

COLEÇÃO TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO
COORDENADA POR RONALDO PORTO MACEDO JR.

Neil MacCormick

RETÓRICA E O ESTADO DE DIREITO

Uma teoria da argumentação jurídica



Preencha a **ficha de cadastro** no final deste livro e receba gratuitamente informações sobre os lançamentos e as promoções da Editora Campus / Elsevier.

Consulte também nosso catálogo completo e últimos lançamentos em www.campus.com.br



Tradução

*Conrado Hübner Mendes
Marcos Paulo Veríssimo*

Revisão Técnica

Cláudio Michelin Jr.



4. INSTITUIÇÃO E RAZÃO

O Juiz Coke, em um famoso embate com o Rei Jaime I e VI, reprovou o monarca por ignorar o fato de ser o *common law* um sistema de “razão e julgamento artificiais”. Por mais inteligente que fosse o rei, por mais dotado de “razão natural”, ele não poderia decidir legitimamente as contendas entre seus súditos se não se apoiasse na “razão artificial”. Coke tinha um ótimo argumento – mas, é claro, o contraste não pode ser absoluto. A razão artificial não contradiz a razão natural, mas apenas a suplementa. A ordem jurídica é uma ordem normativa institucional. Os órgãos institucionais que moldam o sistema jurídico, grosseiramente associáveis como aqueles que compõem a tradicional trindade do Legislativo, Executivo e Judiciário, constroem normas para regular a conduta humana de um tipo que difere criticamente em relação às normas morais e aos costumes que poderiam prevalecer em formas de interação entre seres humanos inteiramente autônomas. Elas diferem criticamente exatamente porque são dotadas de autoridade interpessoal, são relativamente determinadas e são equipadas com órgãos destinados a interpretá-las e aplicá-las coercitivamente, sendo esses próprios órgãos, a seu turno, criados por normas institucionais. É nesse sentido que se pode dizer que elas são “artificiais” e permitem que nasça um sistema “artificial” de argumentação.

Nenhuma norma jurídica pode ser interpretada racionalmente se abstraída de seu lugar dentro de um contexto maior. Como veremos nos Capítulos 7 a 11, isso explica a onipresença no Direito dos argumentos ligados à coerência. Estes procuram assegurar que uma dada sentença ou interpretação faça sentido, na verdade, o melhor sentido possível, no contexto da parte “local” do sistema em que está inserida – a lei lida como um todo, o ramo especial do *common law* e os casos que são proximamente comparáveis. Eles também representam de forma mais geral um esforço para assegurar que o sistema como um todo se mantenha unido de forma adequada. A idéia de “sistema” ou “ordenamento” é em si mesma um elemento interno à argumentação jurídica prática, não apenas às concepções teóricas do Direito. Novamente, podemos ver a questão ligada à “argumentação artificial”, não no sentido de que estejamos lidando com algum tipo curioso de artefato, mas no sentido de que muito do conhecimento sobre o Direito e sobre como ele se desenvolveu já está pressuposto na interpretação até mesmo de um único texto. A inteireza do Direito compreende muitas partes, e sem a compreensão dessas partes o todo faz pouco sentido. De forma idêntica, contudo, não é possível compreender qualquer parte sem considerar seu lugar no todo. Esse “círculo hermenêutico”, como é chamado, explica por que o Direito é uma disciplina tão difícil e frustrante para começar a estudar (mas assim são, afinal, todas as ciências humanas).

Capítulo 4

EM DEFESA DO DEDUCIONISMO

INTRODUÇÃO

Diz um ditado antigo que os “casos difíceis produzem um mau Direito”. O sentido original desse ditado dizia respeito a casos em que o Direito tinha um grande impacto sobre uma pessoa cuja situação inspirava simpatia. Nesse tipo de caso haveria uma tentação inevitável, freqüentemente bastante forte, para conceber uma interpretação forçada do Direito para evitar seu impacto exagerado naquele caso específico. O chavão “casos difíceis produzem um mau Direito” conduzia a uma exortação para que as pessoas evitassem distorcer o Direito em vista de situações individuais excepcionalmente duras. *R. v Dudley and Stephens*,¹ que será discutido alguns capítulos adiante, dá um exemplo disso. Um grupo de naufragos, desesperados por água, todos tendo que enfrentar aquela que parecia ser uma morte certa, matam a pessoa mais fraca do grupo e bebem seu sangue. Em seguida, são resgatados. Mais tarde, são presos, indiciados e julgados por homicídio. Deveria o Direito ser interpretado de forma a comportar uma defesa baseada no estado de necessidade, nesse caso?

O Juiz Presidente da Inglaterra em 1884 entendeu que não, argumentando que uma defesa desse tipo inevitavelmente criaria uma situação na qual, em situações de emergência, cada pessoa se tornaria juiz de seu próprio Direito de sobreviver à custa da vida de outrem. Os acusados foram assim condenados e sentenciados à morte. Um caso difícil, de fato, mas um caso no qual não se permitiu que nascesse uma regra de mau Direito (Direito que permitisse a defesa baseada no estado de necessidade em casos semelhantes). Mas a dureza do Direito foi mitigada por meio do exercício da prerrogativa de perdão. A sentença foi comutada para prisão perpétua, e os prisioneiros permaneceram presos, de fato, por apenas uns seis meses depois de seu julgamento.

¹ [1884] 14 Q.B.D. 273.

Uma firmeza semelhante, ainda que talvez menos dramática, diante da tentação de capitular foi demonstrada em *Daniels v White and Tarbard*,² discutido exaustivamente em meu trabalho anterior sobre a argumentação jurídica.³ O comprador de uma garrafa de limonada que continha ácido carbólico foi ferido ao beber seu conteúdo, o mesmo acontecendo com sua esposa. Eles processaram os fabricantes, que foram considerados isentos de responsabilidade sob o fundamento de não terem sido culposamente negligentes nos processos de fabricação e engarrafamento. O dono do bar foi considerado, no entanto, responsável em relação ao comprador (mas não em relação à sua esposa) com fundamento no *Sale of Goods Act*, como vendedor de produtos defeituosos que terminaram por provocar um dano.⁴ O juiz reconheceu que o Direito se mostrava “particularmente duro” em relação ao dono do bar, que era uma “pessoa perfeitamente inocente em relação à questão”, mas considerou que o Direito aplicável ao caso seria claro demais para permitir qualquer conclusão distinta da que lhe atribui responsabilidade. Novamente, um caso difícil que deixou de produzir mau Direito – em uma visão particular do que seria o bom Direito, é preciso dizer.⁵

A noção de “caso difícil” mudou de sentido durante as últimas décadas, sob a influência de Ronald Dworkin, que sugere (de fato) que tais casos fornecem ocasiões para produzir bom Direito.⁶ Um caso difícil é agora entendido como um caso em que se apresenta alguma dificuldade na interpretação do Direito, no qual há fortes argumentos a favor de cada entendimento ou interpretação rivais do Direito apresentadas por ou em favor de cada uma das partes. O exemplo mais recente apresentado por Dworkin diz respeito à posição da Sra. Sorenson, que sofreu danos à sua saúde ao tomar um certo medicamento genérico atualmente fabricado por diversos grandes laboratórios farmacêuticos. Supondo que seja claro que ela tenha sofrido danos duradouros à sua saúde em virtude da droga em questão, ela tem, do ponto de vista jurídico, um problema. Ela usou versões diferentes

² [1938] 4 All ER 258.

³ N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Capítulo 2.

⁴ Mais especificamente “mercadorias vendidas genericamente” que não tenham “qualidade de mercado”.

⁵ Fernando Atria, em *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishing, 2002, p. 178), toma o comentário do juiz como indicativo de que ele considerava o julgamento contrário ao dono do bar como inapropriado, mas isso parece questionável. A responsabilidade objetiva é bem estabelecida em casos de venda de produtos defeituosos, mesmo quando (como freqüentemente é o caso) o vendedor efetivo é “perfeitamente inocente” no que diz respeito ao defeito.

⁶ Ver Dworkin, “Hard Cases”, Capítulo 4 de *Taking Rights Seriously*, 2ª ed. (Londres: Duckworth, 1984). Meu próprio *Legal Reasoning and Legal Theory* também contribuiu para a mudança no uso da expressão, ou ao menos acompanhou-a sem objeção.

desse medicamento fabricadas por diferentes laboratórios. Ela não sabe ao certo quais laboratórios fabricaram os medicamentos que ela de fato usou, mas sabe que diversos fabricantes diferentes estariam envolvidos. Será que ela pode processar todos os fabricantes que produzem esse medicamento, reclamando de cada um deles uma contribuição proporcional para sua indenização, calculada a partir das respectivas participações de cada empresa no mercado? Uma possível linha de argumentação se fundamenta na teoria de que a reparação fundada nas regras de responsabilidade civil se traduz, no final das contas, na distribuição de riscos. Os fabricantes de medicamentos auferem lucros consideráveis a partir da venda de drogas, mas em um contexto no qual há sempre o risco de essas drogas provocarem algum tipo de dano às pessoas que as usam. É bastante possível argumentar que um princípio envolvendo a distribuição proporcional da responsabilidade em caso de dano, apesar de controverso e de consistir em uma nova interpretação da responsabilidade baseada em culpa, capturaria adequadamente o sentido de justiça implícito nesse ramo do Direito. De outro lado, alguém poderia argumentar consistentemente que apenas aqueles responsáveis pela causação do dano deveriam ser considerados responsáveis pela indenização. Se não puder ser provado quem causou o dano, ninguém poderá ser tido como responsável por ele. Essa argumentação captura o sentido de um princípio há muito tempo estabelecido segundo o qual não pode haver responsabilidade sem culpa.⁷

A “dificuldade” nesse caso, em seu sentido contemporâneo, não tem a ver com a questão de saber se a decisão correta seria ruim para a Sra. Sorenson, ou ruim para os laboratórios farmacêuticos, ou seja, em saber se um julgamento favorável ao consumidor produziria mau Direito. Ela diz respeito à dificuldade envolvida em confrontar os argumentos opostos e igualmente fortes que surgem em ambos os lados, e em chegar a uma decisão que seja no todo a melhor, na qual um julgamento a favor ou contra a Sra. Sorenson possa ser baseado. Esse é, na classificação proposta aqui, um grande exemplo de “problema de relevância”. Outros casos difíceis podem ser imaginados com respeito aos problemas de interpretação, classificação, avaliação ou prova. Esses problemas, eu afirmo, exauram as possibilidades de problematizar uma questão jurídica.

Definir se um caso é problematizado ou não é uma questão pragmática antes de mais nada. Uma pretensão adequadamente deduzida ou uma acusação penal competentemente apresentada exibem a forma normal do silogismo, ou ao menos a utilizam para sua estrutura fundamental. No caso de uma admissão de

⁷ Esse caso é discutido nas primeiras sessões de Dworkin, “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies* 24 (2004), p. 1-37.

responsabilidade ou culpa ou (nas questões civis) de revelia, não surge qualquer problema. Se (como no exemplo do caso *Lockerbie*) o único problema diz respeito à prova, a matéria não é ainda problemática do ponto de vista do Direito, ainda que aquilo que pode ser provado pode também se mostrar, às vezes, difícil de classificar em qualquer das categorias gerais do Direito relevantes. Por exemplo, resta provado que um montanhista morreu em virtude de uma queda depois de sua companheira cortar a corda que o sustentava. A instrução mostra, contudo, que o que ocorreu foi que ele caiu e ficou pendurado a sua colega, que o ficou segurando por uma hora, até perceber que seria impossível puxá-lo para cima com segurança e que, como ela estava ficando tão cansada a ponto de correr o risco de cair, o resultado provável da situação acabaria sendo a morte dos dois. Apenas então é que ela corta a corda. Isso consiste em homicídio, ou em um caso de autopreservação que não tem nada a ver com a defesa (proibida) baseada no estado de necessidade?⁸ Problemas de classificação podem aparecer em qualquer momento em um processo judicial. Por outro lado, problemas de relevância ou de interpretação costumam aparecer no início. Se uma pretensão pode ser problematizada, o momento adequado para fazê-lo como defesa é na primeira oportunidade – ainda que sistemas processuais diferentes difiram a respeito do momento no processo em que seja tarde demais para apresentar uma objeção de um ou outro tipo.

Pragmaticamente, portanto, a resposta à questão “O que é um caso-problema” é simples: é um caso no qual surgiu um problema – e, alguém poderia dizer, esse problema não foi resolvido sumariamente pelo juiz ou juízes envolvidos. Diferenciamos, portanto, entre casos “claros” e casos “problemáticos” em bases pragmáticas.⁹ “Claro” é bastante preferível a “fácil”, uma vez que muitas áreas do Direito são imensamente complexas – o Direito tributário, parte do Direito das Coisas, o Direito Securitário e assim por diante. Mesmo os casos nos quais nenhum problema jurídico é levantado podem ser formidavelmente complexos em suas concatenações entre fatos e normas envolvidas. É quase um insulto chamá-los de “fáceis” com base apenas no fato de as imensas dificuldades que se apresentam para sua resolução não figurarem no rol dos problemas que

⁸ Para uma discussão mais detida sobre esse problema, ver Capítulo 10, item 3, a seguir.

⁹ Eu devo esse ponto a Joxerramon Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice* (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 183-207, sobre as leituras pragmática e semântica da noção de “claro” no contexto da doutrina do *acte clair*, própria ao Direito comunitário europeu. A idéia de “clareza pragmática” originou-se em discussões mantidas em Edimburgo envolvendo Bengoetxea, o falecido Jerzy Wróblewski e muitos outros estudiosos em 1989.

são objeto de controvérsia atual entre teóricos do Direito. Alguns poderiam objetar, contudo, em relação à suposição que está implícita no ato de chamar esses casos não problemáticos de “claros”. O que está nas entrelinhas aqui?

A questão que surge é, sobretudo, saber se há (ou se eu estou trabalhando sobre a suposição implícita de que haja) um tipo de clareza “ontológica” subjacente a ao menos alguns casos de clareza pragmática. Casos em que ninguém levantou um problema jurídico porque, dadas as circunstâncias, não existia nenhum problema passível de ser levantado. Textos jurídicos de qualquer tipo possuem uma textura aberta e maior ou menor vagueza, mas isso não consiste em incerteza para qualquer uso.¹⁰ Considerações de justiça ou outras semelhantes podem às vezes sugerir novas interpretações ou desenvolvimentos para velhos princípios, fazendo-os caminhar em uma nova direção. Mas talvez às vezes nem a justiça nem qualquer outro valor possa prevalecer contra o sentido mais óbvio da lei ou dos precedentes e, portanto, não exista qualquer razão para problematizar o Direito. Provar os fatos pode ou não acabar sendo uma questão simples e direta e, uma vez que eles estejam provados, pode surgir um novo problema de classificação – mas também pode acontecer que isso não ocorra. Trata-se novamente de uma questão de saber se alguém pode ver razões para explorar de forma argumentativa um elemento capaz de ser problematizado. Os argumentos finais para chegar a uma conclusão acerca desse ponto relativo à clareza ontológica devem esperar até o último capítulo deste livro. Aqui é suficiente dizer que casos “claros” são aqueles que ninguém problematizou, seja em bases concretas, seja no contexto mais teórico próprio aos juristas. Provavelmente, há alguns casos que ninguém poderia problematizar com base em fundamento algum de modo útil a alguma das partes interessadas, mas o fato de ninguém ter problematizado um caso não justifica supor que ninguém poderia fazê-lo. A falta de utilidade para as partes na problematização do caso apenas demonstra que a clareza do caso continua sendo tratada como um conceito pragmático.

1. UM DIREITO SEM LACUNAS?

William Lucy registra que os juristas ortodoxos como eu estão sujeitos à crítica (que ele particularmente rejeita) de considerarem de forma implausível o Direito como algo essencialmente completo e isento de lacunas.¹¹ Essa visão

¹⁰ Ver B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford: Oxford University Press, 1993), p. 7-35, 178-9.

¹¹ *Understanding and Explaining Adjudication*, p. 194-201.

pintaria o Direito como algo capaz de gerar respostas certas e corretas em praticamente todos os casos, ainda que, às vezes, isso ocorra somente depois de difíceis confrontos argumentativos e de debates agonizantes a respeito daquilo que o Direito realmente diz em relação a uma dada questão concreta. Vincent Welmann¹² é um dos críticos vigorosos da visão segundo a qual a justificação das decisões em casos claros é uma questão de lógica dedutiva, não importando quão longas ou complexas as cadeias de inferência lógica tenham que ser. De acordo com seu argumento, isso pressupõe uma crença de que o sistema jurídico é um conjunto de normas ou proposições normativas completo, autoconsistente (i.e., não contraditório) e sem lacunas. Isso, contudo, representa uma leitura errada da tese que eu afirmei anteriormente e pretendo agora afirmar aqui.

O silogismo jurídico se aplica caso a caso, e não sobre qualquer suposição de que o Direito se pareça em alguma medida com um sistema axiomático ou mesmo com um tipo de jogo fechado, governado por regras estritas, que o xadrez exemplifica, no qual todos os movimentos que podem ser feitos estão predefinidos necessariamente nas regras.¹³ Em qualquer caso concreto, uma parte pode apresentar como fundamento para sua argumentação a formulação de alguma regra ou coleção de regras tiradas do sistema jurídico em questão, ou a afirmação em termos razoavelmente concretos de um princípio que supostamente regularia o caso, juntamente com alegações de fato que afirmem poderem ser provadas com base nos meios de prova disponíveis. A parte contrária é capaz e está autorizada a questionar o caso em qualquer de seus pontos. É da natureza dos sistemas jurídicos, já que as fontes de Direito que eles reconhecem incluem frases formuladas em linguagem corrente, que eles possam dar lugar a conjuntos mutuamente contraditórios de formulações normativas. Isso decorre do truísmo relativo à “textura aberta” dos termos utilizados na linguagem ordinária.¹⁴ Isso também

¹² Ver Vincent A. Wellman, “Practical Reasoning and Judicial Justification: toward an Adequate Theory”, *University of Colorado Law Rev.* 57 (1985), p. 45-115, nas p. 71-4. Eu devo isentar absolutamente Wellman de qualquer má interpretação de minha posição, a respeito da qual ele é eminentemente justo; mas penso que ele imagine que apenas uma teoria rigorosa de um Direito sem lacunas ou contradições poderia dar suporte à tese deducionista. Eu nego que isso seja da essência de uma posição deducionista razoável.

¹³ Ver Fernando Atria, *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishing, 2002), p. 15, 31, 25-6, 45-7, diferenciando “instituições autônomas”, que constituem certas atividades como os jogos, e “instituições regulatórias”, tais como o Direito, que regulam atividades que, de outro modo, ficariam sem sentido. As regras atinentes ao primeiro grupo aplicam-se necessariamente de forma absoluta. As regras do último grupo são intrinsecamente excepcionáveis (*defeasible*).

¹⁴ Ver N. MacCormick, “On Open Texture in Law”, em P. Amssek e N. MacCormick (orgs.), *Controversies about Law's Ontology* (Edimburgo: Edinburgh University Press, 1991), p. 72-83.

ilustra o caráter tipicamente sujeito a contestação (*defeasible*) da maior parte das formulações de regras ou normas jurídicas.¹⁵ A não ser que um acordo seja alcançado pelas partes, cada uma delas terá, no momento apropriado, que afirmar que seu caso está fundamentado na interpretação mais aceitável dos materiais disponíveis nessas fontes. É óbvio que as interpretações rivais de normas jurídicas ou precedentes abundam, tanto quanto as leituras confrontantes de princípios jurídicos. Cada uma das partes em uma disputa precisa mostrar algum fundamento jurídico para o caso que está apresentando, ou seja, tem que produzir uma formulação ou interpretação aceitáveis dos materiais dotados de autoridade. Cada caso, tal como inicialmente apresentado, ou é silogístico em sua forma ou em sua estrutura profunda, ou ataca algum elemento do silogismo apresentado pela parte contrária. É tarefa do juiz filiar-se a uma ou outra dessas visões, ou, como pode ocorrer, construir uma terceira visão preferível àquelas duas. Ao fazê-lo, o juiz necessariamente rejeita uma ou outra das interpretações rivais e parcialmente contraditórias do Direito. A solução proposta para o caso e a interpretação jurídica que a governa têm que ser construídas de maneira a mostrar sua consistência em relação ao Direito precedente, de acordo com a interpretação desse Direito que for preferida.¹⁶

Apesar de todas as tentativas judiciais e legislativas de garantir consistência interna, as fontes de Direito existentes dotadas de autoridade em qualquer sistema jurídico irão quase certamente conter alguns elementos explicitamente contraditórios, e muitos outros elementos que podem ser colocados em contradição a partir de interpretações opostas.¹⁷ Isso não é de forma alguma passível de ser resolvido completamente por meio de referências a regras de prioridade tais como aquela segundo a qual a lei posterior revoga a anterior, ou como aquela que

¹⁵ Ver Capítulo 12 a seguir, e comparar com R. H. S. Tur, “Defeasibilism”, *Oxford Journal of Legal Studies* 21 (2001), p. 355-68, e F. Atria, *On Law and Legal Reasoning*, p. 121-40. Tanto Tur quanto Atria afirmam que a possibilidade de contestação (*defeasibility*) é uma propriedade inerente às regras jurídicas, e não apenas aos processos pragmáticos de interpretação e aplicação dessas regras.

¹⁶ Ver MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Capítulo 8, sobre essa interpretação do requisito de consistência tal como ele se aplica à argumentação jurídica. De acordo com meu modo de ver, o requisito da consistência (assim como o requisito correlato de coerência do sistema jurídico, *op. cit.*, Capítulo 7) é um ideal que governa a argumentação e a interpretação jurídica, não um fato pré-dado do sistema jurídico. Para algumas reflexões acerca da possibilidade de representação formal do sistema jurídico como um sistema de lógica predicativa, ver Michael Sinclair, “The Semantics of Common Law Predicates”, *Indiana Law Journal* 61 (1985-6), p. 373-99.

¹⁷ Comparar com N. Barber, “Sovereignty Re-examined: Parliament and Statutes”, *Oxford Journal of Legal Studies* 20 (2000), p. 131-53, nas p. 134-9.

estabelece a preferência da lei específica sobre a lei geral. A produção de decisões em juízo inclui a tarefa de tentar resolver tais contradições à medida que elas surgem. Ela não pode por isso pressupor que não existam tais contradições, ou que elas sejam meramente aparentes.

Se alguém pudesse estabelecer uma teoria completa e inteiramente satisfatória da interpretação de todo um sistema jurídico — a tarefa que Ronald Dworkin imaginava ser exercida pelo juiz “Hércules”¹⁸ — essa teoria seria sem dúvidas completamente autoconsistente e livre de contradições. Ela poderia então ser a base de dados, ou, na verdade, a base de conhecimento para um sistema dedutivo completo tal como aquele que Wellman sugere que tenho em mente. Mas, ainda que essa possa ser uma idéia justificável como um ideal para a argumentação e para a interpretação no Direito, não é possível justificar que essa idéia descreva sistemas jurídicos reais, como se eles tivessem ou pudessem alcançar esse ideal. Nada do que eu disse deve ser entendido como uma asserção nesse sentido.

O que o debate com Wellman ensina é como pode ser grande a distância que separa a lógica como uma disciplina especializada daquilo que poderia ser chamado de “lógica aplicada”. A última representa o tipo de argumento silogístico que está no cerne do argumento jurídico de acordo com a visão apresentada neste livro, e que aparece de forma análoga em muitos outros campos da vida prática. Incrustadas como as deduções jurídicas estão na teia dos outros argumentos práticos, podemos ver que seria um erro pensar na argumentação jurídica como tendo componentes “lógicos” e “retóricos” separados. Ao contrário, o recurso aos silogismos jurídicos é uma parte necessária da retórica da justificação no Direito, pois o respeito ao princípio do Estado de Direito exige respeito pelas regras do Direito. A concepção lógica de provas formais como inferências estritamente dedutivas a partir de premissas axiomáticas é de fato uma idéia distante de qualquer coisa que possa ser encontrada na argumentação jurídica. Esta, no entanto, tem algo a apreender com suas analogias e desanalogias em relação àquela. E quando os casos calham de ser claros no sentido pragmático defendido aqui, uma justificação adequada da decisão que os resolve, ainda que apresentada informalmente, é dedutiva em sua natureza.

Isso estabelece o contexto a partir do qual podemos avaliar a assertiva de que realmente há um elemento silogístico ou dedutivo na argumentação jurídica, e que, de fato, essa é uma característica estrutural central desta. Mesmo essa tese

¹⁸ Ver Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2ª ed. (Londres: Duckworth, 1984) capítulo 4; e conferir seu *Law's Empire*.

um tanto cautelosa não é de forma alguma incontroversa, havendo muitos juristas que, sob vários fundamentos, negaram a idéia de que a lógica dedutiva possa entrar de forma séria no pensamento jurídico. Este capítulo, portanto, toma uma posição essencialmente defensiva, e defende a posição “deducionista” estabelecida nos últimos capítulos contra várias das objeções que lhe são lançadas. Muito do que segue é bastante técnico, coisas de interesse de especialistas, apenas. Um leitor que não deseje analisar as objeções ao meu posicionamento anterior e suas respectivas respostas pode pular deste ponto diretamente para o Capítulo 5.

2. A OBJEÇÃO KELSENIANA

Falar sobre aquilo que faz uma pretensão ou decisão serem justificáveis não significa dizer que, na realidade, alguém vá efetivamente deduzir uma pretensão ou tomar uma decisão com base nessa mesma justificação, ou mesmo que vá apresentar a pretensão ou proferir a decisão ao final das contas. Afirmar pretensões e tomar decisões são atos de vontade, e atos de vontade não são obviamente conclusões lógicas derivadas de certos argumentos. Decisões são tomadas, não deduzidas. O que segue a partir de um conjunto de premissas não é decidido por ninguém, ainda que alguém possa de fato decidir se irá ou não sustentar ou encarar as conseqüências de uma conclusão que segue logicamente de premissas que essa pessoa aceita. A tese segundo a qual as decisões são atos de vontade, não inferências ou atos de cognição, é obviamente tanto verdadeira quanto importante. É uma tese de importância central na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, especialmente apresentada nas versões mais recentes dessa teoria. Ela alcançou seu ponto mais alto em seu trabalho final, publicado postumamente,¹⁹ e o levou a negar que pudesse haver qualquer tipo de lógica das normas ou do pensamento normativo.

Com imenso respeito, é preciso dizer que Kelsen está errado a esse respeito. Nós não apenas podemos como até devemos aceitar sua tese sobre o “ato de vontade”. Mas devemos igualmente rejeitar enfaticamente a tese que Kelsen considera, de forma equivocada, ser seu corolário. Por certo, um ato de decisão, como qualquer outro ato, não é e não pode ser deduzido de certas premissas, quaisquer que sejam elas. Mas isso não significa que conclusões relevantes para a questão “qual decisão seria justificável em um dado caso?” não possam ser derivadas de premissas rele-

¹⁹ Ver Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy* (Dordrecht: D. Reidel, 1973), capítulos 10-12, esp. capítulo 10; Vienna, e *Allgemeine Theorie der Normen* (Mainz: Verlag und Universitätsbuchhandlung, 1979), capítulo 58, esp. p. 188-9. Cf. Ota Weinberger, “Logic and the Pure Theory of Law”, em R. Tur e W. Twining (orgs.), *Essays on Kelsen* (Oxford University Press, 1986), p. 187-201.

vantes e apropriadas. As premissas *P1* "Toda pessoa condenada por homicídio deve ser sentenciada à prisão perpétua pelo Tribunal de Primeira Instância" e *P2* "Smith é uma pessoa condenada por homicídio" não sustentam a decisão: "Smith, eu lhe condeno à prisão perpétua" (*D1*). Mas elas permitem a conclusão *C1*: "Este tribunal deveria sentenciar Smith à prisão perpétua".²⁰ A conclusão não é ela mesma uma decisão. É, todavia, uma conclusão jurídica alta e diretamente relevante para a questão relativa àquilo que o tribunal pode, neste caso, razoavelmente decidir. Se o Tribunal de Primeira Instância determinar que Smith se sujeite à prisão perpétua, essa será em princípio uma decisão justificada, e se as razões para justificá-la forem imaginadas, alguém as poderia dar repetindo *P1* e *P2* e declinando que *C1* segue dessas premissas. De fato, se o tribunal for proferir, ou se cogitar abertamente proferir, qualquer outra decisão que a imposição de prisão perpétua, nós certamente iríamos querer saber com base em qual filigrana processual ou com base em qual justificativa jurídica isso seria possível. O nexos entre razão e ação pode ser expresso no seguinte argumento prático: "O tribunal deve condenar Smith à prisão perpétua, por isso, eu lhe condeno, Smith, à prisão perpétua".

Aqui, a relação entre a ação e a razão justificadora não é de dedução ou inferência, mas isso não significa que a razão justificadora não possa ela mesma ser estabelecida por dedução ou inferência. Há todas as razões possíveis para supor que o raciocínio dedutivo desse tipo forme um elemento significativo na justificação jurídica em qualquer concepção ou sistema de Direito dentro do qual o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) seja aceito como vinculante, ou (mais provavelmente) como um ideal altamente importante. Onde o dever de um tribunal for o de implementar regras preestabelecidas e pré-declaradas de Direito (não importando se de aplicação absoluta ou estrita²¹), qualquer argumento será uma justificação ao menos parcial de uma decisão se ele demonstrar que a conclusão que justificaria a decisão seria derivável de premissas apropriadas.

²⁰ O exemplo é baseado em Gidon Gottlieb, *The Logic of Choice* (Londres: Allen and Unwin, 1968), p. 66-77, na p. 70. Gottlieb nega que as duas premissas ensejem um veredicto de "culpado", o que é correto, mas não significa que não seja possível tirar nenhuma conclusão relevante concernente ao veredicto a partir das duas premissas referidas.

²¹ Algumas regras são de aplicação absoluta, no sentido de que devem sempre ser aplicadas sem exceção ou espaço para circunstâncias excepcionantes. Outras são de aplicação (mais ou menos) estrita, conforme possam ser afastadas ou excepcionadas em circunstâncias incomuns ou em virtude de razões principiológicas importantes. Aquelas (de acordo com Atria) dizem respeito principalmente a jogos como o xadrez. Estas são mais típicas dos sistemas jurídicos. Ver F. Atria, ob. cit. na nota 13 e N. MacCormick, "Ethical Positivism and the Practical Force of Legal Rules", em Tom Campbell e Jeff Goldsworthy (orgs.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism* (Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 2000), p. 37-57.

Isso pode ser reforçado por um argumento a partir dos princípios da democracia representativa, naquilo que diz respeito às regras editadas legislativamente nos Estados democráticos. Sobre essas bases, uma argumentação do tipo imaginado anteriormente justifica de forma efetiva as decisões, ao menos onde presuponemos existir um compromisso de fundo com uma dada ideologia. Na medida em que alguém considera os valores e princípios envolvidos como genuínos e consistentes em seus próprios termos, e não simplesmente como elementos de uma ideologia, esse alguém estará, conseqüentemente, comprometido a aceitar as decisões como sendo justificadas em um sentido ainda mais forte. Em qualquer caso, tratar a argumentação como capaz de justificar a decisão correspondente não é de forma alguma confundir a decisão com um ato de dedução, ou a sua tomada com um processo de derivação lógica.

Bernard Jackson, contudo, tem uma objeção ao deducionismo baseada no princípio do Estado de Direito. No Direito, freqüentemente procuramos avaliar a correção ou falsidade de alegações de fato, para decidir se elas podem ser consideradas provadas ou não. As alegações de fato que nos interessam estão nas petições iniciais dos casos civis, ou nas denúncias nos procedimentos penais. Mas essas alegações devem sempre ter sido construídas cuidadosamente. Elas terão sido construídas com vistas à sua relevância jurídica. Por "relevância jurídica" queremos dizer que elas se encaixam a uma base jurídica abstratamente concebida, passível de ser exprimida em termos daquilo que os juristas franceses chamam de *moyens*, ou que os juristas escoceses chamam de *pleas in law*. Quando o Direito (que se espera ser) aplicável for Direito escrito, haverá um texto legal (um artigo ou artigos de uma lei ou de um código) cujos termos deverão ser reproduzidos quase exatamente nas alegações, se essas quiserem ser relevantes. Quando uma questão afim ao *common law* estiver em jogo, o texto que deverá ser reproduzido terá que ser construído a partir de um processo de argumentação típico do *common law*, partindo-se dos textos de decisões anteriores e de explicações da doutrina e de declarações de princípios jurídicos. Em qualquer caso, um processo de interpretação do texto que embasa a argumentação será necessário, para indicar por que o Direito interpretado coincide com os fatos alegados de tal modo que esses possam ser considerados relevantes tais como alegados.

Jackson afirma²² que isso está errado, uma vez que os fatos juridicamente alegados, mesmo se provados, não podem de verdade se "encaixar" no Direito. A razão para isso é que as leis expressas em termos universais e abstratos não se

²² Ver B. S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence* (Merseyside: Deborah Charles Publications, 1988), Capítulo 2.

referem a casos particulares, mas simplesmente relacionam condições jurídicas estipuladas de forma universal a conseqüências jurídicas prescritas de forma universal. Ao contrário, alegações de fato em processos judiciais referem-se a atos, eventos e circunstâncias particulares e concretos. Esse é, tal como eu a entendo, o cerne de sua crítica à “explicação tradicional” do processo de produção de decisões jurídicas como um processo que caminha através de “silogismos normativos”, tal como explicado aqui. Jackson afirma que esse modelo de argumentação jurídica necessariamente pressupõe que os termos da premissa maior devam se referir do mesmo modo (e que tenham as mesmas referências) que os termos da premissa menor. Mas essa não é uma tese sustentável em qualquer teoria séria da referência, e não pode sequer ser salva por meio do recurso à idéia de denotação. Ao contrário, Jackson propõe uma explicação mais frouxa, baseada na noção de coerência, do silogismo normativo, onde mesmo a premissa maior é entendida em termos de suas histórias implícitas. A pedra de toque na relevância jurídica torna-se então uma questão de coincidência de padrões entre histórias hipotéticas exemplares encapsuladas na premissa maior e histórias concretas e reais narradas na premissa “menor”.

Alguns pontos de enorme importância surgem dessa explicação narrativística fornecida por Jackson.²³ Mas, mesmo assim, sua crítica da explicação tradicional não me parece convincente. Nada na explicação que eu (ou outros dos assim chamados tradicionalistas ou partidários da ortodoxia) ofereço sobre a possibilidade de silogismos normativos ou sobre o caráter dedutivo de certos elementos na justificação jurídica exige a pressuposição sobre a referência que Jackson ataca (acertadamente) como inaceitável. Proposições gerais (universais²⁴) do Direito podem ser estabelecidas como premissas maiores de um silogismo normativo, ou podem ser tidas em consideração na deliberação sobre a relevância jurídica de alegações particulares de fato. Em qualquer desses casos, elas não são (e, pelas razões apresentadas por Jackson, não podem ser) concebidas como se referindo de antemão aos casos particulares que ocorrem após sua edição e que de fato são construídos de sorte a se encaixarem nas disposições contidas nessas regras. Ao menos elas não se “referem” no sentido técnico de “referência” utilizado por Jackson, no qual a referência é um ato de linguagem, o ato de selecionar um fenômeno em particular para dizer algo sobre ele. O próprio exemplo de Jackson é o de uma regra que sujeita aqueles que blasfemam contra os deuses à pena capital, tal como essa regra foi aplicada no caso de Sócrates.

²³ Comparar com o Capítulo 11, a seguir.

²⁴ É importante ressaltar o termo “universal” – ver Capítulo 5, a seguir.

Todas as pessoas que blasfemaram contra os deuses estão sujeitas a serem executadas;
Sócrates (é uma pessoa e) blasfemou contra os deuses;
Logo, Sócrates está sujeito a ser executado.

A premissa maior aqui poderia ser formulada em uma forma adequada à lógica predicativa: “para todas as pessoas, se uma pessoa blasfema contra os deuses, então essa pessoa está sujeita a ser executada”. Para exprimir isso simbolicamente, tome “p” como uma pessoa variável e “B” como um predicado constante significando “blasfemou contra os deuses” e “L” como um predicado constante significando “está sujeita a ser executada”. A expressão lógica ficaria assim:

1. Para todo p , se Bp , então Lp .

Essa fórmula (é claro) não seleciona ou se refere a nenhuma pessoa nem a qualquer ato de blasfêmia de uma pessoa em particular, nem à sujeição de qualquer pessoa à execução. A sentença a respeito de Sócrates contrasta com esse ponto. Porque Sócrates é (era) uma pessoa em particular, e é (era) alegado que esse mesmo Sócrates havia blasfemado contra os deuses. Para colocar isso em formulação lógica, usando “s” como uma pessoa constante referindo-se a Sócrates,

2. Bs.

Aqueles que acreditam no “silogismo normativo” entendem que as premissas 1 e 2 justificam a seguinte conclusão:

3. Ls (i.e., “Sócrates está sujeito a ser executado”).

A objeção de Jackson diz respeito à ligação proposta entre (1) e (2). Se a proposição universal (1) não se refere a um caso em particular, mas a “premissa menor” (2) sim, como pode a primeira autorizar qualquer conclusão a respeito da segunda? Se estivermos preocupados com o princípio do Estado de Direito e esperarmos que nenhum caso seja decidido a não ser nos termos de uma regra produzida e publicada anteriormente, como podemos entender as regras como algo que “dispõe acerca” de resultados se elas são enunciadas sem referência a quaisquer casos em particular? Como podemos encaixar o (referente) “B” da premissa menor ao (não referente, universal) “B” da premissa maior?

Há um problema real aqui, mas é um equívoco enxergar esse problema como relativo à referência.²⁵ O que está em jogo é o sentido de “B” e não a referência. “B” é usado no mesmo sentido tanto em (1) como em (2)? Se isso não ocorresse, haveria aqui um uso ambíguo da linguagem, e de um ponto de vista lógico essa falácia material teria viciado o raciocínio. O problema, em jargão

²⁵ Há aqui, talvez, um eco da reprovação dirigida por Denis Patterson à forma como a “referência passou a dominar o discurso filosófico” durante o século XX. Ver *Law and Truth* (Nova York e Oxford: Oxford University Press, 1996), p. 151.

lógico, é um problema de “exemplificação da proposição universal” (*universal instantiation*). Na premissa (2), está dito que o predicado universal “B” está exemplificado no caso particular do indivíduo “s”. O problema, no jargão lógico, é ou de interpretação ou de classificação (ou de “qualificação” ou “caracterização”). A diferença aqui é se você foca primariamente nas questões relativas aos possíveis sentidos rivais atribuíveis à premissa maior universalizada (1), o que é comumente considerado como uma questão de interpretação, ou se você foca primariamente nos fatos, atos e circunstâncias em evidência em um caso particular. Isso envolve perguntar se eles contam ou não como, ou se são adequadamente classificáveis como, exemplos de “B” para o propósito da aplicação dessa regra – esse é o problema jurídico da classificação. A diferença entre questões de interpretação e questões de classificação pode ser juridicamente significativa, particularmente na operação de um sistema de precedentes, e para certas regras processuais concernentes aos recursos ou outras formas de controle das decisões inferiores. Nas últimas, os argumentos por analogia desempenham um papel particular que será discutido na parte final do Capítulo 10.

O ponto principal está claro. Qualquer decisão de aplicação do Direito envolve ou uma decisão de classificação ou uma decisão de interpretação ou ambas. Sempre deverá haver uma decisão ao menos implícita de tratar os favos efetivamente verificados ou provados como propriamente caracterizadores do predicado “B” no sentido em que esse termo é utilizado para a disposição jurídica a ser aplicada. Essa é a disposição jurídica estabelecida ou pressuposta como fundamento jurídico da decisão (a premissa maior do silogismo normativo). O caso específico referido pelo tomador da decisão conta então como concretização da proposição jurídica universal aplicável e isso justifica a decisão do caso, supondo que seja dever do tomador da decisão agir de acordo com a regra aplicável. Frequentemente, o processo também envolve de forma explícita (e alguns diriam que sempre envolve de forma implícita) uma interpretação deliberativa dos termos do texto legal em questão. Esse é o processo de selecionar e decidir por um dado sentido possível de ser atribuído a “B” como sendo seu sentido jurídico apropriado, dando razões para essa escolha interpretativa e afirmando que os fatos particulares alegados ou provados se enquadram como hipóteses de concretização desse predicado, no sentido estabelecido pela decisão interpretativa.

Para provar isso através do nosso exemplo: os juízes de Sócrates, na análise dos fatos, chegam a uma conclusão acerca daquilo que foi provado em relação à sua conduta, com vistas à acusação da prática de supostos atos de blasfêmia contra os deuses. Eles precisam então chegar a uma conclusão acerca disto: esta

conduta que restou provada qualifica-se como blasfêmia nos termos da lei (de Atenas)? Trata-se de blasfêmia no sentido que aqui importa? Se a defesa tiver escolhido apresentar alguma questão de Direito, ela poderia ter afirmado ser necessário tomar uma decisão prévia entre três possíveis interpretações gerais da lei sobre blasfêmias, ela deveria ser lida:

- (a) como proibição do uso de expressões de forte desrespeito em relação a qualquer ser divino seriamente cultuado por qualquer grupo religioso, ou;
- (b) como proibição do uso de expressões de forte desrespeito em relação a seres divinos seriamente cultuados por alguma religião oficial do Estado, ou;
- (c) como proibição do uso de expressões de forte desrespeito em relação a um ser divino tal como ele se apresente à compreensão racional.

No caso histórico, o item (b) parece ter sido a resposta encontrada pelo tribunal ateniense, ao passo que Sócrates na *Apologia* argumentou em favor de (c), afirmando que sua conduta não teria expressado qualquer desrespeito em relação ao ser divino tal como ele pode ser racionalmente compreendido. Na controvérsia que surgiu em 1988 envolvendo os *Versos Satânicos* de Salman Rushdie, alguns afirmaram que o Direito sobre a blasfêmia na Escócia e na Inglaterra deveria ser interpretado no sentido (a). Nesse caso, o livro de Salman Rushdie deveria ser considerado blasfemo (contra o Islã). A visão prevalente entre os juristas favoreceu a interpretação (b), sendo o Cristianismo a religião oficial a receber, sozinha, a proteção da lei. Ele mesmo parece ter argumentado originalmente em favor da versão (c), segundo a qual, em sua visão, não haveria blasfêmia.

Quase ninguém imagina que a única abordagem correta (ou a melhor abordagem) para a interpretação do sentido de predicados como “blasfêmia contra os deuses” em um contexto assim controverso nos exija perquirir o que o legislador histórico quis dizer quando usou o predicado “B” ao conformar sua disposição de Direito Penal. Alguns até mesmo questionam se o recurso às intenções do legislador histórico acerca de referência, sentido ou qualquer coisa assim poderia tomar parte em uma abordagem racional da interpretação.²⁶ Não espanta que Jackson possa destruir tão eficientemente a teoria do silogismo normativo após tê-la associado a uma pressuposição insustentável acerca do suposto caráter referencial da premissa maior de tais silogismos na forma de proposições jurídicas universais. Essa pressuposição é de fato insustentável, mas, como demonstrei, não faz parte da teoria do silogismo normativo.

²⁶ Ver R. Dworkin, “On Gaps in the Law”, em P. Amselek e N. MacCormick (orgs.), *Controversies about Law's Ontology* (Edimburgo: Edinburgh University Press, 1991), p. 84-90, especialmente p. 87, argumentando contra a relevância da história legislativa para uma boa interpretação.

De fato, como discutido no Capítulo 7 deste livro, a argumentação interpretativa é altamente complexa e envolve muitos tipos de argumentos potencialmente acumuláveis e conflitantes. Estes podem incluir até mesmo argumentos sobre as intenções objetivas ou subjetivas dos legisladores históricos ou atuais. Estas, por sua vez, podem ser intenções acerca dos usos ordinários ou técnicos da linguagem em um contexto jurídico particular, ou intenções sobre o contexto jurídico sistêmico da interpretação (por exemplo, a intenção de confirmar ou modificar um certo conjunto de precedentes), ou intenções acerca dos propósitos da legislação ou da concepção de justiça (ou de qualquer outro valor) que a lei possa conter. Igualmente, sem qualquer referência à intenção objetiva ou subjetiva, pode haver argumentos sobre o contexto lingüístico da interpretação, e se esse contexto apóia um "sentido comum" ou um "sentido técnico". Pode haver argumentos sobre a interpretação nesse contexto jurídico-sistêmico, envolvendo, por exemplo, considerações sobre princípios gerais de Direito, ou precedentes, ou analogia, ou história do Direito, e muito mais. Pode haver argumentos teleológicos atribuindo um propósito à legislação como parte do contexto dos problemas de interpretação, e argumentos axiológicos sobre os valores que devem ser vistos como contidos na legislação, e isso também pode ser relevante para uma escolha entre interpretações possíveis.

Nesse contexto, a sugestão de Jackson sobre o aspecto implicitamente narrativo do Direito é bastante útil. Outros que afirmaram esse ponto podem tê-lo associado de forma excessivamente exclusiva ao Direito jurisprudencial e aos precedentes. Certamente, um modo útil e persuasivo de pinçar uma interpretação de um texto legal pode ser pensar em termos de casos possíveis ou hipotéticos, ou de situações características nas quais ele se encaixaria. O debate legislativo tanto quanto a deliberação interpretativa podem ser travados de forma mais vívida e cheia de significado dessa maneira. Exemplos narrativos podem bem ajudar a eliminar certas confusões legislativas, tanto quanto podem ajudar a esclarecer a argumentação interpretativa. Onde os *travaux préparatoires* são admissíveis para auxiliar a interpretação, exemplos a seu respeito podem ser especialmente úteis, como Jackson diz ter sido o caso em relação ao apêndice ao esboço de Código Penal para a Inglaterra e o País de Gales, publicado em 1985 com o nome de *Codification of Criminal Law* (Law Comm. 143). Esse documento mostra a interação entre sentido e referência, pois o sentido dos predicados é apreendido por meio da consideração de suas potencialidades como referência. Igualmente, nossa compreensão de um princípio abstrato pode ser alcançada mais vividamente por meio de um caso concreto, de uma narrativa exemplar eloqüente. Parábolas bíblicas parecem ser o *locus classicus* disso. Na interpretação

jurídica, as narrativas não são substitutos para os argumentos derivados de princípios, mas são um modo de tornar os princípios vívidos mesmo em casos nos quais não temos certeza sobre como exatamente formular o princípio que está implícito em nosso raciocínio. Assim como os argumentos analógicos, as narrativas têm um papel especial a desempenhar tanto nos processos racionais de descoberta como nos de justificação.

Por todas essas razões, concluo que o problema de encaixar as premissas maior e menor no silogismo normativo é de assegurar identidade de sentido aos predicados estabelecidos em ambas. Modelos narrativos de argumentação podem revelar um valor concreto aqui, mas não à custa da exclusão de outros modelos. É apenas em premissas menores que os predicados são usados de modo referencial, com referência a características particulares de casos concretos particulares, ao passo que seu uso em premissas maiores é não referencial, e não coloca maiores dificuldades em relação a essa teoria.

O ponto, é claro, é que decisões interpretativas e classificatórias precisam ser feitas de modo a que se possa construir o silogismo (ou um argumento dedutivo mais informal) no qual todos os predicados sejam utilizados inequivocamente, ou seja, no mesmo sentido em todos os momentos. A menos que as decisões interpretativas e classificatórias possam elas mesmas estar baseadas em argumentos consistentes, nem todos eles de caráter dedutivo, o caráter dedutivo da argumentação jurídica (a possibilidade de sua reconstrução em termos de um silogismo normativo) seria perfeitamente compatível com um alto grau de arbitrariedade na tomada de decisões, o que não representaria uma boa garantia para o princípio do Estado de Direito. O mesmo ocorreria se não houvesse nenhuma prática interpretativa estabelecida na comunidade jurídica. Porque, então, mesmo que cada decisão fosse justificada com base numa coincidência perfeita entre decisão classificatória e decisão interpretativa, cada qual, a seu turno, bem justificada em si mesma, não haveria congruência ou coerência no processo argumentativo de um caso a outro, ou de um em relação a outro tomador de decisão. Assegurar o princípio do Estado de Direito como uma condição desejável dos sistemas jurídicos exige não apenas que os silogismos normativos sejam possíveis. Exige também a possibilidade destes serem encapsulados dentro de uma prática interpretativa que exiba coerência entre todos os tomadores de decisão ao longo do tempo.

3. VALOR-VERDADE E FATOS INSTITUCIONAIS

Mesmo assim, pode permanecer uma outra objeção fundamental à tese deducionista, relacionada à mencionada anteriormente. Isso porque nós inicia-

mos a argumentação a partir da suposição de que as regras jurídicas são normas de um tipo particular. De acordo com a visão de Kelsen e de muitos outros pensadores semelhantes, as normas são elas mesmas atos de vontade, ou o conteúdo de atos de vontade, e, portanto, elas não têm valor-verdade, ou seja, não são o tipo de entidade a respeito da qual juízos de verdade ou falsidade possam ser atribuídos de forma inteligível. Com fundamento nisso, alega-se que as regras não podem formar premissas para um raciocínio lógico em qualquer sentido forte ou estrito. Esse argumento Kelseniano foi reformulado tanto por Bernard Jackson²⁷ como por Vincent Wellman.²⁸ Wellman sugere que a atribuição de valor-verdade às formulações ou disposições contidas em regras é, na melhor das hipóteses, contestável, sendo, na pior delas, simplesmente errada. Além disso, uma boa metodologia exige que evitemos premissas contestáveis sempre que outras menos fracas ou menos contestáveis possam ser encontradas. É, portanto, metodologicamente inconsistente basear uma teoria da argumentação jurídica na suposição de que possa ser atribuído valor-verdade a disposições contidas em regras. Bernard Jackson, de outro lado, argumenta que eu confundo a dogmática jurídica, entendida como um sistema semiótico no qual afirmações de falso ou verdadeiro podem ser feitas, com o discurso utilizado pelo Judiciário ao produzir suas decisões, este consistindo em um sistema semiótico inteiramente diferente, que não admite valor-verdade. No entanto, é aí que a noção de justificação se aplica.

Ota Weinberger, com quem colaborei proximamente em relação à "Teoria Institucional do Direito", é uma das principais autoridades que compartilham da visão de que a lógica normativa é uma espécie particular de lógica que não opera com base na função-verdade. Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin demonstraram em uma série de artigos importantes e dotados de autoridade que consiste em um sério erro confundir a lógica das normas com a lógica das asserções normativas (descritivas).²⁹ Apenas a lógica das normas pode estabelecer noções cruciais como aquela de contradição (ou conflito) entre normas, ou pode mostrar as relações necessárias que surgem entre o que é obrigatório e o que é permitido,

²⁷ B. S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence* (Liverpool: Deborah Charles, 1988), p. 37-60.

²⁸ Ver Vincent A. Wellman, "Practical Reasoning and Judicial Justification: toward an Adequate Theory", *University of Colorado Law Rev.* 57 (1985), p. 45-115; cf. A. Wilson, "The Nature of Legal Reasoning: a Commentary with respect to Professor MacCormick's Theory", *Legal Studies* 2 (1982), p. 269-85.

²⁹ Ver os seguintes dois trabalhos, bem como as referências neles contidas: Carlos Alchourrón, "Detachment and Defeasibility in Deontic Logic", *Studia Logica* 57 (1996), p. 5-18; E. Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", *Ratio Juris* 3 (1990), p. 29-45.

quando esses conceitos são concebidos como termos normativos, não como termos descritivos de normas. Essas noções são cruciais para a lógica nas asserções normativas (descritivas), mas não são replicadas exatamente ou diretamente nela. Alchourrón e Bulygin estabelecem que a lógica da justificação das decisões judiciais deve ser efetuada a partir da lógica das normas, e não das asserções normativas, o que significa que ela tem que ser diferente em relação à lógica das atividades descritivas tais como a dogmática jurídica. Nesse ponto, sua crítica é comparável àquela de Jackson.

Não obstante, a Teoria Institucional do Direito fornece uma base sólida para rejeitar a objeção kelseniana, e para responder à crítica metodológica de Wellman, ainda que isso esteja sujeito a uma importante condicionante. A condicionante é que a lógica da justificação seja vista como algo que recorre primariamente a asserções sobre (aquilo que se pode entender como sendo) o conteúdo de uma norma, e não como algo que produza a norma ela mesma, ou trabalhe diretamente a partir daí. Dizer isso significa retornar ao que foi dito antes sobre o caráter interpretativo do pensamento sobre normas e práticas. Nós procuramos capturar, naquilo que pode talvez ser chamado de um modo "descritivo", o sentido da norma com a qual nos confrontamos. Afirmações desse tipo interpretativo-descritivo podem sem qualquer sinal de estranhamento serem consideradas falsas ou verdadeiras (ainda que de modo algum isso sempre ocorra de modo incontroverso), ou seja, podem ter valor-verdade. É verdade que tais asserções não são muito parecidas com afirmações de simples fatos físicos, os quais às vezes são chamados de (ou caricaturados como) "fatos brutos". Mas isso não chega a ser particularmente importante, pois tratam-se de asserções sobre fatos institucionais, não sobre fatos brutos. Tais asserções têm valor-verdade.

O fundamento mais forte para duvidar ou negar isso consiste em que os atos de fala tais como a legislação ou a emissão de ordens não possuem valor-verdade. Na medida em que eles possuem qualquer tipo de conteúdo dispositivo, este é colocado de um modo que contrasta com os modos assertivo e descritivo de vocalizar o mesmo conteúdo. Se eu digo que uma determinada porta está trancada, supõe-se que minhas palavras descrevam o mundo, e que sejam corretas ou que não se sustentem se não o forem. Assim, se ao investigarmos a situação da porta, percebermos que a língua da fechadura está encaixada no batente de tal maneira a tornar-se necessário inserir uma chave e girá-la para que a porta possa ser aberta, poderemos assegurar que a afirmação é verdadeira; caso contrário, que é falsa. Se eu digo: "Veja se a porta está trancada", alguém que pretenda obedecer-me deverá checar se a língua da fechadura está encaixada no batente

e, se não estiver, deverá encaixá-la, ou, de outro modo, deverá deixá-la como está. O ponto aqui é garantir que o mundo se encaixe às minhas palavras, não que as palavras se encaixem no mundo tal como ele já se apresenta. Formas assertivas e descritivas (incluindo as formas descritivo-interpretativas) de vocalizar algo produzem sentenças que têm valor-verdade, e nisso elas se opõem às formas imperativas de vocalização, tais como aquelas que encontramos nos atos de legislação e emissão de ordens.

Quando um motorista passa por uma placa indicando um limite de velocidade de 50 quilômetros por hora, ninguém imagina que ele deva pensar ou balbuciar “que coisa correta!”, mas sim que ele ajuste a velocidade de seu veículo de acordo com a norma. O motorista deve derivar daí um imperativo individual (e agir de acordo com ele). Pensar “Cuidado! Mantenha sua velocidade em ou abaixo de 50Km/h até nova ordem em contrário!” e reduzir a velocidade de acordo com isso não tem nada a ver com verdadeiro ou falso. Agir de acordo com o Direito não é o mesmo que fazer afirmações verdadeiras a seu respeito.

Mas há uma consideração diferente que precisa ser feita. Diz-se corretamente sobre os atos de legislação que eles “estabelecem” normas. Mas uma norma assim “estabelecida” constitui Direito válido no sistema em questão durante um certo período de tempo. A estrutura conceitual do sistema jurídico é uma estrutura dentro da qual as normas estabelecidas nas leis perduram no tempo, do momento de sua edição até um momento posterior de revogação, ou até que ocorra um processo mais demorado de caírem em desuso ou serem eventualmente revogadas pelo estabelecimento de costumes em contrário (o desuso). Perdurar ao longo do tempo, e não ocorrer em um certo momento do tempo, é o critério de “existência”.³⁰ Afirmações sobre a existência de algo (sobre o fato de algo perdurar no tempo) são afirmações de fato. Como as normas existem em uma ordem normativa institucional, pode haver, em consequência, afirmações de fato (de “fatos institucionais”) acerca dessas normas institucionais. E estas podem ser verdadeiras ou falsas em relação à ordem ou sistema em questão, em qualquer momento dado do tempo.

Há uma distinção razoavelmente geral entre atos que são praticados, ou ocorrem, em um momento do tempo, mas não são eles mesmos verdadeiros ou falsos, e estados de coisas que resultam desses atos, e que perduram através do tempo, a respeito dos quais afirmações falsas ou verdadeiras podem ser feitas.

³⁰ Comparar com N. MacCormick e O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law* (Dordrecht: D. Reidel, 1986), argumentando que tudo aquilo que pode ser visto como perdurando no tempo pode ser considerado como existente.

Colocar um litro de gasolina em um carro é um ato que não tem valor-verdade. Usar a gasolina para sua finalidade projetada, ou seja, para consistir em combustível para o carro, é um ato que não possui valor-verdade. Mas o marcador de combustível que está no painel do carro pode mesmo assim fornecer informações verdadeiras (ou, alarmantemente, falsas) sobre o estado de coisas que resulta desses atos, ou sobre outros atos e processos que resultam no esvaziamento do tanque de combustível à medida em que este é utilizado para movimentar o carro. Assim também os estados jurídicos de coisas podem resultar da criação do Direito ou de atos de conformação de condutas. Esses estados de coisas podem ser afirmados verdadeira ou falsamente sem prejuízo do fato de não poderem se submeter a juízos de falso ou verdadeiro os atos que produzem esses estados, os quais, por sinal, sequer produzem afirmações que possam ser consideradas falsas ou verdadeiras.

Tendo isso em mente, voltemo-nos agora para algumas tentativas concretas de fazer afirmações normativas sobre o Direito. Suponhamos que eu queira tentar estabelecer alguma proposição sobre o Direito que capture o sentido de uma norma jurídica presentemente existente e ao mesmo tempo a torne razoavelmente simples de ser utilizada para a realização de inferências lógicas. Suponhamos que eu esteja tentando capturar o sentido atual do *common law* acerca do homicídio na Escócia e, tal como deve ser aplicado, por exemplo, no caso *Lockerbie*, discutido no capítulo anterior. Eis aqui uma tentativa desse tipo: “Para todo x e para todo y , se x for uma pessoa segundo os critérios do Direito e y for um ser humano, então se y morrer e se x tiver agido ou deliberadamente deixado de agir de modo a causar a morte de y , e se x tiver agido ou deixado de agir com a intenção de causar a morte de y , então x é culpado pelo homicídio de y e x estará sujeito a ser condenado à prisão perpétua.”

Eu não apresento isso como toda a verdade sobre o homicídio, tendo omitido, por exemplo, as condicionantes relativas à legítima defesa e a outras formas legais de matar alguém, tendo ainda ignorado circunstâncias mitigadoras ou parcialmente excludentes como a provocação, e assim por diante. Também deixei de fora o dolo eventual (*Recklessness*)* e (se eu quiser estender o âmbito do meu exemplo para o Direito inglês) casos relativos àquilo que os juristas ingleses chamam de *transferred malice*. Minhas afirmações envolvem uma interpretação

* O conceito de “recklessness” não é inteiramente coincidente com o de dolo eventual. *Recklessness* diz respeito a uma espécie de culpa consciente à situação em que alguém, ainda que não deseje o resultado danoso, está plenamente consciente de que esse resultado pode prover ou certamente proverá de sua ação. Daí a associação feita na tradução. (*N. dos T.*)

do homicídio como um crime que pode ser cometido por pessoas tal como consideradas pelo Direito, e não necessariamente por seres humanos individuais, mas define um crime que somente pode ser cometido contra seres humanos. Isso pode novamente levar alguém a pensar sobre o *status* de um feto humano ou (o que parece não ser uma questão completamente resolvida neste momento) de pacientes em um estado vegetativo aparentemente irreversível e persistente. De toda forma, se for aceito que o assassinato intencional é um crime no Direito escocês (e também no inglês), especificamente o crime de homicídio, e que aqueles que o cometem são sujeitos a serem punidos com a prisão perpétua, minha interpretação será razoável. Portanto, a afirmação pode ser considerada, com alguma certeza, como verdadeira. De fato, eu duvido que qualquer pessoa pudesse dispor-se de verdade a contestar firmemente essa afirmação, ou a dizer seriamente que uma afirmação desse tipo não possa adequadamente ser considerada como falsa ou verdadeira. Saber se ela é correta tal como formulada ou se precisa de alguns ajustes é de fato uma questão de opinião, a depender parcialmente do estado presente do Direito em um sistema jurídico em particular, e, também em parte, de abordagens distintas quanto à sua interpretação.

Que uma certa questão exija o uso de julgamento ou interpretação para que alguém possa formar uma opinião a seu respeito não é algo incompatível com ela poder ser tida como falsa ou verdadeira. Diagnósticos médicos, investigações mecânicas acerca de problemas persistentes com a transmissão de um carro, julgamentos sobre o caráter das pessoas e coisas do tipo têm todas essas qualidades. Ninguém pensa que esses diagnósticos ou julgamentos são incapazes de ser falsos ou verdadeiros. O que nos faz duvidar disso é algum resíduo de uma versão ingênua da teoria da verdade-correspondência. Chamo de “ingênua teoria da verdade-correspondência” aquela que estabelece somente ser possível atribuir valor-verdade a elementos que possuam algum tipo de correspondência exata em um estado de coisas encontrável no mundo físico perceptível. Afirmações verdadeiras seriam aquelas e somente aquelas com as quais o mundo de fato corresponda.

Uma teoria como essa é inaceitável por uma variedade de razões, entre as quais porque suas próprias afirmações não podem ser verdadeiras (ou falsas) segundo seu próprio critério de verdade. Com base nesse fundamento (e em outros), surge uma tentação de abandonar o próprio conceito de “correspondência” como um conceito capaz de fornecer tanto um critério quanto um sentido para a verdade. No entanto, isso seria ir longe demais. Há de fato classes de afirmações dentro de formas dadas de discurso para as quais a “correspondência” com even-

tos perceptíveis e com estados de coisas é um critério particularmente apropriado de verdade. De modo contrário, há um sentido perfeitamente aceitável (ainda que de algum modo diferente) do termo “corresponder” com base no qual podemos dizer que há fatos correspondentes para qualquer afirmação verdadeira contida em qualquer discurso veritativo. A correspondência nesse sentido amplo, contudo, não pode ser um critério de verdade, porque os fatos em questão não podem ser considerados existentes independentemente dos fundamentos da verdade das sentenças que os afirmam. Essa é, de fato, uma característica de todos os tipos de fato institucional.

Os “fatos institucionais” são (deixem-me repetir esse ponto) aqueles que dependem não apenas de certos eventos ou ocorrências físicas que supostamente devem ter ocorrido, mas também de uma interpretação desses (e/ou de outros) eventos ou ocorrências em termos de algum conjunto estável de normas (tanto institucionais ou convencionais) de conduta ou de discurso. O fato de a sentença que eu acabei de escrever ser bem formada e gramaticalmente correta em português é um exemplo desse tipo de fato. Discursos relevantes no mundo são a vocalização de certos sons feita por mim, ou a produção de marcas no papel ou na minha tela de computador. Isso tudo resulta em uma sentença em língua portuguesa apenas em virtude da existência do conjunto complexo, porém estável, de normas e convenções do discurso que constitui a gramática e a semântica do português como uma língua natural. Que a apresentação desta e de outras sentenças em uma declamação ordenada por mim resulte na preparação de um capítulo para um livro de teoria do Direito sobre retórica depende igualmente de uma compreensão interpretativa das ocorrências relevantes à luz de um conjunto complexo, estável e pressuposto de regras sobre autoria e publicação. Se a verdade de uma afirmação verdadeira depende tanto da ocorrência como da não ocorrência de eventos relevantes e da interpretação desses eventos por referência às normas que fazem com que eles contem como eventos importantes, então as afirmações em questão estabelecem “fatos institucionais”. Que uma interpretação das normas em questão esteja também envolvida não afasta essa conclusão.

Em *The Opposite Mirrors*,³¹ Eerik Lagerspetz sugere que fatos institucionais podem ser conceituados como uma subclasse daquilo que ele chama de “fatos convencionais”, ou seja, que são fatos em virtude de uma crença convencional (e mútua) de certas populações relevantes ou grupos de pessoas. A existência de ao menos algumas regras, por exemplo, das regras mais importantes de qualquer

³¹ Lagerspetz, *The Opposite Mirrors*, (Dordrecht: KluwerAcademic Publishers, 1995), Capítulo 1.

dado sistema jurídico, depende de convenção e não da existência de regras de hierarquia ainda mais alta (o que leva ou a uma regressão ao infinito ou a uma pressuposição arbitrária ao estilo de Kelsen). Então, é óbvio que a presente explicação dos fatos institucionais tem que ser embutida em alguma explicação sobre o costume ou a convenção, e então em algo como os fatos convencionais de Lagerspetz. A categoria mais ampla dos fatos “humanamente condicionados” (*menschabhängige Tatsache*) de Ota Weinberger provavelmente exerce o mesmo papel.³² Como quer que seja, parece claro o bastante que nossas convenções são para nós constitutivas de fatos, fatos que permanecem hígidos apenas em virtude de nossa observância (ou da observância de alguém) em relação às convenções correspondentes, ou da observância de normas institucionais que dependem das mesmas, ao final das contas, de alguma convenção.

Ademais, se pudermos afirmar corretamente que uma certa regra (simpliciter formulada) “Sempre que FO então, NC” é válida dentro de um dado sistema jurídico, então parecerá igualmente inquestionável dizer que para esse sistema, durante a validade daquela regra, NC é (a verdadeira) consequência que segue em qualquer caso no qual se apresentem FO. A verdade relativa à validade dessa regra parece seguir a correção da afirmação de seu conteúdo como uma verdade sobre o sistema jurídico tal como ele agora existe. É homicídio no Direito escocês se alguém matar deliberadamente uma pessoa sem qualquer condição que justifique ou desculpe esse ato; e a pena legalmente imputável para o homicídio é a prisão perpétua. Haveria algo bastante estranho de fato em negar que essas afirmações possam ter valor-verdade, já que nenhuma pessoa comum duvidaria seriamente de sua verdade. Ademais, se você quiser justificar o fato de uma certa pessoa estar cumprindo prisão perpétua em uma penitenciária escocesa, será certamente ao menos um começo de explicação dizer que ela foi condenada por homicídio, e sentenciada à prisão perpétua por conta disso.

A conclusão dessa sessão do capítulo é, portanto, que não pode haver objeção séria ao deducionismo com base na observação correta de que as normas jurídicas não possuem valor-verdade. As normas de fato não o possuem, mas afirmações descritivo-interpretativas sobre o Direito podem possuí-lo, e a defesa do deducionismo estabelecida aqui exige apenas que afirmações desse tipo cumpram um papel crucial e legítimo em uma prática razoável de justificação jurídica. A teoria dos fatos institucionais indica que é perfeitamente apropriado atribuir valor-verdade tanto às

³² MacCormick e Weinberger, *Institutional Theory*, Capítulo 3.3; no original em alemão, MacCormick e Weinberger, *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus* (Berlim: Duncker & Humblot, 1985), p. 114-5.

afirmações sobre a validade de regras jurídicas válidas, como às afirmações descritivo-interpretativas sobre o conteúdo das regras válidas, entendidas como afirmações sobre o Direito existente em uma dada jurisdição ou nação.

Isso traz de volta à baila a sugestão de Jackson de que existiria um distanciamento radical entre o discurso de um juiz que emite uma certa opinião sobre o Direito para justificar uma decisão em um caso contencioso e o de um estudioso do Direito que emite uma opinião sobre ele em algum discurso de dogmática jurídica — por exemplo, ao escrever uma monografia, um manual ou um artigo sobre o Direito, ou ao discuti-lo com outros estudiosos ou com seus alunos. Pode ser dito, para efeito de contraste, que as afirmações do estudioso não são mais que meras opiniões, sem qualquer autoridade derivada do fato de ter sido o estudioso que as vocalizou, mas que a opinião do juiz carrega autoridade judicial automaticamente consigo. As afirmações do juiz tornam-se válidas pelo fato de terem sido feitas por um juiz no exercício da atividade judicial, e, dessa forma, consistem em atos constitutivos de Direito que se apresentam de forma bastante transparente como afirmações descritivo-interpretativas.

Responder a esse ponto é também antecipar uma conclusão mais completamente justificada no Capítulo 13. As justificativas apresentadas pelos juízes para as decisões que eles tomam são efetivas como justificações apenas na medida em que ofereçam tentativas genuínas de interpretar o Direito, e é o Direito assim interpretado que justifica suas decisões. Isso às vezes inclui uma interpretação do Direito existente que o considera silente ou não completamente exaustivo em um ponto importante. Então, é preciso tomar uma decisão que discipline o ponto até então indeterminado, e essa decisão de estabelecimento do Direito que irá governar o caso é um pré-requisito para qualquer decisão que vise aplicar o Direito. De fato, a decisão de estabelecimento do Direito que governará o caso é diferente do discurso interpretativo que leva a ela. Ademais, especialmente quando lidamos com a interpretação, com toda a sua dependência em relação à formação de uma opinião bem informada, é certamente razoável atribuir peso especial nas futuras interpretações às decisões judiciais tomadas em um processo decisório antecedido por um debate rigoroso (ou ao menos vigoroso) entre os advogados das partes. Entretanto, erros crassos permanecerão erros crassos,³³ quer sejam cometidos por juízes, quer por estudiosos.

Por outro lado, é uma verdade importante que os juízes, ao justificarem suas decisões, precisam demonstrar que essas cumpriram o dever judicial de respeitar o Direito. Por isso o juiz deve, dizem Alchourrón e Bulygin, tirar suas

³³ Ver Capítulo 13, a seguir.

conclusões de normas vinculantes, e não de afirmações feitas sobre elas. Eles estão certos em entenderem isso como sendo obrigatório no sentido forte, normativo, de que um juiz deve decidir de acordo com o Direito. Ele deve demonstrar que a decisão proferida está conforme o Direito para desincumbir-se desse seu dever. Mas a tarefa de mostrar que a decisão está de acordo com o Direito exige assumir uma visão descritivo-interpretativa das normas do sistema. Mostrar que a decisão de alguém se conforma ao sistema assim considerado é demonstrar que o dever fundamental de um juiz está sendo cumprido.

Jerome Bickenbach sugeriu que esse caráter necessariamente interpretativo da argumentação jurídica a impede de ser em qualquer sentido não trivial uma argumentação dedutiva.³⁴ Isso certamente não afasta ou trivializa a conclusão estabelecida no capítulo anterior de que o raciocínio silogístico é estruturalmente central ao pensamento jurídico. Além disso, se a presença da interpretação impedisse a utilização da lógica no que diz respeito à estrutura da argumentação de alguém, não seria apenas a lógica jurídica que seria abalada. O que teria que ser afastado seria a aplicação da lógica em qualquer domínio prático ou empírico.

O ponto a ser apreendido não é que a lógica aplicada seja impossível, mas que a verdade empírica consiste em verdade apenas em relação às afirmações que são consideradas como pontos de partida a partir dos quais uma certa interpretação é atribuída. Essas afirmações são verdadeiras à vista da interpretação de seu sentido e do mundo. Considere, por exemplo, a frase "O gato está sobre o capacho". Qual gato? Qual capacho? Onde? Quando? O que pode ser considerado um gato? Ou um capacho? E assim por diante. Em cada ocasião em que alguém vocalizar essa sentença, teremos que interpretar a sentença como se referindo a algum gato em particular, a algum capacho em particular, e assim por diante. Apenas à luz dessa interpretação, podemos decidir se aquele que fala diz algo verdadeiro ou falso. E de modo a decidir isso depois de termos feito nossa interpretação, iremos ainda assim precisar de alguma forma de procedimento para determinar a verdade.

4. QUAL LÓGICA PARA OS JURISTAS?

Neste ponto, é apropriado trazer à luz o que estava implícito até agora, reconhecendo, ao mesmo tempo, uma deficiência no modo como meus escritos

³⁴ Ver J. Bickenbach, "Legal Hermeneutics and the Possibility of Legal Critique", em E. Simpson (org.), *Antifoundationalism and Practical Reasoning* (Edmonton, Alberta: Academic Printing and Publishing, 1987), p. 217-32, onde uma visão semelhante é atribuída a R. Dworkin, *Law's Empire* (Londres: Fontana Books, 1986), de forma provavelmente correta. Uma versão radicalmente diferente da mesma objeção está contida no último capítulo de *Reading the Law* (Oxford: Basil Blackwell, 1986), de Peter Goodrich.

anteriores tentaram formalizar a lógica do raciocínio dedutivo na justificação jurídica. *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) tentou mostrar como parte da argumentação em um caso inglês (*Daniels & Daniels v R. White & Sons Ltd and Tarbard*),³⁵ lançou mão de um argumento dedutivo para chegar à conclusão de que o réu devia ser condenado a indenizar o autor. Essa conclusão foi trabalhada a partir do uso de um conjunto complexo de premissas compreendendo várias regras do Direito britânico escrito (o *Sale of Goods Act* de 1893) e do *common law* inglês, junto com certas asserções de fato. Para explicar isso, adaptei as convenções da lógica proposicional com o objetivo de representar a estrutura formal da argumentação no caso, e de mostrar como a argumentação poderia ser vista como uma cadeia complexa de argumentos hipotéticos, de silogismos como aqueles discutidos no capítulo anterior. Isso estava apresentado de forma essencialmente correta, mas não completamente satisfatória em meu trabalho de 1978.

Patricia White³⁶ criticou vigorosamente esse procedimento afirmando que os elementos centrais da argumentação perdem visibilidade se nos restringirmos a usar a lógica proposicional para dar representação formal ou reconstruir tais argumentos. Uma forma de lógica predicativa é exigida aqui. A razão para isso é que as regras jurídicas têm o caráter de "proposições hipotéticas abertas",³⁷ ou seja, elas utilizam hipóteses que são realizáveis em um número de ocasiões. Como foi ressaltado no capítulo anterior e nas sessões anteriores deste capítulo, elas usam "universais" ou "conceitos" ao estabelecerem quais são os fatos operativos relativos a certas conseqüências normativas. Uma parte da análise do caso *Daniels*³⁸ ajuda a mostrar isso. Apresentei uma caricatura da seção 14(2) do *Sale of Goods Act* de 1893 (com alterações posteriores) nos seguintes termos: "Se mercadorias são compradas e vendidas genericamente (*by description*), e se o comprador das mercadorias é uma pessoa que negocia com bens do tipo que está sendo negociado,

³⁵ [1938] 4 All ER 258.

³⁶ Ver Patricia White, Book Review, *Michigan Law Review* 78 (1979-80), p. 737-42.

³⁷ Ver D. Mitchell, *An Introduction to Logic*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1964), p. 82.

³⁸ Ver MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 19-33, para minha reconstrução racional do caso *Daniels*. Para resumir os fatos e o objeto do caso naquilo que é relevante para os presentes propósitos: O Sr. Daniels comprou da Sra. Tarbard em sua loja uma garrafa de limonada R. White. Quando ele e sua esposa beberam a limonada, sofreram suma sensação de queimadura e foram hospitalizados. A limonada continha uma grande porção de ácido carbólico. Como ela havia sido comprada genericamente, a venda estava sujeita à condição implícita de que a limonada tivesse qualidade de mercado. Como uma limonada contendo ácido carbólico não tem a qualidade de mercado, a Sra. Tarbard estava obrigada a indenizar o Sr. Daniels por quebra do contrato.

então há uma condição implícita ao negócio (que deve ser respeitada pelo vendedor) de que as mercadorias tenham a qualidade de mercado."

Essa regra claramente se destina a regular qualquer caso em que as condições nela dispostas – os fatos operativos em questão – se realizem, ordenando que em cada um desses casos a consequência normativa correspondente se aplique, impondo ao comprador uma condição implícita ao negócio que deve ser respeitada. Portanto, a aplicação da regra a qualquer caso exige que seja estabelecida em relação ao caso a existência de instâncias particulares do predicado universal utilizado como descrição de um fato operativo na formulação da regra. É preciso estabelecer, em relação a esta e àquela pessoa em uma dada ocasião, que esta vendeu e aquela comprou algo, que esse algo consiste em uma mercadoria, que essa mercadoria foi vendida genericamente, e que aquela pessoa negocia com mercadorias do tipo em questão. Então, será juridicamente justificável ler este contrato como estando sujeito à condição implícita de que as mercadorias tenham qualidade de mercado, e injustificável entender de outra forma sem que alguma razão bastante especial seja oferecida. A subsunção dos elementos particulares observados aos predicados universalizados é que é decisiva para a argumentação. Seguindo os exemplos anteriores, será melhor reformular a premissa do raciocínio em termos como os seguintes:

Para todo x e todo y , se x e y forem pessoas na acepção jurídica do termo, e se x vender para y , e y comprar de x , alguma coisa g , e se g for um tipo de mercadoria, e se x for uma pessoa que negocia com mercadorias do tipo t , e se t for um tipo de mercadoria ao qual g pertence, então o contrato entre x e y está sujeito a uma condição implícita de que g tenha qualidade de mercado, e x estará obrigado a compensar y se g não tiver qualidade de mercado.

A aplicação dessa regra ao caso de quaisquer duas pessoas reais a e b , ou mesmo a Tarbard e Daniels exige determinar que elas, no relacionamento em que se engajaram no tempo relevante para o caso, contem como instâncias representativas dos predicados (dos universais, dos conceitos) estabelecidos na formulação da regra. Cada uma precisa ser considerada uma pessoa na acepção jurídica do termo, é preciso concluir que elas estabeleceram entre si um contrato para a venda de algo – no caso, uma garrafa de limonada – e que a coisa vendida, a garrafa em questão, pertence a um certo tipo de mercadoria, e que a , ou Tarbard, negocia mercadorias do tipo a que a limonada pertence. Então, a compra daquela garrafa estará corretamente sujeita àquela condição. E assim por diante em relação ao resto do argumento correspondente. O importante para o argumento em

cada um de seus passos, como ressaltou Patricia White, é que o predicado universal seja considerado como tendo sido reproduzido de forma particular no caso em apreço. O aperfeiçoamento que ela reclamou já foi incorporado na argumentação utilizada neste e no capítulo precedente. O ponto é que, uma vez que a correção solicitada esteja feita, o argumento original persiste perfeitamente hígido.

5. UMA OBJEÇÃO: CLASSIFICAR É TAMBÉM DECIDIR

Neste estágio, contudo, muitas objeções ulteriores aparecem, algumas das quais foram feitas de forma igualmente vigorosa por críticos do meu trabalho. Primeiro, pode ser objetado (como fez por exemplo a falecida Alida Wilson³⁹) que os eventos que ocorrem no mundo não trazem consigo sua respectiva classificação. Assim, qualquer classificação desses eventos dentro de algum predicado estabelecido na formulação de uma regra envolverá necessariamente um tipo de decisão, não um ato puro de cognição. Por exemplo, em um caso no qual um indivíduo real a é acusado de matar um certo b , pode surgir uma questão concernente a saber se b é realmente um ser humano para os propósitos da regra – b pode ser um feto ou uma criança ainda não nascida,⁴⁰ e pode haver controvérsia acerca desses seres contarem como seres humanos. Ou pode haver uma controvérsia relativa a saber se o ato praticado por a causou de fato a morte de b – ou mesmo a saber se b de fato morreu. Se b tiver sofrido dano cerebral em decorrência de um golpe aplicado por a , mas estiver respirando por meio de um respirador artificial, ao passo em que seu eletroencefalograma revela a completa ausência de atividade cerebral, é possível dizer que b está já morto? Ou a morte ocorre quando os médicos desligam o respirador? Qual ato terá sido então a causa da morte? Com qual intenção a agiu ao golpear b ? Em que medida realmente podemos atribuir intenções aos agentes no que diz respeito aos seus atos?

Questões como essas colocam um problema jurídico bastante familiar, e elas podem ser replicadas para qualquer formulação de regra que você possa imaginar. Todas consistem em exemplos do que foi chamado de "problemas de classificação". É óbvio que a resolução desses problemas em qualquer exemplo dado exige a determinação, uma decisão a respeito de ser possível e razoável relacionar o que aconteceu de fato ao predicado que estabelece o fato operativo

³⁹ Ver Alida Wilson, "The Nature of Legal Reasoning: a Commentary with respect to Professor MacCormick's Theory", *Legal Studies* 2 (1982), p. 269-85.

⁴⁰ Ou um "gêmeo siamês" sem capacidade de respirar sozinho, como discutido em relação ao caso das Gêmeas Siamesas, no Capítulo 5.

em uma dada formulação de regra. Isso implica algum tipo de decisão que precisa ser justificada “externamente” ao argumento dedutivo que se aplica uma vez que a classificação esteja determinada.⁴¹ A presença desse tipo de determinação atributiva leva os críticos à conclusão de que não pode haver qualquer questão lógica ou de dedução no caso. Determinações atributivas são atos de vontade, e estes não têm lugar em uma cadeia de deduções. Certamente, este não pode ser o domínio da lógica fundada na função-verdade, já que o que está em jogo não é uma simples questão de verdadeiro ou falso, mas, antes, uma questão de decidir sim ou não no que diz respeito a atribuir ou não algo a alguma outra coisa.

Essa objeção, é possível ver, replica aquela objeção kelseniana considerada anteriormente. Minha resposta também replica aquela resposta anterior, mas aqui devo acrescentar que a objeção vai longe demais. Isso porque, se consistente, ela deverá aplicar-se a todos os domínios da lógica aplicada, não apenas ao raciocínio jurídico ou normativo. O que sobraria do famoso silogismo sobre Sócrates se essa objeção for consistente? “Para todo x , se x for um homem, então x é mortal?” Aplicar isso ao caso de qualquer ser individual exige uma atribuição — “Sócrates é um homem” — antes que se possa prosseguir em direção à conclusão — “portanto, Sócrates é mortal”. Apenas depois de decidir que Sócrates é um homem é que podemos justificar a passagem, sob a autorização da premissa maior, para essa conclusão. Jesus era um homem ou era Deus, ou era ambos? Ele era mortal? *A fortiori*, o mesmo ocorre em qualquer caso de ciência aplicada na qual alguém procure empregar uma “lei científica”. Ao construir uma ponte ou uma aeronave, eu posso até ter informações sobre capacidade de tensão de qualquer peça de aço que apresente certa composição e dimensões. Posso até ter calculado que um certo componente tem que possuir uma dada capacidade de tensão. Mas estou autorizado a tratar o pedaço de metal em minhas mãos como algo que preenche a capacidade de tensão requerida para seu emprego apenas se eu atribuí-la à composição e às dimensões respectivas. Não são apenas as inferências jurídicas que exigem determinações atributivas.

A conclusão a ser estabelecida em todos os casos, o do Direito incluído, não é que decisões atributivas ou determinações impeçam ou excluam a lógica dedutiva, mas, ao revés, que elas são um elemento precursor necessário a qualquer raciocínio dedutivo que seja conduzido com referência ao mundo real. Cada forma de lógica aplicada exige decisões relativas à aplicabilidade de proposições

⁴¹ Ver Fernando Atria, *On Law and Legal Reasoning*, p. 174-84, primeiro chamando a atenção para a diferenciação feita por Robert Alexy entre a justificação “interna” e “externa”, para então criticar minha visão de *Daniels v White and Tarbard* a partir desse fundamento.

universais (predicados) a instâncias particulares. A existência de decisões, e da necessidade que existe de tomar essas decisões no campo jurídico não é nem especial a esse campo nem impeditiva no que respeita à possibilidade de utilizar a lógica dedutiva nesse domínio. Se as decisões exigem justificação em certas circunstâncias pragmáticas, então essa justificação “externa” certamente terá que ser fornecida antes que qualquer representação silogística da conclusão possa ser convincente. Mas, às vezes, nenhuma objeção mais séria é apresentada, e nenhuma resposta em termos de justificação externa é necessária. É isso, em minha opinião, que ocorreu em *Daniels v White and Tarbard*. Não obstante as objeções de meus respeitados colegas,⁴² eu adiro portanto à visão de que esse caso mostra como pode ser possível justificar uma decisão de um modo puramente dedutivo (após retificar o modelo de apresentação lógica) quando as questões são pragmaticamente claras. Isso ocorre quer elas sejam igualmente claras em um sentido mais profundo e ontológico, quer não.

6. A VERDADE E OS PROCEDIMENTOS PARA DETERMINAÇÃO DA VERDADE

Longe de ser anômalo a esse respeito, o campo do Direito é de fato um dos que cuida particularmente bem do problema da determinação da verdade. Quando são exigidas determinações de fato por parte de qualquer processo de aplicação do Direito dotado de autoridade, os sistemas jurídicos geralmente estabelecem disposições para investir certos indivíduos com autoridade específica para a determinação desses fatos. Não importando se essa tarefa é entregue a um júri, a um juiz, a um ministro ou algum tipo de tribunal especial, há normalmente algumas disposições jurídicas atribuindo a certos indivíduos ou grupos o poder de fazer determinações conclusivas quanto aos fatos (tais determinações podem até estar sujeitas a alteração, caso possam ser modificadas em sede de apelação, mas isso ocorre dentro de um certo limite temporal — ao final, todas se tornam conclusivas).

Zenon Bankowski sugeriu, em um outro contexto, que esses processos de determinação de fatos levados a efeito por pessoas autorizadas a tanto poderiam ser considerados como “procedimentos de certificação da verdade”.⁴³ Essa é uma idéia valiosa. Para certos propósitos, aquilo que uma autoridade encarregada de determinar os fatos estabelece como sendo verdadeiro deve ser considerado verdadeiro ou ser aceito como a verdade conclusiva para a questão. Para os propósi-

⁴² Especialmente Fernando Atria, *On Law and Legal Reasoning*, p. 177-84.

⁴³ Ver Z. Bańkowski, “The Value of Truth: Fact-Skepticism Revisited”, *Legal Studies* 1 (1981), p. 257-66.

tos do Direito, o valor “verdade” é atribuído àquilo que é certificado com autoridade como tal. Exceto no que diz respeito aos processos de apelação ou revisão que podem ser utilizados para reverter ou corrigir essas verdades certificadas, o sistema jurídico não admite qualquer outra verdade em relação à matéria correspondente, não importando quão fortes sejam as razões para ter ou não acreditado em *p* em primeiro lugar. O caráter final das decisões exige isso. Mas o Direito não está sozinho nesse particular. Ainda que de modo menos formal, as comunidades científicas têm seus próprios processos de determinação da verdade e seus próprios processos para retificar verdades previamente certificadas que se mostram depois inconsistentes.

Com efeito, os processos de determinação de fatos transformam fatos brutos em fatos institucionais. Não importando o que tenha de fato acontecido no mundo, a determinação por um júri de que *a* bateu na cabeça de *b* e causou a morte de *b* faz com que isso conte como uma verdade para o Direito, faz com que essa seja uma proposição considerada verdadeira em um dado processo judicial. É uma verdade condicionada a certas convenções de atribuição da verdade. Isso não faz dessa, evidentemente, uma verdade para todos os propósitos. De fato, uma forma de justificar ou criticar os processos judiciais (para qualquer fim que alguém julgue apropriado utilizar essa informação) consiste em tentar estabelecer o grau em que aquilo que é estabelecido juridicamente como verdadeiro coincide efetivamente com o mundo tal como ele realmente se apresenta.

À luz das discussões contemporâneas sobre a aplicação da tecnologia da informação ao Direito, envolvendo, por exemplo, o uso de sistemas especializados na solução de problemas jurídicos, essas reflexões assumem grande importância. Nossas reflexões sobre as questões da verdade, ou seja, da certificação ou determinação daquilo que conta como verdadeiro, implicam que existam elementos fundamentais nos processos jurídicos que não deveriam ser delegados a máquinas, não importando quão “inteligentes” elas fossem. Determinações de fato exigem a capacidade de avaliar meios de prova, e a determinação de que certos fatos brutos contam como exemplos concretos dos fatos operativos estabelecidos em uma regra exige a capacidade de interpretar as formulações de regras à luz de valores humanos. Tais determinações somente podem ser feitas por seres dotados de inteligência e vontade e com uma capacidade de avaliação de provas e de compreensão dos valores implícitos nas regras. É, portanto, provável que apenas uma pessoa, e jamais uma máquina, possa fazê-las. Em qualquer caso, é melhor que sejam determinações feitas por seres humanos que possam ser considerados diretamente responsáveis pelas determinações que emitem.

7. AVALIAÇÕES NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

As determinações de fato exigem sempre, como eu disse, avaliação de provas. Mas esse não é o único aspecto da avaliação que entra nos processos jurídicos de determinação dos fatos. É bastante comum que o Direito estabeleça uma disposição condicionada à satisfação de um certo critério ou de um parâmetro valorativo. Por exemplo, as leis são freqüentemente formuladas em termos daquilo que é razoável, ou em termos similares. As normas do *common law* concernentes à responsabilidade por danos acidentais podem ser representadas deste modo:

Para todo *x* e todo *y*, se *x* e *y* são pessoas na acepção jurídica do termo, e se *x* comete um ato ou omissão que causa um dano a *y* e se esse resultado tiver sido razoavelmente previsível por parte de *x* ao tempo da ação ou omissão como algo passível de ocorrer em virtude da conduta ou omissão praticada, a não ser que um grau razoável de cuidado fosse aplicado, e se o dano sofrido por *y* for do tipo *h* e se *y* estava na posição *p* e se *x* deixou de tomar precauções razoáveis a respeito de *y*, então *x* ficará sujeito a compensar *y* em termos razoáveis pelo dano sofrido por este último.

Novamente, tal como mencionado anteriormente, o *Sale of Goods Act*, antes de reformas recentes, exigia que certas mercadorias fossem vendidas com “qualidade de mercado” (o que agora foi substituído por um critério valorativo diferente). A discussão travada no capítulo anterior sobre o caso *Microsoft* acrescenta um exemplo a mais, como o fariam muitas das exigências legais que fazem alusão àquilo que é “justo” como em um caso em que o locador é autorizado a cobrar apenas um aluguel justo em certos aluguéis residenciais.

Todos esses critérios são obviamente avaliativos. Foi registrado no capítulo precedente que para aplicá-los é preciso não apenas sopesar as provas para chegar a uma conclusão acerca dos eventos que ocorreram no mundo. É preciso também julgar esses eventos em relação a certos padrões de julgamento, sopesando a pluralidade de fatores que têm relevância na questão com vistas a determinar o que deve ocorrer no caso. Também aqui, a tarefa de determinar se as condições do Direito estão satisfeitas exige uma dupla avaliação. Permanece a questão de que, no *common law*, com sua descuidada aceitação da suposta separação entre fatos e valores, tais questões relativas àquilo que é razoável ou justo são classificadas como “questões de fato”. Por isso, suas respostas são determinadas por aqueles que estão encarregados de determinar os fatos, e as conclusões alcançadas aqui resultam em certificações sobre aquilo que é verdadeiro para os propósitos do Direito, neste campo valorativo.

É às vezes sugerido⁴⁴ que haveria objeções especiais para atribuir caráter dedutivo a qualquer processo argumentativo no qual tais valores e avaliações estejam envolvidos. As avaliações, dizem os críticos, não possuem valor-verdade, e é sempre uma questão de opinião e julgamento – de decisão, em outras palavras – saber se um certo valor está realizado em dados eventos ou não. A objeção é inconsistente. É claro, não é um processo de dedução mas sim de avaliação que autoriza alguém a chegar à conclusão de que o cuidado empregado por uma pessoa ao dirigir um caso foi razoável dadas as circunstâncias envolvidas. E é claro que isso é diferente de descrever um estado concreto de coisas existente em um dado lugar e em um dado momento. Justificar as avaliações de alguém não é o mesmo que deduzi-las, ou que dar uma prova dedutiva delas. Essas avaliações, contudo, não são aqui representadas como conclusões de um argumento, mas como premissas.

O ponto, já ressaltado, é que os processos jurídicos de certificação da verdade se aplicam tanto às avaliações como às determinações não avaliativas de fatos. A questão de saber se essas avaliações podem ser verdadeiras ou falsas em si mesmas como espécies de fatos morais é uma questão que não precisa ser resolvida aqui. Dentro do Direito, e para os propósitos do Direito, a verdade sobre a razoabilidade é aquilo que é estabelecido como tal por aqueles que estão autorizados a determinar os fatos. Esse não é um processo arbitrário, mas sim um processo que pode ser justificado por meio de um apelo à razão. Quando ele for conduzido de forma arbitrária, e sem razões justificadoras adequadas, ele estará sujeito a correção por meio de recurso ou revisão.

Como será discutido de forma mais completa no Capítulo 9, a vantagem do uso de critérios valorativos tais como aqueles referidos anteriormente por um certo sistema jurídico é que eles permitem que todos os aspectos de um caso sejam considerados e avaliados em relação aos fatores e parâmetros derivados do senso comum moral e dos costumes jurídicos. Se, por um lado, as regras formuladas a partir de fatos operativos mais simples podem ser mais fáceis de aplicar “objetivamente”, elas, por outro lado, necessariamente impedem a consideração de muitos fatores que o senso comum julgaria importantes com vistas a atingir um resultado justo para uma controvérsia. Mesmo se todos os fatores relevantes a um caso sejam sempre e universalmente relevantes, sua particular conjugação em um dado caso concreto pode ser realmente única. Assim, o julgamento de razoabilidade ou justiça ou o que quer que seja é um julgamento que individua-

⁴⁴ Ver Alida Wilson, citado na nota 39 anterior, p. 278-81.

liza critérios de equidade sem abandonar a preocupação pelo que é universal no caso particular. Assim, o sistema jurídico pode encontrar justiça individualizada em algum grau aceitável. No entanto, isso tem um preço. Necessariamente, precisa haver um julgamento acerca daquilo que seja razoável em um dado caso, antes que qualquer regra em relação à qual este critério for um fato operativo possa ser aplicada, e tal julgamento precisará ser considerado como uma certificação definitiva da verdade a respeito dessa matéria. Aqui reside também a desvantagem. Isso porque os Direitos das pessoas passam a depender de “fatos que demandam julgamento”, para dar-lhes um nome, e, assim, da discricionariedade razoável e da avaliação sensível daqueles que estão autorizados a determinar os fatos. Isso, em si, não significa arbitrariedade, mas pode levar a ela.

Um outro aspecto desses critérios de valor é que eles são abertos. Mesmo que estivesse presente em nossa consciência o conhecimento de todos os casos anteriores e de todos os fatos que até então foram considerados relevantes com todos os pesos a eles atribuídos, poderíamos encontrar novos fatores em novos casos. Haveria razões para considerar os novos fatos relevantes para a razoabilidade da questão que estiver sendo enfrentada, razões essas explicáveis por meio de argumentos de um ou outro tipo. Aplicar essas razões é uma questão de apreender nova informação, não apenas de aplicar informação antiga. Seu caráter aberto pode fornecer uma razão adicional para duvidar que máquinas possam algum dia estabelecer esses “fatos dependentes de julgamento” de uma forma que verdadeiramente capture o sentido, em termos humanos, de seu uso. Mas a memória dessas máquinas pode armazenar de forma muito valiosa o conjunto de fatores até então estabelecidos como relevantes para algum determinado valor em um certo contexto, lembrando seus usuários humanos acerca da existência desses fatores.

De qualquer modo, ninguém supõe que o raciocínio jurídico dedutivo possa fornecer toda a informação requerida para a justificação de pretensões ou decisões jurídicas. A tese que sustento aqui não quer dizer mais que isto: uma vez que certa informação seja fornecida, o processo de argumentação que utiliza essa informação é dedutivo. O fato de esse processo ser alimentado por outro que envolve julgamento não significa que ele não tenha valor-verdade, ou então que não possa formar a premissa ou premissas de um raciocínio dedutivo. Isso é discutido em mais detalhes no Capítulo 9, com particular referência ao conceito de “razoabilidade” no Direito. Mesmo a informação acerca de “fatos brutos” exige um processo de determinação ao julgamento para fornecê-la. Daí segue que essa função de fornecimento de informações exige sua própria justificação, e que

essa justificação não pode ser inteiramente (em alguns casos, nem parcialmente) dedutiva. Mas isso é perfeitamente compatível com minha tese de que o raciocínio jurídico pode ser e é sempre em parte dedutivo.

8. PREDICADOS NORMATIVOS?

Pode haver uma objeção de algum modo diferente mas não completamente dissociada das anteriores à presente teoria. Poderia ser dito que a lógica própria às normas é a lógica deôntica, ou seja, a lógica que possui as modalidades da obrigação e da permissão (a não-obrigação) inseridas em seu conjunto de predicados. No entanto, o que tenho defendido é tratar o raciocínio jurídico, raciocínio envolvendo normas, como se ele pudesse ser uma modalidade da lógica predicativa ordinária.⁴⁵ Seria possível objetar à minha teoria que a noção de predicado pertence aos domínios daquilo que é descritivamente falso ou verdadeiro, não às conseqüências das normas. Tome o exemplo da noção segundo a qual alguém está "sujeito a ser sentenciado à prisão perpétua". Essa noção, podemos concordar, é uma noção que pode ser compreendida apenas em termos deônticos, isto é, em termos daquilo que deve ser no caso, ou do que é certo ou obrigatório fazer ou criar. Muito simplificada, quando alguém diz em inglês que alguém está sujeito (*is liable*) a uma certa pena por uma dada ofensa, o que se quer dizer é que quem quer que pratique ou que se acredite ter praticado a referida ofensa deve ser acusado por ela, que tal acusação deve ser julgada de um certo modo, e que se no julgamento restar provado que a pessoa cometeu a ofensa, ela deverá ser considerada culpada por esta, e o juiz deverá emitir uma certa sentença (em outras palavras, uma sentença de condenação à prisão perpétua) contra aquela pessoa. A noção de estar sujeito, como muitas outras noções cognatas bastante utilizadas no discurso jurídico (por exemplo, ter obrigações ou deveres, ter Direitos, estar autorizado, ter autoridade ou poder), tem importância normativa — ela sempre implica algum tipo condicional ou incondicional de "dever ser".

Deixe-me aqui pedir ajuda à "Teoria Institucional" de MacCormick e Weinberger. É parte de nosso argumento que os fatos institucionais possuem "impacto normativo".⁴⁶ Assim, pode ser verdade tanto que existem predicados corretamente atribuídos que estabelecem fatos institucionais como que esses

⁴⁵ Eu devo muito em minha tentativa de apreender a lógica jurídica como lógica predicativa a Michael Sinclair. Ver seu "The Semantics of Common Law Predicates", *Indiana Law Journal* 61(1985-6), p. 373-99. Se a idéia geral é sólida, deve haver uma relação entre a lógica dos predicados normativos e a lógica deôntica.

⁴⁶ Ver MacCormick e Weinberger, *Institutional Theory of Law*, Introdução e Capítulos 1-4.

predicados, quando aplicados categoricamente (isto é, incondicionalmente), podem ser traduzidos sem perda ou excesso de afirmações deônticas. Nessa forma, eles estabelecem, como foi notado anteriormente, um tipo de razão para a ação. O ato de decidir que está de acordo com a afirmação deôntica é um ato justificado. O fato de essa tradução ser possível não impede, contudo, o uso de predicados normativos em sua forma não traduzida, na qual eles comumente aparecem nos discursos legislativos e dos julgamentos judiciais, ou no discurso jurídico em todas as suas modalidades. O fato de as afirmações sobre responsabilidade e obrigação (e outras semelhantes) consistirem em afirmações bem formadas (*well-formed*) de fatos institucionais elimina em muitos contextos a objeção de que eles não podem ser predicados adequados.⁴⁷ Predicar algo a partir de alguma coisa é afirmar um fato sobre ela. Fatos institucionais estão entre aqueles que podemos pregar a partir de matérias apropriadas. Se isso significa que nem todos os predicados são puramente predicados descritivos, alguns consistindo em predicados normativos, isso não seria uma objeção à minha teoria.

9. CONCLUSÃO

A mensagem desse capítulo sobre os argumentos dedutivos é bastante simples: ninguém pode ser mais convincente em suas conclusões que em suas premissas. Assim, quem quer que deseje apresentar um argumento deve estar preparado para defender e justificar suas premissas, usando para tanto uma variedade de argumentos práticos ou retóricos que serão estudados no restante deste livro. A dogmática jurídica não pode nunca ousar ser excessivamente dogmática em seu estilo. Todas as afirmações de fatos institucionais, e todas as afirmações de normas jurídicas, têm uma certa qualidade excepcionável (*defeasible*). Normas e asserções normativas precisam ser abertas. As regras "instituidoras" das instituições jurídicas têm que ser vistas como normas que estabelecem condições "ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes", e não simplesmente "necessárias e suficientes", de forma absoluta.⁴⁸ Cada afirmação sobre o Direito, tanto em justificações judiciais como em comentários de doutrina, repousa em um argumento interpretativo ao menos implícito, mas freqüentemente explícito e articulado. Esses argumentos pressupõem e costumam articular sistemas de valores e julgamentos de valor. Os valores estabelecidos em bons argumentos jurídicos não são meramente idiossincráticos em relação ao juiz, advogado

⁴⁷ *Institutional Theory*, p. 99-104.

⁴⁸ Ver "Law as Institutional Fact", Capítulo 2, em MacCormick/Weinberger, *Institutional Theory of Law*.

ou doutrinador; eles derivam do sistema jurídico e da reflexão acerca de seus princípios inerentes. A prática da argumentação interpretativa com referência a valores considerados implícitos no sistema interpretado é, em si mesma, uma prática fortemente convencional, que contém, como referido anteriormente, processos de determinação da verdade.

Ainda assim, mesmo com todas essas advertências, a argumentação nesse nível não pode ser propriamente concebida em termos simplesmente bivalentes de falso ou verdadeiro. Entramos aqui nos domínios do melhor ou pior, daquilo que está aberto ao desacordo, do preferível, do mais ou menos persuasivo. O caráter profundamente controverso da argumentação interpretativa nos confronta aqui. O fato de alguém poder sempre citar fundamentos para a preferência de uma boa interpretação sobre outra não significa que esses fundamentos sejam normalmente (ainda que possam às vezes ser) conclusivos. Esse tipo de argumentação exercita e demanda virtudes como sabedoria, humanidade e bom senso. Trata-se de argumentação prática, não de argumentação dedutiva.

Capítulo 5

UNIVERSAIS E PARTICULARES

INTRODUÇÃO

Já houve, e há, teorias acerca do julgamento prático que consideram as razões para decidir e emitir julgamentos como razões fundamental e intrinsecamente particulares. Essas teorias nos dizem, e nisso estão corretas, que nossas decisões são sempre decisões sobre coisas particulares. Assim, a tomada de decisão nos exige que sopesemos as razões particulares a favor e contra uma ou outra linha de conduta aberta a nós. Essas razões particulares são encontradas entre os fatores particulares e as circunstâncias do caso que demanda decisão. Proposições universais – regras e princípios – podem ser construídas por meio de generalizações indutivas a partir das razões particulares utilizadas em casos particulares. Mas essas generalizações, ainda que possam ser úteis para o fim de fornecerem uma orientação geral, não são nunca adequadas em si mesmas para justificar a decisão. Isso porque elas não podem suplantam a necessidade em qualquer dilema particular de analisar e avaliar completa e cuidadosamente todas as considerações que são relevantes para fazer uma escolha entre uma ou outra solução para o problema.

Este livro não endossa nenhuma dessas teorias puramente particularistas. Ele apresenta a universalização como algo essencial à justificação no campo da argumentação prática. Essa tese está alinhada com aquela visão do princípio do Estado de Direito que ressalta seu caráter universalista e, portanto, igualitário.¹ As considerações a favor do universalismo serão expostas neste capítulo. É preciso esclarecer desde o início, contudo, que essas considerações não conduzem de forma alguma a uma negação de que razões particulares devam sempre existir para decisões particulares, sejam elas justificadas ou não. Nem implicam que a

¹ Comparar com R. Dworkin, "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies* 24 (2004), p. 1-37, na p. 30, em que ele discute a posição de Hayek em relação ao Estado de Direito e à igualdade diante do Direito.

desatenção em relação a todos os detalhes particulares de um caso poderia ser compatível com um processo justo ou mesmo satisfatório de tomada de decisão. A questão diz respeito ao significado da relação justificadora entre razão e decisão, e a saber se ela envolve ou não a universalizabilidade dos fundamentos de decisão. Para ver como essa questão surge, vale a pena prestar atenção a alguns dos argumentos dos particularistas.

1. PARTICULARISMO

No Primeiro Livro dos Reis, no Antigo Testamento, está registrado como duas mulheres que dividiam uma casa deram à luz cada qual um filho, com três dias de diferença uma da outra. Certa noite, uma das mulheres rolou em seu sono por cima de seu bebê, sufocando-o. Mas ela trocou a criança morta pela outra criança viva, dizendo que havia sido o filho da outra que teria morrido. Ambas as mulheres compareceram diante do Rei Salomão, cada qual reclamando o bebê que ainda estava vivo para si.

Então disse o rei, "Uma disse, 'Esse é meu filho que sobreviveu, e dela é o filho que morreu'; e a outra disse, 'Não, dela é o filho morto, e meu é o filho vivo.'"

E o rei disse, "Tragam minha espada." E foi trazida uma espada diante do rei.

E o rei disse, "Dividam a criança viva em dois, e entreguem metade para uma mulher e metade para a outra."

Então falou a mulher cujo filho vivo estava junto ao rei, com suas entranhas clamando por seu filho, e ela disse, "Oh meu senhor, dê a ela a criança viva, e de forma alguma a parta ao meio." Mas a outra disse, "Que não seja nem minha nem dela, dividam-na."

Então o rei respondeu e disse, "Dêem a essa mulher a criança viva e de forma alguma a partam ao meio: ela é a mãe."

E toda Israel ouviu o julgamento que o rei havia proferido; e todos temeram o rei: porque viram que a sabedoria de Deus estava com ele, para julgar.

A sonora sabedoria de Salomão soa através dos séculos. Ele olha para as próprias peculiaridades do caso, e a solução aparece diante dele. Ao se mostrar imediatamente preparado para partir a criança ao meio, ele cria as condições para proferir um julgamento correto. A sabedoria divina penetra no coração da questão e a decisão é aceita como correta de um modo que satisfaz a intuição e demonstra seu exercício.

No entanto, não podemos imaginar uma vara de família nos tempos atuais agindo dessa maneira. Obviamente não. Nenhum juiz dentro do Estado de Direito tem o poder de determinar que uma criança seja partida ao meio, e todos sabem disso. Mesmo que o juiz pudesse fazê-lo, e usasse a ameaça de Salomão, o mundo inteiro ficaria sabendo desse expediente instrutório, e os litigantes seriam instruídos a apresentar diante do juiz o comportamento que seria adequado a vencer o caso. Isso se tornaria um procedimento padrão e justamente por essa razão deixaria de funcionar. O exemplo bíblico não faz parte, de forma alguma, de uma rotina burocrática. É, intrinsecamente, uma decisão que só pode ser tomada uma vez. A ameaça odiosa da espada e a reação imediata da mulher naquele preciso momento são essenciais para o julgamento de Salomão. Ele funciona em virtude de seu caráter único – e isso, acima de tudo, foi o que inspirou o temor e a admiração de "toda a Israel" e talvez de qualquer um que nos dias de hoje se depare pela primeira vez com essa história em 1 Reis 3:16-28. O temor, talvez, seja de que uma pessoa capaz de ver com tal acuidade divina o coração de uma matéria ostensivamente intratável possa ver o coração de qualquer outra. Se for assim, ainda que cada decisão seja baseada em um flash único de intuição, cada qual irá demonstrar a mesma correção intuitiva. Será como se Deus, o conhecedor das almas, fosse um juiz terreno capaz de colocar-se diante de cada pessoa a cada momento.

A discussão nos capítulos anteriores considerou ser um importante aspecto do Estado de Direito que os tribunais e juízes levem a sério as regras estabelecidas na ordem normativa institucional que constitui os sistemas contemporâneos de Direito das nações. Em virtude disso, podemos ver que a justificação das pretensões e das decisões irá conter e focar-se em um elemento silogístico, demonstrando qual regra está sendo aplicada, e como. Ao mesmo tempo, no entanto, está claro que existe bem mais do que apenas isso. As regras não resolvem tudo por si mesmas, pois problemas de classificação, de avaliação, de interpretação, de relevância e de prova podem surgir, e podem ser apontados pelas partes em processos de todos os tipos. Uma vez que a aplicação do Direito seja problematizada, os problemas que tiverem sido apontados (não importando qual tenha sido a parte a fazê-lo) terão que ser resolvidos. A questão é como resolvê-los.

O Rei Salomão poderia ser considerado como um modelo capaz de guiar nosso raciocínio a esse respeito. Nós talvez tenhamos, como seres humanos, alguns instintos ou intuições, algum sexto sentido – "um sentido moral" como alguns o chamam – que nos aponta a resposta correta quando as regras falham

em fazê-lo. Poderíamos imaginar que esse sentido seja capaz de “se conectar” aos elementos particulares do problema, de forma muito parecida com o que poderia ser dito em relação a Salomão. Nós podemos ver o que é correto no caso particular e, é claro, isso nos daria um precedente para os casos futuros. Mas a correção seria intrínseca ao julgamento, e apenas um julgamento correto teria qualquer valor como precedente. De toda forma, os precedentes podem funcionar apenas como analogias para novas decisões, já que nenhum conjunto de eventos no mundo pode ser exatamente igual a outro. Qualquer incidente envolvendo duas ou mais pessoas será diferente de qualquer outro, ao menos no que diz respeito ao lugar e ao tempo, mas também freqüentemente em relação às pessoas e a outras circunstâncias. Portanto, um precedente em um caso poderia guiar a resposta em outro na medida de sua correção. Ele poderia nos alertar quanto aos aspectos certos e errados no novo caso, mas o novo julgamento precisaria ser tão correto neste caso à vista de todas as suas particularidades como o julgamento anterior havia sido em relação às suas.²

Isso poderia nos servir de alerta a respeito da confiança excessiva nas regras, mesmo em uma ordem institucional normativa. Se somos brindados com uma capacidade para o julgamento prático, ou com intuição ou senso moral de uma forma que é relevante e apropriada à tomada pública de decisões, então esses instrumentos deveriam ser utilizados também em uma situação na qual uma regra se aplica para a decisão de um caso. Julgaremos que é correto haver uma regra para um tal caso, e segui-la no julgamento. A responsabilidade por fato ou defeito do produto pode dar um bom exemplo. Nas sociedades contemporâneas, a fabricação de produtos ocorre em escala industrial, e as mercadorias são vendidas de forma impessoal por meio de grandes cadeias de lojas, sem que haja qualquer confiança particular dos consumidores na habilidade ou no discernimento daqueles que nos vendem tais produtos. Aqui, há razão óbvia para existir uma regra que transfira o ônus da contratação de seguros contra os riscos derivados desses produtos para os ombros dos produtores, quando eles se mostrarem defeituosos. Suponhamos que os legisladores tenham deliberado a respeito disso, chegando à conclusão que uma regra como essa seria a melhor opção no balanço das razões, e tenham editado leis de acordo com ela. Deve parecer então obviamente correto considerar o produtor responsável pela indenização dos danos causados aos consumidores em pratica-

² Comparar com Steven J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning* (Boston e Toronto: Little Brown, 1985), p. 21-24.

mente todos os casos de danos surgidos de defeitos verificados nos produtos. A decisão que aplica a regra é certa porque é certo tratar cada caso particular como um *rule-case* (para usar o termo sugerido por Michael Detmold³). Mas casos anômalos surgirão, nos quais não parecerá correto julgar no sentido indicado ostensivamente pela regra. Questionaremos, então, se a regra admite alguma outra interpretação distinta desta que aponta para um resultado que nos deixa desconfortáveis, ou se os fatos diante de nós estão classificados de forma realmente apropriada de sorte a coincidirem com os predicados que especificam os fatos operativos dispostos na regra. Nosso senso de correção nos levará a problematizar a aplicação da regra ao caso em questão e, então, nos afastará da categoria dos *rule-cases*, fazendo com que tratemos a situação como um caso que demanda um julgamento novo e intuitivo, direcionado a seus próprios elementos particulares. Cada juiz, afinal de contas, para estar à altura do cargo, precisa possuir ao menos uma pequena parte da sabedoria de Salomão.

Tomemos então o problema do Rei Salomão e o coloquemos diante de um tribunal contemporâneo. Hoje, sabemos que o exame de DNA pode nos fornecer um instrumento tão preciso (mas bem menos drástico) para determinar as relações de filiação quanto o recurso de Salomão à sua espada. Poderíamos nos inclinar também a estabelecer uma regra, afirmadamente aquela segundo a qual as crianças devem ficar sob a guarda de suas mães naturais. Nessa concepção simplista, temos uma regra para lidar com casos envolvendo a guarda de crianças, bem como um meio de prova para utilizar em caso de dúvida. Temos razões para acreditar que esse meio de prova é 100% confiável, uma vez que (e esta é uma importante condicionante dessa assunção) os cientistas e técnicos que empreendem os exames de DNA são honestos e cuidadosamente competentes, e são capazes de fazer leituras precisas em qualquer caso particular. Assim, teremos transformado o feito brilhante de Salomão, baseado em um julgamento totalmente particularista, em uma prática rotineira dentro da qual praticamente todas as disputas por guarda materna serão meros exemplos de *rule-cases*. O ponto desenvolvido por Detmold é que a complexidade do mundo real será sempre capaz de nos apresentar surpresas. Tome estas quatro possibilidades:

1. *O caso da troca despercebida.* Em uma maternidade, os bebês *ba* e *bb* são acidentalmente trocados, e a mãe *ma* leva para casa o bebê *bb*, ao passo em que a mãe *mb* leva para casa o bebê *ba*, e por cinco anos as crianças em questão são tratadas como membros da família para qual

³ M.J. Detmold, *The Unity of Law and Morality* (Londres: Routledge and Kegan Paul, 1984).

elas foram equivocadamente enviadas. A verdade então vem à tona, em virtude de um exame genético de rotina realizado em uma ou outra família.

2. *O caso da incapacidade materna.* Uma mãe natural possui uma dependência crônica e severa a uma droga proibida e parece ser completamente incapaz de fornecer um lar seguro e estável para seu bebê.
3. *O caso da mãe relutante.* A mãe engravidou acidentalmente e não quer assumir a responsabilidade de cuidar da criança. Ela vive em uma sociedade na qual as pessoas sem filhos estão ansiosas para adotar crianças no momento de seu nascimento, e parece provável que um lar adotivo seja capaz de fornecer um ambiente ao menos tão bom para o desenvolvimento da criança quanto seria aquele propiciado pela mãe natural, se ela fosse forçada a aceitar essa responsabilidade para si mesma.
4. *O caso da barriga de aluguel.* A mãe natural concorda em engravidar do pai de uma candidata a ser mãe adotiva, dispendo-se a levar sua gravidez adiante nos termos de um contrato segundo o qual ela se dispõe a entregar a criança para adoção no momento do nascimento, contra o recebimento de ajudas de custo substanciais durante a gravidez, e com a previsão contratual do recebimento de honorários substanciais ao final das formalidades de adoção.

Nenhum desses casos é tão surpreendente para uma audiência contemporânea, mas suponhamos um sistema jurídico no qual aquela regra da mãe natural esteja em vigor, e esses outros problemas ainda não tenham sido tratados pela legislação. Um juiz confrontado com qualquer um desses quatro casos que o venha a considerar como um caso distinto daqueles considerados até então terá duas opções. Ele poderá simplesmente tratar o caso como um caso de rotina e entregar a criança à guarda de sua mãe natural com base na consideração de que o Direito assim o exige. Ou poderá reconhecer que se trata efetivamente de um novo problema, que não pode ser considerado (a não ser de forma muito complicada) como uma hipótese de concretização dos fatos operativos estabelecidos na regra em questão, se essa for razoavelmente interpretada. Por exemplo, enfrentando pela primeira vez o *caso da incapacidade materna*, ele estabelece que a regra se refere apenas àquelas situações (na prática a vasta maioria) em que se está tratando de uma mãe ordinariamente capaz. Isso porque o juiz considera que o fundamento da regra é, primariamente, assegurar o bem-estar da criança. Assim, o juiz entrega a guarda da criança a outra pessoa apropriada, eventualmente um dos avós.

Se o próximo problema a surgir for o do *caso da troca despercebida*, o juiz enfrentará um conjunto diferente de questões, especialmente se uma ou ambas as mães quiserem a restituição de seus filhos naturais. Os fatos operativos da regra estão satisfeitos de forma tão adequada quanto no caso do Rei Salomão. Sabe-se exatamente quais são as mães naturais. Não parece haver nenhuma questão de incapacidade, ao menos não do tipo culposamente adquirido que alguém poderia considerar estar envolvido em um caso de dependência de drogas. Todos no caso são vítimas inocentes do erro (possivelmente) culposamente de uma outra pessoa, mas a questão é o que fazer a respeito. É provável que o juiz exija das partes que estas apresentem laudos de psicólogos infantis explicando os efeitos em cada criança de uma eventual remoção dos lares nos quais elas estabeleceram relacionamentos até então felizes com seus imaginados pais e irmãos, para um outro em que terão que estabelecer uma nova vida com completos estranhos, que apenas calham de ser seus pais genéticos (suponha que *ma* viva com e seja casada com o pai *fa*, e que eles tenham outros filhos, o mesmo ocorrendo com *mb* e *fb*). Mas o juiz pode também querer ouvir opiniões sobre o que normalmente acontece com esses relacionamentos uma vez que esteja provado que eles se construíram com base em um engano. Esse caso é ainda mais difícil de tratar que o caso anterior.

Todavia, uma vez que casos desse tipo e do tipo precedente tenham sido tratados, será relativamente simples autorizar a adoção por parte de uma mãe adotiva apropriada no *caso da mãe relutante*. Aí, o *caso da barriga de aluguel* também pode não parecer mais tão difícil, ao menos se todas as partes concordam em levar adiante o contrato, e se a corte estiver satisfeita com a competência e capacidade da mãe adotiva. De toda forma, podem ser levantadas questões de política pública relativas ao "aluguel de úteros", e poderia ser questionada a validade e exequibilidade do contrato no que diz respeito ao pagamento dos honorários. Bem mais problemático seria o caso da mãe de aluguel que se arrepende do negócio e deixa de entregar a criança quando do nascimento àqueles que seriam seus pais adotivos — especialmente se já tiver sido estabelecido que o contrato é nulo por violar a *ordre public* ou *bonnes moeurs* ou algum conceito semelhante. De qualquer forma, uma vez que a decisão pareça não poder ser tratada como incidindo sobre um caso rotineiro (*rule-case*), o juiz é abandonado à sua própria sorte, na companhia, novamente, do Rei Salomão.

Ninguém duvidará que qualquer um desses casos, especialmente se considerado como um caso diferente dos que até então se apresentaram, demandaria imenso cuidado. Precisaria haver uma tentativa séria de estabelecer em todos os

seus detalhes as particularidades do caso, incluindo o caráter e as circunstâncias das partes, mais especialmente no que se refere às mulheres envolvidas, e também às crianças, ainda que pouca informação sobre o caráter possa ser reunida, salvo no caso das crianças de cinco anos de idade trocadas na maternidade. A decisão será uma decisão particular acerca de um caso particular de guarda, com todas as conseqüências que ela terá para uma criança em particular e para seu relacionamento com a mãe, seja ela a mãe natural, seja a mãe adotiva, e também com os outros membros da família. Tal decisão não é tomada tendo em vista uma classe de pessoas. Ela diz respeito a pessoas particulares, cuja natureza ou circunstâncias nos permitem estabelecer que elas pertencem a certas classes, satisfazem certos predicados, ou constituem exemplos de certos universais (essas são três formas de dizer a mesma coisa). Portanto, as razões que podem ser apresentadas para justificar uma decisão são razões enraizadas no caso particular. Esse requisito de que a decisão seja justificada é preenchido apenas se houver boas razões para decidir do modo particular que tiver sido escolhido, e tais razões suplantam de alguma forma quaisquer razões que possam ser oferecidas para qualquer proposta alternativa de solução do caso. Tais razões opostas devem ser suplantadas, canceladas ou anuladas por aquelas apresentadas para suportar a decisão tal como foi tomada.

Robert Summers sugere que as razões substantivas para justificar decisões são de dois tipos, a saber, as "razões de correção" (*rightness reasons*) e as "razões de persecução de objetivos" (*goal reasons*).⁴ Em um caso tal como esses que estamos considerando, você poderia assumir como um objetivo a maximização do bem-estar da criança, e dizer que a decisão correta seria aquela que fornecesse a maior probabilidade de maximizar esse bem-estar. Isso não significaria que o bem-estar da mãe não teria importância alguma, mas apenas que esse seria um fator secundário em relação ao bem-estar da criança. Também poderia ser relevante refletir no bem-estar geral da sociedade. Uma decisão que pudesse ser tomada como um exemplo poderia ter implicações para os comportamentos das pessoas no futuro, desencorajando a dependência de drogas entre jovens mulheres, por exemplo, ou dando um sinal verde ou vermelho para arranjos comerciais de gravidez substituta (o que quer que seja considerado melhor para o interesse geral). O objetivo de manter a estabilidade das famílias e a segurança de arranjos de longo prazo para a criação de crianças também poderia ser um dos pontos a ser

⁴ R. S. Summers, "Two Types of Material Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", *Cornell L. Rev.* 63 (1978), 707, p. 716-22.

considerado no caso. De qualquer modo, quaisquer que sejam os objetivos que você considere relevantes, é preciso que haja alguma lista de objetivos prioritários em relação ao caso em particular, e a decisão particular dada em relação às circunstâncias particulares do caso que melhor se acomode ao atendimento dos objetivos mais importantes será a decisão mais bem fundamentada, naquilo que diz respeito a essa argumentação baseada no atendimento de objetivos.

As razões de correção disponíveis para os casos que estamos considerando poderiam muito bem começar com a correção envolvida em assegurar que a mãe tenha a guarda da criança que ela gera, e seja a pessoa encarregada primariamente de cuidar dessa criança até a idade adulta. Esse poderia ser considerado até mesmo um direito da mulher. É correto que ela deva ter a guarda da criança, porque ela tem o direito de cuidar de seus próprios filhos. Talvez até a criança tenha um direito de ser cuidada por sua própria mãe, e sofra um grave abuso caso seja entregue aos cuidados de alguma outra pessoa, a não ser que circunstâncias peculiares determinem uma solução diferente. Summers muito corretamente não iguala as razões de correção (*rightness reasons*) aos direitos (*rights*), já que os últimos são um subconjunto das primeiras. A idéia de que seria errado conferir executoriedade aos contratos de gravidez substituta é, por exemplo, uma razão de correção de caráter negativo.

Uma abordagem intuicionista do processo de decisão nos diria que temos a capacidade de discernir (de "intuir") os fatores que, numa situação de escolha, fazem uma decisão ser certa ou não. Nós também temos a capacidade de dizer em um dado contexto qual razão de correção derrota as demais, consideradas em si mesmas ou em conjunto com outras razões relevantes. Temos ainda a capacidade de discernir quando é correto considerar certos objetivos como justificadores das decisões, como hierarquizar esses diferentes objetivos, e quando deixar que um importante objetivo se sobreponha a outros aspectos do caso, incluindo razões de correção que possam ser aplicáveis. Cada pessoa que reflète cuidadosamente sobre quaisquer dessas questões que mencionei sobre a guarda de menores deve estar atenta (afirmam os particularistas) para o fato de ela mesma possuir essa capacidade. Como, de outro modo, poderiam esses casos ser decididos? Por meio de procedimentos aleatórios como um jogo de cara ou coroa? A diferença entre um bom e um mal juiz consistiria assim em verificar se uma dada pessoa possui uma intuição adequada, ou desenvolveu uma forma de sabedoria prática por meio de longa experiência com a tarefa de decidir casos desse tipo. Dependia mais ainda do cuidado que ela emprega ao olhar atentamente para todos os aspectos de cada caso que se coloca diante de si, de modo a ter certeza que todas