

# TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DA DECISÃO JUDICIAL: APROXIMAÇÕES E DIFERENÇAS ENTRE O MODELO DE REGRAS DE F. SCHAUER E O MODELO INTEGRADOR DE N. MACCORMICK

## Resumo

O presente artigo aborda o tema das Teorias contemporâneas da decisão judicial, sob o ponto de vista interdisciplinar da Filosofia do Direito e da Teoria do Direito. O estudo tem como ponto de partida a constatação da ausência de uma teoria completa da decisão judicial nas obras e no pensamento de Hans Kelsen, porém reconhece que a teoria kelseneana identificou e reconheceu corretamente a importância e o significado do problema teórico e prático da decisão judicial. O artigo articula uma proposta teórica que pretende dar conta do desafio cético e realista deixado pela teoria kelseneana à questão da decisão judicial, propondo uma abordagem integradora da decisão judicial que responda aos desafios contemporâneos com relação à interpretação jurídica e constitucional e que seja embasada não somente mas principalmente nas teorias atuais de Neil MacCormick e Frederick Schauer, analisando as suas aproximações e diferenças.

Palavras-chave: decisão judicial; filosofia do Direito; Teoria do Direito.

## 1. Introdução: a colocação do problema da decisão judicial

A Teoria Pura do Direito seguramente é um marco na Filosofia e na Teoria do Direito do século XX. Além das teses clássicas do programa positivista e epistemológico de Kelsen, a Teoria Pura aborda a fundo o conceito de validade no Direito. Também é bastante conhecido o fato de que Kelsen tenha deixado a secção sobre a Interpretação como a última secção da obra, e não tenha dedicado a ela mais do que vinte páginas.

Para Kelsen o problema interpretativo do Direito não era um verdadeiro problema a ser estudado pela Ciência do Direito, uma vez que distinguia entre Interpretação autêntica, feita pelos órgãos judiciários ou legislativos em geral, da interpretação não-autêntica, realizada pelo cientista do Direito. Caberia a este no máximo enumerar os sentidos e interpretações possíveis do Direito, sem poder decidir em última instância qual o sentido ou interpretação seria adotada. Esta decisão caberia ao aplicador da lei, e seria uma decisão político-jurídica, não estando subordinada aos ditames da ciência.

Kelsen, com relação ao tema da decisão judicial, foi ao mesmo tempo realista e cético. Sua posição era a de que o Direito produz uma ficção ao pressupor que haja, ou que seja possível encontrar, uma decisão correta ou apenas uma decisão possível para um determinado caso, sendo chamada por ele de “ficção da univocidade”. A função desta ficção seria assegurar ou garantir a segurança jurídica, na medida em que elimina o custo político de reconhecer que há uma multiplicidade de interpretações possíveis.

Kelsen agrega à sua análise realista do fenômeno interpretativo no Direito o ceticismo. Do ponto de vista da cientificidade da Teoria Pura do Direito, o problema decisório no Direito é um problema de natureza volitiva e política, estando fora do alcance da própria Teoria Pura.

A postura kelseneana a respeito da decisão jurídica de certa forma decepciona o leitor ávido por respostas mais categóricas ou por uma teoria menos cética e mais determinista. A inflexão na Filosofia do Direito com respeito à postura cética de Kelsen com relação à decisão jurídica ocorre a partir da década de 70 do século XX, principalmente entre o círculo de discípulos de Hart que frequentavam suas aulas e seminários em Oxford. O mais famoso filósofo do Direito proveniente deste ambiente foi Ronald Dworkin. Porém outros teóricos de igual estatura desenvolveram teorias próprias e, apesar de não tão conhecidos no Brasil quanto Dworkin, forneceram aportes importantes e imprescindíveis para a Teoria do Direito e para a filosofia jurídica contemporânea, como Wil Waluchow, Neil MacCormick, Genaro Carrió e Eugenio Bulygin, dentre outros.

A tese defendida no presente artigo é de que, no que se refere às teorias da decisão judicial, é possível adotar uma postura similar a Kelsen e manter o seu realismo, porém relativizar o seu ceticismo para uma teoria propositiva da decisão judicial. O próprio Kelsen, na última seção da Teoria Pura, fornece um argumento a partir do qual é possível avançar rumo a uma teoria da decisão judicial na seguinte passagem:

“A pergunta de qual seja a possibilidade 'correta', no marco do Direito aplicável, não é – segundo as suposições prévias – nenhuma pergunta dirigida ao conhecimento do direito positivo, não é uma pergunta teórico-jurídica, senão que é um problema político. A tarefa de alcançar, a partir da lei, a única sentença correta, o único ato administrativo correto, é essencialmente a mesma que a de criar, dentro do marco constitucional, a única lei correta. Assim como não se pode obter, partindo da constituição, mediante interpretação, a única lei correta, tampouco se pode alcançar, a partir da lei, por interpretação, a única sentença correta. Por certo que há uma diferença entre estes dois casos, mas a diferença é de quantidade, não de qualidade, consistindo exclusivamente em que a limitação imposta ao legislador no tocante aos conteúdos da lei é muito menor que a limitação imposta ao Juiz; (...)”<sup>1</sup>

A intuição de Kelsen com relação à decisão judicial é de extremo valor ao identificar que ela consiste em um ato de liberdade limitada. Pode-se dizer que, levando o argumento ao seu limite, o ato decisório judicial é um ato sem nenhuma liberdade, caso seja completamente condicionado, ou, em outros termos, limitado. Justamente a teoria da decisão judicial pode avançar neste ponto, ao identificar as principais condicionantes das decisões jurídicas e analisá-las a fundo, tanto

---

<sup>1</sup> Teoria Pura do Direito 2005, p. 353 (em tradução livre do espanhol).

individualmente como quando colocadas lado a lado no processo dinâmico da decisão judicial.

Ressaltamos aqui que o modelo a ser considerado é o modelo clássico da decisão judicial individual. Apesar de atualmente ainda nos faltar uma teoria completa da decisão judicial colegiada, necessária para entender o processo decisório nos tribunais de recurso, cortes de vértice e cortes constitucionais, não chegaremos a ela sem uma teoria decisória de base, a qual é considerada de modo predominante no presente artigo. Inclusive é possível indagar se tal teoria é possível, uma vez que já há uma complexidade no ato decisório individual, a qual é amplificada em um órgão julgador colegiado a ponto de poder ser considerada intratável dentro de uma teoria que pretenda alguma previsibilidade com relação aos seus resultados.

Quais seriam as principais condicionantes ou os principais limites à decisão judicial? Sem nenhuma intenção de antecipar prioridades ou uma ordem de importância, ou mesmo de apresentar uma lista exaustiva, apenas citamos as regras jurídicas de Direito positivo, os precedentes, a doutrina do Direito, os princípios jurídicos, a coerência e as consequências jurídicas da decisão jurídica considerada no caso concreto.

Desde o ceticismo kelseneano da segunda edição da Teoria Pura do Direito dos anos 60 do século XX acerca do problema decisório no Direito, a Teoria do Direito avançou pelo pensamento de Hart e rumou às contemporâneas Teorias da Tópica de Theodor Viehweg e da Nova Retórica de Chäim Perelman, às teorias da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e à de Neil MacCormick, à Teoria Interpretativista de Ronald Dworkin, à Teoria das Razões para a Ação de Joseph Raz, somente para mencionar as mais conhecidas. Novas categorias igualmente foram introduzidas nas teorias dos teóricos mencionados, como a derrotabilidade, a lógica deôntica, os topoi, as figuras retóricas, o contexto de descoberta e de justificação, os conceitos filosóficos da moderna filosofia da linguagem e dos atos de fala, dentre outras, as quais enriqueceram as teorias do Direito com categorias conceituais que estavam ausentes na Teoria Pura do Direito.

Desse modo é possível relativizar o ceticismo kelseneano com relação à possibilidade de uma teoria da decisão jurídica. Contemporaneamente o intérprete do Direito pode ter acesso a teorias completas e sofisticadas, que possuem poder explicativo para integrarem os vários elementos condicionantes das decisões jurídicas. Os dois principais marcos teóricos que discutiremos serão as teorias da decisão jurídica de Neil MacCormick e de Frederick Schauer.

## **2. Os modelos decisórios de Neil MacCormick e de Frederick Schauer**

A decisão jurídica pode ser contextualizada no âmbito maior da argumentação. Na acepção de R. Alexy, a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática. A argumentação é um fenômeno amplo, que não perpassa apenas o Direito mas todas as esferas da sociedade de um modo geral, como a esfera da opinião pública, da imprensa áudio-visual e escrita, da política, das ciências e a esfera jurídica.

Segundo Atienza, com relação às normas jurídicas, há três campos em que se efetuam argumentações:<sup>2</sup>

1º - na produção ou estabelecimento de normas jurídicas, podendo ser chamada de fase pré-legislativa, onde predominam os argumentos políticos e morais, e na fase legislativa, onde as questões são do tipo técnico-jurídico;

2º - na aplicação das normas à resolução de casos;

3º – na dogmática jurídica.

Ainda segundo Atienza, a argumentação possui importantes funções dentro do Direito, como ministrar critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele tem lugar, ministrar critérios para a aplicação do Direito, e ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.

Na consideração da peculiaridade das decisões jurídicas, dois contextos precisam ser diferenciados: o *contexto de descobrimento* e o *contexto de justificação*. O contexto de descobrimento refere-se à fonte, à produção, à identificação das premissas adotadas na decisão jurídica. Geralmente neste âmbito a decisão é “explicada” por “razões externas”. Já o contexto de justificação refere-se ao suporte que as premissas da decisão jurídica dão às suas conclusões. Neste âmbito a decisão é “justificada” por “razões internas”, seguindo um padrão dedutivo ou silogístico. Uma análise lógica da decisão pode ser aplicada da decisão às suas “razões ou premissas internas”, mas não pode ser aplicada às “razões externas”. Neste mesmo sentido, Wróblewski distingue justificação interna e justificação externa (a justificação interna seria regida pela lógica dedutiva e a justificação externa seria o âmbito da fundamentação das premissas).

A decisões jurídicas são peculiares porque em geral o Direito não exige que os juízes e tribunais precisem explicar as suas ações, apenas justificá-las. A teoria da Argumentação de MacCormick pretende mostrar não unicamente como se justificam de fato as decisões jurídicas, mas também com se deveriam justificar. Ela opõem-se ao que Atienza denomina de determinismo metodológico, o qual defende que as decisões jurídicas não precisariam ser justificadas porque procederiam de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais. MacCormick também se oporia, nos termos de Atienza, ao decisionismo metodológico, o qual considera que as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade, tal como Kelsen e Alf Ross defenderam.

No próximo item descreveremos em maiores detalhes a teoria da argumentação jurídica de N. MacCormick.

---

<sup>2</sup> Atienza 1997, p. 19-21.

### 3. O modelo de Neil MacCormick

A teoria argumentativa de Neil MacCormick está entre a teoria de Dworkin (tese da única resposta correta) e a de Alf Ross e Hans Kelsen (as decisões jurídicas são arbitrárias, são um produto da vontade, não da razão). Neil MacCormick elaborou um modelo de justificação das decisões judiciais e pretendeu que as decisões realmente deveriam se comportar conforme este modelo.<sup>3</sup>

São objeto de sua análise casos do Direito da Inglaterra e da Escócia. MacCormick aponta duas vantagens de se analisar os casos do direito inglês: 1- cada juiz deve escrever seu voto e se decide por maioria simples; 2- os juízes são recrutados entre os advogados, não há uma carreira judicial.

Neste sentido a teoria de MacCormick, ao analisar alguns casos concretos, pretende não somente atingir o leitor especializado na filosofia jurídica, mas qualquer leitor familiarizado com os problemas jurídicos, como os profissionais do Direito de forma geral, e inclusive até o leitor comum de língua inglesa.

Na análise da justificação dedutiva, MacCormick identifica dois pressupostos: a) o juiz possui o dever de aplicar as regras do Direito válido; b) o juiz pode identificar quais são as regras válidas (pressupõe-se que há critérios compartilhados pelos juízes de reconhecimento das normas válidas).

Baseando-se na distinção entre os casos rotineiros, ou casos fáceis, e os casos difíceis, ou *hard cases*, MacCormick direciona sua teoria principalmente aos segundos. Segundo ele, no julgamento dos casos difíceis é preciso distinguir:<sup>4</sup>

- 1- problemas de interpretação
- 2- problemas de relevância
- 3- problemas de prova
- 4- problemas de qualificação

Os problemas de interpretação e de relevância afetam a premissa normativa e os problemas de prova e de qualificação afetam a premissa fática. Nos *problemas de interpretação* não há dúvida sobre qual seja a norma aplicável, mas a norma em questão admite mais de uma leitura. Nos *problemas de relevância* trata-se da discussão se existe uma norma X ou Y aplicável ao caso. Nos *problemas de prova* trata-se do estabelecimento da premissa menor. Provar significa estabelecer proposições verdadeiras sobre o presente e, a partir delas, inferir proposições sobre o passado. E

<sup>3</sup> O núcleo da teoria argumentativa de N. MacCormick foi desenvolvido principalmente em: *Legal Reasoning and Legal Theory* 1978, e *Rhetoric and the Rule of Law* 1995. Citamos pelas traduções brasileiras: *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* 2009, e *Retórica e o estado de direito* 2008.

<sup>4</sup> Cf. MacCormick 2009, cap. IV.

nos *problemas de qualificação* trata-se da dúvida se fatos X, secundários, integram ou não um caso que possa subsumir-se no suposto fático (ou de fato) da norma.

MacCormick propõe requisitos metajurídicos para que um caso difícil seja adequadamente justificado. Segundo ele justificar uma decisão em um caso difícil consiste em:<sup>5</sup>

1- cumprir com o requisito da Universalidade.

2- que a decisão tenha sentido com relação ao sistema jurídico como um todo, devendo cumprir os requisitos de consistência e coerência.

3- que a decisão tenha sentido com relação ao mundo (neste ponto entram em jogo os argumentos consequencialistas).

O requisito da universalidade é a exigência de que o termo médio seja ao menos uma vez universal. Ele possui um alcance em relação ao passado e ao futuro. No modelo proposto por MacCormick a universalidade é diferente de generalidade: uma norma pode ser mais específica que outra, mas ser igualmente universal, pois a universalidade é um requisito do tipo lógico, que não tem a ver com que uma norma seja mais ou menos específica

Já a equidade se dirige contra o caráter geral das regras, ela é uma exceção a uma regra geral), e não é dirigida contra o princípio da universalidade.

Com relação ao requisito da coerência, uma decisão é coerente quando se baseia em premissas normativas que não entram em contradição com as normas validamente estabelecidas. A coerência possui relação com princípios e valores socialmente aceitáveis, sendo um mecanismo de justificação. Os requisitos da coerência se baseiam em dois tipos de argumentos:

a- argumentos a partir de princípios, os quais possuem uma função explicativa (explicam outras normas) e de justificação (justificam outras normas).

b- argumentos por analogia

Segundo Atienza, é possível distinguir:<sup>6</sup>

b1- Analogia para resolver um problema de relevância. Ex. Quem perde a vida ou resulta ferido ao tratar de prevenir um dano a outra pessoa, causado pela ação negligente de um terceiro, tem direito a uma indenização por parte do terceiro (de acordo com uma regra do *common law*). A partir do uso da analogia, pergunta-se se haveria direito a indenização se o prejuízo for econômico.

b2- Analogia para resolver um problema de interpretação. Ex. Um delito de incêndio agrava-se se há uma pessoa dentro da habitação. A partir da analogia: e se a pessoa for o próprio autor do incêndio?

Os argumentos consequencialistas são, para MacCormick, um dos argumentos essenciais na argumentação jurídica. MacCormick cita o caso do Sr. MacLennan, que entrou com uma ação de

<sup>5</sup> Cf. MacCormick 2009, cap. V, VI, VII e VIII.

<sup>6</sup> Atienza 1997, p. 148.

divórcio por adultério contra sua esposa. Ela tinha dado a luz à um filho depois de 11 meses sem ter tido relações sexuais com ele. A esposa admitiu este período, mas negou o adultério, uma vez que teve o filho através de técnicas de inseminação artificial. Neste caso sobre adultério, se se estendessem os pressupostos do adultério até abarcar também a utilização de técnicas de inseminação artificial, a consequência seria aceitar que se pode cometer adultério com uma pessoa já morta.

Para MacCormick, o resultado é diferente das consequências de uma ação. As consequências são os estados de coisas posteriores e conectados com o resultado. O resultado da ação de decidir um caso por um juiz é a produção de uma norma válida.

As consequências jurídicas são valoradas conforme os diferentes valores de cada ramo do Direito, como o Direito Fiscal, Tributário, Criminal, etc. Os argumentos consequencialistas são em geral hipotéticos, mas não probabilistas (são consequências no sentido de implicações lógicas).

A teoria de Neil MacCormick foi denominada por Manuel Atienza como uma Teoria “Integradora” do Direito, por integrar em uma ampla teoria o silogismo jurídico, os modelo universalista de decisão judicial, o consequencialismo, os precedentes, a razoabilidade, a coerência e os princípios e a derrotabilidade, tal como é possível constatar em sua obra “Retórica e Estado de Direito”.<sup>7</sup>

No próximo item detalhamos o modelo argumentativo e decisório de Frederick Schauer.

#### **4. O modelo de Frederick Schauer**

A teoria jurídica decisória de F. Schauer foi desenvolvida na maior parte em dois de seus livros: *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*<sup>8</sup> e *Thinking like a Lawyer*.<sup>9</sup> Trata-se de um autor com ampla repercussão nos círculos da filosofia jurídica a partir das décadas de 80 e 90 do século passado, chegando a ser um dos mais conhecidos e comentados atualmente na filosofia do Direito de língua inglesa.

A teoria de Schauer caracteriza-se por um enfoque inédito aos clássicos problemas da filosofia do Direito tratados por Hart, como a temática do seguimento das regras, a textura aberta da linguagem e as decisões baseadas em regras.

Em *Playing by the Rules*, Schauer formulará basicamente dois modelos das decisões baseadas em regras, o “modelo conversacional” e o modelo “entrincheirado”. O modelo entrincheirado será o seu principal objeto de estudo e terá maior detalhamento. O autor analisa a força das regras, as razões que apoiam as decisões baseadas em regras, e dedica os dois últimos capítulos da sua obra à análise da regras no Direito e os casos jurídicos que exigem uma interpretação das regras.

---

<sup>7</sup> Cf. Atienza 1997, cap. V.

<sup>8</sup> Oxford: Oxford University Press, 1991.

<sup>9</sup> Harvard: Harvard University Press, 2012.

O objeto de análise de Schauer em *Playing by the Rules*<sup>10</sup> são principalmente as *regras regulativas*. Estas são diferentes das *regras descritivas*, na medida em que sua função é prescrever uma mudança qualquer no mundo exterior ou direcionar a conduta de agentes com capacidade de decisão. As regras descritivas não possuem esta função, apenas identificam e descrevem os elementos do mundo externo.

As regras prescritivas possuem comumente um conteúdo semântico normativo e são usadas para guiar, controlar ou modificar a conduta de agentes capazes de decisão. Schauer também distingue as *regras de experiência*, que ministram dicas úteis para o caso habitual, mas que não exercem pressão normativa para os destinatários que as aceitam, das regras imperativas. As regras imperativas, quando aceitas, estabelecem razões para a ação somente pelo fato da sua existência enquanto regras, e geram uma pressão normativa para os seus destinatários e ministram razões para a ação.

Outra distinção importante de Schauer é a entre regras constitutivas e regras regulativas. As regras regulativas governam condutas previamente existentes, condutas definidas sem fazer referência à regra e logicamente prévias a ela. Já as regras constitutivas criam a possibilidade mesma de participar em uma conduta de certo tipo. Elas definem e constituem atividades que de outro modo não poderiam sequer existir. Em alguns casos a diferença entre ambas espécies de regras não é tão nítida, pois há regras que podem definir uma conduta e logo regulá-la. Por exemplo, uma regra de trânsito que proíbe conduzir um automóvel a mais de 60km/h em uma determinada rua, ao mesmo tempo que defina esta infração de trânsito por excesso de velocidade também regula esta conduta como proibida.

O projeto de Schauer em PbR consiste em analisar o amplo papel que as regras regulativas desempenham não somente no funcionamento dos sistemas jurídicos, mas em muitas áreas da vida social, nas quais as regras regulativas são uma forma de tomada de decisão e de controle. O fenômeno das decisões baseadas em regras é mais amplo que o fenômeno jurídico, e este é uma parte daquele.

Schauer considera que as regras prescritivas possuem um predicado fático ou antecedente e um conseqüente. O predicado fático consiste em uma generalização, uma vez que as regras pretendem regular geralmente uma classe de objetos ou fenômenos e não somente objetos particulares. Segundo sua definição, o predicado fático de uma regra prescritiva é uma generalização probabilística.

Assim compreendida uma regra, ela sempre terá um caráter *sobreincludente* e um caráter *subincludente*. A regra será *sobreincludente* porque pode incluir casos em que o seu predicado fático seja satisfeito para um determinado caso, e este caso não produza o efeito descrito no conseqüente

---

<sup>10</sup> Doravante citado como PbR.

da regra. O conseqüente da regra também pode representar a justificação da regra, e no caso da sobreinclusão a ocorrência da situação descrita no predicado fático pode não ser justificada pelo conseqüente. Por exemplo, em um restaurante pode haver a regra de que “não se admitem cachorros”. A justificativa, ou a conseqüência almejada desta regra é que “os clientes não sejam perturbados”. A sobreinclusão significa que (probabilisticamente) podem haver cachorros que adentrem o restaurante e não perturbem os clientes, ou seja, que a relação entre o antecedente e o conseqüente não exista no caso concreto considerado.

Uma regra prescritiva também é *subincludente*, no sentido de que seu predicado fático não compreende hipóteses que, ocorrendo, poderiam também causar ou justificar o conseqüente da regra. No exemplo anterior, muitas perturbações aos clientes do restaurante podem não ser causadas pelos cachorros (por fumantes, ou pessoas que falam alto, etc.).

Schauer não considera que a subinclusão ou sobreinclusão sejam um defeito das regras prescritivas. Em realidade elas fazem parte das próprias regras:

“As regras dependem, pois, de predicados fáticos que são (habitualmente) generalizações probabilísticas e subincludentes com respeito às justificações da regra. Posto que as generalizações são necessariamente seletivas, as generalizações probabilísticas incluirão propriedades que em certos casos particulares serão irrelevantes e todas as generalizações, probabilísticas ou não, excluirão propriedades que em certos casos particulares serão relevantes. Portanto, em alguns casos, os predicados fáticos tornarão operativas características do caso que não servem à justificação da regra e, em outros casos, não reconhecerão características do caso cujo reconhecimento serviria à justificação da regra.”<sup>11</sup>

Schauer considera o processo de generalização pode ser defeituoso, e ele o denomina de “experiências recalcitrantes”:

“Denominaremos experiências recalcitrantes a três tipos de generalizações inadequadas: **a primeira**, segundo a qual uma generalização garantida de maneira probabilística é incorreta nesta ocasião; **a segunda**, na qual uma generalização supostamente universal resulta não ser universal, e **a terceira**, na qual uma propriedade suprimida é agora relevante.”<sup>12</sup>

Schauer interroga-se: com qual método nossa vida linguística adequa a necessidade das generalizações à realidade das experiências recalcitrantes? A resposta de Schauer é que o processo de conversação, de troca de comunicação no discurso dos falantes permite que eles mutuamente complementem as imperfeições das generalizações e das justificativas. Schauer denomina este processo de *modelo conversacional*. Ele “*acentua a adaptabilidade inerente em qualquer contexto*

---

<sup>11</sup> PbR, pg. 92, trad. espanhola, em tradução livre.

<sup>12</sup> PbR, p. 98 (grifos nossos).

*em que os usuários da linguagem de modo contínuo aclaram, explicam e enriquecem o que dizem a fim de adaptar-se a casos na compreensão, mudanças no mundo, ou a mudanças em sua percepção deste mundo.*”<sup>13</sup>

Em oposição ao *modelo conversacional*, Schauer define um outro modelo de tomada de decisão baseado em regras prescritivas, o *modelo entrincheirado*. Ele consiste em universalizar as generalizações do predicado fático das regras prescritivas.

Considerando cada experiência recalcitrante, o efeito do entrincheiramento seria:

1. para a generalização probabilística, seria a transformação de “a maioria de X devem Y” em “todos X devem Y”;
2. para esta segunda experiência recalcitrante, seria considerar que o enunciado “todo X deve Y” não poderia ser modificado face ao enunciado no qual uma subespécie de X, um “sub-X não deve Y”. Neste caso o enunciado “sub-X não deve Y” resulta excluído e não poderia modificar o enunciado “todo X deve Y”, o que seria possível no modelo conversacional;
3. nesta terceira experiência recalcitrante, temos no enunciado “Todo X deve Y”, uma nova qualidade z de X, não considerada na generalização “Todo X deve Y”, que pode ser relevante para determinar se “X deve Y”. No modelo conversacional a qualidade z seria considerada, mas no modelo entrincheirado a qualidade z, que poderia ser relevante, continua descartada e não afeta o enunciado “Todo X deve Y”.

Neste ponto Schauer desenvolve um dos argumentos centrais do seu modelo de análise de decisões em PbR, o qual consiste em distinguir o modelo conversacional do modelo entrincheirado e analisar em maior profundidade as razões pelas quais os sistemas jurídicos adotam um modelo mais aproximado do segundo e não do primeiro:

“Agora temos em seu lugar a distinção crucial deste livro. A tomada de decisões quase sempre provém de uma generalização prescritiva, mas pode adotar duas direções distintas. Em uma delas, o decisor trata conversacionalmente a generalização prescritiva, tomando-a simplesmente como um indicador maleável de sua justificação subjacente. No entanto, quando a tomada de decisões adota a outra direção, a qual chamo 'baseada em regras', o decisor recusa o tratamento conversacional das generalizações que constituem o predicado fático da prescrição. No lugar dele, o decisor trata essas generalizações como entrincheiradas e considera o fato de sua existência como constitutivo de uma razão para a ação (ou decisão) inclusive quando as experiências recalcitrantes abrem uma brecha entre as generalizações e as justificações que as geraram.”<sup>14</sup>

Estabelecer e seguir um modelo entrincheirado de tomada de decisões segundo regras

---

<sup>13</sup> PbR, p. 101.

<sup>14</sup> PbR, p. 111-112, em tradução livre.

prescritivas, segundo Schauer, resulta em ganhos e vantagens coletivas. Neste ponto o modelo de tomada de decisão analisado por Schauer torna-se mais próximo do comportamento dos sistemas jurídicos. Schauer analisa quatro argumentos favoráveis ao entrincheiramento das regras:

#### **4.1. O argumento da igualdade**

Schauer primeiramente identifica que a máxima “os casos semelhantes devem ser tratados igualmente” pode ser concretizada através das regras. O valor da igualdade também pode ser concretizado na medida em que as regras são gerais, aplicam-se a todos e consideram a todos de forma igualitária. A generalidade alcançada pelas regras pode assim ser uma virtude próxima da justiça e um obstáculo à particularização. As regras seriam então um meio para atingir o fim da igualdade.

Porém Schauer contrapõe ao argumento da igualdade mediante regras o argumento de que a justiça pode ser melhor alcançada por um modelo particularista, onde é possível considerar um fator relevante não considerado pelo modelo de regras, e o modelo particularista não exclui que casos similares sejam efetivamente tratados como similares. Desse modo Schauer não se compromete com o argumento da igualdade. Para ser mais exato, Schauer não subscreve a tese de que o modelo de regras, por atingir o fim da igualdade, é necessariamente ou essencialmente um modelo que efetiva a justiça.

#### **4.2. O argumento da confiança**

Schauer expõe que tradicionalmente o argumento da confiança consiste na certeza e no caráter de previsibilidade que um modelo de tomada de decisão baseado em regras pode gerar. Desta maneira os destinatários das decisões podem planificar as suas condutas e prever os resultados das suas ações.

Schauer explora os pressupostos deste argumento. Um pressuposto é o de que os destinatários das regras e decisões, bem como as autoridades que fazem cumprir as regras e decisões, compreendam o significado, o sentido, as categorias e as classes das regras da mesma forma, para que haja uma compreensão comum. Não haverá previsibilidade se os aplicadores de uma regra a compreendem de modo diferente dos seus destinatários.

A posição de Schauer com relação ao argumento da confiança é de que o benefício relativo ao caráter predicativo dos resultados das decisões é uma comparação de custos e benefícios. As regras e formalidades com relação à celebração de contratos, testamentos, e transações sobre bens imóveis geram o benefício de poder prever os resultados. Se não houvesse esta previsibilidade, muitos destes contratos, testamentos e transações sobre bens imóveis talvez não teriam sido celebrados. O custo consiste na menor possibilidade de decisões flexíveis ou equivocadas.

### 4.3. O argumento da eficiência

Este argumento defende que a decisão baseada em regras libera o decisor do exame ou das considerações dos motivos de uma decisão, de modo que o decisor pode basear sua decisão puramente nas regras e tomar decisões que não requerem nenhum esforço. Esta característica libera o tempo do decisor e evita uma duplicação de esforços, tornando a atividade decisória mais eficiente.

Schauer também é crítico com relação ao argumento da eficiência. Ele afirma tomar a precaução de tratar a eficiência como um valor independente do valor dos procedimentos de simplificação para diminuir o número de erros do decisor. Para ele a eficiência deriva, e portanto, é obtida ao custo de impedir que aqueles que tomam as decisões investiguem fatores que poderiam gerar um resultado diferente para o caso particular. Estimar os custos e benefícios da eficiência que geram as regras variam também entre um ou outro contexto da tomada de decisões. Às vezes as regras fomentam a eficiência eliminando a duplicação do esforço, retirando certos temas que já tinham sido considerados pelo criador da regra, da reconsideração por parte de quem teria que aplicar a mesma regra. Por outro lado, a decisão baseada em regras pode ter como o erro mais significativo o fracasso para alcançar a decisão melhor ou ótima para o caso particular em certo número de casos.

### 4.4. O argumento da estabilidade

Schauer formula o argumento da estabilidade referindo ao argumento que sustenta que a tomada de decisões baseada em regras reduz o espectro de decisões potenciais, e ao fazê-lo, torna mais difíceis as mudanças do *status quo* do que se os decisores tivessem maior liberdade para afastar-se das categorias e prescrições de ontem: “a tomada de decisões baseada em regras impede a mudança e pode, por consequência, produzir instabilidade pessoal, social e política.”<sup>15</sup>

Schauer considera que o preço a pagar pela estabilidade é necessariamente renunciar a uma certa flexibilidade. Se vale não à pena pagar este preço dependerá dos propósitos que se perseguem dentro de um determinado contexto de tomada de decisões. A tomada de decisões baseadas em regras entrincheira um estado de coisas, entrincheirando suas categorias e seu aparato conceitual. Schauer afirma que não é possível separar o valor do entrincheiramento do valor daquilo que está sendo entrincheirado.

### 4.5. O valor das regras

Uma das várias conclusões a que Schauer chega, após uma longa e refinada argumentação

---

<sup>15</sup> PbR, p. 219, em tradução livre.

em PbR, é que as regras operam como uma ferramenta para a distribuição do poder. A tomada de decisões baseadas em regras são instrumentos jurisdicionais, ou seja, mecanismos para quem deve considerar o quê: *“Um decisor não limitado por regras tem o poder, a autoridade e a jurisdição para tomar tudo em conta. Inversamente, o decisor limitado por regras perde ao menos uma parte dessa jurisdição.”*<sup>16</sup>

Também um dos propósitos de Schauer é considerar os seus modelos de análise decisória a partir do Common Law. Com eles Schauer explica o papel das regras dentro dos sistemas jurídicos específicos da Common Law:

*“Dado que as regras distribuem poder através do tempo, entrincheirando as categorias e generalizações do passado e, por consequência, dissipando o poder do presente (ou entrincheirando as categorias e generalizações do hoje contra as pressões do amanhã), o grau do seu uso também reflete o grau de conservadorismo na tomada de decisões dentro do sistema. Na medida em que os sistemas jurídicos adotam a tomada de decisões baseada em regras, servem como instituições para preservar o passado mais que como veículos para distanciar-se dele.”*<sup>17</sup>

O modelo decisório formulado por Schauer permite analisar com profundidade a interação em um sistema jurídico que ocorre entre um sistema de regras e um sistema de princípios. Uma das principais conclusões que Schauer apresenta é o que ele denomina de “positivismo presuntivo”, ou seja, uma teoria que considera a prioridade de aplicação da regra local ao caso concreto, porém esta presunção não será absoluta, de modo a ser considerada na aplicação da regra a derrotabilidade e as razões que podem modular a aplicação da regra jurídica.

Apresentados de modo geral os modelos argumentativos e decisórios de MacCormick e Schauer, é possível perceber nitidamente que ambos os modelos são complementares e necessários para uma abordagem integradora à teoria da decisão judicial.

## **5. Conclusão: um balanço provisório das aproximações e diferenças entre o modelo decisório de regras e o modelo integrador**

Comparando os modelos decisórios de Schauer e MacCormick, conclui-se que o primeiro trata a fundo a questão das decisões baseadas em regras e o segundo também o faz como ponto de partida, porém enfatiza o enfoque do sistema jurídico. Schauer em seu programa de pesquisa definido em PbR tratou das regras e das normas jurídicas, e MacCormick priorizou uma análise do sistema jurídico como um todo. A teoria do Direito continental possui como marco neste sentido as

---

<sup>16</sup> PbR, p. 221, em tradução livre.

<sup>17</sup> PbR, p. 236, em tradução livre.

conhecidas teoria da norma jurídica e teoria do ordenamento jurídico de Bobbio. Schauer adota uma postura analítica mais próxima da contemporânea filosofia da linguagem, enquanto MacCormick, com relação à análise das regras, adota um enfoque dedutivista e privilegia o silogismo jurídico como forma básica inicial do raciocínio jurídico. Schauer nitidamente segue na esteira do enfoque de J. Raz, o qual conceitua uma norma como uma razão para a ação e rejeita a análise da lógica deôntica, qualificando-a como inadequada para a análise do raciocínio jurídico.

Outro ponto interessante a ser enfatizado consiste no papel que a derrotabilidade cumpre em cada uma das teorias decisórias. Schauer, ao articular o modelo conversacional de aplicação de regras, introduz a derrotabilidade como uma característica contraposta ao modelo entrincheirado. Após analisar a dinâmica entre o modelo entrincheirado e o modelo conversacional, Schauer apresenta a proposta de uma concepção própria de positivismo jurídico, que ele denomina de positivismo presuntivo (a regra local dever ser aplicada ao caso concreto de forma presuntiva). Já MacCormick analisa a derrotabilidade e a reconhece como uma característica intrínseca do raciocínio jurídico, porém centra a sua análise na fundamentação das decisões ou nas razões de 2º grau, como a consistência, a coerência e um adequado consequencialismo, advogando que todas estas características devem ser alcançadas dentro de um modelo ideal de justificação jurídica.

A análise aqui efetuada é um balanço provisório das teorias contemporâneas da decisão judicial. Uma adequada teoria da decisão judicial é imprescindível atualmente, para que responda às exigências de fundamentação e racionalidade das decisões jurídicas, explícitas na interpretação constitucional contemporânea e em vários dispositivos do novo Código Brasileiro de Processo Civil. As teorias decisórias inserem-se no contexto da elaboração e articulação de um modelo teórico amplo e integrador da decisão judicial, que reconhece que a decisão no âmbito do Direito está racionalmente condicionada pelo sistema jurídico a dar conta de *standards*, critérios e exigências meta-argumentativas (como as regras jurídicas de Direito positivo, os precedentes, a doutrina do Direito, os princípios jurídicos, a consistência lógica, a coerência e as consequências jurídicas da decisão jurídica), constituindo um ônus argumentativo a ser cumprido pela decisão judicial, com o fim de que seja controlada e submetida aos ditames de uma sociedade democrática e argumentativa e ao Estado de Direito.

Da mesma forma, o tema de uma teoria para uma adequada fundamentação das decisões judiciais é atual e urgente nas democracias contemporâneas. O papel ativo que o Poder Judiciário atualmente exerce nas sociedades atuais, muitas vezes tomando decisões de enorme peso e efeitos políticos, tornou visível à sociedade os próprios juízes e suas decisões, de modo que o parâmetro para analisar as decisões judiciais não deve ser a imagem e o impacto das decisões na mídia e na imprensa, mas sim uma adequada teoria articulada de acordo com modelos sofisticados da argumentação jurídica, como os de N. MacCormick e F. Schauer, de modo a pautar racionalmente o

debate acerca da fundamentação das decisões judiciais. O Direito não é apenas uma prática argumentativa que decide casos concretos com base em decisões justificadas. Os modelos propostos no presente artigo constituem-se em uma metateoria jurídica justamente preocupada e comprometida em analisar as teorias e justificações que embasam as decisões judiciais em seu sentido amplo.

### **Referências:**

ATIENZA, M. *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. Roberto J. Vernengo. 14ª ed. México: Ed. Porrúa, 2005.

MACCORMICK, N. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, N. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado H. Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Harvard: Harvard University Press, 2012.