento se ela sempre reconhecesse a totalidade do universo normativo como direito. Afinal, a dificuldade reside justamente em saber, dentro de um ambiente constituído por uma pletora de regras e normas diversas, quais são aquelas que efetivamente contam como jurídicas.

Resumindo, do ponto de vista conceitual, Schauer defende a posição positivista de que é possível diferenciar o direito de outras esferas normativas e, do ponto de vista descritivo, que o direito de fato tem se apresentado como uma espécie de domínio limitado de normas. Não é qualquer norma que conta como parte do direito, mas apenas aquele subconjunto de normas que foram reconhecidas como juridicamente válidas pela regra de reconhecimento última. Na medida em que o direito faz isso, ele é um correlato sistêmico de uma regra. Uma regra cerceia e delimita a quantidade de fatores a serem analisados por quem toma decisões, assim como o direito delimita aquelas normas que efetivamente devem informar as decisões jurídicas. Mas para entender melhor em que sentido um sistema jurídico é um análogo sistêmico de uma regra, temos que entender a própria noção de regra.

Schauer foca a sua atenção em uma categoria especial de regras: as prescritivas. Entre as regras reconhecidas pela regra de reconhecimento última, que é secundária, temos as regras primárias que prescrevem ações e comportamentos e constituem o bojo do direito existente. Essas regras prescritivas são sempre generalizações simplificadas de considerações normativas mais profundas, ou seja, são instanciações simplificadas de justificações subjacentes. Para utilizar o próprio exemplo de Schauer, a regra que proíbe a entrada de cachorros no restaurante foi criada com uma justificação em mente: evitar comportamentos capazes de criar um transtorno para os clientes dos restaurantes. Porém ela não passa de uma simplificação da sua justificação, já que é ao mesmo tempo sobreinclusiva e subinclusiva, isto é, incorpora mais casos do que a sua justificação incorporaria (ex: cão-guia) e deixa de incorporar casos que a sua justificação incorporaria (ex: bêbados inconvenientes). A existência da regra limita os fatores relevantes a serem considerados: passa a valer o fator "ser cachorro no restaurante" e não qualquer fator que seria relevante para a concretização da justificação.

Contudo, se o decisor, em cada momento decisório, puder invocar diretamente a justificação subjacente à regra, então o papel normativo da regra é eliminado, cabendo integralmente à justificação. É por isso que, em última análise, Schauer entende uma regra como uma relação de resistência entre um predicado fático e sua justificação subjacente. A possibilidade constante de ignorar o predicado fático em função de sua justificação subjacente faz com que a regra deixe de existir como uma regra e se torne uma mera sugestão. Para algo ser uma regra, faz-se necessário que seja capaz de resistir às exigências da justificação subjacente. Assim, temos que o direito é um domínio limitado não só porque não é toda e qualquer norma que é reconhecida como jurídica, como também pelo fato de a regra de reconhecimento atribuir validade jurídica a certas regras prescritivas e, conforme foi visto acima, pelo fato de as regras prescritivas elegerem apenas certos aspectos que devem ser levados em conta no momento da decisão.

Vimos que, conceitualmente, Schauer entende que o direito pode ser um domínio limitado (pode ser uma questão de regras) e do ponto de vista descritivo o direito costuma se apresentar como um domínio limitado (como um sistema de regras). Cabe discutir agora se o direito deveria ser um domínio limitado. Em que medida um domínio limitado de regras prescritivas é normativamente desejável? Há boas razões normativas para fazer a opção por um domínio limitado de regras? Lembremos que regras jurídicas prescritivas simplificam justificações subjacentes, sendo sempre atual ou potencialmente subinclusivas ou sobreinclusivas, então por que optar por elas? Será que os agentes responsáveis pela tomada de decisões no âmbito jurídico deveriam ser constrangidos por essas regras que incorporam erros de sobre e subinclusão?

Schauer levanta diversas razões normativas a favor de regras. Em primeiro lugar, ele investiga argumentos mais conhecidos e tradicionais, mas nem por isso pouco importantes, como a maior garantia de certeza, segurança e previsibilidade que as regras prescritivas são capazes de proporcionar. Certamente é mais delicado planejar condutas com segurança quando regras podem ser negligenciadas a favor da aplicação direta de justificações subjacentes. Outro argumento, ainda tradicional, a favor das regras prescritivas diz respeito à eficiência em termos de tempo e de custos que elas são capazes de gerar. Costuma ser mais fácil e rápido e exigir menos perícia decidir com base na regra (que é uma simplificação) do que diretamente com base na sua justificação subjacente. Outro argumento, ainda, é aquele da filosofia política que diz que na ausência de regras as decisões cabem a quem possui a palavra final. Sem regras não temos como garantir a separação de poderes, e a democracia corre perigo. Isso é o que aconteceria se juízes não eleitos pudes-

sem ignorar as regras estabelecidas pelo legislativo para aplicar diretamente o que imaginam ser as suas justificações subjacentes.

Porém a contribuição mais inovadora de Schauer é o argumento segundo o qual regras configuram um mecanismo para evitar erros. Todos sabemos que regras, por serem simplificações, possuem erros embutidos de sobre e subinclusão. Todavia, se acreditamos que os erros serão mais significativos quando os responsáveis pela decisão puderem afastar as regras, então temos boas razões para querer que as mesmas sejam levadas a sério. Esse é o argumento que Schauer desenvolve no texto selecionado. É importante perceber que esse argumento depende de uma análise comparativa sobre os erros que estamos mais dispostos a tolerar em um determinado contexto: os erros de sobre e subinclusão embutidos nas regras ou aqueles que podem ser cometidos pelo afastamento das regras por parte dos decisores. Se o medo do segundo tipo de erro prepondera, então temos boas razões para defender um modelo de regras.

Schauer discorre sobre quatro modelos normativos diferentes de tomada de decisão. Esses modelos são respostas ao problema da sub e sobreinclusão e formam um contínuo separado por dois extremos: o particularismo puro e o formalismo forte. Os particularistas são aqueles com uma predisposição para afastar toda e qualquer regra incapaz de concretizar o seu propósito ou justificação subjacente. Eles aplicam diretamente o que imaginam ser a justificação na busca do melhor resultado do ponto de vista substantivo e não se sentem compelidos pela regra. No ambiente particularista, regras passam a ser meras sugestões; o importante é fazer o que é certo e as regras não podem atravancar o caminho. A vantagem do particularismo seria a sua capacidade de evitar os erros de sobre e subinclusão. No outro extremo, temos o formalismo forte, no qual o compromisso daqueles que tomam as decisões é sempre com o resultado que foi determinado pela regra. (Obviamente que tal compromisso só pode ser honrado na medida em que o predicado fático é exposto em uma linguagem clara, possuindo um significado determinado. Quando a regra é indeterminada, o recurso às justificações se torna inevitável.) Regras nunca podem ser afastadas em busca de suas justificações subjacentes. Dentro do formalismo forte, são preservadas as virtudes da certeza, segurança, previsibilidade, eficiência, separação de poderes e prevenção dos erros que poderiam ser cometidos ao se aplicar diretamente as justificações subjacentes. Por outro lado, esse modelo retém todos os erros de sobre e subinclusão embutidos nas regras, por mais absurdos que possam ser.

Entre os extremos, encontramos modelos mais sofisticados. O modelo do particularismo sensível às regras assume que por trás de regras existem, concomitantemente, justificações substantivas e formais. É a introdução des-

te último tipo de justificação que o diferencia do particularismo puro. Em cada situação de decisão, o particularista sensível às regras vai recorrer não só às justificações substantivas almejadas pela regra (evitar comportamentos que causem um transtorno para os clientes do restaurante, no caso da regra sobre cachorros que já vimos), mas também às razões para ter a regra na forma de regra, que podem ser resumidas, para ele, em certeza, segurança e previsibilidade. A vantagem desse modelo é que ele leva em consideração aspectos ignorados pelo particularista puro. Por outro lado, não podemos esquecer que ainda se trata de um modelo particularista, ou seja, todos os fatores formais e substantivos relevantes para a justificação subjacente são sopesadas em cada caso. Isso implica que esse modelo perde em eficiência (ele requer mais tempo, envolve mais custos e requer maior perícia) quando comparado aos modelos do particularismo puro (que só avalia os fatores relevantes para a justificação substantiva) e do formalismo forte (que nem sequer avalia as justificações subjacentes, sejam elas substantivas ou formais). Além disso, se uma das razões para se ter regras é o nosso ceticismo em relação à capacidade de decisão de certas pessoas, como vamos confiar a essas próprias pessoas a escolha sobre quando a justificação substantiva é mais ou menos relevante que a justificação formal?

O outro modelo intermediário é o do formalismo moderado (que Schauer chama de positivismo presumido). O compromisso do decisor nesse modelo é bem parecido com o do modelo formalista forte: ele se compromete a aplicar o resultado gerado pelo predicado fático. Porém, em situações em que o erro de sobre ou subinclusão é absurdo, gerando aquilo que Schauer chama de situação particularmente exigente, o formalista moderado abre mão do resultado gerado pela regra para fazer a coisa certa. É importante perceber que o formalista moderado adota como posição padrão a aplicação da regra. Ele não vai em busca de todas as razões a favor ou contra a sua aplicação; na dúvida ele aplica a regra – mesmo nos casos em que a aplicação produz um resultado subótimo. Apenas quando erros flagrantes e absurdos se apresentam ao decisor, não deixando a menor dúvida de que se trata de uma situação particularmente exigente, é que o resultado gerado pela regra é posto de lado. A vantagem desse modelo em comparação aos modelos particularistas é preservar a totalidade de virtudes das regras: certeza, segurança, previsibilidade, eficiência, separação de poderes e prevenção dos erros que poderiam ser cometidos ao se aplicar diretamente as justificações subjacentes. Em comparação ao modelo do formalismo forte, a vantagem do formalismo moderado é a sua capacidade de evitar os resultados absurdos que poderiam fazer o direito cair no ridículo. Porém, ainda é um sistema que admite uma grande quantidade de resultados subótimos, por serem sobre ou subinclusivos.

Schauer entende que a escolha entre os diferentes modelos depende de uma análise comparativa de suas vantagens e desvantagens e diz que não existe um modelo que seja *a priori* o certo ou o melhor para todas as ocasiões possíveis. A escolha pelo desenho institucional a ser implementado depende da área do direito com a qual estamos lidando e da capacidade institucional dos responsáveis pela construção e aplicação de regras, entre outros fatores. Essas são questões normativas, que são diferentes das questões conceituais e descritivas sobre o direito. Resumindo, do ponto de vista conceitual Schauer entende que o direito certamente pode ser uma questão de regras. Do ponto de vista descritivo, o direito frequentemente se manifesta na forma de regras. E do ponto de vista normativo existem boas razões para defender as regras e sustentar os modelos de tomada de decisão baseados em regras, pelo menos em certas circunstâncias.

“ Uma parte de qualquer regra, a que alguns autores se referem como *protasis* e outros chamam de fatos operantes, especifica o seu alcance, isto é, as condições fáticas que provocam a sua aplicação. Esse componente de uma regra, a que chamarei predicado fático, pode ser compreendido como a sua hipótese, pois as regras prescritivas podem ser formuladas de modo que comecem com “se x ”, em que x é uma afirmação descritiva cuja verdade é condição necessária e suficiente para a aplicação da regra. “Se uma pessoa dirige a mais de noventa quilômetros por hora, então essa pessoa deve pagar uma multa de cinquenta dólares.” “Se você permanecer fora de casa após as dez horas da noite, então seus pais não lhe permitirão mais usar o carro.”

As regras também contêm o que chamo de *consequente*, prescrevendo o que acontecerá quando as condições especificadas no predicado fático forem satisfeitas. “Se uma pessoa dirige a mais de noventa quilômetros por hora, então essa pessoa deverá pagar uma multa de noventa dólares.” “Se uma pessoa tem 21 anos de idade, então lhe é permitido comprar bebidas alcoólicas.”

...

Suponha que eu entre num restaurante com Angus, que passa então a latir, correr por todo lado, pular em cima dos fregueses e comer os restos de comida caídos no chão. O proprietário do restaurante, tentando evitar que algo assim se repita, pretende excluir não somente Angus nesse momento, mas futuros eventos do mesmo tipo. Sendo assim, ele deve generalizar a partir do evento particular de Angus latindo, correndo, pulando e comendo no tempo t (e no lugar l). Como Angus é preto, o proprietário poderia estabelecer uma norma que excluísse do restaurante tudo aquilo que fosse dessa

cor, não apenas terriers escoceses pretos tal como Angus, mas também gatos pretos, sapatos pretos, gravatas pretas, vestidos pretos e cabelos pretos. Tal generalização a partir do evento anterior seria logicamente impecável, pois está descrito de maneira correta como um problema causado por um agente preto, e a exclusão de agentes pretos asseguraria que qualquer evento exatamente como esse jamais voltasse a ocorrer. No entanto, essa generalização logicamente legítima é absurda, e isso ocorre porque a cor preta de Angus é causalmente irrelevante para a ocorrência dos eventos que inspiraram a decisão inicial de excluir. Sabemos que a cor preta de Angus é causalmente irrelevante, ou espúria, com relação a latir, correr, pular e comer graças ao que sabemos sobre o mundo; nosso conhecimento empírico está justificando a conclusão de que esses atos, mesmo quando cometidos por Angus, não são causalmente consequência de sua cor preta. ...

Portanto, a justificação determina qual das generalizações logicamente equivalentes a partir de um evento particular antecedente será escolhida como o predicado fático da regra resultante. A justificativa de evitar o aborrecimento dos fregueses, por exemplo, orienta o criador da regra ao generalizar a partir do evento particular anterior de Angus latindo, correndo, pulando e comendo. A cor preta falhou como um predicado fático porque essa generalização não era causalmente relevante para a presença de acontecimentos importunos, mas e se generalizarmos não a partir da propriedade de ser preto, mas a partir da propriedade de ser cachorro? Proibir cães parece menos absurdo porque sabemos, pela experiência, que a propriedade de ser cachorro é causalmente relevante para a incidência de acontecimentos importunos de um modo que a propriedade de ser preto não o é. Um agente dotado da propriedade de ser cachorro está particularmente propenso a se envolver em confusão, mas um agente dotado da propriedade de ser preto não está mais propenso, em virtude de ser preto, a ter um comportamento importuno. ...

O predicado fático de uma regra consiste numa generalização percebida como causalmente relevante para um objetivo que se procura alcançar ou um mal que se procura evitar. A prescrição desse objetivo, ou a proscricção desse mal, constitui a justificação que portanto determina qual generalização constituirá o predicado fático da regra.

...

O predicado fático de uma norma *prescritiva* é geralmente apenas esse tipo de generalização probabilística. Quer ele seja "Proibido cães", "Velocidade máxima 90 km/h", "Proibido o consumo de bebidas alcoólicas por menores de 21 anos" ou "Não matarás", o predicado fático de uma regra é uma generalização probabilística em relação a alguma justificação (quase sempre,

mas não necessariamente, não mencionada). Na medida em que alguns cães não criariam problemas, algumas vezes dirigir a mais de 90 km/h não é perigoso, algumas pessoas menores de 21 são capazes de usar álcool responsabilmente e alguns homicídios podem ser moralmente justificáveis, a generalização do predicado fático de uma regra é *sobreinclusiva*. Ela abrange estados de coisas que em casos particulares poderiam não produzir as consequências que representam a justificação da regra, ainda que o estado de coisas, *como um tipo*, esteja probabilisticamente relacionado à chance ou incidência da justificação. O predicado fático de uma regra possui uma relação probabilística com os propósitos da regra, mas essa relação deixa aberta a possibilidade de que em casos particulares a conexão entre a justificação e a consequência esteja ausente.

O exemplo "Proibido cães" permitiu-nos ver não só que alguns cães poderiam não causar aborrecimentos, mas também que alguns aborrecimentos poderiam ser provocados por agentes distintos de cães. Portanto, além de sobreinclusivo, o predicado fático é *subinclusivo*. Assim como o predicado fático pode por vezes indicar a presença da justificação em casos nos quais ela está ausente, o predicado fático também pode por vezes deixar de indicar a justificação em casos nos quais ela está presente. ...

Como o predicado fático de uma regra é consequentemente (seja de fato, ou potencialmente ...) subinclusivo ou sobreinclusivo (ou ambos), a partir da perspectiva da justificação da regra, esse predicado fático pode, por vezes, não somente deixar de levar adiante a sua justificação, como também impedi-la.

...

Quando os decisores não engessados por regras são assim autorizados a investigar todos os fatores que poderiam conduzir à melhor decisão para um caso particular, eles simplesmente poderiam não tomar essa melhor decisão. Livres para olhar para todas as coisas, os tomadores de decisão muitas vezes usam essa liberdade de maneira insensata, empregando os fatores que *poderiam* produzir o melhor resultado para, em vez disso, produzir algo inferior. Ao contrário dos erros que são consequência inevitável de até mesmo uma aplicação correta de regras que simplificam demais, os erros de que devemos tratar agora são aqueles que decorrem de uma aplicação incorreta de um processo de tomada de decisão particularista que é, em tese, otimizador. ...

O planejamento de um ambiente de tomada de decisões deve, portanto, levar em conta não apenas a possibilidade de erros de sobre e subinclusão que emanam de uma aplicação fiel das regras em face de uma realidade imprevisível, mas também os erros que provavelmente serão cometidos por decisores nada salomônicos quando, livres de regras, são autorizados a aplicar

as justificações subjacentes diretamente aos casos que têm de decidir. Quando o temor deste último tipo de erro predomina, as regras são empregadas para diminuir os erros do decisor, limitando a sua capacidade de levar em conta uma série de considerações potencialmente difíceis e complexas. ...

Assim, o planejamento de qualquer procedimento de tomada de decisão envolve uma avaliação da frequência comparativa e das consequências dos diferentes erros. ...

A tomada de decisão baseada em regras é, portanto, uma aplicação da teoria da segunda melhor opção [*second best*]. Quando planejamos instituições reais de tomada de decisão para decisores reais, o procedimento de decisão ótimo para um agregado de decisões é, por vezes, aquele que renuncia à busca pelo ótimo no caso particular. Com alguma frequência, instituições de tomada de decisão planejadas para tomar as melhores decisões em cada caso particular produzem uma incidência de erros maior do que aquela que teria resultado de procedimentos de decisão com ambições mais modestas.

Instituições de tomada de decisão em geral envolvem múltiplos decisores, de modo que o planejamento de procedimentos de tomada de decisão impõe um modo de tomada de decisão a uma multiplicidade de decisores, dos quais nem todos possuem a mesma perspectiva ou capacidade. Quando escolhemos regras, e portanto quando escolhemos a segunda melhor opção, concentramo-nos no pior de qualquer série de decisores, pois nos preocupamos mais com o erro do decisor do que com os erros que estão incorporados nas próprias regras. Consequentemente, a escolha da tomada de decisão baseada em regras normalmente acarreta a incapacitação de decisores sábios e sensíveis em tomarem as melhores decisões, a fim de impedir que decisores incompetentes ou simplesmente mal-intencionados tomem decisões erradas. Contrariamente, um procedimento de decisão que evita ou reduz as restrições de regras autoriza os melhores decisores a tomar as melhores decisões e aceita como consequência que o mesmo processo também autoriza decisores menos capazes a tomarem algum número de decisões inferiores às melhores. Uma perspectiva do "melhor caso" é necessariamente avessa a regras, porque a tomada de decisão baseada em regras não pode produzir o melhor resultado em todos os casos. Mas uma perspectiva do "pior caso" provavelmente abrangerá regras, reconhecendo que a proteção contra o pior caso pode em algumas circunstâncias ser o melhor que podemos fazer.

...

Para o positivista, pode haver sistemas cujas normas são identificadas por referência a algum identificador capaz de distinguir normas jurídicas de outras normas, como aquelas da política, da moral, da economia ou da etiqueta.

Esse identificador, a que Hart chama “regra de reconhecimento” e Dworkin “pedigree”, seleciona normas jurídicas a partir do universo das normas, fornecendo assim um teste de validade jurídica. Se uma norma é selecionada dessa maneira, ela é uma regra jurídica válida, a despeito de sua repugnância moral, incoerência econômica ou asneira política.

Uma vez que vemos que o positivismo diz respeito a sistemas normativos distintos e menos abrangentes do que a totalidade do universo normativo, podemos concordar que um sistema positivista é em muitos aspectos o análogo sistêmico de uma regra. Assim como as regras confiam a tomada de decisão a uma série truncada de fatores de decisão relevantes, o positivismo também confia a tomada de decisão a uma série truncada de normas. E assim como esse estreitamento do que é potencialmente relevante pode, no caso de regras individuais, gerar uma resposta que é errada considerando todas as coisas, a tomada de decisão segundo apenas as normas escolhidas pela regra de reconhecimento pode, do mesmo modo, ser a resposta errada a partir da perspectiva das justificações subjacentes para o sistema jurídico como um todo. Uma visão positivista de um sistema jurídico o considera como uma instanciação simplificada de sua justificação subjacente (justiça, ordem ou qualquer outra coisa), e, tal como uma regra, trata essa instanciação como dotada de uma capacidade de resistência aos esforços em considerar o sistema jurídico transparente às justificações para o próprio sistema. ””

QUESTÕES E TEMAS PARA DISCUSSÃO

1. Explique o que são regras prescritivas na visão de Schauer e por que as mesmas são sempre atualmente ou potencialmente sobre ou subinclusivas.
2. Encontre um exemplo de regra no ordenamento jurídico para ilustrar o problema da sobreinclusão e outro para mostrar o problema da subinclusão.
3. Quais são as razões apresentadas por Schauer para defender as regras? Por que um modelo de regras envolve uma “teoria da segunda melhor opção”?
4. Explique as diferenças e semelhanças entre os quatro modelos normativos de tomada de decisão. Quais são as vantagens e desvantagens comparadas de cada um deles? Se você estivesse desenhando as instituições jurídicas, em que ocasiões aplicaria cada um dos modelos? Justifique.
5. Com base no texto de Schauer, elabore críticas ao popular movimento do neoconstitucionalismo, que conforme apresentado por Humberto Ávila no

artigo "Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'"¹ pode ser resumido por defender "princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei)".

LEITURAS SUGERIDAS

Schauer, Frederick. "Formalismo", in José Rodrigo Rodriguez (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo, Saraiva, 2011, p.65-116.

_____. *Las reglas en juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid, Marcial Pons, 2004.

Struchiner, Noel. "O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações", in José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa (orgs.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo, Saraiva, 2010, p.103-28.

1. <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>