



Volume 24

2019

Presidente Prudente/SP

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

ISSN 1516-8158 (físico)
ISSN 2176-848X (eletrônico)

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
André Simões Chacon Bruno (USP)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Daniel Brantes Ferreira (UERJ)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UNEMAT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carla dos Santos Barboza (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Sítio eletrônico

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS>

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 24 – 2019

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo".
2019. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158
ISSN 2176-848X (eletrônico)

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR.....	5
UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO A PARTIR DE ALGIRDAS JULIEN GREIMAS	6
<i>Alexandre Simão de Oliveira Cardoso</i>	
O CONCEITO DE REGRA:UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER	27
<i>Felipe Rodolfo de Carvalho</i>	
RAZÃO TÉCNICA E RAZÃO COMUNICATIVA: AINDA SOBRE O “ROMPIMENTO” DE HABERMAS COM A PRIMEIRA GERAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA	44
<i>Jonathas Vinicius Figueiredo Moraes</i>	
REVOLUÇÃO NA <i>TERRA PLANA</i> : CINISMO E TRANSFORMAÇÃO ADIADA.....	69
<i>Gabriel Mota Maldonado</i>	
MANIFESTAÇÕES DE 2013 E A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018: UMA REVOLUÇÃO QUE NÃO DEU CERTO?	87
<i>Ana Carolina Greco Paes</i>	
A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO	105
<i>Ana Laura Perozo Bortolo</i> <i>Sérgio Tibirica Amaral</i>	
A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	133
<i>Lucas Octavio Noya dos Santos</i>	
A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA.....	162
<i>Sérgio Tibirica Amaral</i> <i>Ellãn Araújo Silva</i>	
A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	190
<i>Jesualdo Eduardo Almeida Junior</i>	

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM INSTITUTO CRIADO PELA LEI 13465/17 ..209

Jacqueline Letícia Stachwski Dalago
Sarah Francine Schiriner

CONCURSO DE PESSOAS EM ACIDENTE DE TRANSITO: UMA PROPOSTA DA ALTERAÇÃO DO LEGISLATIVA231

Letícia Tavares Rodrigues
Douglas Barbosa da Silva
Guilherme Bittencourt Martins

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS254

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA287

Jacobo Mérida Cañaverál

LA PROMESA INCUMPLIDA DE LOS DERECHOS SOCIALES300

Talita Garza
Luís Gerardo Rodríguez Lozano

NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que oferecemos aos nossos leitores a 24ª edição da revista INTERTEMAS, que no ano de 2019 comemora 20 anos de existência.

Nessa edição comemorativa, citamos o professor Doutor Sebastião Jorge Chammé, fundador da revista INTERTEMAS, que, versando sobre a mesma, escreveu no ano de 1999 o seguinte: “todos os textos aqui contidos, um a um, estarão revelando ao leitor, a magia que tão bem a linguagem escrita é capaz de revelar”.

Seguimos, inspirados pela lição do Prof. Dr. Chammé, procurando entregar aos leitores artigos que reflitam discussões acadêmicas de qualidade. Todos artigos foram escritos por mestres e/ou doutores, sendo que quatro deles foram acompanhados de discentes orientandos destes pós graduados. A revista INTERTEMAS procura dar voz aos discentes que têm se empenhado em suas pesquisas.

Nesta edição comemorativa, foi dado enfoque à visão crítica do direito, abordada em artigos que tratam sobre a filosofia do direito, direitos humanos e direito civil. Contamos também com três artigos estrangeiros produzidos por pós graduados da Universidade Autônoma do México.

Por fim, buscando ampliar a divulgação e o acesso à pesquisa, esta edição sela a transição das revistas físicas para a plataforma digital como meio de divulgação da revista INTERTEMAS.

Desejamos a todos e todas uma ótima leitura.

A Comissão Editorial

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

O CONCEITO DE REGRA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER

CARVAHO, Felipe Rodolfo de ¹

RESUMO: Este artigo pretende oferecer um estudo do conceito de regra desenvolvido por Frederick Schauer na sua obra *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*. A pesquisa é baseada em material bibliográfico e vale-se precipuamente do método analítico, sem prescindir, ainda, do método dialético, com o objetivo de se estabelecer oposições a partir das quais seja possível alcançar uma síntese crítica. Na primeira parte, apresenta um resumo da concepção do autor; na segunda, estabelece um diálogo entre ela e o pensamento de Ronald Dworkin; na terceira, realiza um exame crítico, apontando seus méritos e também suas insuficiências. O resultado a que chega é o de que as reflexões do Frederick Schauer, apesar de certos problemas que demandam ser solucionados, além de maduras, podem incrementar as discussões de teoria do direito no âmbito nacional, no interior das quais o tema do "conceito de regra" tem merecido grande atenção.

Palavras-chave: Frederick Schauer; Ronald Dworkin; Regra.

ABSTRACT: This article aims to provide an analysis of the concept of rule developed by Frederick Schauer in his work *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*. The research is based on bibliographic material and uses primarily the analytical method, without disregarding the dialectical method, in order to establish oppositions from which we can achieve a critical overview. The first part provides a resume of the author's conception; the second establishes a dialogue between this conception and the thought of Ronald Dworkin; and the third performs its critical examination, pointing out its merits and also its shortcomings. The result that comes is that the reflections of Frederick Schauer, although some problems that require to be solved, are mature and can increase the national discussions on legal theory, within which the theme of "concept of rule" has received great attention.

Keywords: Frederick Schauer; Ronald Dworkin; Rule.

¹ Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela FD/USP. Professor efetivo da UFMT.

1 INTRODUÇÃO

O debate contemporâneo em torno da teoria do direito tem, cada vez mais, se alargado e incluído um número expressivo de autores. Nem sempre, no entanto, as discussões realizadas no âmbito nacional parecem acompanhar de perto esse rico e produtivo processo. Alguns teóricos do direito de importância no cenário internacional da teoria do direito têm o seu pensamento ainda muito pouco difundidos no País. Esse é o caso de Frederick Schauer², cuja obra, apesar de madura, permanece ignorada ou ao menos ausente em boa parte dos trabalhos realizados³. O objetivo deste artigo é, pois, de algum modo, contribuir para colmatar essa lacuna, ao analisar o conceito de regra desenvolvido pelo autor em um dos seus principais livros: *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*⁴.

² Frederick Schauer, nascido em 1946, é atualmente professor de direito na Universidade de Virgínia – EUA, tendo previamente lecionado na Universidade de Michigan e também de Harvard. Constituindo, indubitavelmente, um dos filósofos americanos mais importantes da contemporaneidade, Schauer tem estabelecido um diálogo profícuo com o pensamento de autores importantes, como H. L. A. Hart, R. Dworkin e J. Raz. Sua vasta produção acadêmica explora temas que vão desde o direito constitucional, com especial destaque para a liberdade de expressão, a questões mais ligadas à teoria e à filosofia do direito, como o raciocínio jurídico, a argumentação jurídica e os modos de tomada de decisão. Entre suas principais obras, podem ser destacadas *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), além de *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (2009) e *The Force of Law* (2015a), estas duas últimas já traduzidas para o espanhol (2013 e 2015b, respectivamente). *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, obra de que nos ocuparemos doravante, foi originariamente publicada em 1991 e recebeu tradução para o espanhol em 2004.

³ É preciso, em todo caso, reconhecer que o pensamento de Frederick Schauer recebeu acolhida em alguns trabalhos excepcionais, como a tese de doutorado de Noel Struchiner (cf. 2005). O livro *Teoria da argumentação jurídica* (2016), de Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner, embora não se destinando exclusivamente a uma análise do pensamento de Schauer, pode ser considerado resultado das reflexões em boa parte por ele proporcionadas. Para além disso, um impulso no sentido da valorização do pensamento de Frederick Schauer ocorreu no Brasil sobretudo em virtude da sua participação num evento científico ocorrido em outubro de 2015, que contou não só com a sua presença mas também com a de outros juristas nacionais, empenhados em discutir conjuntamente o sentido e o vigor da sua obra (SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA DO DIREITO DA PUC/SP: A FORÇA DO DIREITO, 2015). Uma boa introdução ao pensamento de Schauer em português, com pequenos trechos traduzidos, é oferecida por MARCONDES e STRUCHINER (2015, p. 164-175).

⁴ Numa tradução livre, o título poderia ser vertido para o vernáculo como “Jogando segundo as regras: um exame filosófico da tomada de decisão baseada em regras no

A proposta tem, além disso, um caráter crítico. É por essa razão que, depois de fazer uma síntese da concepção do autor sobre o conceito de regra, este trabalho procura demonstrar de que modo Frederick Schauer dialoga com o pensamento de Ronald Dworkin. A partir desse diálogo, pretende-se mostrar, ao final, os contributos que as reflexões de Frederick Schauer podem oferecer ao jurista da atualidade assim como algumas insuficiências teóricas que demandam ser melhor exploradas.

2 O CONCEITO DE REGRA DE FREDERICK SCHAUER EM *PLAYING BY THE RULES*

Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life não é uma obra sobre as regras em geral. O objetivo do autor é mais preciso: trata-se de investigar uma classe mais restrita de regras, as *regras regulativas* (2002, p. 1). Por que, no entanto, perguntaria o leitor exigente, investigá-las? O subtítulo escolhido fornece uma pista. O empreendimento filosófico da obra não é o de examinar o uso da palavra *regra*, mas um determinado modelo de tomada de decisão que se caracteriza justamente pelo fato de ser *baseado em regras*⁵. Assim, quando Frederick Schauer, já no primeiro capítulo da obra, como um bom analítico que é, trata, desde logo, de distinguir entre as várias espécies e subespécies de regras, a fim de apontar para aquelas que lhe interessam, não o faz com o outro intuito senão com o de estabelecer as bases conceituais necessárias para, posteriormente, apresentar o citado modelo de tomada de decisão.

Segundo o autor, as regras regulativas não são espécie das regras descritivas, mas são espécie das regras prescritivas, uma vez que não se destinam a descrever ou explicar o mundo, e, sim, a aplicar *pressão* sobre ele, sendo utilizadas, portanto, para controlar (e não demonstrar) o comportamento das pessoas (2002, p. 1-3). Para além disso, no entanto, elas não atuam

direito e na vida". A obra ainda não foi objeto de tradução para o português. Há disponível, porém, uma tradução para o espanhol. Cf. SCHAUER, 2004.

⁵ "Deveria estar agora claro que esse empreendimento não é uma análise do uso da palavra 'regra'. [...] Portanto, meu objetivo inicialmente é o de isolar uma forma de tomada de decisão caracterizada por sua dependência de generalizações entrenchadas mas potencialmente sub e sobre-inclusivas." (SCHAUER, 2002, p. 15)

simplesmente como regras de experiência (*rules of thumb*), mas como regras mandatórias (*mandatory rules*). Isso implica dizer que a sua força não está condicionada à sua aptidão para gerar, caso a caso, um determinado resultado esperado. Aqui se encontra um dos pontos centrais para entender a noção de regra utilizada por Schauer: as regras às quais faz referência são aquelas cuja força normativa decorre do fato mesmo de elas serem regras (isto é, do seu *status* de regra). Nas palavras do autor, “as regras mandatórias [...] fornecem razões para ação simplesmente em virtude da sua existência enquanto regras” (2002, p. 5). As regras regulativas, finalmente, diferem-se das regras constitutivas: o que importa, neste caso, é entender que elas *governam comportamentos* que elas próprias criam (ocasião em que uma mesma regra pode ter, ao mesmo tempo, caráter constitutivo e regulativo) como também comportamentos cuja existência é independente delas (SCHAUER, 2002, p. 6-7).

Equivoca-se quem pensa que Frederick Schauer, ao tratar de regras, está a referir exclusivamente à realidade do direito. Mais uma vez, o subtítulo da obra tem muito a dizer. Cuida-se de um “exame filosófico da tomada de decisão baseada em regras no *direito e na vida*”. Assim, o modelo analisado ultrapassa o domínio do *direito*, alcançando o domínio da *vida* como um todo. Para o autor, a relação entre regras e sistemas jurídicos é contingente. Como fica claro nos capítulos VII e VIII, o fato de os sistemas jurídicos normalmente adotarem regras como principal instrumento de atuação decorre de uma escolha realizada tendo em vista os valores que essas são capazes de proteger, como a confiança, a eficiência e a aversão ao risco, os quais podem ser concentrados num valor abrangente de *estabilidade* (SCHAUER, 2002, p. 155). Desse modo, as regras regulativas não são exclusividade do direito, pertencendo a diversos setores da vida social, de modo que tomadas de decisão nelas baseadas não ocorrem somente no domínio jurídico institucionalizado como também em outras esferas da sociedade (como em igrejas e associações).

As regras, segundo Schauer, têm uma estrutura. Elas são formadas por um *predicado factual*, que especifica as condições fáticas que desencadeiam a aplicação da regra, e por um *consequente*, que prescreve o

que deve acontecer quando aquelas condições são concretizadas. O que interessa ao autor, no entanto, é demonstrar que esse predicado factual constitui sempre uma *generalização*. Para que exista uma regra, é indispensável que ela contenha uma generalização. *A contrario sensu*, isso revela que uma instrução particular não se confunde com uma regra. Por que, no entanto, uma generalização é escolhida em vez de outra? Schauer explica que a seleção de um predicado factual generalizado em detrimento de muitos outros possíveis é determinada por uma *justificação*. Em outras palavras, uma determinada generalização é selecionada tendo em vista um mal que se pretende erradicar ou um objetivo que se quer alcançar. Retomando o exemplo mais explorado pelo autor, quando um dono de restaurante estabelece uma regra “Não são permitidos cães”, ele tem em mira uma justificação particular, que pode ser a pretensão de proporcionar tranquilidade aos seus clientes (SCHAUER, 2002, p. 23-27).

Para entender o modo de atuação das regras, assim como, por conseguinte, o modelo de decisão nelas baseado, é imprescindível compreender a relação da regra com a sua justificação. Ora, se é certo que, em boa parte dos casos, a aplicação direta da regra não conflitará com a sua justificação subjacente, haverá, no entanto, situações outras em que esse conflito aparecerá. Assim, retomando o exemplo citado, se aparecer, diante do restaurante, um cachorro feroz, a aplicação da regra que proíbe a entrada de cães não conflitará com a sua justificação subjacente (que visa a proteger a tranquilidade dos clientes). No entanto, se aparecer, diante do restaurante, um cão-guia manso a acompanhar um cego, a aplicação direta da regra poderia conflitar com a sua justificação. Aqui, o que Schauer pretende demonstrar é que as regras são sempre sub ou sobre-inclusivas com relação à sua justificação: ou seja, haverá situações que a aplicação direta da regra estará em sintonia com a aplicação da sua respectiva justificação, ao passo que haverá situações em que essa aplicação direta da regra conflitará com a sua respectiva justificação. A sobre-inclusividade ocorrerá quando a regra abranger situações que a sua justificação não autorizaria; a sub-inclusividade, por sua vez, quando a regra abranger menos situações do que a justificação autorizaria (SCHAUER, 2002, p. 31-34).

O interesse de Schauer é justamente por essas situações em que acontece um conflito entre a regra e a sua justificação. Está, aqui, a chave para entender a sua concepção de regra⁶. As regras, enquanto generalizações prescritivas, não se *adaptam* em função de tais experiências recalcitrantes. Elas continuam a fornecer uma mesma razão para agir, independentemente de sua justificativa indicar uma opção contrária. Por essa razão, é que o autor refere que as suas generalizações são *entrincheiradas* (2002, p. 47-50).

Com esse cabedal conceitual, Schauer finalmente tem condições de apresentar seu modelo de decisão baseada em regras (2002, p. 51-52). Em suma, de acordo com ele, o tomador de decisão concebe as generalizações prescritivas como *entrincheiradas*, o que significa dizer que elas determinam a decisão, mesmo nos casos em que a aplicação da justificação levaria a um resultado contrário. As regras, assim, não atuam como um mero indicador, mas fornecem, àquele que decide, razões para a decisão independentes daquelas fornecidas pela aplicação da sua justificação subjacente. Elas possuem uma força que atua de modo a impedir que sejam revistas com o passar do tempo. Pode-se dizer, com isso, que nem sempre o resultado gerado pela aplicação das regras coincidirá com aquele que decorreria da aplicação direta da sua justificação; daí, por conseguinte, o caráter *sub-ótimo* das regras, compensado, no entanto, pelo fato de, numa perspectiva global, ser preferível um modelo de decisão nelas baseado do que um modelo de decisão particularista, em que as generalizações são passíveis de serem modificadas em cada caso (SCHAUER, 2002, p. 100-102).

Compreender a regra tomando-se em consideração a prioridade que ela detém diante de sua justificativa é, no entanto, uma abordagem incompleta, focada na regra isolada. Se se considera a inserção das regras em sistemas jurídicos, onde há a possibilidade de elas conflitarem entre si, algo a mais precisa ser acrescentado: para que as regras atuem efetivamente como regras no sistema, é preciso que elas sejam tratadas como *entrincheiradas* não só perante as suas respectivas justificações como também perante outras

⁶ “A divergência entre regra e justificação, divergência que eu concebo como crucial para entender a ideia de regra, é possível apenas se as generalizações formuladas podem ter significados que diferem do resultado que a direta aplicação da justificação atrás da regra geraria numa ocasião particular.” (SCHAUER, 2002, p. 61)

regras existentes. Nesse caso, a prioridade de umas regras sobre outras decorre da sua dimensão de *localidade*: regras mais locais, isto é, aplicáveis a um menor número de eventos, prevalece sobre regras mais distantes (SCHAUER, 2002, p. 188-191).

Schauer toma o cuidado de afirmar que, para que uma regra exista, não é necessário que os agentes atuem necessariamente em conformidade com ela. É que, em determinadas situações extremamente excepcionais, é possível que deixem de serem orientados por ela, considerando *razões particularmente exigentes*. Essa descrição do modo de atuação das regras, que tem por base uma concepção peculiar do positivismo jurídico defendida pelo autor (o *positivismo presuntivo*), aponta para um considerável grau de *resistência* que elas possuem perante fatores externos (SCHAUER, 2002, p. 112-118 e 196-206). Isso significa que, a princípio, a regra que proíbe a condução de veículos na autoestrada acima de 55 milhas por hora deve ser aplicada a todos aqueles que extrapolaram o limite indicado, não importando o motivo de cada um (pressa para chegar ao trabalho, defeito no indicador de velocidade do carro etc.). No entanto, razões particularmente exigentes, como a necessidade de levar uma criança prestes a morrer ao hospital, pode levar a uma superação da regra numa situação específica.

Em síntese, as regras possuem uma *força presumida* para controlar as decisões, de tal sorte que sua possibilidade de superação está a depender de interesses imperiosos (*compelling interests*) presentes somente em situações extraordinárias.

3 DEBATE ENTRE SCHAUER E DWORKIN EM TORNO DO CONCEITO DE REGRA

Ao longo da obra, Frederick Schauer tece várias críticas a Ronald Dworkin. No tocante ao conceito de regra, duas, no entanto, parecem ser as principais e mais convincentes. A importância dessas críticas é revelada, entre outros motivos, pela insistência de Schauer em fazer menção a elas mais de uma vez ao longo do texto, assim como pelo fato de serem centrais para entender a própria concepção de regra do autor. Elas se mostram, por outro

lado, ao menos à primeira vista, muito convincentes, sobretudo para o leitor não versado no pensamento de Dworkin ou que, conhecendo-o, discorda das suas ideias.

Em primeiro lugar, Schauer critica a noção de Dworkin de regra, porque, de acordo com ela, as regras teriam um caráter conclusivo, ao passo que os princípios seriam superáveis. Nas palavras do autor, a tese de Dworkin, contida em *Levando os direitos a sério*, seria a de que as regras, se aplicáveis, seriam conclusivas, enquanto os princípios poderiam ser aplicáveis, sem que fossem conclusivos (2002, p. 13). Schauer afirma, no primeiro capítulo da obra, que o caráter conclusivo ou não das regras não seria um bom critério para caracterizá-las, assim como, por exemplo, a generalidade ou a especificidade (2002, p. 14). Mais tarde, todavia, já no capítulo sexto, Schauer deixa mais claro por que não concorda com a tese atribuída a Dworkin de que as regras seriam conclusivas. O que ele pretende afirmar é que as regras, embora forneçam razões invariáveis para agir na maior parte dos casos, elas não chegam a ser *absolutas*, tal como supostamente Dworkin as entenderia. Segundo Schauer, a tese dworkiniana de que “as regras são conclusivas, se aplicáveis” não parece fiel à experiência cotidiana. Para comprová-lo, fornece dois exemplos: o do motorista que excede o limite de velocidade para levar uma criança ferida ao hospital e o do judeu ortodoxo que come carne de porco a fim de evitar a morte por inanição. Ora, diz ele, não se pode negar que há, em ambos os casos, uma regra a reger o caso; o que ocorre, contudo, é que *considerações mais exigentes*, nessas hipóteses raras, resultam por superar a força das regras aplicáveis. Em suma, em tais casos, “a razão para ação fornecida por uma regra aplicável não é [...] suficiente para resistir a razões para ação fornecidas por outras considerações [...]” (SCHAUER, 2002, p. 115).

Em outros momentos da obra, Schauer oferece outra crítica à concepção de regra em Dworkin. Se, na primeira crítica, o autor faz referência sempre a *Levando os direitos a sério*, nesta ele faz menção a outro livro de Dworkin: *O império do direito*. Aqui, Schauer acusa Dworkin de adotar um modelo particularista de tomada de decisão, no qual as regras são tomadas meramente como um indicador para a decisão (passíveis, portanto, de serem

superadas sempre que as suas justificações apontarem para um outro resultado esperado). Segundo o autor, para além do que normalmente se concebe como regra, Dworkin descreveria a existência de uma realidade mais profunda abaixo dela que seria a “regra real” que o tomador de decisão deveria descobrir ou construir. Em outras palavras, além de uma “falsa regra” mais visível, haveria uma “regra real” mais profunda a embasá-la à qual o tomador de decisão deveria recorrer sempre que se apresentasse a ele uma experiência recalcitrante. Assim, Dworkin abraçaria a tese de que a regra (a “falsa regra”) seria um *indicador transparente* da “regra real”, que estaria sempre ali disposta a ser recuperada (SCHAUER, 2002, p. 64). Em suma, segundo Schauer, Dworkin adotaria uma concepção de regra que ofereceria pouca ou nenhuma resistência à aplicação da sua respectiva justificação sempre que ocorresse uma tal situação conflituosa (2002, p. 51).

Mas, afinal, que respostas Dworkin ofereceria diante de tais críticas? Desde logo, é possível notar que Schauer parece não ter compreendido muito bem a teoria dworkiniana, a começar pelo fato de que dirige contra ela duas críticas aparentemente contraditórias, sem explicar suficientemente por que seria possível sustentá-las simultaneamente. Veja que, a princípio, Schauer acusa Dworkin de ter uma concepção rígida de regra, o que estaria em dissonância com a prática jurídica, que apontaria para o fato de que regras são, em circunstâncias excepcionais, superadas. No entanto, em outro momento, acoima a teoria de Dworkin de particularista, visto que adotaria uma concepção muito flexível acerca das regras, já que estas seriam transparentes a uma análise mais profunda por parte do tomador de decisão. É de se questionar, portanto, a Schauer: afinal, de acordo com sua visão, Dworkin perfilha que concepção acerca das regras? A primeira ou a segunda? No caso de, realmente, assumir as duas concepções, como elas se compatibilizam? Ou, se não se compatibilizam, por que isso não ocorre? Schauer não responde a essas questões. Suas críticas parecem, pois, se perder, desde já, diante da sua própria incompatibilidade interna.

Contra as críticas de Schauer, Dworkin teria a dizer que, na verdade, sua teoria não é tão diversa da que ele defende, não obstante mais completa. Como ressalta Postema, é possível plausivelmente interpretar a teoria

dworkiniana “como comprometida com uma versão do particularismo sensível às regras” (1991, p. 811), que não difere substancialmente do positivismo presuntivo de Schauer, à medida que atribui um peso importante às regras, embora reconheça que elas podem ser superadas em determinadas circunstâncias em vista de outras considerações morais relevantes. É um erro, por um lado, considerar – tal como Schauer o fez em sua primeira crítica – que Dworkin enxergaria as regras como sempre absolutas, isto é, “conclusivas, se aplicáveis”. Por outro, é também um erro considerar – tal como Schauer o fez em sua segunda crítica – que Dworkin seria um particularista puro, para o qual as regras seriam sempre transparentes, não tendo nenhuma força diante de experiências recalcitrantes.

Se atentarmos para a distinção entre regras e princípios realizada por Dworkin em *O modelo de regras I*, é possível perceber, tal como ele esclarece em *O modelo de regras II* – ambos os artigos constantes de *Levando os direitos a sério* –, que, embora ele realmente reconheça divergências gramaticais no funcionamento desses dois padrões normativos (1978, p. 72), o que importa para ele não é tanto distingui-los, mas mostrar que, se atentarmos para o funcionamento dos *princípios*, teremos uma visão mais fiel da prática jurídica⁷. Os princípios “[...] funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação – e, portanto, prática argumentativa e de justificação – e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante” (MACEDO JR., 2012, p. 118). Uma visão do direito que o encara simplesmente como um sistema de regras resulta, conseqüentemente, por ofuscar a sua intencionalidade moral, assim como a sua dimensão interpretativa.

Assim, a despeito de, em trabalhos posteriores a *Levando os direitos a sério*, sobretudo em *O império do direito*, evitar se valer do aparato

⁷ “Meu ponto não era o de que ‘o direito’ contém um número fixo de padrões, entre os quais alguns são regras e outros princípios. Na verdade, eu quero me opor a ideia de que ‘o direito’ é um conjunto fixo de padrões de qualquer tipo. Meu ponto era, em vez disso, que uma síntese acurada das considerações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão particular de direitos jurídicos e deveres incluiria proposições com forma e força de princípios, bem como que juízes e juristas, quando justificam suas conclusões, frequentemente usam proposições que devem ser entendidas nesse sentido.” (DWORKIN, 1978, p. 76)

conceitual que distingue entre regras e princípios, a tese principal de Dworkin, no sentido de que o direito é uma prática social argumentativa, permanece⁸. Em consequência, não se tem uma concepção de regra simplesmente rígida, nem tampouco uma concepção de regra totalmente flexível. Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Jr., encarando o direito como um jogo interpretativo reflexivo, tal qual a cortesia, “as regras passam a ser condicionadas e sensíveis aos próprios valores e à sua interpretação valorativa.” (2012, p. 163). Isso obviamente não quer dizer que a prática jurídica esteja sempre envolta, *de maneira manifesta*, com questões de moralidade pública, exigindo dos participantes do discurso jurídico, *a todo momento*, uma atuação argumentativa reforçada. Pelo contrário, provavelmente em grande parte dos casos, os atores jurídicos seguem o que as regras ditam literalmente, sem que maiores discussões sejam suscitadas. De toda forma, mesmo nessas situações, obedece-se às regras porque, além de positivadas, não estão em desacordo com os princípios que justificam a legitimidade do direito e que fundam sua própria obediência. Há, desse modo, razões morais que lastreiam a própria obediência às regras, de modo que no seu cumprimento aparentemente espontâneo também entram em cena exigências de justificação (MACEDO JR., 2012, p. 203).

4 ANÁLISE CRÍTICA

Demonstrados os pontos centrais do argumento de Schauer sobre o seu conceito de regra, assim como as críticas por ele dirigidas a Dworkin e as possíveis réplicas deste, é possível, agora, fazer uma análise crítica do empreendimento daquele autor.

Em primeiro lugar, não se pode negar que a discussão acerca da gramática de funcionamento das regras é, indubitavelmente, de extrema

⁸ “O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequência dependem de uma característica especial de sua estrutura. A prática do direito, diferentemente de muitos outros fenômenos, é *argumentativa*. Todo ator dessa prática compreende que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido por meio e no interior dessa mesma prática; a prática consiste, em grande medida, em mobilizar e discutir essas proposições.” (DWORKIN, 1986, p. 13)

relevância. Inebriados pela prática cotidiana do direito, os juristas, ainda hoje, parecem ter muito pouco a dizer – já que pouco sabem a respeito delas – sobre a natureza das regras e como elas, de fato, operam. Assim, a problematização do funcionamento das regras coloca para os juristas a necessidade de compreender como atua o direito de maneira geral, assim como alguns dos seus instrumentos em particular, como é o caso das regras. Poder-se-ia dizer que, simplesmente pelo fato de tematizar o que não é normalmente objeto de tematização pela maior parte dos juristas, a obra de Schauer já seria de grande importância⁹. *Playing by the rules* tem, destarte, seu devido relevo, já que, independente de concordarmos ou não com as teses que defende, nos retira do sossego da prática jurídica, executada sem qualquer reflexão acerca da sua gramática, para despertarmos para a necessidade de entendermos o seu funcionamento.

Depois, é preciso reconhecer que o debate estabelecido por Schauer se insere de maneira precisa no espaço privilegiado do debate contemporâneo em teoria do direito, que engloba a participação de autores como Hart, Raz e Dworkin¹⁰. Trata-se, como enfatiza Ronaldo Porto Macedo Jr. (2012, p. 10-63 e 210-215), de um debate de natureza essencialmente *metodológica*. Isso fica particularmente claro quando se atenta à maneira pela qual Schauer procura examinar as regras. Para descrever o modo como as regras atuam, Schauer incorpora, a todo momento, uma série de questões filosóficas contemporâneas, que envolvem, por exemplo, uma preocupação especial para com a estrutura e o modo de funcionamento da linguagem. Poderíamos nos valer de muitos exemplos para comprovar tal natureza metodológica subjacente ao debate de Schauer em torno do conceito de regra.

⁹ A dificuldade dos juristas em ultrapassar a esfera da cotidianidade do direito, a fim de refleti-lo mais acuradamente, é de há muito reconhecida. Em Kant, *v. g.*, é possível colher uma observação nesse sentido: “Tal como a muito citada indagação ‘o que é a verdade’, a questão ‘o que é direito?’ poderia certamente embaraçar o jurista, se este não quisesse cair numa tautologia ou, ao invés de apresentar uma solução universal, aludir ao que as leis em algum país em alguma época prescreveram. Ele pode realmente enunciar o que é estabelecido como direito (*quid sit iuris*), ou seja, aquilo que as leis num certo lugar e num certo tempo dizem ou disseram. Mas se o que essas leis prescreviam é também direito e qual o critério universal pelo qual se pudesse reconhecer o certo e o errado (*iustum et iniustum*), isto permaneceria oculto a ele (...)”. (KANT, 2003, p. 75-76).

¹⁰ Para citar apenas uma obra de cada autor, já traduzida para o português, *vide* HART, 2012; RAZ, 2010; e DWORKIN, 2002.

Três, no entanto, nos são suficientes: a) já no primeiro capítulo, o autor reporta-se aos limites da linguagem ordinária, salientando que pretendia estabelecer uma distinção mais clara do conceito de regra do que aquelas encontradas na linguagem comum (2002, p. 15-16); b) no segundo capítulo, ao analisar a estrutura das regras, Schauer refere-se à sua inexorável textura aberta (2002, p. 34-37); c) no capítulo quarto, ao tratar da questão do entrincheiramento e da autonomia semântica, Schauer deixa manifesto que a sua concepção do conceito de regra é incompatível com uma compreensão particularista do significado e dependente da existência de um significado acontextual das palavras (2002, p. 53-62).

Desse modo, a construção da concepção de regra por parte de Schauer tem como pano de fundo um debate eminentemente metodológico que passa pela discussão de temas e problemas filosóficos advindos da virada linguística¹¹, os quais, especialmente a partir de Hart, invadiram a teoria do direito¹². Pode-se, por conseguinte, afirmar que Schauer, ao explorar o conceito de regra e o modo de decisão nela baseado, não foge às questões filosóficas mais abrangentes, antes as pressupõem como fundamentais em seu argumento.

Finalmente, é preciso retomar a pretensão de Schauer para saber em que medida ele obteve êxito ou não, assim como para avaliar a correção de sua teoria.

Como salientado, a preocupação do autor em perscrutar a gramática das regras está respaldada numa pretensão anterior de realizar um “exame filosófico da tomada de decisão baseada em regras no *direito e na vida*”. Ora, se, por um lado, é mister reconhecer que a versão de Schauer sobre o modo de tomada de decisão baseada em regras é de algum modo coerente, por outro, é necessário acrescentar que ela se apresenta incompleta. Em outras palavras, trata-se de ter em conta que, em certa medida, o projeto

¹¹ Como acentua Oliveira (2001, p. 13), a ideia fundamental erigida pela virada linguística é a de que “(...) é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário e constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística.”

¹² No Brasil, o impacto da virada linguística na teoria do direito pode ser sentido em autores como WARAT, 1995; FERRAZ JR., 2003; STRECK, 1999; e BITTAR, 2009.

schaueriano não se completou, na medida em que faltou ao autor fornecer uma teoria sobre como concretamente razões particularmente exigentes são capazes de superar a força das regras. Uma teoria adequada do funcionamento das regras e do modelo de decisão nelas baseado dependeria da explicitação do que Schauer entende por *razões particularmente exigentes* e como concretamente elas operam. Nesse sentido, Schauer não explica ao leitor a natureza dessas *razões particularmente exigentes* (2002, p. 203), que, em outros momentos, ele chega até mesmo a denominar de *interesses imperiosos (compelling interests)* (2002, p. 204). Afinal, cuida-se de *razões* ou de *interesses*? Não haveria uma distinção entre ambos?

Postema tem razão quando considera que a teoria do positivismo presuntivo de Schauer, segundo a qual razões particularmente exigentes são capazes de superar, em determinadas circunstâncias, a força das regras, é carente de uma tese sobre a relação entre o domínio do direito e outros domínios normativos. Noutras palavras, faltou a Schauer defender uma “tese sobre se e como o domínio do direito está separado do resto das normas e considerações relevantes na prática jurídica” (POSTEMA, 2012, p. 813). A nosso visio, uma exploração adequada e completa da relação entre as razões para agir fornecidas pelas regras e as razões fornecidas por outros tipos de considerações dependeria de uma teoria que se debruçasse sobre a relação do direito com outros domínios normativos, como o da moral.

Ademais, não obstante a relevância da discussão suscitada por Schauer, além de reconhecer a incompletude da sua proposta, é mister também ressaltar que a concepção de Schauer acerca do funcionamento das regras não parece ser exatamente fiel a elas. A teoria de Schauer peca, segundo pensamos, por não pressupor nenhuma distinção rígida entre o modo de funcionamento das regras dentro do direito e fora do direito (isto é, na vida em geral). Aliás, Schauer nem mesmo definiu, com rigor, os limites que separariam o que entende por *direito* e por *vida*. De todo modo, para se ter um exemplo, mesmo uma regra *jurídica*, não atua semelhantemente na prática judicial e na prática de dois sujeitos que pretendem entabular um contrato. Não se pode pretender que uma mesma regra atue de modo idêntico fora e dentro dos tribunais.

De fato, as regras, de maneira geral, fornecem razões para agir que deixam em estado latente outros tipos de considerações que não chegam a ser aviventadas na maior parte das situações jurídicas. O que é preciso distinguir, no entanto, é que, fora dos tribunais (ou de outras instâncias que admitem uma discussão institucionalizada das controvérsias jurídicas), a possibilidade de se levantar essas considerações subjacentes é muito pequena ou quase nula. Cidadãos comuns, em suas ocorrências cotidianas, lidam ininterruptamente com regras sem que possam recorrer a considerações que levariam à sua superação. A institucionalização do dissídio jurídico nos tribunais (ou em outras instâncias) faz reverter essa situação. O que queremos dizer é que o direito cria mecanismos próprios para tornar reflexiva a obediência cega às regras jurídicas. Assim, as regras não funcionam de modo equivalente em todos os domínios. Como enfatizado, nas situações corriqueiras dos sujeitos jurídicos as regras parecem atuar de acordo com uma gramática um tanto quanto rígida, impedindo o acesso a considerações de outra ordem; no entanto, em situações específicas, isto é, naquelas em que conflitos são levados à discussão em instâncias privilegiadas, o acesso a outras considerações passa a ser concedido, demandando justificações por parte dos sujeitos jurídicos para que possam vir a ser efetivamente reconhecidas.

Em síntese, a despeito do mérito em problematizar questões pouco tematizadas pela maior parte dos juristas e oferecer uma teoria em certa medida plausível, a obra de Schauer tem o defeito de ser incompleta e mesmo infiel à realidade das regras, ainda mais quando se pretende investigar como elas atuam nas tomadas de decisão não só no direito como na vida em geral. Um aprofundamento da análise schaueriana requer, assim, uma investigação dos diferentes modos pelos quais as regras atuam nas tomadas de decisão *a depender do contexto dos sujeitos envolvidos*, assim como de como as regras integrantes do domínio do direito lidam com normas e considerações de outros domínios, como o da moral. Em todo caso, *Playing by the rules* constitui certamente uma referência no âmbito da teoria do direito contemporânea que deve ser impreterivelmente levada em consideração, seja para dela se

aproximar ou para dela se afastar; o que não mais se admite é que permaneça em grande medida ignorada pelos debates encetados pelos juristas brasileiros.

5 CONCLUSÃO

Se, por um lado, o exame crítico realizado aponta para problemas na concepção de Frederick Schauer, não deixa, por outro lado, de revelar a sua importância para o debate atual em torno do conceito de regra, que ganhou, desde há algum tempo, um espaço ampliado nos ambientes acadêmicos, sobretudo em virtude da vulgarização, no País, da distinção dworkiniana entre regra e princípio. O pensamento de Schauer apresenta, sem dúvida, contribuições relevantes cuja exploração adequada pode enriquecer as discussões em teoria do direito em âmbito nacional.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. 2012. 252f. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. New York: Cambridge University Press, 1982.

_____. **Fuerza de ley**. Tradução de Pablo Ariel Rapetti. Lima: Palestras, 2015b.

_____. *Las reglas en juego: um examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução de Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. *Pensar como un abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Tradução de Tobías J. Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

_____. *The force of law*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2015a.

_____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2009.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA DO DIREITO DA PUC/SP: A FORÇA DO DIREITO, I, 2015, São Paulo.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

POSTEMA, Gerald J. Positivism, I Presume? . . . Comments on Schauer's "Rules and Rule of Law". *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, v. 14, n. 3, summer 1991, p. 797-822.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SHECAIRA Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do Direito*. 2005. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRio. Rio de Janeiro, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. Colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.