

Coerção, regras e interpretação: formalismo e positivismo jurídico em Frederick Schauer

Coercion, rules and interpretation: legal formalism and positivism in Frederick Schauer

Lucas Fucci Amato¹

Universidade de São Paulo (USP/Brasil)
lucas.amato@usp.br

Resumo

O artigo pretende apresentar, analisar e discutir uma versão teórica de positivismo jurídico: aquela representada pela obra de Frederick Schauer. A hipótese teórica levantada é de que Schauer dá sequência ao projeto teórico formulado pelos positivistas ingleses – particularmente, Bentham, Austin e Hart – de apresentar uma visão descritiva do que o direito é, diferenciando tal empreitada da avaliação de como o direito deveria ser. Entretanto, ao prosseguir nesse intento, Schauer explora criativamente as disparidades de conteúdo e metodologia entre os autores clássicos do positivismo, tomando posições inovadoras. Ao final, em vez de pretender orientar o legislador (como Bentham) ou de almejar a conceitualização dos atributos necessários de toda e qualquer ordem jurídica (como Austin), Schauer sustenta o projeto de discernir atributos típicos (ainda que não invariáveis) do direito tal como praticado no Estado moderno. Nessa linha, defende a centralidade da coerção para o funcionamento efetivo de um sistema jurídico (confrontando a posição de Hart a respeito) e para a distinção do direito em relação a outras normatividades (sociais, morais, políticas) que não podem reforçar a conformidade a suas normas pela ameaça de sanções desagradáveis. Tal distintividade da ordem jurídica também se caracteriza pela importância das regras formalizadas enquanto constrangimentos linguísticos racionais que se impõem à tomada de decisão pelas autoridades aplicadoras do direito.

Palavras-chave: teoria do direito; coerção; sanção; regras jurídicas; interpretação jurídica.

¹ Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-Docente, pós-doutor, doutor e bacharel em Direito pela USP, com estágio pós-doutoral na Universidade de Oxford (Reino Unido) e estágio doutoral na Harvard Law School (Estados Unidos). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Filosofia do Direito, Largo São Francisco, Sé, CEP 01005010 - São Paulo, SP, Brasil.

Abstract

The paper intends to present, analyze and discuss a theoretical version of legal positivism: the one represented by the work of Frederick Schauer. The theoretical hypothesis raised is that Schauer continues the theoretical project formulated by English positivists – particularly, Bentham, Austin and Hart – of presenting a descriptive view of what law is, differentiating such endeavor from the assessment of how law ought to be. However, in pursuing this endeavor, Schauer creatively explores the disparities in content and methodology among the classic authors of positivism, taking innovative positions. In the end, instead of aiming to guide the legislature (like Bentham) or aiming at conceptualizing the necessary attributes of any and every legal order (like Austin), Schauer supports the project of discerning typical (though not invariable) attributes of law as practiced in the modern state. In this vein, he argues for the centrality of coercion to the effective functioning of a legal system (confronting Hart's position in this regard) and to the distinctiveness of law from other normative orders (social, moral, political) that cannot enforce conformity to its norms by the threat of unpleasant sanctions. Such distinctiveness of the legal order is also characterized by the importance of formalized rules as rational linguistic constraints that impose themselves on the decision making of law enforcing authorities.

Keywords: jurisprudence; coercion; sanction; legal rules; legal interpretation.

Introdução

Este artigo pretende analisar a contribuição de Frederick Schauer, americano professor da Universidade de Virgínia nascido em 1946 e falecido em 2024, para o positivismo jurídico. Para tanto, o artigo mobiliza alguns dos principais escritos de Schauer, comparando suas posições com as dos autores canônico nessa linhagem teórica – particularmente os positivistas ingleses Bentham, Austin e Hart.

Em vez de adotar uma concepção instrumental da teoria jurídica como assessora do legislador (tal como Bentham) ou uma visão estritamente analítica preocupada em definir os atributos essenciais e necessários do conceito de direito (como tentou Austin), Schauer abraça uma metodologia filosófica mais wittgensteiniana, preocupada com o que é típico do direito, indicando “semelhanças de família”² que identificam os fenômenos jurídicos (normas, ordenamentos, procedimentos, interpretações) e os distinguem de outras normatividades (sociais, religiosas, morais, políticas). Nesse sentido, Schauer aproxima-se à metodologia de

² “Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que com a expressão ‘semelhanças de família’; pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, o andar, o temperamento etc., etc. – E digo: os ‘jogos’ formam uma família. E do mesmo modo, as espécies de número, por exemplo, formam uma família. Por que chamamos algo de ‘número’? Ora, talvez porque tenha um parentesco – direto – com muitas coisas que até agora foram chamadas de número; e por isso, pode-se dizer, essa coisa adquire um parentesco indireto com outras que chamamos também *assim*. E estendemos nosso conceito de número do mesmo modo que para tecer um fio torcemos fibra com fibra. E a robustez do fio não está no fato de que uma fibra o percorre em toda a sua longitude, mas sim em que muitas fibras estão trançadas umas com as outras” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 52-53, §67, destaque no original).

Hart, ao mesmo tempo em que contesta um dos pilares centrais do positivismo hartiano: a marginalização do papel da força, da coerção e da sanção enquanto atributos definidores do direito. Embora nem toda norma comporte uma sanção (e, nesse ponto, Hart tenha razão, contra Austin), o direito não se reproduz meramente por adesão espontânea a suas prescrições, como sugere certo pressuposto empírico da explicação hartiana; pelo contrário, a força é atributo importante que distingue a forma como se reproduz a normatividade jurídica: pela ameaça do uso da força para a imposição de multa ou privação da liberdade, por exemplo, caracterizando assim recurso capaz de suprir ou superar paixões espontâneas de simpatia, benevolência ou altruísmo. Este argumento é desenvolvido no primeiro tópico do artigo.

No segundo tópico, o texto analisa como a teoria da interpretação jurídica apresentada por Schauer leva adiante a contribuição de Hart, distanciando ambos de duas posições. De um lado, os afasta de uma posição realista ou cética – que menospreza o constrangimento racional que a referência a corpos de direito positivo com regras formalizadas impõe sobre a decisão das autoridades aplicadoras do direito. De outro lado, ambos se diferenciam de uma posição que poderia ser classificada como “idealizadora” (SARGENTICH, 2018), para a qual as razões subjacentes às regras poderiam compor um corpo moral coerente, o qual autorizaria os aplicadores do direito a reprogramar as soluções entreabertas pelas normas aplicáveis, ou a fazer de modo mais abrangente escolhas morais, retirando-as da esfera da tomada de decisão política.

O problema da coerção nas origens do positivismo jurídico: Bentham e Austin

As origens do positivismo jurídico, em sua vertente analítica, encontram-se na Inglaterra, com as figuras de Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859). Revoltado contra a irracionalidade da retórica de “direitos naturais” de seu mestre William Blackstone (1723-1780) – responsável por sistematizar a herança do *common law* como um conjunto formalmente perfeito de direitos e deveres para a sociedade britânica (BLACKSTONE, 2016) – Bentham (1987) via o positivismo como uma doutrina mais racional de orientação do legislador; mais claramente, o dado empírico ou positivo que Bentham (1823) localizava como matéria prima do direito eram as paixões de prazer e dor. O lugar comum de que todos buscam maximizar seu prazer e minimizar seu sofrimento ofereceu a Bentham a base para seu princípio da utilidade: a direção correta para a sociedade deveria ser não promover o hedonismo individual, mas um altruísmo radical, de modo que, em se considerando igualitariamente as porções de prazer e dor cabíveis a cada qual, se buscasse a maximização da utilidade ou bem-estar coletivo. Estudar o direito por suas consequências e instrumentalizá-lo segundo o princípio da utilidade e o cálculo felicífico era o cerne de tal positivismo, que via no discurso formalista sobre a garantia de direitos naturais um mero resquício “metafísico” de jusnaturalismo.

Assim, para Bentham, dentre os elementos que as pessoas calculam para decidir como agir, o direito (estatal) conta com um atributo especialmente relevante para a direção das

condutas: o direito é distinguido por reforçar a obrigatoriedade de seus mandados ou comandos pela ameaça de sanções desagradáveis, como multas, prisão ou morte. Trata-se de impulsos motivacionais bastante fortes, capazes de suprir ou superar paixões espontâneas de simpatia, benevolência ou altruísmo (SCHAUER, 2022, cap. 2). Afinal, Bentham (1970, p. 1) conceituava que “[u]ma lei pode ser definida como um conjunto de signos declarativo de uma volição concebida ou adotada pelo soberano em um Estado”, sendo que a vontade do legislador pode expressar-se por comandos, proibições ou permissões, cujo objeto é a “conduta a ser observada em certo caso por certa pessoa ou classe de pessoas, que no caso em questão está submetida, ou se suponha que esteja, ao poder daquele [...]”.

De outra parte, John Austin (1873; 1875; 1995) prosseguiu no projeto positivista de seu mestre, Bentham, mas enfatizou o estudo do direito posto em vez de voltar-se a uma ciência de orientação ao legislador. Com Austin, portanto, o positivismo analítico afirma o projeto de uma teoria geral do direito – preocupada com conceitos e definições capazes de explicar, descrever e operacionalizar toda e qualquer ordem jurídica (ou, ao menos, todo e qualquer direito estatal, independentemente de seu conteúdo político, historicamente contingente). Se Bentham tomava a coerção como elemento central na motivação dos cidadãos para agirem conforme o direito (afinal, todos buscam o prazer e fogem da dor), Austin passa a considerá-la como um atributo definidor do direito. Direito passa a ser entendido como o conjunto de ordens de um soberano (legislador), habitualmente obedecidas por seus súditos (daí se pressupor certa legitimidade, que permitirá tomar como dada a eficácia do direito); e tais ordens ou mandamentos nada mais seriam que a imposição de deveres garantidos por sanção – a ameaça de algum mal (AUSTIN, 1995, p. 23).

O que Bentham e Austin comungavam era uma crítica radical ao direito consuetudinário-jurisprudencial inglês e um entusiasmo pelos movimentos de legislação e codificação que tomavam o continente europeu no século XIX, particularmente na França e na Alemanha. Dado o avanço progressivo do parlamento sobre o rei na Inglaterra, especialmente desde os séculos XVII e XVIII (quando se institucionaliza a figura do primeiro ministro, escolhido pelo parlamento, como chefe de governo), localizar no corpo legislativo a referência da soberania e reduzir o direito às proclamações expressas por tal órgão representativo parecia ser a base para a construção de um direito mais racional e representativo, contrastando com a dinâmica arbitrária e conservadora do direito jurisdicional. Na prática, atuando sobre um direito que consideravam arbitrário – apesar de este se apresentar retoricamente como um acervo de tradições e costumes formalizados e purificados pela prudência judicial –, os positivistas ingleses buscaram fundar uma ciência do direito que providenciasse certeza para os juízos, clareza e determinação para os conceitos. É disso que trata a especificação, por Bentham, de um método empiricamente calculável para orientação dos legisladores (o utilitarismo). E é em sentido semelhante que rumo o projeto de positivismo analítico de Austin, com sua redução da teoria do direito – “*jurisprudence*” – à identificação da validade das normas (ancorada em fatos observáveis do mundo: comandos do soberano e obediência habitual dos súditos) e à decomposição analítica de conceitos como dever, norma e sanção (privando-os de suas referências morais).

A tradição do positivismo analítico no século XX – centrada nas figuras de Hans Kelsen

(1881-1973) e H.L.A. Hart (1907-1992) – veio a controverter-se sobre a centralidade da coerção na definição do direito. Embora permanecesse de pé o projeto de definir o direito formalmente – por referência descritiva a seus aspectos universais e necessários, e não por avaliação moral ou política de seu conteúdo variável –, apenas Kelsen enfatizou o quanto toda norma jurídica, para instituir um dever jurídico, depende da previsão de uma sanção, ainda que tal previsão esteja em outra norma, sistematicamente vinculada a uma norma não autônoma.

Para Kelsen (2006, p. 56-65) – seguindo aqui ortodoxamente o entendimento positivista de Austin – o direito só pode ser diferenciado da moral e da ordem social difusa como uma ordem cujas normas impõem sanção – e, como a imposição coercitiva destas é centralizada pelo Estado, direito positivo e Estado tornam-se, para os fins da teoria, coextensivos. Entretanto, contra Austin, Kelsen (2006, p. 64) reconhece que, “se bem que nem todas as suas normas estatuem atos de coação”, o direito pode ser caracterizado como uma ordem coativa; isso porque as normas que não sejam elas mesmas imperativas, que não estatuem elas mesmas um ato coercitivo, mas apenas confirmam competência para a produção de normas ou contenham permissões positivas, são normas não autônomas – têm que estar ligadas a alguma outra norma que estatua um ato de coerção. De importância secundária, diz Kelsen (2005, p. 71-72), é se a sanção tem uma função retributiva ou preventiva (como no direito penal) ou uma função reparatória, indenizatória (como no direito civil), bem como as formalidades processuais diferentes usadas em cada caso (*e.g.* ação mediante provocação da jurisdição, ou ação pública incondicionada). Diz Kelsen (2006, p. 57) que há “normas que conferem ao órgão legislativo competência para produzir normas” e, se a esse respeito “as determinações da constituição não são respeitadas, então não se produzem quaisquer normas jurídicas válidas, as normas produzidas em tais condições são nulas ou anuláveis [...]”. Interpreta-se, portanto (MASSON, 2007, p. 101) que “Kelsen se aproveita da construção austiniana que concebe as nulidades como sanções em sentido amplo”.

Já H.L.A. Hart (2007, cap. 3) enfatizou que há normas jurídicas que não instituem qualquer sanção, nem estão ligadas a outras normas que a instituem. A nulidade de um ato dispositivo, típica das normas reguladoras do direito civil, por exemplo, não deveria contar como sanção. Basta, para delimitar o conjunto de normas jurídicas, que tais normas cumpram os critérios convencionados pelas autoridades (a regra social de reconhecimento); e para a prática do direito, basta que as pessoas utilizem as regras jurídicas (cujas validade é assim determinada pelas autoridades) como padrões para orientar, justificar ou criticar condutas e decisões próprias ou alheias. Para normas que não criam diretamente deveres, mas conferem poderes, Hart (2007, p. 41-44) nega a analogia de se considerar a nulidade como sanção – na forma hipotética de, se o exercício do poder não respeitar os pressupostos colocados pela norma que confere tal poder, não resultará uma norma (legislativa, regulamentar, contratual, judicial etc.) válida. É certo que há uma frustração da expectativa (no sentido psicológico) de que o negócio jurídico, a lei, a portaria ou a sentença fossem válidas. Mas seria errado estender até aí a ideia de sanção, comumente associada à ameaça de um mal e, sobretudo, vista como um meio de desencorajar a prática de certas atividades. Aqui, em regras que conferem poderes, o exercício da conduta prevista na hipótese normativa (*e.g.* fazer um

testamento) é facultativo, e não objeto de desincentivo (não é usual assim entender a função do conseqüente normativo de que, desrespeitado, por exemplo, o requisito do número de testemunhas, o documento não terá validade jurídica). Seria igualmente absurdo pensar que a deliberação de um projeto de lei cuja votação não atingiu a maioria simples ou qualificada prevista no regramento do processo legislativo seria “sancionada” pela invalidade de tal lei, isto é, por sua não aprovação. Não é essa a linguagem usada no jogo jurídico. Seria como igualar, nos esportes, a pontuação de uma falta (sanção) às condições de pontuação de um gol ou cesta (*e.g.* a proibição do gol de mão).

Schauer (2022) enfrenta tal posição hartiana. Admite que nem toda norma institua uma sanção – que, portanto, não é atributo definidor da juridicidade. Entretanto, confronta Hart (2007, p. 46-50) para refutar a plausibilidade empírica do pressuposto de que rotineiramente boa parte das pessoas obedeçam ao direito simplesmente por ser direito, sem considerar a expectativa de sofrer uma punição pelo desvio. Como distingue Schauer (2022, cap. 4-5), empiricamente pode-se atuar em conformidade com o direito:

- por algum fator independente (por exemplo, por se concordar moralmente com o conteúdo desta ou daquela norma) – neste caso, o direito é causalmente inócuo, apenas incorporando ou reiterando uma normatividade (ou “força normativa”) que lhe é exterior;
- pelo mero fato de ser direito (a definição formal da conduta como lícita ou ilícita enseja aderência de seus usuários, sob a crença de que se deve obedecer o direito, qualquer que seja seu conteúdo) – situação focalizada pela teoria de Hart;
- pela crença na legitimidade política daquele sistema jurídico (em sua justiça formal e procedimental, legalidade ou respeito ao Estado de direito, digamos);
- ou pelo medo da sanção (independentemente de se aceitar o conteúdo da norma ou mesmo o dever *a priori* e geral de obedecer o direito) – como enfatizava o positivismo imperativista de Austin.

O direito (ainda que não em todas suas diretivas e normas) vale-se da ameaça da força como meio coercitivo para influenciar decisões e induzir condutas; com isso pode corroborar ou derrotar as preferências (egoístas ou altruístas) do indivíduo ou as regras sociais (morais, religiosas) de seu meio. Quando os juízos pessoais independentes do direito conflitam com o que é estabelecido pelo direito, a mera indicação do que é devido juridicamente pode contar para que se obedeça ao direito, a legitimidade do sistema pode pesar também nesse sentido, mas é o medo da punição (posta normativamente e provavelmente imposta com efetividade) que provoca um constrangimento comportamental mais definitivo em favor do comportamento conforme o direito, contra todas as outras razões (religiosas, morais, econômicas ou políticas, individualistas ou cooperativistas, etc.) a sugerirem, eventualmente, uma decisão ou conduta diferentes daquelas demandadas pelo direito.

Assim, conclui Schauer (2022, cap. 11), juízes, advogados e policiais, suas formas de argumentação, suas organizações, procedimentos, métodos e fontes – aquilo que mais ou menos identificamos como direito – tendem a ser socialmente especializados e úteis no controle e imposição da coerção, ainda que nem todo o direito seja imposto à força, ainda que nem toda norma jurídica disponha de uma sanção e ainda que elementos não punitivos em um

sentido estrito – sanções políticas e reputacionais, recompensas e incentivos – façam parte de uma ordem jurídica qualquer (inclusive fora do Estado) ou mesmo das políticas públicas em geral (em uma faceta do Estado para a qual o direito, com sua nota coercitiva típica, talvez não seja determinante, em comparação com outras técnicas administrativas).

Em comentário crítico, Green (2016) defende que é conceitualmente possível que um sistema jurídico jamais empregue coerção, mas que todo sistema jurídico tem que contar, por definição, com a possibilidade de empregá-la, se necessário (se esse emprego realmente ocorre ou não é uma questão empírica). Mais precisamente, a força do direito não se reduziria à coerção, e esta não deveria ser entendida de modo a cobrir qualquer incentivo comportamental (penas e punições, recompensas e incentivos, perda de reputação etc.). Em geral, os sistemas jurídicos combinariam três elementos: (i) a definição e imposição normativa de deveres (a formulação e formalização de normas, poderíamos dizer); (ii) o uso do poder como fator causal de influência sobre interesses e comportamentos (provavelmente poderíamos pensar aqui inclusive nas regras constitutivas pelas quais o Estado determina requisitos para reconhecer a validade e executividade de contratos, testamentos e negócios jurídicos em geral); e (iii) a coerção, entendida restritivamente por referência a meios que influam sobre seus alvos de modo a não lhes permitir qualquer escolha entre alternativas razoáveis (a multa ou a prisão são, evidentemente, os casos centrais desses meios de direção determinante das escolhas).

Da coerção à interpretação regradada: a virada hartiana

Schauer (1999, p. 140-141) sugere que o positivismo jurídico pode implicar determinados compromissos (com justificação das decisões sem apelo a crenças morais particularistas e com a legalidade e limitação dos poderes e sanções, por exemplo) que podem favorecer o surgimento de um direito melhor do que aquele produzido sob outras concepções teóricas (por exemplo, um puro instrumentalismo jurídico autoritário ou um direito teocrático). Por outro lado, é definidor da posição positivista adotar uma perspectiva de observação do direito moralmente desengajada, descomprometida de avaliações sobre a moralidade e a justiça da ordem jurídica sob observação. Assim, o “ponto de vista interno” capaz de observar as regras enquanto padrões de justificação, crítica e orientação de condutas e decisões não implica – pelo contrário, rejeita – um compromisso de endosso moral do conteúdo da normatividade. Esse foi justamente um dos pontos esclarecidos por Hart em seu clássico debate com Lon Fuller, adversário de tal neutralidade axiológica empunhada pelo positivismo analítico (ver SCHAUER, 1994; AMATO, 2019).

Se para analisar o direito cabe adotar uma perspectiva compreensiva, hermenêutica, mas moralmente desengajada, está excluída a posição radicalmente antiformalista, que observa as regras enquanto meros pretextos que advogados e juízes manejam retoricamente, enquanto na verdade atuam e decidem por outros motivos. Ora, a análise empírica desses outros motivos – psicológicos, ideológicos, sociais – foi justamente uma das vertentes abertas pelo positivismo jurídico na linhagem de Bentham, culminando com estudos da sociologia jurídica

e do realismo jurídico americano, particularmente. Hart, porém, adotou posição crucial de rejeição a essa redução empírica (ou naturalista) do direito (ver SCHAUER, 2012a), para enfatizar o constrangimento decisório racional que as regras jurídicas apresentam. Ainda que sejam formuladas em linguagem natural, e ainda que esta linguagem tenha uma “textura aberta” (termo que Hart empresta do filósofo Friedrich Waismann, 1896-1959), há exageros em se conceber a indeterminação total do direito.

Para Hart (2007, p. 142-143), o formalismo ou conceitualismo está errado ao pressupor que, formulada uma regra baseada em um conceito, não haverá necessidade de escolha entre interesses concorrentes em casos difíceis de aplicação da regra. É como se todo o direito se resumisse a casos simples, ou como se fixássemos apenas a partir dos casos simples o significado das regras. Entretanto, pode surgir um conflito entre a linguagem geral da regra e as finalidades que a ela podemos imputar: seríamos então obrigados a incluir na regra casos que, pela finalidade determinável desta, deveriam ser excluídos, e obrigados a excluir da regra casos que deveriam (a princípio, segundo sua literalidade) ser incluídos – daí a demanda por interpretações restritivas ou extensivas. A própria função da regra, de dar segurança e previsibilidade, entra em conflito com o melhor julgamento, com a razão que sustenta a criação e aplicação da regra.

Já o realismo – ou ceticismo sobre a racionalidade da aplicação das regras, sobre o constrangimento que estas implicam para a decisão e justificação jurídica – está errado ao conceber que as regras gerais são meras “fontes” do direito, e que o direito é apenas o que as autoridades aplicadoras decidirem (ver HART, 2007, p. 149-161). Ora, primeiro, a autoridade de um tribunal é ela mesma constituída por regras: as regras secundárias de julgamento. Em segundo lugar: quanto às regras primárias (de conduta), tanto as pessoas quanto as autoridades não apenas constatarem regularidades e hábitos e procuram fazer predições, mas empregam padrões normativos – usam as regras para orientar e avaliar condutas, justificar e criticar decisões (ainda que as mesmas regras justificassem soluções alternativas). Este uso das regras é o aspecto crucial do “ponto de vista interno” de que fala Hart, e para Hart se configura independentemente de os usuários dessas regras as considerarem boas ou ruins sob outros parâmetros – morais, políticos, econômicos. Ora, que possa haver más aplicações das regras é algo que só pode ser avaliado por referência a um padrão: tem-se que pressupor a própria regra! Que as decisões judiciais, especialmente da última instância, sejam definitivas, e que por isso eventual “erro” de aplicação da regra pelos juízes (assim avaliado por outros observadores) não tenha eficácia normativa no sistema, subsistindo como válida a decisão “errada”, não implica que não haja regra – pelo contrário. Definitividade (uma questão de autoridade política e validade jurídica) não significa infalibilidade ou incorrigibilidade (uma questão de juízo crítico sobre as ações e também sobre as próprias decisões das autoridades). O que se cobra é que o juiz adira a um padrão pré-existente (a regra) e não simplesmente crie *ex nihilo* sua decisão. Claro, a violação continuada de uma regra (seja pelo público, seja pelas autoridades, que deixem de aplicá-la), sem qualquer contestação que a mobilize como padrão normativo crítico, implica o desuso dessa regra, sua desconstituição ou desinstitucionalização. Ela deixa de ser uma regra.

Os ataques mais célebres ao positivismo hartiano contestaram centralmente a concepção

de que há discricionariedade da autoridade aplicadora da regra quando esta não constanja totalmente as opções interpretativas, e quando haveria espaço, portanto, para se fazer juízos contextuais de valor e finalidade, função e interesse. Nesse sentido é que Dworkin (1986; 2006; 2011) apresentou a concepção de que uma ordem moral abrangente está pressuposta no direito e em sua aplicação, orientando de maneira vinculada a interpretação do direito, ainda que não se disponha de regras claras e previamente formalizadas aplicáveis à solução de determinados casos (ou, mesmo no caso de haver tais regras, quando a solução por elas indicada não for a melhor à luz da moralidade política pressuposta por aquela ordem jurídica).

É neste ponto que Schauer retoma a herança hartiana, defendendo sua teoria da interpretação. O ponto aqui parece ser o de evitar o avanço da jurisdição sobre as decisões de valor que já foram ou deverão ser tomadas pelo povo e por seus representantes. Afinal, diz Schauer (1988, p. 541), “[é], por exemplo, uma posição plausível que o público e não o departamento de filosofia da Universidade de Michigan, deva determinar as soluções morais envolvidas no governo dos Estados Unidos”, o que vale “mesmo que o departamento de filosofia da Universidade de Michigan pudesse fazer melhores escolhas”.

Nesse sentido é que Schauer (1988) defende as virtudes de uma prática interpretativa centrada em torno de um “formalismo presumido”: a presunção a favor do resultado gerado pela interpretação literal da regra mais localmente aplicável, só derrotável quando normas menos localmente aplicáveis – incluindo o propósito subjacente à norma particular e normas tanto dentro quanto fora do domínio decisório em questão – oferecerem razões especialmente exigentes para que se evite o resultado gerado pela norma mais “próxima”.

Sem abraçar incondicionalmente os vários postulados e pressupostos do formalismo jurídico clássico (como sua visão altamente racionalista e sistemática do direito, centrada ao redor da crença na fixidez de sentido das regras, na completude e coerência do direito positivo etc.), Frederick Schauer retém, entretanto, a importância linguística das regras enquanto estrangimentos racionais à tomada de decisão especificamente jurídica.

Um particularismo absoluto implicaria considerar cada caso em suas singularidades, buscando a justiça material, a resposta contextualmente mais adequada para aquelas pessoas e aquela situação concretamente consideradas, levando-se em conta todos os fatores para se produzir a melhor decisão possível no mérito. O preço cobrado seria certa invasão das esferas de poder e competência – da divisão de trabalho entre criação legislativa do direito e aplicação judicial, por exemplo – e certa inconsistência do direito, dada a impossibilidade de universalizar padrões de tratamento igual de casos suficientemente semelhantes.

Já um formalismo absoluto implicaria resumir toda e qualquer aplicação do direito à derivação a partir de regras, enquanto razões dotadas de autoridade (pois reconhecidas como derivadas das fontes institucionais do direito) e enquanto argumentos padronizados, que dispõem de certa rigidez acontextual: pela generalidade e abstração de sua formulação, as regras comportam uma linguagem que previne a contemplação de qualquer fato e princípio relevantes para uma aplicação particular da regra; só os fatos e valores mais imediatamente vinculados ao significado do enunciado normativo contam como justificação. Decisões exclusivamente baseadas em regras são o contrário de decisões perfeitamente sensíveis ao

contexto, ao caso concreto e a suas particularidades. Em contrapartida, oferecem maior previsibilidade, controle público da fundamentação decisória, respeito a divisões de poder e tendência à justiça formal. Maior racionalidade e universalidade.

A ideia de um formalismo presumido parte da constatação de que é um juízo contextual e revisável quando adotar a posição formalista (universalista) e quando adotar o juízo particularista (SCHAUER, 1988). Um mesmo sistema jurídico tenderá a uma ou outra técnica em diferentes áreas e diferentes problemas. Quando se adotam considerações valorativas ou finalísticas, modera-se o constrangimento linguístico de padrões formalizados em regras, pois os propósitos são inevitavelmente plásticos, flexíveis; não podem ser reduzidos a formulações canônicas, guardando uma sensibilidade particularista.

A ideia de dar um peso a princípio superior (ainda que reversível) aos padrões universais textualizados em fontes formais do direito – isto é, dar preferência aos resultados gerados pela aplicação da regra mais próxima e só excepcionalmente “derrotá-la” por referência a razões mais remotas ou indeterminadas – implica não só um formalismo moderado, mas também a defesa do positivismo, no sentido de reconhecer que há fontes formais do direito, determinadas circularmente pelo reconhecimento de autoridades indicadas por essas mesmas fontes. As regras também são formalizações de valores subjacentes; temperá-las por apelo a outros valores ou finalidades exige superar uma presunção em favor da programação decisória (a imputação de determinada consequência normativa a determinada hipótese fática) pré-estabelecida (pelo legislador, pela administração pública, pelas partes privadas, pela jurisprudência), à qual o intérprete-aplicador deve deferência.

Esse entendimento não evoca apenas o sentido do formalismo jurídico, mas também do positivismo – da concepção segundo a qual a validade das normas jurídicas é questão independente daquela sobre o valor moral dessas mesmas normas. Ao menos alguns sistemas jurídicos poderiam funcionar em termos positivistas e formalistas, ao menos em muitos de seus setores e problemas. Trata-se de uma variável que depende de convenções de suas autoridades, de incentivos dados pelo desenho institucional (incluindo a hierarquia judicial e seus instrumentos processuais e recursais) e da cultura e educação jurídica.

Os conceitos de positivismo e formalismo “presumidos” (SCHAUER, 1988; 1991, p. 196-206) tratam de definições sociais, fundadas em fatos suscetíveis de ser descritos. Não haveria conexão conceitual necessária entre direito e moral, a implicar a invalidação de normas postas pela autoridade uma vez que essas sejam avaliadas como injustas (posição jusnaturalista). Alguns sistemas jurídicos podem ser moralistas e teocráticos; outros podem ser seculares e separar o direito positivo dos preceitos morais; nesse caso, o direito injusto continua a ser direito. Regras são válidas por algum tipo de teste (a remissão à autoridade determinada por regras secundárias) diferente de sua avaliação moral, econômica, política ou religiosa.

Esse entendimento do positivismo o torna um análogo ao formalismo em certo sentido: sistemas de direito positivo pressupõem tipicamente tal diferenciação sistêmica (entre normas jurídicas e outras normas, entre juízos de validade e outros tipos de juízos de valor), assim como regras pressupõem tipicamente universalizar razões decisórias em detrimento de avaliações equitativas e particularistas de uma controvérsia concreta. O problema “micro” da interpretação do direito como uma interpretação regrada (formalismo) se vincula ao

problema “macro” da delimitação do direito como um sistema com padrões decisórios próprios e distintivos, as regras válidas (positivismo).

No ataque de Dworkin (1967; 1972; 1975; 1977; 1985) ao positivismo, ambos os pontos foram atingidos: o direito não seria meramente um conjunto ordenado de regras (mas também de princípios e políticas), e tampouco as regras seriam determinantes absolutas de casos controversos – podendo ser, afinal, desconsideradas se repelidas por princípios de justiça, que, assim como as regras (e ao contrário das políticas), comportam direitos individualizados suportados pelo direito. Até mesmo para um positivismo inclusivo, padrões meramente morais poderiam ser internalizados na decisão jurídica, sem a necessidade de estarem previamente regrados, e poderiam derrotar as regras aplicáveis. Essas diretrizes morais estariam integradas à ordem jurídica. Bastaria que fossem substancialmente coerentes com a moralidade articulada ou pressupostas pela superfície de padrões autoritativos de direito. Não dependeriam de um *pedigree*, de um prévio reconhecimento e validação por autoridades e fontes formais.

Uma resposta positivista exclusivista seria dizer que esses padrões morais, uma vez reconhecidos pela jurisprudência, tornam-se já igualmente jurídicos (ao menos para os casos posteriores ao precedente que os internalize). Porém, em favor de uma visão inclusivista, nota-se a existência de casos que evidenciam “que nenhuma resposta gerada pelo conjunto de normas positivamente válidas é imune à rejeição em favor de normas sem *pedigree*” (SCHAUER, 1991, p. 201), isto é, princípios morais e sociais que jamais haviam sido reconhecidos previamente como jurídicos. Teríamos nesses casos não uma rejeição conceitual do positivismo, mas uma negação de que os sistemas jurídicos respectivos (por exemplo, dos Estados Unidos) adotem um entendimento positivista estrito sobre as fontes do direito.

Entretanto, o atributo positivista da certeza e publicidade das regras volta-se a orientar o cidadão e a disciplinar o poder. Daí seu vínculo com o formalismo. Por isso, preferimos *em regra* os significados mais evidentes e as regras mais localmente aplicáveis; esses significados e regras não são absolutamente preponderantes, mas carregam uma forte presunção a seu favor. Só excepcionalmente, não rotineiramente, podem ser derrotados por avaliações mais controversas e princípios subjacentes. “E se de fato há uma prioridade do resultado gerado por um conjunto limitado de regras válidas [suscetíveis a um teste de *pedigree*], o que emerge é um sistema que talvez possa ser mais bem descrito como de *positivismo presumido*” (SCHAUER, 1991, p. 203, destaques no original). Claro, a medida em que cada sistema jurídico existente resolva fazer prevalecer tal concepção é uma questão empírica. Mas sua justificativa está assim bem representada em oposição a sistemas jurídicos menos diferenciados, que se mostrem mais abertos a critérios morais de avaliação das regras e que favoreçam juízos mais holísticos dos casos controversos (com base inclusive em normas sociais, morais, religiosas etc.), em detrimento de juízos filtrados por regras previamente formalizadas e postas como distintivamente jurídicas.

Os modelos explicativos do formalismo e do positivismo presumidos envolvem o reconhecimento da sub e sobreinclusividade das regras (SCHAUER, 1991, p. 31-34; ver também STRUCHINER, 2010). Regras são generalizações não apenas no sentido de tipificarem condutas e se referirem a classes de pessoas, mas no sentido de servirem *em geral, em regra*,

como boas razões para dar, ao evento previsto em sua hipótese fática, o tratamento previsto em seu consequente normativo. Aqui, as regras prescritivas, em suas generalizações normativas (de imputação de certas consequências a dados fatos e condutas), funcionam de forma homóloga às regras descritivas, com suas generalizações probabilísticas de causas e efeitos.

Assim, as regras são um instrumento valioso para sistemas jurídicos complexos. Elas são generalizações “entrincheiradas” (SCHAUER, 1991, cap. 3) – isto é, contam com uma forte presunção relativa a favor de sua aplicação e impõem maior ônus argumentativo a soluções que mobilizem razões contrárias, as quais devem ser especialmente “pesadas” para superarem ou ultrapassarem a força das regras.

Entretanto, dada a imprevisibilidade inerente à criação de regras (ao desenho legislativo, ao desenho de regulamentos e políticas públicas, ou mesmo à consolidação jurisprudencial), haverá sim casos que, embora se coloquem como instâncias concretas da hipótese de incidência universal prevista em uma regra existente, não teriam como melhor solução aquela prevista na regra. Este é um problema de sobreinclusão das regras: elas servem como razões inclusive em situações nas quais não seriam o melhor parâmetro de avaliação do caso. Cabe aqui uma interpretação restritiva. Por outro lado, há casos que seriam bem resolvidos segundo a solução prevista em determinada regra, mas que não se enquadram em sua hipótese de incidência. Este é um problema de subinclusão das regras, demandando interpretação extensiva.

A regra, por si só, é uma razão para decidir que em geral exclui a consideração de outras razões. No entanto, esse juízo acerca da sub ou sobreinclusão das regras implica indagar sobre a razão subjacente à regra (seu princípio, política, valor ou finalidade justificadora). Argumentar a partir dessa razão implicaria restringir a aplicação da regra, deixando de usá-la em casos nos quais à primeira vista ela incidiria, ou estender a aplicação da regra a casos que *a priori* ela não cobriria. Reconhecer tais situações não implica desconhecer a existência e a força limitadora das regras (enquanto formalizações linguísticas de normas) como parâmetros de julgamento, ainda que não absolutos e definitivos diante de outras avaliações (não regradas). Resolver recalibrar as generalizações contidas nas regras jurídicas a cada aplicação seria solapar o direito como um sistema (sobretudo) de regras e desfigurar a interpretação jurídica como um juízo distinto da avaliação puramente moral, econômica ou política. A discussão sobre a derrotabilidade das regras é outra via para descrever a regridade como atributo do direito positivo, e dá novas cores à clássica distinção entre interpretação extensiva e restritiva.

A preferência por soluções pré-programadas (formalizadas e positivadas por autoridades) enquanto atributo que define o caráter regrado do discurso jurídico coloca-se em paralelo com nosso entendimento comum sobre a relação entre direito e força. Como observa Schauer (2022, cap. 1), as pessoas tendem a agir segundo seu melhor juízo do que é correto fazer, de como deveriam se conduzir. Pode ser uma avaliação informada ou errônea, altruísta ou egoísta. Mas, a não ser que haja razões suficientemente fortes para contrastar esse juízo, é assim que as pessoas agirão. O direito, entretanto, costuma contrastar com tais autoavaliações sobre o que fazer, com julgamentos independentes feitos seja pelas

autoridades, seja pelos cidadãos.

Quanto aos juízos feitos pelas autoridades, especialmente, surge a questão da excepcionabilidade das regras – isto é, de apresentar novas exceções a um comando condicional. A partir da ideia (SCHAUER, 1991, p. 31-34) de que regras são universalizações, mas podem ser sub ou sobreinclusivas em termos das avaliações adequadas de determinada situação (à qual a regra se aplique como parâmetro de julgamento), Schauer (2012b) questiona se a derrotabilidade (ou excepcionalidade) de todas as regras é característica necessária dos sistemas jurídicos. Conclui que as regras não determinam as próprias condições de sua aplicação, e que a derrotabilidade é, portanto, uma característica contextual de como cada sistema usa as regras, mobilizando-as dentro de um espectro que vai desde tratá-las como razões definitivas, conclusivas e inderrotáveis para justificar as decisões (um formalismo extremo) até considerá-las como razões sem qualquer autoridade ou peso especial (um ceticismo igualmente extremo), passando por mobilizar as regras como razões presumivelmente preponderantes, mas excepcionalmente derrotáveis (um formalismo presumido). A derrotabilidade não é, portanto, uma implicação lógica do conceito de direito, mas uma variável empírica da regra de reconhecimento adotada em cada sistema, reabrindo o embate entre os positivismos (exclusivo ou inclusivo) e o interpretativismo.

Conclusão

As regras jurídicas fornecem uma razão para agir desta ou daquela maneira, e sua internalização por si só precisa ter força suficiente para mobilizar as pessoas a agirem conforme o direito, superando outras razões (morais, religiosas, econômicas, políticas, familiares etc.). Não importam os motivos psicológicos individuais para agir conforme o direito: as regras importam enquanto razões públicas para agir, para justificar a própria conduta e para avaliar comportamentos e decisões alheios. Contudo, se a mera internalização espontânea das regras jurídicas não constranger suficientemente as escolhas individuais, fazendo-as obedecer ao direito, então é preciso contar com uma razão adicional para orientar as expectativas: a ameaça da coerção – da imposição de uma sanção, mesmo contra a vontade do sujeito.

Em paralelo a esse problema da obediência, para alguém na posição de sujeito à ordem jurídica, existe o problema da interpretação pelas autoridades competentes para decidir casos segundo o direito. Em regra, entendemos que sua competência se restringe a aplicar padrões gerais previamente formulados, e não a lançar mão de juízos particularistas, para cada caso. Claro que pode ser necessário restringir, reformular ou mesmo, excepcionalmente, superar uma norma jurídica aplicável, já formalizada (ou formalizável) como regra condicional e já positivada previamente por alguma autoridade competente. Mas essa superação precisa ser excepcional; do contrário, não teríamos nunca regras a obedecer e a aplicar; a autoridade decidiria tudo segundo seu melhor juízo. As regras, em contraste, ofertam razões generalizadas e “entrincheiradas”, reforçadas, que afastam outras razões evocáveis pela autoridade aplicadora do direito, a não ser que essas outras razões persuadam

argumentativamente como suficientemente fortes para superarem a programação já pré-estabelecida.

Quanto menos espaço um sistema jurídico abrir para a excepcionalidade ou derrotabilidade das regras, mais estrito ele será com relação à imposição das sanções por elas programadas (SCHAUER, 2021). Dessa forma o grau de formalidade e positividade associado a uma ordem jurídica concreta pode ser avaliado e mensurado como uma variável, combinando a régua dos modelos interpretativos (mais particularistas ou mais universalistas) apresentada por Schauer com sua discussão sobre o papel motivacional da força na sustentação de um alto grau de conformidade com o direito.

Assim como, para Schauer (2022), a coerção é atributo típico do direito (embora não necessário, presente em toda e qualquer norma ou ordenamento jurídico concebível), a regridade, também para Schauer (1991), é atributo típico da interpretação-aplicação do direito na sua concretização administrativa ou em procedimentos de solução de controvérsias. Em regra, o discurso jurídico é viabilizado e constrangido por regras. Esse atributo é mais ou menos pronunciado conforme o contexto institucional e a cultura jurídica em que se pratica concretamente o direito.

Referências

- AMATO, L. F. 2019. Moralidade, legalidade e institucionalização: o debate Hart-Fuller. *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV)*, **11**(1):335-360.
- AUSTIN, J. 1873. *Lectures on Jurisprudence, or, the Philosophy of Positive Law II*. 4 ed. Edição de Robert Campbell. London, John Murray.
- _____. 1875. *Lectures on Jurisprudence, or, the Philosophy of Positive Law*. Edição de Robert Campbell. New York, Henry Holt and Company.
- _____. 1995. *The province of jurisprudence determined*. Edição de Wilfrid E. Rumble. Cambridge, Cambridge University Press.
- BENTHAM, J. 1823. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford, Clarendon Press.
- _____. 1970. *Of laws in general*. Editado por H. L. A. Hart. London, Athlone.
- _____. 1987. Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution. In: J. WALDRON (ed.). *'Nonsense upon stilts': Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London, Methuen, p. 46-69.
- BLACKSTONE, W. 2016. *Commentaries on the Laws of England: Book II, Of the Rights of Things*. Oxford, Oxford University Press.
- DWORKIN, R. 1967. The model of rules. *University of Chicago Law Review*, **35**(1):14-46.
- _____. 1972. Social rules and legal theory. *The Yale Law Journal*, **81**(5):855-890.
- _____. 1975. Hard cases. *Harvard Law Review*, **88**(6):1057-1109.
- _____. 1977. Taking rights seriously. In: R. DWORKIN. *Taking rights seriously*. Cambridge, Harvard University Press, p. 184-205.
- _____. 1985. Is there really no right answer in hard cases? In: R. DWORKIN. *A matter of*

- principle*. Cambridge, Harvard University Press, p. 119-145.
- _____. 1986. *Law's empire*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____. 2006. *Justice in robes*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____. 2011. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Harvard University Press.
- GREEN, L. 2016. The forces of law: duty, coercion, and power. *Ratio Juris*, **29**(2):164-181.
- KELSEN, H. 2005. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo, Martins Fontes.
- _____. 2006. *Teoria pura do direito*. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes.
- MASSON, N. F. 2007. *O conceito de sanção na teoria analítica do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
- SARGENTICH, L. D. 2018. *Liberal legality: a unified theory of our law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- SCHAUER, F. 1988. Formalism. *Yale Law Journal*, **97**(4):509-548.
- _____. 1991. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford, Clarendon.
- _____. 1994. Fuller's internal point of view. *Law and Philosophy*, **13**(3):285-312.
- _____. 1999. Fuller on the ontological status of law. In: W. J. WITTEVEEN; W. VAN DER BURG (eds.). *Rediscovering Fuller: essays on implicit law and institutional design*. Amsterdam, Amsterdam University Press, p. 124-142.
- _____. 2012a. Positivism before Hart. In: M. FREEMAN; P. MINDUS (eds.). *The legacy of John Austin's jurisprudence*. Dordrecht, Springer, 2012a. p. 271-290.
- _____. 2012b. Is defeasibility and essential property of law? In: J. F. BELTRÁN; G. B. RATTI (eds.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford, Oxford University Press, p. 77-88.
- _____. 2021. *Frederick Schauer: The Force of Law - A Força do Direito*. Webinar Direito USP. 19 nov. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ccCqRDhIULQ&t=2848s> Acesso em 19 jan. 2022.
- _____. 2022. *A força do direito*. Tradução de André Luiz Freire. São Paulo, WMF Martins Fontes.
- STRUCHINER, N. 2010. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: J. R. RODRIGUEZ, José Rodrigo; C. E. B. S. e COSTA; S. R. BARBOSA (orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo, Saraiva, p. 103-127.
- WITTGENSTEIN, L. 1999. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo, Nova Cultural, 1999.

Submetido: 20/01/2022

Aceito: 19/05/2025