



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa

volume 62

247

julho a setembro de 2025

SENADO FEDERAL



As trincheiras do Direito: o positivismo presuntivo de Frederick Schauer

The Trenches of Law: Frederick Schauer's Presumptive Positivism

Eric Piccelli¹

Resumo

O artigo trata do positivismo jurídico de Frederick Schauer e de sua relação com o pensamento de Ronald Dworkin. Centrado no conceito de *regras entrenchadas* e na discussão dos modelos decisórios regidos por regras, o positivismo presuntivo de Schauer é uma alternativa promissora para superar as críticas de Dworkin, em especial as relativas à racionalidade das decisões judiciais. Contudo, essa nova matriz tem limites significativos, sobretudo em seus efeitos sistêmicos: sua adoção leva ao reconhecimento de que o Direito é marcado por uma inescapável indeterminação. O método de abordagem é a análise teórica e reflexiva com base em bibliografia específica sobre o tema.

Palavras-chave: positivismo presuntivo; Schauer; Dworkin; regras; modelos decisórios.

Abstract

The article deals with Frederick Schauer's legal positivism and its relationship with Ronald Dworkin's thinking. Focused on the concept of *entrenched rules* and the discussion of rule-governed decision-making models, Schauer's presumptive positivism is a promising alternative to overcome Dworkin's criticisms, especially those regarding the rationality of judicial decisions. However, this new framework has significant limits, particularly in its systemic effects: its adoption leads to the recognition that Law is marked by an inescapable indeterminacy. The method of approach is the theoretical and reflective analysis based on specific bibliography on the subject.

Keywords: presumptive positivism; Schauer; Dworkin; rules; decision-making models.

¹ Eric Piccelli é mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP, São Paulo, SP, Brasil; advogado. E-mail: epiccelli@usp.br

1 Introdução

Segue vivo na Filosofia do Direito o debate entre correntes positivistas e interpretativistas, particularmente sobre qual delas apresenta a melhor descrição do Direito e da racionalidade das decisões judiciais. Está em jogo saber se as diversas razões empregadas pelos agentes decisórios em seus pronunciamentos são ou não parte do Direito, e se podem ou não funcionar como critérios jurídicos de correção quanto ao resultado das deliberações jurídicas.

Este artigo pretende contribuir para essa discussão ao abordar criticamente o positivismo presuntivo⁴ de Frederick Schauer (1946-2024)⁵ em confronto com o pensamento de Ronald Dworkin (1931-2013). O embate entre ambos é relevante porque Schauer apresenta uma versão peculiar de positivismo como superior ao interpretativismo de Dworkin quanto a explicar a lógica de funcionamento das decisões judiciais como operações regidas por regras jurídicas.

O estudo contém cinco seções, além desta introdução e da conclusão. Na seção 2, apresenta-se a visão de Schauer a respeito do conceito de *regra* – em especial, o caráter central que a ideia de *entrenchamento* ocupa na concepção do autor – e como tal fenômeno se relaciona às regras e aos diversos modelos decisórios descritos na obra. Na seção 3, examinam-se duas críticas de Schauer a Dworkin ligadas ao conceito de *regra*: a primeira é que Dworkin não daria importância à formulação semântica de uma regra quando se trata de identificar seu significado; e a segunda é que não existe a distinção lógica que Dworkin diz haver entre regras e princípios. Apontam-se também possíveis respostas dworkinianas a tais argumentos e conclui-se que as críticas falham na compreensão da real dimensão do debate estabelecido na teoria de Dworkin. Na seção 4 desenvolvem-se reflexões críticas sobre o positivismo presuntivo, com esteio no julgamento de um caso fictício que questiona o tipo de racionalidade que Schauer afirma ser própria do Direito. Com uma paráfrase de

2 PICCELLI, Eric. As trincheiras do Direito: o positivismo presuntivo de Frederick Schauer. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 173-191, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p173. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p173

3 Piccelli, E. (2025). As trincheiras do Direito: o positivismo presuntivo de Frederick Schauer. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 173-191. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p173

4 Os pontos centrais do positivismo presuntivo de Schauer encontram-se em sua obra *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, de 1991.

5 O falecimento relativamente recente de Schauer torna oportuno revisitar sua obra, quando menos como homenagem ao autor de uma produção acadêmica ampla, valiosa e atual.

Dworkin, conclui-se que o positivismo presuntivo de Schauer é um modelo *de e para* um sistema de indeterminação.

2 Trincheiras

*When the broken battered trenches,
Are like the bloody butchers' benches,
And the air is thick with stench,
Carry on.*⁶

Studdert Kennedy (1918, p. 62)

Em 1º/7/1916, o exército britânico conheceu o maior desastre de sua história: sofreu 57.470 baixas, 19.240 delas fatais. A data marcou o início da batalha de Somme, talvez a mais sangrenta da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) (Hart, 2008, p. 179). Em grande medida, o número excessivo de perdas está ligado a uma característica daquele conflito: a guerra de trincheiras (Saunders, 2010).

Estabelecer trincheiras significa *grosso modo* robustecer posições militares defensivas e aumentar o custo operacional para oponentes que intentem ações ofensivas contra elas (Saunders, 2010)⁷. O que se passou em Somme demonstra com brutal clareza quão grandes podem ser tanto esse custo quanto a dificuldade de mensurá-lo de forma antecipada. Em sua ofensiva inaugural os britânicos pagaram um elevado preço de sangue para sobrepujarem as defesas alemãs, estrategicamente entrincheiradas. Ao final, derrotaram o *entrincheiramento* das forças inimigas, mas o fizeram a um custo de proporções históricas e não antevistas.

Frederick Schauer identifica no *entrincheiramento* um dos fatos mais relevantes acerca das regras, particularmente como elas podem fornecer razões para agir. A escolha dessa palavra não é fortuita; Schauer decerto leva em conta a carga semântica sedimentada pela História em torno dos vocábulos *trincheira* e *entrincheiramento*. Confirma isso sua visão a respeito do significado não contextual da linguagem, para ele dotada de autonomia semântica (Schauer, 2002, p. 55-62). Ao expor sua peculiar teoria do Direito, Schauer afirma desenvolver um exercício de “isolamento analítico”; admite que esse esforço é irreal, mas

⁶ Quando as trincheiras quebradas e destruídas, / Forem como os bancos sangrentos dos açougueiros, / E o ar estiver carregado de fedores, / Continue.

⁷ Na história das guerras, as trincheiras também têm sido empregadas ofensivamente, como ocorre nos cercos. Mesmo nessas situações, porém, uma de suas funções é proteger os atacantes da artilharia defensiva inimiga. Assim, parece ser justificada a ideia de que trincheiras estão mais ligadas à defesa que ao ataque.

considera-o relevante para compreender melhor o que são *regras* e como participam dos processos decisórios cotidianos, inclusive dos internos ao Direito, que envolvem razões para agir (Schauer, 2002, p. vii-viii).

A preocupação do autor não é com todas as regras, mas com a classe das regras *prescritivas*, que exercem pressão sobre algo existente no mundo, seja para alterar determinado estado de coisas, seja para impedir que algum tipo de alteração aconteça (Schauer, 2002, p. 2). Apesar disso, ele insiste em destacar seu particular interesse de localizar as semelhanças e não as diferenças entre essa categoria e a das regras *descritivas*, que indicam regularidades empíricas (Schauer, 2002, p. 17).

Fundamental em todas as regras, prescritivas ou descritivas, é a ideia de *generalização*, que concerne a processos de agrupamento de eventos particulares numa mesma categoria mediante a escolha de uma ou mais características comuns a todos eles (Schauer, 2002, p. 17-24)⁸. Com base nisso, Schauer descreve a estrutura lógica das regras prescritivas⁹. Uma regra tem existência lógica quando uma generalização prescritiva se relaciona de maneira instrumental a uma justificação. Essa estrutura lógica divide-se em duas partes. Na primeira, localizam-se: a) o predicado fático, que comporta a generalização e que conforma a hipótese de aplicação da regra; e b) o seu consequente, que indica o que deve ocorrer uma vez materializada aquela hipótese. Na segunda parte está a justificação da regra, que se identifica com algum propósito que a regra busca concretizar (Schauer, 2002, p. 23-24).

Sem generalização não há regra. Por isso, as próprias regras contêm algumas características das generalizações. Dentre elas Schauer destaca a *under-inclusiveness* (*subinclusividade*) e a *over-inclusiveness* (*sobreinclusividade*). Como são probabilísticas – e, portanto, referem-se a um conjunto de fatos relacionados de forma não absoluta à justificação da regra –, as generalizações podem deixar de englobar fatos relevantes (*subinclusividade*) ou encampar fatos irrelevantes (*sobreinclusividade*) do ponto de vista da justificação (Schauer, 2002, p. 31-44). Ainda que uma generalização não apresente *subinclusividade* ou *sobreinclusividade* ao ser formulada, tais fenômenos sempre serão potenciais em virtude da textura aberta que marca a linguagem e nela imprime uma inafastável possibilidade de vagueza (Schauer, 2002, p. 34-37).

As noções de *subinclusividade* e *sobreinclusividade* são relevantes na abordagem que Schauer realiza sobre as regras; elas propiciam a postulação, central no pensamento do autor, de que as regras podem produzir em sua aplicação (e muitas vezes produzem) resultados subótimos ou errados à luz de sua justificação (Schauer, 2002, p. 100-102). Tais resultados são mais evidentes em experiências recalcitrantes, isto é, casos particulares que revelam a inadequação de generalizações (que até então aparentavam ser satisfatórias)

⁸ Para Schauer, a generalização frequentemente também envolve a supressão de certas características dos eventos particulares que ela alcança.

⁹ A partir daqui, este estudo emprega a palavra *regra* apenas em referência a regras *prescritivas*.

para materializar uma justificação. O critério de identificação de um resultado errado ou subótimo é o não atendimento da justificação da regra (Schauer, 2002, p. 39-47).

Um exemplo clássico com que Schauer ilustra o funcionamento das regras é o da proibição de entrada de cães num restaurante. Pode-se imaginar que a justificativa para a proibição seria evitar desconfortos para os frequentadores do local. O texto da regra construída dessa maneira aplica-se tanto a cães problemáticos quanto a cães-guia – treinados para terem bom comportamento e que, por isso, não incomodariam a clientela (*sobreinclusividade*). O texto não se refere a ursos, embora se saiba que eles podem não apenas perturbar como também ferir os fregueses (*subinclusividade*). Tanto o aparecimento de um cão-guia quanto de um urso nesse restaurante configuram experiências *recalcitrantes*, que põem em xeque a aplicação da regra.

O modo como o agente decisório lida com a recalcitrância permite identificar dois modelos de tomada de decisão relacionados às regras. O primeiro, chamado *particularista*, autoriza a resolução da experiência recalcitrante mediante a alteração do predicado fático da regra – ou seja, corrige-se a generalização sob o ponto de vista da justificação. O segundo, baseado em regras em sentido puro (*rule-based*), proíbe essa adaptação; nele a regra é vista como insusceptível de mudança que a adéque à sua justificação. Precisamente nessa proibição de acesso à justificação identifica-se o *entrincheiramento* da regra (Schauer, 2002, p. 38-43). No primeiro desses modelos, o cão-guia seria autorizado a ingressar no restaurante e o urso seria proibido. No segundo, em regra o cão-guia estaria proibido de entrar no local, ao passo que o urso não seria afetado pela proibição, de modo que alguém acompanhado por um animal dessa espécie não estaria errado – ao menos à luz da regra – se insistisse em jantar ao lado dele; seria necessário, pois, criar outra regra para tratar desse evento específico não alcançado pela primeira.

A fonte do entrincheiramento está na formulação da regra; assim, pode ser objeto dele o significado (*meaning*) dessa formulação. Caso se vença o entricheiramento e se modifique o significado da formulação de uma regra, a própria regra já terá sido alterada, pois as regras localizam-se mais em sua formulação que atrás ou além dela; seu significado fundamental não é dado por um propósito. Com efeito, no particularismo tomam-se decisões com base em justificações, e não em regras; segundo Schauer (2002, p. 62-64), isso acarreta o esvaziamento do conceito de *regra* nesse modelo decisório.

Ambos os modelos configuram extremos que não são atraentes para o criador da regra, o tomador de decisão e o sujeito que pretende levá-la em consideração para escolher o comportamento a adotar. O particularista considera irrelevantes as regras; em contrapartida, aquele que se baseia em regras (também denominado *formalista*) é rígido em demasia (Almeida; Struchiner, 2020, p. 283). É necessário, pois, que se imaginem caminhos mais aceitáveis para lidar com regras.

Um modelo intermediário é o particularismo sensível às regras (*rule-sensitive particularism*), uma forma de decidir que valoriza a determinação contida na regra e que permite adequações à luz de sua justificação. No entanto, Schauer julga o problemático e

passível de crítica, a qual depende de um refinamento do conceito de *justificação*. Já se afirmou que a justificação pode ser identificada com os objetivos que a regra pretende atingir. Schauer chama de *substantiva* essa forma específica de justificação, para diferenciá-la de uma segunda categoria, a da justificação geradora de regras (*rule-generating justification*), que diz respeito aos motivos ou aos valores que fazem com que uma justificação substantiva qualquer seja articulada sob a forma de uma regra. Em geral, tal especificação envolve valores como certeza, previsibilidade e eficiência (Schauer, 2002, p. 98-99).

No modelo particularista sensível às regras o agente decisório pode considerar em cada caso: a) se o resultado indicado pela regra está ou não em consonância com sua justificação substantiva; e b) se a justificação geradora de regras indica ou não que a regra seja seguida mesmo diante de uma experiência recalcitrante. Não há entrincheiramento quanto a ambas, conquanto o agente decisório possa atingir um resultado distinto do indicado pela justificação substantiva com a finalidade de prestigiar a justificação geradora de regras – o que causa a falsa impressão de entrincheiramento da primeira (Schauer, 2002, p. 93-100, 158-162).

Essa terceira via decisória parece servir como resposta satisfatória aos problemas identificáveis tanto no modelo baseado em regras quanto no particularista estrito. Ela não desaguaria num formalismo estéril, como parece desaguar a decisão fundada somente em regras e insensível às suas justificações; e, ao mesmo tempo, diante da relevância das regras, eliminaria a principal falha do particularismo estrito: tratá-las com total indiferença (Schauer, 2002, p. 93-100, 158-162).

Entretanto – e eis aqui a crítica de Schauer –, tal expediente decisório não pode conviver em termos lógicos com uma significativa função das regras: a alocação de poder. Na prática, ao adotar o particularismo sensível às regras, o agente decide com base em todas as razões disponíveis, e não apenas com fulcro nas previamente selecionadas pela regra que as toma como relevantes. Por meio dessa seleção prévia, as regras alocam poder ao darem ao agente decisório (ou ao dele retirarem) o poder de considerar certas razões e desconsiderar outras em seu cálculo deliberativo.

O *particularismo moderado*¹⁰ não se harmoniza com essa função das regras porque permite que o agente decisório delibere sobre as razões que o autorizam a considerar em sua decisão, e assim defina a extensão: a) de sua própria competência para decidir (*jurisdiction*); e b) da confiança que nele depositam os delineadores do sistema de que ele participa para empreender essa espécie de deliberação (Schauer, 2002, p. 93-100, 158-162). Sem que esteja entrincheirada ao menos contra considerações sobre sua justificação geradora de regras, a regra é incapaz de alocar poder. Além de servir como fator de diferenciação entre modelos decisórios, a noção de *entrincheiramento* possibilita a Schauer distinguir regras propriamente ditas das chamadas *regras de experiência* (*rules of thumb*): aquelas se caracterizam por generalizações *entrincheiradas* e estas são marcadas por generalizações *maleáveis*, não protegidas contra modificações (Schauer, 2002, p. 104-111).

¹⁰ A expressão é deste Autor.

Não está claro no pensamento de Schauer se o entrincheiramento é um componente lógico da regra ou se ele é um dos diversos elementos externos a ela que determinam se ela será ou não tratada na prática como regra. O autor afirma que, em grande medida, o entrincheiramento é um fenômeno psicológico (Schauer, 2002, p. 42) e, portanto, externo à regra. Apenas de passagem ele menciona generalizações conceitualmente *entrincheiradas*, o que conduz à percepção de se estar perante uma questão lógica (Schauer, 2002, p. 43). Ao ponderar que as regras devem ser tratadas mais como um *status* e menos como uma entidade (Schauer, 2002, p. 112), ele volta a sugerir que o entrincheiramento é um componente lógico desse *status*; porém, isso não exclui a possibilidade de que o entrincheiramento também seja um elemento externo a esse *status*.

Parece mais harmoniosa com o restante da teoria de Schauer a noção de que o entrincheiramento não é um componente lógico das regras; do contrário, as regras de experiência seriam logicamente distintas das regras propriamente ditas. Perderia sentido a demonstração de que as diferenças entre ambas seriam preponderantemente de graus de força normativa; e, ao perder sentido, a distinção que ele estabelece entre os diversos modos de decisão com esteio na forma como o agente decisório trata a regra – como regra de experiência nos modelos particularistas ou como regra em sentido estrito no modelo presuntivo e no modelo baseado em regras. A regra, para ser na prática tratada como tal, deve ser conceitualmente vista como uma estrutura lógica capaz de receber esse tratamento. Não está claro, porém, até que ponto essa questão é fundamental para a teoria de Schauer, dado o caráter relativista que ele empresta ao conceito de *regra*. Gerald Postema considera que há diferença de tipo ou de categoria entre regras propriamente ditas e regras de experiência; assim, parece compreender que o entrincheiramento é um componente lógico apenas das primeiras (Postema, 1991, p. 800-801). Neste estudo, trata-se o entrincheiramento como fato externo às regras.

Com isso, a distinção entre regras propriamente ditas e regras de experiência depende muito menos da lógica e muito mais do grau de sua força normativa. Mesmo maleáveis a experiências recalcitrantes, as regras de experiência continuam a fornecer ao agente decisório razões para a ação e incrementam o ônus argumentativo que ele deve superar para agir em desconformidade com o que elas indicam (Schauer, 2002, p. 104-111). A isso se relaciona a ideia de *regridade* (*ruleness*): uma regra terá tanto mais *regridade* quanto mais sua generalização for entrincheirada ou tratada como tal. No espectro schaueriano da *regridade*, uma regra propriamente dita tem maior força normativa que uma regra de experiência. Ambas, contudo, são regras (Schauer, 2002, p. 102-104).

De acordo com Schauer, o que determina a *regridade* de uma regra não é a própria regra, nem sua formulação; são os fatos a respeito da regra que estabelecem se ela tem mais ou menos *regridade* em cada situação de uso. Logo, a força normativa das regras ou o impacto que elas exercem sobre um cálculo decisório é uma função de elementos externos a elas – e mesmo a identificação de regras *como regras* pelo tomador de decisão é tributária de tais elementos (Schauer, 2002, p. 128). Essa identificação é prática, e não lógica. Numa

perspectiva estritamente lógica, a regra continua a ser regra mesmo quando não tratada como tal pelo agente decisório. Esse aspecto parece validar o argumento de que o entrincheiramento não é um componente lógico das regras.

Por essa via argumentativa pode-se retomar a distinção entre o modelo decisório particularista e o baseado em regras como questão relativa ao tratamento dispensado às regras pelo agente decisório. No primeiro, elas são entendidas como meras regras de experiência, e no segundo, como regras estritas. Por conseguinte, há entrincheiramento somente no segundo, embora as regras apresentem a mesma estrutura lógica em ambos os modelos. E o que leva o agente decisório a adotar uma ou outra postura em cada instância não é a regra, mas algum tipo de razão *externa* a ela.

No particularismo sensível às regras, assim como no particularismo estrito, não há entrincheiramento, pois permite-se ao agente decisório apreciar todas as razões disponíveis ao executar um cálculo deliberativo, ainda que considere relevantes as regras quando toma sua decisão. Não existe submissão ao limite traçado pela própria regra no desempenho de sua função alocatória de poder, quanto às razões que devem participar dessa operação; nesse modelo, as regras são tratadas como regras de experiência (Schauer, 2002, p. 93-100). Assim, somente quando considera *entrincheiradas* as regras, o agente decisório pode decidir segundo um modelo baseado em regras. Por força do entrincheiramento ele pode tomar decisões subótimas ou erradas e, mesmo assim, continuar – ou *carry on*, conforme o excerto de Studdert Kennedy (1918) reproduzido na epígrafe desta seção.

No entanto, o entrincheiramento não faz da regra uma razão absoluta para a ação. É crucial no empreendimento filosófico de Schauer o reconhecimento de que as regras podem ser *derrotadas* ou *sobrepostas* (*overriden*) por fatores especialmente relevantes, que não criam exceções a elas, mas justificam a sua superação. Sua força normativa é presumida, mas pode ser superada por uma razão cogente (*compelling reason*) (Schauer, 2002, p. 191). Assim como as intransponíveis trincheiras alemãs ruíram em Somme diante de uma ofensiva britânica particularmente forte, a regra entrincheirada pode ser superada por uma razão especialmente relevante que a subjogue.

Para Schauer, a decisão tomada com base em regras em face de seu entrincheiramento, mas sem o considerar absoluto, continua a ser um modelo decisório peculiarmente baseado em regras. Trata-se do modelo *presuntivo*, no qual as regras são presumivelmente aplicáveis aos casos abrangidos por seu predicado fático; e essa presunção dá nome à vertente do positivismo defendida pelo autor. Sob essa óptica, a força normativa das regras e do ambiente decisório em que elas existem equivale à força do seu entrincheiramento; elas são reconhecidas como fontes presumidas de razões para a ação. Todavia, a real intensidade dessa força não é dada *a priori*: ela é mensurável apenas perante razões que pretendam ser relevantes a ponto de superá-la – e tais razões em momento algum são definidas por Schauer, que se limita a afirmar que há uma “prioridade local” (Schauer, 2002, p. 188-191, 203) que favorece a aplicabilidade de uma regra dentre outras conflitantes ou de um sistema de regras em oposição a outros sistemas.

Tanto na Filosofia schaueriana quanto na guerra de trincheiras, a força do entrenchement é aquilatada apenas no momento do combate entre a regra (ou o sistema de regras) e a experiência recalcitrante. E o aferidor dessa força, ao menos em princípio, não é o criador da regra, mas o tomador de decisão. Segundo Schauer (2002, p. 91, 196), o problema do desrespeito à alocação de poder empreendida pelas regras, presente no particularismo moderado, não ocorre no modelo presuntivo, porque nele o agente decisório não está autorizado a considerar detidamente em seu cálculo deliberativo *todas* as razões que lhe estejam disponíveis, mas somente a dirigir-lhes uma “olhadela” (*glimpse*), que não passa de mero exame superficial e ligeiro. Essa seria a grande vantagem teórica oferecida por sua matriz de pensamento; o modelo decisório por ele concebido daria a relevância devida às regras, ao mesmo tempo em que aparelharia o tomador de decisões com a flexibilidade necessária para lidar com casos que demandassem soluções de compromisso (Almeida; Struchiner, 2020, p. 284).

Para o autor, o Direito pode ser explicado por uma espécie particular de teoria positivista, que ele denomina *positivismo presuntivo*, dado que o modelo decisório de mesmo nome melhor descreveria o funcionamento da maioria dos sistemas jurídicos modernos, em especial o norte-americano. Segundo essa teoria, na maioria dos casos as regras controlam resultados, pois há uma presunção nesse sentido. Não obstante, em todos os casos essas regras devem ser testadas em face de considerações mais amplas e suplantadas quando os resultados que indicarem se contraponham aos sugeridos por um maior e *mais moralmente aceitável* conjunto de valores (Schauer, 2002, p. 205), isto é, quando surgir uma razão particularmente relevante. Contudo, o agente decisório schaueriano não dirige mais que uma “olhadela” a esses valores não definidos *a priori* que brevemente examina.

Ausente essa definição – e no que parece ser um argumento psicológico –, Schauer (2002, p. 205) salienta que os agentes decisórios “simplesmente sabem” o que seria relevante em cada caso: eles sabem quando tratar uma regra como regra. Isso parece acarretar uma relativização de todo o sistema de regras e do próprio conceito de *regra* – o que ficará mais claro a seguir.

3 Limites

*O body swayed to music, O brightening glance,
How can we know the dancer from the dance?*¹¹

William Butler Yeats (1994, p. 116)

¹¹ Ó corpo embalado pela música, ó olhar brilhante, / Como podemos distinguir o dançarino da dança?

Schauer elege alguns adversários filosóficos ao apresentar os detalhes de seu positivismo presuntivo. Um deles é Dworkin, maior expoente do interpretativismo, a quem são dirigidas diversas críticas. Nesta seção, abordam-se duas delas.

A primeira crítica é que a formulação semântica das regras em Dworkin não teria relevância na determinação de seu sentido; por isso, não passaria de mera porta de entrada para o que seria seu *verdadeiro* significado (Schauer, 2002, p. 51, 64). Essa asserção é importante porque equivale a acusar Dworkin de tratar as regras como necessariamente transparentes à sua justificação e, portanto, incapazes de fornecer razões para agir ao agente decisório. Noutras palavras, segundo Schauer, as regras: a) não fariam diferença no modelo teórico dworkiniano, segundo o qual as decisões jurídicas seriam tomadas com base em justificações, locais ou sistêmicas, e não em regras; e b) padeceriam, por isso, de grande indeterminação. Para Schauer, Dworkin seria um *particularista* no pior sentido do termo.

Schauer insiste em afirmar, como desdobramento dessa crítica, que é possível identificar de modo empírico casos jurídicos cujos resultados teriam sido diferentes, não fosse a presença das regras; tais casos constituiriam a maioria na prática jurídica. Assim, a descrição que ele atribui a Dworkin – para quem as decisões jurídicas seriam tomadas segundo um modelo particularista (*all things considered*) em que o significado real das regras seria dado caso a caso pelo seu propósito ou por sua justificação – não propiciaria uma visão acurada da realidade da prática jurídica. Uma alternativa melhor seria o positivismo presuntivo, que explicaria tanto os casos normais, decididos com base em regras, quanto os particularmente exigentes, nos quais a presunção de aplicabilidade das regras é superada por razões especialmente relevantes (Schauer, 2002, p. 210-211).

Em resposta a essa crítica, Dworkin poderia dizer que, como o Direito é uma prática social argumentativa (Dworkin, 1986, p. 13), sensível ao seu propósito (Dworkin, 1986, p. 47), não faz sentido a preocupação schaueriana de excluir da racionalidade jurídica a sua característica mais marcante. Proibir o agente decisório de acessar a justificação subjacente à regra, ou mesmo a justificação do sistema jurídico em sentido mais geral, seria descaracterizar o Direito como prática argumentativa. Nesse cenário, o Direito seria reduzido a um empreendimento mecânico ou formalista, ainda que em certos casos fosse possível acessar de maneira breve a justificação das regras. Como, afinal, impedir ao participante uma prática *argumentativa*? E, mais ainda, como impedir que agente decisório, em última instância, *argunte*? Como limitar de forma tão drástica o campo dessa argumentação?

Para Dworkin, o fato de as regras governarem a maioria dos casos jurídicos sem despertarem grandes questionamentos não significa que a decisão jurídica não obedeça a uma gramática que lhe é inerente, na qual estão necessariamente inclusas considerações argumentativas sobre o propósito da regra em questão e da própria prática jurídica. Para Dworkin, não faz sentido tornar os padrões jurídicos opacos a justificações, porque no âmbito interno da prática jurídica o significado desses padrões é construído de maneira interpretativa; tal construção é integrada pelo propósito não só desses padrões como também de toda a prática jurídica. Em outras palavras, as justificações, imediatas ou

sistêmicas (sobretudo estas últimas) dão *sentido* aos padrões jurídicos. O sentido desses padrões, sob tal prisma, é indissociável do sentido da prática jurídica da qual eles fazem parte (Dworkin, 1986, p. 45-86).

Contudo, conforme Postema, isso não significa que Dworkin seja um particularista puro e simples; sua noção de *prioridade local* indica que ele de fato dá relevância aos padrões que toma como regras (Postema, 1991, p. 811)¹². Não o faz, porém, somente para tornar possível a aceitação de resultados subótimos ou errados, porque isso *derrotaria* o sentido ou a intencionalidade da prática jurídica, que deve referir-se a alguma concepção de justiça. Segundo Dworkin, apesar de possível, a aceitação desses resultados subótimos ou errados depende de se saber se há algum propósito sistêmico que a justifique – e o agente decisório só pode identificar e mobilizar esse tipo de justificação se sua racionalidade não estiver limitada já de saída por uma regra ou por um sistema de regras de feições opacas.

Fala-se aqui em *padrões* (*standards*) em vez de *regras* ou *princípios* porque a segunda crítica de Schauer a Dworkin tem relação direta com essa questão que aparenta ser apenas terminológica. Schauer pondera que não se sustenta a tese dworkiniana de que haveria uma distinção lógica entre regras e princípios e que Dworkin entenderia as regras como *dispositivas* sempre que aplicáveis – ou seja, que elas determinariam resultados nessas hipóteses e que ele conceberia os princípios como *derrotáveis* mesmo quando aplicáveis (Schauer, 2002, p. 13). Para Schauer, a distinção entre as regras dworkinianas e os princípios dworkinianos resolver-se-ia na posição de um desses padrões numa escala de *regridade*. Como ambos são regras do ponto de vista lógico, ele nega essa distinção lógica e trata-a como uma questão de força normativa. Além disso, Schauer (2002, p. 14) rejeita a ideia de que mesmo as regras em sentido estrito sejam sempre dispositivas quando aplicáveis, e sustenta que elas são apenas presumidamente aplicáveis, mas sempre *derrotáveis*.

Essa crítica leva em conta somente parte da distinção lógica que Dworkin afirma existir entre regras e princípios. Schauer não se preocupa em abordar de forma direta a questão do peso ou da importância que estaria presente somente nos princípios dworkinianos, e não nas regras dworkinianas – as quais seriam ou funcionalmente importantes ou funcionalmente desimportantes, sem estágios intermediários (Dworkin, 1977, p. 26-27). Mesmo assim, esse ponto está implícito na crítica de Schauer; para ele, todas as regras – categoria à qual pertenceriam tanto as regras quanto os princípios dworkinianos – são dotadas de força normativa¹³. Contudo, eventuais conflitos entre regras schauerianas se resolvem mais em função da prioridade local que da força normativa de cada uma delas; isso sugere haver: a) uma distinção entre a *força normativa* schaueriana e o *peso* dworkiniano; e b) alguma similitude entre a *prioridade local* schaueriana e o *peso* dworkiniano.

¹² Postema atribui a Dworkin uma versão peculiar de particularismo sensível às regras. Ao criticar Schauer, Postema (1991, p. 813-817) assinala que o modelo decisório presuntivo se desfaz num modelo particularista sensível às regras e de modo implícito afirma que são logicamente semelhantes os modelos decisórios propostos por Schauer e Dworkin.

¹³ Dadas as limitações de espaço, não se discute aqui se a dimensão dworkiniana de *peso* corresponde à dimensão schaueriana de *força normativa*.

Todavia, a diferenciação formulada por Dworkin é mais profunda que a sugerida pela crítica. O autor não se ocupou de problemas taxonômicos; com base na distinção entre regras e princípios, ele questiona o postulado positivista de que os padrões jurídicos são válidos porque têm *fonte social autoritativa*. As regras em Dworkin têm origem social dessa espécie, são dotadas de *pedigree* e, portanto, preenchem tal requisito. Por sua vez, embora empregados pelos juízes em decisões jurídicas, os princípios nem sempre têm *pedigree*; porém, são parte do Direito, e sua juridicidade advém da correção moral de seu conteúdo, aferida por critérios internos à prática jurídica. Por conseguinte, Dworkin procura demonstrar: a) que a juridicidade de determinado padrão não é dada somente por seu *pedigree*; e b) que a decisão jurídica obedece a um padrão de racionalidade incompatível com a visão de que o Direito seria composto apenas por regras cujo significado pudesse ser determinado de forma convencional (Dworkin, 1977, p. 14-45).

Assim, subjacente a essa questão (que é terminológica apenas na aparência) está a discussão mais elevada a respeito do conceito de *Direito*. Afinal, é possível questionar: o Direito é apenas um empreendimento social e convencional realizado sem considerações valorativas (conforme Schauer), ou é também definido por um traço moral que lhe é imanente (conforme Dworkin)? Schauer não esclarece se seriam ou não parte do Direito as razões particularmente relevantes¹⁴ que podem *derrotar* a presunção de aplicabilidade das regras. De algum modo, isso se deve ao reconhecimento de que distinções analíticas muitas vezes são artificiais e problemáticas. Entretanto, precisamente nesse ponto, em sua teoria se instalaria a discussão em torno do conceito de *Direito*. Sua estratégia a esse respeito é dizer, com algum laconismo, que essa é uma questão em boa parte terminológica (Schauer, 2002, p. 205). É notável também que Schauer não revela como funcionaria na prática a racionalidade do agente decisório perante essas razões, porque não diz se tal agente teria alguma obrigação que fosse delas derivada.

Assim, a essas duas críticas de Schauer a Dworkin se pode responder *dworkinianamente* com suporte no conceito de *Direito*. E, em relação ao conceito dworkiniano de *Direito*, elas erram o alvo. Se o Direito é uma prática social argumentativa, como se afirmou, o próprio Direito conforma o contexto somente no qual os padrões jurídicos podem ser dotados de *sentido* (Piccelli, 2019, p. 74-86). Além disso, apenas o Direito pode fornecer critérios de identificação a respeito das *razões* que seriam suficientemente fortes para superar esses padrões, em sujeição a uma racionalidade específica; apesar de ela ser de algum modo limitada, não o é a ponto de impedir o agente decisório de argumentar. Não há dança

¹⁴ A tensão entre Schauer e Dworkin localiza-se nessas razões particularmente relevantes porque não há dúvida de que as regras são tratadas por Schauer (2002, p. 197-198) como fatos sociais, com origem social e conteúdo socialmente determinado. Assim, quando as regras são aplicadas sem que se ponha em xeque sua presunção de aplicabilidade, não entra tão claramente em pauta o debate sobre a separação entre Direito e moral. Talvez até seja possível sustentar que os princípios dworkinianos, por não serem dotados de *pedigree*, sejam tratados por Schauer como razões particularmente relevantes que em alguns contextos podem superar a presunção de aplicabilidade das regras.

fora da dança, escreveu William Butler Yeats (1865-1939) (Yeats, 1994), assim como a dança diz à dançarina quando parar de dançar.

4 Indeterminações

General Broulard: Wherein have I done wrong?

*Colonel Dax: Because you don't know the answer to that question, I pity you.*¹⁵

Paths of Glory (1957)

Esta seção trata mais detidamente do modelo de Schauer, com base na abordagem de um interessante, mas fictício caso jurídico. Procura-se aqui demonstrar como Dworkin e Schauer se posicionariam diante do problema em termos da racionalidade do julgador. Por isso, examinam-se os pontos da teoria schaueriana que podem ser problemáticos.

Em 1916, os soldados Arnaud, Ferol e Paris foram condenados à morte por um tribunal do exército francês. A condenação resultou da aplicação de uma regra jurídica que proibia atos de covardia. Os acusados haviam retrocedido às suas trincheiras durante um batalha com o fim de conquistar um objetivo militar que o comando considerava importante, mas inatingível naquela oportunidade: a *Ant Hill*. O combate estava perdido já de saída; mesmo assim, entendeu-se que as tropas não podiam retroceder. Ou seja: exigiu-se dos militares que morressem por nada. Esse é o tema central do célebre filme de Stanley Kubrick (1928-1999) lançado em 1957 – *Paths of Glory* (no Brasil, *Glória feita de sangue*) – que recria acontecimentos da Primeira Guerra Mundial (Paths [...], 1957)¹⁶.

Deixam-se de lado aqui os aspectos políticos, sociológicos ou de qualquer outro caráter não jurídico que possam ter influenciado o julgamento, pois importa apenas a racionalidade da decisão. Em linhas gerais: a) existia uma regra válida a estabelecer punição para todo soldado francês que praticasse ato de covardia durante um conflito armado; b) verificou-se

¹⁵ General Broulard: Onde foi que eu errei? / Coronel Dax: Como você não sabe a resposta a essa pergunta, tenho pena de você.

¹⁶ Não se discute aqui um aspecto essencial da narrativa de Kubrick: esses três soldados foram escolhidos aleatoriamente dentre um número bem maior de colegas em situação idêntica. De igual modo, aqui não há a preocupação com o desrespeito, visível no julgamento, à correção procedimental ou ao direito de defesa. Um dos réus não foi acusado de ter retrocedido, mas de jamais haver deixado sua trincheira; ele estava inconsciente na ocasião. Porém, é idêntica a acusação contra os três militares submetidos a julgamento. Também não se discute se estariam presentes causas excludentes de ilicitude ou determinações legais similares (o exemplo é propositalmente limitado). Por fim, pode-se afirmar que aquele objetivo militar era inatingível porque a ordem fora dada a uma divisão que sabidamente não tinha condições de alcançá-lo. O general responsável por essa divisão só a aceitou motivado por ambições pessoais.

que, ao retrocederem durante um combate, os três soldados acusados desse ato praticaram a conduta compreendida no significado nuclear de *covardia* – isto é, não se estava diante de uma situação de indeterminação semântica; c) tanto a acusação quanto a defesa apresentaram argumentos que questionavam o conceito de *covardia*: a acusação sustentou que o comportamento dos acusados era uma mancha na bandeira e na honra da França, ao passo que a defesa ponderou que era a condenação que assumiria esse caráter desonroso, porque as condições nas quais o ataque à *Ant Hill* aconteceu teriam sido dramáticas a ponto de justificar o comportamento dos militares, que não teriam sido *covardes*¹⁷; e d) sem recurso a qualquer outro tipo de consideração, foram condenados pelo tribunal.

Desconhecem-se aqui os fundamentos da decisão tomada pelo tribunal militar francês; sabe-se apenas que foi condenatória. Pode-se supor, contudo, que os membros do tribunal tenham discutido a respeito do que seria um ato de *covardia* antes de tomarem a decisão. Essa suposição fundamenta-se no item c do parágrafo anterior, o qual também sugere que essa discussão tenha levado em conta elementos morais. Além disso, os integrantes da corte podiam considerar-se sujeitos a uma obrigação jurídica de decidir o caso com base na regra que punia atos de *covardia* – afinal, o julgamento instalara-se em função da validade dessa regra –, e por isso decidiu. É possível conjecturar também que a conclusão dos julgadores tenha sido condenatória porque se entendeu que, interpretada de maneira correta, a regra impunha a condenação.

A questão é: sob o ponto de vista do Direito, e mais especificamente da regra jurídica que punia a *covardia*, é possível saber se o tribunal acertou ou errou? Noutras palavras: é viável determinar se a condenação dos três soldados foi uma decisão *correta* segundo o Direito? Dworkin responderia de maneira afirmativa. Para ele, o significado de *covardia* – e, portanto, da regra que regia o caso – devia ser reconstruído *interpretativamente* pelo tribunal, com fundamento num amplo exame do conjunto de princípios que se adequassem melhor à prática jurídica francesa de 1916 e que permitissem enxergá-la em sua melhor luz. Por um lado, o tribunal teria errado do ponto de vista do Direito se essa reconstrução que pressupunha a análise da intencionalidade tanto da regra em debate quanto do próprio Direito francês revelasse que o sentido de *covardia* não compreendia o ato imputado aos acusados; sua obrigação jurídica era proferir uma decisão absolutória. Por outro lado, também sob a perspectiva do Direito, o tribunal teria acertado se a melhor interpretação de *covardia* fosse reconhecer que, no curso de uma guerra, era razoável para o Direito francês exigir dos soldados que não retrocedessem em hipótese alguma; sua obrigação jurídica era prolatar uma decisão condenatória, pois seria esse o sentido da regra em debate (Dworkin, 1986, p. 45-86, 313-354).

¹⁷ Pode-se dizer que as partes do processo se encontravam num desacordo teórico dworkiniano, o que revela não só o caráter argumentativo dos debates próprios do Direito, mas também a natureza moral da racionalidade jurídica e a consequente implausibilidade da tese positivista das fontes sociais (Macedo Junior, 2013, p. 192). Assim como no caso da Sra. Sorensen (Dworkin, 2006, p. 8), definir o que é *covardia* no caso proposto supõe definir o Direito na França de 1916.

Desse modo, a regra – que não pode ser tomada de modo isolado da prática jurídica em que está inserta – fornece um critério jurídico de correção para o cumprimento da obrigação jurídica imposta ao julgador. Embora não sofra limitações quanto ao seu escopo, a racionalidade do agente decisório não é arbitrária ou indeterminada: ele não está livre para decidir como quer. Sua decisão deve ser fundada em razões jurídicas cuja correção se pode pôr à prova mediante critérios jurídicos compartilhados pelos usuários da regra.

E, ancorado em seu positivismo presuntivo, o que diria Schauer a respeito desse assunto? Com a adoção do glossário schaueriano, é possível afirmar que o tribunal se viu diante de uma regra entrincheirada e presumivelmente aplicável ao caso em questão; ela indicava com clareza que os acusados deveriam ser condenados, pois não se estava diante de indeterminação semântica alguma e a conduta deles inseria-se no núcleo determinado de sentido da palavra *covardia*. As alegações das partes, ou as razões submetidas à apreciação do tribunal, forçavam os julgadores a examinarem se estavam ou não diante de uma experiência recalcitrante sob o ponto de vista da justificação imediata ou sistêmica da regra. A defesa, em especial, pretendeu demonstrar justamente que havia recalcitrância; noutras palavras, estava em xeque a presunção de aplicabilidade da regra. Como o modelo decisório vigente não era de cunho particularista – do contrário, para Schauer, a decisão não teria sido baseada em regras –, o entrincheiramento proibia ao tribunal o acesso direto a essa justificação. Os julgadores podiam, contudo, dirigir uma “olhadela” a algumas razões externas à regra entrincheirada para verificarem se ao menos uma delas seria particularmente relevante a ponto de justificar a *derrota* dessa presunção e a consequente absolvição dos acusados. E, por serem juízes, todos eles *sabiam* quando considerar cogente uma razão dessa espécie. Houve condenação, e isso significa que a “olhadela” dos julgadores¹⁸ não encontrou razão suficientemente forte para *derrotar* a presunção de aplicabilidade da regra.

Diante dessa constatação, parece simples uma resposta schaueriana à pergunta do parágrafo anterior: se não havia razão dessa natureza, o tribunal estava certo ao aplicar a regra e condenar os acusados. Porém, nesse ponto há um problema: como saber se está *certa*, segundo o Direito, a conclusão da corte a respeito de existir ou não uma razão passível de *derrotar* a regra jurídica? Com base na teoria de Schauer, é possível obter essa resposta? O exame dessa questão implica o reconhecimento de que o positivismo de Schauer pretende, de algum modo, limitar a racionalidade do julgador; nele, o combate entre regra e experiência recalcitrante, entre presunção e razão potencialmente relevante, é travado num campo restrito do território da argumentação, cujas fronteiras tendem a ser dadas pelas próprias regras, tomadas como dispositivos de alocação de poder (Schauer, 2002, p. 196-206). A principal justificativa apontada por Schauer para a adoção de um modelo limitador do campo argumentativo disponível para o agente decisório é a ideia de que a espécie humana

¹⁸ Supõe-se aqui que ela de fato tenha ocorrido; caso contrário, o tribunal teria desprezado as alegações das partes.

é dotada de uma racionalidade também limitada, que se beneficia quando algumas razões são *a priori* excluídas de seus cálculos deliberativos (Schauer, 2002, p. 229-230)¹⁹.

Essa limitação tem reflexos sistêmicos significativos, sobretudo quanto ao reconhecimento de que o próprio Direito é um sistema normativo limitado que tem prioridade local sobre outros sistemas normativos mais abrangentes, como o da moral (Schauer, 2002, p. 199-200). Limitar o campo argumentativo em Schauer significa restringir não só o número mas também a natureza das razões que o agente decisório pode apreciar ao tomar suas decisões.

Contudo, uma vez demarcado o campo de atuação do tomador de decisões, na concepção de Schauer não parece haver *critério de correção* para se aferir se foi certa ou errada a aplicação de uma regra a uma experiência que pode ser recalcitrante – ou, dito de outro modo, se foi certa ou errada a obediência à presunção de aplicabilidade da regra. Schauer não oferece nem mesmo critérios de identificação do que é particularmente relevante nos casos de questionamento da presunção e não elucida se esses critérios se podem encontrar nas regras, no sistema a que elas pertencem ou em algum domínio normativo distinto.

O agente decisório schaueriano não sabe identificar, senão com recurso a elementos contingentes e externos à regra, as experiências recalcitrantes diante das quais deve aplicá-la, mesmo que dessa aplicação decorram resultados subótimos ou errados à luz da respectiva justificação. Ele sabe menos ainda se o seu julgamento a esse respeito está certo ou errado; sua racionalidade não sofre esse tipo de constrangimento. Esse agente pode dar uma “olhadela” além das trincheiras às quais a regra pretende confiná-lo, mas não dispõe de critérios advindos da regra para determinar se o que vê do lado de fora o autoriza ou não a abandonar sua posição entrincheirada em direção a um campo de batalha argumentativo mais amplo. Mesmo o *lado de fora* das trincheiras não é previamente definido: não se sabe se aquilo que a “olhadela” alcança é parte do sistema de regras ou uma “terra de ninguém” (*no man’s land*) (Saunders, 2010, p. 17)²⁰, onde qualquer tipo de razão pode ser levado em conta.

É claro que o autor poderia objetar que uma regra jurídica jamais será aplicada no vácuo, já que faz parte de um sistema jurídico complexo. Porém, isso não afasta o problema – antes o reforça, pois a interpretação das demais regras do sistema em questão fica sujeita às mesmas possibilidades de indeterminação. Como se viu na seção 2, Schauer tenta esquivar-se de uma pura arbitrariedade nesse aspecto ao observar que os agentes decisórios simplesmente sabem o que é relevante em cada caso (Schauer, 2002, p. 205). Entretanto, longe de refutar, essa concepção confirma que de fato há essa arbitrariedade, pois o tomador de decisão se encarrega dessa determinação sem submeter-se a critérios de verificação das razões cogentes em cada caso.

¹⁹ Nesse ponto ele se aproxima do modelo de Scott Shapiro, que propõe uma explicação do Direito alicerçada na racionalidade do planejamento, tal como a teoriza Michael Bratman (Shapiro, 2011; Piccelli, 2019).

²⁰ A expressão *no man’s land* identifica o território compreendido entre as trincheiras de forças rivais. Não é possível afirmar qual dos lados do combate teria hegemonia sobre ele.

Como se comentou na seção 2, são centrais no positivismo presuntivo dois postulados: a) as regras controlam resultados na maioria dos casos, amparadas por presunção nesse sentido; e, a despeito disso, b) em todos os casos essas regras devem ser postas à prova diante de considerações mais abrangentes e *derrotadas* por razões particularmente relevantes. Schauer (2002, p. 205) claramente afirma que a identificação dessas razões capazes de *derrotar* a presunção de aplicabilidade das regras depende da verificação de uma possível divergência entre os resultados indicados tanto pela regra quanto por um maior e mais moralmente aceitável conjunto de valores.

Se em todos os casos as regras ficam sujeitas a *derrotabilidade* e se tudo se reduz à questão de o próprio agente decisório *saber* (e apenas *saber*) quando há essa *derrotabilidade*, sem contar com critérios *jurídicos* que norteiem sua racionalidade nesse aspecto, então, além de não existir uma resposta schaueriana à questão proposta nesta seção, também não se sabe ao certo de que modo as regras e o sistema de regras participam da racionalidade do agente decisório.

É o agente decisório quem, no limite, decide se trata uma regra como regra, uma razão potencialmente relevante como razão relevante, um sistema de regras como sistema de regras e enfim, o Direito como Direito. A limitação da racionalidade do agente decisório como decorrência de um sistema de regras que aloca poder parece, assim, uma ilusão ou mera possibilidade em Schauer. Esse agente não conta com razões jurídicas, mas apenas com *indicativos* jurídicos para proferir decisões segundo um modelo baseado em regras, que ele adota ou não se quiser. Excluídas as razões prudenciais que eventualmente incidam sobre a reflexão do tomador de decisão – as sanções, por exemplo –, nada no Direito modera a escolha do agente decisório por certo modelo de decisão, por determinado resultado e por aplicar ou não o Direito.

Diante dessa última crítica, um defensor do modelo de Schauer poderia afirmar que *arbitrariedade* é uma palavra muito forte para descrever o que na verdade poderia ser mais bem representado como *maleabilidade*. Essa, afinal, seria a grande virtude do modelo do autor: valorizar as regras sem tratá-las como “engessadoras” da deliberação prática. Contudo, mesmo que se aceite essa acomodação semântica, permanece a questão de se saber até que ponto a regra jurídica e o próprio sistema jurídico podem flexionar-se sem deixarem de ser Direito. O positivismo presuntivo não responde a essa questão crucial.

5 Conclusão

Com sua abordagem do conceito de *regra*, Schauer pretendeu mostrar que a estrutura lógica de uma regra nem sempre determina a gramática de sua aplicação, que é função de elementos externos à própria regra. Para ele, uma coisa é a identificação lógica de uma regra e outra é a determinação da forma como essa regra será ou não considerada em dado

ambiente decisório – isto é, se terá ou não existência prática de regra, a fim de fornecer razões para funcionar como regra nesse ambiente.

No limiar entre o que é lógico e o que é apenas prático está o *entrincheiramento*, porque, *quando* e *se* estiver presente, sugere que o agente: a) decidirá com apoio em razões advindas da regra, e não numa apreciação mais livre que possa fazer de sua justificação; ou, se não o fizer, b) enfrentará custos argumentativos para justificar sua opção divergente.

A dimensão sistêmica dessa pretensão é que também o Direito pode ter existência lógica sem ser tratado como fonte de razões para agir. Mostrar justamente isso parece ter sido uma das principais ambições descritivas da teoria de Schauer – o que se harmoniza com sua preocupação de salientar o papel fundamental das sanções na compreensão do Direito (Schauer, 2015). Por isso, a discussão empreendida por ele vai ao cerne dos debates em torno do conceito de *Direito* e, portanto, da mais clássica das questões debatidas pela Filosofia do Direito.

A incerteza que resulta desse quadro descritivo parece ser menos uma consequência negativa e mais um objeto privilegiado da teoria de Schauer. Uma das marcas de seu pensamento é a rejeição da ideia de ser possível estabelecer descrições precisas e exaustivas do que se propõe estudar. Isso se evidencia no seu argumento sobre os limites das generalizações, caracterizadas por *sobreinclusividade* e *subinclusividade*. Parafraseando o que Dworkin (1977, p. 22) afirmou no artigo *Modelo de regras I* a respeito do positivismo de Herbert Hart, o positivismo presuntivo é um modelo *de* e *para* um sistema de indeterminação – e isso, para Schauer, não seria um defeito.

Referências

ALMEIDA, Guilherme da F. C. F. de; STRUCHINER, Noel. Philosophical and psychological distinctions between presumptive positivism and rule-sensitive particularism. In: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago Lopes (ed.). *Philosophy of law as an integral part of philosophy: essays on the jurisprudence of Gerald J. Postema*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2020. p. 281-300.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Belknap Press, 2006.

_____. *Law's empire*. Cambridge, MA: Belknap Press, 1986.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

HART, Peter. *The Somme: the darkest hour on the Western front*. New York: Pegasus Books, 2008.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PATHS of Glory. Director: Stanley Kubrick. Producer: James B. Harris. Starring: Kirk Douglas, Ralph Meeker, Adolphe Menjou George Macready, Wayne Morris, Richard Anderson *et al*. Screenplay: Stanley Kubrick, Calder Willingham and Jim Thompson. Los Angeles: United Artists, 1957. DVD (88 min), NTSC, sound, English, b&w.

PICCELLI, Eric. *O positivismo dos planos: introdução crítica ao pensamento de Scott Shapiro*. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

POSTEMA, Gerald J. Positivism, I presume?...: comments on Schauer's "Rules and the rule of law". *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, MA, v. 14, n. 3, p. 797-822, 1991. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/hjlpp14&id=813&men_tab=srchresults. Acesso em: 13 maio 2025.

SAUNDERS, Anthony. *Trench warfare: 1850-1950*. Barnsley: Pen & Sword Military, 2010.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 2002.

_____. *The force of law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

STUDDERT KENNEDY, Geoffrey Anketell. *Rough rhymes of a padre*. 7th ed. London: Hodder and Stoughton, 1918.

YEATS, William Butler. *Poemas*. Tradução de Paulo Vizioli. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/ril