

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**FILOSOFIA E REGRAS JURÍDICAS: UMA ANÁLISE DO PROBLEMA DA SUB E  
SOBREINCLUSÃO EM FREDERICK SCHAUER**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**NATALIA AMARAL DA ROSA**

**Santa Maria, RS, Brasil.**

**2019**

**Natália Amaral da Rosa**

**FILOSOFIA E REGRAS JURÍDICAS: UMA ANÁLISE DO PROBLEMA DA SUB E  
SOBREINCLUSÃO EM FREDERICK SCHAUER**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, área de concentração Filosofia Teórica e Prática, linha de pesquisa Análise da Linguagem e Justificação da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS) como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestra em Filosofia**

Orientador: Prof. Dr. Frank Thomas Sautter.

Santa Maria, RS, Brasil

2019

da Rosa, Natalia Amaral  
FILOSOFIA E REGRAS JURÍDICAS: UMA ANÁLISE DO PROBLEMA  
DA SUB E SOBREINCLUSÃO EM FREDERICK SCHAUER / Natalia  
Amaral da Rosa.- 2019.  
74 f.; 30 cm

Orientador: Frank Thomas Sautter  
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa  
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de  
Pós-Graduação em Filosofia, RS, 2019

1. Filosofia 2. Direito 3. Linguagem 4. Decisão I.  
Sautter, Frank Thomas II. Título.

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Programa de Pós-Graduação em Filosofia**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,  
aprova a Dissertação de Mestrado

**FILOSOFIA E REGRAS JURÍDICAS: UMA ANÁLISE DO PROBLEMA DA SUB E  
SOBREINCLUSÃO EM FREDERICK SCHAUER**

elaborada por  
**Natalia Amaral da Rosa**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Mestra em Filosofia**

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

**Frank Thomas Sautter, Dr.**  
(Presidente/Orientador)

---

**Tiegue Vieira Rodrigues, Dr. (UFSM)**

---

**Clodoveo Ghidolin, Dr. (FADISMA)**

Santa Maria, 08 de março de 2019.

## DEDICATÓRIA

*Para Jaqueline Amaral,  
muito obrigada, mãe!*

## **AGRADECIMENTOS**

A conclusão deste trabalho apenas se tornou possível pelas relações que desenvolvi ao longo do trajeto durante a graduação e o mestrado, mas sem perder de vista as relações que me auxiliaram a ingressar em uma Universidade pública. Agradeço a minha mãe, Jaqueline Amaral, por todo o esforço e dedicação empregado para que hoje eu pudesse estar ocupando esse espaço. Ao professor Rogério Severo que me acolheu no auge dos meus 16 anos no primeiro semestre da graduação e que com certeza irá fazer parte de todo o meu caminho de vida. A professora Juliele Sievers que me auxiliou em um dos momentos de transição de todo graduando, além de possibilitar o desenvolvimento de uma amizade extremamente saudável e importante. A professora Janyne Sattler por ser a rainha de nossas vidas. A professora Juliana Missagia por ser essa pessoa incrível e presentear o nosso departamento com a sua presença. A professora Elizete por todo o acompanhamento durante a graduação e sua gentileza. A minha amiga Kethlyn Pippi pela parceria e amizade incrível que desenvolvemos nesses seis anos de convivência. Aos meus colegas e amigos da turma de Filosofia 2013, especialmente Beatriz, Jéssica Erd, Mirdiene, Germano, Oberdan, Brenda e Mário. Aos meus amigos Thayna, Carol, Alana Gonçalves, Yasmin Alana, Glaupy, Lola, Marcelo Lopes, Marcelo Salamoni, Eduardo, Gabriela, Julia, Susie, Úrsula, Jean, Alexandre, Gabriel Bilhava, Gabriel Dietrich, Jivago, Monica, Andrea e Sandro. A secretária Ana que facilita nossa vida e é sempre muito gentil e amorosa. Aos secretários Leonardo e Daniel pelos ensinamentos e amizade. Aos meus colegas do Programa de Pós Graduação em Filosofia da UFSM. Aos professores do Departamento de Filosofia, especialmente Cesar Schirmer e Rogério Saucedo. Aos meus professores da Faculdade de Direito de Santa Maria, especialmente a Cristiane Pauli, Igor Zenni, Janaína Schor, Waleska Mendes, Clodoveo Ghidolin, Carolina Suptiz e Eduardo Pazzinato. Ao Kariel Giarolo pelo apoio e momentos compartilhados durante a graduação. Ao professor Frank pela paciência, escuta e apoio. A banca examinadora Tiegue Vieira Rodrigues e Clodoveo Ghidolin. À Kaly Pereira, para ti o meu muito obrigada pelo apoio, companheirismo, amor e cuidado.

À Capes pelo apoio para que essa pesquisa pudesse se concretizar.

*Numa sociedade racista, não basta não ser  
racista. É necessário ser antirracista.*

*(Angela Davis)*

*Marrielle, presente!*

## RESUMO

### FILOSOFIA E REGRAS JURÍDICAS: UMA ANÁLISE DO PROBLEMA DA SUB E SOBREINCLUSÃO EM FREDERICK SCHAUER

**Autora:** Natália Amaral da Rosa

**Orientador:** Frank Thomas Sautter

A presente dissertação visa estabelecer um diálogo entre filosofia e direito, especialmente sobre o papel das regras em um sistema jurídico. As discussões oriundas da filosofia do direito sobre quais são os modelos normativos mais apropriados para guiarem as decisões jurídicas ganham cada vez mais espaço não apenas na academia, mas na sociedade como um todo. Torna-se uma demanda dos particulares compreender como funcionam os métodos de decisão que geram efeitos práticos na vida em geral. A proposta teórica de Frederick Schauer concebe algumas posturas em relação ao direito e o método de decisão dos julgadores, concebendo que um sistema jurídico guiado por regras necessariamente conterà o problema da sub e sobreinclusão das regras. Essa problemática se dá através do entendimento de que o mundo é um lugar plenamente mutável e que a linguagem ordinária não consegue antecipar todas as situações possíveis, produzindo, dessa forma, situações particularmente exigentes dentro de um sistema jurídico guiado por regras. Dessa forma, constitui o objetivo central deste trabalho investigar o quadro conceitual desenvolvido por Schauer e analisar em que medida o seu projeto teórico oferece avanços na seara da filosofia do direito. Para elucidar o problema dessa investigação, estruturar-se-á o trabalho da seguinte maneira: em um primeiro momento será investigado o conceito de textura aberta da linguagem e o seu entrelaçamento com a filosofia do direito. Em um segundo momento será abordado uma avaliação minuciosa dos aspectos teóricos propostos por Schauer. Finalmente, em um terceiro momento será analisado possíveis críticas ao assumir os posicionamentos schauerianos.

**Palavras - chave:** Filosofia. Direito. Regras. Linguagem. Decisão.

## **ABSTRACT**

### **PHILOSOPHY AND LEGAL RULES: AN ANALYSIS OF THE PROBLEMS OF SUB AND OVERINCLUSION IN FREDERICK SCHAUER**

**Author:** Natália Amaral da Rosa

**Advisor:** Frank Thomas Sautter

The present dissertation aims at establishing a dialogue between philosophy and law, especially on the role of rules in a legal system. The discussions stemming from the philosophy of law over which normative models are most appropriate to guide legal decisions gained more and more space not only in academia but in society as a whole. It becomes a demand of individuals to understand how decision-making methods that generate practical effects in life in general work. The theoretical proposal of Frederick Schauer assumes some postures regarding the law and the method of decision of the judges, conceiving that a legal system guided by rules necessarily will contain the problem of the sub and overinclusion of the rules. This problem arises through the understanding that the world is a fully changing place and that ordinary language cannot anticipate all possible situations, thus producing particularly demanding situations within a rule-governed legal system. Thus, it is the central objective of this research to investigate the conceptual framework developed by Schauer and to analyze to what extent his theoretical project offers advances in the field of the philosophy of law. In order to elucidate the problem of this dissertation, the work will be structured in the following way: first, the concept of open texture of language and its interweaving with the philosophy of law will be investigated. In a second moment it will be approached a detailed evaluation of the theoretical aspects proposed by Schauer. Finally, in a third moment it will be analyzed possible criticisms when assuming the Schauerian positions.

**Key - words:** Philosophy. Right. Rules. Language. Decision.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2. A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM: DIÁLOGOS POSSÍVEIS ENTRE DIREITO E FILOSOFIA</b>	16
2.1 A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM: ASPECTOS INICIAIS	17
2.2 A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM APLICADA AO DIREITO	22
2.3 SCHAUER E A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM	25
<b>3. A TEORIA SCHAUERIANA EM DEFESA DE UM MODELO DE DECISÃO GUIADO POR REGRAS</b>	27
3.1 AS MODALIDADES DE REGRAS EM SCHAUER	28
3.2 O PAPEL DAS GENERALIZAÇÕES	31
3.3 O MODELO CONVERSACIONAL E MODELO ENTRINCHEIRADO	37
<b>3.3.1 As fontes do entrincheiramento</b>	39
3.4 REGRAS E O DIREITO	42
3.5 ARGUMENTOS EM FAVOR DE UM MODELO DE DECISÃO GUIADO POR REGRAS	47
<b>4. CRÍTICAS À TEORIA SCHAUERIANA EM DEFESA DE UM MODELO DE DECISÃO GUIADO POR REGRAS</b>	53
4.1 A TESE DA SUBINCLUSÃO E SOBREINCLUSÃO DAS REGRAS	55
4.2 A PRESSÃO DAS REGRAS	55
4.3 A TESE DA AUTONOMIA SEMÂNTICA	61
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	68
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	72

## 1. INTRODUÇÃO

As discussões sobre as regras são frequentes na filosofia, seja pelo seu aspecto interligado às temáticas advindas da linguagem, seja pelo seu caráter fundamental nas questões oriundas da filosofia do direito e da ética. Entretanto, não há um consenso na literatura especializada acerca do que é uma regra, tampouco sobre as suas implicações para a vida prática. As questões diante desse tema levantam alguns questionamentos importantes, são eles: por que as pessoas seguem regras? O que garante a validade do que denominamos “regra” nas diversas partes da vida? Como uma regra moral ou jurídica atua de forma que é capaz de modificar o comportamento de determinada comunidade?

Esses questionamentos adquiriram variados tratamentos nos debates filosóficos, contudo, neste trabalho há o recorte para a análise das regras prescritivas. Essa modalidade de regras desempenha um papel relevante no domínio da moral e do direito já que atuam vinculando um determinado agente a um conteúdo normativo, sendo capaz de modificar o comportamento humano.

Especialmente após o desenvolvimento da teoria sobre o conceito de Direito elaborado por H.L.A Hart (1958) tornou-se um campo fértil para a intersecção entre filosofia da linguagem e direito. Uma das principais teses de Hart repousa sobre a constatação de que os termos empregados nos sistemas jurídicos são dotados de potenciais vaguidades. Esse elemento linguístico advém de duas razões: a limitação da linguagem ordinária e a impossibilidade dos sujeitos de anteciparem todas as situações possíveis.

As definições de um conceito podem ser precisas, mas não inexoráveis. Hart afirma que há uma textura aberta da linguagem que está inserida não só na linguagem ordinária, mas também intrínseca aos sistemas jurídicos. Esse posicionamento advém principalmente das teses elaboradas por Friedrich Waismann(1945) acerca da verificabilidade dos conceitos empíricos, tendo este explorado as concepções de linguagem desenvolvidas pelo Wittgenstein das *Investigações Filosóficas* (1953).

De acordo com Hart, esse fenômeno dá origem a casos que se encontram em uma área de penumbra. Essa área é constituída por não haver certeza se determinada regra deve ou não ser aplicada em um caso particular. Essas situações levam a um enfraquecimento da regra, dado que abre-se a possibilidade para a ocorrência de casos em que o resultado não seja adequado à proposta da regra. Ao perceber que existem situações limítrofes das regras, caberia ao decisor *optar*<sup>1</sup> dentre os critérios disponíveis sobre o qual seria mais adequado e com o melhor resultado diante da situação particular. Essa situação levou Hart a concluir que existe um âmbito de discricionariedade advindo dos sistemas jurídicos que são representados por uma incompletude dos termos empregados nas regras. Contudo, esse posicionamento originou inúmeras críticas, tendo alguns autores, como Dworkin<sup>2</sup>, denominado essa conclusão hartiana de *subjetivista*, dado que atribui aos decisores a legitimidade para que profiram uma decisão quando as regras não estão claras e específicas.

Lon Fuller em seu texto intitulado *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart I(1958)* argumenta contra a tese defendida por Hart de que as regras possuem um núcleo de certeza, mas que as propriedades da linguagem oferecem problemáticas em relação a precisão dos conceitos empregados nas regras. Fuller argumenta em favor da tese de que toda a regra possui um núcleo de significado que vai de encontro ao propósito da regra. De acordo com essa perspectiva, um caso difícil é caracterizado pela incerteza na aplicação de determinada regra. O exemplo mais famoso elaborado por Hart exemplifica essa situação<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Esse termo pode ser problemático, caso interpretado como uma mera faculdade do decisor. Hart e Schauer, por exemplo, concebem a existência de regras - dentro dos próprios ordenamentos jurídicos - que são capazes de limitar e restringir o comportamento de seus agentes.

<sup>2</sup> Em linhas sucintas, a principal crítica de Dworkin ao modelo positivista é que este ao não reconhecer que existem outros modos de padrão de decisão que não necessariamente são baseados em regras, tal como é o caso dos princípios. Quando um juiz decide por um princípio ele não necessariamente está escolhendo, mas sim ampliando a possibilidade de interpretação das diferentes camadas normativas. Um positivista pode argumentar que mesmo que sejam princípios, ainda assim eles podem ser problemáticos em relação a interpretação do magistrado, dado que não há uma base plenamente segura (que em tese as regras deveriam oferecer) para limitar a atuação do juiz. A constituição brasileira, em seu Art. 1º, III, estabelece que o Brasil é guiado pelo princípio da dignidade humana. Contudo, torna-se muito abrangente esse princípio e existem inúmeras decisões no Tribunais brasileiros que o aplicam como fundamento jurídico em inúmeras áreas do Direito, tais como o âmbito Civil e Criminal.

<sup>3</sup> Exemplo adaptado.

Existe a regra “é proibida a entrada de veículos no parque”, contudo em um determinado momento chega a administração do parque uma discussão sobre o conceito de *skate* (STRUCHINER, 2001). Será que este objeto pode ser considerado um veículo? Caberá ao decisor, neste caso, o administrador do parque, definir o que está compreendido pelo rol da norma. O conceito de “veículo” serve de argumento robusto para a tese elaborada por Hart de que os conceitos, por mais precisos que sejam, sempre podem apresentar-se de forma insuficiente ou indefinida em determinadas situações. O contra-exemplo apresentado por Fuller consiste na seguinte questão: um tanque advindo da segunda guerra mundial que seria exposto em um parque como monumento, poderia restar proibido de adentrar nesse espaço? Para Fuller uma regra nunca poderia ser dissociada do seu propósito<sup>4</sup>, pois poderia chegar a resultados absurdos, tal como o impedimento da exposição de um monumento pela razão de que este estaria inserido no conceito de “veículo”<sup>5</sup>.

A obra *“Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life”* (1991) de Frederick Schauer, apresenta os aspectos básicos de sua concepção e configura como referência teórica primária neste trabalho. A sua proposta teórica consiste em traçar um caminho sobre a problemática das regras.

O primeiro destaque que Schauer realiza é de que as regras necessariamente possuem generalizações. Essas generalizações são fruto da capacidade humana em categorizar o mesmo objeto em inúmeras outras classes. A regra que é generalizada centra-se em uma determinada característica, como por exemplo, o conceito de “cão” e dá origem a regra “É proibido a entrada de cães nesse restaurante”. As características individuais de um ser incluso na categoria “cão” não serão incorporadas na regra. Para além disso, Schauer postula que necessariamente uma regra contém uma generalização, um predicado fático e uma justificação subjacente, mas a relação que se dá entre esses elementos produz resultados distintos, se não observados determinados aspectos<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> “Propósito” compreendido como a motivação para o qual deu origem a regra, nesse caso, pode ser o de proteger a vida dos pedestres.

<sup>5</sup> Um contra-exemplo a Fuller será apresentado no Capítulo 3.

<sup>6</sup> Como por exemplo a aplicação de uma decisão na justificação subjacente da regra e não no seu predicado. A aplicação direta da justificação pode causar resultados distintos, tal como a flexibilização de uma determinada regra.

Essas generalizações geram os enunciados prescritivos e contam necessariamente com as supressões de determinadas características. É o caso, por exemplo das regras advindas do direito, tais como: é proibido dirigir em velocidade superior a 55 milhas, é proibido a entrada de cães no restaurante, é proibido a entrada de veículos no parque. Esses enunciados, de acordo com Schauer, possuem supressões de determinadas características que podem vir a ser importantes em situações particulares. Quando se tem a regra que proíbe todos os integrantes de uma categoria denominada “cães” que adentrem a um restaurante, necessariamente se está suprimindo características que individualizam cada animal pertencente a este nicho.

Contudo, embora possa parecer em um primeiro momento, Schauer não compartilha com a posição sustentada por Fuller e reconhece que é plenamente possível que os juízes procurem aplicar as normas jurídicas conciliando-as com o seu propósito (ou justificação subjacente, como o autor denomina), mas são âmbitos da decisão que são distintos e geram consequências distintas. Considerando a discussão sobre as regras o autor explora quatro modelos normativos que poderiam ser utilizado para evitar e reduzir os erros da aplicação das regras, são eles: o formalismo forte, o formalismo moderado, o particularismo sensível às regras e o particularismo puro. Esses modelos normativos surgem como resposta ao problema da textura aberta da linguagem. Schauer analisa essa temática sobre o aspecto das consequências desse fenômeno, caracterizando os problemas de subinclusão e sobreinclusão, sua principal contribuição para o presente debate.

Entretanto, não cabe, neste momento, realizar uma análise detalhada da teoria de Schauer, mas apenas pontuar que a sua discussão teórica tem como finalidade contribuir para a compreensão dos mecanismos que são utilizados para proferir decisões.

A motivação para a construção deste trabalho repousa sobre a interessante discussão sobre a textura aberta da linguagem que entrelaça a filosofia da linguagem e a filosofia do direito. Além disso, inúmeros autores dissertam sobre o tema, mas poucos tentaram oferecer contribuições para o enfrentamento dessa característica intrínseca à linguagem, tal como o fez Schauer.

Para compreender alguns pontos essenciais que permeiam essa discussão, essa pesquisa será dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo terá como objetivo expor, em linhas gerais, as origens conceituais do termo “textura aberta da linguagem”, bem como procurará distinguir a ambiguidade e vagueza, demonstrando que são fenômenos linguísticos distintos, tendo como principais referências teóricas Waismann e Wittgenstein. Além disso, será analisado como se deu a inserção da discussão oriunda da filosofia da linguagem para o âmbito da filosofia do direito, visando, principalmente analisar a contribuição teórica de H. L. Hart. Ainda, propõe-se a apresentar como essa temática desempenha um papel importante na teoria de Schauer, delineando alguns conceitos iniciais.

O segundo capítulo tem como intuito oferecer um mapeamento do principais pontos de Schauer em defesa de um modelo de decisão guiado por regras. Para atender tal demanda, em um primeiro momento, serão analisadas as definições básicas dos tipos de regras, especificando as distinções entre regras prescritivas e descritivas. Em um segundo momento, apresentar-se-á a concepção de regras enquanto generalizações e os erros de subinclusão e sobreinclusão, bem como o conceito de *experiências recalcitrantes*. Em um terceiro momento, observar-se-á de que maneira pode haver reações frente às experiências denominadas anteriormente, elucidando a partir da explicação dos modelos conversacional e entrincheirado, além de ter como proposta apresentar o fenômeno do entrincheiramento e a sua fonte. Em um quarto momento restará necessário e benéfico descrever como a teoria de Schauer se relaciona com o direito e quais as implicações que, ao aceitá-la, acarretam para a comunidade jurídica. Por fim, em um quinto momento, apresentar-se-á os argumentos em favor de um modelo de decisão guiado por regras.

O terceiro capítulo visa apresentar as principais contribuições e possíveis críticas a teoria de Schauer. As principais contribuições repousam sobre as teses da autonomia semântica, compreensão de *pressão* das regras e os erros de subinclusão e sobreinclusão. A autonomia semântica retrata um ponto polêmico não só na teoria de Schauer, mas em toda a literatura especializada que se propõe a discutir as implicações de uma teoria do significado aplicada ao direito. Assim sendo, em um primeiro momento será elucidado no que consiste essa tese, contrastando com posicionamentos contrários, tal como o elaborado por Lon Fuller, destacando-se as razões para Schauer ser fundamentalmente contra uma análise do significado que

seja particularista. Compreendendo esse panorama inicial, a fim de prover uma leitura mais dinâmica ao leitor, será abordado uma abordagem de uma teoria semântica realista e o exame da possibilidade dessa vertente auxiliar nas discussões sobre os conceitos empregados em uma regra. Posteriormente analisar-se-á o termo “pressão das regras” (*pressure of rules*) e como a sua definição está diametralmente associada a questão do porquê alguém segue uma regra, tendo como viés apresentar, sucintamente, os desdobramentos que essa temática pode gerar. Por fim, será realizado um exame da principal contribuição de Schauer em relação ao problema da textura aberta da linguagem, constituindo nos conceitos de subinclusão e sobreinclusão das regras.

## **2. A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM: DIÁLOGOS POSSÍVEIS ENTRE DIREITO E FILOSOFIA**

Inúmeros teóricos da filosofia do direito se ocupam em discutir as seguintes questões: O que são as regras? Por que alguém com capacidade decisória segue regras? Existe algo vinculativo entre as regras e sanções? Em um primeiro momento pode haver a impressão que essas questões devem ser reservadas ao âmbito dos estudiosos do direito e que a filosofia não poderia contribuir de maneira profícua para essas questões.

Contudo, não é apenas o direito que é constituído de regras (alguns estudiosos, inclusive, argumentam que não seria o direito uma questão de regras), distintos fatos sociais podem ser guiados por inúmeros tipos de regras. É o caso, por exemplo, de regras de vestimenta, regras de experiência, regras que visam descrever o mundo que nos cerca e regras imperativas, dentre um vasto espectro de categorias normativas. A filosofia da linguagem contribuiu de forma profunda e necessária para as respostas dessas perguntas iniciais. Ao analisar o âmbito da semântica na linguagem ordinária houve também a possibilidade de analisar o direito sob essa perspectiva, dado que a sua representação é dada pela linguagem e os seus termos são dotados de generalidade.

Para elucidar essa intersecção entre direito e filosofia as seguinte seções dar-se-ão da seguinte maneira: a) na seção 1.1 será abordado as origens conceituais do termo “textura aberta da linguagem”, bem como procurar-se-á distinguir a ambiguidade e vagueza, demonstrando que são fenômenos linguísticos distintos; b)

na seção 1.2 será analisado como se deu a inserção da discussão oriunda da filosofia da linguagem para o âmbito da filosofia do direito, visando, principalmente analisar a contribuição teórica de H. L. Hart; c) na seção 1.3 será abordado, em linhas gerais, como Schauer recebeu essas problemáticas e apresentou o seu ponto de vista.

## 2.1 A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM: ASPECTOS INICIAIS

O conceito de textura aberta da linguagem encontra respaldo no texto “*Verifiability*” (1951) de Friedrich Waismann. A proposta do autor era tecer críticas em face do positivismo lógico e analisar quais eram as possibilidades de verificação de enunciados descritivos, principalmente em relação à negativa da tese de que “o significado de uma afirmação é o seu método de verificação” (WAISMANN, apud STRUCHINER 2001, p. 8). Segundo Waismann, inúmeras situações limítrofes se dão pelo caráter empírico dos conceitos que utilizamos que não são delimitados em todas as direções (WAISMANN, 1958, p. 3). O autor propõe um exemplo que apresenta os aspectos práticos dessa não-delimitação. Suponha-se que haja a necessidade de verificar o enunciado “há um gato próximo à porta ao lado” e o agente se propõe a verificar este enunciado, dirigindo-se ao cômodo.

O agente, ao se deparar com a situação fática, percebe características inusitadas em relação ao gato, como por exemplo, comportamentos não-compatíveis com o que comumente se compreende intrínseco à categoria “gato” e que este inicia um processo de crescimento que o deixa em um tamanho muito superior ao que se concebe que animais pertencentes a essa categoria possuem. O autor questiona-se: será então esse animal outra coisa que não pertencente à categoria “gato”? Outro exemplo diz respeito ao que denominamos “ouro”. Imagine que fora encontrada uma substância que parece com ouro, satisfaz testes químicos como o ouro, mas que emite um novo tipo de radiação. Será essa substância ainda assim considerada ouro? (WAISMANN, 1951, p. 4). A resposta de Waismann é que introduzimos, concebemos e delimitamos os conceitos em certas direções, mas as definições dos conceitos são essencialmente incompletas. Esta área presente no significado do conceito que não apresenta uma delimitação inexorável, dado que não há como antecipar todos os casos possíveis, Waismann, a denomina “*textura aberta da linguagem*”.

Antes de prosseguir as discussões teóricas acerca desse conceito, uma distinção inicial se faz necessária. Ao analisar essa definição é provável que venha à tona a seguinte questão: qual a diferença pontual entre a textura aberta da linguagem e a vaguidade? Para Waismann, a vagueza deve ser diferenciada da textura aberta; O autor afirma que há palavras que são usadas como “flutuantes” (*fluctuating way*), tal como o conceito de pilha ou rosa (WAISMANN, 1951, p. 4), mas que se distinguem da textura aberta da linguagem, dado que a vagueza pode ser solucionada na medida que se oferecem mais regras precisas, por sua vez, a textura aberta não. Em resumo, a vagueza pode ser corrigida ao fornecer maiores detalhes sobre a definição em jogo.

Há uma vasta literatura especializada que se ocupa de investigar os tipos de vagueza e como que essa característica produz consequência para a filosofia da linguagem e para o campo jurídico. A vagueza é antes de mais nada uma propriedade semântica de expressões linguísticas ( POSCHER, 2017, p. 3). Para Genaro Carrió (1965), influenciado pelo posicionamento de Waismann, a vagueza e a textura aberta se devem ao caráter geral dos termos empregados na linguagem ordinária. O autor distingue três conceitos principais a fim de elucidar essa problemática, são eles: a ambiguidade, a vagueza e a textura aberta da linguagem.

As palavras são utilizadas para categorizar os objetos e agentes que nos cercam. Em variadas ocasiões utilizamos as palavras para elucidarmos uma descrição ou intenção de algo que se quer. Depreende-se das expressões linguísticas duas características, são elas: a conotação e a denotação<sup>7</sup>. A primeira é caracterizada como uma intensão, representada por um conjunto de propriedades que fornece um significado para determinado termo. A segunda refere-se a uma extensão que é caracterizada pela análise das propriedades para afirmar se determinado objeto está ou não inserido em uma determinada categoria. É o caso, por exemplo, de um conjunto que denota A, B e C, dando origem a dois tipos de grupo: os que estão contidos no conjunto A, B e C e os que não estão (CARRIÓ, 1965, p. 28).

A ambiguidade se dá pelo uso de determinados termos que denotam mais de uma categoria, na língua portuguesa temos inúmeros casos, tais como: laranja,

---

<sup>7</sup> Patrícia Graeff (2015) aponta para dois tipos de vagueza propostos por Kit Fine (1975). Segundo a autora, há uma distinção entre vagueza intensional e vagueza extensional. A primeira é caracterizada em relação ao significado do conceito, tal como exemplificado pelo exemplo de Waismann: um gato que cresce em tamanho muito superior aos outros animais denominados “gato”, ainda assim será pertencente a categoria gato?. A segunda é caracterizada por um dificuldade em categorizar se determinada situação está incluída ou não dentre as categorias abarcadas pelo conceito. É o caso dos exemplos de “careca”, “monte”, dentre outros. (GRAEFF, 2015, p. 47)

manga, rosa e banco. A primeira palavra pode significar uma fruta ou uma cor, a segunda uma fruta ou uma característica de determinada roupa superior, a terceira uma espécie de flor ou uma cor e a última palavra pode ser de um objeto que visa que alguém acomode o seu corpo ou um meio institucional que trabalha com transações financeiras. Contudo é pacífico na literatura especializada que essa modalidade de indeterminação das palavras seja facilmente resolvida. Quando alguém pronuncia “vá ao banco” e não elucida qual dos dois significados fora eleito, o receptor da mensagem pode questionar o interlocutor e elucidar a intenção deste na própria conversação.

A vagueza, por sua vez, torna-se mais complexa, considerando que de sua ocorrência surgem os chamados casos-limítrofes. Diferente da ambiguidade, essa modalidade de indeterminação não se resume ao fato de não haver um significado delimitado, mas sim de não haver uma sinalização segura do lugar em que termina a aplicação do conceito (CARRIÓ, 1965, p. 31). É o caso dos conceitos de “jovem” e “adulto”, comumente compreende-se o significado dessas expressões, não gerando dúvidas sobre o seu significado, como por exemplo nas expressões: “X é uma pessoa jovem”, “y é uma pessoa não-madura em relação às características y e z”. Contudo, o uso vigente pode se deparar com casos que não há como afirmar com certeza que esse conceito se aplica. Algumas questões tornam-se necessárias: o que faz de alguém jovem? Como delimitar que alguém é maduro? Pode-se afirmar que a vagueza pode ser resolvida com o refinamento das definições, elencando, dessa forma, critérios de aplicação. Todavia, é controverso afirmar que todas as palavras são vagas, mas Carrió, assumindo posição semelhante a Hart<sup>8</sup>, afirma que todas as palavras são *potencialmente vagas*.

Poscher (2017), explora a definição de dois tipos de vagueza, uma denominada como vagueza quantitativa e a outra qualitativa<sup>9</sup>. O primeiro tipo é reconhecido enquanto vagueza quantitativa ou paradoxo sorites. Esse fenômeno se dá quando não se pode categorizar plenamente determinados agentes ou objetos em determinada situação devido à indeterminação do conceito. É o caso, por exemplo, do conceito de “monte”, “rico” e “homem careca”<sup>10</sup>. Caso retire-se do monte alguns grãos, ainda assim

---

<sup>8</sup> A noção das palavras serem potencialmente vagas levantadas por Hart será abordada na próxima seção.

<sup>9</sup> Noel Struchiner (2005, p. 98)) denomina essas duas modalidades como ‘vaguidade de grau’ ou ‘vaguidade combinatória’.

<sup>10</sup> Filósofas e Filósofos brasileiros também ocuparam-se de discutir tais questões, tal como Patrícia Graeff e Noel Struchiner, ambos utilizados como referência neste trabalho.

este persistirá enquanto um amontado de grãos que são compreendidos enquanto um “monte”. O mesmo serve para o conceito de “homem careca”, qual seria o referencial para definir quem o é? Como definir-se-iam as pessoas que se encontram compreendidas entre áreas, que não há como afirmar com certeza sob qual definição elas caem?

O segundo tipo afirma sobre a indeterminação das condições que combinamos para a aplicação de um termo. É o caso, por exemplo, do termo “religião”. Pode-se colocar uma série de características que se compreendem como comuns, tais como a necessidade de uma crença e o estabelecimento de deus (es), contudo o Budismo ao não ir de encontro a características comumente elencadas, não seria uma religião? Inúmeras respostas já foram postuladas em relação a essas questões, contudo é pacífico na literatura especializada que estes fenômenos linguísticos são inevitáveis, cabendo àquele que está a empregar os conceitos procurar defini-los com a melhor precisão possível, entretanto a potencial vaguidade sempre estará presente.

Retomando a discussão acerca da textura aberta da linguagem postulada por Waismann, Gordon Baker (1979) fomenta a posição de que essa concepção fora oriunda da filosofia analítica de Wittgenstein. Para que haja uma compreensão mais lúdica acerca da discussão do conceito de textura aberta da linguagem, vamos nos ater à uma preocupação levantada por Wittgenstein a respeito do conceito de “regra” que diz respeito aos critérios que deveriam ser levados em conta para a aplicação deste termo, isto é, frente à diversidade de elementos aos quais chamamos “regras”. Assim, devido a abrangência do termo “regra”, pergunta-se qual seria a sua definição correta.

Além disso, aceitando ser este um termo abstrato frente à sua instanciação extremamente pragmática, entra em questão a relação do termo e seu uso, fundamental dentro da perspectiva filosófica wittgensteiniana. Esta relação é explicitada no caso da “regra”, porque saber o que é uma regra consiste em saber aplicá-la. Inicialmente, tal discussão é pensada tendo como pano de fundo a ideia de regra de jogo (e posteriormente, como tal jogo sendo um jogo de linguagem), mas a noção de regra e sua relação com os fatos e com a realidade empírica nos aponta para o âmbito social deste termo.

A perspectiva teórica delineada acima encontra respaldo especialmente nas *Investigações filosóficas*, podendo-se destacar a ideia de *semelhança de família*. Esse conceito reflete que os jogos, embora distintos em muitos aspectos, possuem

características similares, tal como os membros de uma família (STRUCHINER, 2001, p.18). É o caso por exemplo, de identificar sobre o que é um “jogo”. Os jogos envolvem necessariamente diversão? Há um conceito fechado de jogo? Os jogos possuem diferentes finalidades, podem ser de tabuleiro ou de corrida. Pode ser competitivos ou não. Não há como delimitar uma característica comum a todos (WITTGENSTEIN, apud STRUCHINER, 2001, p. 19).

Carlo Penco (2006) afirma em relação à semelhança de família que quando se está diante de uma série de figuras de rostos “[...] entre o primeiro e último membro não há nenhuma característica comum, mas existem transições e membros intermediários que se apresentam de tal modo que dois membros próximos da série das figuras tenham sempre algo em comum” (PENCO, 2006, p. 147)<sup>11</sup>.

Assim, é seguro afirmar que Waismann<sup>12</sup> contribuiu de forma pioneira para as discussões acerca da textura aberta da linguagem afirmando que esse conceito é definido como uma área de penumbra da linguagem que não oferece com exatidão o significado das palavras empregadas em cada norma, auxiliando na discussão acerca da possibilidade de verificação de enunciados. Seguindo essa linha teórica, H. L. A Hart fora um dos pensadores responsáveis pelo início da discussão conceitual sobre a textura aberta da linguagem na ciência jurídica. Hart, em sua obra *O conceito de direito* (1961), estabelece diretrizes básicas acerca do que é constituído o direito. Hart disserta sobre o problema da textura aberta voltado para a elucidação dos aspectos que formam as leis. De acordo com o autor, sempre haverá uma potencial vaguidade nas leis, pois são construídas a partir de termos gerais, os quais contribuem para a própria indeterminação do direito. A temática da relação entre a textura aberta da linguagem e o direito será analisada na próxima seção.

---

<sup>11</sup> O exemplo do autor se dá da seguinte forma: :-) ;- ) ;-I ;=) (PENCO, 2006, P. 147)

<sup>12</sup> Noel Struchiner argumenta com base no posicionamentos de Baker e Hacker, elucidando a relação entre Waismann e Wittgenstein. (2001, p. 21). Struchiner afirma que provavelmente Wittgenstein concordaria parcialmente com Waismann, dado que a concepção desenvolvida por Wittgenstein não diz respeito à vaguidade ou sobre uma concepção de textura aberta da linguagem, mas sim em relação a ausência de uma determinação de sentido, dado essa ausência, seria incoerente apontar para algo que não seja “completo” ou “determinado”, diante da própria impossibilidade dessas características se darem.

## 2.2 A textura aberta da linguagem aplicada ao Direito

H. L. A Hart em seu texto *The Concept of Law* (1968)<sup>13</sup> procura elaborar uma proposta teórica com a finalidade de analisar no que consiste o que denominamos “Direito” e quais são os seus principais impactos para a vida prática. Hart alia-se a vertente teórica que afirma que não há uma conexão necessária entre moral e direito, sendo eles elementos distintos<sup>14</sup>. Para além disso, o autor afirma que estudar o Direito é também estudar um fato social (HART, 1958, p.1930). Visando elucidar a sua teoria, Hart atua em várias direções, sendo uma delas a análise do direito interligada a uma análise da linguagem. Para o autor, tal como a linguagem ordinária, os termos jurídicos também são dotados de generalidade característica que o leva a uma problema ainda maior, a saber, as áreas de penumbra.

As áreas de penumbra correspondem à incerteza da aplicação ou não de determinada regra face a um caso particular. Essas áreas podem se dar em inúmeras situações, mas o seu principal fundamento advém das imprecisões oriundas das expressões linguísticas. Hart admite que a aplicação das normas jurídicas geralmente ocorre de forma satisfatória, pois há um núcleo de certeza em seu interior. Todavia, a sua discussão teórica repousa justamente sobre os “casos de penumbra”, que não oferecem certezas sobre se a norma jurídica deve ou não ser aplicada. O exemplo clássico de Hart sobre “veículos no parque” corrobora essa descrição. Pensemos na seguinte regra: é proibida a entrada de veículos no parque. O que essa regra pretende afirmar é que em lugares que são reconhecidos parques não deverão entrar veículos, como por exemplo, carros, motocicletas etc. Entretanto, ao não deixar explícito quais os tipos de veículo que poderiam adentrar a esse espaço pode-se chegar a uma situação hipotética que não delimita a ocorrência ou não da regra.

Todavia, caberá ao juiz, por meio de seu poder discricionário, definir e julgar esse caso, transformando a sua decisão em precedente para outras situações semelhantes. O que Hart quer demonstrar em seu exemplo é como o direito utiliza de termos gerais para formular as suas regras e acaba sendo levado a um problema de

---

<sup>13</sup> Especificamente em seu capítulo VII, denominado *Formalism and Rule-Scepticism*, o autor se ocupa em elucidar quais são os elementos comuns ao Direito e a Linguagem, bem como aponta para consequências oriundas da linguagem para o âmbito jurídico

<sup>14</sup> Esse posicionamento não significa que não há elementos morais que influenciam o Direito. A principal questão não é se há algum tipo de influência, mas sim a constatação de que não há nenhuma necessidade/conexão que essa relação se dê.

indeterminação das regras e também de inversão de papéis do judiciário com o legislativo.

Brian Bix, em seu texto "*H. L. A. Hart and the Open Texture of Language*" (1991), afirma que, na análise de Hart, para resolver situações causadas pela textura aberta da linguagem é necessário realizar uma "abordagem criteriológica e paradigmática" (STRUCHINER, 2005, p. 101). A noção do conceito de paradigma repousa sobre análise da proposta inicial para qual a norma fora criada, isto é, para o fato que se pretende evitar ou para as condições de possibilidades em que ele pode ocorrer (se x, então y). Sendo estabelecida a compreensão do núcleo de certeza da norma, deve-se utilizar critérios para justificar a escolha pela aplicação ou não-aplicação da regra. O exemplo "é proibido veículos no parque", surgiu com o intuito de que os parques fossem espaços de lazer e que não houvesse a preocupação com segurança da integridade física daqueles que ocupam esse espaço evitando a preocupação que ocorre com os pedestres em vias públicas. Assim sendo, caberá ao juiz analisar essas prerrogativas e perceber se skates no parque colocam em risco o núcleo de certeza da norma, a saber, a segurança física daqueles que o ocupam.

Fuller (1958) levanta um questionamento ao exemplo de "veículos no parque" apresentado por Hart, atacando principalmente a concepção de que a regra possui um núcleo de significado e um zona de penumbra que exige a discricionariedade do juiz (SCHAUER, 1991, p. 134). Dito isso, Fuller propôs a seguinte hipótese: seria um tanque de guerra, oriundo da segunda guerra mundial, utilizado como monumento no interior do parque, incluso à regra "é proibido veículos no parque"? A sua principal justificativa repousa sobre o núcleo da regra, dado que não há dúvidas de que "um tanque militar" é um veículo, todavia o seu propósito no interior do parque não seria de utilização comum de veículos, mas sim como um símbolo de determinada situação. Segundo Schauer (1991), Fuller argumenta que o veículo enquadra-se na regra, no entanto, não estaria ligado ao propósito da regra, nesse caso, preservar o lazer e segurança dos indivíduos no parque.

Outro famoso exemplo de Fuller (1958) diz respeito a uma placa na qual consta a seguinte mensagem "Será contravenção, punível com uma multa de cinco dólares, dormir em qualquer estação ferroviária". Presume-se que a justificativa da regra é impedir que indivíduos utilizem a estação como sua moradia atual ou que perturbem os demais passageiros. No entanto, um trabalhador que está esperando pelo seu transporte acaba dormindo e infringindo a regra. A aplicação literal da regra, neste

caso específico, faz-se necessária? De acordo com a proposta de Fuller, o principal defeito da teoria proposta por Hart reside na suposição de que os problemas de interpretação das regras são oriundos dos significados das palavras (FULLER, 1958, p. 6). De acordo com o seu posicionamento a suposta problemática pode ser resolvida com base nas circunstâncias e no contexto que se está inserido. Fuller utiliza-se das ideias encontradas em Wittgenstein sobre a noção de “uso”, afirmando que o significado das palavras se movem de contexto para contexto<sup>15</sup>.

Noel Struchiner (2005) disserta acerca dos benefícios da textura aberta da linguagem para o direito. O autor afirma que, embora em um primeiro momento possa parecer negativa, a textura aberta da linguagem auxilia em um processo de aprimoramento do direito. Com bases nas concepções de Hart, Struchiner aponta para dois aspectos, são eles: a falibilidade humana e a indeterminação relativa ao propósito das normas.

A primeira característica faz parte do mundo que nos cerca dado que não há como antecipar todos os casos possíveis, quiçá prever o comportamento humano a longo prazo. A segunda característica é uma consequência direta da reação das regras frente à textura aberta da linguagem. Geralmente as regras possuem um núcleo de certeza que gera ao decisor um espectro mais limitado de regras que devem ser aplicadas ao caso particular. Em situações possíveis, entretanto não tão corriqueiras, um caso particular não fornece certeza se está ou não abarcado pela regra. Struchiner argumenta que:

O direito deve conciliar dois tipos de necessidades sociais: por um lado, deve oferecer regras claras que os indivíduos possam seguir e aplicar sem maiores dificuldades, por outro lado, deve deixar aberta, para uma solução posterior, as questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem os casos concretos não antecipados e que não se encontram no núcleo de significado das nossas convenções linguísticas. (STRUCHINER, 2005, p. 79)

O que faz uma situação particular não estar inserida no núcleo de certeza da regra não é totalmente falta de um conhecimento sobre as circunstâncias de um caso particular, mas sim a falta de classificação desse fato em relação a alguma

---

<sup>15</sup> No capítulo III, após a apresentação dos principais pontos da teoria de Schauer será apresentado o seu posicionamento em relação ao debate Hart vs Fuller.

norma<sup>16</sup>. Dessa forma, as consequências oriundas da textura aberta da linguagem podem ser utilizadas de forma benéfica, podendo levar ao aperfeiçoamento de sistemas jurídicos.

### 2.3 Schauer e a textura aberta da linguagem

Schauer, assumindo posição semelhante à de Hart, denomina os fenômenos observados pelo exemplo de “veículos no parque”, como consequência dos fenômenos da subinclusão e sobreinclusão das normas jurídicas. A subinclusão e/ou a sobreinclusão se dão quando uma norma jurídica não oferece todas as condições possíveis para a sua justificação. Consideremos as normas “é proibida a venda de bebidas alcoólicas para menores de 18 anos” ou/e “é proibido dirigir a mais de 55 milhas por hora”. Nesses dois exemplos, o bem jurídico que se pretende proteger é no primeiro caso a proteção de pessoas menores de 18 anos e no segundo caso a proteção daquele que dirige um veículo, visando também a proteção de pedestres.

Em suma, essas normas configuram-se como sobreinclusivas, pois haverá pessoas menores de 18 anos que poderão ingerir bebidas alcoólicas de maneira responsável e haverá possibilidade de alguém que consiga dirigir em uma velocidade maior de maneira prudente. Por sua vez, a norma será subinclusiva quando deixar de oferecer elementos para a efetiva justificação da norma. Como por exemplo, o crime de homicídio previsto no Art. 121 do Código Penal Brasileiro, que visa tutelar o bem jurídico do direito à vida, construindo o núcleo da norma como: matar alguém acarretará pena X.

Todavia ao longo da elaboração do texto penal, serão colocadas outras regras que visam à criação de mecanismo para evitar ou qualificar o crime de homicídio. Percebemos a subinclusão quando acontecem muitas ocorrências de homicídios voltados às mulheres em situação de violência doméstica e/ou de sua própria condição de mulher. O crime homicídio tal como colocado em um primeiro momento,

---

<sup>16</sup> É o caso, por exemplo, dos crimes digitais, especificamente do crime *porn revenge*. Esse crime é caracterizado pela exposição sexual diante do término de uma relação afetiva. Geralmente as vítimas são mulheres e o motivo do crime se dá pela não continuação da relação. Dessa forma, a vítima ao possuir algum material de cunho sexual passa a ser chantageada/exposta pelo ex-companheiro com o intuito de vingança. Com a ocorrência desses casos criou-se uma delegacia especializada em crimes digitais, todavia, em um primeiro momento, não havia classificação para esse crime. Não se sabia se era um crime contra honra ou um crime que deveria receber uma majorante por ser cometido em âmbito da família (tornando-se violência doméstica). Essas classificações reverberam diretamente na pena do acusado e é um bom exemplo de situações não antecipadas.

não propicia esse recorte de gênero deixando de oferecer elementos que possibilitem segurança jurídica às mulheres. Assim sendo, para evitar o fenômeno de subinclusão cria-se dentro do crime de homicídio a qualificadora de feminicídio (voltado ao aumento de pena daquele(a) que matar mulheres nas situações especificadas acima.)

O exemplo utilizado de Schauer para elucidar a ocorrência desses fenômenos consiste no relato sobre o cachorro Angus no restaurante. Digamos que Angus é um cachorro preto, da raça terrier, e adentra a um restaurante cometendo atos que deixam os clientes incomodados. Cria-se então a norma “é proibido a entrada de cães no restaurante”. Schauer afirma que há propriedades de Angus que são relevantes para a caracterização dessa norma, mas há outras que não, configurando a dependência de um contexto discursivo para que haja a utilização de determinadas propriedades.

Nesse caso específico usar categorias de Angus como o fato de ele ser da cor preta ou ser peludo não sanaria a possibilidade de incômodo no restaurante. Nesse contexto, a principal característica de Angus é a propriedade de ser cachorro e não a sua cor. O fenômeno da subinclusão e sobreinclusão ocorre no sentido de que pode haver cachorros que não cometam atos que causem desconforto aos clientes e pode haver outros fatores que os incomodem, como por exemplo, alguém que escuta alguma música alta ou o choro aleatório de crianças.

A questão levantada pelos teóricos da textura aberta da linguagem, compartilhada por Schauer, é sobre como a nossa linguagem não consegue antecipar todos os casos possíveis e, mesmo que o legislador pudesse ser mais cuidadoso e tentasse prever todas essas possibilidades, ainda assim estaríamos à mercê de situações não esperadas. Podemos pensar, por exemplo, no direito de informática que há 30 anos era praticamente impensável, ao passo que, atualmente, os legisladores criam legislações específicas a fim de sanar possíveis problemas, como por exemplo, *cyber bullying*, *porn revenge* e clonagem de dados financeiros. Assim sendo, um modelo guiado por regras necessariamente contará com as possibilidades de erros de sub e sobreinclusão.

Schauer aponta as seguintes razões em defesa de um modelo de regras<sup>17</sup>, a saber: a) a segurança jurídica; b) a previsibilidade; c) a eficiência; d) a estabilidade e c) aversão ao risco. Sem regras estabelecidas, o exercício do direito ficaria comprometido, considerando que caberia aos juízes, não eleitos, definir as regras que

---

<sup>17</sup> Ver nota nº 30, p.43.

seriam aplicadas e acabaríamos particularizando uma decisão de acordo com aquilo que determinados sujeitos compreendem como correto, tendo também como consequência a não separação dos poderes políticos, fazendo com que o poder discricionário do juiz se sobrepusesse ao poder legislativo. Dessa forma, é seguro afirmar que Schauer compreende um modelo de direito guiado por regras como um mecanismo para evitar/reduzir erros.

Assim sendo, tendo apresentado o panorama geral sobre a discussão acerca da textura aberta da linguagem, bem como sobre a inserção de Schauer neste contexto, tomou-se a decisão de apresentar de maneira minuciosa, no capítulo seguinte, a sua proposta teórica, dado que este autor inova em sua teoria ao propor um conjunto de modelos normativos utilizados enquanto instrumento para defrontar o fenômeno da textura aberta da linguagem de uma forma exitosa.

### **3. A TEORIA SCHAUERIANA EM DEFESA DE UM MODELO DE DECISÃO GUIADO POR REGRAS**

Compreender quais são as razões que nos levam a seguir regras constitui uma das questões mais importantes e polêmicas oriundas da literatura especializada, especificamente no âmbito da linguagem, da ética e da filosofia do direito. Frederick Schauer apresentou em sua teoria um caminho sobre *em que* consiste o que denominamos pelo conceito de “regra”, quais são as suas implicações para a vida prática do indivíduo e como se relaciona em consideração aos âmbitos institucionais, como os sistemas jurídicos, por exemplo.

Além disso, acrescenta uma análise detalhada do âmbito da filosofia da linguagem, destacando alguns pontos interessantes como o conceito de *textura aberta da linguagem* e apresentação de defesa de uma autonomia semântica das regras<sup>18</sup>. Segundo Noel Struchiner (2001), a teoria de Schauer é uma das apresentações mais elegantes sobre a interdisciplinaridade entre filosofia, linguagem e direito.

Com a finalidade de analisar a obra de Schauer, tendo como objetivo principal compreender os seus preceitos teóricos, bem como as possíveis divergências teóricas

---

<sup>18</sup> Em relação ao conceito de textura aberta ver cap. I. Sobre a autonomia semântica será delineado, neste capítulo, a concepção de Schauer, sendo no terceiro capítulo realizado um contraste de possíveis críticas e divergências com outros autores, especificamente sobre a concepção de Fuller e Putnam.

com alguns pontos estabelecidos advindos da literatura clássica, este capítulo será dividido da seguinte maneira: em um primeiro momento, serão analisadas as definições básicas dos tipos de regras, especificando as distinções entre regras prescritivas e descritivas. Em um segundo momento, apresentar-se-á a concepção de regras enquanto generalizações e os erros de subinclusão e sobreinclusão, bem como o conceito de *experiências recalitrantes*. Em um terceiro momento, observar-se-á de que maneira pode haver reações frente às experiências denominadas anteriormente, elucidando-se a partir da explicação dos modelos conversacional e entrincheirado, visando apresentar o fenômeno do entrincheiramento e a sua fonte. Em um quarto momento restará necessário e benéfico descrever como a teoria de Schauer se relaciona com o direito e quais as implicações que, ao aceitá-la, acarretam para a comunidade jurídica. Por fim, em um quinto momento, apresentar-se-á os argumentos em favor de um modelo de decisão guiado por regras.

### **3.1 As modalidades de regras em Schauer**

Schauer, em sua obra intitulada *“Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life”* (1991), procura delinear aspectos gerais sobre o que seriam “regras” e de que maneira elas estariam implicadas na vida cotidiana dos indivíduos, tal como o ato de decidir através de regras. Em sua obra, Schauer apresenta a estrutura básica do que compreende pelo conceito de “regra”, bem como visa pontuar quais as implicações teóricas e práticas que tomar decisões por um modelo guiado por regras pode gerar.

Um aspecto básico da teoria de Schauer, refere-se à delimitação do tipo de regras que fora analisada em sua obra. O autor deixa explícito que limitou-se ao estudo das regras *regulativas*. Para atender esta demanda, cumpre compreender em qual contexto está inserida essa modalidade normativa. As regras regulativas são espécies das chamadas regras prescritivas. Trata-se de uma distinção clássica da filosofia do direito, a saber, entre regras descritivas e prescritivas. As primeiras estão associadas à expressão de determinadas regularidades e generalizações empíricas. Por exemplo, "Os alpes, por regra, estão cobertos de neve em maio"; "o vinho alemão é mais doce que o francês" (SCHAUER, p. 58, 1991). Assim sendo, compreende-se as regras descritivas como forma de descrever e/ou explicar o mundo, e não para modificá-lo.

As regras prescritivas, por sua vez, têm em seu núcleo um conteúdo semântico e normativo utilizado para modificar ou controlar a conduta de agentes que são capazes de tomar decisões (SCHAUER, p. 58, 1991). É o caso, por exemplo, do enunciado "não matarás", comumente utilizado como um inibidor de ações que atentem contra a vida de outro, podendo restar imputações criminais e morais, caso desrespeitado. Uma regra prescritiva também poderá ser utilizada para exercer pressão sobre determinada conduta, mesmo que anterior à sua imposição, tal como o sinal de "pare", usualmente colocado em lugares que as pessoas não teriam parado, caso não houvesse a sinalização.

Há outros desdobramentos das regras prescritivas para além daquelas que visam controlar e modificar o comportamento: é o caso das regras de conduta dos Códigos Militares e Universitários que visam manter determinados padrões considerado "tradicionais", regulamentando, dessa forma, ações que poderiam destoar dessas ditas tradições (SCHAUER, p. 59, 1991). Além disso, o autor apresenta uma subdivisão contida na categoria das regras prescritivas, quais sejam as regras instrutórias/regras de experiência (*rule of thumb*).

As regras instrutórias são aquelas proferidas enquanto orientação para alcançar êxito em determinada tarefa (SCHAUER, 1991, p. 59). É o caso, por exemplo, do enunciado "comece cada parágrafo com um oração que apresenta a ideia central de seu texto". Segundo o autor, essa modalidade normativa é optativa em dois sentidos: o primeiro diz respeito ao fato de que esta regra possui um caráter condicional, o que poderá gerar no destinatário uma concepção de que pode escolher considerá-la ou não<sup>19</sup>. Já no segundo sentido, tem-se a crença de que, caso não haja o resultado esperado pelo seguimento da instrução, então os sujeitos tomar-se-iam por autorizados a ignorar os mandamentos do enunciado prescritivo. Nesse segundo sentido, compreende-se as regras de experiência como modalidade normativa destituídas de força normativa a partir do momento que encontram-se razões que não sejam favoráveis ao seguimento das instruções, dado a constatação de que poderá não funcionar a instrução oferecida ou a de encontrar outro método mais adequado para executar determinada tarefa.

---

<sup>19</sup> Considere o exemplo apresentado por Schauer: "Se quer evitar que a sua bola de golfe se desvie para a direita, jogue-a com a face fechada do taco" (SCHAUER, 1991, p. 60)

O principal aspecto que Schauer visa apresentar nessa distinção inicial acerca das modalidades de regras tem em seu núcleo perceber a pressão das regras (*pressure of rules*). Essa “pressão”<sup>20</sup> é o que faz com que determinados agentes percebem as regras enquanto razões para o agir. Todavia, Schauer destaca que a pressão não é algo inexorável. Considere a situação hipotética “é proibido dirigir em velocidade superior a 55 milhas por hora” e inclua um agente x que não respeita essa regra devido ao fato de estar levando ao hospital alguém que está gravemente ferido. Schauer irá argumentar que embora compreenda-se o significado da regra “é proibido dirigir a mais de 55 milhas por hora” e a considere como uma razão para o agir, ainda assim poderão haver outras circunstâncias que demonstrem que devemos agir de modo distinto ao apregoado na regra em determinadas situações (SCHAUER, 1991, p. 61)<sup>21</sup>.

Assim, é seguro afirmar que embora constata-se diferentes desdobramentos acerca das modalidades das regras prescritivas estas compartilham um núcleo comum dado que exercem pressão para que certos agentes não atuem de maneira inconsistente com o conteúdo normativo advindo das regras (SCHAUER, p. 59, 1991).

Compreender a variedade dos tipos de regras constitui um ponto central na obra de Schauer, tendo em vista que a partir dessas distinções abre-se caminho para centrar-se na modalidade principal de sua teoria, a saber, as regras prescritivas. Na próxima seção, serão abordadas quais são as partes constitutivas dessa modalidade relacionando, de modo comparativo, com as partes integrantes das regras descritivas visando observar semelhanças e diferenças.

---

<sup>20</sup> Na seção número 4 trataremos de maneira profícua sobre as possíveis sanções contidas em uma regra, mas desde já, destaca-se para o leitor não confundir a pressão normativa da regras com a sua sanção. Dado que a pressão é uma razão para o agir, enquanto a sanção é o que está implícito na regra, em caso de descumprimento (razão que pode ser considerada para o agir, mas que não o esgota).

<sup>21</sup> Por fim, em relação às modalidades normativas, Schauer destaca a distinção entre regras regulativas e constitutivas. As regras regulativas governam condutas previamente existentes como, por exemplo, a velocidade com a que as pessoas dirigem um automóvel; este é um estado de coisas que se encontra existente, cabendo apenas a regra regular os termos em que se dê a execução dessa atividade. As regras constitutivas, por sua vez, definem e criam atividades, impossibilitando que existissem de outra forma, se não ela sua criação. É o caso, por exemplo, das regras de jogos. Schauer levanta um ponto controverso na literatura especializada ao afirmar que as regras constitutivas podem ser, ao mesmo tempo, constitutivas e regulativas. O seu principal exemplo diz respeito a instituições, tais como Universidades e jogos. De acordo com o autor, em um primeiro momento a regra constitui o objeto e logo depois o regula.

### 3.2 O papel das generalizações

Os sujeitos integrantes de uma sociedade habitualmente possuem o comportamento de categorizar aquilo que os cerca, apresentando determinadas propriedades e singularidades de sujeitos e objetos. Schauer aponta para o fato da simultaneidade das categorias, isto é, o mesmo indivíduo ou objeto pode estar inserido em inúmeras categorias, demonstrando assim, uma maleabilidade e um amplo espectro de descrição. De acordo com o autor, não se trata de categorias que se sobrepõem umas às outras, mas sim de uma gama complexa utilizada para descrever algo ou alguém (SCHAUER, 1991, p.65). Conseqüentemente, um acontecimento poderá afetar inúmeras categorias em que determinado sujeito se encontra. Quando generalizamos não vemos os indivíduos de maneira isolada, mas sim como membros de determinadas classes.

O autor irá apresentar as generalizações descritivas e prescritivas com a finalidade de perceber aspectos básicos sobre o que significa uma regra e quais são os seus elementos essenciais. Schauer apresenta dois pontos necessários para o ato de generalizar, são eles: o *contexto* e a *supressão*. A primeira característica está compreendida sob o contexto discursivo em que está inserida a generalização. Comumente realizamos o exercício de selecionar certas propriedades para descrevermos algo ou alguém, tendo como objetivo final descrever essas propriedades de uma maneira mais satisfatória diante de determinados contextos. A segunda característica é uma consequência da primeira, dado que retiramos ou incluímos propriedades, considerando a sua relevância para determinada situação, ocorrendo, dessa forma, a supressão de determinadas propriedades que podem vir a ser importantes.

Considerando inicialmente as generalizações descritivas, o autor apresenta o exemplo do cachorro Angus. Propondo a seguinte questão: suponha-se que Angus é um cachorro, da cor preta, da raça Terrier Escocês, um animal, um mamífero, bem como de tutoria de seu amigo Herb e localizado a 300 km de Chicago ou ainda um amontoado de substâncias químicas (SCHAUER, 1991, p. 65). Essas são algumas possíveis categorias utilizadas para descrever características de Angus, podendo incluir ou excluir determinadas classes, conforme se compreenda adequado.

Considerando as características básicas das generalizações descritivas, tem-se que as regras prescritivas compreendem igualmente esse método. Inicialmente, de

acordo com Schauer, há determinados elementos estruturais das regras, iniciando-se por dois elementos básicos denominados *predicado fático* e *consequente*. A forma clássica, oriunda da filosofia do direito, em compreender uma regras prescritiva possui a seguinte estrutura: se x, então y. Esse condicionante, terá “x” compreendido enquanto o predicado fático ou hipótese, sendo o elemento que justifica a aplicação da regra conforme a sua ocorrência. Por exemplo, como no enunciado: “se uma pessoa dirige a mais de 55 milhas por hora, então deve pagar uma multa de cinquenta dólares.”

O predicado fático, nesse contexto, é o ato de dirigir em velocidade superior a 55 milhas. Por outro lado, o seu consequente diz respeito ao que poderá ocorrer caso seja desrespeitado. Basicamente, o que Schauer pretende apresentar é que, independente do consequente e de sua extensão, o predicado fático sempre será direcionado a todos os membros de uma classe específica. Retoma-se o exemplo do cachorro Angus.

Pressupunha-se a seguinte hipótese: “é proibida a entrada de cães no restaurante.” Ao analisar a regra, parece um contra-senso considerar o fato de Angus ser da cor preta como uma razão relevante para inseri-lo no núcleo de certeza advindo da norma, dado que todas as propriedades mais “singulares” de Angus adentram em sua característica mais ampla, a saber, a de pertencer à classe dos animais que denominamos cachorros. Situações distintas poderiam ocorrer diante da normativa que estivesse em vigor. Digamos que a nova regra seja “é proibida a entrada de cachorros Terrier Escocês com três anos de idade ou mais”. Novamente haveria supressão de determinadas características de Angus por não serem faticamente relevantes para a implementação da regra, apresentando, dessa forma, graus de generalização. Dizer que Angus é um Terrier Escocês de três anos ou mais também está incluído na categoria de que Angus é um cachorro, dado a amplitude dessa última. Assim sendo, Schauer aponta para a perspectiva de que a generalização pode ser relativa ao contexto, tendo em vista que, em algumas situações, será considerada geral como em outras poderá ter um caráter particular. Assim sendo, independente do quanto seja extensivo, ainda assim, o predicado fático irá atingir todos os membros de cada classe elencada, se assim for o caso (SCHAUER, 1991, p. 70).

Dessa forma, podemos afirmar que as regras prescritivas são constituídas das seguintes partes: um predicado fático e um consequente. Além disso, para se falar em enunciados prescritivos considerar-se-á a justificação subjacente e o conceito de

*pressão*. A justificação subjacente diz respeito sobre o que a norma visa proteger ou estabelecer. Por exemplo, a norma que contém o predicado fático “não matará” possui como justificativa subjacente o objetivo de proteger o que compreendemos como valor inerente à pessoa humana, a saber, a vida. Neste caso específico, a pressão da regra se dará pelas consequências penais e morais com os quais determinado sujeito estaria comprometido, caso a desrespeitasse. A pressão seria caracterizada como fundamento para o agir humano em conformidade com determinadas normativas. Ao longo do seu livro, o autor tratará sobre o que faz com que sigamos regras, bem como abordará em que medida as limitações da linguagem contribuem para a manutenção de determinados sistemas normativos.

Como se extrai do exposto anteriormente, as regras geralmente contêm generalizações e como consequência direta poderá haver a supressão de propriedades diante de determinada situação em que o decisor compreender adequado se valer de algumas características em detrimento de outras. Schauer aponta para três situações que são inadequadas perante as generalizações, quais sejam: 1) generalizações probabilísticas e o fenômeno da subinclusão e sobre inclusão; 2) a textura aberta da linguagem; 3) a potencial supressão de propriedades que tornam-se relevantes em determinada situação. A esse conjunto de situações inadequadas, o autor as denomina *experiências recalcitrantes*.

A inadequação que pode ocorrer com as generalizações prescritivas pode ser elucidada com a retomada do exemplo “é proibido cachorros no restaurante”. O predicado fático diz respeito acerca da proibição de seres que enquadrados na categoria “cachorro” de adentrarem em determinados espaços compreendido pelo significado de “restaurante”. Schauer propõe as seguintes condições frente a essa hipótese: considerar que há um cachorro da raça Terrier Escocês, da cor preta, denominado Angus, de posse de seu amigo Herb, dentre outras características. Angus teria supostamente adentrado em um restaurante e provocado situações desagradáveis aos clientes daquele estabelecimento, pois teria tido um comportamento inadequado, tal como correr e latir entre as mesas. Ao criar a regra “é proibida a entrada de cachorros” com base na ação de Angus, tem-se como justificativa subjacente evitar moléstias às pessoas que frequentam esse espaço.

Todavia, Schauer aponta para o fato de que podem ocorrer outros eventos que venham a causar situações indesejáveis os quais podem não ter nenhuma relação com a categoria “cachorro”, tal como barulhos causados por uma pessoa ébria, por

exemplo. Dessa forma, o predicado fático não é absoluto e tampouco inexorável de acordo com a sua justificação, pois não compreenderia a totalidade de situações que poderiam ser inadequadas. A essa incompletude, o autor denominou como sendo de um caráter *subinclusão e/ou sobreinclusivo* das regras.

A generalização torna-se probabilística na medida em que elencamos determinadas propriedades que devem ser consideradas, suprimindo outras, conforme as circunstâncias da regra.

A subinclusão pode ser caracterizada como a não correspondência da situação fática com a justificação subjacente. É o caso da retomada do exemplo da proibição de venda de bebidas alcoólicas. Poderá ocorrer situações em que torna-se evidente que determinado sujeito, maior de 21 anos, é absolutamente incapaz de ingerir bebidas alcoólicas, bem como podem haver determinadas pessoas que podem conduzir em velocidade superior ao permitido e estas serem responsáveis.

A sobreinclusão “compreende estados de coisas, que em casos particulares, poderiam não produzir a consequência que representa a justificação” (SCHAUER, 1991, p.90). Considere, por exemplo, as regras “é proibido vender bebidas alcoólicas para pessoas menores de 21 anos” e “não matarás”. A justificação subjacente do primeiro é sobre resguardar a sobriedade das pessoas contidas na categoria “menores de 21 anos” com a finalidade de garantir-lhes o direito à vida e ações responsáveis. A justificação do segundo enunciado diz respeito à proteção da vida tido como um valor universal. No entanto, com a ocorrência do fenômeno da sobreinclusão, pode ocorrer que não necessariamente a ação contida no predicado fático esteja condizente com a justificação, pois pode haver pessoas que sejam menores de 21 anos e que possam ingerir bebidas alcoólicas de maneira responsável e consciente. Do mesmo modo, podem haver situações em que tirar a vida do outro pode ser moralmente justificado de acordo com determinado contexto<sup>22</sup>.

Algumas observações necessárias: a) uma mesma generalização pode ser subinclusiva e sobreinclusiva; b) trata-se de um fenômeno inevitável, em um modelo de decisão guiado por regras, considerando a impossibilidade de adiantarmos todos os casos possíveis.

---

<sup>22</sup> É o caso, por exemplo, da figura jurídica brasileira denominada “Estado de Necessidade”. É o clássico exemplo do gerente de um banco que encontra-se sobre poder de assaltantes, tendo como opção entregar o dinheiro constante naquela Instituição ou perder a própria vida. Nessa situação, não seria razoável exigir o sacrifício deste agente.

Acrescenta-se ao ponto apresentado por Schauer a plena possibilidade da ocorrência de um enunciado que não seja nem subinclusivo e nem sobreinclusivo, desde que haja um recorte fixado em determinado ponto de referência. Elucida-se aqui a mesma regra considerada como “não se admitem cachorros”. Essa regra poderia esquivar-se desse fenômeno caso houvesse a consideração de contexto determinado. Schauer exemplifica através de determinadas condições como seria possível a não ocorrência desse fenômeno. Considere que fora constatado uma alergia a cachorros que permeia todos os seres humanos extraíndo-se a conclusão de que o predicado fático da regra estaria condizente com a sua justificação subjacente. Acrescenta-se ao exemplo a descoberta de uma nova raça de cachorro ou a descoberta de uma reação imune de determinadas pessoas frente a esta nova raça (SCHAUER, 1991, p. 93). A perspectiva elucidada, dessa forma, diz respeito à impossibilidade de anteciparmos todos os casos possíveis diante da maleabilidade da existência, pois podemos realizar descobertas sobre o mundo que nos cerca podendo ou não alterar a percepção que temos do mundo atual. Tal como preceitua o autor, “a mais precisa das regras é potencialmente imprecisa” (SCHAUER, 1991, p. 94).

Dado que as generalizações probabilísticas geram o fenômeno da sub e sobreinclusão, Schauer apresenta o viés de uma segunda inadequação, a saber, aquela que é advinda da textura aberta da linguagem. Em linhas gerais, a textura aberta da linguagem pode ser definida como<sup>23</sup>:

A textura aberta é a possibilidade ineliminável de vaguidade, a contingência erradicável de que incluso o termo aparentemente mais preciso, pode, quando o confronta com um caso não previsto no momento em que o termo foi definido, tornar-se vago com respeito a esse caso não importando quanto cuidadosamente persigamos ao máximo a precisão em nossas definições e, portanto, nas generalizações que essas definições refletem e criam algum fato não previsto sempre pode confundir-nos. [tradução nossa] (SCHAUER, 1991, p.92)

Tendo em vista a elucidação da ideia de Waismann acerca da textura aberta da linguagem, o autor apresenta o exemplo utilizado para J.L. Austin<sup>24</sup> sobre as possibilidades de conhecermos ou não o que denominamos *pintassilgo*. Suponha que determinada comunidade linguística reconheça um ser que pertence a categoria pássaro comumente compreendido enquanto um “pintassilgo”. Dentro desse conceito

---

<sup>23</sup> Vide capítulo I.

<sup>24</sup> Ver a obra *Other Minds*, 1979, p. 98.

de “pintassilgo” há determinadas características que possibilitam que seres que possuam essas propriedades semelhantes sejam denominados dessa maneira. Todavia, suponha que este animal explode diante dos olhos dos integrantes da comunidade (SCHAUER, 1991, p. 95).

Em um primeiro momento, provavelmente essas pessoas não teriam como categorizar a situação ocorrida, dado que estão diante de uma situação completamente nova. Contudo, não há impedimento para que as definições sejam ampliadas e aperfeiçoadas, mas o ponto de Schauer é demonstrar como as definições dos conceitos são limitadas e geralmente não dão conta de todos os casos possíveis. Neste exemplo, as pessoas dessa comunidade linguística podem categorizar esse pintassilgo pertencente à classe dos “pintassilgos explosivos” ou outra definição que compreenderem mais adequada, mas ainda assim a linguagem não permite que tornemos a definição dos conceitos em algo absoluto.

Interligando clássicas discussões oriundas da filosofia do direito, Schauer irá propor que é um equívoco afirmar que todos os termos possuem textura aberta<sup>25</sup>. Dessa forma, as duas primeiras experiências recalcitrantes possuem em seu eixo os seguintes elementos: a) são generalizações probabilísticas que contém inevitavelmente os erros de sub e sobreinclusão; b) mesmo que algumas generalizações possam ser interpretadas como universais, estas ainda podem estar sujeitas a textura aberta da linguagem, dado que poderá ocorrer um determinado acontecimento não previsto ou esperado, suprimindo momentaneamente a inserção do fato em determinada categoria. Assim sendo, percebe-se que a generalização mais cautelosa e com roupagem de uma perspectiva universalista pode ser apresentada como uma generalização probabilística (SCHAUER, 1991, p.96); c) a terceira inadequação diz respeito a um problema que pode ocorrer na eleição de determinada característica que será colocada como ponto forte do enunciado generalizador.

Uma regra, a partir da concepção schaueriana, necessita do ato generalizador e ao realizar esse ato elenca-se quais são as propriedades que podem ser integradas, gerando casos de supressão que tornam-se maléficos para a decisão guiada por regras.

É o caso, por exemplo, de compreender Angus como pertencente à raça Terrier Escocês. Todos os animais dessa raça são diferentes entre si, a não ser pelo fato de

---

<sup>25</sup> No entanto, não é um erro afirmar que todos possam vir a ser potencialmente vagos.

pertencerem à mesma raça, utilizada como característica generalizadora (SCHAUER, 1991, p. 98). A mesma situação serve para os seres humanos. Todos são diferente entre si, exceto pela categoria que os engloba como pertencente à classe dos “seres humanos”. Nessa modalidade de experiência recalcitrante, a principal crítica de Schauer alinha-se em direção aos casos particulares, dado que determinados fatos que geralmente são analisados a partir de uma perspectiva da regra e, portanto, de uma perspectiva generalizadora, podem não atender à especificidade da demanda, pois não compreendem outras singularidades da situação, mas sim a característica elencada como prioritária.

Frente às ocorrências dessas três experiências, Schauer apresenta questionamentos de como pode-se lidar com esses acontecimentos em um modelo de tomada de decisão guiado por regras. Para atender tal problemática, apresenta-se dois modelos de resolução, são eles: o modelo conversacional e o modelo entrincheirado.

### **3.3 O modelo conversacional e modelo entrincheirado**

A ocorrência das experiências recalcitrantes produzem dúvidas em relação à utilidade dos métodos propostos pelo seguimento de regras. Assim, uma pergunta torna-se necessária: existe algum modo de lidar com essas experiências recalcitrantes e ainda reconhecer um modelo de decisão guiado por regras como a solução mais adequada? Na tentativa de elencar alguma possível resposta para tal questão, Schauer propõe a análise de dois modelos, o *conversacional* e o *entrincheirado* (SCHAUER, 1991, p. 98).

O modelo conversacional é caracterizado como tolerante e extensivo acerca da ocorrência de experiências recalcitrantes. Schauer ressalta a facilidade encontrada pelos falantes para resolverem os ruídos de comunicação durante o próprio diálogo. Através da comunicação é possível refinar as definições constantes na regra e oferecer um espectro mais amplo do que se espera com a sua justificação subjacente. Com o desenvolvimento da habilidade de refinar as definições, os problemas oriundos da sub e sobreinclusão resultam reduzidos e de compreensão mais acessível. Sobre a supressão de determinadas características que seriam relevantes para o caso presente essa também encontraria respaldo neste modelo. Ao perceber a ocorrência

de determinadas propriedades relevantes, os falantes estariam aptos a acrescentá-las e formulá-las de uma maneira exitosa.

Em relação a ocorrência da textura aberta compreende-se que, tal como as outras experiências recalcitrantes, esta modalidade tornar-se-ia solucionável na medida em que procura-se definir novas situações ou revisar as extensões dos termos. É o exemplo proposto por Wittgenstein, nas Investigações Filosóficas, parágrafo 70 “alguém me diz: ensine às crianças um jogo. Eu ensino a jogar os dados e me dizem: “eu não me referia a esse tipo de jogo”.” (WITTGENSTEIN apud SCHAUER, 1991, p. 99).

Segundo Schauer, o que se extrai desse exemplo é que Wittgenstein utiliza uma generalização encontrada na palavra “jogo”, resultando em um enunciado sobreinclusivo, dado que há inúmeras categorias de jogos. Todavia, o “mal entendido” resta remediável na medida em que o interlocutor reconhece que realizou uma afirmação a partir de uma categoria geral, mas que não continha a intenção de especificamente ser esse determinado tipo de jogo, reconhecendo, dessa forma, que não limitou o seu uso do termo “jogo” da maneira que satisfaça o seu intuito com o primeiro enunciado de “ensine às crianças um jogo” (SCHAUER, 1911, p.100). Segundo Schauer, “[a] questão é que nossa linguagem pode mudar e de fato muda para adaptar-se justamente a estes tipos de observações não previstas. Nós ficamos sem fala, mas não por muito tempo” (SCHAUER, 1991, p. 100).

Por sua vez, o modelo entrincheirado introduz um novo conceito ao texto do autor, a saber, o conceito de entrincheiramento que impõe dificuldades para um modelo conversacional, dado que seria exigido uma linguagem infinitamente sensível e adaptável (SCHAUER, 1991 p. 201). A primeira característica do entrincheiramento é a de que este é um fenômeno psicológico. Suponhamos o conceito *neve*. Para a maior parte da população não há distinções relevantes sobre os tipos de neves, tampouco conseguir-se-ia observar as diferenças caso um determinado agente estivesse diante de dois tipos diferentes. Contudo, algumas pessoas advindas da cultura esquimó conhecem inúmeros tipos de neve e possuem plenas condições de distingui-las. Schauer denomina esse fenômeno como um conceito entrincheirado (ou intrínseco) que ganha determinada definição conforme a percepção de determinado grupo. Um aspecto temporal desse modelo é o fato de que essas situações se

projetam ao longo do tempo, ganhando espaço no imaginário social e imbricam-se à concepção de mundo das pessoas.<sup>26</sup>

O enunciado “é proibido cachorros” elucidada como o modelo entrincheirado e conversacional reagiriam frente a uma experiência recalcitrante. Supunha-se os seguintes elementos: a) existem cachorros que podem ser considerados seres que não teriam comportamento inadequado em espaços públicos; b) há cachorros que acompanham policiais na busca de suspeitos de determinado crime; c) há cachorros denominados como cão-guia que acompanham pessoas com necessidades visuais. No modelo conversacional, aquele que tem legitimidade para estabelecer a regra — neste caso, o dono do restaurante — deparado com essas situações poderá flexibilizar a regra e refinar, de acordo com os seus objetivos, caso compreenda que essas situações não afetariam a justificação subjacente na regra (SCHAUER, 1991, p.100).

Todavia, no modelo entrincheirado, constatado o fenômeno do entrincheiramento do conceito de “cachorro”, não haveria possibilidade da regra incorporar esses desdobramentos, dado que, com base nas situações passadas, não há maneiras de excluir da categoria “cachorro” e, portanto, do predicado fático da regra, situações que são variáveis em relação a essa multiplicidade de cães. Assim, para acrescentar essa categoria seria necessário modificar o predicado fático da regra, restando da seguinte maneira “é proibido a entrada de cachorros no restaurante, exceto os que apresentam bom comportamento, acompanham os policiais e/ou são considerados cão-guia” (SCHAUER, 1991, p. 102). No entanto, esta nova regra ficaria igualmente a mercê das experiências recalcitrantes, tornando-se uma nova generalização e a ela todos os erros imbricados das regras. Schauer destaca o exemplo acima como uma situação sobreinclusiva, mas também afirma a possibilidade da ocorrência dessa modificação em regras subinclusivas.

Considere, por exemplo, a pessoa que poderia cogitar a possibilidade de adentrar ao restaurante com um urso (SCHAUER, 1991, p.103). Essa possibilidade não estaria abarcada pela regra primária, sendo plenamente possível essa ação,

---

<sup>26</sup> A título de exemplo, considere os conceitos de homem e mulher. São vastos os caminhos que os definem. Há definições biológicas e sociais. Contemporaneamente discute-se se essas definições são algo inerente à pessoa ou se são construções sociais. Para quem concebe esses conceitos enquanto fechados e biológicos provavelmente não consegue compreender as pessoas trans enquanto pessoas legítimas de seu gênero. Outras pessoas poderiam alegar que não faria sentido definir-se nessas categorias por elas serem imputações sociais, considerando, inclusive, que a sociedade não atuasse de uma maneira binária entre masculino x feminino, reivindicado apenas a categoria de “pessoa”.

exceto se houve uma nova regra que ampliasse os termos em que se estabelece, tal como “é proibido a entrada de animais não-humanos no restaurante”.

Assim sendo, podemos perceber um contraste entre os dois modelos decisórios, são eles: o modelo conversacional que aparentemente reserva um lugar para regras de caráter indicativo, na medida em que não as considera por si mesma, sendo passível de modificações, conforme o contexto em que está inserida. Por sua vez, o modelo entrincheirado irá rejeitar esse tratamento, postulando pela consideração do predicado fático, no momento de sua concepção, enquanto uma razão para a decisão.

### **3.3.1 As fontes do entrincheiramento**

As generalizações possuem um caráter instrumental, pois a sua finalidade não advém do predicado fático que o constitui, mas sim da justificação subjacente que se pretende atingir (SCHAUER, 1991, p. 113). As generalizações possuem um caráter simplificador e específico em relação à sua justificação subjacente. Torna-se mais palpável compreender “é proibido a entrada de cachorros” do que “evitar moléstias”, tornando-se mais simples e específico, na medida em que realiza um recorte de quem seria o destinatário de um enunciado.

Schauer parte do pressuposto que existe uma autonomia semântica, afirmando que não necessariamente o predicado fático da regra e a justificação subjacente são coextensivas. Se existisse essa similitude, pareceria inadequado observar as divergências entre as partes constituintes de uma regra e sua justificação, tal como as experiências recalitrantes. Segundo o autor, a autonomia semântica é “uma aptidão que possuem os símbolos — palavras, frases orações, parágrafos — para apontar os significados independente dos propósitos comunicativos que persigam os seus usuários em situações particulares.” (SCHAUER, 1991, p. 116).

Considere a seguinte situação: alguém está andando pela praia e observa um conjunto de caracóis. Esse conjunto forma a figura do que se compreende enquanto “gato”. Ao se deparar, o agente se lembrará de um animal convencionalmente compreendido no conceito de gato. Schauer afirma que “é o modo em que a linguagem porta algo em si mesmo, independentemente de quem a usa em ocasiões particulares” (SCHAUER, 1991, p. 116). Dessa forma, o autor também aponta para um caráter parcialmente não-contextual, mas reforça que “dizer que o que o significado é não-

contextual é somente dizer que o significado de uma expressão da linguagem não está totalmente determinado pelas circunstâncias ou pelo contexto imediato pela qual se utiliza essa linguagem em uma ocasião particular” (SCHAUER, 1991, p. 116). Schauer destaca que não compreende essa autonomia como algo “essencial”, “natural” ou “inexorável” dos conceitos, bem como que não há como afirmar que existe uma “pureza” em um determinado conceito e que, em alguma medida, sempre concebemos os significados com algumas características advindas de aspectos políticos e sociais.

É o fenômeno do entrincheiramento<sup>27</sup> que possibilita que a generalização produza uma modificação no predicado fático à luz das experiências recalcitrantes. Contudo, em que consiste esse fenômeno de uma maneira mais detalhada? Schauer aponta que a sua fonte está na *formulação* da regra<sup>28</sup>. Embora haja vasta literatura em contraponto a essa tese, o autor irá dizer que reconhece que as regras são distintas de sua formulação, mas concebe que esta distinção possui um caráter trivial e não de importância (SCHAUER, 1991, p. 123). Quando compreendemos o exemplo de Hart sobre “é proibido veículos no parque” e encontramos outras duas formulações como “os veículos estão proibidos no parque” ou “mantenha-se os veículos fora do parque” estamos diante de três formulações distintas, mas não de três regras distintas. De acordo com Schauer, elas são equivalentes semanticamente, embora diversas do ponto de vista sintático<sup>29</sup> (SCHAUER, 1991, p. 123).

Para elucidar essa questão o exemplo tão utilizado de “é proibido cachorros” fornece respaldo à crítica realizada anteriormente. A justificação subjacente de criar a regra com a finalidade de evitar situações incômodas aos clientes gera que essa característica centre o seu lugar justamente na justificação e não no predicado fático. Uma regra distinta seria a que empregasse ambos os elementos, tal como “é proibido cachorros que sejam molestos”. Para tanto, os efeitos dessa regra seriam

---

<sup>27</sup> De acordo com Schauer, as regras não precisam estar formuladas de maneira canônica para alcançarem um poder vinculativo na vida do agente. Essa formulação canônica está estritamente relacionada com a codificação, ou seja, encontrar normas descritas em textos legais. Para Schauer, basta que a comunidade compreenda e internalize os enunciados prescritivos, não sendo necessária estar estabelecido em algum código.

<sup>28</sup> Na filosofia do direito há uma distinção clássica entre a formulação e a regra, tal como postulada por Max Black. Esse possível contraponto a Schauer será analisado no capítulo IV que ocupará o espaço de apresentação das possíveis críticas à teoria schaueriana.

<sup>29</sup> Neste ponto o autor reconhece que as regras que diferem do modo sintático podem ser consideradas regras diferentes, mas pontua que não compartilha essa perspectiva teórica.

completamente diversos da formulação da regra anterior, sendo seguro afirmar que constituíram duas regras distintas.

### 3.4 Regras e o Direito

Existem várias formas de tomada de decisões e dentro do âmbito jurídico não há consenso de que este processo seja guiado por regras. É o caso, por exemplo, das decisões em âmbito da infância e juventude que observam como viés primordial o “interesse do menor” ou ainda, métodos alternativos de resolução de conflitos, tal como a mediação, arbitragem e conciliação. Essas modalidades utilizam-se de outras abordagens que não são necessariamente vinculadas a regras imperativas. Assim sendo, de acordo com Schauer, um modelo de decisão guiado por regras, do ponto de vista das instituições estatais, não se faz fundamental para o controle e coordenação dos atos sociais, dado toda a gama de alternativas existentes e a possibilidade do próprio estado em fiscalizar as decisões particularizadas que seus funcionários venham a tomar (o problema da discricionariedade). O que Schauer quer dizer é que as regras não necessariamente são vinculadas ao direito, tal como o direito não necessariamente é ligado a regras.

Contudo, ao perceber um vinculação entre direito e regras, o primeiro destaque apontado pelo autor se faz sobre as denominadas *regras jurisdicionais*. Essa modalidade de regras possui um caráter constitutivo e regulativo, dado que é a partir delas que se derivam as estruturas e distribuição do poder a determinadas pessoas e instituições dentro do âmbito jurídico.

Elucidado esse ponto inicial sobre a necessidade das regras jurisdicionais para se compreender uma estrutura jurídica, Schauer analisa o Direito sobre a perspectiva do *Common Law*, bem como aborda as problemáticas sobre os precedentes<sup>30</sup>. O *Common Law*<sup>31</sup> é um método de decisão guiado não necessariamente por leis que estão em um formato canônico, mas sim por decisões que procuram aplicar os

---

<sup>30</sup> Esse é um traço característico do contexto que o autor está inserido, sendo que o *Common Law* é o sistema vigente do Estados Unidos, país do autor. Essa estrutura jurídica é caracterizada pelas normas terem força vinculativas pelas decisões dos tribunais e não necessariamente por atos executivo e legislativos. Essa estrutura jurídica contrasta com o civil law, corrente vigente no Brasil e que é guiado pelo atos legislativos, ou seja, pelos textos legais.

<sup>31</sup> Uma das principais críticas a esse modelo de decisão é a de que quem acaba por criar as leis são os juízes e não os legisladores, como comumente se concebe em uma sociedade republicana.

princípios jurídicos e considerar as “opiniões jurídicas”<sup>32</sup>, tendo como eixo utilizar essas ferramentas como razões que fundamentam as suas sentenças (SCHAUER, 1991, p. 238).

Schauer afirma que conforme as decisões jurídicas vão repetindo os mesmo fundamentos oriundos dos princípios das opiniões jurídicas, esses enunciados vão ganhando normatividade ao se estabelecerem enquanto prescrições gerais<sup>33</sup>. No entanto, compreender as prescrições oriundas do *Common Law* como regras apresenta um conflito com o conceito de regra até então proposto na obra do autor. Segundo Schauer:

O processo do *Common Law* se caracteriza pela suscetibilidade de mudança de suas regras no curso de sua aplicação, um fenômeno que se encontra manifestamente em conflito com a concepção das regras que foi oferecido nos capítulos anteriores. [tradução nossa]<sup>34</sup> (SCHAUER, 1991, p. 238)

Embora se compreenda as prescrições oriundas do *Common Law* como conflitivas em um sistema de regras tal como proposto até então, Schauer não compactua com uma visão pejorativa desse método de decisão. Apenas o compreende enquanto distinto do modelo de decisão guiado por regras em um significado defendido anteriormente. No *Common Law*, ao se deparar com uma demanda, o decisor poderá considerar todas as circunstâncias daquele fato e, mesmo que haja uma prescrição geral sobre determinada matéria, poderá ajustá-la conforme as necessidades do caso presente, assemelhando-se, dessa maneira, a um sistema de decisão particularista. Contrastando com o modelo de decisão guiada por regras o método da *Common Law* preocupa-se muito mais com a otimização dos casos do que com a estabilidade que o primeiro modelo gera (SCHAUER, 1991, p.243).

Portanto, essa “força normativa” advinda do *Common Law* estreita laços com o resultado da aplicação dos princípios e opiniões jurídicas não como conclusivas, mas sim como presuntivas. Essa ideia de presunção insere um conceito central na presente discussão, a saber, o de precedentes jurídicos. Os precedentes jurídicos são utilizados como fundamentos para as decisões podendo desencadear um dependência do sistema jurídico. Caso ocorra uma determinada situação x e a trate

---

<sup>32</sup> No Brasil a ideia de “opiniões jurídicas” se alinha a nomenclatura de “doutrina” que é constituída por pensamentos de teóricos e juristas sobre determinadas matérias das legislações.

<sup>33</sup> No Brasil, temos a figura das súmulas vinculantes.

<sup>34</sup> Todas as passagens que contêm traduções que são oriundas da obra Frederick Schauer são de autoria da autora.

de maneira y, poderá ocorrer o fato de que outras situação que ocorram e que possuam características semelhantes à ocorrência de x também receberão o tratamento de y. O principal argumento em favor dos precedentes se dá de modo similar ao modelo de decisão guiado por regras como, por exemplo, a segurança jurídica, estabilidade e confiança.

A principal diferença dos precedentes para o modelo de decisão guiado por regras é “a necessidade do primeiro construir as generalização/predicado fático que já existe no caso das regras” (SCHAUER, 1991, p. 245). Uma regra exige que a sua formulação se dê através de generalizações, contudo, em relação ao precedentes, não se tem essa formulação, mas sim uma decisão prévia, tornando-se obscuro compreender em que consistiria esse enunciado prescritivo. Schauer disserta que para uma modelo de decisão jurídica guiado por precedentes é comum que ocorra a adaptação desses enunciados prescritivos e, logo, a possibilidade de ocorrência de uma generalização, isto é, a partir da ocorrência do segundo caso poderá surgir a necessidade de incluir outras categorias não presentes no primeiro caso, portanto a problemática dos precedente é justamente constatar que os eventos que possam vir a ocorrer não são iguais, mas eles pressupõem que uma decisão prévia poderá regular outras demandas a partir das similaridades entre cada caso (SCHAUER, 1991, p. 246).

Portanto, uma decisão prévia por si só não possui uma força normativa, mas quando outros julgadores fundamentam as suas decisões com base naquela decisão prévia e procuram adequá-las à situações semelhantes, esses enunciados prescritivos passam a ser utilizados como generalizações, elucidando a fonte jurídica de onde emana a força vinculativa, possuindo, dessa forma, um caráter semelhante ao predicao fático (SCHAUER, 1991, p. 250).

Ao realizar esses apontamentos iniciais, Schauer afirma que um sistema jurídico é baseado em regras e passa a analisar qual é o peso que essas diferentes modalidades - regras a partir de decisões prévias e regras canonicamente formuladas - possuem no momento da decisão. A segurança jurídica constitui um aspecto questionável dentro de um sistema jurídico baseado em regras<sup>35</sup>, dado que por mais “completo” que possa parecer um sistema normativo, ainda assim haverá situações

---

<sup>35</sup> Utilizo o conceito de regras, nesse momento, como um conceito geral das modalidades até agora estudadas.

difíceis que possuem origem na textura aberta da linguagem, considerando que não há como antecipar todos os casos possíveis.

Não obstante, embora não haja possibilidade de um sistema jurídico restar imune as problemáticas advindas das próprias mudanças do mundo pode haver meios que minimizem os efeitos conflitivos dentro do próprio sistema. Como mecanismo de auxílio nesse intento de diminuir os efeitos de conflitos normativos, o autor apresenta o conceito de *localidade*.

O caso *Riggs vs Palmer*<sup>36</sup> elucida o contraste entre regras locais e regras mais distantes dentro de um sistema jurídico. Trata-se de uma ação que visava regular o testamento de Riggs. O demandante deixou como herdeiro seu neto, vindo a ser assassinado por esse. Palmer obteve seu direito de herança questionado perante aos tribunais pela sua atitude frente ao seu avô, o qual restou deferido. As regras que foram invocadas nesse caso foram a de que “ninguém deve ser beneficiado pelo seus próprios ilícitos” e “ a pessoa instituída como beneficiário de um testamento deveria herdar em conformidade com os seus termos”. A decisão se manteve no sentido da regra mais geral, mesmo que a regra mais local e concebida como estreitamente relacionada com a ação processual estivesse apta para o uso. Com esse exemplo, o autor pretende demonstrar que o sistema jurídico é complexo que as regras podem sofrer atravessamentos independente do status que ocupam dentro de determinado sistema normativo. Essa prioridade local que geralmente é invocada não é um instituto absoluto, mas sim conclusivo. No caso apresentado, a regra prioritária fora derrotada dado a concepção de uma regra mais fundamental, mas Schauer destaca que são situações específicas que geram essa derrotabilidade, sendo as matérias jurídicas comumente dotadas de regras locais<sup>37</sup>.

Dado toda a gama complexa oriunda de um sistema jurídico, o autor propõe quatro modelos normativos, são eles: 1) o formalismo puro 2) o formalismo moderado; 3) o particularismo sensível às regras e 4) o particularismo puro. Os modelos (1) e (4)

---

<sup>36</sup> Exemplo utilizado por Dworkin em sua obra *O império do Direito* (1986) e reproduzido por Schauer.

<sup>37</sup> Regras locais no sentido de oferecer normas para determinadas matérias. Como por exemplo, os crimes serem de competência do Direito Penal, o direito de Herança ser um âmbito dentro do leis que disciplinam o Direito Civil. No caso do Brasil, existem matérias específicas para cada área do direito, mas todas são contempladas pela Constituição Federal que possui regras e ditames gerais e não específicos.

são modelos normativos extremos, enquanto que os modelos (2) e (3) são modelos normativos intermediários.

No formalismo puro, tem-se a preservação do princípio da aplicação das regras tal como colocadas independente de quais sejam os erros a ela embutidos. Nessa modalidade, a aplicação da norma está caracterizada como fundamental ao direito. De acordo com Schauer, o formalismo forte está atrelado a questões de segurança jurídica, ao delimitar o poder discricionário do juiz e as fronteiras nítidas da separação dos poderes em um estado democrático. A desvantagem desse modelo é, justamente, o encontro de todos os erros de sub e sobreinclusão, pois é prezada a aplicação literal da norma sem uma análise de razoabilidade de sua aplicação.

No formalismo moderado, temos um dos modelos intermediários entre o formalismo puro e o particularismo puro. O formalismo moderado deriva-se do primeiro modelo, isto é, quando se assume que a aplicação da norma é central ao processo de decisão. Todavia, o formalista moderado, ao perceber que o resultado gerado a partir dessa aplicação pode ser equiparado com um “erro absurdo”, tende a rever sua posição em apreciar a decisão mais adequada, afastando-se do formalismo puro. De acordo com Schauer (1991), quando essas situações acontecem, elas são denominadas como “situações particularmente exigentes”. Nessa modalidade, o autor reconhece que há possibilidades de erros derivados do fenômeno estudado, mas a probabilidade de sua ocorrência é menor, considerando que o formalista moderado, embora preze pela aplicação literal da regra, admite que resultados vistos como “absurdos”, em decorrência dessa aplicação, possam ser colocados de lado, prezando pela razoabilidade do direito. Os benefícios desse modelo são parecidos com os do primeiro já que em seu núcleo servem para demonstrar certezas, eficiência econômica e de tempo, sendo esse modelo mais propício a para evitar/reduzir erros.

No particularismo sensível às regras, temos, entre os extremos, um modelo mais sofisticado, a saber, o particularismo sensível às regras. Esse modelo pretende, assim como o particularismo puro, seu extremo mais próximo, prezar pela aplicação das justificativas de cada regra. Nessa modalidade, quando houver um caso jurídico, será prezada a observação de sua justificativa, isto é, perceber qual é o bem jurídico tutelado e analisar as regras disponíveis para que se tenha uma solução mais adequada. O particularismo sensível às regras considera as normas que estão previstas no dispositivo legal, mas, principalmente, seleciona as normas mais relevantes a serem aplicadas com base na especificidade de cada situação jurídica,

observando os detalhes que podem ser relevantes ao caso. A diferença essencial entre os modelos intermediários, consiste no fato de que no modelo (3) há um reconhecimento concomitante entre a regra e a sua justificação mais adequada.

No particularismo puro, temos o outro extremo dos modelos normativos. Esse último modelo tende a afastar as regras que não são capazes de oferecer objetivamente a resolução para determinados casos. Uma das principais consequências desse modelo é que muitas vezes cabe aos decisores atribuir ao caso aquilo que eles pensam ser o mais adequado. Os decisores sustentam que, se houve critérios para construir a sua argumentação, haverá mais chances de evitar/reduzir os erros, entretanto não há nenhum tipo de garantia ou estabelecimento de limites para as suas decisões. Por um lado, a decisão pode se tornar demorada, comprometendo a sua eficiência. Porém, por outro lado, esse modelo será benéfico na medida em que é mais bem sucedido ao evitar o fenômeno da sub e sobreinclusão, uma vez que os critérios para decisão são mais amplos.

Assim sendo, Schauer pretendeu demonstrar em seus modelos normativos que não há uma escolha que seja considerada de antemão como a melhor. A melhor escolha dependerá de qual área e modelo institucional estiver em questão. Como por exemplo, em relação ao direito tributário seria mais benéfico o modelo do formalismo puro, considerando que haveria um cálculo preestabelecido e diretrizes, sendo seguro utilizar a aplicação estrita da norma. No direito penal, por exemplo, o particularismo sensível às regras seria o mais adequado, considerando que cada um dos casos jurídicos dessa temática exige uma atenção mais apurada nos detalhes do delito, pois geralmente as legislações consideram determinadas variáveis sobre o mesmo tipo penal.

### **3.5 Argumentos em favor de um modelo de decisão guiado por regras**

Schauer buscará realizar uma análise sobre quatro pontos que geralmente são invocados a favor da utilização das regras.

- 1) O argumento da equidade

Geralmente compreende-se as regras como um meio de garantir a equidade dado o caráter impessoal que estas normativas possuem e que é advindo do caráter de generalidade das regras. Em inúmeros sistemas normativos compreende-se a máxima “os casos semelhantes devem ser tratados iguais” (SCHAUER, 1991, p. 198). A título de exemplo, considere o direito penal Brasileiro. Tem-se uma regra sobre determinada matéria penal, diante da ocorrência de um fato que possui elementos essenciais para configurar como fato típico<sup>38</sup>, enquadram-se os próximos passos processuais de acordo com a similaridade de decisões proferidas pelas instâncias jurídicas<sup>39</sup>, tendo como fundamento a “segurança jurídica”.

Schauer irá apontar para os aspectos enganosos dessa concepção da equidade como razões para as regras. Segundo o autor, o argumento da equidade não apresenta-se como autossuficiente na defesa de um modelo de decisão guiado por regras. Quando compreende-se a regra “é proibido cachorros” e percebe-se o entrenchamento do conceito “cachorro” e logo, a supressão de determinada característica relevante, tal como a flexibilização da regra para cachorros voltados a serem acompanhantes de pessoas com problemas visuais, então não se torna seguro aliar-se a premissa de que “as regras tratam situações semelhantes de maneira semelhante” (SCHAUER, 1991, p. 199).

Segundo o autor, um modelo particularista estaria mais adequado a essa premissa, pois competiria ao decisor considerar todas as peculiaridades do ocorrência de um fato e analisá-lo da maneira mais adequada possível. Segundo Schauer:

não há nada essencialmente justo na tomada de decisões baseada em regras. Não há nenhuma razão para crer e sim boas razões para desconfiar que a tomada de decisões baseada em regras seja intrinsecamente mais justa que uma em que as regras não impeça a quem toma a decisões - especialmente se é justa - de considerar todo fator que poderia auxiliá-lo para alcançar a melhor decisão. Embora reconheça que há uma virtude em evitar o particularismo em excesso. (SCHAUER, 1991, p. 199)

---

<sup>38</sup> Tipicidade é a subsunção do comportamento com um fato que está previsto em norma como crime. Por exemplo, existe o crime de roubo e a sua definição no Código Penal Brasileiro, Art. 157, é “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa”. Quando alguém possui um comportamento conforme a descrição do fato, então a conduta desta pessoa está inserida no rol normativo.

<sup>39</sup> Ao realizar essa conduta, criam-se os precedentes jurídicos. Os precedentes são constituídos a partir dos fundamentos que os magistrados aplicam como teses de suas decisões. Os tribunais “consolidam” determinados entendimentos e, em uma estrutura jurídica hierárquica, os tribunais superiores vinculam a esses posicionamentos aos demais tribunais. Por exemplo, decisões que se consolidam no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça vinculam os Tribunais Estaduais e Federais, respectivamente.

## 2) O argumento da confiança

Para realizarmos a análise do argumento da confiança, torna-se necessário distinguir entre dois tipos de decisores. O primeiro é aquele que possui legitimidade para punir quem transgredir determinada regra, bem como auferir recompensa para aquele que a cumpre (SCHAUER, 1991, p.200). O segundo é o destinatário da regra que decide se é aplicável e aconselhável segui-la ou não. As regras só podem promover a confiança diante de um determinado número de condições satisfeitas, são elas: a) ter a capacidade de identificar determinados sujeitos como imersos em determinadas categorias; b) o decisor que possui legitimidade para punir ou recompensar também deverá compreender esses sujeitos como integrante de uma mesma categoria.

O autor refere-se à importância da confiança enquanto um valor psicológico da tranquilidade, tendo em vista que, supostamente, as regras servem para criar uma continuidade no comportamento dos agentes, podendo ser previsível determinados aspectos, tal como regras contidas em regimentos que determinam os trâmites para chamadas de audiência públicas, por exemplo.

## 3) O argumento da eficiência

O argumento da eficiência diz respeito sobre a responsabilidade do decisor em analisar todos os custos possíveis para uma regra. Ao perceber que existe uma regra que limita a velocidade máxima, o agente não precisa sopesar todas as razões em defesa dessa regra ou o porquê de seu núcleo, ou fixação daquela velocidade, o agente apenas irá confiar e segui-la.

Segundo Schauer:

Um argumento corrente em defesa dessas regras é precisamente que elas evitam os cálculos, a angústia e os gastos que do contrário seriam sido necessários, liberando assim tempo, dinheiro e espaço em nossas mentes para projetos mais valiosos. (SCHAUER, 1991, p. 201)

Nos sistemas jurídicos a eficiência se dá de maneira semelhante. No Brasil<sup>40</sup>, temos as chamadas jurisprudências, que é um conjunto de decisões (ou apenas uma decisão) proferidas pelos tribunais que possuem como eixo central consolidar os seus posicionamentos sobre determinada matéria. Assim, quando alguém ajuíza uma ação sobre determinado assunto encontra-se amparo na legislação e decisões proferidas em todo território nacional, caso haja divergências dos Tribunais Estaduais, remete-se a ação para as instâncias superiores. Semelhante situação ocorre no sistema jurídico estadunidense, reconhecendo as decisões a partir dos chamados precedentes jurídicos. Supostamente, com a ocorrência de determinado caso analisaria algumas circunstâncias concretas e caso houvesse a confirmação de determinados elementos, aplicar-se-iam as decisões contidas nos precedentes, poupando-se dessa forma tempo e oferecendo celeridade ao processo.

#### 4) O argumento da estabilidade

Conforme os argumentos apresentados anteriormente, é seguro afirmar que a defesa de um modelo de decisão guiado por regras possui em seu núcleo evitar disparidades ou pelo menos reduzir a ocorrência dessa características. A estabilidade vai de encontro a esse núcleo. Como restou vastamente explicado nas seções anteriores, as regras são compostas por generalizações que atuam com predicados fáticos. Contudo, esses predicados são dotados de imprecisão seja por razões advindas do mundo que está em constante mudança, seja pela perspectiva de falhas da linguagem. Ao compreender que existem elementos que são regulares em situações da vida humana pode-se compreender um predicado fático com uma extensão mais ampla ou mais estreita, podendo, dessa forma, oferecer decisões mais corretas de acordo com a singularidade da situação.

A estabilidade gera na sociedade que existem algumas direções sobre aquilo que os cerca, algo que está estritamente ligado ao conceito de confiança. Antecipando-se a críticas, Schauer aponta para uma distinção importante. Em um

---

<sup>40</sup> Outros exemplos são a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), ambas competência do Supremo Tribunal Federal (STF), a Instância jurídica mais alta de nosso país. Conforme o STF profira decisão no âmbito dessas ações, o posicionamento irá reverberar para todos os casos semelhantes vinculando todos os Tribunais do território nacional, ou seja, todos deverão adotar a normativa prevista na decisão em julgamentos semelhantes e posteriores. Ver Art. 102 da Constituição Federal. (BRASIL, 2018) Semelhante vinculação ocorre com as súmulas vinculantes.

primeiro momento se faz necessário compreender que a estabilidade que se está a tratar neste momento possui em seu núcleo uma estrutura formal, algo que está inserido em um sistema. Outro tipo de estabilidade seria a psicológica e política que, segundo o autor, não cabe a ele analisar profundamente (SCHAUER, 1991, p. 219). A crítica mais natural dos leitores diz respeito à problemática de um sistema ser corrompido e a estabilidade estar de acordo com o *status quo*, ou seja, com uma certa cultura dominante que não necessariamente irá corresponder com os interesses coletivos de uma sociedade.

##### 5) O argumento da aversão ao risco

Até o presente momento, tem-se apresentado algumas características essenciais das regras, são elas: são generalizações e contêm necessariamente erros de sub e sobreinclusão. Contudo, Schauer pretende apresentar outro tipo de erro até então não analisado. A crítica pontual de Schauer diz respeito às decisões particularistas. Na medida que um decisor tem a legitimidade para considerar fatores singulares para proferir decisões, Schauer observa que esses decisores podem não utilizar essa liberdade com sabedoria (SCHAUER, 1991, p. 212). Embora se reconheça o caráter subótimo das regras, na medida em que tenta-se tomar a melhor decisão possível diante das circunstâncias que seja compatível com a normativa, a comparação desses modelos de tomada de decisão possui respaldo no seguinte posicionamento:

A diferença dos erros que são consequência necessária, inclusive da aplicação correta de regras simplificadores, os erros de que agora devemos nos ocupar surgem da aplicação incorreta de um procedimento de decisão particularista teoricamente otimizador. [grifo nosso] (SCHAUER, 1991, p.212)

Nesse momento, compreende-se os perigos do particularismo na medida em que fica à mercê dos decisores a eleição dos critérios utilizados para a decisão, podendo haver inúmeras falhas durante o trajeto de decidir. Schauer apresenta decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos<sup>41</sup> no caso *Palmore vs Sidoti*. Esse

---

<sup>41</sup> No Brasil, possuímos casos extremamente difíceis em relação a discricionariedade dos juízes. Tal como o caso Richarlyson e o caso Cláudia. Richarlyson, na época do fato, era um jogador do time São Paulo e foi ofendido pelo árbitro do jogo com palavras pejorativas em relação à sua sexualidade. O jogador ajuizou demanda pleiteando o seu direito de reparação pela exposição sofrida. Na sentença o

caso tem como protagonistas um casal, que possui um filho em comum e que divorciaram-se. Contudo, após um ano do encerramento da sociedade conjugal, Sidoti, genitora da criança, contraiu novo matrimônio com um homem afro-americano.

Diante do contexto, Palmore, pai do infante, ajuizou ação postulando pela guarda do menor, sob o argumento de que seria prejudicial para a criança criar-se em um ambiente com “múltiplas etnias”. A Suprema Corte firmou entendimento que esse argumento não deveria prosperar, pois não há nada que indique que o “interesse do menor” poderia ser ameaçado pela identidade racial do casal. Contudo, o ponto apresentado por Schauer, quer dizer que assim como há decisores que são sensíveis e procuram os melhores resultados, há também decisores que apresentariam os seus pontos de vistas pessoais, tais como posições retrógradas em relação a raça, e poderiam tomar decisões errôneas de acordo com o princípio da dignidade da pessoas humana, por exemplo (SCHAUER, 1991, p.215).

Schauer aponta para o cenário de que os erros de sub e sobreinclusão e o erros advindo da discricionariedade dos decisores podem estar relacionados. A tentativa da diminuição da ocorrência de um poderá provocar o aumento de outro. No entanto, quando se duvida da neutralidade de um conjunto de decisores, os argumentos em favor das regras, mesmo com os erros de sub e sobreinclusão restariam mais fortes.

Dessa forma, temos o seguinte cenário: ao decidir por um modelo de decisão guiado por regras, necessariamente se está impedindo de que decisores sensíveis e competentes tomem decisões particulares com a finalidade de rechaçar a possibilidade de que outros decisores não tomem a decisão adequada com base em critérios errôneos. Todavia, um modelo que suprime ou limita a incidência das regras terá maior abertura para decisões particulares e adequadas, mas terá que lidar, conseqüentemente, com a ocorrência de decisões não ótimas (SCHAUER, 1991, p. 216).

---

juiz responsável pelo caso arquivou a sua demanda sob o argumento de que não continha fundamento jurídico para prosseguir, dado que futebol era um jogo para “varões” e, caso o jogador desejasse continuar nesse meio alocado para “homens” deveria abrir a sua própria confederação ou integrar-se a um time com os seus “semelhantes”. No caso Cláudia encontrava-se em situação de encarceramento, bem como possuía dependência química. O promotor responsável pela tutela de Cláudia, solicitou ao magistrado que fosse realizado um procedimento cirúrgico denominado laqueadura sob o argumento de que a demandada não teria condições de ter outras crianças. Fora deferido o pedido e houve a realização do procedimento, mas em nenhum momento houve consulta a Cláudia para saber o seu posicionamento, tampouco a sua autorização - característica básica para a realização de tal ato. Esses dois casos retratam a discricionariedade dos juizes na medida em que decidem com base em valores particulares alheios às regras.

Reconhecendo esses dois tipos de erro, Schauer se posiciona na defesa de um modelo de decisão guiado por regras, dado que essas regras tentam minimizar, comparativamente, os erros de sub e sobreinclusão em relação a possíveis decisões errôneas advindas do particularismo. A essa apresentação o autor denomina argumento da aversão ao risco, pois compreende-se que os procedimentos de tomada de decisões possuem erros, mas ainda assim as regras podem produzir um resultado subótimo, enquanto decisões particularistas poderiam levar os agentes a erros graves. Dessa forma, o modelo de decisão guiado por regras reconhece o seu caráter subótimo e evita os erros significativos dos decisores (SCHAUER, 1991, p. 217).

#### **4. CRÍTICAS À TEORIA SCHAUERIANA EM DEFESA DE UM MODELO DE DECISÃO GUIADO POR REGRAS**

Ao apresentar, em linhas gerais, as principais contribuições de Schauer, podemos elencá-las nas seguintes teses, são elas: a) as regras contêm necessariamente os erros de subinclusão e sobreinclusão; b) as pessoas seguem as regras motivadas pela *pressão* que delas advém; c) há uma autonomia semântica das palavras. Esses três pontos constituem, de acordo com a proposta deste trabalho, o núcleo central da teoria schaueriana.

Esses pontos podem ser contrastados com outras perspectivas teóricas, propiciando ao leitor uma leitura mais completa sobre a contribuição de Schauer para o problema das regras na vida cotidiana e no âmbito jurídico, tendo como viés contrastar o posicionamento com outras vertentes filosóficas. Dessa forma, passar-se-á a analisar cada uma das propostas apresentadas.

##### **4.1 A tese da subinclusão e sobreinclusão das regras**

A apresentação da proposta de Schauer sobre relação das regras com a vida prática e sistemas institucionalizados representa um dos trabalhos mais detalhados e contributivos da literatura especializada recente. Schauer irá constatar que modelos de decisões que sejam pautados por regras necessariamente contêm os erros de subinclusão e sobreinclusão. Aponta-se para o fato de que o termo “erro” não é utilizado sem uma justificativa, dado que com a sua ocorrência não há como ter uma aplicação universal de determinada regra prescritiva de maneira exitosa e isso ocorre

porque, no momento da realização do predicado fático, não há como antecipar todos os casos possíveis. Todavia, essa não é uma característica defeituosa, dado que faz parte de sistemas normativos como o direito e da própria vida em geral que ocorram mudanças de cunho social, cultural e político que precisam ser incorporados aos corpos desses sistemas.

Antes de prosseguir essa análise, é cabível retomar os conceitos de subinclusão e sobreinclusão, embora vastamente analisados no capítulo 1. Esse fenômeno tem origem na noção de regra adotada por Schauer. Dizer que um caso particular é sub ou sobreinclusivo, corresponde a afirmar que existem regras que abarcam mais ou menos, respectivamente, casos diante de uma situação particular. Schauer apresentou as experiências recalcitrantes como o momento em que se defronta essas questões para o decisor. Essas experiências podem ser encontradas nas seguintes situações: quando uma regra é probabilística, dado ao processo de generalização e quando uma regra aparentemente é universal, mas se encontra imbuída em uma situação particular que não abarca o que fora proposto no predicado fático.

Essas experiências geram dúvidas ao decisor no momento de aplicação da regra, dado que não há de antemão uma regra rígida a ser seguida, possibilitando, dessa forma, que o decisor realize uma escolha. Como apresentado no capítulo 1, Schauer aponta para alguns modelos normativos que visam ampliar o quadro conceitual sobre a tomada de decisões, sendo eles: o formalismo, o particularismo, o formalismo moderado (ou presumido) e o particularismo sensível às regras, caberá ao decisor, tanto em âmbito individual ou institucional<sup>42</sup> analisar os pontos positivos e negativos de reger-se por determinado modelo decisório. Não há de antemão um modelo normativo que seja o correto, de acordo com a argumentação de Schauer em defesa de um modelo de regras, caberá a uma comunidade estabelecida, através da relação de confiança, elencar quais são os aspectos necessários para que determinado modelo seja eleito.

## 4.2 A pressão das regras

---

<sup>42</sup> Claramente não há possibilidade de ser uma “escolha simples” a forma como os juízes atuam, embora estes sejam dotados de autonomia na execução de seu trabalho, ainda assim preza-se por um procedimento institucional interno que discuta essas questões e possam apresentar diretrizes.

O termo “pressão das regras” (*pressure of rule*) permeia por toda a obra de Schauer como aquilo que exerce influência para que determinado agente realize uma ação. É no capítulo VI, intitulado “ *The force of rules*” que o autor desenvolve de maneira mais profunda sobre o que leva a alguém a agir conforme uma regra. O autor defende o posicionamento que a regra está inclinada para o conceito de *relação* ou como um *status* e não como uma entidade à parte da vida prática. A relação que se dá entre o predicado fático e a justificação subjacente é o que caracteriza uma regra normativa. A questão proposta por Schauer parece não ficar resolvida com a seguinte resposta “alguém age conforme a regra porque a aceita e faz o que ela dita”. A análise schaueriana torna-se mais detalhada, dado que, segundo o autor: “pode-se dizer que alguém segue uma regra ou é guiado por ela quando, e só quando, esse alguém leva a cabo um ato *porque* a regra indica de levá-lo a cabo” (SCHAUER, 1991, p. 174). O autor pontua que *cumprir* uma regra é distinto de *seguir* uma regra, a mera conformidade da ação na vida prática não quer dizer que esse agente a está considerando como uma razão para o agir.

O primeiro ponto destacado por Schauer é que ser guiado por uma regra não implica necessariamente atuar, considerando todas as circunstâncias relevantes (SCHAUER, 1991, p.174). Assim sendo, há duas distinções importantes:

Ser *guiado* por uma regra só exige que o agente tome a existência da regra como uma razão não necessariamente conclusiva para a ação, mas *seguir* uma regra exige tanto ser guiado pela regra como atuar em conformidade com (em cumprimento de)<sup>43</sup> suas indicações. Cumprir uma regra é, portanto, diferente de seguir uma regra, justamente porque só o segundo caso exige ser guiado pela regra. (SCHAUER, 1991, P. 175)

Denomina-se *razões prima facie* às razões que não são absolutas para a ação. Schauer irá criticar como essa expressão se propaga no meio jurídico podendo levar a leituras simplistas acerca das razões para o agir. De acordo com o autor, reconhecer que determinadas razões não são absolutas não necessariamente esmorece a força normativa contida na regra. O autor fornece o exemplo da figura de um guarda diante de um assalto a banco, embora este venha se encontrar em uma situação de vulnerabilidade frente àqueles que estão a praticar o assalto, ainda assim a sua imagem e função permanece, isto é, a de que este ainda representa proteção àquele espaço, mostrando-se enquanto *resistência*. Segundo Schauer, o principal problema

---

<sup>43</sup> O termo entre parênteses consta no texto original.

dessa expressão é que induz o raciocínio errôneo de que as razões não absolutas, quando confrontadas com “razões mais fortes”, viriam a desvanecer-se (SCHAUER, 1991, p. 175).

O autor compartilha o posicionamento de que o grau de uma força normativa reside na maioria das regras de maneira suficiente para determinar um resultado e não pressupõe um grau absoluto. É o caso por exemplo, das seguintes situações: quando um determinado agente conduz em velocidade superior porque está levando alguém ferido ao hospital ou quando um judeu ortodoxo ingere carne suína para evitar a sua morte pela fome (SCHAUER, 1991, p. 175). Nestes casos, argumenta o autor, a razão para a ação contida na regra não é suficiente quando confrontada com as circunstâncias particulares. Contudo, não é impensável que regras possam conter exceções e ainda assim compreenderem-se enquanto regras. O ponto levantado por Hart acerca de uma regra que contenha a cláusula “a menos que” ainda se mantém como uma regra, tal como o enunciado “é proibido dirigir a mais de 55 milhas por hora, a menos que esteja levando alguém ferido para o hospital. Alguém que age de acordo com tal preceito não estaria violando a regra “é proibido dirigir a mais de 55 milhas por hora” é adotado por Schauer.

No Direito brasileiro há inúmeros exemplos dessas excepcionalidades das regras. O Art. 121 do Código Penal Brasileiro prevê a pena para aqueles que cometem o crime de homicídio. Dentro do rol previsto nesta regra há categorizações como por exemplo a “pena simples” que se dá da seguinte maneira: matar alguém, reclusão de seis a vinte anos. É através de um cálculo, estipulado dentro dos padrões deste Código, que há os critérios para a fixação da pena. Um agente terá a sua pena aumentada ou diminuída, conforme as circunstâncias do crime. Situações como o emprego de meio cruel, emboscada, ser contra a mulher, ser contra o núcleo familiar, agir sob violenta emoção, dentre outras, configuram critérios a serem considerados pelo decisor. No mesmo código, em seu Art. 23 há os chamados *excludentes de ilicitude*<sup>44</sup>, dentre eles a figura processual da “legítima defesa”. Em uma situação hipotética, caso alguém venha tirar a vida de outrem sob o contexto de que, caso não agisse dessa forma, sua própria vida restaria em perigo encontra respaldo dentro do próprio código sob o argumento de uma “razão maior”, neste caso, o da proteção da

---

<sup>44</sup> A ilicitude é uma característica indispensável para que determinado fato seja considerado crime, diante de sua falta não há que se falar em punição para o agente.

própria vida. Dessa forma, o fato, ceifar a vida de outrem, ocorre nas duas situações, mas com tratamento distintos dentro do próprio ordenamento jurídico.

A preocupação de Schauer não diz respeito se as regras podem conter excepcionalidade contidas em seu predicado fático, mas sim se as regras podem estar sujeitas a exceções incorporadas *no momento da sua aplicação*, de acordo com o seu argumento, não. Segundo Schauer, é necessário considerar o que denomina-se *deficiência interna* de uma regra. Essa deficiência ocorre quando “resulta inaplicável sobre a base de razões exclusivamente vinculada à aplicabilidade das justificações que subjazem a própria regra” (SCHAUER, 1991, p. 179). Contudo, embora essas regras prescritivas consigam oferecer resistência dentro do próprio sistema, elas podem estar sujeitas a serem desconsideradas por fatores particularmente exigentes. Tal característica afirma que as regras podem ser *externamente derrotáveis*.

A aplicabilidade de uma regra é distinta de sua validade. Um agente não católico não considera que não ir à missa é uma violação a determinada regra. Não pagar impostos a outro país que não o de sua residência também não parece uma violação. Ambas as regras são aplicáveis, mas não válidas como universais. A definição de extensão da regra e a sua abrangência, torna-se de suma importância para compreender as raízes da força normativa. É o caso por exemplo de que o Congresso Nacional brasileiro possa dispor de determinadas matérias, tal como o julgamento que versa sobre se um determinado presidente pode ou não se manter no cargo. Mas essa prerrogativa só é possível porque a Constituição Federal, neste caso uma regra superior, confere legitimidade e autoridade para que o Congresso atue dessa forma.

O exemplo citado anteriormente corresponde ao que Schauer concebe enquanto *validade interna*, geralmente reconhecida dentro de sistemas normativos hierárquicos. Em relação às regras jurídicas, Hart postulou a regra de reconhecimento, Kelsen dissertou acerca de uma regra fundamental. Entretanto, Schauer levanta o questionamento clássico acerca do *porquê* determinados documentos são sobrepostos em relação a outros. Por que a Constituição dos Estados Unidos é reconhecida como tal e quais são os motivos que levam a ser impensável que outro sujeito estabeleça outra Constituição. Amparando-se na resposta de Hart “o sistema não é absoluto em questão de validade, mas sim do fato social de que uma comunidade trate um certo sistema como o direito dessa comunidade” (SCHAUER, 1991, p. 182).

Finalmente, o autor se questiona: por que um agente deve considerar a existência de uma regra como uma razão para a ação? As respostas tradicionalmente

ofericidas dizem respeito sobre os problemas da moral pessoal, tendo como foco o que um agente, dotado de poder decisório, deve realizar frente ao conteúdo da norma. Para além desse aspecto psicológico e moral, Schauer aponta para a consideração do papel que as sanções e recompensas desempenham nesse cálculo decisório, configurando como *razões prudenciais*. Uma regra pode ser moralmente inconveniente, no entanto, poderá fornecer razões prudenciais para tratá-la como uma razão para a ação. Em seu exemplo, Schauer afirma que por mais que pareça moralmente errado contribuir com o sistema tributário da França pode ser que um agente que frequentemente esteja deslocando-se para este território e esteja sob pena de sofrer sanções pelo não pagamento, decida que, do ponto de vista prudencial, a melhor decisão a se tomar é efetuar o pagamento dos tributos (SCHAUER, 1991, p. 185).

Entretanto, o autor chama atenção para um ponto em relação às sanções e as recompensas. Embora compreenda-se que essas características desempenham uma influência no papel das regras, não seria correto pressupor que as razões prudenciais esgotam as razões para o agir devido à figura da punição e recompensa. Podem haver outros tipos de razões prudenciais que não necessariamente envolvem essas duas figuras. Ainda, um decisor pode duvidar da sua própria capacidade de decisão frente a um tema específico, confiando àquele que possui autoridade normativa a consideração das regras por ele estabelecidas, portanto, dizer que a regra existe para certo agente é “dizer que os decisores, em última instância e em virtude de razões não baseadas em regras, consideram a regra como relevante para decisões que estão chamados a tomar”<sup>45</sup> (SCHAUER, 1991, p. 188).

Ao ter dissertado, em linhas gerais, sobre as principais razões para considerar uma regra como uma razão para ação, Schauer propõe uma nova contribuição ao problema filosófico acerca da autoridade. Tendo raízes teóricas em Hart e Raz<sup>46</sup>,

---

<sup>45</sup> Schauer destaca que primordialmente o processo decisório parte de um decisor individual. O *status* que alguém adefere a determinadas regras parte de seu próprio processo de consideração. “É proibida a entrada de cães no restaurante”; “É proibido a dirigir em velocidade superior a 55 milhas por hora”. Esses enunciados, em um primeiro momento, estão sob ordem do decisor de considerá-los regras de experiência ou regras imperativas. Contudo, a não consideração pelo decisor individual não significa que não haja consequências práticas diante de determinados sistema normativo. Dessa forma, “não é a regra mesma, mas sim algo acerca que determina não só peso que tem a regra, mas também se se trata de uma regra depois de tudo” (SCHAUER, 1991, p. 190)

<sup>46</sup> Joseph Raz, em sua obra *The Morality of Freedom* (1986), oferece uma análise sobre o conceito de autoridade e suas implicações, prezando por uma leitura que explique como é possível que haja uma justificação da normatividade. Em linhas gerais, o autor repousa a sua tese sobre três ditames, são eles: a tese de dependência, a da justificação normal e da substituição prévia. A função da autoridade

Schauer afirma que comumente a autoridade é tida como independente do conteúdo. O problema da autoridade surge quando o agente está em desacordo com o conteúdo da norma proposta e está convencido de que não deve realizá-la (SCHAUER, 2013, p. 191). Contudo, Schauer apontou anteriormente que o principal papel das regras é oferecer uma resistência frente a outras avaliações que um decisor poderia ter suscitado. O autor explicita que para falar em um modelo de regras deve-se considerar que existe uma *assimetria da autoridade*.

A explicação desta tese resta elucidada de forma mais profícua se analisarmos a partir da perspectiva do Direito. Em um sistema jurídico há estabelecido que determinada comunidade aceita as regras dele advinda, embora uma parcela possa não aceitar, ainda assim será necessário que atuem conforme a regra<sup>47</sup>. Um determinado destinatário da regra pode arguir que, diante de todas as circunstâncias relevantes, não se deveria agir em conformidade com o enunciado descritivo, contudo, a autoridade que criou essa regra ocupou-se de criar mecanismo que rechaçam essa conduta.

Paul Boghossian, em seu texto intitulado “*Rules, Norms and Principles: A Conceptual Framework*” (2013) apresenta uma análise sobre as principais distinções conceituais, bem como investiga o porquê alguém considera regras como uma razão para a ação. O primeiro ponto distinto de sua argumentação repousa sobre o fato do autor não estabelece uma diferenciação rígida entre os conceitos de regras imperativas e normativas, posicionamento comum dentre os filósofos do direito. Além disso, o autor destaca que comumente se aponta para a necessidade de que uma regra deve possuir um conteúdo aceitável, tanto por uma pessoa quanto por uma

---

repousa sobre o fato de determinado agente renunciar ao seu melhor juízo em face de adotar as razões que são determinadas pela autoridade. Distintamente de Schauer, Raz percebe as normas como uma razão conclusiva e que, ao adotar determinado preceito exclui-se outras possibilidades sobre a mesma situação. Contudo, faz-se necessário uma ressalva. Pode-se confundir poder com autoridade. Raz, ressalta que não são conceitos equivalentes. Alguém pode ter poder sobre outro e estabelecer que este outro haja conforme o primeiro agente tenha estabelecido. Todavia, podem ocorrer situações em que esse poder não esteja emanando de alguém legítimo. O seu exemplo é o caso de seu vizinho que afirma que, caso este plante uma árvore, sofrerá como consequência que queime lixo em sua porta. Neste caso hipotético, o agente se vê compelido a não realizar uma ação frente a ameaça de outrem, contudo não significa que este possua autoridade sobre o primeiro, mas apenas exerce a função de um agente coator.

<sup>47</sup> O direito aspira um grau de autoridade, geralmente sendo realizado através de sanções, tal como restrições de bens, incidência em valores pecuniários e restrição de liberdade dos corpos. Entretanto não se esgota em sanções negativas, podendo haver um aspecto positivo. Tal como a legitimidade para autorizar e definir no que consiste o ato de casar, de poder dispor sobre os termos de transferência de propriedades, desde que o agente se comprometa a realizar determinada ação. Ver Schauer *The force of Law* (2015).

comunidade. Entretanto, uma regra que adquire força normativa, como as regras advindas da moral, nem sempre dependem da aceitação de determinada comunidade, assim como as regras do Direito não dependem de uma aceitação explícita para que seja considerada como restrições normativas ao comportamento de alguém (BOGHOSSIAN, 2013, p. 7).

Segundo Boghossian, a principal questão sobre as regras não repousa sobre o que ela é, mas sim de onde advém a força normativa capaz de incidir no comportamento humano (BOGHOSSIAN, 2013, p. 5). O autor destaca, tal como Schauer, que estar em conformidade com uma regra não é necessariamente segui-la. O autor propõe o denominado modelo ACER para explicar quais são as razões intuitivas para que alguém siga uma regra, tal como colocado na seguinte passagem:

(A) Aceitação: O agente deve, de alguma forma ou outra, aceitar a regra. (C) Correção: Se um agente está seguindo a regra R, então há um senso de correção, de acordo com o que ele faz é correto se ele estiver em conformidade com R. (E) Explicação: A aceitação de R explica o que o agente faz. Racionalização (R): Aceitação de R racionaliza ou dá sentido ao que o agente faz.

Todavia, o modelo apresentado pelo autor contrasta com a sua posição arguida anteriormente, dado que existem alguns tipos de regras que não oferecem ao agente a possibilidade de uma aplicação independente da aceitação. Dessa forma, o principal questionamento do autor é compreender como que alguém pode ser guiado por uma regra mesmo que não esteja explícito o que dela se deriva. Neste ponto, a fim de elucidar a presente proposta, tem-se que essa problemática sobre o explícito e não-explícito repousa na formulação da regra que evidencie ou não a sua justificação. Contudo, há regras que não possuem esse caráter explícito e inúmeras pessoas a seguem. É o caso, por exemplo, de alguém parar diante do sinal vermelho. Destaca-se que existem inúmeras motivações para que seja incentivado esse comportamento, mas não há na regra “quando o sinal estiver vermelho, pare!” nenhuma característica que deixe explícito qual é a exata justificativa da regra.

Acerca da normativa das regras, o autor elucida duas questões, são elas: as regras são elas mesmas normativas? Seguir uma regra é normativo? O primeiro ponto é questionar-se sobre o que deve ser considerado como normativo. Segundo o autor, algo é normativo quando fornece razões para o agir (BOGHOSSIAN, 2013, p.8). Considere os seguintes enunciados em relação ao primeiro questionamento: a) uma

regra imperativa com o conteúdo “mate o primogênito da família” e; b) uma proposição normativa: “você deve matar o primogênito da família”. Esses enunciados não oferecem razões para que alguém faça algo. De acordo com Boghossian, a regra enquanto uma regra “por si só”, não oferece nenhuma razão para o agir. A chave desse problema não se encontra apenas no fato de seguir uma regra ou de aceitá-la, mas sim de uma proposição moral subjacente (*underlying moral proposition*).

De acordo com o autor:

Quando alguém nasce em uma sociedade que aceitou certas normas e vive por elas, e se alguém continua a viver e se beneficiar dessa sociedade, então, outras coisas são iguais, esse alguém é obrigado a viver pelas normas que são aceitas naquela sociedade (BOGHOSIAN, 2013, p. 11)<sup>48</sup>

Assim sendo, para Boghossian, não há como procurar a fonte da normatividade na regra ou em sua aceitação, mas sim nas exigências da moralidade, sendo estas incidentes no comportamento e independentes de aceitação (BOGHOSIAN, 2013, p.11).

### 4.3 A tese da autonomia semântica

Como apresentado no capítulo anterior, a proposta teórica de Schauer repousa na defesa de um modelo de decisão que seja guiado por regras. Promovendo argumentos que vão de encontro a essa tese, inicialmente o autor propõe-se analisar qual o papel que as regras ocupam na vida cotidiana e em contextos institucionais, distinguindo, dessa forma, dentre os variados tipos de regras, destacando-se as regras prescritivas. O autor argumentou com base em dois modelos de tomada de decisão, o modelo conversacional e o modelo entrincheirado.

Restou elucidado que o modelo conversacional, embora seja eficaz em modelos de decisão particularista, não oferece uma solução adequada frente às experiências recalcitrantes, tendo em vista os limites da linguagem e

---

<sup>48</sup> Esse ponto parece problemático, dado que muitas vezes em uma “sociedade” existem fatores operantes que impossibilitam uma aceitação unívoca. É o caso, por exemplo, das estruturas dominantes advindas das distinções de classe, raça e gênero. Abre-se dois aspectos diante dessa passagem: 1) alguém que está vulnerável diante de determinada sociedade que aceitou determinadas regras não é adequado pressupor que fossem obrigados a viver conforme essas regras que os fragilizam ainda mais. 2) mesmo que determinado agente seja beneficiado pelas normas aceitas e que isso produza opressões para outros grupos, ainda assim este deveria agir conforme o que fora aceito?

discricionariedade em alto nível disposta àquele a quem cabe decidir. O modelo entrincheirado, por sua vez, embora seja mais rígido e ofereça problemas em relação à maleabilidade das normas, segundo Schauer, oferecerá uma resposta mais adequada para um modelo de decisão guiado por regras. O ponto principal da discussão schaueriana, nesse momento, repousa sobre o fato de que o modelo conversacional, diante dos refinamentos que se possa fazer, age em favor da justificação subjacente da regra<sup>49</sup>, enquanto o modelo entrincheirado condiz a decisão em favor do núcleo da regra e não de sua justificação, mesmo que tenha como consequência que o resultado difira da aplicação direta da justificação<sup>50</sup>.

O principal contraste entre os dois modelos é perceber que, no modelo entrincheirado, não há pressuposição que o núcleo da regra é coextensivo à sua justificação (SCHAUER, 1991, p.115). Dessa forma, Schauer argumenta que essa questão repousa sobre perspectiva da análise da linguagem. Dizer que o núcleo da regra e a justificação subjacente não se seguem, de acordo com Schauer, é afirmar que:

Quando se conclui que o significado de uma generalização não está totalmente determinado pela aplicação da justificação ao caso analisado, se está interpretando necessariamente que o significado é algo mais que o uso da linguagem particular, em um momento particular por parte de um falante particular e para lograr um propósito particular(SCHAUER, 1991, p. 116).

Schauer argumenta que a sua concepção de regra é incompatível com uma concepção particularista do significado, destacando que tanto a linguagem como o significado são ao menos não-contextuais. A esse posicionamento, o autor o denomina como *autonomia semântica*<sup>51</sup>. Essa autonomia advém da aptidão dos símbolos para portar significados que são independentes dos propósitos de seus usuários<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> A principal consequência deste “agir em favor da justificação” é que a regra é modificada no momento da aplicação da norma, como por exemplo, permitir que um cão-guia adentre ao restaurante. Para Schauer, essa hipótese, embora pareça razoável frente a muitos ângulos, produz um enfraquecimento das regras, considerando a necessidade de adequar-se diretamente a justificação da norma (SCHAUER, 1991, p. 115).

<sup>50</sup> Como vimos nos Capítulo II, as generalizações possuem a característica básica de suprimir determinadas propriedades e aceitar um modelo de regras entrincheirado implica necessariamente estar diante de resultados que sejam subótimos, tendo em vista que pode não parecer razoável certos contornos que uma regra entrincheirada adquire. Nesse caso, a problemática maior seria a rigidez do conceito de “cão” para todas as hipóteses possíveis.

<sup>51</sup> Sobre o fundamento ou fonte dessa tese, Schauer antecipa que não se compromete em realizar uma discussão exegética sobre o tema, apenas referindo-se que discutir essas questões não seria relevante nesse momento, mas apenas ter conhecimento de que independente desses questionamentos “há algo” compartilhado por todos os falantes de uma linguagem.

<sup>52</sup> Essa concepção foi brevemente abordada no capítulo II.

Entretanto, o autor adverte que dizer que algo é não-contextual não implica um essencialismo dos conceitos, mas sim que “o significado de uma expressão da linguagem não está totalmente determinado pelas circunstâncias ou pelo contexto imediato no qual se utiliza a linguagem” (SCHAUER, 1991, p.116). Ainda, há a distinção entre o “significado da expressão” e o “significado do falante”. Reiterando que o não-contextual não se refere a uma “pureza”, Schauer não nega que o significado da expressão incorpore aspectos morais, políticos e sociais, mas sim que, em um certo momento, “Existe algum significado que pode ser discernido acessando apenas as habilidades e compreensões definidoras de competência lingüística” (SCHAUER, 1991, p. 118).

Não obstante, a principal distinção entre uma definição não-contextual do significado e uma defesa particularista do significado é que a segunda não teria como explicar os fundamentos da comunicação, tendo em vista que “seria impossível explicar como se transmite o significado e porque escolhemos uma palavra e não outra para lograr um objetivo comunicativo particular”(SCHAUER, 1991, p. 118).

Especialmente no âmbito da filosofia do direito essa concepção da autonomia semântica ocupa um lugar controverso. Lon Fuller representa o maior expoente dessa problemática, caracterizado pelo seu debate com Hart, acerca da impossibilidade dos termos empregados nas regras não possuírem um núcleo de significado que seja independente dos propósitos específicos da regra (SCHAUER, 1991, p. 119). O ponto atrativo dessa perspectiva apresentada por Fuller repousa no fato de que se o significado pode diferir do propósito da regra, então poderá haver incidência de casos que sejam absurdos. Os dois exemplos contidos no texto *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart I(1958)*, de Fuller, especialmente na seção intitulada *The problem of interpretation: The Core and the Penumbra* evidenciam as razões para a não concordância com a proposta teórica de Hart<sup>53</sup> e compartilhada por Schauer.

O primeiro exemplo é um contraponto ao posicionamento de Hart em relação a regra “é proibido veículos no parque”. De acordo com o posicionamento de Fuller, não aceitar que um tanque oriundo da segunda guerra mundial seja exposto no parque sob o argumento de que este é um veículo, restaria como uma aplicação absurda da regra. Dessa forma, resta elucidado que Fuller argumenta em favor de uma tese

---

<sup>53</sup> Esses dois exemplos foram trabalhados no Capítulo anterior, p., mas será retomado aqui a fim de verificar de forma nítida as críticas de Fuller e as implicações que essa concepção particularista, caso aceita, produz na teoria de Schauer.

particularista na medida em que a regra deve necessariamente acompanhar o seu propósito. O segundo exemplo é sobre duas pessoas que infringem a regra “é proibido dormir na estação de trem”, sendo que uma dessas pessoas ao esperar o transporte teria dormido brevemente, enquanto a outra teria levado elementos que comprovam a sua intenção em dormir na estação (como travesseiros, por exemplo). Dessa forma, Fuller questiona o que “dormir na estação” significaria e qual decisão seria mais adequada para decisor frente a essa situação.

Entretanto, esse posicionamento contrasta fundamentalmente com a teoria de Schauer<sup>54</sup>, considerando que o autor propõe que as regras são feitas necessariamente de generalizações, que contém supressões de propriedades relevantes, além de distinguir entre o conteúdo de uma generalização e justificação da regra. Assumir o posicionamento de que o significado dos termos contidos na regra pode ser ajustado com o propósito da norma, significa afirmar que existe a possibilidade de que a regra seja modificada no momento de sua aplicação, nesse caso, de atender as demandas da justificação subjacente, posição que resta extremamente problemática para Schauer, tal como vimos nas principais críticas ao modelo conversacional de decisão.

Schauer afirma que as teorias realista do significado propõem uma desafio mais plausível a essas questões. Associado primordialmente a Hilary Putnam(1975), o realismo semântico repousa em dois aspectos básicos, são eles: as propriedades que preenchem os conceitos teóricos são atribuições do melhor paradigma possível e que os objetos podem ter a sua construção física alterada, no entanto, ainda assim, não deixariam de existir.<sup>55</sup> Segundo o autor percebe-se uma aproximação entre os aspectos que sustentou em relação a autonomia semântica e a proposta teórica dos realistas, dado que estes posicionamentos convergem em relação a inviabilidade do argumento que os termos variam conforme a pragmática de seu uso específico (SCHAUER, 1991,p. 120).

---

<sup>54</sup> Schauer afirma que comumente os filósofos particularistas atribuem a Wittgenstein as principais contribuições em defesa desse posicionamento, baseando-se, principalmente, no frase “o significado é o uso”. Schauer afirma que é atribuído injustamente ao autor que a sua frase implique no que os particularistas defendem. Segundo Schauer “uma coisa é dizer que o significado de uma palavra (frase ou oração) é uma função do modo em que a comunidade de falantes de uma linguagem a usa. Outra muito distinta é dizer o que significo é uma função do modo em que uma unidade da linguagem se usa em uma ocasião particular por um falante particular” (SCHAUER, 1991, p.120).

<sup>55</sup> Ver *Meaning of Meaning* (1975).

Schauer aponta para o fato que o significado que empregamos a determinados termos podem vir a ser ampliados, considerando o processo de refinamento sobre e a sua natureza, mas isso não implica que o significado desses termos varia de um contexto para o outro (SCHAUER, 1991, p.121). Contudo, em relação a termos que possuem em elemento moral de definição, tal como “vida”, “causa” e “morte” os realistas poderiam sugerir que esses termos pressupõem um determinado propósito. Partindo-se do ponto que de um desses propósitos pode vir a ser evitar resultados que são inconsistentes com as justificações de uma regra, então, novamente, o significado da regra poderia confundir-se com a sua justificação.

Schauer afirma que, embora as teses realistas sejam mais sofisticadas que teses particularistas, ainda assim podem ocorrer os mesmos defeitos, dado que não distingue entre um contexto universal e variável de um contexto particular. As teses realistas levadas ao âmbito do Direito, especialmente sobre o ato de um julgador de decidir também oferecem problemas que chocam-se com a proposta teórica de Schauer.

Schauer apresenta a concepção realista como:

A linguagem é essencialmente transparente e não é mais que um indicador contingente de uma realidade mais profunda. Em um sentido interessante, portanto, a semântica realista é para a semântica convencionalista o que as regras de experiência são para as regras imperativas. Se, então, descobrirmos que nossa compreensão do fenômeno subjacente que a linguagem reflete é modificada, ela também mudará o significado da linguagem, não como uma consequência causal, mas como um corolário logicamente necessário para a mudança na compreensão mesma. (SCHAUER, 1991, p.280)

As consequências desse ponto de vista para a teoria schaueriana resultam intrigantes. O exemplo de Putnam sobre a compreensão acerca da natureza da água reflete essa problemática. Putnam, no texto *Meaning of Meaning* (1975), apresenta o seu exemplo clássico sobre a Terra Gêmea para elucidar como as relações das definições dos termos não dependem somente de convenções dos falantes, mas também como partes integrantes do ambiente.

O exemplo se dá da seguinte forma: há um planeta como a Terra denominado “Terra Gêmea”, no qual há um líquido semelhante ao que chamamos de “água”, mas que a fórmula química é distinta. Enquanto neste mundo a fórmula encontra-se como H<sub>2</sub>O, na Terra Gêmea encontra-se como XYZ. Putnam, chega a conclusão que há duas saídas, são elas: aceita-se que água tem os mesmo significado em ambos os

planetas ou reconhece-se que esse líquido não é água (FONSECA, 2015, p. 50). Com base na teoria de Putnam compreende-se que “Aceitar a primeira hipótese significaria dizer que as meras disposições mentais de um falante bastariam para determinar a correta extensão de uma palavra, desconsiderando as especificações do próprio ambiente” (PUTNAM apud FONSECA, 2015). Através de seu exemplo conclui-se que “o significado e a referência do termo “água” não estão na cabeça; são fixados por aquilo que se passa no mundo” (PUTNAM, 1975).

Segundo Putnam, dizer que o “significado não está na cabeça” não é de nenhuma forma desconsiderar o papel que as faculdades mentais desempenham na competência de compreensão semântica. Para Putnam, a referência dos termos são fixadas por dois eixos, são eles: as outras pessoas e o mundo (PUTNAM, 1975). A principal questão que se deriva do seu posicionamento é que mesmo que tenhamos que incluir novas propriedades e descrever algum objeto de maneira mais elucidativa, isso não implica que aquele objeto deixe de existir ou se transforme em outro, ele apenas amplia o seu âmbito de definição. Putnam conclui que as regras semânticas aprendidas por um falante são insuficiente para determinar corretamente as definições que permeiam os objetos.

Quando se fala em ouro, geralmente não se apresentam outros aspectos oriundos dessa substância, como fórmulas químicas, estados físicos e outras nomenclaturas, mas há um núcleo comum compartilhado pelo falante médio acerca do que significa “ouro”. O conhecimento especializado advindo dos cientistas no geral podem oferecer um aumento do conhecimento sobre as propriedades de cada objeto, mas ainda assim o que irá distingui-los de um falante médio é grau epistêmico em que se opera e não necessariamente o conceito que acessam.

Podemos notar alguns aspectos convergentes entre a postura da autonomia semântica de Schauer e as principais teses abordadas sobre o realismo semântico já que ambas as posturas não compreendem o significado como algo que está disponível de definição pelo particular. Entretanto, a divergência de Schauer repousa sobre os termos jurídicos que não representam uma referência fora de seu sistema, como por exemplo, “contrato”, “habeas corpus”, “parte interessada”. O autor afirma que, dado o não-significado dessas palavras “seria muito mais plausível que tivessem significados que incorporam os fins e aspirações dentro do sistema do qual fazem parte” (SCHAUER, 1991, p. 282).

Caso uma aspiração do sistema normativo fosse de evitar resultados absurdos, poderia integrar-se ao significado da palavra "*habeas corpus*" esse fim, tornando-se, dessa forma, inviável conceber que toda vez que se aplicasse uma regra que estivesse contido esse termo houvesse a ocorrência de um resultado absurdo, salvo se mal interpretada (SCHAUER, 1991, 283). Novamente há um contraste em relação à proposta teórica de Schauer. Embora haja uma convergência sobre os termos de outros domínios que não específicos (como os conceitos empíricos, por exemplo), o realismo semântico não oferece uma resposta adequada no caso dos termos específicos, considerando que os termos que são específicos do direito também podem estar sujeitos a problemas de sub e sobreinclusão.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta dissertação consistiu em explorar o problema das regras, tanto no âmbito da vida prática como nos sistemas normativos institucionais. Para atender tal demanda, realizou-se uma análise inicialmente oriunda da filosofia da linguagem, especialmente a partir do conceito de textura aberta da linguagem, tendo como intuito analisar quais as consequências que, ao aceitar a existência de situações contempladas sob este conceito, implica para uma teoria sobre regras. Para realizar o objetivo central deste trabalho, a pesquisa constou das seguintes etapas:

Em um primeiro momento, buscou-se apresentar as origens do conceito de “textura aberta da linguagem” traçando uma trajetória que encontra bases no pensamento de Waismann, compartilhando teses centrais oriundas da filosofia de Wittgenstein. O principal ponto elencado por Waismann diz respeito sobre como a verificação dos conceitos empíricos não apresenta razões conclusivas e absolutas, dada a incompletude essencial das descrições empíricas (STRUCHINER, 2005).

Hart aplicando essa discussão da filosofia da linguagem ao âmbito do Direito, apresentou argumentos que mostram de que maneira a textura aberta da linguagem também encontra-se no âmbito do Direito, além de extrair consequências diretas sobre as decisões em situações particulares. Para Hart esse fenômeno linguístico gera os denominados “casos de penumbra”. Esses casos ocorrem quando não há certeza se determinada regra deve ou não ser aplicada a uma situação em particular.

Já Frederick Schauer compartilhando dos pressupostos teóricos de Hart, apresenta a sua contribuição teórica com uma análise detalhada do que se compreende pelo conceito de “regra”, bem como quais são as distinções necessárias para que uma regra seja considerada uma regra “prescritiva”. Segundo Schauer, a distinção básica sobre o seu trabalho repousa sobre a diferenciação entre regras prescritivas e descritivas. As regras prescritivas podem ser tidas com o intuito de alterar, controlar e neutralizar o comportamento, sendo constituído de um predicado fático e um conseqüente. O que oferece normatividade à regra não é o seu predicado, mas sim o seu conseqüente, como por exemplo, “caso fume em espaços públicos, será multado em x reais”. Caso não haja algo que exerça “pressão” o agente decisor pode interpretar a regra como uma sugestão ou instrução, sendo essa “qualidade

instrutória” passível de ser realizada ou não. Por sua vez, as regras descritivas possuem a função de descrever o mundo que nos cerca e não necessariamente de alterá-lo como se extrai dos seguintes enunciados: “o vinho francês é mais doce que o alemão”; “os alpes estão cobertos de neve em maio”.

Todavia, ambas as modalidades de regras contêm generalizações, tendo como característica dois pressupostos: a supressão e o contexto. É através do contexto que delimita o que se espera de um predicado fático, bem como elenca qual categoria que deve ser prezada. Quando cria-se a regra “é proibido dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”<sup>56</sup>, temos a elegibilidade do ato de dirigir sob efeitos de substâncias alcoólicas e psicoativas como o predicado fático, tendo como justificação subjacente a proteção de pedestres e dos próprios motoristas. Dessa forma, há o contexto, neste caso, desmotivar o consumo de substâncias psicoativas por parte de quem dirige e a supressão, como por exemplo, outras substâncias que causem dependência, tal como os remédios que são legalizados pelos órgãos de saúde competentes, mas que ainda assim causam dependência física.

A essa problemática o autor os denominou caráter subinclusivo e sobreinclusivo das regras e afirmou que a sua fonte repousa no fato de que não há como o criador da norma antecipar todos os casos possíveis, tampouco oferecer uma definição tão precisa que seja imune às problemáticas linguísticas, tais como a vaguidade e a textura aberta da linguagem. Além de analisar esses aspectos teóricos já debatidos na literatura especializada acerca *do que é uma regra*, Schauer propõe uma leitura sobre a sua definição de regra aplicada ao âmbito jurídico. Podemos extrair do panorama teórico de Schauer duas teses fortes, são elas: a de que as regras exercem “pressão” no agente decisor e que há uma autonomia semântica nas palavras.

A primeira tese está centrada na relação que se estabelece entre o agente decisor e o conteúdo normativo. Schauer afirma que o Direito para ser reconhecido como tal, necessariamente tem que ter como característica que os seus enunciados prescritivos ofereçam *resistência* no interior do sistema normativo, isto quer dizer que por mais que apresentem pontos fracos, a normatividade da regra ainda é

---

<sup>56</sup> Lei nº 11.275/2006, conhecida por “Lei Seca”.

considerada, mesmo que esta seja superada por uma regra mais forte. Além disso, é necessário que a regra seja válida e que o seu âmbito de extensão seja delimitado<sup>57</sup>. Destaca para o fato que uma regra jurídica pode ser válida, mas não eficaz e, portanto, com restrições de sua aplicação. É o caso, por exemplo, da multa que existe no Código Eleitoral Brasileiro para os cidadãos que não exercem o seu direito ao voto e não justificam o seu não comparecimento nas eleições. É uma regra válida que está reconhecida dentro do âmbito das leis, mas não muito eficaz pela sua alta taxa de incidência.

O segundo ponto é que há uma autonomia semântica nas palavras, ou seja, o seu significado pode ser não-contextual. Quando uma regra é estabelecida ela possui um predicado fático e uma justificação subjacente. Contudo, é errôneo afirmar que uma regra deverá ser interpretada conforme a sua justificação. De acordo com Schauer, o predicado fático da regra é independente do propósito de sua justificativa. Existem inúmeros motivos para o resultado da decisão particular, caso aplique-se diretamente a justificação subjacente, seja diverso de uma regra e, logo, se perca o *status* de regra prescritiva. Nesse caso, a regra prescritiva ganharia a roupagem de uma regra instrutória, perdendo, dessa forma, a sua força vinculativa.

Assim sendo, Schauer ofertou quatro modelos normativos que tentam diminuir a incidência dessas problemáticas, ressaltando que não há uma escolha de antemão, devendo ajustar-se conforme os interesses da comunidade. Esses modelos normativos são caracterizados pelo modelo conversacional (ou particularista), o modelo entrincheirado (ou formalista), o modelo positivista presumido (ou formalista sensível às regras) e o particularista sensível às regras.

Em geral, os modelos particularistas parecem apresentar um contraste incompatível com a defesa de Schauer em um modelo de decisão guiado por regras, dado que, embora se reconheça que as decisões particularistas possam oferecer uma solução extremamente adequada à situação particular, ainda assim podem gerar situações problemáticas, caso aplicados, sendo necessário realizar duas observações. A primeira consiste no fato de que as decisões particularistas possuem como característica fundamental não excluir nenhuma razão para a análise do caso

---

<sup>57</sup> Os sistemas jurídicos oriundos de um país, por exemplo. A extensão das regras jurídicas do Brasil não influencia nas regras jurídicas do Uruguai, salvo no âmbito internacional de cada sistema normativo.

fático e essa postura seria ideal para a resolução dos conflitos entre particulares, contudo, esses modelos abrem precedentes para que os magistrados ofereçam decisões com base nos seus preceitos pessoais, tal como vimos a respeito dos casos jurídicos envolvendo o jogador brasileiro Richarlysson e a trabalhadora Claudia<sup>58</sup>. A segunda é que um modelo particularista possui maleabilidade linguística e adequa o contexto da regra ao seu propósito, podendo integrar o predicado fático com a justificação subjacente, gerando resultados distintos para cada caso concreto.

Os modelos formalistas, por sua vez, são caracterizados pelos resultados sub-ótimos, ou seja, há situações que as regras não ofereceram resultados excelentes. Entretanto, Schauer aponta para o fato de que os resultados sub-ótimo são melhores comparativamente do que resultados errôneos que podem ser gerados a partir da aplicação de decisões equivocadas oriunda dos modelos particularistas. Schauer afirma que os principais argumentos em favor da adoção de um modelo de decisão que seja guiado por regras consiste na confiança, estabilidade, eficiência, segurança jurídica e prevenção ao risco das decisões que podem ser extremamente errônea dos modelos particularistas.

Alguns pontos devem ser destacados. Primeiro, a teoria de Schauer, em um primeiro contato, pode parecer uma obra restrita à Filosofia do Direito, mas uma análise detalhada demonstra que a sua preocupação teórica não se esgota nessa vertente. Definir *o que é* uma regra consiste um exercício que ocupa vários segmentos da filosofia e Schauer contribui para a discussão nesse sentido. Segundo, o seu texto apresentou-se como uma obra exploratória e não necessariamente centrada em oferecer uma tese inovadora sobre esse problema. A contribuição de sua obra também possui um aspecto prático, dado que visa estabelecer modelos que possam auxiliar no enfrentamento das questões linguísticas e jurídicas.

---

<sup>58</sup> Nota de rodapé nº39.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOGHOSSIAN, P. **Rules, Norms and Principles**: A Conceptual Framework. In: Problems of Normativity, Rules and Rule-Following. Ed. ARASZKIEWICZ, M., BANÁS, P., STUDNICKI, T.; PLESZK, K. Suíça, Springer. 2015. p. 3 -13.

BIX, Brian. H. L. A. **Hart and the "Open Texture" of Language Law and Philosophy** Vol. 10, No. 1 (Feb., 1991), pp. 51-72.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

\_\_\_\_\_. Código Nacional de Trânsito. Lei nº 5.108, de 21 de setembro de 1966. Instituiu o Código Nacional de Trânsito. **República Federativa do Brasil**. Disponível em: . Acesso em 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Código Penal Brasileiro (1941). **República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 nov. 2018.

CARRIÓ, G. **Notas sobre Derecho y Language**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

DORF, Michael C., **Courts, Reasons, and Rules**. Cornell Law Faculty Publications. QLR, vol. 19, no. 3. (200). Paper 119.

FULLER, Lon. **Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart**. In: Harvard Law Review, Cambridge, Vol.71, No.4 (Fev. 1958), pp. 630-672.

GOLDMAN, Alan H. **Rules in the Law Law and Philosophy** Vol. 16, No. 6 (Nov., 1997), pp. 581-602.

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

\_\_\_\_\_. **El nuevo desafío al positivismo jurídico**. Trad. de L. Hierro, F. Laporta e J. Del Páramo. In: Sistema, n. 36, maio 1980, p. 9. 82.

GRAEFF, P. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart.** 2015. Dissertação. (Mestrado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

MULLER, A. F. **O externalismo com rosto humano: interpretando a semântica de Hilary Putnam e suas aplicações.** 101f. 2016. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Departamento de Filosofia, Universidade Federal de Santa Maria, RS, Santa Maria.

PUTNAM, Hilary. **“The meaning of ‘meaning’.**” In: PUTNAM, Hilary. *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers, Volume 2*, pp. 215-71. Cambridge: Cambridge University Press, 1975.

STRUCHINER, N. **Uma Análise dos Casos Difíceis do Direito em um Contexto Positivista.** *Direito, Estado e Sociedade.* Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito. V.9 - no 17, p. 83- 93, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Para falar de regras.** Disponível em:  
[ged1.capes.gov.br/CapesProcessos/919300-ARQ/919300\\_5.PDF](http://ged1.capes.gov.br/CapesProcessos/919300-ARQ/919300_5.PDF)

SCHAUER, F. ***Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life.*** Oxford: Oxford University Press, 1998d.

\_\_\_\_\_. ***Prescriptions in Three Dimensions,*** *Iowa Law Review*, no 82 p. 911-22, 1997c.

\_\_\_\_\_. ***Rules and the Rule of Law.*** *Harvard Journal of Law and Public Policy* (Symposium on Rules and the Rule of Law), no 14, p. 645-94, 1991b.

WAISMANN, Friedrich. ***Verificabilidad.*** Tradução de Paloma Villegas. In: G. H. R. Parkinson (ed.). *La teoria del significado.* México: Fondo de Cultura Económica, 1976.

WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1994.

\_\_\_\_\_. **Investigações Filosóficas**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996