

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Ronaldo Souza Dias

**Duas Classes de Argumentos Práticos
A Estrutura do Argumento Prático a Partir da
Visão de Stephen Toulmin & de Joseph Raz**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Danilo Marcondes de Souza Filho
Co-orientador: Prof. Noel Struchiner

Rio de Janeiro
Agosto de 2012



Ronaldo Souza Dias

**Duas Classes de Argumentos Práticos
A Estrutura do Argumento Prático a Partir da
Visão de Stephen Toulmin & de Joseph Raz**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia do Centro de Teologia e Ciências Humanas da PUC-Rio..
Aprovada pela comissão examinadora abaixo assinada:

Prof. Danilo Marcondes de Souza Filho

Orientador

Departamento de Filosofia da PUC-Rio

Prof. Noel Struchiner

Co-orientador

Departamento de Direito da PUC-Rio

Prof. Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia

Departamento de Direito da PUC-Rio e da UERJ

Profa. Rachel Nigro

Departamento de Direito da PUC-Rio

Prof. Marcelo de Araujo

Departamento de Direito da UFRJ e de Filosofia da UERJ

Prof. Fabio Perin Shecaira

Departamento de Direito da UFRJ

Profa. Denise Berruezo Portinari

Coordenadora Setorial do Centro de
Teologia e Ciências Humanas – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2012

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor, do orientador e da Universidade.

Ronaldo Souza Dias

Graduou-se em Física (1980) e em Direito (1998) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Obteve título de Mestre em Ciências (especialidade Física) pela UFRJ em 1983 e defendeu dissertação de mestrado em Filosofia pela PUC-Rio em 1990. Focaliza como área de interesse acadêmico: Direito Tributário, Filosofia do Direito e Ética. Atualmente, exerce o cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Ficha Catalográfica

Dias, Ronaldo Souza

Duas classes de argumentos práticos : a estrutura do argumento prático a partir da visão de Stephen Toulmin & de Joseph Raz / Ronaldo Souza Dias ; orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho ; co-orientador: Noel Struchiner. – 2012.

233 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Filosofia, 2012.

Inclui bibliografia

1. Filosofia – Teses. 2. Filosofia do Direito. 3. Argumentos práticos. 4. Argumentos jurídicos. 5. Casos difíceis no Direito. 6. Regras. 7. Razões. 8. Razão excludente. 9. Stephen Toulmin. 10. Joseph Raz. I. Souza Filho, Danilo Marcondes de. II. Struchiner, Noel. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Filosofia. IV. Título.

CDD: 100

a Terezinha,
a Dolores

Agradecimentos

Ao Professor Danilo Marcondes de Souza Filho pela orientação e pelo constante apoio.

Ao Professor Noel Struchiner pela orientação e por todas discussões proveitosas que tivemos.

Ao Professor Antonio Cavalcanti Maia pelo incentivo e por todas as sugestões.

Ao Professor Fabio Shecaira pela revisão do texto final.

Aos professores e funcionários do Departamento de Filosofia da PUC-Rio.

Aos colegas de jornada na pós-graduação de Filosofia da PUC-Rio, especialmente, ao amigo Marcos Silva.

Aos amigos Salim e Joseph Kanaan.

Aos participantes do grupo NERDS e ERA, pelo incentivo e apoio.

Aos colegas da Receita Federal do Brasil e, particularmente, da DRJ/Rio.

À Receita Federal do Brasil, pela licença concedida, e à PUC do Rio de Janeiro, pelo auxílio concedido (bolsa de isenção), sem os quais este trabalho não poderia ser realizado.

Resumo

Dias, Ronaldo Souza, Souza Filho, Danilo Marcondes de (orientador); Struchiner, Noel (co-orientador). **Duas Classes de Argumentos Práticos: A Estrutura do Argumento Prático a Partir da Visão de Stephen Toulmin & de Joseph Raz.** Rio de Janeiro, 2012, 233 p. Tese de Doutorado – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A distinção entre argumentar a partir de regra, e argumentar quando não há regra, é retomada para elucidar alguns aspectos da atividade justificatória no âmbito legal. A referida distinção encontrou em Rawls um porta-voz que realçou de modo incisivo sua importância para a prática legal. Antes dele, porém, Hume, Mill, Ryle e Toulmin, entre outros, já haviam tecido considerações relevantes ao tema. A distinção serve de motivação para dividir o campo da argumentação prática, particularmente da argumentação jurídica, em duas classes, a saber, argumentos de primeira e de segunda ordem. Nos argumentos de segunda ordem, uma regra atua na forma descrita no modelo de Toulmin. Nos argumentos de primeira ordem, caracterizados pela ausência de regra, procede-se mediante ponderação de razões, substanciadas em princípios gerais, valores morais, interesses políticos, programas econômicos, considerações religiosas e pretensões corporativas. Alguns exemplos ilustram a distinção. Argumenta-se que a base lógica dessa distinção assenta-se no conceito de regra como razão excludente, no sentido estabelecido por Joseph Raz.

Palavras-chave

Filosofia do Direito; argumentos práticos; argumentos jurídicos; casos difíceis no Direito; regras; razões, razão excludente; Stephen Toulmin; Joseph Raz.

Abstract

Dias, Ronaldo Souza; Souza Filho, Danilo Marcondes (advisor); Struchiner, Noel (co-advisor). Two Classes of Practical Arguments: the Practical Argument structure from the vision of Stephen Toulmin and Joseph Raz. Rio de Janeiro, 2012, 233 p. PhD Thesis - Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The distinction between justify a conclusion from rule and justify it when no rule is resumed to elucidate some aspects of legal activity. This distinction found in Rawls a spokesman that incisively pointed out its importance for the legal practice. Before him, however, Hume (“A Treatise of Human Nature”), Mill (“A System of Logic”), Ryle (“The Concept of Mind”) and Toulmin (“The Uses of Argument”), among others, had already made relevant considerations to the topic. The distinction serves as motivation to split the field of argumentation practice, particularly of the legal argument, into two classes, namely, arguments of first and second order. In the arguments of second order, a rule operates in the manner described in the Toulmin model, in the arguments of the first order, characterized by the absence of rule, by weighting of reasons, substantiated on general principles, moral values, political interests, religious considerations and corporate claims. Some examples illustrate the distinction. It is argued that the logical basis of this distinction is based on the concept of rule as exclusionary reason, within the meaning established by Joseph Raz.

Keywords

Philosophy of law; practical arguments; legal arguments; hard cases; rules; reasons; exclusionary reason; Stephen Toulmin; Joseph Raz.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. Argumentos de Primeira Ordem.....	11
2.1 - Introdução.....	11
2.2 - Razões para a Ação.....	14
2.3 - Conceitos Básicos.....	15
2.4 - A Estrutura Lógica da Razão para a Ação	17
2.5 - Razão conclusiva e Inferência prática.....	20
2.6 - Ponderação de Razões.....	22
3. Argumentos de Segunda Ordem.....	42
3.1 - Introdução.....	42
3.2 - O Modelo de Toulmin.....	45
3.3 - Distinções e Comentários.....	54
3.4 - Análise do argumento jurídico de segunda ordem.....	57
3.5 - Os elementos do argumento jurídico de segunda ordem.....	58
3.5.1 - Alegações.....	58
3.5.2 - Dados.....	65
3.5.3 - Garantias.....	67
3.5.4 - Qualificadores Modais e Exceções.....	68
3.5.5 - Apoio.....	69
3.6 - Análise Crítica do Modelo.....	71
3.7 - Avaliando Argumentos.....	77
3.8 - Distinções Relevantes.....	85
3.9 - Recapitulação do Argumento Jurídico segundo Toulmin.....	90
4. Regras.....	94
4.1 - Introdução.....	94
4.2 - Regras de Experiência X Regras Expedidas por Autoridades.....	94
4.3 - Análise das Decisões.....	104
4.4 - Promessas versus Decisões.....	108
4.5 - Regras versus Decisões.....	109
4.6 - Outro Argumento.....	116
4.7 - Crítica de Schauer.....	120
4.8 - O Postscript de 'Practical Reason and Norms'.....	123
4.9 - Razões Protegidas.....	125
4.10 - Crítica de Bayón.....	127
4.11 - Análise das Críticas de Bayón.....	131

5. Fundamento Lógico da Clivagem.....	135
5.1 - Introdução.....	135
5.2 - Argumento Analógico - Geral.....	143
5.3 - Argumento a simili.....	144
5.4 - Argumento a fortiori.....	146
5.5 - Argumento a contrario.....	148
5.6 - Resumo da Crítica ao Argumento Analógico.....	150
5.7 - Conclusão.....	150
6. Problemas de Lacunas e Vagueza.....	157
7. Análise de Alguns Casos.....	169
7.1 - Princípio da Insignificância no Descaminho.....	169
7.2 - Saúde e o Bloqueio Judicial de Conta Estatal.....	176
7.3 - PIS e Cofins Imunidade sobre minerais e outros.....	180
7.4 - Estupro Simples, Crime Hediondo.....	188
7.5 - Imunidade dos Livros.....	191
8. Considerações Finais	196
9. Conclusão.....	203
10. Referências Bibliográficas.....	211

The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should exclude and take the place of some of them. It will be remembered that the thesis is only about legitimate authority.

Joseph Raz

INTRODUÇÃO

Quando examina no livro três do *Tratado da Natureza Humana* práticas fundamentais da moral e do direito, Hume distingue entre argumentar a favor das regras constitutivas de uma prática e argumentar a favor da solução de algum problema no interior de tais práticas. A distinção está clara em Hume, embora implícita. Convence-se deste fato quando se examina sua análise da instituição da propriedade e da prática da promessa.

Hume argumenta que resulta de *convenção*¹ o instituto que estabelece a abstinência de bens alheios e, por conseguinte, a permanência e uso da posse, ou seja, o instituto da propriedade, que segundo Hume, antecede logicamente e serve de base à ideia de justiça, direito e obrigação. O filósofo *fundamenta a convenção das regras* da propriedade na *preservação da vida em sociedade*, mediante a qual o homem obtém de *modo oblíquo e indireto* a realização de seus interesses particulares. Em outras palavras, o compromisso com a subsistência do convívio social alimenta o interesse dos homens em sustentar tais regras. A expressão ‘*de modo oblíquo e indireto*’ se justifica porque

embora as regras da justiça sejam estabelecidas simplesmente por interesse, sua conexão com o interesse é algo singular, diferente do que se observa em outras ocasiões. Um único ato de justiça é, com frequência, **contrário ao interesse público; se permanecesse isolado**, se não fosse seguido por outros atos, poderia ser em si mesmo bastante prejudicial à sociedade (gn)².

Já se vê claramente na passagem citada, a oposição em Hume entre resolver um caso mediante regras, e solucionar o mesmo caso por meio da composição de interesses. Por exemplo: um homem virtuoso e pobre devolve determinada fortuna a

¹ Na forma em que interpretamos, a convenção para Hume é a manifestação de um interesse comum na ação, não sendo necessário estabelecer previamente qualquer acordo verbal ou promessas recíprocas, tanto de um ponto de vista temporal quanto de um ponto de vista lógico. Os homens manifestam na ação seus interesses, e aquelas ações que representam o interesse comum convergem para uma prática que gradualmente vai sendo depurada em regras cada vez mais específicas. Hume cita o exemplo de dois homens que remam na mesma direção e sentido sem qualquer combinação prévia.

² **Hume**, David. *Tratado da Natureza Humana*. Livro 3, parte 2, seção 2, § 22. Tradução brasileira de Deborah Danowski. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo, Editora Unesp, 2009. Doravante esta obra será citada como TNH.

um homem avarento e rico. A devolução é **justa porque de acordo com as leis** da propriedade, embora imediatamente contrária aos interesses particulares daquele indivíduo, e, talvez, mesmo contrária ao interesse público. Poder-se-ia dizer, seguindo Schauer, que o resultado obtido por meio da aplicação da regra é, neste caso, *sub-ótimo*³.

Assim, se “*duas pessoas brigam por uma propriedade, uma é rica, estúpida e solteira, a outra é pobre, sensata e tem uma família numerosa. A primeira é minha inimiga, a segunda minha amiga*”; e, mais ainda, se a solução dependesse de juízo particularista a decisão favoreceria, independentemente do que fixam as regras convencionadas, o segundo demandante. Daí resultaria desordem e degradação da sociedade, tendo em conta a “*avidez e a parcialidade dos homens*”, sustenta Hume⁴.

Destas passagens ligeiras, conclui-se razoavelmente, com base em Hume, que **a restrição da liberdade de decidir**, concernente à consideração das razões que importam no caso, por meio de **regras gerais**, é o efeito lógico da convenção instituidora da propriedade.

A existência de regras gerais de propriedade ergue, por assim dizer, um muro para avaliação e solução particularista de cada situação de conflito. De fato, vê-se em Hume dois planos distintos de argumentação, como resta claro, quando invoca razões sistêmicas a favor da aplicação das regras mesmo em caso específico como o acima referido:

certamente **a totalidade do plano** ou esquema é altamente propícia e mesmo **absolutamente necessária**, tanto à **manutenção da sociedade**, quanto ao **bem-estar de cada indivíduo** (...) o mal momentâneo é amplamente compensado **pela firme execução da regra e pela paz e ordem que esta estabelece na sociedade** (...) e mesmo cada indivíduo, ao fazer as contas, deverá perceber que saiu ganhando, pois, sem justiça, a sociedade imediatamente se dissolveria, e todos cairiam naquela condição selvagem e solitária, que é infinitamente pior que a pior situação que se possa supor na sociedade⁵ (gn).

Uma vez instituídas as regras disciplinando o instituto da propriedade não é mais permitida a ponderação de razões decorrentes das circunstâncias específicas do caso, porque apenas **abstendo-se de ponderar, as regras cumprem a função**

³ Schauer, Frederick – *Thinking Like a Lawyer*. Harvard University Press. 2009.

⁴ TNH, Livro 3, parte 2, seção 2, § 22

⁵ TNH, Livro 3, parte 2, seção 2, § 2.

para a qual se destina: garantir a subsistência da própria sociedade.

Esta a conclusão que se extrai do texto de Hume.

Assim, o caso específico não se resolve por juízos particulares, mas por regras gerais fixadas numa convenção visando exatamente excluir tais juízos. A citação que segue corrobora este entendimento:

A convenção sobre a estabilidade das posses é feita justamente para **eliminar** qualquer ocasião de discórdia e polêmica, e essa finalidade nunca seria alcançada **se nos fosse permitido aplicar essa regra diferentemente em cada caso**, de acordo com a **utilidade particular** que pudéssemos descobrir em tal situação⁶.

Poder-se-ia dizer, em resumo, que o argumento para o caso configura-se não como utilitarista, mas como subsunção às regras, já o argumento que estabelece tais regras tem natureza consequencialista.

Quando cuida da questão da promessa⁷, Hume segue argumentação paralela a que procedeu em relação à propriedade. Propõe-se a provar que o princípio moral impositivo da *obrigação de cumprir promessas não é natural*. Primeiro, argumenta que o próprio ato de prometer não é *naturalmente* compreensível, e depois, *ad argumentandum tantum*, se *naturalmente* compreensível fosse, não produziria *naturalmente* qualquer obrigação moral. Esta é a parte negativa de sua argumentação. A parte positiva consistirá na demonstração de que a instituição da promessa é inteligível e obrigatório o cumprimento do prometido porque há uma **convenção humana** antecedente neste sentido.

A base do raciocínio moral de Hume considera a moralidade dependente dos sentimentos próprios da espécie humana. Por exemplo, um pai sabe ser seu **dever moral** cuidar dos filhos, mas também tem uma **inclinação natural** para isso. E se nenhuma criatura humana experimentasse essa inclinação, ninguém poderia ter naturalmente a obrigação correspondente, salvo convenção nesse sentido.

Não há inclinação natural no sentido de observar promessas, mas um senso de obrigação, seguindo-se, então, que o princípio mandatório – “*promessa deve ser cumprida*” – deve sua força à convenção.⁸ A tese de Hume é muito paralela àquela concernente às regras de propriedade: “*Promessas são invenções humanas, fundadas nas necessidades e interesses da sociedade*”.

⁶TNH, Livro 3, parte 2, seção 2, § 22.

⁷TNH, Livro 3, parte 2, seção 5.

⁸ TNH livro 3, parte 2, seção 5, § 6

O argumento é o seguinte: Hume, inicialmente, afirma o egoísmo como marca natural do indivíduo, um sentimento básico em cujas frestas a generosidade sobrevive, em latitude muito reduzida, abrangendo famílias e amigos próximos. A ação em benefício de outros, fora desse círculo restrito, apenas se realiza quando visa interesse recíproco e equivalente, não obtível de outro modo. Se alguém realiza um ato em benefício de outro, visando vantagem futura, não pode assegurar-se de que terá contrapartida, pois, a corrupção consequência do egoísmo, sentimento próprio da natureza humana, deixa sempre um grau de incerteza, ainda mais sabendo o beneficiário que o agente realizara aquela ação apenas em razão de seu próprio interesse.⁹

Egoísta e inseguro, o homem permaneceria em relativo isolamento, tendo que lutar com forças limitadas para satisfazer seus interesses e necessidades de subsistência e conforto. É o caso de dois fazendeiros que não cooperam por falta de confiança mútua e, assim, perdem ambos as colheitas respectivas¹⁰.

De nada adianta a educação e a política atuarem no sentido de alterar sentimentos egoísticos, ou sentimentos de incerteza e insegurança quanto à gratidão alheia, porque fundados em inclinações naturais. Somente a onipotência divina poderia ser eficaz para tal fim, frisa ironicamente Hume. Contudo, se não é possível modificar tais inclinações, as ações educativas e políticas bem coordenadas podem **redirecioná-las** para ensinar aos homens que seus interesses assentados nas paixões podem ser satisfeitos com vantagens, não **diretamente**, mas de “*modo oblíquo e artificial*”. Presta-se um serviço mesmo a um estranho com quem não se tem qualquer afeição, na perspectiva de receber algo equivalente. E o beneficiário retribui porque prevê consequências negativas, incluindo marginalização e isolamento, se não o faz.

Para marcar a diferença entre atos “interessados” daqueles “desinteressados” realizados por afeição entre familiares e amigos, baseados na solidariedade, que Hume admite subsistir, se institui a específica fórmula verbal expressão da promessa, para os primeiros, com a qual o usuário se obriga a realizar certa ação.

Em resumo, a argumentação de Hume flui no seguinte sentido: Os homens

⁹ TNH livro 3, parte 2, seção 5, § 8

¹⁰ TNH livro 3, parte 2, seção 5, § 8

são *naturalmente* egoístas e apenas marginalmente generosos. A inclinação natural quando seguida de forma direta implica reduzida quantidade de ações para o benefício de outros, impedindo o comércio de “bons ofícios”, reduzindo cada pessoa ou grupo aos bens e serviços por si mesmos produzidos. Contudo, simples ações mútuas visando vantagens recíprocas, quando não simultâneas, exigem algum mecanismo para assegurar à parte ainda não satisfeita de que obterá o seu bem, serviço ou vantagem. Tal mecanismo social se expressa por meio da prática da promessa, enquanto fundamento geral, dos contratos e dos acordos em geral.

Hume fixa as ‘*três leis fundamentais do direito natural*’, deduzindo que “*a paz e a segurança da sociedade dependem inteiramente da estrita observância dessas três leis*”¹¹. As “três leis” regulam a estabilidade da posse, a transferência de propriedade e a prática da promessa.

Assim as regras decorrentes de tais leis se apresentam como **a razão dominante** destinada a definir a solução de caso contencioso no interior do instituto correspondente, conforme deixa expresso Hume na seguinte passagem:

Portanto, (...) os **homens estabeleceram esses princípios e concordaram em se auto-restringir** por meio de regras gerais que não se deixam influenciar, nem pelo despeito, nem pelo favor, e **não podem ser alteradas por considerações particulares** de interesse privado ou público”¹² (gn).

Resta claro em Hume, portanto, a natureza completamente distinta do **argumento para definir a regra** de uma prática – *estabelecida por convenção visando assegurar paz, estabilidade, segurança, a vida em comum* – do **argumento que soluciona caso** de conflito dentro de uma prática, que faz uso da regra previamente estabelecida.

No “*Sistema de Lógica*”, Mill classifica a **ética prática** como arte, que, em geral, se utiliza de sentenças no modo imperativo, ou em perífrases equivalentes, enquanto a ciência se expressa no modo indicativo. Arte no sentido de uma prática, que trata de regras e preceitos – *válidos ou inválidos* - e não de asserções – *verdadeiras ou falsas*¹³. A clivagem entre as duas formas de raciocínios, que se

¹¹ TNH livro 3, parte 2, seção 6, § 1

¹² TNH livro 3, parte 2, seção 6, § 9.

¹³John Stuart Mill, *A System of Logic: Ratiocinative and Inductive; Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, 7th ed., vol. 2 (London: Longmans, Green, Reader, and Dyer, 1868) 544, *Questia*, Web, 31 Oct. 2010: “*Whatever speaks in rules, or precepts, not in assertions respecting matters of fact, is art: and ethics, or*

denomina adiante de argumentos de primeira e segunda ordem, que em Hume está implícita, em Mill é expressa, conforme se observa da distinção efetivada em qualquer segmento da justificação prática: “*there are cases in which individuals are bound to conform their practice to a pre-established rule, while there are others in which it is part of their task to find or construct the rule by which they are to govern their conduct*”(gn)¹⁴.

Mill cita como paradigma do primeiro caso o juiz que deve se conformar à lei, quando enfrenta uma lide, pois “*the judge is not called upon to determine what course would be intrinsically the most advisable in the particular case in hand, but only within what rule of law it falls; (...)*”¹⁵.

O paradigma, para o segundo caso, é assumido pelo legislador, que embora não esteja livre de máximas ou mesmo de regras, a estas não se vincula do mesmo modo em que o juiz se vincula às regras legais. Além disso, o legislador guarda consideração superior, em relação ao juiz, às **razões subjacentes** de tais máximas e regras.

De fato, Mill considera erro manifesto a suposição de que o legislador se vincula a regras do mesmo modo que o juiz se vincula às regras legais. O juiz prioriza a regra e, apenas secundariamente, para fins de interpretação, considera suas razões subjacentes. O legislador, ao contrário, secundariza a regra para privilegiar as razões que a informam. Dessa forma, Mill afirma:

The legislator is bound to take into consideration the reasons or grounds of the maxim; the judge has nothing to do with those of the law, except so far as a consideration of them may throw light upon the intention of the law-maker, where his words have left it doubtful.¹⁶

Assim, segundo Mill, o legislador, o general ou médico que se orienta estritamente por códigos ou manuais, ao invés das razões fundamentadoras de suas regras é um “*escravo das fórmulas*”, um “*mero pedante*”. A situação é inversa para o juiz no exercício de sua função, para quem, pode-se dizer, a regra é protagonista

morality, is properly a portion of the art corresponding to the sciences of human nature and society”.

¹⁴ John Stuart Mill, *A System of Logic: Ratiocinative and Inductive; Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, 7th ed., vol. 2 (London: Longmans, Green, Reader, and Dyer, 1868) 545, *Questia*, Web, 31 Oct. 2010.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶ Idem, *ibidem*.

de seu argumento.

A separação radical, embora não absoluta, entre as funções do juiz e do legislador efetuada por Mill, não pode ser mantida nas figuras reais de um juiz ou de um legislador em um sistema legal contemporâneo, porquanto ambos atuam nos dois papéis, havendo apenas predominância eventual de um destes. Não sendo o momento de analisar o ponto, deve-se sublinhar que a distinção lógica entre as funções – julgar e legislar - é a face visível da distinção em nível profundo entre espécies de argumento: argumento garantido por regras e argumentos onde a regra não assume papel destacado, justamente o ponto que interessa ao presente estudo.

Avançando no tempo, Hart em “*O Conceito do Direito*”¹⁷ argumenta que prometer é dizer algo que cria uma obrigação para o promissor, mas a fórmula verbal “*eu prometo que*” só pode gerar tal efeito, supondo a existência de **regras** consistentes em **obrigar a realização de ações designadas por tal fórmula**, sob a condição de que as palavras *certas* sejam usadas pelas pessoas *apropriadas*, em ocasiões *adequadas*: “*So, when we promise, we make use of specified procedures to change our own moral situation by imposing obligations on ourselves and conferring rights on others; in lawyers parlance we exercise 'a power' conferred by rules to do this*”. (gn)¹⁸.

Hart argumenta que eventual exceção, ou mesmo violação, de uma promessa não impede reconhecer a prática, com suas regras constitutivas, pois a vinculação que a regra impõe não é uma algema vedatória de todo e qualquer desvio ou exceção. Cita o caso de alguém que promete visitar um amigo, mas que no dia e hora marcados toma ciência de que membro de sua família encontra-se gravemente enfermo. Neste caso, a quebra da promessa é fato socialmente aceito, contudo, isto “*does not mean that there is no rule requiring promises to be kept, only a certain regularity in keeping them*”.

Hart opõe-se a pensar que as exceções autorizam pensar das regras como simulacros, que são discricionariamente substituídos em cada nova situação: “*It does not follow from the fact that such rules have exceptions incapable of exhaus-*

¹⁷ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), *Questia*, Web, 22 June 2010.

¹⁸ *Idem*, p. 42.

tive statement that in every situation we are left to our discretion, and are never bound to keep a promise. A rule that ends with the word 'unless. . .' is still a rule".¹⁹

A pressão moral para o cumprimento das obrigações promissórias consiste em apelo genérico a observar **princípios socialmente compartilhados**, entre os quais, o de que promessas devam ser mantidas, ou, de modo geral, a respeitar uma *forma de vida*, na linguagem de Wittgenstein.

Pode-se inferir que Hart indica a diferença das espécies de argumentos práticos ao sublinhar que as exceções não apagam a fronteira entre os argumentos protagonizados por regras daqueles argumentos onde a discricção prospera. Porém, análise mais acurada das regras deveria dar conta da *distinção entre exceção e violação*, esta não fora realizada por Hart, e deverá ser postergada neste estudo.

Rawls em seu artigo “*Two Concepts of Rules*”²⁰, com objetivo de fortalecer a posição do utilitarismo, argumenta a favor da distinção entre **justificar uma prática e justificar a subsunção de um caso a suas regras**, analisa duas situações: a instituição da punição e a obrigação de cumprir promessas.

Rawls argumenta que à pergunta: “*Por que devo manter esta promessa?*” o utilitarismo não fornece uma boa resposta, porque a solução em termos utilitaristas – *porque assim você promove a melhor consequência de um ponto de vista global* – conflita diretamente com o modo usual de considerar a obrigação promissória.²¹ A estranheza que a resposta provoca jaz no fato de a promessa não importar ao cumprimento da obrigação que dela decorre, pois, em cada caso, a **discricção** do promitente, exercida por meio de um cálculo consequencialista, determina o resultado no sentido de cumprir, ou não, o dever auto-imposto.

No entanto, Rawls observa – *tanto quanto Hart depois, e Hume antes* – que a prática, convenção, ou regra da promessa tem por escopo evitar tal latitude discricionária, implicando *renúncia ao direito de agir com base em razões utilitaristas e prudenciais*²², obtendo-se daí predizibilidade e **planos coordenados** anteci-

¹⁹ Idem, p. 136.

²⁰ RAWLS, John: **Two Concepts of Rules**. The Philosophical Review, Vol. 64, No. 1 (Jan., 1955), pp. 3-32)

²¹ Idem.

²² Idem.

padamente.

A justificação, em termos utilitaristas, da prática da promessa demonstra (ou tenta demonstrar) suas vantagens globais, mas veda, em consequência, o promitente de avaliar o cumprimento de específica promessa, porque isto *conflita com esta própria prática*. Assim, Rawls conclui pela falsidade da proposição que afirma ser possível a um promitente avaliar as consequências de manter sua promessa sob o fundamento de a prática estar baseada nas consequências de sua instituição e permanência. Ao contrário, o balanço de razões quanto ao mérito da obrigação está vedado ao promitente pela própria natureza da prática promissória. Desnecessário sublinhar que este pensamento central na análise de Rawls encontra-se bem assentado em Hume.

Toulmin distingue, pouco antes do citado artigo de Rawls e antes ainda de sua obra “**Os Usos do argumento**”, entre “*fazer a coisa certa*” quando isto significa atuar em conformidade com regras, e “*fazer a coisa certa*” quando isto significa alcançar o melhor resultado²³ por estimativa dos efeitos, sobre o resto da comunidade pertinente, de cada ação concorrente. Ou seja, distingue entre duas ordens de argumentação. Segundo Toulmin, a ação que se conforma com a “*máxima geralmente aceita*”, é **correta ou justa**, quando não há ambigüidade nesta instanciação, simplesmente porque *é uma instância de tal máxima*.

Ryle²⁴, de quem Toulmin fora discípulo, utiliza uma metáfora para distinguir entre os argumentos **que estabelecem e os que usam regras**. Um membro da primeira classe equivale a *construir uma ferrovia*, da segunda, a *usar uma ferrovia* já construída. Ryle argumenta que apenas um membro da segunda classe pode ser considerado propriamente inferência, porque esta noção pressupõe regras. Quanto aos argumentos que estabelecem regras, seria inadequado chamá-los de inferências, pois “*o elemento essencial de inovação*” constante destes argumentos “*não pode ser tomado objeto de regras e porque a noção de inferência envolve, em essência, a possibilidade de ‘regras de inferência’*”²⁵.

Tudo isso permite intuir que **no campo dos argumentos práticos: no direito**, na política, na moral, e no dia a dia em geral; **ou argumenta-se mediante pon-**

²³ Toulmin, S. E. - **Place of Reason in Ethics**. Cambridge, 1950, cap. XI.

²⁴ Ryle, Gilbert – **The Concept of Mind**. Barnes & Noble Books. London, 1949.

²⁵ idem, p. 112.

deração de razões (argumentos ponderativos, de primeira ordem) **ou** *argumenta-se fazendo atuar uma regra* (argumentos autoritativos, de segunda ordem).

Argumentos ponderativos prosperam na ausência de regras. Argumentos desse gênero são necessários para estabelecer regras gerais, ou para resolver um caso, quando não se possui regra, ou quando a regra que existe é afastada por algum motivo. Isto está de acordo com Toulmin que distingue, em seu “**Os Usos do Argumento**”²⁶, entre “*argumentos que estabelecem garantia*” e “*argumentos que usam garantia*”.

Argumentos que estabelecem uma garantia constituem uma espécie do gênero de argumentos, que denominamos de primeira ordem, e que se caracteriza por conter ponderação de razões. Podemos, então, denominá-los ainda de argumentos **políticos**, no sentido amplo da palavra político, para sublinhar sua função inovadora, legislativa. Na segunda classe – **argumentos em que uma garantia atua** – simplesmente há os argumentos que permitem chegar a uma conclusão a partir de um só dado, porque *sustentado pela garantia*, que no campo jurídico é geralmente uma regra legal.

O nosso estudo consistirá de um desenvolvimento dessas ideias e de uma tese: No primeiro capítulo caracteriza-se os argumentos de primeira ordem, no segundo, os argumentos de segunda ordem, no terceiro e quarto defende-se a tese de que a base lógica da distinção entre as duas classes de argumentos práticos, decorre da própria natureza da regra enquanto razão excludente. A base acadêmica da tese assenta-se na noção de argumento de Toulmin e na caracterização de regra de Raz. Algumas consequências desta tese são extraídas e, então, alguns casos são analisados.

²⁶ Toulmin, S.E. *Os Usos do Argumento*. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

2

Argumentos de Primeira Ordem

2.1 – Introdução

Argumentos expendidos no parlamento para estabelecer a disciplina na conduta das pessoas em certo tipo de situação ou atividade são de primeira ordem. Podemos imaginar o debate no parlamento no momento de deliberar sobre a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança. Supondo não haver restrição constitucional, a discussão evolui no sentido de apontar razões de diversas espécies favoráveis ou desfavoráveis a medida. Pode-se apontar, na hipótese de acidentes, redução de danos às pessoas, redução de vítimas fatais, e redução de gastos com tratamento nos hospitais. Estas são razões favoráveis no sentido de instituir a regra legal, mas alguém pode, em sentido contrário, apontar que o uso obrigatório do cinto causa restrição a sua liberdade, que o uso do cinto causa incômodo, e que o cinto onera o preço final do veículo.

A “*lei do celular*” é outro exemplo. O Estado do Rio de Janeiro aprovou lei que proíbe o uso de celulares, rádios e *palm tops* no interior dos bancos. A medida visa combater o delito já conhecido como “*saidinha de banco*”. O crime, que na realidade é o roubo, assume um *modus operandi* especial neste caso. Um meliante, no interior do banco, já previamente combinado com outro fora dele, mas nas proximidades, descreve para o seu comparsa, por meio de celular ou equivalente, um cliente que tenha sacado quantia elevada. Quando fora do banco, o cliente é surpreendido recebendo “voz de assalto”. Com a nova regra legal, a comunicação é inibida e, então, o crime não poderia ocorrer, pelo menos do mesmo modo. É isso que se espera.

A regra ao mesmo tempo em que prestigia valores jurídicos e/ou morais, desprestigia ou restringe outros valores igualmente contemplados na ordem jurídica e na moralidade vigentes.

Independente de plausível declaração de inconstitucionalidade formal, caso venha ser questionada no Supremo Tribunal Federal, a regra instituída, da mesma

maneira da lei do uso obrigatório de cinto de segurança, serve para demonstrar como a **inovação legal tem caráter criativo**, pois concede ao legislador margem ampla de discricção na formulação da regra. O ponto a ser sublinhado é: de um conjunto de valores não é possível inferir (deduzir) uma única regra. Muitas regras podem se adequar a um conjunto bem definido de valores. Não há relação unívoca. E isto justamente permite a **latitude discricionária** no ato de instituir a regra.

O conjunto de valores tomado como ponto de partida pode ser delimitado em função do fim a que se destina a regra. E aí são incluídos não apenas os valores que devem ser prestigiados ou protegidos, mas também aqueles que serão desprestigiados ou restringidos. Por exemplo, no caso da 'lei do celular' prestigia-se a segurança, o patrimônio, a integridade física, mas restringe-se o direito de gozo de um patrimônio adquirido e da liberdade individual. Tanto uns quanto os outros pertencem ao conjunto base de valores da regra legal.

Todavia, este conjunto não define a regra, apenas sugere algumas. A relação entre os valores e a regra, tal como a relação entre dados de um experimento e a lei física, não é semelhante à relação entre o **caldo da carne e a carne**, mas à relação entre o **paletó e o manequim**. A metáfora de Einstein busca explicar a relação entre ciência e experiência.

A construção de uma nova regra (ou de uma simples decisão em que não há regras) opera com o princípio prático da maximização da garantia, e minimização da restrição dos valores afetados negativamente. Tal princípio pode ser chamado de **Princípio Prático de Otimização**. Assim, nos exemplos, como resultado da aplicação do princípio, a garantia de segurança deveria ser maximizada, mas a liberdade deveria ser minimamente restringida.

A conduta a ser induzida define os valores a ser considerados na formulação da regra. Mais eficaz, neste sentido, será a regra quanto mais garante aqueles valores prestigiados, e menos restringe os que são colateralmente atingidos. Assim, se dos valores não é dedutível regra, ou decisão, pelo menos podem-se formular hipóteses adequadas a este conjunto. A melhor hipótese de regra (não necessariamente a que de fato será instituída), neste contexto, satisfaz o **Princípio Prático de Otimização**.

Argumentos que levam a uma nova regra é uma espécie do gênero argumento ponderativo, onde o sopesamento, ou balanço, ou ponderação de razões é o núcleo de um processo.

Seguindo Raz²⁷, **razões para ação** são considerações que contam a favor daquela ação, i.e., “*nós podemos pensar delas como ... premissas de uma inferência que legitima a conclusão de que, outras coisas sendo iguais, o agente deve realizar a ação*”, **as razões para adoção de uma nova medida legal** são as premissas de um argumento, onde **a própria regra é a conclusão** resultante.

Do ponto de vista do conteúdo legal, no que se refere ao que deve, ou não, constar na norma prescritiva, que definirá diretriz para o cidadão ou para o próprio Estado, a latitude de escolha é ampla, mas não arbitrária, porquanto poderá haver limites materiais impostos em regras superiores.

Dentro da circunscrição traçada pela própria Constituição e dependendo da matéria tratada, o processo torna-se extremamente complexo, extravasa o parlamento e abrange a sociedade como um todo, ou pelo menos seus setores mais organizados, onde todos, legitimamente, ou não, justamente, ou não, de forma corporativa, ou não, buscam determinar o conteúdo normativo do projeto de lei. O parlamento torna-se, assim, quase “*um palco para a barganha*”, conforme sintetizou Raz²⁸.

Resultará da contenda, contudo, uma decisão no sentido de aprovar ou rejeitar o projeto de lei, cujo objeto, por exemplo, consiste na obrigatoriedade do uso de cinto de segurança, ou na vedação do uso do celular no interior de uma agência bancária. Apenas por ficção se diz que cada membro do parlamento confrontará as razões positivas e negativas e, então, proferirá seu voto, residindo aí ponderação de razões. Mais fictício ainda é dizer que o parlamento efetiva o balanço de razões e decide. E por ficção extremada atribui-se – *dado o sistema representativo no Estado Democrático de Direito* – ao povo o sopesamento de razões.

Não se deve perder de mira, todavia, que a publicação de um novo diploma legal altera completamente o contexto do ponto de vista de razões que podem ser invocadas para ação que venha a ser regulada. Antes, a conduta poderia ser adota-

²⁷ Raz, Joseph – *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press, 1999. p. 186/187.

²⁸ Raz, Joseph – *Between authority and interpretation*. Oxford University Press, 2009. p. 108.

da em função de ponderação de razões, tratava-se de um contexto de argumentação. Agora, trata-se de contexto completamente distinto, onde a razão para ação é, ao mesmo tempo, a razão que exclui qualquer ponderação. Trata-se, então, de um momento decisivo o ingresso da nova regra no espaço jurídico:

(...) **not merely because in it new reasons are created.** It is the decisive moment because those **new standards, those new reasons, are there to put an end to the argument and struggle about what is to be done**, to resolve the argument and the struggle by replacing them for the time being. (...). The argument and the struggle can and often do continue. But now they are about whether and how to change the new law, and no longer about whether to adopt it (gn).²⁹

A questão geral, que abrange certamente o caso de instituição de nova regra, resume-se na análise da argumentação que leva à conclusão: *nas circunstâncias C, devo fazer A*. Não há regras aqui. Trata-se de escolher, sem o uso de qualquer regra, dentre várias opções. Simplesmente devemos escolher, tendo em vista o resultado que se almeja. Não é uma escolha cega, porquanto estão disponibilizadas algumas informações, mas que se define, em última instância, por uma hipótese que prestigia, no caso, algum **valor, interesse, princípio, gosto, tendência** ou até mesmo **preconceito**. E a escolha – *isto é a hipótese que a suporta* – poderá ser confrontada com as razões positivas e com as razões negativas presentes nas circunstâncias do caso.

Se por hipótese houvesse regra para definir a escolha (regra para fazer a regra) esta regra “mãe” careceria de justificação retornando o problema ou à ponderação, resultando em nova escolha, ou à invocação de uma nova regra (a regra “avó”) e, assim, sucessivamente *ad infinitum*. Conclui-se haver, então, um momento irredutível de definição criativa, de uma escolha ponderada, no processo de constituição do direito.

2.2 – Razões para a Ação

No artigo “*Reasons for actions, decisions and norms*”³⁰, Raz elucida a relação entre normas e decisões demonstrando que ambas podem ser analisadas em

²⁹ Idem, p. 109.

³⁰ RAZ, Joseph. *Reasons for actions, decisions and norms*, in *Practical reasoning*, 1978, Ed. de Raz, Joseph. Oxford University Press. Este artigo fora publicado originalmente em *Mind*, 1975, pp. 481-499, depois republicado, sem alterações, no livro citado.

termos de *razões para a ação*.

A expressão *razão para a ação* pode ser considerada um substituto para razão prática na medida em que se constitui na força que justifica a ação. No resumo de Baker³¹, “*reasons justify because they are essentially tied to the agent’s evaluation of what it is good/required/obligatory (and the like) to do. (...) When they are not outweighed, reasons justify.*”

As normas de que Raz se ocupa são regras, morais ou legais, e princípios práticos, que podem ser englobados no gênero *norma prescritiva*, enunciados na forma abstrata:

Dado C, x deve fazer A.

Onde x é o agente, C a circunstância e A ação.

A fórmula acima pode assumir as mais diversas instâncias:

- *Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*³²;
- *Os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, na carência ou enfermidade*³³;
- *Promessas devem ser mantidas*;
- *É vedado à União instituir impostos sobre livros*³⁴;
- *É proibido cometer adultério.*

No desenvolvimento de sua análise, Raz introduz a noção de *razões excludentes* (*‘exclusionary reasons’*), que veio a se tornar o núcleo de seu pensamento acerca de regras e de inferências práticas.

2.3 - Conceitos Básicos

Há muitos usos para o termo 'razão'. Razão e *razão para ação* são empregadas no contexto teórico de Raz com função de explicar (“*fez hora extra em razão do trabalho acumulado*”), avaliar (“o seu resfriado não é *razão para adiar a via-*

³¹ Baker, Judith. 2008. Mind, vol. 117, 468, oct/2008. Embora possa ser bem fundamentada a distinção entre “*acting for a reason and actions that, while rational, are not done for a reason*” como feita por Baker seguindo Grice, aqui se ocupa apenas da primeira espécie de ações.

³² Art. 229, primeira parte, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988, doravante, CF/88.

³³ Art. 229, segunda parte, CF/88.

³⁴ Regra constante do Art. 150, inciso VI, alínea ‘d’, CF/88

gem”) e pautar condutas (“*a inflação é uma razão para aumentar a taxa de juros*”). Há interdependência entre essas funções, pois a razão pode pautar e avaliar comportamento, se puder também explicar. Por outro lado, a explicação com base em razões resulta da explicitação das razões que conduziram o agente na realização da ação. Por conta da interdependência resulta a multiplicidade de funções presentes em um só emprego do termo.

Para Raz, **razões são fatos**. Raz desconsidera a identificação da razão com *enunciados*, argumenta que o enunciado “*choverá*” não é razão para alguém portar um guarda-chuva. Mas poderá sê-lo *a crença* de que choverá ou o *fato* de que choverá. O termo **fato** é usado em sentido amplo como “*aquilo em virtude do qual enunciados verdadeiros ou justificados são verdadeiros ou justificados*”³⁵. Sintaticamente, o fato é aquilo que se denota pela variável ‘X’ constante da sentença “*é um fato que X*”. Fato, nesse sentido, inclui, em sentido amplo, *valores* (“*é um fato que a dignidade da pessoa humana é um valor consagrado na Constituição Brasileira*”³⁶), *processos*, *eventos* e *atividades*. Mais ainda, inclui as próprias crenças, mas não seu conteúdo. Fatos incluem, mas não se identificam, claro, com valores. Não há esta confusão em Raz, nem aqui comete-se este erro de categoria. Por exemplo: a honra é um valor moral, e é isto um fato, em outras palavras, *é um fato que a honra é um valor moral*. De um ponto de vista normativo, apenas os fatos têm poder justificatório significativo, pois a crença explica, mas não justifica a ação.

A expressão “*é uma razão para...*” pode ser sempre predicado de “*o fato que...*”, mas apenas excepcionalmente de “*a asserção que...*”. Por exemplo: o fato que *'a honra é um valor moral'* é uma razão para punir atos difamatórios. Mas, não teria sentido a expressão: a asserção que “*a honra é um valor moral*” é uma razão para punir atos difamatórios. Isto define fatos como razões e exclui as asserções desta qualificação. O problema com as crenças tem a ver com a estreita margem para a crítica deixada por um argumento que tem por premissas crenças. Razões, além de explicar, devem servir para justificar e avaliar condutas, e nestas funções as crenças falham. Raz argumenta que se devemos **decidir**, devemos des-

³⁵ Raz, J. *Practical Reason and Norms*, 1999, Oxford University Press, pp 17-18.

³⁶ CF/88, art. 1º, inciso III.

cobrir como o mundo é, e não como pensamos que ele é. A noção de razão como crença “*é relevante exclusivamente para fins de explicação e não para todos os fins de orientação*”³⁷, que uma razão deve possuir. Uma consideração em que não se acredita, ou não se esteja consciente, ainda pode ser uma razão para ação.

Toda a análise de Raz é no sentido de objetivar as razões. Daí a concluir que uma razão tem a natureza de um fato, no sentido de ser predicável da expressão “o fato que...”. Em resumo: “*um fato é aquilo de que falamos quando fazemos uma afirmação por meio do uso de sentenças do tipo ‘é um fato que...’.* Nesse sentido, fatos não contrastam com valores, mas os incluem ...”³⁸.

O valor serve de fundamento para a formulação de uma regra, justamente porque pode ser incluído nesta categoria ampla de fatos. Assim, na formulação de uma regra pode-se argumentar da seguinte forma: “é um fato que V é um valor, logo R”, onde R é a regra que garante aquele valor ou de algum modo coíbe sua violação. Por exemplo: “é um fato que a intimidade da pessoa humana é um valor inscrito na vigente ordem moral e jurídica, logo deve ser vedada a interceptação de comunicação por qualquer meio”.

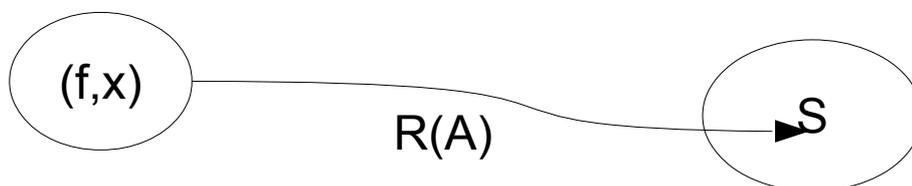
Mesmo as crenças na medida em que satisfazem a expressão ‘é um fato que ...’ constituem-se fatos nesta noção ampla, e, então, são razões. Por exemplo: o fato que *João acredita que choverá* é uma razão para que *desista de viajar no fim de semana*.

2.4 - A Estrutura Lógica da Razão para a Ação

O operador R(A), lido como uma razão para A, introduzido por Raz com o objetivo de promover a análise da razão para a ação, atua sobre expressões designando fatos (f) e pessoas (x) para, então, constituir sentenças (S) proferidas a fim de denotar razões para a ação da forma **R(A)(f, x)** a ser lida como: **É um fato que ‘f’ é uma razão para ‘x’ realizar ‘A’**. A análise lógica completa, que o autor não realizou, envolve investigar os aspectos semânticos e sintáticos do operador R(A).

³⁷ PRN, 11.

³⁸ Idem, ibidem.



As usuais sentenças fornecedoras de razões podem ser analisadas em termos de $R(A)(f, x)$. Sentenças na forma ‘é um fato que f é uma razão para x fazer A ’ são simplesmente escritas por esta fórmula. Por exemplo, a sentença ‘é um fato que *a entrega da declaração fora do prazo* (f) é uma razão para o *Auditor* (X) *impor multa pecuniária ao contribuinte* (A)’ revela por meio do artigo definido que houve a entrega a destempo. Na construção hipotética teríamos a regra, ‘*uma entrega da declaração fora do prazo é uma razão para o Auditor impor multa pecuniária ao contribuinte*’ ou ‘*se a entrega da declaração ocorrer fora do prazo, então este fato será uma razão para o Auditor impor multa pecuniária ao contribuinte*’.

Por razões pragmáticas, uma razão para a ação quase sempre é enunciada de modo *incompleto*. Na vida cotidiana, muitos constituintes não são expressos porque se supõe que sejam já do conhecimento do interlocutor.

Para definir uma razão completa é necessário inicialmente perceber que a sentença ‘ r é uma razão para A ’ é verdadeira se, e somente se, existem f e uma pessoa x tal que a relação $R(A)(f, x)$ se verifica.

Uma razão completa pode ser simplificada definida como:

F é uma razão completa para x fazer A *se, e somente se*, necessariamente, para qualquer pessoa y , se y entende a afirmação de f e afirmação que x faz A , e acredita que f , então ele acredita que existe razão para x fazer A . Uma razão completa atômica (em distinção à molecular ou complexa) é uma razão tal que qualquer constituinte não pode ser omitido sob pena de deixar de ser completa. Acen-tua Raz que o significado intuitivo de uma razão completa pode ser expresso como um conjunto de premissas que implica realização de uma ação.

O exemplo de Raz, aqui levemente modificado, elucida o conceito: João afirma “pagar tributo aumenta a felicidade humana, então, há uma razão para pa-

gar tributo”. Neste caso, João não declara uma razão completa para 'pagar tributo' (A), deixando implícito, porém, que considera *a felicidade humana um valor*. E se, desse modo, reformula sua declaração para “pagar tributo aumenta a felicidade humana e *a felicidade humana é um valor*; então, há uma razão para pagar tributo”; enuncia uma razão completa para pagar tributo (A). Se Pedro nega esta última declaração porque não considera *a felicidade humana um valor*; então, pode estar cometendo um erro moral. Contudo, Se Pedro nega a declaração porque considera que nem sempre valores constituem razões, ou que algumas vezes haverá razões mais fortes contra A, então, Pedro comete um erro lógico. Pois “*é uma questão de lógica que os valores são razões e que uma razão é uma razão ainda que superada por outras razões conflitantes*”³⁹.

As razões têm mais ou menos força, mais ou menos peso. A força de uma razão tem natureza lógica, e significa sua capacidade de superar razões rivais, ou conflitantes, em relação à específica ação, em determinada circunstância.

Do exposto até agora, a ideia básica por trás da ‘inferência prática’ encontra-se a proposição 'se o agente *x* tem a razão *f*, na circunstância *C*, para realizar a ação *A*, e nenhuma razão contrária, então *x* deve realizar *A*'. Por exemplo, se faz muito tempo que você não visita sua mãe, e nada o impede de que o faça, ou seja, não há razão **pesando** em sentido contrário, então, você deve visitá-la. Todavia, diante de um problema prático, caracterizado por **razões conflitantes**, o que deve ser feito resulta do confronto das *forças* - ou dos *pesos* - das razões presentes naquela situação específica. De tal modo que *se r é uma razão para realizar A e s uma razão para realizar não- A , e, na ponderação de razões, r sobrepuja (é mais forte ou tem maior peso que) s , então o agente deve realizar A .*

Se, no exemplo dado, você está atrasado com o término de um trabalho, e a visita à sua mãe implicará intempestividade na entrega do mesmo, então você tem razão para não visitar sua mãe. Neste caso, é necessário ponderar razões (*confrontar suas forças*) e executar a ação para a qual tende o resultado deste balanço. Se o peso atribuído ao período de sua ausência é maior que o peso atribuído à necessidade de entrega do trabalho no prazo, então você deverá visitar sua mãe. Mas, se do confronto resulta o inverso, você deverá adiar a visita à sua mãe,

³⁹ Raz, Joseph. RPN, p. 17.

para concluir e entregar seu trabalho.

O conflito de razões pode ser formulado em termos mais técnico do seguinte modo:

1) considerando-se x e A , as razões **r e s conflitam estritamente**, *se, e somente se*, $R(A)(r, x)$ e $R(\sim A)(s, x)$, isto é, r e s pesam em sentidos opostos relativamente a A ;

2) considerando-se x e A , **r e s conflitam logicamente**, *se, e somente se*, r implica r' e s implica s' , e r' e s' conflitam estritamente, isto é, r e s pesam em sentidos opostos relativamente a A , da mesma forma, suas respectivas derivadas;

3) considerando-se x e A , **r supera s ($r > s$)**, *se, e somente se*, r e s conflitam estritamente e é o caso de $R(A)(r \& s, x)$ e não é o caso de $R(\sim A)(r \& s, x)$;

4) considerando-se x e A , **r tem mais peso que s** , *se, e somente se*, r e s conflitam estritamente e para qualquer r' acarretada por r e s' acarretada por s , $r' > s'$, se r' e s' conflitam estritamente.

A anulação de uma razão por uma condição canceladora nada altera em relação ao peso relativo das razões. Fez-se uma promessa, mas o promissário dispensa o promitente de cumpri-la não é o caso de pensar que a dispensa tem maior peso que a promessa, mas que aquela a **revogou**, no sentido de que a obrigação de cumprir o prometido deixou de existir.

2.5 - Razão conclusiva e Inferência prática

1) Considerando-se x e A , r é uma **razão conclusiva** para x fazer A se, e somente se, não existe s tal que $s > r$;

2) Considerando-se x e A , r é uma **razão absoluta** para x fazer A , se, e somente se, é impossível haver s , tal que $s > r$;

3) Considerando-se x e A , r é uma **razão pro tanto ou *prima facie*** se, e somente se, r não é conclusiva.

Uma razão absoluta é conclusiva, mas não o inverso. Uma razão conclusiva supera todas as outras razões conflitantes na circunstância atual, mas pode haver, em outro contexto, razão que a sobrepuje. A razão absoluta é sempre conclusiva em qualquer contexto.

Uma **Inferência Prática** possui como conclusão a afirmação **de um dever** (x deve fazer A), ou da **existência de uma razão para ação** (x tem razão para fazer A). A expressão ‘*r é uma razão para x fazer A*’ corresponde a uma inferência prática, onde *r é a premissa*, e ‘*há uma razão para x fazer A*’, a conclusão, que pode ser equivalentemente – *de um ponto de vista inferencial!* - escrita como ‘x deve fazer A’.

Em termos da notação aqui adotada, a inferência tem a estrutura a seguir, onde *r* é a razão conclusiva entre todas as razões pertinentes ao caso, *x* é o agente *x* e *A* é a ação:

Premissa:	$\mathbf{R(A)(r, x)}$
Conclusão:	$\mathbf{x \text{ deve fazer } A}$

A simplicidade da estrutura da inferência pode ocultar, à primeira vista, todas as dificuldades presentes no procedimento de argumentação prática. Na verdade, a inferência prática, representada pela fórmula acima, é o último capítulo de um processo. A principal dificuldade consistirá em determinar a razão conclusiva no conjunto indeterminado de razões *pro tanto*.

O puro conceito de sobrepujar ($r > s$) não pode determinar que razão domina quando duas razões conflitam. Nem mesmo garantir que haja uma razão dominante. É possível, no entanto, reconstruir o argumento prático a partir do resultado alcançado. Se se sabe a ação (ou conclusão) empreendida pode-se dizer que razão, ou conjunto de razões, prevaleceu, o que tem grande relevância na avaliação e crítica do argumento.

Se o legislador optou por coibir o uso do celular no interior da agência bancária, entendeu que o valor segurança sobrepuja o valor liberdade prestigiado no princípio “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei”.

Por exemplo, em síntese muito apertada, a combinação dos fatos - *a propriedade é um valor protegido na Constituição Federal e o uso do celular no interior da agência bancária tem servido de meio viabilizante do crime ‘saldinha de banco’* - é uma razão sobrepujante em relação ao valor liberdade, que, neste caso,

recua para posição secundária. Verifica-se ser esta a situação quando, de fato, o legislador aprovou a lei naquele sentido.

Sejam: r = ‘a propriedade é um valor prestigiado constitucionalmente’, s = ‘a eficácia do delito ‘saidinha de banco’ depende do uso do celular no interior da agência bancária’ e t = ‘a liberdade é um valor moral essencial da ordem jurídica brasileira’. Se $r + s > t$, então, a fórmula ‘ $R(A)(r+s, x) \rightarrow 'x$ deve fazer A ’ traduz-se no seguinte: o legislador (x) tendo em conta o valor da propriedade (r) e a onda de crimes conhecidos como ‘saidinha de banco’ (s) deve inserir na ordem jurídica a regra que proíbe o uso do celular no interior das agências bancárias (A).

Por outro lado, há muitas razões pertinentes ao conjunto de razões relevantes para a decisão de instituir, ou não, a nova regra. Por exemplo, além da propriedade, a segurança deveria ser invocada como razão relevante a favor da regra. Por outro lado, a inércia no tempo de espera no interior da agência, que poderia ser utilizado quando não há restrição ao uso do telefone móvel, notebook, ou qualquer outro meio, é uma razão desfavorável à medida. Pode-se argumentar, ainda contra a medida, que o ônus de coibir o delito devesse ser suportado pelos próprios bancos, ampliando a segurança, que contam com maior poder econômico, e não sobre os clientes, o que, de fato, ocorreu.

O argumento de primeira ordem pertence a um processo argumentativo, onde a inferência apresentada acima é a segunda fase do procedimento, que, necessariamente é antecedida por uma fase de ponderação ou balanço de razões, que tem por fim determinar a razão conclusiva. É a existência desta fase ponderativa que distingue argumentos de primeira ordem dos argumentos de segunda ordem, pois nestes a existência de uma garantia não permite, e até exclui, o balanço de razões. No capítulo seguinte veremos os argumentos de segunda ordem.

2.6 - Ponderação de Razões

Os argumentos de primeira ordem são propriamente caracterizados pela ponderação. A representação desta ponderação pode ser algo do tipo: seja $\mathfrak{R} = \{r\}$ o conjunto de todas as razões relativas ao agente x e a ação A , então a ponderação

é a soma de todas as razões pertinentes à ação A, e pode ser representada pelo somatório $\sum r^i$, onde $r^i \in \mathfrak{R}$. A resultante da soma é a razão conclusiva de x em relação A, e será a premissa da inferência prática acima representada. Se $R(A)(r, x)$ representa a sentença que afirma a existência de uma razão conclusiva r para o agente x adotar a ação A, o procedimento pode ser desdobrado em duas fases:

1ª fase

$$\sum r^i = r,$$

2ª fase

$$R(A)(r, x) \rightarrow x \text{ deve fazer } A$$

$$R(A)(r, x)$$

$$x \text{ deve fazer } A$$

O que marca definitivamente os argumentos de primeira ordem é esta **fase construtiva** (1ª fase) da premissa, identificada como razão conclusiva, na ponderação de todas as razões incluídas no domínio da ação do agente x.

Pode-se simbolizar, por economia, os três casos possíveis em que a razão conclusiva é favorável à realização de A, em que a razão conclusiva é no sentido de realizar \tilde{A} e, finalmente, em que não há razão conclusiva, respectivamente por:

$$1)r > 0;$$

$$2)r < 0;$$

$$3)r = 0.$$

O terceiro caso representa a situação aguda de uma controvérsia, onde as razões favoráveis não superam, e nem são superadas, pelas razões desfavoráveis a A. Situação que pode ocorrer no parlamento, no tribunal ou mesmo para um cidadão comum. Diante de um caso assim, a impossibilidade de determinar o curso da ação mediante ponderação das razões subsistentes, o parlamento ou o tribunal resolve o impasse no voto. Decepcionante, de um ponto de vista filosófico, útil, de um ângulo pragmático, na medida em que evita a incerteza, insegurança e adoção de procedimentos violentos. Evitar incerteza, insegurança e violência, nesse caso,

não pode pesar a favor de qualquer lado, pois qualquer que seja a solução, de realizar A ou de realizar \tilde{A} , resultará nestes efeitos. Alguma solução (dentro das viáveis) é melhor – considerando-se uma ordem legal que preza a solução pacífica dos conflitos - que a permanência do impasse agudo. Ademais, o parlamento ou a Administração podem adiar uma solução, não os tribunais, dada a proibição do *non liquet*.

Por exemplo, eventual impasse no âmbito do município, num certo momento, se aumenta os recursos destinados à educação básica ou à saúde⁴⁰. Quaisquer das opções, não havendo razão conclusiva a favor de uma, será passível de escolha *racional*. Pois, o impasse desta espécie abre uma nova ponderação entre alguma ou nenhuma escolha. De qualquer modo, o caso agudo – mesmo dentro das Cortes e com mais razão ainda no no dia-a-dia - , não fornece suporte para acusação de irracionalidade, quando um sentido da ação é escolhido. Quem adota tal ponto de vista atribui racionalidade **apenas** a casos em que as forças se desequilibram num sentido, e, conseqüentemente, qualificaria de irracional a ação de escolher, na prateleira do supermercado, uma marca de sabão em pó, porque não tem razão conclusiva para preferir quaisquer das marcas disponíveis: “*This is obviously absurd. It is rationally alright to perform an action so long as the reasons for it are not defeated, for example, so long as the reasons against it are not more stringent*”⁴¹.

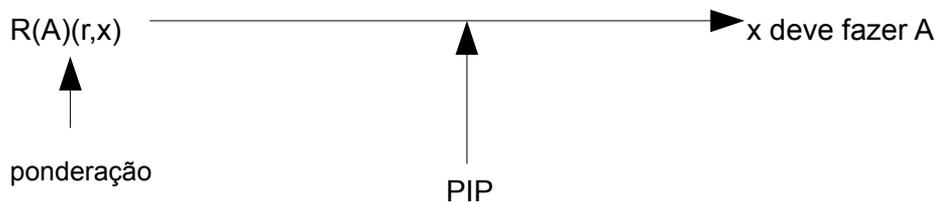
Os casos representados por $r > 0$ indicam a existência de uma razão conclusiva para realizar A. Dado o princípio de inferência prático (PIP) – “*se x tem razão conclusiva para fazer A, então x deve fazer A*”, ou, escrita em notação simbólica, $R(A)(r, x) \rightarrow x \text{ deve fazer } A$; a ação deve ser realizada por x. Não há aqui implicação causal muito menos determinismo. Se A ocorrer, x terá como justificar, apontando a razão conclusiva. De qualquer modo, a apuração de razão conclusiva para a ação não garante, nem determina, a sua efetiva realização. Algum elemento escapa ao jogo de justificação racional, investigado, por exemplo, no âmbito da discussão filosófica sobre akrasia.

O esquema para os argumentos de primeira ordem, paralelo ao esquema de

⁴⁰ Raz, Joseph. 2004. Incorporation by Law. Legal Theory, vol. 10, 1-17.

⁴¹ Idem, p. 5.

Toulmin, que será melhor visto no capítulo subsequente, será:



A distinção fundamental entre as duas classes de argumentos (argumentos de primeira ordem e argumentos de segunda ordem) está no *backing* (ver capítulo 2) que no primeiro caso é a ponderação de razões para o dado, i.e., fonte da razão conclusiva. Já nos argumentos de segunda ordem, o *backing* é a fonte da garantia.

Se x é o “legislador”, que discute projeto de lei, A uma nova regra resultante da ponderação de razões, a conclusão do argumento será “o legislador (x) deve aprovar a regra (fazer A)”. No exemplo do delito de roubo, na modalidade de ‘saidinha de banco’, a conclusão diz que o legislador deve aprovar a regra que proíbe o uso de celular

Após a ponderação de razões, que no legislativo corresponde à fase de discussão, o legislador considera haver razão conclusiva para “aprovar a regra que veda o uso do celular no interior do banco”. E, então, considerando o princípio de inferência prática, deve aprovar a regra que “veda o uso do celular no interior do banco”, o que não garante sua efetiva aprovação.

Dessa forma, constitui-se uma nova regra. O elemento de criação está na ponderação de razões, que não pode ser explicitado por regras. Não há regra para fazer regras, resultado de em última instância não haver uma régua ou balança capaz de medir o peso absoluto de cada valor moral, embora haja um rito que deva ser formalmente obedecido, mas isto, se pode restringir, não garante o conteúdo final da regra.

O esquema acima pode ser o mesmo em outras situações, além daquela da constituição de uma nova regra, por exemplo, em sede de decisão judicial ou administrativa, em deliberação monocrática ou colegiada, nos chamados casos difíceis.

A insubmissão da ponderação à regra, não retira, como dito antes, um grau de vinculação a certos parâmetros, definidos pelo campo de argumento, daquele legitimado à ponderação do caso. Antes de tudo, quando se trata de uma nova regra, cumpre observar o fim a que se destina, ou função que deva desempenhar, em vista de que na sua função básica, a regra disciplina condutas ou serve de fundamento para futuras decisões judiciais. O peso relativo das razões dependerá desses propósitos, e, ainda, de outros parâmetros fixados pela ordem jurídica e moral vigentes, plasmados em decisões, diplomas e eventos relevantes acontecidos anteriormente. Aqui tem relevância o **consequencialismo de regra**. Mas, em última instância, o peso relativo das razões depende daquilo que Wittgenstein chamou de *modo (ou forma) de vida*⁴².

Embora não haja previsibilidade do resultado quanto à razão conclusiva, sua apuração e explicitação fornecem transparência, favorecendo a avaliação crítica, na medida em que se expõem todas as razões tomadas em conta na ponderação ($\sum r^i = r$). Nesse caso, a sociedade pode saber exatamente o que ganha e o que perde, que valores são prestigiados e que valores são restringidos, quando os seus representantes políticos, os seus tribunais e os seus servidores entendem que, no caso, a razão conclusiva é r , porque assim pode exercer o controle político. Claro que se trata de uma condição necessária relevante, mas não suficiente, pois não basta para o efetivo controle.

Mesmo quando se resolve um caso difícil e o juiz não explicita as razões, pode se supor com base em interpretação teleológica quais razões subjazem à decisão proferida. Como ocorre também no parlamento, implicando o tema da interpretação de um dispositivo legal, algo complexo que demanda um estudo a parte não empreendido aqui.

Autores dedicados a teoria da argumentação tem sublinhado a importância

⁴² Wittgenstein, L. 1975. *Investigações Filosóficas*. Coleção Os Pensadores. Abril Cultural. São Paulo. Na 'Investigações Filosóficas' a expressão 'forma de vida' (ou 'modo de vida') aparece três vezes, nos aforismos 19, 23 e 241. No §23, por exemplo, diz "O termo 'jogo de linguagem' deve aqui salientar que o falar da linguagem é um parte da atividade ou de uma **forma de vida**"; e no §241 diz "... Correto e falso é o que os homens dizem; e na linguagem os homens estão de acordo. Não é um acordo sobre as opiniões, mas sobre um **modo de vida**". Admite-se a vagueza da expressão, pois embora tenha suscitado amplo debate na Filosofia, ainda se encontra em aberto o que exatamente significa e que importância tem na obra de Wittgenstein.

de o exercício de discricionariedade, quando admitido, não dispensar a exposição clara das razões ponderadas, por exemplo, na solução de caso difícil no âmbito do judiciário, e, quando não explicitadas as razões subjacentes à decisão, os teóricos do direito se ocupam de fazê-lo, representando o objeto de boa parte da produção da doutrina jurídica, o que favorece orientação e crítica do cidadão, mas sobretudo controle democrático dos outros operadores do direito. Neste sentido, vide, por exemplo, Eveline T. Feteris:

From a legal philosophical and legal theoretical perspective the reconstruction of the choices underlying the decision explains how the judge has used his discretionary space in the interpretation and application of legal rules. The importance of making explicit the underlying choices lies in the fact that in legal practice often large parts of the argumentation remain implicit and it is not clear which choices are underlying the decision.⁴³

O autor apresenta modelo de reconstrução argumentativa a fim de tornar explícitas as razões suprimidas em eventual decisão, tendo em foco a disputa entre interpretações rivais em caso concreto e difícil, caracterizado especificamente entre interpretação literal, que leva à solução indesejável no caso, e interpretação teleológica, ‘restauradora’ dos valores que, em tese, serviram à construção da regra legal, mas desvia-se do comando da regra resultante de interpretação literal do texto do dispositivo.

Soluções conflitantes, no contexto ponderativo, podem ser avaliadas no mérito mediante confronto com as razões subjacentes à eventuais regras pertinentes e ao campo do Direito em que o caso se situa. O sentido do confronto é o de acolher a solução mais alinhada com tais razões: objetivos (políticas), princípios e valores. Quando se trata de escolher entre duas interpretações rivais de um mesmo dispositivo legal, a escolha recai na solução mais compatível com aquelas razões subjacentes, *“this preference is based on the consideration that an application that is incompatible with the goal of the rule is less desirable than an application that is in accordance with this goal”*⁴⁴. A ideia básica é que uma ação (ou regra) que promove um objetivo, que prestigia um princípio, ou que robustece um valor deve *pro tanto* ser realizada, enquanto outro que elide um objetivo, que afronta um princípio, ou que apequena um valor deve *pro tanto* ser rejeitada.

⁴³ Feteris, E.T. 2008. “The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing...”. *Ratio Juris*. Vol. 21 No. 4 December 2008 (481–95)

⁴⁴ *Idem*, p. 484

Na abordagem aqui apresentada, a ponderação de razões apura validamente a razão conclusiva, quando todas as razões relevantes no caso são especificadas e contrapostas, resultando que a soma de todas as razões favoráveis a empreender uma ação (A) sobrepuja a soma das razões desfavoráveis a 'A' (ou favoráveis a \tilde{A}), ou seja, em notação simbólica, $r > 0$, onde r é a razão conclusiva. Em caso concreto, faz parte do ônus da fundamentação do órgão decisório (juiz ou administrador), traduzido na apresentação da devida justificação, apontar que razão tem mais peso que outra, por que um conjunto sobrepuja outro.

A partir daí chega-se a “regra” formulada a partir do caso, que teria a seguinte forma, “na circunstância C, o conjunto das razões favoráveis a A prevalecem sobre as razões desfavoráveis”, desde que considerado o princípio de que em circunstância C', que conta com os mesmos atributos de C, o mesmo resultado deverá ser alcançado. A regra legal não assume esta forma mais extensa, porém, uma mais compacta, “em C, x deve fazer A”, onde a referência às razões subjacentes é completamente elidida.

O sobrepujamento de um conjunto de razões sobre o outro tem por balizamento as consequências de cada um em termos do caso em tela, e também do confronto destas com todos os valores da ordem jurídica e moral que, de um modo ou de outro, sofrem algum tipo de prestígio ou desprestígio a partir da instituição da regra. Aquele conjunto que proporciona o melhor resultado é o que prevalecerá, devendo ser tomado como razão conclusiva.

Rawls no seu artigo “Dois Conceitos de Regra” argumenta que a justificação de uma prática, ou simplesmente de uma nova regra – *e é disso que se trata* – assenta-se em avaliação global dos **resultados futuros** que sua instituição, em tese, proporcionará; inversamente, a aplicação de uma regra funda-se apenas nos **eventos passados**. Assim, a instituição da regra admite defesa consequencialista, não assim cada instanciação sua: *“I am going to propose is that in this case one must distinguish between justifying a practice as a system of rules to be applied and enforced, and justifying a particular action which falls under these rules; **utilitarian arguments are appropriate with regard to questions about practices, while retributive arguments fit the application of particular rules to particular ca-***

ses⁷⁴⁵.

No exemplo dado, é necessário decidir entre um mundo em que a liberdade sofre alguma restrição, embora mais seguro, e um mundo onde não há essa restrição, porém, menos seguro. Em casos complexos, há um conjunto de razões de cada lado, representando valores, objetivos e políticas. E, provavelmente, não restará claro que conjunto deva prevalecer. No entanto, a ação resultante define o conjunto sobrepujante. Na esfera judicial ou legislativa, um princípio de transparência inclui a explicitação de todas as razões ponderáveis no caso.

Quando se trata de poder legislativo, sua própria natureza reivindica transparência, pois, o parlamento sendo idealmente aberto a qualquer do povo, permite a imediata publicidade não apenas das decisões, mas também dos debates no plenário, das audiências públicas e nas comissões, deixando claro, pouco a pouco, as razões que subjazem à formulação da regra.

Já no contencioso judicial ou administrativo, a Constituição Brasileira obriga a exposição dos fundamentos de toda decisão⁴⁶. Além disso, se se trata de decisão colegiada, a fase de discussão, que antecede a votação, serve ao confronto das posições, e, conseqüentemente, ao esclarecimento das razões subjacentes à decisão, que poderá se tornar um paradigma, sendo convertida em súmula, eventualmente com algum grau de vinculação. Enfim, sendo capaz de pautar novas decisões, a decisão efetivamente transforma-se em regra.

Em razão dessa propriedade é que deve-se afastar o consequencialismo de ato a favor de um consequencialismo de regra, na linha de Rawls⁴⁷, defendida também por MacCormick⁴⁸. Deve-se distinguir o resultado da decisão de suas conseqüências. A decisão tem como resultado a criação de nova “regra”. E, por conta disso, entre as conseqüências diretas está a de incentivar umas e desestimular outras condutas, mais do que isso está a de vedar comportamentos mas permitir outros, o que tem por conseqüência indireta a de fortalecer valores, mas, eventualmente, a de enfraquecer outros. A justificativa da decisão pode até alcançar o nível de ponderação entre as alterações no modo de vida que hipoteticamente a so-

⁴⁵ Rawls, John: Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 1 (Jan., 1955)

⁴⁶ CF/88, art. 93, inciso IX

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ MacCormick, Neil. 2006: *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Martins Fontes.

cidade deseja suportar. Uma justificação desse gênero chega à transparência necessária para que a avaliação crítica seja possível.

É preferível correr o risco do dissabor de se ver despojado de sua pecúnia sacada no Banco, mas manter a liberdade de usar um meio de comunicação móvel no interior da agência bancária, ou é preferível afastar tal risco, mesmo que parcialmente, mas se ver restringido em sua liberdade? Questões desse gênero firmam uma fronteira de discussão, onde o resultado indicará se, a partir da solução do **caso difícil** ou da instituição da nova regra, contar-se-á com mais segurança e menos liberdade, ou o contrário prevalecerá.

Como resta claro, em vista da posição assumida desde o início, não se trata aqui de definir como o juiz decide, ou como chega a decidir, nem mesmo como deva decidir, muito menos se almeja fornecer um método infalível para a descoberta da solução correta para um caso contencioso, judicial ou administrativo, afastando-se da crença de Dworkin na tese da única solução correta em cada lide. O contexto desta tese é o da justificação da decisão. E, para resumir, a decisão encontra justificação nas razões que alegadamente a suportam. Operando-se de duas formas: Quando possível, (1) aponta-se uma regra e os fatos que descrevem o caso. Mas, se isto não é possível, (2) aponta-se um conjunto de razões pertinentes e relevantes, que, sobrepuja outras razões igualmente pertinentes e relevantes no caso.

No segundo caso, a justificação ideal completa-se quando todas as razões independentes (razões *pro tanto*) são apresentadas, e dentro destas, aquela (ou conjunto) que prevalecendo sobre as outras apresenta-se como conclusiva (razão conclusiva ou '*all things considered*'), encerrando-se o processo com o princípio de inferência prática, que se instancia no caso assim: "Se o julgador tem razão conclusiva para decidir de um certo modo, então, deve decidir desse modo".

O núcleo da argumentação de primeira ordem jaz na apuração da razão conclusiva. Em situação judicial real o processo é reiterado muitas vezes, mesclando muitos argumentos de primeira ordem com muitos argumentos de segunda ordem. De um ponto de vista lógico, porém, isto pode ser devidamente separado para a devida análise crítica.

Por exemplo, antes de análise de mérito, o relator em caso real, enfrenta vá-

rias questões preliminares, de variada natureza: Incompetência do juízo, ilegitimidade de parte, prescrição ou decadência, suspeição ou impedimento de um julgador, nulidade por vício formal. E a própria análise de mérito poderá incidir no enfrentamento de controvérsias de diferentes espécies, desde uma mera “*questão de fato*” caracterizada pelo conflito no estabelecimento de alguma proposição, que poderá contar com auxílio de perícia técnica para sua solução, até “*questões de direito*” relacionadas com existência, pertinência, interpretação, vigência e amplitude do domínio de incidência de uma norma. Cada questão citada poderá ter solução independente individualizada mediante um complexo de argumentos de primeira e segunda ordem.

A argumentação jurídica expendida em caso concreto é análoga a um corpo com vários órgãos, cada um com uma função propriamente relacionada à solução de uma específica controvérsia, cada órgão composto de tecidos, e estes de células. A célula corresponde a um argumento simples, isto é, indivisível, que será identificado, aí sim, como sendo de primeira ordem ou de segunda ordem.

Nos casos difíceis onde, por exemplo, a regra que define a solução é rejeitada, porque considerado inadequado o resultado, o vazio deixado será preenchido pela ponderação de razões. Não se trata aí de discricção absoluta, mas, *reconhece-se*, de uma margem de discricionariedade, própria dos argumentos ponderativos. Dworkin em 'Hard Cases'⁴⁹ caracteriza um '*caso difícil*' como aquele em que nenhuma regra estabelecida define solução em qualquer direção. Em artigo anterior ('*Judicial Discretion*')⁵⁰, apresentou o conceito em maior extensão abrangendo os seguintes casos, todos discrepantes dos chamados 'textbook cases': (1) casos em que a Corte pressionada ignora a regra e a substitui por outra; (2) casos extremos de ambigüidade, gerando dúvida insanável quanto a sua aplicabilidade; (3) casos de conflito positivos em que duas regras ('textbook rules') são aplicáveis e a Corte deve escolher entre elas; (4) casos de 'gap', onde uma nova regra é criada; (5) casos de vagueza, onde termos críticos são utilizados tais como 'razoável', 'ordinário', significativo, etc. Schauer⁵¹ sintetiza em três classes os chamados

⁴⁹ Dworkin, Ronald. **Hard Cases**. Harvard Law Review. Volume 88, abril, 1975, nº 6.

⁵⁰ Dworkin, Ronald. **Judicial Discretion**. The Journal of Philosophy, Vol. 60, 1963, nº 21

⁵¹ Schauer, F. and Spellman, B. 2012: Reasoning Legal. Fred Schauer. K. J. Holyoak & R. G. Morrison (Eds.), The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning (2nd ed.). New York:

“hard cases”: (A) a dos casos onde a linguagem da regra aplicável não é clara; (B) a dos casos onde *não é claro* qual regra é aplicável; (C) a dos casos onde a regra aplicável produz resultado considerado pelo aplicador 'errado'; mantendo certa correspondência com os casos listados por Dworkin (1-C, 2&5-A, 3&4-B).

No artigo '*Judicial Discretion*', Dworkin apresenta argumentos a favor da tese de que o juiz deva **descobrir** o direito, não **inventá-lo**, entendendo que sempre haverá solução 'correta' dentro do Direito para qualquer caso difícil.

Dworkin argumenta que a 'Visão do Leigo', que atribui aos juizes a tarefa – *ao resolver um caso legal* – de descobrir o direito – *mediante aplicação de um standard* -, e não de inventá-lo, encontra-se mais próxima da verdade que a visão dos profissionais do Direito, que entende ser o exercício da discricção judicial⁵² atributo próprio do processo legal, justamente em razão da existência dos chamados casos difíceis. Segundo o autor, os partidários da existência de um espaço discricionário argumentam que os casos difíceis devam ser resolvidos mediante apelo ao propósito (solução *deus ex machina*) da regra, ou apelo a meta regras – *que só adiam o problema*.

Não aceita a tese da *discricção* – mesmo limitada – porque defende que '**políticas**' e '**princípios**' são padrões normativos que vedam o espaço de escolha, embora funcionando diferentemente das regras. As regras aplicam-se a eventos previamente nelas descritos, não tendo uma dimensão de peso, e eventuais conflitos (entre regras) não podem ser resolvidos mediante ponderação. Mas os princípios (ou políticas) não especificam os eventos em que são aplicáveis, podendo ser invocados em qualquer situação⁵³, ostentando dimensão de peso, podem ser considerados no balanço de razões. Assim, “*Even here, if the decision in the case does indeed swing on the jurisprudential issue, some litigant will be entitled to have, and so the judge must attempt to reach, the "correct " result*”⁵⁴.

Segundo Raz⁵⁵, Dworkin defendeu a 'tese da solução correta' na primeira

Oxford University Press

⁵² Discricção no sentido de alcançar solução de controvérsia sem o uso de regras ou garantias (standards, na terminologia de Dworkin)

⁵³ Dworkin, Ronald. *Judicial Discretion*. The Journal of Philosophy, Vol. 60, No. 21, p. 636, 1963.

⁵⁴ Idem, ibidem,

⁵⁵ Raz, J. “Dworkin: A New Link in the Chain”, California Law Review, Vol. 74: 1103.

fase de seu trabalho, tendo a abandonado a partir justamente da obra 'Uma Questão de Princípio' (*A Matter of Principle*), cuja edição inaugural data de 1985. Como já referido, a tese era que toda questão jurídica, por mais controversa ou difícil, admite uma solução correta. Além disso, defende ser a função do julgador descobrir, e não criar, o direito, isto é, descobrir a “regra” particular e concreta regente do caso. Na verdade, houve mitigação, não abandono, da tese, como aliás esclarece o próprio Raz. Pois, embora reconheça Dworkin algum espaço para inovação legal no âmbito do julgamento, a partir da obra acima citada, mediante a noção defendida do direito como interpretação (“as Cortes são como autores de uma novela, que acrescentam novos capítulos de maneira a refletir seu entendimento da história até aquele ponto”⁵⁶), ainda mantém a crença na **única resposta correta** (“*embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa*”⁵⁷) e rejeição de espaço de discricionariedade.

Dworkin argumenta que a solução no caso difícil, de natureza cível, deve ser obtida por argumentos de princípio, não por argumentos de política. Argumentos de princípio visam estabelecer um direito (ou garantia) individual, mas argumentos de política destinam-se a estabelecer objetivos ou metas da coletividade. E, admitindo isso, argumentará que o caso difícil (de natureza civil) sempre tem uma solução correta dentro do sistema legal, pois acredita que o sistema fornece princípios para determinar a solução em cada caso, impedindo que termos vagos e imprecisos seja palco da discricionariedade do operador do Direito. Afirma ser um erro supor que o efeito de uma lei sobre o Direito como um todo “*é determinado exclusivamente pelo significado abstrato das palavras que usou, de modo que se as palavras são imprecisas, deve decorrer daí que o impacto da lei sobre o Direito deve, de alguma maneira, ser indeterminado*”⁵⁸.

A distinção que faz entre o *argumento de princípio* e o *argumento de política* é esclarecida mediante exemplos. A justificação para a concessão de subsídio para a indústria aeronáutica, com base no fortalecimento da defesa nacional, é um *argumento de política*. Por outro lado, a justificação do reconhecimento de um di-

⁵⁶ Idem, p. 1116.

⁵⁷ Dworkin, R. 2005: Uma Questão de Princípio. Martins Fontes. São Paulo. p.171.

⁵⁸ Dworkin, R. 2005: Uma Questão de Princípio. Martins Fontes. São Paulo. p.189.

reito para um grupo social minoritário, com base no princípio de igualdade, é um *argumento de princípio* (aprovação de cotas para negros na Universidade Pública, por exemplo).

Dworkin defende em “Hard Cases” a tese de que as decisões judiciais em **casos difíceis** devam ser, e são, sustentadas por **argumentos de princípios**, não argumentos de políticas, alega que as comuns objeções⁵⁹ contra a criação de uma nova regra por juízes em caso difícil prevalecem contra argumentos de política, mas não de princípios⁶⁰. A razão é que o juiz, livre das pressões das demandas da maioria política, cujos interesses pretende ver sempre protegidos pelo Direito, está em melhor posição, em relação ao legislador, para avaliar argumentos de princípios, que não se fundam em interesses da coletividade. Não ser eleito é, nesse caso, uma vantagem. Quanto à segunda objeção - *a criação de regra pelo juiz implica imposição de um dever retroativamente* -, Dworkin alega que⁶¹:

If it is obvious and uncontroversial that he has the right, the defendant is in no position to claim unfair surprise just because the right arose in some way other than by publication in a statute. If, on the other hand, the plaintiff's claim is doubtful, then the court must, to some extent, surprise one or another of the parties; and if the court decides that on balance the plaintiff's argument is stronger, then it will also decide that the plaintiff was, on balance, more justified in his expectations.

Aqui Dworkin não logra êxito em refutar a objeção, pois, mesmo que haja acerto na decisão judicial, no sentido de atender a expectativa “mais justa”, ainda assim, havendo a criação de uma nova regra, resultante da ponderação de razões, sejam de natureza moral ou de natureza política, concretamente quando da ocorrência dos fatos invocados no processo não havia o dever, que somente agora é imposto à parte.

O ponto mais crítico, no entanto, está no fato de que a distinção teria pouca influência nas argumentações práticas de natureza jurídica, pois sempre é possível invocar um princípio para justificar uma política. Por exemplo, no caso do subsí-

⁵⁹ Dworkin, Ronald. **Hard Cases**. Harvard Law Review. Volume 88, abril, 1975, número 6.. “*The first argues that a community should be governed by men and women who are elected by and responsible to the majority o legislador é eleito, o juiz não; The second argues that if a judge makes new law and applies it retroactively in the case before him, then the losing party will be punished, not because he violated some duty he had, but rather a new duty created after the event a regra gerada no tribunal retroage*”.

⁶⁰ Esta posição reflete mudança em vista do artigo anterior citado (Discretion Judicial), e, a nosso juízo, representa uma evolução.

⁶¹ Idem.

dio à indústria aeronáutica, pode-se alegar que a defesa nacional garante outros valores mais básicos tais como a cidadania, a liberdade, a soberania e a dignidade da pessoa humana.

O apelo a princípios não pode determinar a única solução correta de Dworkin porque novamente (tais princípios) utilizar-se-ão de novos termos vagos, proporcionando novos espaços de controvérsia face a textura aberta da linguagem, que, por sua vez ensejarão a que juízes, mesmo empenhados em fazer o seu melhor, façam as devidas escolhas a partir de diferentes valores morais e políticos, Neste sentido indaga Perry⁶² : “*How then shall one of the parties to a hard case have a right to a favorable decision from the court unless, for each such concept, there is one conception which is objectively correct?*”

Por outro lado, do ponto de vista deste trabalho, pouco importa se as razões são morais, políticas, religiosas ou representativas de interesses imediatos de grupos, mas se são razões de primeira ou de segunda ordem, porque assim a estrutura do argumento será completamente distinta. Enfim, interessa primariamente que as razões que justificam a decisão sejam expostas, e assim esta decisão – ou regra – se exponha à crítica.

A medida que se observe o pensamento de Dworkin a partir de uma perspectiva teórica argumentativa, pode-se admitir, que o autor encontra-se, no que se refere aos casos difíceis, dentro do **modelo natural**, na nomenclatura de Larry Alexander. Em outros termos, Dworkin visualiza o argumento jurídico constituído, nos casos difíceis, essencialmente de argumentos de primeira ordem, mas com a peculiaridade de acreditar haver uma correta ponderação das razões relevantes em cada caso. Se o caso difícil decorre do afastamento da regra em razão de um resultado inadequado, tratar-se-ia de enveredar pelas razões subjacentes (princípios, políticas, valores e objetivos da regra) para obter a solução correta mediante processo ponderativo.

Contudo, *Larry Alexander e Emily Sherwin* propõem⁶³ que o processo argumentativo legal segue dois e apenas dois modelos: o *modelo natural* e o *modelo de regras*. A proposta não se confunde com os dois modelos de argumentos jurí-

⁶² Perry, Thomas D. 1977. Contested Concepts and hard Cases. Ethics, Vol. 88, nº 1. p. 26.

⁶³Alexander, L. & Sherwin, E. - Demystifying Legal Reasoning, 2008, Cambridge University Press.

dicos mencionados e analisados aqui, que num caso corresponde aos argumentos de segunda ordem, onde uma regra determina o resultado de uma disputa, independentemente de qualquer ponderação de razões, noutro caso, a conclusão da ponderação de razões é o que determina a solução da controvérsia que acaso esteja em exame.

Vale examinar o assim chamado *modelo natural* de Sherwin e Alexander porque pode iluminar um pouco mais o procedimento ponderativo, objeto deste capítulo. Reconhecem os autores dois modelos de argumentação, no sistema de *common-law*⁶⁴, o **modelo natural** e o **modelo de regras**. O modelo natural admite, segundo pensam, duas formas de argumentação. E o modelo de regras, três formas de argumentação: as duas formas incorporadas no modelo natural, mais uma forma específica deste modelo. As duas formas comuns aos dois modelos são: (1) **método do equilíbrio reflexivo**, e (2) **método empírico**. A forma específica ao modelo de regras é o (3) **método dedutivo** a partir de regras sérias⁶⁵. Muito sucintamente, os dois primeiros métodos são descritos a seguir.

O método do equilíbrio reflexivo é o método moral de Rawls, conforme admitem os autores. Consiste, em síntese, de um *método de tentativa e erro*, aproximado do método científico, na versão popperiana, de conjecturas e refutações. Trata-se aqui, contudo, de submeter a testes, não hipóteses de natureza empírica, mas *hipóteses morais* gerais.

O método propõe resolver determinado caso mediante princípio moral tentativo. Na sequência, aplica-se o princípio a outros casos – *reais ou fictícios* – a fim de avaliar os resultados. Se a solução para um destes casos é insatisfatória, ou claramente equivocada, descortinam-se as seguintes hipóteses. Em primeiro lugar, admite-se a reformulação do princípio e da solução do caso paradigmático - aquele primeiro. Noutra hipótese, mantém-se a solução do caso paradigmático, mas retifica-se o princípio original proposto. Uma terceira hipótese, mantém princípio

⁶⁴Embora a discussão compreendida toma o direito como praticado no sistema anglo-americano, toda a reflexão e resultados aplicam-se quase imediatamente aos sistemas de raízes romanas, incluindo o brasileiro.

⁶⁵Idem, p. 64: “estas formas de argumentar não são próprias do direito, mas são comuns a todas as matérias de deliberação humana. De nosso ponto de vista, elas são os únicos instrumentos que os juízes necessitam para decidir os casos, e os únicos instrumentos que de fato eles usam”.

e solução originais, mas altera-se o julgamento do caso-teste. E assim, desse movimento de ascese ao princípio, e, depois, à inclinação descendente aos casos particulares, obtém-se uma compreensão superior dos valores morais em jogo, e de suas implicações no mundo jurídico.

O exemplo dado pelos autores refere-se ao caso em que moradores acionam o judiciário a fim de proibir, em zona residencial, a abertura de uma casa de reabilitação de condenados a cumprimento de pena⁶⁶ em regime semiaberto. Alegam o inconveniente do empreendimento em área residencial, pois causa interferência não razoável no uso de suas propriedades. Apontam como efeitos da abertura da casa o aumento do tráfego e possível influência negativa na formação das crianças, uma vez que atrairá pessoas de conduta duvidosa à região. O empreendedor, no entanto, alega que a casa será apenas para criminosos não violentos, apontando a relevância social do projeto, que possibilitará reintegração à sociedade daqueles indivíduos, que dela se desviaram, mas agora têm a oportunidade de reabilitação.

Admitindo não haver regulação jurídica prévia de qualquer espécie, ou esfera, pertinente ao caso, o juiz permite a abertura da casa, pois entende que o ônus suportado pelos moradores da vizinhança não seria tão grande. Além disso, o veto ao projeto impossibilitaria qualquer iniciativa de mesmo gênero, pois vizinhos de outras localidades sempre poderiam alegar as inconveniências levantadas para afastar a instalação da casa. O juiz formula **o princípio**, que sustenta a solução dada ao caso, do seguinte modo: *o uso da propriedade que não ponha em risco, de modo significativo, a segurança ou saúde dos vizinhos deve ser permitido*.

O princípio será submetido a testes, na segunda fase do método, por meio de repetida aplicação a outros casos similares. A análise independente de tais casos, **mediante ponderação de razões**, leva ao juiz concluir que devam ser **proibidos**: *um urso de estimação, um polígono de tiros de rifle, arena de paintball e um necrotério*. Contudo, conclui que deva ser **permitido** *instalar uma creche* e que seria razoável a *construção de uma usina para tratamento de esgoto*.

A aplicação do princípio, porém, *não confirma* os resultados em relação ao *paintball* e ao necrotério, pois são atividades que não ameaçam, de modo signifi-

⁶⁶Idem, p. 33.

cativo, saúde ou segurança dos moradores da vizinhança, e, assim, seriam permitidos. A aplicação do princípio, por outro lado, *confirma* os resultados dos demais casos.

Uma via prevista no método é a reformulação do princípio tentativo para colher os resultados moralmente corretos que restaram fora de seu alcance, significa dizer, ajustar seu domínio de aplicação. Poderia ser assim reformulado: *o uso da propriedade que não ponha em risco, de modo significativo, a segurança ou saúde dos vizinhos, e que forneça um serviço útil à comunidade deve ser permitido*. Resulta agora que a arena de *paintball* seria proibida, considerada esta atividade como não útil, mas não o necrotério. Este último caso continuaria desviante, o que pode viabilizar a rejeição de sua solução obtida via ponderação de razões, ou mesmo mais uma reformulação do princípio. E assim o método pode ser submetido indefinidamente a novos testes, proporcionando princípios cada vez mais elaborados e solução superior para o caso original.

O **método empírico** não se ocupa da formulação de um princípio moral aplicável a uma infinidade de casos, mas sim de formular uma hipótese de regra descritiva que melhor apreenda uma propriedade, atributo ou característica de um objeto, indivíduo ou uma classe de objetos ou indivíduos. O método consiste em colher dados, formular hipótese e testá-la, também aproximado do método de popperiano⁶⁷ de conjecturas e refutações. No exemplo da casa de reabilitação de condenados não violentos, justamente a hipótese poderia ser “*criminosos não violentos não ameaçam, de modo significativo, a segurança das pessoas*”, que poderia ser testada mediante estudos estatísticos, trabalhos específicos sociológicos, psicológicos, médicos e de especialistas em segurança pública.

No sistema de *common law*, o modelo de regras implica atribuir ao juiz função legislativa além da função judicante, que lhe é peculiar, pois as regras enunciadas em casos precedentes operam como **regras sérias**, no sentido de excluir ponderação de razões para decidir, em casos subseqüentes. Na verdade, a regra séria pode ser entendida aproximadamente como *regra na forma analisada por Raz*: razão para ação de primeira ordem, e razão excludente de segunda ordem, para o

⁶⁷ Popper, Karl. : **A Lógica da Pesquisa Científica**. Cultrix. 1985.

fim de excluir razões que operariam subjacentes na ausência da regra. Neste sentido, o método dedutivo de *Alexander & Sherwin* é a tradicional subsunção, i.e., dedução a partir de regras, devidamente interpretadas, dotadas de autoridade, onde cabe verificar a ocorrência de situação prevista na regra para, então, fazer valer as consequências nela previstas. Tal método, não admissível no modelo natural, tem papel relevante no modelo de regras.

Defendem os autores que não há argumentação peculiar ao Direito. Os argumentos invocáveis para justificar uma decisão judicial são os mesmos empregados em quaisquer outras atividades em que se faz necessário decidir ou justificar alegações. Tais argumentos são representáveis pelos métodos acima descritos. Desse ponto de vista, qualquer alegação de existência de formas argumentativas próprias do direito é falsa, sendo, na verdade, uma **máscara** que oculta os métodos empregáveis e, de fato, empregados nos diversos procedimentos judiciais, mistificando o raciocínio judicial. Qualifica-se dessa forma – como **máscara** - o chamado raciocínio analógico, que mais tarde será examinado.

Procedem, a nosso ver, as alegações de *Alexander & Sherwin* no tocante a existência, identificação e distinções anotadas em relação aos métodos básicos no raciocínio judicial. E, ainda, que tais métodos são comuns à argumentação em outros campos e atividades. Mais ainda, que há certa proeminência indevidamente dada ao raciocínio analógico na esfera jurídica.

Acrescentamos, contudo, que os métodos do equilíbrio reflexivo, empírico e dedutivo são adequadamente descritos como **cadeias de argumentos**, onde os elos assumem ou a forma ponderativa ou a forma autoritativa. Ademais defendemos que toda argumentação prática é uma composição de argumentos das duas formas básicas, e além disso ambas são irredutíveis.

De fato, *Alexander & Sherwin* não deixam patente o uso das formas básicas nos métodos citados. Por exemplo, quando descrevem o método do equilíbrio reflexivo utilizam a expressão “o julgador propõe uma **solução inicial**”⁶⁸. Exceto se se apela para intuições ou escolhas arbitrárias, deve haver um apoio argumentati-

⁶⁸ Idem, p. 32: “the reasoner makes an **initial judgement** about how a particular case should be resolved ...”

vo para esta solução inicial, que no caso será um argumento ponderativo. Nem adianta apelar para mera hipótese, pois neste caso não haverá como se depreender daí o princípio que deverá ser testado em casos reais ou imaginários subsequentes. Porém, a ponderação de razões fornece naturalmente o **princípio inicial** a ser aplicado nos casos testes, pois evidencia as razões subjacentes à solução e quais prevalecem, conforme visto.

Na segunda fase do método, é necessário firmar soluções independentes para os casos testes para confrontar com as soluções fornecidas pela aplicação do princípio “extraído” da primeira fase. Tais soluções também são obtidas, pensamos, mediante argumentos ponderativos, uma vez rejeitado o simples apelo às inescrutáveis intuições ou às revelações.

Por outro lado, se no início do procedimento se parte da **hipótese de um princípio**, e não da solução “intuída”, então, o uso da ponderação estará excluída, em compensação o problema será resolvido mediante a aplicação do suposto princípio. Não teria sentido algum diante do problema posto partir de um de **princípio hipotético** e não aplicá-lo na função de regra. Neste caso, na solução inicial do problema encontra-se um argumento de segunda ordem (onde o princípio inicial funciona como garantia), não mais de primeira. O problema é inicialmente resolvido em dois passos lógicos: a enunciação de um princípio geral e sua aplicação na sequência. Claro que o princípio hipotético então formulado é dotado de alguma força normativa capaz de por si só – em combinação com enunciados factuais – gerar uma conclusão para o caso. Se este não é o caso, então restaria o retorno a um argumento ponderativo onde o princípio formulado assumiria o mero papel de uma razão de primeira ordem.

Resta claro, portanto, a caracterização do método do equilíbrio reflexivo como uma cadeia, embora não linear, de argumentos. O mesmo ocorre quando se trata do assim chamado por *Alexander & Sherwin* de método empírico. Onde dados são colhidos para a formulação de uma hipótese, que aplicado sucessivamente a casos reais ou fictícios levam a hipóteses cada vez mais precisas, no sentido de que sua aplicação aos casos produz desvios cada vez menores em relação aos dados obtidos de modo independente.

Cabe ainda mais uma observação à teoria em exame, há uma distinção entre argumentos de princípios – *essencialmente morais* – e argumentos ponderativos de interesse, muito mais circunstanciais, que visam atingir um resultado, ou favorecer uma política. Como já visto, a distinção está presente em Dworkin, quando se refere a argumentos de princípios e argumentos de política. De um ponto de vista da estrutura dos argumentos inexistente distinção relevante, pois se trata de ponderar, ora entre valores morais, de algum modo contemplados na prática social, ora entre interesses definidos em certas circunstâncias do caso específico.

Além disso, no exemplo da casa de recuperação para criminosos não-violentos, a avaliação do risco aos moradores da vizinhança, a ser determinada pelo método empírico, dificilmente escaparia do uso de argumentos garantidos, no sentido de Toulmin, aqui argumentos de segunda ordem.

3 Argumentos de Segunda Ordem

3.1 - Introdução

Um caso resolvido a partir de argumento de primeira ordem pode ser encerrado simplesmente com uma estipulação ou escolha. Depois que a escolha é feita, pode-se retrospectivamente construir uma *máxima*⁶⁹ que permita passar dos fatos disponíveis ao resultado efetivamente obtido. Tal máxima passa a operar em novas situações como uma *garantia*, pois quem resolve um caso assume compromisso – que funciona *como uma promessa implícita* – de resolver casos semelhantes do mesmo modo. Schauer⁷⁰ nota que “*uma razão é quase sempre mais geral – de domínio mais amplo – que o resultado ou a decisão para a qual é uma razão*”; exemplifica com o caso de um sujeito que, indagado por que porta um guarda-chuva, **justifica** com a previsão de tempo chuvoso, pressupondo-se, então, que tome a mesma precaução no futuro, quando a previsão for de mesmo teor. Exemplifica ainda com o caso do médico que, prescrevendo *estatina* ao paciente, **justifica** sua prescrição com o exame que registra taxa alta de *colesterol*. O significado da prescrição médica “*é que existe uma razão (que pode às vezes ser sobrepujada por razões contrárias) para prescrever a droga estatina não exatamente neste caso de colesterol alto, mas em todos os casos similares de colesterol alto*”.

O argumento de segunda ordem pode ter sua origem (seu DNA), pela via da garantia (regra) construída, em argumentos de primeira ordem do passado. Os argumentos de primeira ordem, que não operam com regras mas com razões de primeira ordem, resultam necessariamente em constituição de uma nova regra, *lato sensu*. Quando há apenas uma razão em jogo, pela **transcendência**⁷¹ inerente ao

⁶⁹ Idem n. 9, p. 60. Raz distingue entre *regra* e *máxima*: a máxima é um instrumento tal que seu uso permite poupar trabalho e economizar tempo, mas que pode ser abandonada quando o resultado de sua aplicação alcança um resultado incompatível com aquele (considerado o melhor) que se obteria por meio do balanço de razões. A regra, enquanto razão excludente, não pode ser derrotada nesta hipótese. Diz que a máxima é como um mapa que simplifica a navegação, mas que se considera enquanto não ilude em relação ao lugar de destino, quando usada. Contudo, a máxima pode ser uma regra, se é usada mesmo em tais hipóteses. Como se vê no texto, penso que a máxima possa atuar como regra, embora em domínio limitado de situações específicas.

⁷⁰ Schauer, Frederick – *Thinking Like a Lawyer*. Harvard University Press. 2009. p. 176.

⁷¹ Idem, p. 177. Schauer diz: “*To provide a reason in a particular case is to transcend the very*

argumento de primeira ordem conducente à solução do caso, esta razão eleva-se a uma condição superior de máxima ou regra, atuando como verdadeira razão de segunda ordem. Quando há várias razões em conflito, assume a condição de máxima a proposição que engloba o valor ou princípio prestigiado na solução do caso ou, melhor dizendo, a razão conclusiva do processo de ponderação.

A máxima – *ou precedente ou regra* – funciona como invólucro que encapsula muitas razões em conflito; um *container*, um cofre de ferro, que guarda coisas no seu interior, mas mostra apenas a face externa, a embalagem, a solução do conflito. Raz afirma que “*usualmente cada regra é baseada em certo número de razões, e elas refletem um julgamento que aquelas razões derrotam, dentro do escopo da regra, várias, não necessariamente todas, razões conflitantes*”⁷². Dizer que a regra reflete um julgamento significa olhar o interior da regra e ver, não apenas as razões conflitantes que lá estão, mas também a resultante de um sistema de forças. O julgamento resulta em *norma específica e concreta* que resolve o caso, de um lado, mas, de outro lado, conduz pela via de seu fundamento à *norma geral e abstrata*, potencialmente aplicável a uma infinidade de casos.

Tanto no Direito de origem romana, quanto no Direito que se alinha com o sistema de *common law*, a sentença – *norma individual e concreta* – que resolve pela primeira vez um **caso difícil** cria, *em potencial*, um precedente capaz de **vincular**, no mínimo, o próprio órgão que proferiu a decisão. Há expectativas geradas nos indivíduos jurisdicionados por aquele sistema legal, de que outros casos, com as mesmas características relevantes, sejam decididos da mesma forma. Quando frustradas tais expectativas, surge um problema de segurança jurídica e um problema de coordenação das condutas dos indivíduos, que não podem ser satisfatoriamente resolvidos, porque inexistente estabilidade na aplicação do princípio prático que determina *para casos iguais, a mesma solução*.

Argumentos de segunda ordem são argumentos dotados de autoridade, no sentido de que uma garantia atua não apenas para autorizar e legitimar o passo dos fatos à conclusão, mas também para excluir razões concorrentes. Tais argumentos marcam a atividade jurídica, dentro do judiciário ou fora dele, e, em geral, a vida

particularity of that case”.

⁷² Raz, *idem* nota n.º. 2, p. 187.

dos cidadãos submetidos ao sistema legal correspondente. O uso amplamente difundido desta espécie de argumento torna o Direito um campo próprio para a reflexão sobre argumentação prática em geral.

Por exemplo, Schauer indaga se há uma **forma peculiar** de argumentar no Direito⁷³. Sua resposta é negativa. Aponta, porém, que embora os métodos utilizados no Direito sejam compartilhados por outros campos, há formas de *raciocínio* que são “*particularmente concentrados no sistema legal*”⁷⁴. Entre tais, têm proeminência argumentos a partir de regras – uma espécie de garantia –, dotadas de autoridade, i.e., argumentos de segunda ordem que, pode-se dizer a partir de Toulmin⁷⁵, estão presentes em todos os campos onde a atividade de argumentar se faça necessária.

Alexander & Sherwin endossam a tese de que não há peculiaridade na argumentação jurídica face a outros processos argumentativos, conforme antes mencionado.

Os argumentos de segunda ordem são - *defendemos* - argumentos construídos a partir de regras, autoritativos, porque neles atuam razões dotadas de autoridade, uma vez que são razões de segunda ordem excludentes, conforme o conceito introduzido por Raz.

Buscar-se-á demonstrar que a estrutura do argumento de segunda ordem é melhor descrito pelo *argumento garantido* de Toulmin, em preterição ao que se chama comumente de silogismo jurídico. De fato, na prática jurídica ordinária se supõe que o arrazoado de uma decisão assume a forma de um **silogismo**, onde figura, como **premissa maior**, uma proposição jurídica, i.e., **uma regra legal** aplicável ao caso concreto; e figura, como **premissa menor, uma situação de fato**, traduzida em linguagem por meio de proposições factuais. Contudo, Atienza (2003, 39) acentua que os casos judiciais mais simples podem oferecer mais complicações do que as sugeridas pelo **ideal silogístico**; que, na realidade, em qualquer problema jurídico se aplica um número elevado de normas, quando se faz a

⁷³ Schauer, F. – *Thinking Like a Lawyer*. Harvard University Press, 2009. p. 1 “But is there a form of reasoning legal that is distinctively legal reasoning? Is there something that can be thought of as thinking like a lawyer?”

⁷⁴ Idem, p. 7.

⁷⁵ Toulmin, S.E. *Os Usos do Argumento*. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

passagem da solução parcialmente indeterminada contida no Direito positivado para a solução plenamente determinada contida na sentença.

Sugere aplicar, como princípio metodológico, no plano da análise de argumentos jurídicos, a distinção entre *contexto da descoberta* e *contexto da justificação*. Restringindo a teoria de argumentação ao tratamento deste último, buscando-se, em geral, apenas avaliar se existem razões para aceitar ou refutar uma alegação, não se cogitando de como ocorreu sua “descoberta”.

Discrimina-se ainda (vide, por exemplo, Alexy, 2005) dentro do contexto da justificação, entre **justificação interna** (*exame da relação entre as premissas e a conclusão*) e **justificação externa** (*exame do valor de verdade de cada premissa*). A primeira pertence ao domínio da lógica clássica. Todavia, a busca pela justificação externa impõe especialização a fim de fixar padrões de fundamentação próprios de cada campo. Uma teoria de argumentação jurídica, ou geral, deve-se ocupar dos dois problemas, o interno e o externo.

As duas distinções serão aceitas neste capítulo, com a observação de que no Direito, e em todo o campo de argumentação prática, se faz necessária **uma referência à fonte de uma regra**, ou, de modo geral, na terminologia de Toulmin, uma **referência ao apoio de uma garantia**. Justamente a necessidade desta indicação no argumento prático é que o afasta da forma padronizada do silogismo, convertendo o silogismo jurídico em argumento jurídico.

Assim, a verdadeira dificuldade com o silogismo não diz respeito ao “elevado número de normas” que são invocadas na solução de qualquer problema judicial, como diz Atienza, mas que no silogismo não há lugar para a **fonte** que responde pelo suporte da regra. O primeiro é um problema eventual, mas o segundo é estrutural.

3.2 – O Modelo de Toulmin

A filosofia de Toulmin, no que diz respeito ao **argumento**, é inspirada na prática judiciária, em especial, no raciocínio jurídico, não sendo propriamente uma teoria da argumentação jurídica, mas reflexão geral sobre o argumento. O ponto de partida é o fato de a lógica não ser eficaz, segundo pensa, no exercício da

função crítica de argumentos práticos. Assim, formula o problema nestes termos: “(...) *Que ligações há entre os cânones e métodos que usamos quando, na vida do dia-a-dia, avaliamos, de fato, a solidez, a força e o caráter conclusivo de argumentos?*”⁷⁶. Entende que a Lógica afastou-se da análise dos argumentos práticos na medida que se aproximou da matemática. Propõe, então, a questão de “... *saber até que ponto a lógica pode esperar ser uma ciência formal e, ainda assim, conservar a possibilidade de ser aplicada na avaliação crítica de argumentos que efetivamente usamos ou que podem ser usados por nós*”⁷⁷. Dado como pressuposto de que a avaliação crítica de argumentos traduz, ao menos parcialmente, o que comumente se chama de racionalidade, ganha importância para a filosofia o projeto de Toulmin: reaproximar a Lógica da argumentação cotidiana, inspirado na atividade jurídica, com vista à razão prática geral.

Argumentos identificados por elementos comuns constituem um **campo de argumentos**. Toulmin explica que os argumentos A e B pertencem ao mesmo **campo** quando a razão (no sentido de fundamento) do argumento A é do mesmo tipo lógico da razão do argumento B e a pretensão (no sentido de conclusão) do argumento A é do mesmo tipo lógico da pretensão do argumento B.

Por exemplo, os argumentos da Física pertencem a um campo, os da matemática a outro, os vinculados à apreciação estética a outro, os relativos à moral a outro, argumentos do dia-a-dia a outro e, assim, por diante⁷⁸. A partir desta noção – muito imprecisa, reconhece-se –, o problema posto por Toulmin consiste em examinar a existência de parâmetros comuns dos argumentos em qualquer **campo**, em contraposição àqueles que são específicos, denominados intercampos e intracampos, respectivamente.

Toulmin justifica a introdução da noção (de campo de argumentos) por meio da análise do uso de termos modais em diferentes situações. Por exemplo, os termos modais - “*possível*”, “*provável*”, e outros derivados, ou semelhantes - apresentam critérios ou **regras de uso**, que variam com o contexto, embora apresentem elementos constantes. O exame do uso da construção verbal “*não pode*” ser-

⁷⁶ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 2

⁷⁷ Idem, *ibidem*.

⁷⁸ Cf. com Chateaubriand, 2001, cap. 24 “*Justifications must have a structure, simple or complex, that will vary depending on the specific area of knowledge. (...)It will depend on how the overall structure is set up, and on what are its aims.*”

ve a Toulmin como paradigma à análise das variações que sofre um argumento de um campo para outro.

Toulmin nota que, embora a expressão ("não pode") seja usada em situações distintas, não há correspondência perfeita entre **uso** e **significado**, pois, se alguma coisa na expressão varia com o uso, outra permanece constante. Alguns exemplos do próprio Toulmin esclarece o ponto: 1 - Você **não pode** sozinho levantar uma tonelada; 2 - Você **não pode** juntar dez mil pessoas no *hall* da prefeitura; 3 - Você **não pode** chamar sua irmã de 'ele'; 4 - Você **não pode** fumar na cabine de não-fumantes; 5 - Você **não pode** mentir para sua esposa; 6 - Você **não pode** obrigar o pai do réu a testemunhar contra o filho; 7 - Você **não pode** construir um heptágono regular; 8 - Você **não pode** encontrar um número racional igual à raiz quadrada de dois.

Os exemplos evidenciam que o elemento variável em cada caso é *a regra que autoriza a asserção* e o elemento invariante, a *força da expressão*. Em outras palavras, a regra subjacente e implícita, que autoriza a asserção, é *campo-dependente*, enquanto a força com que se enuncia a asserção é *campo-invariante*. Assim, *de um lado*, existe o caráter **campo-dependente das regras**: Há regras físicas que sustentam a asserção no primeiro e segundo exemplos. No terceiro, o critério subjacente finca raízes na linguagem ordinária, pois, não faz sentido substituir o termo 'irmã' pelo pronome pessoal 'ele'; os termos não são gramaticalmente intercambiáveis. Fundamenta a proposição do quarto exemplo, regra jurídica traduzida em vedação imposta pelas normas que regem aquele meio de transporte. Princípio moral subjaz à proposição conclusiva contida no quinto exemplo. No sexto exemplo a conclusão tem suporte em regra processual de Direito. Finalmente, os dois últimos exemplos demonstram impossibilidades em face de axiomas da matemática. *De outro lado*, o caráter **campo invariante da força**, no sentido de que os termos modais têm, em qualquer dos exemplos, força de uma recomendação para desconsiderar o caminho proposto; de excluí-lo das hipóteses concorrentes na solução do problema que se analisa, sob pena de alguma consequência desagradável, tais como, desapontamento, frustração, incompreensão, sanções ou contradições.

O significado do termo modal "não pode" tem, assim, como elemento cons-

titutivo, além da **regra**, a **força**: “Por ‘força’ de um termo modal entendo *as implicações práticas de usar um determinado termo*; a força do termo ‘não pode’ inclui, por exemplo, a injunção geral implícita de que se tem de **excluir uma coisa-ou-outra, deste-ou-daquela-modo, e por-tal-razão**”⁷⁹(gn).

A **regra** diz respeito às razões, aos critérios e aos **padrões autorizativos de uso** do termo modal, variando de campo para campo, se apresentando com fisionomia distinta em cada caso:

Dizemos, por exemplo, que alguma coisa é física, matemática ou fisiologicamente impossível, que não está de acordo com as regras terminológicas ou linguísticas ou, então, que é imprópria, em termos morais ou judiciais: **esta ‘coisa’, portanto, deve ser excluída**, por uma daquelas razões ou por outra⁸⁰.

É sintomático o uso do termo 'excluir' e seus derivados, e ainda de termos semanticamente equivalentes, na caracterização da regra por Toulmin, o que pode ser tomado como um embrião do conceito mais elaborado proposto por Raz de razão excludente, discutido no terceiro capítulo.

A distinção – entre força e regra - demonstrada tem conexão direta com o argumento, pois cada asserção, em que aparece a expressão modal, pode ser tomada como conclusão de um argumento adequadamente construído. O primeiro exemplo quando desdobrado ilustra o ponto. Se uma caixa grande cai de um caminhão, e o seu motorista franzino desce para pegá-la, sendo advertido “*você não pode erguê-la sozinho, vamos pedir ajuda*”, e, ainda assim, ele, recusando a ajuda, ergue a peça com destreza e a recoloca no caminhão. A asserção “*você não pode erguê-la sozinho*” contém como *suporte implícito* uma avaliação da condição física do motorista, que afinal demonstrou ser equivocada. Há, no exemplo, um embrião de argumento, onde o *dado* é o porte físico do motorista e a conclusão é a incapacidade para a tarefa, que poderia ser desdobrado como: “*Dado o seu porte físico e o peso desta caixa, você não pode erguê-la sozinho - nem adianta tentar.*” A refutação da proposição conclusiva do argumento que se seguiu, não elide a existência do argumento entimemático, isto é, de uma asserção que embora fundamentada possui premissas implícitas. Em mais um exemplo de Toulmin, no manuscrito de um novo romance de um amigo; notamos que a personagem é identificada como

⁷⁹ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 43.

⁸⁰ Idem, ibidem.

irmã de alguém, mas o autor refere-se à mesma personagem como "ele". Há aqui incongruência semântica a que se adverte por meio da asserção: "*você não pode ter uma irmã do sexo masculino*". O argumento embrionário seria: "*dados os sentidos usuais dos termos 'irmã' e 'ele', você não pode se referir a uma irmã como ele*"⁸¹.

Em cada caso revelam-se **critérios distintos** apoiando conclusões distintas, mas com a **mesma força**, revelada pelo **uso da mesma expressão modal**. Isto, porém, não é suficiente para definir uma estrutura de argumento.

Toulmin, conforme já observado, busca por uma teoria do argumento mais adequada à análise de inferências práticas do que forneceria a lógica formal, levando-o a pensar as estruturas dos argumentos utilizados no Direito:

Se tivermos de expor nossos argumentos com completa imparcialidade lógica e compreender adequadamente a natureza 'do processo lógico', teremos, com certeza, de empregar um padrão de argumentos tão sofisticado, no mínimo, quanto é necessário em Direito⁸².

Na vida ordinária, o argumento cumpre a função de justificar **conclusões**. E este elemento, não nesta condição ainda, mas como mera alegação, é o início da estrutura do modelo de Toulmin. Ao se fazer uma asserção assume-se compromisso com a alegação nela envolvida, traduzido como **ônus da justificação**, sendo necessário aduzir fatos, mostrar o seu suporte, sob pena de vê-la cair em descrédito. A disputa emergente com a alegação impugnada, semelhante ao processo judicial contencioso, pode continuar mais e mais, cada vez que o próximo dado de apoio é afrontado.

Dentre os elementos constituintes do argumento, **a alegação/conclusão** é a asserção que carrega a pretensão de resolver o conflito ou problema, expresso ou implícito, aparente ou real. Já **os dados** são (proposições sobre) fatos cuja função é fornecer suporte à conclusão. A questão de como os dados proveem apoio à alegação inicial é resolvida por meio de uma **regra**, ou seja, de uma **garantia**, na terminologia de Toulmin. Assim, este será o terceiro elemento constitutivo da estrutura do argumento.

A *garantia* é uma proposição geral. O termo permite distinguir sua função

⁸¹ Idem, *ibidem*.

⁸² Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 139.

da função executada por *atos*, traduzida em apoiar por meio de algum registro uma alegação/conclusão,⁸³. A função da garantia, além de logicamente distinta da função atribuída aos dados, difere da função vinculada à própria alegação. A garantia cumpre o papel da regra que autoriza a passagem do fato à alegação. Na metáfora de Ryle é a ferrovia que permite o passageiro viajar de uma estação à outra, sendo estas o dado e a conclusão⁸⁴. De outro modo: O abismo entre dados e conclusão é vencido por meio da ponte que garante a viagem e tem a natureza de um critério ou regra.

A garantia visa precisamente responder, não à pergunta “o que você tinha para seguir em frente?”, mas, sim, de “como você chegou até aí?”⁸⁵. Corresponde assim, de modo geral, a um padrão prático ou cânion dentro de um campo de argumentos. Especificamente, no Direito, conforme já anotado, corresponde basicamente a regras, mas eventualmente a precedentes, ou a jurisprudência. De um ponto de vista sintático, a garantia é uma afirmação geral de caráter hipotético, representado pela fórmula “se D, então C”, podendo ser expandida na sentença “Dados do tipo D nos autorizam alegar (ou concluir) C”, ou na fórmula “Dados (os dados) D, pode-se assumir que C”⁸⁶.

A racionalidade na solução de disputa pressupõe a capacidade de produzir garantias que permitam a construção e avaliação crítica de argumentos neste campo, uma vez que a argumentação tem por esteio a presença de dados, mas, sobretudo regras, de modo geral, garantias, que, operando sobre os dados, tornam justificado o caminho dos dados à alegação. A rejeição liminar de toda e qualquer garantia limita a disputa em certo campo do pensamento à solução mediante argumentos de primeira ordem, tendo que evitar ainda que o princípio de transcendência opere seus efeitos.

Predição *absoluta*, por exemplo, é presa fácil do ceticismo porque para o cé-

⁸³ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 141: “Supondo-se que encontremos esse novo desafio, não temos de apresentar dados adicionais – uma vez que, sobre eles, também se podem imediatamente levantar as mesmas dúvidas. Temos, sim, de apresentar proposições de um tipo bem diferente: regras, princípios, licenças de inferência ou o que se quisermos, desde que não sejam novos itens de informação”.

⁸⁴ Wittgenstein também utiliza-se da metáfora (IF, §§ 218 e 222) diz, por exemplo, “...Ora, em lugar de regras, poderíamos imaginar trilhos. E à aplicação ilimitada da regra correspondem trilhos infinitamente longos” (§§218).

⁸⁵ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 140.

⁸⁶ Idem, p. 141.

tico não se pode estabelecer qualquer garantia *definitiva* de dados do passado para eventos futuros. E se a pretensão é de definitividade, então, nenhum argumento com garantias preditivas, pode, de fato, ser produzido, mas a pretensão pode ser mais fraca. A garantia, não sendo absoluta, pode sofrer exceções e pode legitimar conclusões com variados graus de força.

As garantias do modelo Toulmin são dependentes do campo e, mesmo dentro de certo campo, fornecem suporte de variados graus de força à conclusão. Dependendo da garantia, a conclusão tanto pode ser afirmada “*necessariamente*”, “*provisoriamente*”, ou “*presumivelmente*”. Poderá ser afirmada *categoricamente*, ou admitir *qualificações* e *exceções*. A consideração séria desta constatação obriga a tornar mais complexa a estrutura apresentada com *dados, garantia e conclusão*.

A complexidade necessária é alcançada introduzindo-se (1) **qualificadores modais** (Q) – *a fim de capturar o grau de força conferida pela garantia à relação entre dados e conclusão* – e (2) **limitadores** (R) – *a fim de expressar as exceções, onde não há garantia para aquela relação*. Estes constituintes desempenham **funções distintas** dos anteriores, **dados** (D), **garantia** (W) e alegação/conclusão (C), e, por esta razão, são representados, de forma independente, na figuração esquemática de um argumento padrão na forma proposta por Toulmin. Enquanto, a garantia (W) promove a **legitimidade** do passo do dado (D) à conclusão (C), por sua vez, Q e R **temperam** a relação entre W e aquele passo. “*Os qualificadores (Q) indicam a força conferida pela garantia a esse passo, e as condições de refutação (R) indicam circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia*”⁸⁷.

A proposição, na forma de uma **regra jurídica** (“*quem auferiu renda superior a 23,5 mil reais, no ano anterior, está obrigado a declarar*”) que garante a **alegação** (C) “*Ana deverá, este ano, entregar a sua declaração de imposto de renda*” pode sofrer a restrição na forma de exceção (“*salvo se toda a renda provém de rendimento de caráter indenizatório não tributável*”). Quando se afirma: “**presumivelmente** Pedro é cristão”, pois, “Pedro é Brasileiro” e “em geral, um brasileiro é cristão”, o qualificador na alegação apenas repercute a força da pró-

⁸⁷Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 145.

pria garantia na função de fornecer legitimidade no passo dado.

A função da garantia e as condições de sua aplicabilidade conectam-se com os dados (D), a conclusão (C), a qualificação modal (Q) da conclusão e as exceções e refutação desta (R). Em certos casos, no entanto, pode ocorrer o questionamento da própria garantia, que deverá ela mesma ser fundamentada. Neste caso, Toulmin insere um termo na estrutura proposta para o fim específico dessa função, a de **fornecer apoio à garantia**, conforme argumenta: “(...) *por trás de nossas garantias normalmente haverá outros avais, sem os quais nem as próprias garantias teriam autoridade ou vigência. Estes avais podem ser tomados como o apoio (B) das garantias (...)*”⁸⁸.

Caracteriza este elemento a variação acentuada na forma que experimenta quando se transporta de um campo para outro. De fato, o **apoio** (*backing*) usado em determinado campo para dar legitimidade e autoridade à garantia pode ser de espécie completamente distinta da espécie de outro campo, podendo assumir a forma de uma **taxionomia**, um **texto de lei** ou um **resultado estatístico**, como nestes exemplos do próprio Toulmin: “Uma baleia será (*classifica-se como*) um mamífero”, “um bermudense será (*aos olhos da lei*) um britânico”.

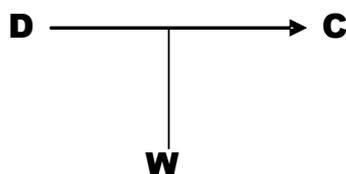
Destaque-se que no argumento jurídico, a garantia, quase sempre, uma regra jurídica terá como apoio o dispositivo figurado em textos legais, principalmente em sistemas onde o grau de positividade do Direito é elevado como no caso brasileiro. A asserção “*Ana deverá, este ano, entregar a sua declaração de imposto de renda*”, se desafiada, poderá ser sustentada por meio de um dado tal como “*Ana auferiu, no exercício anterior, renda anual de 30 mil reais*”. Não resta claro por que a obrigação de entregar a declaração apoia-se na informação do valor da renda. O sentido de apontar este dado elucida-se apenas quando enuncia-se a regra. Isto é, do dado à conclusão, há um passo que explicitado assume a forma de uma imposição legal: “*um contribuinte que auferiu renda superior a 23,5 mil reais, no ano anterior, está obrigado a declarar*”. Esta proposição, na forma de uma regra jurídica, é a *garantia* que autoriza a passagem do dado à conclusão.

O exemplo seguinte de natureza distinta exhibe o mesmo ponto. A conclusão de um geólogo, que afirma ter havido, no passado remoto, rios em Marte (C),

⁸⁸ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 148.

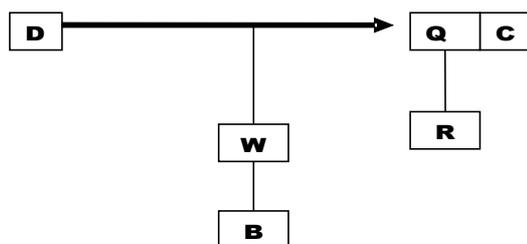
apoiar-se na descoberta de seixos polidos na superfície de Marte (*D*). Não resta clara a transição. Se este passo é exigido, o geólogo deverá exibir a regra, que será algo da forma: “*um seixo naturalmente polido apresenta esta característica apenas quando submetido à ação de águas correntes*”. Neste caso, a garantia assume a forma de proposição científica.

No argumento padrão mínimo consistente dos três elementos (**dado (D)**, **conclusão (C)** e **garantia (W)**), dado mais garantia constituem o fundamento da conclusão. Qualquer objeto materializado em linguagem, que ainda pode ser chamado de argumento, apresenta – às vezes *parcialmente implícita* - esta arquitetura mínima, que tem a forma:



Nos argumentos produzidos na vida diária, a garantia muitas vezes está implícita, não obstante sua função superior de justificar o passo envolvido. Destaca Toulmin que a distinção, que na ciência jurídica é representada como oposição entre **questões de fato** *versus* **questões de direito**, ocorre como caso particular daquela concebida por **dados** *versus* **garantia**. Pois, os dados quase sempre são específicos e concretos, mas as garantias são gerais, “*certificando a solidez de todos os argumentos do tipo apropriado, e, portanto, têm de ser estabelecidas de modo muito diferente dos fatos que apresentamos como dados*”⁸⁹.

Quando se insere termos que representam o apoio (*B*), o qualificador modal (*Q*), e as exceções e condições de aplicação da garantia (*R*), o modelo de Toulmin se completa, adquirindo a seguinte configuração espacial:



⁸⁹Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 143.

3.3 – Distinções e Comentários

O confronto do layout da estrutura do argumento de segunda ordem na forma proposta por Toulmin com a estrutura do silogismo clássico oferece oportunidade de esclarecer as vantagens do primeiro em relação ao segundo.

O silogismo clássico sofre de ambiguidades porque não **distingue entre garantia e apoio** (W e B): “*Pode-se comparar esta complexidade interna à que observamos no caso das conclusões modalmente qualificadas; aqui, como lá, teremos de desembaraçar duas coisas diferentes - a força das premissas universais, quando consideradas como **garantias, e o apoio de que dependem para sua autoridade***”⁹⁰ (gn).

A proposição “*quase todo habitante do Estado do Rio de Janeiro vive em área urbana*” pode funcionar como elemento de um argumento na função de garantia (W) na forma convertida para “*um habitante do RJ, pode-se assumir, reside em zona urbana*”, ou pode ser traduzida como apoio (B): “*a proporção dos habitantes do RJ que residem em área urbana é de 96%, segundo o IBGE*”, funcionando como simples relatório estatístico.

No próprio silogismo, a premissa universal “*Todo brasileiro é cristão*”, assume ora sentido de regra “*pode-se assumir com certeza que um brasileiro é cristão*”, ora o de fundamento factual “*a proporção de brasileiros cristãos é de 100%*”.

A forma lógica “*nenhum A é B*” contém a mesma ambiguidade, que desaparece quando se desdobra premissa universal em garantia e apoio: “*a proporção de A que é B é zero*” (**apoio**); e, por outro lado, em “*pode-se assumir com certeza que um A não é B*” (**garantia**). E os argumentos correspondentes constituir-se-iam primeiro na fórmula D; B → C: “*X é A; a proporção de X que é, simultaneamente, A e B é zero; logo, com certeza, X não é B*”; e depois na fórmula D; W → C: “*X é A; pode-se assumir que um X, que é A, não é B; logo, X não é B*”.

A primeira vantagem observada no modelo proposto frente ao silogismo clássico é, assim, a de remover a ambiguidade entre garantia e apoio e, segunda vantagem, expor transparentemente as razões que permitem sustentar certa alega-

⁹⁰Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 155.

ção, possibilitando a sua aceitação ou refutação crítica.

Toulmin entende que as fórmulas corriqueiras “todos os A são B” ou “nenhum A é B” são “*enganosamente simples (...). É possível que haja alguma economia prática neste hábito e que nos pareça obviamente interessante; (...) este hábito de ‘resumir’ torna insuficientemente ‘neutra’ (ou ‘imparcial’) a estrutura efetiva de nossos argumentos*”⁹¹. O problema maior diz respeito a **ausência da fonte de autoridade da garantia**, como resta claro quando se trata de argumentos práticos de natureza legal.

O silogismo jurídico na forma (D; $W \rightarrow C$), por exemplo, “*Ana auferiu, no exercício anterior, renda anual de 30 mil reais*”; “*os que auferiram renda superior a 23,5 mil reais, no ano anterior, estão obrigados a declarar*”; “*Ana deverá, este ano, entregar a sua declaração de imposto de renda*”, não expõe o suporte da garantia. De fato, a garantia desse argumento (formalmente válido) **apoiar-se em atos jurídicos postos por autoridades legitimadas**, tais como, leis, decretos e instruções normativas, que se incorporados à estrutura do argumento elidiria a sua validade formal. Regra geral, a menção do apoio da garantia - seja em forma de relatórios estatísticos, dispositivos legais, resultados de experimentos ou referências a sistemas taxionômicos - destrói a evidência da validade formal do argumento. Salvo os analíticos, os argumentos da forma (D; $B \rightarrow C$) não são formalmente válidos.

O **argumento analítico** pode ser formulado como aquele em que a proposição **B (o apoio) refere-se à verificação completa de cada situação abrangida pela garantia W**. O exemplo de Toulmin é: “*Anne é uma das irmãs de Jack; todas as irmãs de Jack têm cabelos ruivos; logo, Anne tem cabelo ruivo*; que admite a tradução nas formas”: (D; $B \rightarrow C$) “*Anne é uma das irmãs de Jack; cada uma das irmãs de Jack tem (conferiu-se uma a uma e confirmou-se) cabelo ruivo; logo, Anne tem cabelo ruivo*”; e (D; $W \rightarrow C$), com a garantia no lugar do apoio, “*Anne é uma das irmãs de Jack; qualquer irmã de Jack terá (pode-se presumir que tenha) cabelo ruivo; logo, Anne tem cabelo ruivo*”. O caráter analítico do argumento está no fato de que a conferência individual da cor do cabelo de cada irmã de Jack torna **a conclusão apenas uma reafirmação da informação conti-**

⁹¹Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 160.

da no apoio, de tal modo que o argumento ($D; B \rightarrow C$) também assume forma logicamente válida.

Muito diferente do que ocorre no domínio da matemática e da lógica, os argumentos práticos relevantes raramente são analíticos:

Nós fazemos alegações sobre o futuro, e as apoiamos em referências à nossa experiência de como as coisas aconteceram no passado; fazemos asserções sobre os sentimentos de um homem, ou sobre seu estado legal, e as apoiamos com referências às suas declarações e gestos, ou a seu local de nascimento e às leis sobre nacionalidade; nós adotamos posições morais, fazemos juízos estéticos e declaramos apoio a teorias científicas ou causas políticas, apresentando em cada caso, como base para nossas conclusões, afirmações de tipos lógicos bem diferentes da própria conclusão.⁹²

Se a verificação completa de “B” não acarretar a verificação de “C”, seja para confirmá-la ou negá-la, *i.e.*, quando nada diz do valor de verdade de “C”, o argumento é chamado de **substantivo** ou substancial. No exemplo anterior, a defesa da conclusão sobre a cor do cabelo de Anne na forma de um argumento analítico, só é possível com a visualização simultânea da cor do cabelo de cada irmã e dela mesma, o que torna o argumento ocioso, desnecessário, inútil.

Toulmin ressalta que um argumento analítico não terá, *a fortiori*, uma conclusão necessária; nem há correspondência perfeita entre argumentos substanciais e argumentos com conclusões prováveis. Argumentos *substantivos* podem sustentar conclusões necessárias. A situação, própria da Física, de regras universais (garantias) aplicadas a caso concreto, por meio de cálculos matemáticos, é paradigma dos argumentos substantivos conclusivos, isto é, necessários. A garantia, enquanto tal, na medida em que não é questionada, é capaz de sustentar *necessariamente* a conclusão.

Assim, nas ciências naturais ocorrem argumentos substanciais conclusivos porque apresentam, por um lado, conteúdo na conclusão não fornecido no **apoio** e nos fatos (data) e, por outro lado, a própria garantia sustenta a conclusão sem qualificações modais indicativas de outras alternativas.

Por outro lado, os **quase-silogismos** ilustram a possibilidade de argumentos analíticos não-conclusivos. O exemplo, já citado, é “*Pedro é brasileiro; pode-se assumir quase certamente que um brasileiro não é muçulmano; assim, quase certamente, Pedro não é muçulmano*”.

⁹²Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 178.

No direito, as garantias são regras, no sentido de Raz: razão simultaneamente de primeira e de segunda ordem (na sequência este ponto será analisado). Como razão de primeira ordem, legitima a ponte entre o conjunto de fatos e a conclusão – *solução, sentença ou decisão*⁹³. E como razão de segunda ordem exclui razões conflitantes em relação à ação que se tem em mira.

3.4 - Análise do argumento jurídico de segunda ordem

A aplicabilidade do modelo Toulmin ao contexto jurídico faz-se de modo direto. Nada mais natural, pois sua inspiração deriva justamente da prática judicial. Esta seção trata da adequação e aplicação do modelo.

Quando se trata de argumentação prática, exceto em contextos ociosos, argumenta-se quando se está diante de algum problema. Os estudiosos de argumentação jurídica enfatizam os problemas contenciosos encaminhados aos tribunais, no entanto, a maior parte dos problemas concernentes ao Direito, ocorrem em situações menos solenes. Na ausência de qualquer conflito pode ser problema genuíno a dúvida de saber como se conduzir diante de situação que traz algumas alternativas. Tal problema será jurídico se for alegado que alguma alternativa é vedada, permitida ou obrigatória pelo Direito, não se trata ainda de considerar qualquer problema de ambiguidade ou vaguidade no texto legal específico, nem mesmo de lacuna na lei ou no Direito. Trata-se de saber simplesmente se específica alternativa é *legalmente* viável ou não.

Por exemplo, você não sabe se a despesa efetuada com curso de línguas é dedutível da base de cálculo do imposto de renda, quando do preenchimento de sua declaração. Alguém alega que a despesa é não dedutível, que você não pode usá-la para reduzir o imposto a pagar. Neste caso, o problema consiste em encontrar no Direito suporte para tal alegação.

A justificação da alegação poderá ser realizada por meio de invocação de uma regra da legislação tributária especificada em algum dispositivo de lei. As-

⁹³ Ryle, Gilbert – *The Concept of Mind*. Barnes & Noble Books. London, 1949. Ryle argumenta que: “A law is used as, so to speak, an inference-ticket (a season ticket) which licenses its possessors to move from asserting factual statements to asserting other factual statements. It also licenses them to provide explanations of given facts and to bring about desired states of affairs by manipulating what is found existing or happening”.

sim, no esquema de Toulmin o argumento será: *Os dispositivos {B} autorizam as regras {W}, que garantem a conclusão {C} qualificada por {Q}, desde que seja dado {D} e não ocorra {R}.*

Cotidianamente o Direito é aplicado, e talvez uma parte ínfima dessas aplicações gera algum problema no sentido de **alegação contraditada**, e, dessa parte, apenas ínfima parte torna-se um problema judicial. De qualquer modo, a representação de um argumento mais complexo – tipicamente litigioso –, em tese, é capaz de ser analisado nos argumentos mais simples.

3.5 - Os elementos do argumento jurídico de segunda ordem

3.5.1 - Alegações

A alegação é o primeiro elemento no modelo, e apenas quando desafiada gera a necessidade de justificação. No argumento, a alegação converte-se numa conclusão suportada por razões, que são os outros elementos do modelo: a regra, o dado, a fonte e, eventualmente, a exceção e a qualificação.

No campo dos argumentos legais, uma alegação pode assumir a forma ou de uma sentença declarativa, que na maior parte das vezes exige uma prova empírica; ou de uma sentença prescritiva, que para suporte exige alguma regra de Direito; ou de uma demanda de autor devidamente assistido por profissional do Direito em processo judicial ou administrativo, que também conta com o algum suporte. A solução de um caso concreto, mais simples que seja, dificilmente deixará de ser uma combinação de argumentos empíricos, para suportar enunciados factuais, e argumentos de direito, em suporte a proposições tipicamente jurídicas. A distinção entre as duas espécies (de argumentos) situa-se na garantia utilizada em cada caso. No primeiro caso, a garantia assume a condição de uma proposição empírica, de uma lei científica, ou mesmo de uma máxima da experiência. No segundo, a garantia tem natureza completamente diversa, trata-se de uma **norma, regra ou máxima**, extraída de casos precedentes. Ambas, porém, exibem a característica de generalidade, que decorre meramente da função que desempenham no argumento, isto é, de ser uma garantia (W).

Dentre os requisitos de um enunciado para se constituir em alegação jurídica estão, segundo obra aqui estabelecida como referência primária (Os Usos do Argumento), a marca da *seriedade* e da *abertura ao contraditório*. Antes da análise de tais atributos, observa-se que o termo asserção é preferido a enunciado, sentença ou proposição. E a asserção inclui no seu conteúdo **a pretensão de ser seriamente considerada**: “um homem que afirma alguma coisa aspira a que sua declaração seja levada a sério; e, se o que diz é entendido como uma asserção, será levada a sério. Só que o quanto será levada a sério a asserção depende de muitas circunstâncias ...”⁹⁴. Assim, este atributo constitui a alegação, e sua presença implícita converte um simples enunciado em asserção.

No Direito, é fácil exemplificar, pois, na sequência, para ilustrar de modo geral o ponto, Toulmin acrescenta que a alegação implícita na asserção equivale à alegação de um direito ou de reconhecimento de um título⁹⁵, demonstrando mais claramente a ideia de pretensão de ser levada a sério.

Exemplo: Um contribuinte requer à Administrativo Fiscal reconhecimento de direito de crédito contra a Fazenda Nacional. A pretensão de ser levada a sério é evidente, pois se trata de afirmação de um direito de crédito. Contudo, o mérito, que no jargão jurídico significa avaliar a procedência ou improcedência da alegação - do pedido neste caso -, depende do conjunto de argumentos produzidos para suportá-la⁹⁶. Tal conjunto consistirá de argumentos empíricos e jurídicos, cada um identificado como argumento de primeira ou de segunda ordem.

Outra característica das alegações, em geral, e das alegações jurídicas, em particular, é sua **potencial abertura para o contraditório**, em sede judicial ou não, que resulta de imediato da primeira propriedade – *a pretensão de ser tomada seriamente*. Pois, quando alguém ergue uma pretensão deve estar preparado para eventual resistência, o que traduz o conceito de **lide - pretensão resistida** - no Direito processual. Neste caso, em que se efetiva resistência, a alegação apenas pode ser acolhida quando o argumento produzido em seu apoio satisfaz um “padrão”⁹⁷. Demandar o argumento implicará requisição dos fundamentos sobre os

⁹⁴ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 15.

⁹⁵ Idem, p. 16.

⁹⁶ Idem, ibidem.

⁹⁷ Idem, ibidem.

quais se apoia a alegação, isto é, exibição dos outros elementos do **argumento padrão** de segunda ordem, notadamente da garantia (W) e do apoio (B), que na sequência serão especificados e analisados no Direito.

A alegação pode assumir a condição de sentença constativa ou performativa, dependendo de sua figuração. No primeiro caso, aparece como uma sentença descritiva “*a contribuinte tem o crédito de X contra a Fazenda Nacional*”, podendo ser qualificada como verdadeira ou falsa. No segundo, aparece como um comando ou ordem “*a Fazenda deve pagar ao contribuinte a quantia de X*”, podendo ser qualificada como válida ou justificada. Enquanto a primeira sentença *diz algo*, descreve, a segunda *faz algo*, ordena. No Direito, a *alegação*, elemento essencial na estrutura do argumento, pode aparecer nas duas formas.

A prática consistente em reduzir sentenças à função de descrição chama-se falácia descritiva. Exemplos comuns que a refutam são as sentenças exclamativas, e as que expressam comandos, desejos ou concessões, entre tantas outras. A clivagem entre sentenças que tem por função declarar, indicar, registrar e, enfim, **descrever (constatativas)** e que admitem um valor de verdade; daquelas que não admitem valor de verdade, e têm por função **fazer algo (performativas)** – *ao invés de dizer algo* - é o centro da primeira fase da filosofia de Austin. Uma visão sintética da teoria dos atos de fala e, principalmente, seu desenvolvimento posterior encontra-se em Marcondes, conforme referências na nota abaixo⁹⁸.

Austin fornece exemplos logo na primeira *lição* do “*How do things with words*” dos performativos: **Aceito** (*na audiência preliminar, litigante responde à indagação do Juiz quanto ao acordo proposto*); **nomeio** Maria curadora do menor Roberto (Juiz constituindo responsável para cuidar de bens de menor); **lego** o relógio a meu irmão (*sentença dentro de um testamento*). O autor toma como “axioma” – *que não necessita de prova ou de argumento* - que em tais sentenças não se está informando ou dizendo, mas fazendo algo: “*None of the utterances cited is either true or false: I assert this as obvious and do not argue it. It needs argument no more than that 'damn' is not true or false: it may be that the utterance 'serves*

⁹⁸Marcondes, D. 2003: Desenvolvimentos Recentes na Teoria dos Atos de Fala. “O que nos faz pensar?” n° 17, dez/2003. PUC- Rio. Ver também: Marcondes, D. 2008: Aspectos Pragmáticos da Negação. “O que nos faz pensar?” n° 23, jun/2008. PUC- Rio.

*to inform you'- but that is quite different”.*⁹⁹

Portanto, algumas vezes, enunciar **certas** palavras, na circunstância **adequada**, por pessoa **legitimada** é agir. No casamento cristão é necessário responder de modo adrede preparado perguntas específicas, dentro de uma liturgia conduzida por sacerdote habilitado para a função, além disso, os noivos devem satisfazer requisitos para o matrimônio, entre os quais, o de não já estarem casados. Nesta circunstância, o “*eu aceito*” é casar, simplesmente.

Claro, de modo geral, as alegações nos argumentos jurídicos devem satisfazer tais requisitos: **forma**, **adequação** e **legitimidade**. Um aspecto da circunstância acima aludida, necessariamente presente quando o uso do performativo é bem sucedido, é a **seriedade** com que a expressão é enunciada – o que fora descrito como **pretensão de seriedade da alegação**.

A sentença ‘*A contribuinte deve à Fazenda o crédito tributário de X*’ proferida no palco, ou de brincadeira, não terá como efeito o ato de fala correspondente. A vagueza presente no requisito de **seriedade** do ato de fala, ou da pretensão, presente na alegação, de ser levada a sério, pode ser extremamente reduzida quando se trata de prática institucionalizada, como no caso do Direito. Aliás, o aprofundamento da análise do atendimento ou violação desses requisitos conduz Austin à doutrina das infelicidades:

What these are we may hope to discover by looking at and classifying types of case in which something goes wrong and the act --marrying, betting, bequeathing, christening, or what not--is therefore at least to some extent a failure: the utterance is then, we may say, not indeed false but in general unhappy. And for this reason we call the doctrine of the things that can be and go wrong on the occasion of such utterances, the doctrine of the Infelicities¹⁰⁰.

Estabelece Austin condições necessárias para o uso bem sucedido do performativo na forma de seis regras¹⁰¹. A violação de tais regras conduz ao insucesso

⁹⁹J. O. Urmson, and Marina Sbisa, eds., *How to Do Things with Words*, 2nd ed. (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975) 6, *Questia*, Web, 20 June 2010.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*, 14

¹⁰¹ Austin : “A1 - Existe um procedimento convencional aceito com certos efeitos convencionais, incluindo o uso de certas palavras, em certas circunstâncias, por certas pessoas; A2 - As pessoas específicas e circunstâncias, em certo caso, devem ser adequadas para a invocação do procedimento invocado; B1 - O procedimento deve ser executado por todos os participantes corretamente; B2 - E completamente; F1 - Se o procedimento é projetado para o uso por pessoas, com certos pensamentos, sentimentos, ou intenções, ou para originar certa conduta

ou, como prefere Austin, à infelicidade, no uso do performativo. Por exemplo, uma regra admite a **existência de uma prática**, ou de **uma convenção**, em certo contexto social. No Direito – e em outros campos - tal prática se consubstancia em conjunto de regras, no uso de algumas fórmulas verbais padronizadas (por exemplo: *Do exposto, julgo procedente o pedido...*), admitindo variações e alternativas; e, ainda, no uso do princípio prescritivo e convencional do cumprimento das regras. Além de a convenção **existir**, deve ser **aceita**, mas, conforme anota Austin, esses requisitos podem colapsar, pois quando se trata de uma convenção social, existir significa (quase) o mesmo que ser aceita, ser utilizada e seguida.

Uma segunda regra diz respeito à **subsunção de um caso às regras daquela convenção**. Na compra e venda específica, os contratantes contraem obrigações e adquirem direitos recíprocos, assim, quando o comprador profere “*seis maçãs verdes*”, o vendedor adquire o direito de receber o preço na medida em que entrega a mercadoria pedida. Tal regra indica ainda a necessidade de adequação dos personagens ao desempenho de suas respectivas funções, que, no caso, é a de comprar e vender, e, em consequência, adquirir direito e contrair a obrigação correspondente. Por exemplo: um menino de dez anos que diz, na concessionária de automóveis, “*compro aquela Mercedes*” não produz qualquer efeito, pois incapaz de assumir o compromisso, de contrair a obrigação de pagar, e, assim, de adquirir o direito ao veículo, e, então, deverá providenciar outro meio para satisfazer sua vontade.

A violação de uma ou das duas regras citadas – *existência de uma prática e subsunção do caso às suas regras* - conduz a uma falha em disparar o procedimento, em outras palavras, a alegação não origina um processo argumentativo contraditório, pois há algum *vício na origem* que a torna irremediavelmente ineficaz.

Outras regras na doutrina de Austin indicam a necessidade de evitar o malogro decorrente do uso de palavras *vagas ou ambíguas*, mesmo quando se usa o pa-

consequencial de um dos participantes, então o participante deve ter, ao invocar o procedimento, aqueles pensamentos, sentimentos, ou intenções, e os participantes devem pretender assim se conduzir; T2 - E os participantes devem assim se conduzir subsequente.”

drão daquela prática (campo de argumentos) em que se insere a alegação. Outras ocupam-se de insinceridades, infrações e quebras. A violação dessas regras não torna vazia a alegação (o procedimento é disparado), mas de qualquer modo produz insucesso. É o caso de uma promessa feita apenas para se livrar de uma situação difícil, onde não há intenção de realizar o prometido. Para o sucesso do performativo, tanto o promitente ao enunciar a promessa, quanto o promissário, não pode exteriorizar sinais que indiquem intenção em sentido contrário à realização do cumprimento da promessa.

Austin, mais tarde, vai introduzir novos conceitos, que permitem construir uma teoria geral dos atos de fala (doutrina dos atos locucionários/ilocucionários), dentro da qual a teoria dos constataivos / *performativos* reduz-se a uma teoria especial. Nesta transição, não sobreviverá a classe dos performativos, que cederá lugar a um conjunto de classes de atos de fala, admitindo-se que entre estas existam relações e superposições. No Direito, embora a maior incidência das alegações possa estar na classe dos vereditivos e exercitivos, na verdade, uma alegação, no sentido de Toulmin, pode se encontrar em qualquer uma dessas classes. A fraqueza da teoria de Austin, apontada por Searle, reside justamente na imprecisão e delineamento dessas classes. De qualquer modo, pode-se concluir, a partir de Austin, que a marca característica de uma **alegação** é o compromisso do falante com determinado curso de ação, assumindo-se, por meio do proferimento de um enunciado, a realização de uma ação específica no futuro, consistente em trazer razões que a suportem, quando desafiado pelo destinatário.

Searle desenvolve a teoria dos atos de fala a partir da crítica à classificação proposta por Austin, que admitia a provisoriedade e precariedade de sua taxionomia, a assentando na falta de critério demarcatório das classes propostas por Austin¹⁰². Propõe doze critérios, que chama de “*dimensões significativas de variação*” dos atos ilocucionários, dos quais apenas três atribui maior relevância taxionômica: **Propósito; direção de ajuste; e estado psicológico**. Por exemplo, o propósito de uma **ordem ou comando** é pautar a conduta de um destinatário, criando uma razão para sua ação, já o de uma descrição é de representar alguma coisa.

¹⁰² Searle, J. R. **Expressão e Significado**. Martins Fontes, São Paulo, 2003. P. 2.

A asserção, cujo objeto é veicular uma **alegação**, tem por propósito ilocucionário afirmar *seriamente* uma tese. Esclarece Searle que o propósito não se confunde com o intento perlocucionário, que pode nem existir conforme o próprio exemplo da promessa, pelo qual o promitente não pretende suscitar efeitos no promissário. Uma elocução pode ter o mesmo propósito ilocucionário, mas diferir em da força ilocucionária. Assim, o juramento e uma promessa têm ambos o mesmo propósito, mas diferem em força.

A outra *dimensão significativa de variação* do ato ilocucionário citada (*direção de ajuste*) distingue os atos de fala entre aqueles que buscam ajustar as palavras ao mundo, ou, ao contrário, o mundo às palavras. A *direção de ajuste* tem um sentido de correspondência ou acomodação, metaforicamente aponta da ‘imagem’ para o ‘objeto’, onde mundo e enunciado intercambiam entre a condição de ‘imagem’ e a condição de ‘objeto’. Por exemplo: *as promessas e as prescrições têm a direção de ajuste do mundo para as palavras (mundo-palavra), no sentido que aquele deve se acomodar a estas*. Nas descrições, ao contrário, as palavras devem corresponder ao mundo (*palavra-mundo*). A direção de ajuste é consequência, conforme Austin, do propósito ilocucionário.

Enfim, em relação à última das “*dimensões significativas de variação*” dos atos ilocucionários destacadas, refere-se ao *estado psicológico* do falante, que se expressa na realização do ato como sua **condição de sinceridade**. Por exemplo: No caso da alegação, quem alega P **expressa a crença** de que P é o caso.

A promessa expressa **intenção**, justamente a do falante em fazer o que prometeu fazer. Diz Searle “*ser linguisticamente inaceitável (ainda que não seja autocontraditório) a conjunção do performativo explícito com a negação do estado psicológico expresso*”¹⁰³. Não tem sentido afirmar “alego p, mas não creio em p”, ou o advogado afirmar “as doações são isentas do Imposto de Renda, mas não creio nisso”.

A **intenção** é um estado psicológico que caracteriza voto, ameaça, empenho e outros atos de fala, incluindo promessas. Já a **crença** marca os enunciados, asserções, observações, explicações, declarações, argumentos e outros. No desejo

¹⁰³ Idem, p. 7.

subsumem-se os atos de pedidos, comandos, preces, rogos e outros. O prazer incorpora as felicitações, boas-vindas, congratulações e outros. E assim por diante.

A crítica de Searle à classificação de Austin, como já anotado, funda-se na ausência de um princípio, ou conjunto de princípios, sobre qual a taxionomia possa ser construída. E, ainda, na confusão entre verbos e atos ilocucionários, pois, classificar os primeiros, não necessariamente classifica os segundos. Uma alegação que afirma uma tese não se viabiliza apenas por uma fórmula padrão definida pela presença de um verbo. Tanto faz o promotor asserir 'alego que Caio matou Tício', ou, diretamente, 'Caio matou Tício', ou o juiz declarar “decido que X deve indenizar Y em 100 mil reais”, ou, simplesmente, “X deve indenizar Y em 100 mil reais”.

Concluindo: A asserção – estamos falando daquele elemento inicial no modelo Toulmin - tem direção de ajuste **palavra-mundo**, **crença** como condição de sinceridade, e **afirmação de uma tese** como propósito ilocucionário. O conteúdo proposicional é a **alegação afirmada**.

O estudo das alegações, enquanto elemento exordial do argumento, na direção de uma perfeita caracterização em termos da filosofia da linguagem de Austin-Searle pode trazer nova luz à noção de campo de argumento, porque a natureza da alegação pode definir o desenvolvimento do argumento, particularmente, indicar a natureza da *garantia* e, conseqüentemente, do *apoio* e, ainda, o que é aceitável como exceção.

3.5.2 - Dados

O princípio central do direito probatório (“*o ônus da prova cabe a quem alega*”) entranha-se necessariamente na atividade de argumentação, pois quem faz uma alegação, nas condições acima descritas, deve estar preparado para ser contestado, quando, então, deverá fundamentá-la. Encerrado um procedimento de justificação, a alegação converter-se-á em conclusão de um argumento.

As primeiras razões apresentadas, como apoio da alegação são os dados

('data'), ou mesmo um único dado ('datum'). Tais fatos ocupam um lugar como constituinte de uma célula argumentativa no modelo de Toulmin, que assim se refere ao ponto:

A menos que a asserção tenha sido feita de modo totalmente irrefletido e irresponsável, normalmente teremos alguns fatos que poderemos oferecer para apoiar nossa alegação; se a alegação é desafiada, cabe a nós recorrer àqueles fatos e apresentá-los como o fundamento no qual se baseia nossa alegação.¹⁰⁴

Quais são as características do '*datum*'? Toulmin pouco se detém na caracterização, contudo, conforme acima, esclarece que a função desempenhada pelo dado é a de servir de fundamento, suporte, razão para a alegação/conclusão. Isto é pouco, pois outros elementos no argumento desempenham a mesma função.

O dado, sendo razão para a ação, é um fato conforme argumentado no primeiro capítulo, assim, qualquer enunciado que possa ser antecedido pela expressão '*é um fato que ...*' pode ocupar a posição no argumento. Alega-se que '*Caio matou Tício*' (alegação), pois '*no local do crime foram encontradas digitais de Caio*' (dado), que, além disso, '*estava de posse de arma compatível com o homicídio*' (dado). Assim, obtém-se uma distinção inicial firmada entre a alegação e os fatos que se apela para assentar o seu mérito¹⁰⁵, sendo a relação entre estes elementos (dado/conclusão) representada por $D \rightarrow C$, que se lê "*o fato D fundamenta a conclusão C*".

O que se registrou sobre fatos no primeiro capítulo pode ser invocado aqui, pois os dados, quando vistos isoladamente, são razões de primeira ordem, mas quando inseridos no contexto de argumentos de segunda ordem funcionam como razões auxiliares de razões de segunda ordem.

Para concluir: Um dado se questionado pode ensejar a elaboração de **argumentos colaterais** para firmá-lo como conclusão, após o que o argumento original pode ter sequência. O processo de argumentação real exige muitos argumentos colaterais para firmar, ou para negar, dados, interpretações, garantias, apoios exceções e qualificações. Em cada caso, i.e., em cada argumento colateral, a estrutura poderá ser um argumento de primeira ou de segunda ordem, de tal forma que se

¹⁰⁴ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 137.

¹⁰⁵ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 140.

pode simplesmente supor o assentamento de tais elementos para se seguir no argumento principal.

3.5.3 - Garantias

Garantias serão analisadas, e caracterizadas no Direito, no capítulo seguinte, onde discutiremos o conceito de regra como razão excludente. Aqui mais algumas observações gerais sobre a garantia (W), no esquema Toulmin, serão tecidas.

A metáfora “trilhos de inferência” para a garantia, embora forneça imagem vívida da relação entre três elementos básicos da estrutura do argumento, pode obscurecer completamente a distinção de função de G frente a D e C. O trem, os trilhos e as estações existem de um mesmo modo, não é o caso da garantia, dos fatos e da conclusão:

So to speak of the 'rails of inference' suggests that inferring from diseases to bacteria is really not inferring at all, but describing a third entity; not arguing 'because so and so, therefore such and such', but reporting 'there exists an unobserved bond between this observed so and so and that observed such and such'¹⁰⁶.

No entanto, como nota Ryle, a função desta 'terceira entidade', no caso, consiste em garantir argumentativamente, considerando a existência de doenças, a existência de bactérias. Assim, a função de estabelecer fatos é distinta daquela de estabelecer um argumento, de um fato para outro, e “*both are different from the job of giving warrants for such arguments*”¹⁰⁷.

Toulmin, também, busca marcar a natureza completamente distinta entre o dado e a garantia. Esclarece que o dado traz suporte para a conclusão, mas a garantia tem a função de responder à indagação de como a passagem do D para C é possível, a de articular estes dois elementos, e a questão a ser elucidada refere-se a natureza e justificação deste passo¹⁰⁸. A primeira observação diz respeito a exatamente este ponto, enquanto o dado fornece um suporte *direto* para a conclusão, a garantia só o faz *indiretamente*, ao justificar a 'ponte' entre um e outro. O dado é a resposta para “*o que suporta a alegação ?*”, mas a garantia responde a “*como o*

¹⁰⁶ Ryle, G. 1949: The Concept of Mind. Hutchinson's University Library. New York. p.123.

¹⁰⁷ Ryle, G. 1949: The Concept of Mind. Hutchinson's University Library. New York. p.123.

¹⁰⁸ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 141.

passo se justifica?

Em vista da função assumida, a de relacionar o dado com a conclusão, mais ainda, a de *autorizar* o passo dado, a garantia terá a forma de uma proposição geral, correspondendo a um *padrão prático* ou cânone ou regra, capaz de subsumir o caso como uma instância. Por conta de sua característica *de generalidade*, a garantia servirá a uma classe de argumentos.

Algumas sentenças podem expressar esta proposição geral, sendo a mais comum a forma hipotética “Se D, então C” mas poderia assumir formas menos sintéticas tal como: “dados do tipo D nos dão o direito de tirar as conclusões C (ou de fazer as alegações C)”¹⁰⁹.

É necessário deixar claro que a distinção entre o dado e a garantia, no plano puramente sintático, pode ser ilusória, pois uma mesma sentença pode assumir uma condição ou outra. A distinção mais importante se oferece no plano lógico das funções desempenhadas, e conforme Toulmin registra, pelo menos em alguns contextos, a diferença será clara: “e pode-se começar a perceber a natureza desta distinção, se se comparam duas sentenças como (a) sempre que A, alguém *constatou* B, e (b) sempre que A, *pode-se assumir* que B”¹¹⁰, a primeira anuncia um dado, a segunda uma garantia.

3.5.4 - Qualificadores Modais e Exceções

O qualificador modal denota a força segundo a qual a garantia autoriza afirmar a alegação/conclusão a partir dos fatos asseridos. Uma alegação como 'Pedro é brasileiro' pode assumir variados graus de força, tais como, *necessariamente* Pedro é brasileiro, *presumivelmente* Pedro é brasileiro, *quase certamente* Pedro é brasileiro, *provavelmente* Pedro é brasileiro, *possivelmente* Pedro é brasileiro. O qualificador como elemento autônomo na estrutura do argumento de Toulmin, **vincula-se diretamente à conclusão, mas é determinada pela garantia.**

Por outro lado, as exceções representam circunstâncias onde as garantias perdem a autoridade para afirmar a conclusão, deixam de garantir o passo do dado

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*.

¹¹⁰ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 142.

à alegação. Neste caso, um fato adicional deve ser acrescentado ao argumento original (garantia, dado → qualificador conclusão) a fim de validar a conclusão.

Para ilustrar, retoma-se o exemplo de Harry que nasceu nas Bermudas. A garantia '*um bermudense será um cidadão britânico*' pode ser excepcionada se os pais de Harry for ambos estrangeiros, ou se Harry adquiriu outra nacionalidade. Nada sendo dito, um elemento destacado será necessário para dar conta desta circunstância. Assim, o argumento seria {'*Harry nasceu nas Bermudas*' (D), ora '*um bermudense será um cidadão britânico*' (G), assim, '*Harry será um cidadão britânico*' (C), exceto se '*os pais de Harry for ambos estrangeiros*' (R) ou se '*Harry não adquiriu uma outra nacionalidade*' (R')}.

A ideia geral, segundo se depreende do pensamento de Toulmin quando adiciona estes novos elementos a sua estrutura original de argumento, é marcar a distinção entre afirmar uma garantia e afirmar sua **aplicabilidade** no caso, a fim de abranger uma situação em que a garantia se apresenta como uma 'correlação geral' não absolutamente invariável. Por outro lado, Toulmin afirma que a apresentação de exceções ou refutações podem confirmar ou refutar a conclusão. Há aí duas funções distintas. No final deste capítulo será efetuada uma avaliação do modelo Toulmin, mas vale, de passagem, registrar que um ponto crítico é justamente o tratamento dispensado à exceção, pois parece ser-lhe atribuída uma função ambígua (na verdade, aparente) no argumento prático padrão. Não há controvérsia em Toulmin, porém, quanto a natureza atribuída a R. Ambos (D e R) são fatos, mas “relevantes de modos diferentes. O primeiro é um dado que estabelece, por si só, a suposição de nacionalidade britânica; o segundo fato - ao afastar uma possível refutação - tende a confirmar a suposição que se tenha criado”.¹¹¹

3.5.5 - Apoio

O elemento final da estrutura do modelo é o apoio, que busca responder a um desafio adicional quanto a **legitimidade** ou aceitabilidade da garantia. Neste caso, o questionamento põe em dúvida não apenas este particular argumento, mas todos desta espécie, isto é, todos que tem aquela garantia como núcleo fundamen-

¹¹¹Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 102.

tal. Portanto, como dito de modo geral, valendo também aqui no campo do Direito, o apoio fundamenta e legitima a garantia, avaliza e lhe dá autoridade. Sua natureza é dependente do campo em que se argumenta.

No Direito é o que se chama em geral de **fontes**. A lei positivada é o paradigma, mais especificamente, um dispositivo legal ou um conjunto deles funciona como apoio (B) de uma regra, o que se encontra claro em Toulmin, conforme se comprova no caso do bermudense requerente da cidadania britânica: “*Finalmente, caso a própria garantia seja desafiada, poderemos inserir o apoio, com os termos e as datas de decretação dos Atos do Parlamento e outros dispositivos legais que governam a nacionalidade de pessoas nascidas em colônias inglesas.*”¹¹²

Assim, se o argumento é fundado na regra de que '*É dedutível do imposto de renda da pessoa jurídica a doação efetuada ao Fundo Nacional do Idoso*' (G), então como apoio é citado *art. 3º da lei nº 12.213/2010*. Se é argumentado que '*you cannot smoke in this room*' então cita-se o *art. 2º da lei nº 9.294/96*.

Toulmin sublinha a extrema variabilidade da natureza do apoio a depender do campo em que se argumenta. Porém, mesmo interno ao próprio campo do Direito há um grau de variação nas fontes, pois são reconhecidas como tais não apenas os dispositivos da legislação¹¹³ – compreendendo leis ordinárias, tratados, decretos, atos administrativos normativos, convênios - , mas também a jurisprudência – *decisões dos tribunais reiteradas no mesmo sentido* -, súmulas vinculantes da Corte Suprema, costume – prática social amplamente difundida e longamente observada - , e, na Lei de Introdução ao Código Civil adiciona-se a analogia¹¹⁴.

O problema das fontes no Direito merece uma discussão especial que aqui não será realizada. E outro problema ainda mais complexo é o da relação entre fonte e garantia, trata-se do **problema da interpretação** no Direito. Não há controvérsia quanto afirmar que, em Toulmin, a relação entre B e W é de natureza interpretativa, que na citação logo a seguir restará evidente. Vale sublinhar, já agora, como observa Raz que aplicar e seguir regras, notadamente no Direito, pres-

¹¹²Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 150.

¹¹³É possível que no ordenamento jurídico, a própria lei atribua a condição de autoridade de fonte a atos e práticas, conforme se nota no art. 100 do Código Tributário Nacional.

¹¹⁴“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

supõe interpretação¹¹⁵.

A caracterização do apoio no argumento assenta-se em relação a dois aspectos: função e forma. A função do apoio no argumento traduz-se em dissipar a desconfiança em relação à garantia. É o fundamento que autoriza – embora pela via da interpretação – asserir a garantia, uma proposição hipotética de carácter geral. E nisso, na função, difere de um simples dado, pois este serve de razão para a conclusão, que, em geral, será proposição factual particular. Além disso, o dado deve estar sempre expresso sob pena de o argumento não se materializar, mas o apoio poderá estar implícito sem prejuízo para a estrutura lógica do argumento.

E difere da garantia quanto a forma, pois esta é hipotética, mas o apoio é categórico. Além disso, no caso do bermudense,

Embora os fatos sobre o estatuto forneçam todo o apoio pedido para esta garantia, a afirmação explícita da garantia em si é mais do que repetição desses fatos; é uma **lição moral de carácter prático**, sobre os modos pelos quais podemos argumentar, com segurança, em vista desses fatos.¹¹⁶(gn)

E aí se evidencia o carácter interpretativo da relação entre apoio e garantia.

3.6 – Análise Crítica do Modelo

O modelo de Toulmin representa, enquanto estrutura básica, o argumento de segunda ordem na esfera legal. O primeiro ponto a ressaltar é que cada elemento da célula pode ser desafiado, o que exige argumentos a parte para assentá-los, os **argumentos colaterais**. Toulmin admite isso expressamente quanto aos dados, e também quanto às garantias. Embora, poder-se-ia concluir que rejeitaria refutações indefinidas de toda e qualquer garantia, pois conduziria a regresso infinito, impossibilitando em última instância, no caso do Direito, qualquer decisão mediante regras.

Não apenas dados e garantia, mas a própria fonte, apontada em certo argumento como apoio de uma garantia, pode ser criticada. Alguém pode dizer que os dispositivos relevantes não foram citados, por isso a garantia não pode ser aquela e, conseqüentemente, a conclusão deve ser rejeitada. Por exemplo, pode ser afas-

¹¹⁵ Raz, Joseph. Reasoning with Rules. Current Legal Problems, 54 (2001). 1-18.

¹¹⁶ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 152.

tada a condição de fonte de uma cadeia de decisões judiciais anteriores, por não se constituir em jurisprudência suficientemente consolidada, ou porque contra tal existe outra linha de decisões em sentido contrário.

Por seu turno, a garantia pode ser contestada seja porque a fonte admitida não autoriza aquela regra, ou, pelo menos, naqueles termos. Em outras palavras, considera-se a interpretação dos dispositivos citados inadequada, expondo interpretação concorrente que, eventualmente, conta com maior adesão dos tribunais. Para superar a crítica é necessário desenvolver argumentos colaterais, para então o argumento original seguir o seu curso.

O mesmo vale para o qualificador. Por exemplo, o qualificador pode não corresponder à força fornecida pela garantia, e isto ocorre quando a garantia autoriza **presumivelmente** o passo, mas o qualificador empregado corresponde à força maior. É o caso de uma regra com vaguidade de maior latitude, por uso de termos naturalmente vagos tais como fútil ou razoável, que embora tenha força normativa não determina **necessariamente** a conclusão.

Quanto às exceções, em tese, submete-se a questionamentos próprios. Mas aqui entende-se ter havido insuficiência na sua caracterização. O que parece paradoxal na exceção, em algumas pelo menos, é que de certa maneira ela já deve estar prevista na garantia. Em outras palavras, a exceção não necessariamente tem caráter de imprevisibilidade: “*These cases are relatively simple, since the exceptions are explicitly made in the law. However, a lawyer does not hesitate to argue that some unexpected, uncodified exception exists*”¹¹⁷. Se um certo fato, já descrito nos dispositivos pertinentes da lei, pode excepcionar a garantia, então a descrição hipotética dos fatos no antecedente da garantia contém – em alguns casos - a situação que impede a operação de seus efeitos. Em outros casos (exceções não codificadas, imprevistas), ou tratar-se-á de desvio da regra, de sua rejeição e da construção de uma nova regra, ou, ainda, tratar-se-á de sua concreção mais elevada, delegada de uma autoridade para outra.

A garantia, em geral, não é descrita com todas as suas exceções, qualificações e condicionamentos, por uma questão de conveniência pedagógica, traduzida na formulação mais simples da regra. Poderia se estender por páginas inteiras

¹¹⁷ Verheij, B. “Book Review ...” *Artificial Intelligence and Law* 8: 35-65, 2000

uma regra formulada dessa maneira, prejudicando a assimilação por seus destinatários. Trata-se, então, de uma decisão pragmática, que privilegia a pedagogia do Direito, que deixa a garantia anunciada de um modo simples, restando para regras auxiliares todas as restrições e condicionamentos, que possam estar sujeitas.

Voltando ao caso de Harry. Se um juiz alega o fato de ser seus pais estrangeiros impeditivo do reconhecimento de sua cidadania britânica, então, esta hipótese ou já estava contida na legislação pertinente, ou, então, se invocada, representa um desvio, implicando rejeição da regra e criação de outra. Na verdade, o juiz, ao rejeitar a autoridade da regra, abandona o argumento de segunda ordem e recorre a um argumento de primeira ordem, significando dizer que volta a ponderar as razões constitutivas da regra para fazê-la conformar-se a um fato considerado, no seu entendimento, relevante.

No entanto, existe no Direito o uso de fórmulas vagas para marcar espaços – *exemplo: caso fortuito e força maior* – próprios para introdução de um fato, que, embora não descrito previamente, pode reduzir a autoridade da garantia, o seu domínio de aplicação. O fato invocado na condição de caso fortuito (ou força maior) requer argumentos colaterais a fim de ser aceito como tal. No capítulo seguinte voltado para a discussão de regras, o assunto das exceções será retomado.

É necessário ver agora as consequências do entendimento adotado quanto ao modelo de Toulmin. Ora, quando se aponta exceção, hipoteticamente **prevista**, a crítica ou o desafio contra a garantia W, traduz-se em dizer que W não é a verdadeira garantia autorizada pela fonte (B), ou seja, a legislação pertinente ao tema não autoriza W e sim W'. Se o fato que impede W de produzir os regulares efeitos é representado por 'x', e a conclusão do argumento não é aceita justamente por ser o fato excepcional, então a crítica pode ser resumida em (1) a garantia não é W e sim W' (2) o fato descrito em W' – vale dizer 'x' – ocorre no caso.

Se é impossível formular a partir do apoio B a nova garantia W', então tratar-se-á de um simples desvio. Restando claro que o próprio B pode ser objeto de crítica apontando ou sua insuficiência, ou sua impertinência. A insuficiência de B é o que se completaria com novos dispositivos, dando contas das exceções identificadas, levando a construção de um novo apoio B'. No caso de B ser impertinente busca-se um novo conjunto de dispositivos vigentes para substituí-lo. O caso

de desvio é aquele em que simplesmente não há guarida no apoio B, ou mesmo em um substituto B', para a 'exceção' invocada.

A exceção no modelo de Toulmin corresponde a uma refutação da conclusão. Aí há uma corroboração do entendimento de que aquele elemento consiste em crítica à garantia, porque o que se diz quando aponta a exceção é que a garantia – junto com o dado – justifica a conclusão, mas a garantia não pode ser aquela e sim outra onde a descrição da exceção já está contida.

Na sequência, um exemplo pode esclarecer melhor. Se o contador alega 'Caio deve (está obrigado) entregar sua declaração de rendimentos à Receita Federal em 2011', indicando o fato de *Caio ter auferido rendimento de 30 mil reais em 2010*, e a regra '**é obrigatório a entrega da declaração para quem, em 2010, recebeu rendimento em valor superior a R\$ 22.487,25**'. E, então, aponta como apoio à regra o art. 2º, inciso I, da IN/RFB nº 1.095/2010¹¹⁸. A alegação de que o caso de Caio é uma exceção, fundamentada no fato de que seus rendimentos são isentos, procede. Porém, a alegação é uma crítica ao argumento concernente a garantia utilizada, vez que a fonte apontada refere-se a rendimentos tributáveis, não a qualquer rendimento, e rendimento isento é justamente um caso de rendimento não-tributável (tecnicamente é um caso de exclusão do crédito tributário).

A garantia W' alternativa a original seria '**é obrigatório a entrega da declaração para quem, em 2010, recebeu rendimento tributável em valor superior a R\$ 22.487,25**'. A conclusão com o mesmo dado (*Caio auferiu rendimento de 30 mil reais em 2010*) permite a conclusão mais enfraquecida com um qualificador modal. A conclusão seria '*presumivelmente, Caio deve entregar sua declaração de rendimentos à Receita Federal em 2011*'. A razão do qualificador é que a garantia exige mais do que a informação fornecida pelos dados, que apenas registra ter Caio recebido rendimento no valor de 30 mil reais, mas é silente quanto a condição em que o valor fora recebido.

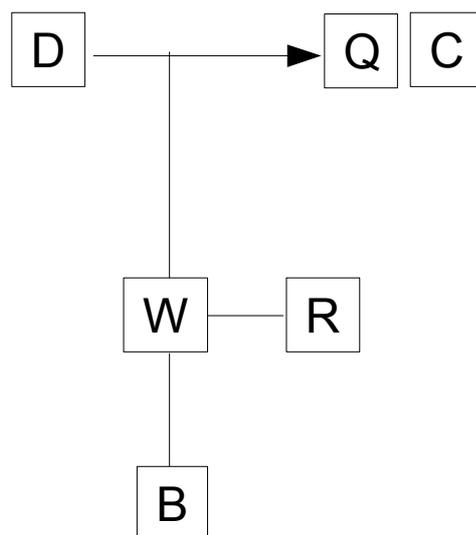
A conclusão poderia ser refutada indicando justamente que o rendimento de

¹¹⁸**Art. 2º** Está obrigada a apresentar a Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda referente ao exercício de 2011 a pessoa física residente no Brasil que, no ano-calendário de 2010:I - recebeu rendimentos tributáveis, sujeitos ao ajuste na declaração, cuja soma foi superior a R\$ 22.487,25;

Caio no ano 2010 é não tributável, porque, por exemplo, decorre de acidente de trabalho. Ou poderia ter caráter mais conclusivo – *sem o qualificador* – se é acrescentado o dado de que o rendimento de Caio é de fato tributável, porque decorre, por exemplo, de relação de trabalho (salário).

A refutação, de qualquer modo, já estaria inserida em outro argumento, onde a conclusão seria a de que 'Caio não é obrigado a entregar a declaração de rendimentos', fundada no fato de que a 'o rendimento recebido em 2010, de 30 mil reais, é integralmente não tributável, decorrente de indenização por acidente de trabalho'.

Sugere-se aqui a modificação do modelo de Toulmin para abarcar melhor a situação das exceções, condições e requisitos (R) conforme motivado pelas considerações acima:



As seguintes observações devem ser feitas:

1.R deve ser vista como o conjunto de condições, de requisitos e até de exceções à regra geral W;

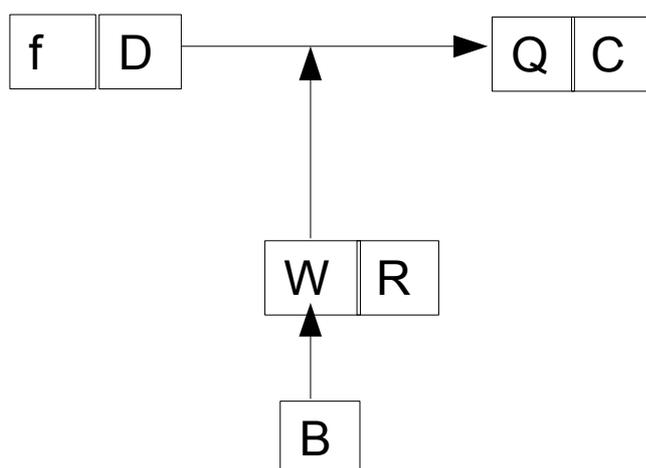
2.se fosse inserido diretamente $W' = W + R$ no lugar de W, teríamos uma simplificação da estrutura do argumento base, mas tornaria a garantia mais complexa, perdendo em força pedagógica e, ainda, ocultar-se-ia o fato relevante de que muitas regras no Direito é acompanhada desse condicionamento de aplicabilidade (condições, requisitos, exceções);

3. por força de sua função no argumento – *delimitar a aplicação de W – R* – deve ter a mesma natureza formal de W, isto é, de uma proposição geral descritiva de situação hipotética com a definição de determinada consequência;

4. Este entendimento encontra apoio em Toulmin que distinguiu expressamente entre a regra e as condições de sua aplicabilidade por meio de R, conforme deixou claro quando firmou “(...) a diferença que há entre uma afirmação de uma garantia e afirmações sobre a aplicabilidade desta garantia - entre "um homem nascido nas Bermudas será britânico" e "essa suposição continua vigente, desde que seus pais não sejam estrangeiros etc.".”¹¹⁹

5. Outra distinção diz respeito ao dado que estabelece a conclusão, devidamente qualificada, e o dado demonstrativo de que um requisito fora atendido ou que não é o caso de uma exceção¹²⁰.

6. A última distinção decorre da primeira (item 4) e justifica o reposicionamento de R, pois estabelecida a diferenciação entre a garantia e suas condições de aplicabilidade, os fatos serão discriminados em relação ao papel desempenhado, ora se preenchem a 'hipótese de incidência' da garantia, ora se visam atender aos requisitos descritos de sua aplicação. E esta distinção pode ser espelhada no modelo, conforme abaixo:



7. Pode-se distinguir no modelo esquemático, no espaço dos dados, entre o

¹¹⁹Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 146.

¹²⁰Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 147.

fato destinado (f) a comprovar o cumprimento dos requisitos ou afastar as exceções (R), e o fato destinado (D) a levar diretamente à conclusão presumida (QC) autorizada por W. Neste esquema, B representa o apoio não apenas para W, mas também para R. Nas caixas duplas, W soma-se a R, f soma-se a D, mas Q atua diretamente sobre C modificando sua força.

8. Se f, ao invés de afastar a exceção ou afirmar o cumprimento da condição de aplicabilidade, afirma a exceção ou o não-cumprimento da condição de aplicabilidade, então Q serve para representar um operador de negação da conclusão. Este resultado implica reconhecer ampliação da função desempenhada por Q, em relação ao papel original definido por Toulmin.

9. As exceções, que não podem contar com suporte exposto na fonte, podem apelar para o grau de vagueza dos textos dos dispositivos, contidos nesta fonte, suficiente o bastante para o aplicador considerar fora da regra situações extremas (cf. Toulmin, onde a garantia define correlação geral, mas não absolutamente invariável).

10. Conforme acima, vale destacar que a exceção, tal como a garantia, deve contar com algum apoio, caso contrário será um desvio. O que demarca o caso de uma exceção de um caso de desvio é justamente o fato de que a primeira conta com suporte no 'backing', enquanto a segunda não conta com tal suporte.

11. O caso de desvio necessariamente implicará argumentos de primeira ordem, porque consistirá na criação de uma nova regra, mesmo que esta seja uma pequena alteração da regra original.

3.7 - Avaliando Argumentos

Obviamente, muitos argumentos no Direito podem ser configurados na forma da estrutura proposta por Toulmin. Mas o que, de fato, Toulmin oferece para avaliar um argumento? Quando um argumento é bom? Na sequência, o ponto é examinado.

Bart Verheij¹²¹, embora consciente da aversão de Toulmin quanto a possível

¹²¹ Verheij, Bart. Evaluating Arguments Based on Toulmin's Scheme. *Argumentation* (2005) 19:347–371.

formalização lógica de uma teoria de argumentos práticos, busca suprir uma lacuna que há na teoria, o problema da avaliação de argumentos, com um tratamento tipicamente formal, nos termos de uma “*interpretação dialética das premissas*”, explicada a seguir sem, na medida do possível, o formalismo adotado pelo autor, e sem o *layout* alternativo por ele proposto.

O primeiro ponto firmado por Verheij é que enunciados são avaliados em relação às suas suposições, podendo “*be justified (e.g., when there is a justifying reason for them), defeated (e.g., when there is a defeating reason against them) or neither*”¹²².

O autor estabelece algumas convenções, antes de apresentar sua teoria de avaliação de argumentos. A primeira convenção estabelece que o argumento é um conjunto de enunciados (ex. Harry é um bermudense) expressos por sentenças (ex. 'Harry é um bermudense').

A segunda convenção estabelece a distinção, com base na função, entre enunciados que são *pressupostos (assumption)*, os dados em Toulmin, e *temas (issue)*, enunciados controversos, que são disputados, identificados como alegações, por exemplo. Pressupostos são fundamentos sobre os quais os argumentos são construídos (ex. Harry é um bermudense), mas as alegações ou os temas são enunciados *em questão* (ex. Harry é um cidadão britânico). Sublinha o autor¹²³ que uma alegação ou tema pode, quando justificado ou derrotado, perder seu status normal.

A terceira convenção diz respeito à justificação de enunciados: “*The idea is that the statements in an argument can be evaluated, depending on the information expressed in the argument*”¹²⁴. Um enunciado encontra-se justificado quando há uma razão que o justifique (ex. *Harry é um cidadão britânico*, justificado com o fato de que *Harry é um bermudense*), ou quando é um pressuposto (ex. *Harry é um bermudense*).

A quarta convenção define a *relação de suporte*. Explica Verheij que o argumento 'D, assim C', exhibe o pressuposto D, o tema C, e, ainda, uma relação de su-

¹²² Idem, p. 350.

¹²³ Idem, p. 352.

¹²⁴ Verheij, Bart. Evaluating Arguments Based on Toulmin's Scheme. *Argumentation*. (2005) 19. p. 352.

porte entre D e C, que pode ser expressa por meio de um condicional 'se ..., então ...!', mas que não se confunde com a implicação material da lógica clássica, porque não pode ser inteiramente definida em termos de valor de verdade: “*The conditional ‘If D, then C’ implied by an argument ‘D. So C’ should however intuitively reflect some relation between D and C that is not captured by the truth values of D and C alone*”¹²⁵. Tal relação é denominada de relação condicional associada (ao argumento).

Com base na ideia de *razão para ação*, examinada no primeiro capítulo, pode-se interpretar que a condicional associada, na notação de Verheij $D \rightsquigarrow C$, tem como correspondente uma inferência, onde um único fato (*razão de primeira ordem*) sustenta a alegação, ou conclusão, ou comando, ou ordem, ou ação. Se Caio determina a seu filho que porte um guarda-chuva, pode apontar como razão o fato de que chove: “Chove, portanto, leve um guarda-chuva”. Tal inferência tem como associada a relação condicional: “Se chove, então, você deve portar um guarda-chuva”

A introdução da garantia permite ver de modo claro a transferência de avaliação dos pressupostos para a conclusão quando se usa o “*modus ponens*” duplo, conforme abaixo¹²⁶ :

$$\begin{array}{l} W. \quad \underline{W \rightsquigarrow (D \rightsquigarrow C)} \\ D. \quad \underline{D \rightsquigarrow C} \\ \quad \quad C \end{array}$$

A relação entre o apoio e a garantia é, *formalmente*, a mesma entre o dado e a conclusão, a representando, então, como $B \rightsquigarrow W$ ¹²⁷. O termo 'formalmente' deve ser sublinhado, pois embora a relação entre B e W seja um relação de suporte tal qual a entre D e C, a segunda relação é iluminada pela garantia, mas a primeira, restringindo-se ao campo da argumentação jurídica, é uma relação entre texto e regra, ou seja, é uma relação (1) de suporte, mas, (2) de natureza interpretativa.

Toulmin sublinha que a função do apoio é fornecer autoridade à garantia, uma regra geral que permite inferir uma conclusão em todos os casos, em que situação específica hipoteticamente descrita se verifica, exemplifica com uma ga-

¹²⁵ Idem, p.353.

¹²⁶ Idem, p. 357.

¹²⁷ Idem. p. 358.

rantia defendida mediante apelo às leis que governam a nacionalidade nas colônias britânicas. Assim, a descoberta de uma lei publicada em tal data, que contém provisão especificando a nacionalidade para os nascidos em colônias, sob determinadas condições, traduz-se em enunciados de fato que sustentam a garantia correspondente. E o ponto em que deixa explícita a consciência de uma relação mais aprofundada de natureza interpretativa registra-se na sequência em que afirma ser a garantia mais que uma repetição dos fatos incluídos no apoio (backing), mas uma moral de caráter prático.¹²⁸

Segundo Verheij, o modelo de Toulmin enquanto restrito aos elementos *dado*, *alegação*, *garantia* e *apoio*, e suas relações, dificilmente haveria desvio das noções da lógica padrão, embora talvez haja um uso diferente delas.¹²⁹ Pois, o aparato técnico usado limita-se ao *modus ponens*, condicionais e variáveis. Posição que deve ser vista com restrições, pois conforme analisado antes, a introdução do apoio (backing) já “macula” a 'limpeza' da lógica clássica. Além disso, a relação entre o apoio e a garantia, conforme admite o autor, não se estabelece mediante condições de verdade, não se tratando de implicação material.

Contudo, admite Verheij que o elemento refutação (*rebuttal*) (R) provoca desvios em relação à lógica clássica, lamentando que Toulmin não tenha elaborado melhor a função daquele constituinte dentro do argumento.

Essencialmente Verheij entende que **R no modelo tenha a função de contraposição, rejeição ou refutação de um dos elementos do argumento ou de suas relações.**

Aqui, nesta tese, fora atribuída outra função à R fazendo-o a vincular-se à garantia definindo-lhe os contornos: condições, requisitos e exceções. Apesar destas divergências, vale a pena avançar na exposição, pois o resultado traz novo ângulo de compreensão do modelo em exame.

O autor considera que R representa ataque a um ponto qualquer do argumento, inclusive aos condicionais associados: $D \sim\rightarrow C$ e $W \sim\rightarrow (D \sim\rightarrow C)$. O ataque ao primeiro condicional é representado, no exemplo citado, pela asserção de que *Harry tornou-se naturalizado americano*. O ataque ao segundo caso tem

¹²⁸ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 152.

¹²⁹ Verheij (p. 359)

como exemplo a asserção de que *os pais de Harry eram ambos estrangeiros*.

Assim, Verheij defende que Toulmin cometeu grave omissão a não perscrutar o efeito de R, no sentido de ataque aos outros elementos do próprio argumento, sobre a avaliação dos enunciados no argumento, mas que recentes avanços da lógica permitem agora analisar tais efeitos¹³⁰.

Na abordagem de Verheij, como já registrado, um enunciado pode ter o status de *justificado*, *derrotado*, ou, simplesmente, *não avaliado*. Um enunciado derrotado tem contra ele um enunciado contraposto prevalecente. No exemplo, a naturalização americana de Harry *contra-justifica* – derrota – o enunciado que dispõe ser Harry cidadão britânico, por ter nascido nas Bermudas¹³¹. Nas palavras do autor:

Formally, it is convenient to distinguish statements of the form ‘It is defeated that ...’, where the dots indicate a sentence expressing another statement. In this way, attack by reasons can be dealt with by analogy with support by reasons. Whereas the support relation between data D and claim C is expressed by the associated conditional ‘If D, then C’, the attack relation between a rebuttal R and a claim C is expressed by the statement ‘If R, then it is defeated that C’

Na sequência, a análise de Verheij dependerá da introdução de mais um conceito, o de **Conjunto de Suposições Livre de Conflitos**. Antes, define que um **enunciado S é suportado** por um **Conjunto de Suposições** quando (1) é uma suposição do conjunto, ou (2) quando segue de suposições do conjunto mediante uso repetido do *modus ponens*. E define, correlatamente, que um **enunciado S é atacado** por um **Conjunto de Suposições** quando: (1) $\neg S$ é uma suposição do conjunto, ou (2) $\neg S$ segue de suposições do conjunto mediante uso repetido do *modus ponens*¹³².

Um **Conjunto de Suposições Livre de Conflitos (£)** é tal que não existe enunciado que possa ser suportado e atacado por suas suposições. Em relação a tal conjunto, define-se o status de avaliação de cada enunciado S como **justificado** – quando suportado em £ –; **derrotado** – quando atacado em £, isto é, $\neg S$ é suportado –; ou **não-avaliado** – quando não há suporte para S ou $\neg S$.

O Conjunto de Suposições Livre de Conflitos pode ser pensado como sub-

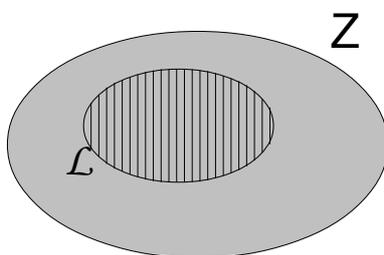
¹³⁰ Idem (p. 361)

¹³¹ Confrontar com as noções do primeiro capítulo: conflito de razões, de razão sobrepujante e razão conclusiva.

¹³² $\neg S$ é lido como ‘é derrotado que S’.

conjunto de um conjunto qualquer. Em um conjunto arbitrário (**Z**) de **suposições justificadas *prima facie*** (razões *pro tanto*) parte das suas suposições pode ser atacada e derrotada pelas demais. A parte justificada restante é o Subconjunto de Suposições Livre de Conflitos Máximo (**£**), e, assim, se diz da interpretação dialética de **Z** por **£**.

Desta forma, se **£** é um subconjunto de **Z**, **£ interpreta dialeticamente Z**, quando (1) **£** é um conjunto de suposições livre de conflitos, e (2) qualquer enunciado **S** em **Z**, não pertencente a **£**, é atacado por **£**.



O exemplo do nativo das Bermudas (sem **W** e sem **B**) ilustra os conceitos acima. Se **D** representa “Harry nasceu nas Bermudas”, **C** representa “Harry é cidadão britânico”, **R** representa “Harry adquiriu a cidadania americana”. E, ainda admitindo que a conclusão **C** está em disputa e os outros enunciados em **Z** ($= \{D, D \rightsquigarrow C, R \text{ e } R \rightsquigarrow \neg(D \rightsquigarrow C)\}$) são suposições, conclui-se que **Z** contém um conflito, pois $D \rightsquigarrow C$ é suportada, na condição de suposição, e é atacada, por aplicação do *modus ponens*. A única interpretação dialética para **Z** é $\mathbb{L} = \{D, R \text{ e } R \rightsquigarrow \neg(D \rightsquigarrow C)\}$, implicando que $D \rightsquigarrow C$ é derrotada, tornando **C** não-avaliada.

No exemplo de Toulmin mais completo (com **W** e **B**), onde **R** ataca a relação $W \rightsquigarrow (D \rightsquigarrow C)$, o **conjunto de suposições *prima facie*** é $Z = \{D, W, R, B, B \rightsquigarrow W, W \rightsquigarrow (D \rightsquigarrow C) \text{ e } R \rightsquigarrow \neg(W \rightsquigarrow (D \rightsquigarrow C))\}$, que contém conflito, pois $W \rightsquigarrow (D \rightsquigarrow C)$ é suportada e atacada em **Z**. Como antes, **W** representa o enunciado que 'um homem nascido nas Bermudas será um cidadão britânico' e **B** representa um conjunto de dispositivos legais. A interpretação dialética **£**, neste caso, qualifica $W \rightsquigarrow (D \rightsquigarrow C)$ como derrotada, mantendo as outras suposições como justificadas. Os enunciados **C** e $D \rightsquigarrow C$ restam não-avaliados nesta interpretação.

A importância do trabalho de Verheij consiste em demonstrar ser possível

avaliar objetivamente argumentos práticos. Na verdade, por meio do que chama de interpretação dialética obtém um método para se qualificar a conclusão de um argumento como justificada, derrotada ou não-avaliada. Infere que o desvio real entre o modelo Toulmin e a lógica padrão se refere ao tratamento das refutações, concluindo que o confronto entre ambos pode ter sido amplificado por Toulmin.

Verifica-se, no entanto, ter havido, no artigo examinado, uma escolha do sentido do termo refutação (R), que em Toulmin padece de (aparente) ambiguidade, e, segundo já discutido, a melhor interpretação o associa aos contornos de aplicabilidade da garantia. Por outro lado, parece ter havido em Verheij, conforme já anotado, simplificação da relação entre apoio e garantia, pois aí sendo o domínio da interpretação jurídica, e, sendo descartada a implicação material, algo mais poderia ser acrescentado à noção de condicional associado.

De qualquer modo, uma noção de refutação ampliada é útil para avaliação do argumento, significando o ataque a qualquer elemento constante do argumento que, direta ou indiretamente, suporta a conclusão. O ponto é que a refutação neste sentido ampliado representa crítica às “premissas” do argumento. Tais críticas seriam examinadas, no modelo original, em argumentos preliminares ou colaterais, não sendo tratadas dentro do argumento principal.

Assim, se B é criticado, no sentido de que aqueles dispositivos, não são mais vigentes, foram revogados ou alterados, e esta crítica é admitida como justificada, então, a garantia resta sem sustentação, e assim por diante até a conclusão. Se a crítica incide sobre a garantia (no caso do Direito, regra) no sentido de que a interpretação jurídica que conduz a W não deve prevalecer e, sim, outra que leva a W', a conclusão também restará como não-avaliada.

A crítica quanto aos dados (matéria factual) seja no sentido de sua insuficiência, impertinência ou irrelevância, também poderá resultar em conclusão não suportada. De qualquer modo, a linha adotada por Toulmin – segundo a leitura aqui admitida – parece ser de que tais críticas devem ser examinadas mediante argumentos prévios ou preliminares ou colaterais, a fim de apurar sua validade e, em consequência, determinar a aceitabilidade da proposição que em confronto com um enunciado base do argumento principal põe em risco a aceitação da conclusão.

A análise do texto de Toulmin permite corroborar o entendimento aqui adotado. Quando dados são fornecidos como fundamento de uma alegação e são impugnados por um interlocutor, procede-se à moda dos geômetras estabelecendo-se lemas antes de prosseguir até a prova final do teorema.

Quando trata da aceitabilidade das garantias, Toulmin argumenta da mesma forma, e menciona lemas e aceitabilidade, **ao menos provisória**, de alguma garantia a fim de evitar um regresso *ad infinitum*: “Jones apresenta um argumento invocando a garantia *W1*, e Smith desafia essa garantia; Jones é obrigado, como lema, a apresentar um outro argumento, na esperança de estabelecer a aceitabilidade da primeira garantia, mas, no decorrer desse lema, emprega uma segunda garantia *W2*; por seu turno, Smith desafia as credenciais dessa segunda garantia; e pode acontecer de o jogo continuar assim, indefinidamente. Para que a discussão avance e possamos continuar o jogo, algumas garantias têm de ser provisoriamente aceitas, sem desafio adicional¹³³.”

A conclusão possível diz que o tratamento de refutações pode ser eficaz mediante a proposta de Verheij, que permite adicionalmente avaliação de argumentos estruturados segundo o modelo de Toulmin. Porém, o elemento R (rebuttals) no modelo não corresponde ao conceito de refutação em Verheij. Este equivale a qualquer contraposição à aceitabilidade de qualquer “premissa” de argumento na forma lógica de Toulmin, aquele corresponde às condições de aplicabilidade da garantia, incluindo aí exceções previstas na garantia e avalizadas pelo apoio (backing).

De qualquer modo, evidenciou-se a possibilidade de avaliar argumentos práticos, especialmente no Direito, dispostos na forma proposta por Toulmin, mesmo com o sentido de R na forma proposta por Verheij, utilizando-se o aparato da interpretação dialética.

Ao contrário do que afirma Verheij, reconhece-se que Toulmin discorreu, embora de modo insuficiente, sobre a validade de argumentos. Primeiramente, Toulmin criticou a ideia de **forma lógica** como fundamento da validade de argumentos. No silogismo, por exemplo, a validade do argumento resulta do fato de que a conclusão está “contida” nas premissas, resultando de transformações for-

¹³³ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 152.

mais destas, misturando-se e rearranjando-se suas partes¹³⁴.

Se o método de embaralhar e reordenar é circunstanciado dentro do modelo Toulmin, há dificuldades no que concerne aos argumentos que, ao invés de garantia, utilizam o apoio. De fato, todo argumento na forma “D, W, assim, C” pode ser disposto na “forma lógica apropriada”¹³⁵. Por exemplo, a premissa universal '*todos os A são B*' quando analisada em garantia (W) '*um A é certamente B*' e apoio (B) '*a proporção apurada de A, que também é B, é 100%*', implica o argumento D ('X é A'), W e C ('X é B') formalmente válido, e o argumento com D, B (apoio) e C, que não é formalmente válido, no critério de embaralhar e reordenar. Abaixo, esta conclusão é evidenciada: primeiro, no caso “D, W, assim, C” e, depois, no caso “D, B, assim, C”:

D: X é A
 W: um A é certamente B
 C: X é certamente B

D: X é A
 B: a proporção apurada de A, que também é B, é 100%
 C: X é certamente B

Isto permite Toulmin concluir que, em termos do apoio sobre o qual repousa em última instância a consistência do argumento, não se evidencia a validade em termos puramente formais.

3.8 - Distinções Relevantes

A distinção entre **argumentos que usam garantia e argumentos que estabelecem garantia** é um gênero abrangente da clivagem no campo da argumentação jurídica entre argumentos de segunda ordem – *que usam regras* – e argumentos de primeira ordem – *que estabelecem regras*. A distinção apresenta-se expressa em Toulmin que, no entanto, não a exemplifica no Direito, manobrando com os

¹³⁴ Idem, p. 170.

¹³⁵ Idem, p. 159 e ss.

conceitos de dedução e indução para promover sua análise. Nesse sentido, a dedução corresponderia a argumentos que usam garantias e a indução a argumentos que estabelecem garantias, mas, ambas as formas de argumento sendo entendidas em sentido amplo, conforme na sequência será examinado.

Argumentos de segunda ordem são os que permitem concluir a partir de um dado, porque justamente contam com a aceitabilidade de uma garantia. Em qualquer campo, garantias estabelecidas fazem prosperar tal classe de argumentos. Exemplos são: “*Pedro auferiu 50 mil reais de rendimentos em 2010, assim, presumivelmente deve declarar renda em 2011 (pois, renda anual superior a 23,5 mil, geralmente, é causa de obrigação de declarar)*”. “*Caio está há 6 meses inadimplente com a pensão alimentícia, presumivelmente, Caio deve ser apenado com prisão civil (pois, descumprimento de obrigação de pensão alimentícia causa prisão civil)*”.

Embora explique os argumentos que **estabelecem** garantia como representados por um ensaio científico, onde dados e conclusão são verificados de modo independente a permitir a criação de uma garantia, que deverá estar em “juízo”, Toulmin nada acrescenta quanto ao estabelecimento de garantias em outros campos. No Direito, porém, o estabelecimento de garantias, que não derivem de outras garantias, processa-se mediante argumentos ponderativos, conforme registrado no primeiro capítulo.

Se a dedução tem o sentido da linguagem ordinária, mais amplo que o sentido técnico admitido em Lógica, onde a afirmação das premissas impede a negação da conclusão, sob pena de inconsistência ou contradição, então é possível entender argumentos garantidos como argumentos “dedutivos”, conforme propõe Toulmin¹³⁶.

Uma outra distinção introduzida e realçada por Toulmin diz respeito aos **argumentos analíticos frente aos substantivos**. Argumentos práticos – incluídos argumentos morais e jurídicos – são substantivos em contraposição aos argumentos lógicos e matemáticos, analíticos. Inicialmente, Toulmin caracteriza um argumento analítico como aquele que se valida em razão da forma; tanto configurado como **D, W, assim, C**, quanto configurado como **D, B, assim, C**. É, portanto, um

¹³⁶ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 173.

argumento excepcional, pois argumentos que usam o apoio, no lugar da garantia, em geral, não são formalmente válidos. O exemplo utilizado de um argumento analítico é:

- D: *Anne é irmã de Jack*
 B: *M (irmã de Jack) tem cabelo ruivo;*
N (irmã de Jack) tem cabelo ruivo;
 (...);
Anne (irmã de Jack) tem cabelo ruivo;
 (...);
 C: *Anne tem cabelo ruivo*

Neste argumento, alinhados dado e apoio (um conjunto de registros individuais) a conclusão resultará evidente, expondo a validade do argumento, pois, no processo de conferência, a cor do cabelo de Anne já estaria identificado. O apoio inclui a conclusão, significando que a adição de D, B e C, numa sentença redundaria em tautologia (critério tautológico). Tal caso não seria encontrado no argumento legal, pois B representando um conjunto de dispositivos legais, a conclusão resultaria de um passo substancial em relação ao conjunto D + B, significando que a adição de D, B e C, não redundaria em sentença tautológica. Na verdade, no passo substancial – *que leva do texto legal mais fatos para a conclusão* – inclui-se o que pode ser identificado como interpretação.

Assim define Toulmin:

Um argumento de D a C será chamado de analítico se, e somente se, o apoio para a garantia que o autoriza incluir, explícita ou implícita, a informação transmitida na própria conclusão. Quando isso for assim, a afirmação "D, B, e também C" será, como regra, tautológica.

A contrario sensu, se o suporte da garantia não contém a informação posta na conclusão, a sentença "D, B, logo C" não será tautológica e o argumento será substancial.¹³⁷

Toulmin esforça-se por demonstrar que testar um argumento para classificá-lo como analítico ou substancial, por meio do critério tautológico, pode even-

¹³⁷ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 179.

tualmente falhar, mas de qualquer modo, o princípio da verificação¹³⁸ – “*a verificação do apoio determina a verdade da conclusão*” - pode discriminar, se é analítico, ou não.

A questão de fundo a que se destina esta e outras distinções efetivadas por Toulmin diz respeito à racionalidade de avaliar argumentos e apreciar alegações, enfatizando que considerações lógicas são **considerações preliminares** que não podem resultar na avaliação integral do argumento, pois não podem atingir o mérito, exceto no restrito campo dos argumentos analíticos. A própria formulação da questão por Toulmin, já permite entrever sua resposta: “Se se segue Hume, termina-se por admitir que o Tribunal da Razão só julga em casos em que os argumentos analíticos podem ser adequadamente pleiteados”.¹³⁹

Assim, não é o caso de concluir, conforme Verheij sugeriu, que Toulmin rejeita cálculos lógicos na avaliação de argumentos, devendo-se jogá-los fora, apenas os considera insuficientes para dar conta de toda a tarefa, pois o verdadeiro problema da avaliação racional de argumentos práticos para Toulmin diz respeito à apuração de argumentos *sólidos*¹⁴⁰, não a teste de consistência e inconsistência, sendo este prévio, e meramente formal. Assim, o argumento prático na medida que serve à ação e à decisão requer mais que simples avaliação formal.

Assim, se um argumento atravessa o 'teste lógico' de que é consistente e formalmente válido - e aqui basta registrar que qualquer argumento substancial na forma “D, W, assim, C” pode ser adequadamente arranjado para tal -, o que permite avaliar seu *mérito* é o fato de haver um procedimento no campo em questão que permita concluir pela **aceitabilidade de uma garantia**, pois “D, W, assim, C”, pressupõe (1) que uma garantia autoriza passar de D para C, e (2) que esta garantia é estabelecida.

O ponto chave para Toulmin, no tocante à racionalidade da argumentação em algum campo, é a existência de “*procedimentos interpessoais e comuns*” que

¹³⁸ Nada a ver com o princípio homônimo do positivismo lógico.

¹³⁹ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 250.

¹⁴⁰ Toulmin, S. *The Uses of Argument*. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2003. Quæstia. Web. 1 Nov. 2011. “In logic as in morals, the real problem of rational assessment -- telling sound arguments from untrustworthy ones, rather than consistent from inconsistent ones -- requires experience, insight and judgement, and mathematical calculations (in the form of statistics and the like) can never be more than one tool among others of use in this task”. (p. 188)

estabeleçam e proporcionem avaliação das garantias neste campo (Toulmin 176), que permitam testar garantias no *interior deste campo*, formando uma *base comum*, sem a qual a argumentação racional, torna-se inalcançável.

O enfrentamento de problemas práticos (principalmente) impõe relevância filosófica à questão “*Que espécies de argumentos podem ser apresentados a favor de nossas alegações ?*”. E a resposta começa por considerar a **noção de validade do argumento** como uma noção dependente do campo, isto é, uma **noção intracampo**, não intercampo. E isto significa exatamente que o julgamento de um argumento, como válido ou inválido, justificado ou injustificado, aceitável ou não-aceitável, deve ser realizado pela *balança de justiça* do próprio campo, pois entender a lógica da física é entender a própria física¹⁴¹. O mesmo se aplica ao Direito e a outros campos de argumento. O Direito com a particularidade de contar com procedimentos institucionalizados concernentes ao estabelecimento de garantias. Assim, o teste lógico¹⁴² de validade, traduzido como consistência interna mediante a apuração de autocontradição, resulta ser relevante, porque *pode* impedir, quando enunciados contraditórios são detectados, o prosseguimento de análise de mérito, e até a própria formulação da alegação ou do argumento digno de análise. Equivalem, assim, os teste lógico-formais às preliminares em causa complexa enfrentadas em julgamento, na esfera judicial ou mesmo administrativa. O argumento que contém asserções contraditórias, ou cuja conclusão contradiz os dados apresentados, irremediavelmente prejudica o entendimento do que sustenta, correndo o risco de nem mesmo sofrer escrutínio no mérito, encerrando-se numa preliminar, por não satisfazer o pressuposto de exposição na forma adequada do caso¹⁴³.

¹⁴¹ Toulmin, S. *The Uses of Argument*. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2003. Questia. Web. 1 Nov. 2011. “*There is **no explanation** of the fact that one sort of argument works in physics, for instance, except a deeper argument also within physics. (**Practical logic has no escape-route, no bolt-hole into the a priori.**) To understand the logic of physics is all of a piece with understanding physics*” (na conclusão da obra)

¹⁴² No sentido estrito da lógica clássica.

¹⁴³ Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. Martins Fontes. São Paulo. 2006. p. 245.

3.9 - Recapitulação do Argumento Jurídico segundo Toulmin

Toulmin invoca a prática jurídica para construir o seu modelo geral de argumento. Na verdade, pode-se dizer que sua teoria nasce de um confronto entre um ideal lógico de argumento e a atividade argumentativa no meio legal. Faz, então, várias restrições ao modelo lógico a partir do que entende ser praticado no âmbito judicial. Nada mais natural, portanto, o ajustamento do modelo ao argumento especificamente jurídico.

Se a estrutura *lógica* do modelo é devidamente especificada para o argumento jurídico, com a restrição de que a garantia incorpore as condições de sua aplicabilidade, inclusive a previsão de exceção, então, a *forma apropriada* do argumento contém D, W, B e QC, onde QC representa a conclusão devidamente qualificada.

O argumento nesta forma apropriada possui validade primária, puramente formal, pois a aceitação de suas “premissas” conduz a aceitar a conclusão devidamente qualificada pela força da garantia empregada. Este resultado decorre do fato visto de que qualquer argumento “D, W, assim C”, pode ser disposto – *com as palavras apropriadas* – de modo que sua validade formal se evidencie, devendo-se admitir também a relação de *interpretação* entre B e W.

Verheij sustenta que, com as adaptações propostas - aceitáveis embora passíveis de crítica conforme fizemos notar mais acima - a validade formal de argumentos é apurável no modelo de Toulmin, mesmo quando “enunciados de refutação” são incorporados aos argumentos concretos, mediante o emprego de sucessivos 'modus ponens' e da chamada interpretação dialética.

Aqui adotamos a linha que entende ser a avaliação do mérito de um argumento jurídico efetivada por parâmetros propriamente jurídicos, em consequência do princípio que estabelece a avaliação do argumento ser campo dependente. O efeito de tal princípio se estende a todos os elementos do argumento, conforme será exposto na sequência.

O '*backing*' (apoio) no caso jurídico é o que comumente se chama de fonte do direito, e, basicamente, são dispositivos legais ou infralegais, mas pode ser a jurisprudência dos tribunais superiores, às vezes, cristalizada em súmulas ou

enunciados, às vezes, apenas deduzidas de decisões reiteradas. Quando a fonte é citada para avaliar uma garantia, a crítica pode ser dirigida em duas direções: a fonte é válida? A fonte é adequada? O problema da validade da fonte diz respeito se fora expedida por uma autoridade legítima e competente, seguindo um procedimento previsto em regras do próprio sistema. A questão da vigência pode ser incluída neste contexto. O problema da adequação diz respeito à pertinência dos dispositivos em relação à determinação da garantia.

Pode ser citado como fonte a **Súmula 659** do E. Supremo Tribunal Federal de seguinte teor: “*É legítima a cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País*” para respaldar regra **justificante da tributação** pela Cofins da receita auferida com a venda de pelotas de minério de ferro.

Por outro lado, poderia, em argumento contrário, a fim de **justificar a não incidência** da Cofins na receita auferida com a venda de pelotas de minério de ferro o **§ 3º do art. 155 da CF/88** (“*à exceção do ICMS e dos impostos de importação e exportação, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País*”), dependente claro de interpretação, aliás, em ambas as hipóteses.

Os dispositivos citados foram legitimamente inseridos na ordem jurídica, pois foram expedidos por autoridades legítimas (STF e Congresso Nacional, respectivamente) respeitando os respectivos ritos. Quanto a vigência deve ser apurada se os dispositivos não foram revogados à época dos fatos (geradores) em discussão. Por exemplo, o dispositivo constitucional fora alterado no seu texto pela Emenda Constitucional nº 33 de 2001 passando a ter a seguinte redação “*à exceção do ICMS e dos impostos de importação e exportação, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País*”. Observa-se que a alteração consistiu simplesmente em substituir a palavra 'tributo' pela palavra 'imposto' no texto original, mas que teve grande relevância para fins da resolução dos contenciosos.

Potencialmente, a garantia é a maior fonte de controvérsias. Ali se concentram as chamadas questões de direito. O principal problema está no fato de ser a relação entre fonte e regra de natureza não biunívoca, isto é, a uma fonte/apoio pode ser associada muitas regras/garantias, e o inverso também pode ocorrer. Isto resulta do fato, já assumido nesta tese, da natureza interpretativa da relação entre B e W. Pressupõe-se inexistir um método capaz de determinar a melhor interpretação dentre as possíveis. Há algo de irredutivelmente criativo – de fato, estipulativo – no processo de interpretar, impossível de ser definido por um método determinístico. Se houvesse uma regra hermenêutica capaz de definir para cada dispositivo, ou conjunto de dispositivos da lei, a única regra correta, o texto de tal meta regra precisaria igualmente de interpretação, redundando facilmente em regresso *ad infinitum*.

Ainda assim, há muitos dispositivos com interpretações incontestadas, seja porque nunca foram controversas, ou porque já foram pacificadas, após certo período conflitivo. Explica o pensamento contrário – de que tudo é controverso – o olhar enviesado que só vê o Direito pelo ângulo do judiciário, mais ainda, do seu órgão de cúpula, a Corte Suprema. Se todo o dispositivo tivesse interpretação controversa o direito não poderia cumprir suas funções básicas de prover coordenação, segurança e estabilidade social. Mas, é um fato incontestado que, em certo grau, estes atributos apresentam-se nas sociedades entronizadas com o Direito.

Das muitas interpretações possíveis de um dispositivo algumas podem ser descartadas, outras podem ser aceitas porque expedidas por autoridade com caráter vinculante, regra geral pelos tribunais superiores. Enfim, quando se aceita uma fonte, se resolve um problema de seleção, mas se segue o problema de interpretação. Exige, portanto, argumento *a latere* a controvérsia interpretativa. De fato, o passo de B para W, pode representar a maior dificuldade para certos casos judiciais. Nestes, é possível que os dados gozem de aceitação consensual, o mesmo valendo para o apoio, mas a garantia permanece indefinida, até que seja enfrentada nos tribunais, mediante caso concreto, o problema da interpretação, que solucionado permite resolver toda uma família de casos.

Para concluir: A avaliação de um argumento passa sobretudo (mas *não apenas*) pela aceitação de sua garantia, tendo o Direito seus próprios procedimentos

de validar garantias, traduzindo-se na prática social de consagrar naturalmente algumas garantias/regras e, em situações conflitivas, delegar à autoridade específica o dever de justificadamente decidir, entre as concorrentes, a regra prevalecente.

4

Regras

4.1 - Introdução

Quando indagado por que prepara uma declaração de rendimentos, você simplesmente pode apontar regra jurídica dispondo a obrigatoriedade de assim fazer, pois recebera renda acima de R\$23.500,00 no ano anterior. Você diz estar seguindo a regra, e a ação está justificada, e, neste sentido, pode-se qualificar a regra de razão de primeira ordem. Na verdade, há aí um argumento onde a garantia está explícita, mas estão omitidos os dados (você excedeu o limite disposto na lei) e o apoio (o dispositivo legal que estabeleceu a regra). Ambas são premissas entimemáticas.

O fato de a regra ocupar o lugar de garantia no campo dos argumentos jurídicos vincula, naturalmente, Raz a Toulmin. Argumentos garantidos se fundamentam em regras. Mas, se, além de razão de primeira ordem, a regra é caracterizada como razão excludente, como propõe Raz, e aqui se admite, então, resta justificada – a ser discutida no capítulo seguinte – a tese de que os argumentos jurídicos se dividem em duas classes: argumentos de primeira ordem e argumentos de segunda ordem.

Raz qualifica a regra como *razão excludente*, fornecendo alguns argumentos a favor da tese, que partem ora da justificação da regra, ora da sua função, ora do comportamento característico dos que a seguem. Antes de examiná-los, deve-se logo destacar, contudo, que caracterizar a regra como *razão excludente* de modo algum esgota sua complexidade, mas revela aspecto não observado por outros autores, até o trabalho de Raz.

4.2 - Regras de ExperiênciaXRegras Expedidas por Autoridades

Seguindo o entendimento de Mill¹⁴⁴, Raz mostra que *as regras de experiência* (“*Rules of Thumb*”) *se justificam como instrumentos para poupar tempo, re-*

¹⁴⁴ PRN, p. 59, o texto de Mill citado é de “A system of Logic” (6,12,3).

duzir o risco de erros e economizar trabalho. As regras, dessa espécie, antecipam decisões a ser adotadas, quando situações hipoteticamente definidas, de fato, se verificam, mas apenas porque no passado, enfrentando situações concretas de mesmo teor, convergiu-se para uma mesma solução. Há, então, uma sucessão de *prévias ponderações de razões* supostamente relevantes que apontaram para um fundamento incorporado posteriormente na regra. Em outras palavras, há uma generalização da experiência elevada a uma condição superior. Supõe-se que a aplicação da regra assim constituída resultará globalmente em maior eficiência nos futuros casos, além de evidente economia de trabalho.

A descrição hipotética ajustando-se à situação fática - *verificando-se as condições de aplicabilidade da regra* - o sujeito, para quem a regra incide, **deve** operar a ação especificamente prevista. Regra assim incorpora sabedoria na medida que representa a experiência acumulada na solução de casos anteriores, a partir do sopesamento de razões, atenuando dificuldades resultantes da aplicação urgente dada pela presença acachapante do caso concreto.

Neste contexto, a justificativa da regra baseia-se na impossibilidade de, em cada caso, dispor-se de tempo, informação, energia e de toda a racionalidade necessária para dissipar conflito de razões com base em adequada ponderação. Regras para poupar esforço e tempo, embora, como admitido por Raz, possam ser objeto de crítica, não são simulacros, embora sejam regras práticas simples, derivadas da experiência comum, não de autoridade. Regra, nesse sentido, aproxima-se, mas não coincide, com a regra na forma da concepção sumária de Rawls¹⁴⁵:

That one is taking a rule in accordance with the summary conception will show itself in the naturalness with which one speaks of the rule as a guide, or as a maxim, or as a generalization from experience, and as something to be laid aside in extraordinary cases where there is no assurance that the generalization will hold and the case must therefore be treated on its merits.

É necessário aqui fazer distinções: se a regra de experiência é abandonada sempre que há dúvida quanto a se o resultado da sua aplicação corresponde à razão conclusiva derivada da ponderação, então se trata de máxima, mas se, mesmo no caso de dúvida, ainda assim prevalece a regra, sem recurso ao procedimento do balanço das razões *pro tanto*, então trata-se mesmo de regra, sem atributo normati-

¹⁴⁵ Rawls, John: Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 1 (Jan., 1955).

vo. E, finalmente, na situação limite em que se sabe que a razão conclusiva aponta solução desviante daquela obtida mediante a regra da experiência, trata-se de regra com atributo normativo.

Assim, o traço distintivo de uma regra, com essa origem (regras da experiência), em relação à mera máxima, repousa no fato de a solução apontada por sua aplicação ser adotada, mesmo no caso em que esta discrepa da solução resultante do sopesamento de razões pertinentes ao caso examinado no primeiro capítulo. Tal se dá por conta das razões demarcatórias da justificativa da regra: poupar tempo, esforço e promover decisões rápidas. O preço do erro eventual, entendido como a discrepância entre a melhor solução obtida pela ponderação de todas as razões pertinentes e a solução obtida a partir da aplicação da garantia, é largamente – *supõe-se* – compensado com a economia de esforço e tempo e redução do risco de equívocos provocados pela urgência, falta de informação e imperícia na condução do balanço de razões conflitantes. Em resumo: o atributo distintivo da máxima em relação à regra impositiva (com caráter normativo) será que esta opera como **razão excludente**.

Por outro lado, regras expedidas por **autoridades práticas** apenas se justificam se caracterizadas como razão excludente. O que conta como autoridade prática¹⁴⁶ - *autoridade com poder para demandar ou exigir ação* - pode ser caracterizado de várias maneiras, e depende de variadas circunstâncias. Aqui, seguindo Raz, a análise limita-se a dois tipos de autoridade: o primeiro tipo funda sua autoridade na **experiência** e no **conhecimento**. Trata-se do ‘*expert*’, o especialista, o perito. O segundo é instituído por exigência de **coordenação e cooperação** social. Trata-se da *autoridade política*.

No caso da autoridade técnica distingue-se a situação de quem recebendo o indicativo do *expert* o utiliza como parâmetro confrontante com sua própria avaliação ou a de outro técnico, qualificando-se como um conselho ou uma opinião adicional, daquele que a toma como entendimento a ser seguido. Somente nesta última hipótese a opinião do *expert* pode receber o *status* de determinação dotada de autoridade, desde que a atitude adotada pelo paciente ou destinatário seja a de

¹⁴⁶ Raz, Joseph. *Authority and Justification*. Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, nº 1, 1985, pp. 3-29. No texto, autoridade prática caracteriza-se como “authority with power require action”.

segui-la, ainda que eventualmente assaltado por dúvidas.

Segue-se, em geral, a **prescrição** do *expert*, que se pressupõe gozar da confiança e de reputação no meio social em que se situa, porque não se tem informação ou formação suficiente para avaliá-la mediante confronto com razão conclusiva apurada segundo apropriado balanço de razões. Nesse sentido, a determinação expedida caracteriza-se, em geral, como **razão excludente**, porque afasta a ponderação de razões para a ação.

É o caso corriqueiro de um paciente que, na consulta médica, queixa-se de dor na articulação do braço/antebraço ao médico de sua confiança, que, então, profere diagnóstico de epicondilite, **prescrevendo** 10 sessões de fisioterapia e uso de gelo três vezes ao dia. Se o paciente, que não dispõe de formação específica na matéria, reconhecendo a legitimidade da autoridade médica, fundada no conhecimento especializado de medicina, segue a ação prescrita sem, de algum modo, verificar seu acerto, já reconhece a instrução como razão excludente.

O segundo tipo de autoridade baseia-se na necessidade de coordenar a ação dos indivíduos em sociedade. Na tradição, que inclui Rousseau, Locke e Hobbes, a análise das autoridades políticas concluía por uma espécie de delegação, em maior ou menor extensão, de direitos individuais a favor de um soberano. O exercício de uma autoridade desta espécie se faz mediante a expedição de diretivas: regras e comandos. Assegura-se coordenação de condutas, em situações de conflitos, reais ou potenciais, mediante deferimento de tal poder à autoridade, equivalendo-se a renunciar à ponderação de razões, e assim considerar a diretiva como **razão excludente**. E é por esta via que todos passam a compartilhar um plano garantidor de coordenação.¹⁴⁷

A expressão 'renunciar à ponderação de razões' ('surrender of judgement') deve ser entendida, não no sentido literal, mas como uma metáfora, ou ainda, como uma forma mais econômica de dizer 'renunciar à ação indicada por meio da razão conclusiva resultante da ponderação de razões'. Pessoas submetidas ao poder de uma autoridade legítima seguem suas diretivas, independentemente de eventual resultado de ponderação de razões quanto ao mérito da ação determinada, que por ventura tenha sido realizada. Não há incompatibilidade entre realização de re-

¹⁴⁷ PRN, p. 64.

flexão própria a respeito do mérito da ação exigida, e seguir a regra na ação que fora determinada. Raz, claro, afirma que “*surely what counts, from the point of view of the person in authority, is not what the subject thinks but how he acts*”¹⁴⁸.

A diretiva de uma autoridade legítima não pode ser simplificada como uma razão ordinária adicional que desequilibra o balanço de razões em certo sentido. No exemplo de uma disputa onde as partes admitem e escolhem um árbitro para resolver a controvérsia, resta claro que a decisão proferida pelo árbitro será, para as partes, uma **razão para ação**, porque este é o sentido de se adotar o procedimento de arbitragem, assim, “*they ought to do as he says because he says so*”¹⁴⁹. A decisão, caso entendida como razão que se agrega ao somatório de razões *pro tanto*, não excluiria a ponderação de nova razão conclusiva nesta nova configuração de razões, e, conseqüentemente, não se exigiria, de um ponto de vista lógico, conformidade com a ação nela (na decisão) definida, mas ação de acordo com a resultante 'all things considered'. No entanto, a admissão da arbitragem pelas partes visava, o que decorre de sua natureza, justamente evitar o procedimento ponderativo, que, de qualquer modo fora incapaz, em tese, de encerrar a contenda.

Esta característica da decisão arbitrada exemplifica o que Raz denomina de **razão preemptiva**¹⁵⁰. Admitir a autoridade do árbitro significa considerar a decisão exarada dotada da capacidade de substituir as razões sobre as quais as partes decidiriam o caso, isto é, significa admitir seu caráter preemptivo.

A decisão do árbitro define-se como **razão dependente**, porque contempla as razões independentes que se aplicam aos litigantes, e nestas são baseadas e destas dependem. Mas também será a decisão qualificada como razão dependente, da perspectiva das partes, de um ponto de vista lógico. A análise da autoridade do árbitro conduz aos dois atributos, que explicam a diretiva vinculativa expedida por autoridade desta espécie, assim, “*the only proper way to acknowledge the arbitrator's authority is to take it to be a reason for action which replaces the reasons*

¹⁴⁸ Raz, Joseph. Authority and Justification. Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, nº 1, 1985, pp. 3-29

¹⁴⁹ idem, p. 9.

¹⁵⁰ idem, p. 10: “*I shall call a reason which displaces others a preemptive reason*”.

*on the basis of which he was meant to decide*¹⁵¹.

As teses da dependência e da preempção não se verificam *tipicamente* no árbitro, mas em qualquer autoridade legítima. Esta a generalização argumentada por Raz. As duas teses são assim universalizadas: (1) **Tese da preempção** - “a diretiva de autoridade para ação é uma razão que não deve ser adicionada às outras razões relevantes quando da avaliação do que fazer, mas deve excluir e ocupar o lugar de algumas delas”; (2) **Tese da Dependência** - “Qualquer diretiva deve ser baseada nas razões que independentemente aplicam-se aos seus destinatários e são relevantes nas circunstâncias do caso”¹⁵².

Algumas observações elucidam um pouco mais as teses.

A tese da dependência não sustenta que a autoridade expede diretivas com base nas razões dependentes, *mas que deva fazê-lo*. Raz admite que a tese supõe um **exercício ideal de autoridade** mediante o qual pretende caracterizar a noção de autoridade legítima.

A tese da dependência não se confunde com a **tese da diferença-zero** ('no-difference thesis'), que Raz define como a asserção de que a diretiva da autoridade não deve resultar em diferença em relação ao que o destinatário diretamente deveria fazer. A distinção entre as teses pode ser visualizada quando, por exemplo, a autoridade considera razões supra-individuais, normalmente envolvendo problemas de coordenação. Ademais, o simples fato de ter sido expedida diretiva – mesmo a considerando completamente alinhada com a razão conclusiva – faz diferença, porque fornece nova razão ao destinatário.

A fim de justificar a tese da dependência, Raz formula outra tese, chamada de **tese da justificação normal**¹⁵³. Em nossos próprios termos, a tese afirma que *justifica – de modo 'normal e primário' - o qualificativo de autoridade dado à pessoa (ou instituição) a demonstração de que o destinatário de suas diretivas promove melhor as razões pro tanto que lhes se aplica quando aceita e segue suas diretivas como vinculantes, ao invés de tentar seguir razão conclusiva resultante da ponderação*. Raz admite que a a tese da justificação normal deixa espaço para desvios e razões secundárias, e que “*a complete justification of authority has*

¹⁵¹ Idem, *ibidem*.

¹⁵² Idem, p.13-14.

¹⁵³ Idem, p. 19.

to do more than provide valid reasons for its acceptance". Uma razão suplementar é o que se pode chamar de condição de reconhecimento, que deve sofrer variações com o caso, embora possa ser admitida como uma condição normativa derivado do sentido do termo.

As teses da dependência e da justificação normal suportam-se mutuamente. De fato, se acatada a tese da justificação normal, deve-se admitir a tese da dependência ("a diretiva da autoridade deve estar baseada nas razões *pro tanto* aplicáveis"), e vice-versa. As duas juntas constituem a concepção de Raz da **autoridade como serviço**¹⁵⁴, e das duas deriva-se a tese da preempção.

Raz exemplifica com o caso da regra social da apresentação de pessoas. Num encontro com um amigo, quando chega um terceiro você deve fazer as apresentações. O fato de ser regra válida é razão para fazer as apresentações, sua validade decorrendo da viabilização ou incremento da interação social (razão *pro tanto*). São razões dependentes porquanto, em eventual processo ponderativo, não se admitiria considerar ambas, "*either the directive or the reasons for holding it to be binding should be counted, but not both. To do otherwise is to be guilty of double-counting.*"¹⁵⁵ Assim, o uso da regra é, para o fim de justificar a ação, incompatível com o uso da consideração da razão descrita como incremento na interação social. O núcleo desta incompatibilidade está no fato de que a própria regra aufere o seu peso, a sua força, das razões subjacentes que, no mérito, as justificariam. Se se procede de modo ponderativo todas as razões mais básicas, as razões de primeira ordem (*pro tanto*) são "somadas" a fim de apurar a razão conclusiva, descabe, então, agregar no somatório o peso da regra, que, justamente, por força da tese da dependência, inclui em seu mérito tais considerações. Do mesmo modo, se a regra é aplicada descabe utilizar as razões de primeira ordem como peso adicional para determinar o curso da ação, porquanto estas já estariam (tese da dependência) contempladas na justificativa da regra, no resumo de Raz:

Hence the preemption thesis. Since the justification of the binding force of authoritative directives rests on dependent reasons, the reasons on which they depend are (to the extent that the directives are regarded simply as authoritative) replaced rather than added to by those directives. The service conception leads to

¹⁵⁴ Idem, p. 21.

¹⁵⁵ Raz, Joseph. Authority and Justification. Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, nº 1, 1985, p. 23.

the preemption thesis. Because authorities do not have the right to impose completely independent duties on people, because their directives should reflect dependent reasons which are binding on those people in any case, they should have the right to replace people's own judgment on the merits of the case. Their directives preempt the force of at least some of the reasons which otherwise should have guided the actions of those people¹⁵⁶.

Em casos de diretivas mal sucedidas, incapazes de representar as razões de primeira ordem pertinentes e relevantes, pode-se objectar contra a tese da preempção, porque então não comportaria – ou não deveria ser reconhecido - efeito vinculante em tais diretivas. Na verdade, segundo a tese da justificação normal, as diretivas expedidas por uma autoridade legítima são vinculantes mesmo quando falham em considerar as razões *pro tanto* presentes no caso, porque a vinculatividade da diretiva depende não deste fato, mas da justificação da autoridade legítima, que, por sua vez, apóia-se na tese de que mais provavelmente, **no todo**, produzirá melhor resultado, se comparado com o resultado produzido pelos destinatários atuando isoladamente. Ademais, se o destinatário da regra confrontar sua exigência com a resultante da ponderação, “*will be relying on their own judgments rather than on that of the authority, which, we are assuming, is more reliable*”¹⁵⁷.

Além do argumento baseado na função da autoridade, um argumento similar deriva da **comparação da regra com a decisão**. Do confronto, Raz conclui que ambas comungam da mesma função, e, por isto mesmo, a regra opera como razão de primeira ordem (razão para a ação) e, ainda, como razão excludente (afasta a ponderação), porque assim também opera a decisão, argumento visto um pouco mais abaixo.

Há ainda um quarto argumento, onde Raz analisa as reações dos indivíduos, que seguem regras, em situações de conflito. As reações diferem dependendo de se a conduta adotada decorre de regra ou da ponderação de razões. Quando se atua, na ausência de regras, sob o domínio do balanço de razões, por uma razão (corretamente) de maior peso, ou por uma razão (equivocadamente) de menor peso, a crítica é uniforme num só sentido, ou bem há censura ou bem há louvor. Não é assim, quando se atua em sentido contrário à regra para adotar a razão resultante do balanço de razões em situações agudas. Nesse caso, há “*uma mistura*

¹⁵⁶ Idem, 24.

¹⁵⁷ Raz, Joseph. Authority and Justification. Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, nº 1, 1985, p. 25.

*de crítica e admiração; pois se tem feito a coisa certa de acordo com a avaliação da situação*¹⁵⁸”, isto é, correta do ponto de vista da pura ponderação de razões de primeira ordem, mas que não deveria ter sido feita, porquanto excluída pela regra. Esta reação contraditória explica-se pelo dilema moral da regra séria¹⁵⁹.

Raz fornece o seguinte exemplo: Paulo tem amigos na França e não os vê há muitos anos, Pedro estabeleceu a regra de passar todas as suas férias na França. Ambos têm razão para gozar, este ano, férias na França. Paulo, porém, pondera razões: a passagem é cara, sua esposa não gosta de seus amigos franceses, ocorrerá na mesma época importante conferência nos EUA; assim, suas férias na França dependerão do resultado do balanço dessas razões conflitantes. Por outro lado, Pedro adotou regra que, justamente, tem a função de **poupá-lo** dessa tarefa, isto é, de todo ano ter de ponderar os prós e contras de usufruir, ou não, suas férias na França, pois, **a adoção da regra equivale a uma decisão geral e antecipada** aplicável às situações futuras de mesmas propriedades. A vantagem das regras, no caso uma regra de experiência de caráter pessoal, em relação às outras razões para ação, é, como anotado, *poupar tempo, evitar o perigo de sucumbir à tentação e afastar a agonia de decidir a cada caso*.

Na sequência ver-se-á em mais detalhes os dois argumentos acima esboçados.

Quando, no artigo “*Reasons for actions, decisions and norms*” de 1975, Raz introduziu pela primeira vez a noção de razão excludente¹⁶⁰, utilizou-se de técnica de elucidação, consistente de exemplificações e comparações, particularmente, examinou a relação entre regra e decisão, concluindo que ambas podem ser analisadas em termos de razões para ação. Não se restringiu às regras legais, ocupando-se de normas prescritivas suscetíveis de ser enunciada na forma abstrata: **Dado C, x deve fazer A**, onde x é o agente, C a circunstância e A ação, na verdade, sua análise abrangeu regras morais, legais e princípios práticos, englobados no gênero *normas prescritivas*. Nesse sentido, portanto, a análise não se deteve em regras técnicas, que buscam dotar o seu destinatário de um procedimento para obter

¹⁵⁸ PRN, pp. 74-75.

¹⁵⁹ op. cit. nota 10, pp. 15-18.

¹⁶⁰ RAZ, Joseph. *Reasons for actions, decisions and norms*, in *Practical reasoning*, 1978, Ed. de Raz, Joseph. Oxford University Press. Este artigo fora publicado originalmente em *Mind*, 1975, pp. 481-499, depois republicado, sem alterações, no livro citado.

melhor performance, nem em regras permissivas, nem em regras que conferem poder ou definem competência ou atribuições¹⁶¹.

O exemplo utilizado para introduzir o conceito é o seguinte¹⁶²: *Ana busca opções para aplicar seu dinheiro. Um amigo lhe apresenta uma oferta, com validade até meia-noite, quando então será retirada. Tudo indica que se trata de boa opção de investimento, mas porque está muito cansada, precisando de mais tempo para analisar, rejeita a oferta, não porque razões contrárias ao investimento são superiores às razões a favor, mas porque não pode confiar no seu próprio julgamento agora. O amigo retruca que isto não é razoável, mas Ana argumenta que, embora esteja tomando uma decisão contra a oferta sem analisar seu mérito, sua decisão é racional, pois dispõe de razão para não proceder à análise do caso.*

A característica especial do caso jaz na razão invocada – *o estado mental do agente* – não é diretamente contrária a aceitação da oferta de aplicação, pois não se referencia em parâmetros de rendimento, segurança, liquidez ou em qualquer outro aspecto pertinente à aplicação financeira. Porém, admitir o fato que torna a agente momentaneamente incapaz de analisar detalhadamente a aplicação ofertada como razão, no caso, resulta em **desconsiderar qualquer razão para a ação**, pois se trata de **razão para não ponderar razões relativas ao mérito**.

Noutro exemplo, *Caio prometeu a sua esposa que, em todas as questões concernentes a educação de seu filho, sua conduta será pautada apenas pelo interesse da criança e que desconsiderará todas as outras razões. Diante do problema quanto a matricular, ou não, o filho em escola particular cara, mas com ensino de alto nível, sabe que, no melhor interesse da criança, deverá fazê-lo. Mas, se assim proceder terá que adiar o sonho de abandonar um dos empregos, e com o tempo livre escrever um livro. Ademais, sua atitude, dada sua influência no meio social, poderá levar outros pais a fazer o mesmo, que, assim, poderão enfrentar sérios sacrifícios para arcar com os custos da nova escola.*

A **promessa**, embora não seja, em si, razão a ser considerada na ponderação de razões para determinar sua decisão de matricular o garoto na escola particular,

¹⁶¹Raz prefere 'mandatório' a 'prescritivo', esclarecendo que o último, mas não o primeiro, está associado a um ato de fala, e evoca a ideia de alguém prescrevendo, não essencial à norma ou regra mandatória.

¹⁶²Raz, J., op. cit., pp 130-131

impede que Caio considere razões, que normalmente figurariam no balanço, por exemplo, a necessidade de tempo livre para escrever um livro, que embora relevante como outras da mesma espécie, conflita com a promessa feita, que prevalece. A promessa feita é uma razão para se **abster** de considerar a hipótese de abandonar o emprego e, também, de considerar o efeito sobre outros em sua comunidade, no entanto, a promessa “*It is not itself either a reason for sending his son to a public school or against doing so*”.

Com base em tais exemplos, Raz constrói a noção de **Razão de segunda ordem** – qualquer razão *para atuar por uma razão* (razão de segunda ordem positiva) ou *para abster-se de atuar por uma razão* (razão de segunda ordem negativa). E define **Razão excludente** como sendo *uma razão de segunda ordem negativa*.¹⁶³ Com a ressalva de que a razão de segunda ordem negativa - 'razão para se abster' - não necessariamente dirige-se contra certa razão, mas de qualquer modo impede que esta atue: “*In other words a person refrains from acting for a reason if he does not do the act or does it but not for this reason. 'Refrains' is used here in an extended sense which does not imply that the agent intentionally avoids acting for the reason*”¹⁶⁴.

Uma razão excludente sempre **prevalece** face a razão de primeira ordem conflitante, pois esta sua função, este seu significado. Mas, uma razão excludente pode ter domínio de exclusão variável, isto é, pode excluir mais ou menos razões dependendo de cada caso. E, mais ainda, uma razão de segunda ordem pode conflitar e ser sobrepujada por outra razão de segunda ordem, caso em que não exclui as razões de primeira ordem pertencentes ao seu escopo de incidência.

4.3 – Análise das Decisões

Raz analisa a decisão¹⁶⁵ em quatro elementos constitutivos: (1) *intenção*; (2) *deliberação*; (3) *Anterioridade*; e (4) *razão para a ação de 1ª e 2ª ordem*. Na

¹⁶³ A expressão razão de segunda ordem positiva (negativa) não está no artigo de Raz, objeto deste trabalho.

¹⁶⁴Raz, J. *Reasons for Action, Decisions and Norms*. Mind, New Series, Vol. 84, No. 336 (Oct., 1975), pp. 481-499

¹⁶⁵sem a pretensão de abranger todo o ato que possa assim ser qualificado, mas a maior parte.

sequência um resumo da análise é apresentada com algumas variações, mas sem alteração da ideia central. Inicialmente, decidir pressupõe **intenção** de efetivar o conteúdo da decisão, a ação decidida. Se X decidiu fazer A, então, X tem a intenção de realizar A. Seria inconcebível *decidir por A, mas não ter a intenção de realizar A*, por exemplo, não teria significado o enunciado: “*O Presidente do Banco Central do Brasil decidiu aumentar a taxa de juros em 1%, mas não tem intenção de fazê-lo*”. Também seria desnecessária a explicitação: “*O Presidente do Banco Central do Brasil decidiu aumentar a taxa de juros em 1%, e tem intenção de elevá-la no percentual decidido*”. A intenção de realizar a ação, nestes casos, entranha-se necessariamente com a decisão, sendo esta uma forma de gerar aquela, embora “*not every intention to perform an action is a result of a decision*”¹⁶⁶.

Em geral, a decisão resulta de **deliberação**, mas decidir implica encerrar um processo, a se recusar a ouvir mais informações ou buscar novos argumentos, o que denota o caráter excludente da decisão. Na mera intenção, o traço de exclusão não se registra, porque aberta à crítica, todavia, decidir marca o fim de um processo de cogitação, discussão e deliberação, enfim, de avaliação de novos argumentos e razões. A expressão “já tomei minha decisão” serve como uma forma simples de afastar qualquer nova razão ou argumento. Mas, a expressão “estou aberto para novos argumentos”, não sendo figura retórica, é uma forma de assumir que não há decisão, ou revela disposição em alterar o ponto de vista até então adotado, o que representaria abandono de decisão prévia, de revogar a deliberação.

Decorre da ideia ou do conceito de decisão, de que esta deve **anteceder** à ação. Deve haver um **lapso de tempo** entre a decisão de fazer A e a realização de A, que pode ser muito curto, mas não nulo. Tal aspecto permite traçar **distinção entre a decisão e a escolha**, que se aponta como “ação direta” não mediada por uma decisão. Quando o professor, sem aviso prévio, oferece dois temas – A e B – para trabalho final de seus alunos, e os alunos devem informar agora o que desejam desenvolver, é adequado dizer, por exemplo, que X escolheu A e Y escolheu B. Mas, quando o professor resolve aguardar até a próxima aula, dando tempo

¹⁶⁶Raz, J. *Reasons for Action, Decisions and Norms*. Mind, New Series, Vol. 84, No. 336 (Oct., 1975), pp. 481-499

para se cogitar vantagens e desvantagens de cada tema, pode-se dizer que X – mais do que simples escolha - decidiu desenvolver o tema A e Y desenvolver o tema B. Claro, há uma fronteira cinzenta entre 'decidir' e 'escolher,' não sendo possível definir, em muitos casos, se houve uma decisão ou simples escolha.

A decisão implica razão mais forte, *em relação à mera intenção*, para realizar a ação, sendo, simultaneamente, **razão de primeira ordem** e, ainda, **razão excludente**, pois quando alcançada necessariamente (1) se chega a uma conclusão do que fazer, e (2) forma-se a convicção quanto ao encerramento do processo de deliberação. As duas condições são cumulativas, tendo a primeira caráter **objetivo** – alcance da conclusão – e a segunda caráter **subjetivo** – crença de que não se examinará novas razões. Se confrontado com a obrigação de justificar a ação, o agente pode simplesmente apontar a decisão, por este motivo a decisão qualifica-se como razão (de 1ª ordem) para a ação. Por outro lado, a decisão desempenha naturalmente a função de razão excludente no sentido de vedar o exame de outras razões, pois, como afirmado antes, a decisão, além de gerar convicção do que deve ser feito, firmando uma conclusão, encerra (convenceu-se deste encerramento) o processo deliberativo, descartando o exame de novas razões pertinentes ao caso, conflitantes ou não.

É possível que alguém esteja convicto, ou seja, já concluiu o que deve ser realizado, mas deseja ainda examinar pontos de vista de pessoas experientes por quais tem apreço, ou mesmo pretende examinar amanhã outro aspecto em maior profundidade. Assim, encontra-se aberto a novos argumentos, embora acredite que nada novo poderá alterar a conclusão já alcançada. Em tal hipótese não há ainda uma decisão, embora haja convicção quanto ao que deve ser decidido.

Por exemplo: o Conselho Universitário discute se fechará a Universidade durante toda a Copa do Mundo, chega a conclusão que deverá fazê-lo, mas apesar desta convicção unânime, mantém aberto o processo de deliberação a fim de apurar o pensamento dos diretórios de estudantes, já que eventual fechamento poderá afetar os estudantes formandos. Em tal caso, o Conselho, embora disponha de uma conclusão, não pode anunciar uma decisão: *“To make a decision is to put an end to deliberation. It is also to refuse to go on looking for more information and arguments and to decline to listen to them when they crop up in one's mind or are*

*suggested by other people*¹⁶⁷. Encerrando-se todo o processo de apuração das opiniões e votos, o Conselho pode anunciar a decisão, porém, se tempo após retomar o processo deliberativo, o significado disso é a revogação da decisão anterior.

A recusa em rediscutir as razões contra ou favor da medida é o que denota o caráter excludente da decisão. Assim, é razoável concluir que *se X decidiu fazer A, então X acredita que sua decisão é uma razão para desconsiderar outras razões a favor ou contra A*, podendo-se admitir que a vedação de nova apreciação de razões não é absoluta:

No doubt in most cases the refusal to re-open the case is not absolute. Usually it is accompanied by some unspecified rider-provided no new information becomes available, or, more strongly, provided no major change occurs, etc. Not all decisions are of the same strength, not all of them are subject to the same escape clause. But **all of them are exclusionary reasons and it is this which distinguishes between them and mere intentions to act**¹⁶⁸

Além destes pontos, já anotados por Raz, há outros aspectos associados ao caráter excludente da decisão. Uma decisão pode afetar, e geralmente afeta, o curso da ação de outras pessoas. Assim, o caráter excludente provê segurança a tais pessoas de que podem programar suas ações considerando aquela decisão. Assim, se o Conselho Universitário, mesmo ainda sem consenso, face a proximidade dos jogos da Copa do mundo, da ansiedade do corpo discente e da instabilidade gerada pela incerteza quanto à suspensão das aulas no período correspondente, resolve adotar a decisão de suspender as aulas, cria segurança para o corpo universitário planejar suas ações. Alguém, por exemplo, que queira viajar no período, poderá programar uma viagem com antecedência, argumentando que o Conselho já decidiu pela suspensão das atividades acadêmicas naquela ocasião..

Definido seu caráter excludente, resta demonstrar o caráter de razão de primeira ordem de uma decisão. As razões para uma decisão são os seus fundamentos, que embora possam ser invocadas como as “verdadeiras” razões para ação, não afastam a decisão de ser justificativa suficiente para a mesma ação. Se questionada por seus alunos porque não haverá aulas naquele período dos jogos, a professora poderá simplesmente dizer: “O Conselho assim decidiu”. Não existe qualquer necessidade de explicitar as razões prevalecentes na deliberação do Conse-

¹⁶⁷ Raz, J. *Reasons for Action, Decisions and Norms*. Mind, New Series, Vol. 84, No. 336 (Oct., 1975), pp. 481-499

¹⁶⁸ Idem, *ibidem*.

lho, que a professora pode nem mesmo as conhecer. Mesmo se fosse uma decisão pessoal – a de suspender as aulas durante a Copa do Mundo -, a justificativa poderia ser de igual teor: “assim decidi”. Neste último caso, sua decisão – de se ausentar no período de jogos - poderia ser declarada inválida por qualquer órgão superior, se não reconhecida sua autoridade para praticar o ato, mas, enquanto não revogada, a decisão mantém seu caráter de razão para ação.

O caso em que o Conselho está num impasse denota ausência de razão preponderante para suspender ou manter as aulas, mas se, apesar disso, anuncia a decisão de suspender as atividades acadêmicas na Universidade no período correspondente aos jogos, utiliza-se desse expediente justamente para criar a razão. Quando da realização dos jogos a Universidade pode suspender as aulas com base nesta decisão do Conselho: “*Before he decided he saw no reason why he should do A rather than not-A. Having decided he has a reason to do A-namely his decision. This argument suggests that at least in some cases decisions are reasons for the act decided upon*”¹⁶⁹.

A análise da decisão em razões (de 1ª e 2ª ordem) pode ser elucidada ainda em confronto com a prática das promessas. A promessa de X fazer A é uma razão para X realizar o ato prometido, mesmo quando se tratava de promessa que não deveria ter sido feita, ou, ainda, quando se sabia que não a cumpriria. O mesmo ocorre em relação a decisões. A decisão é uma razão excludente para não avaliar ou considerar outras razões, mesmo se for o caso de decisão imatura ou precipitada, ou, ainda, quando se sabia que não deveria tomá-la.

4.4 - Promessas versus Decisões

Uma promessa é uma razão que **pode ser revogada** por outras razões, e o fato de ter sido irrefletida, ou de que não deveria ter sido feita é relevante para seu abandono, valendo o mesmo para a decisão, que pode ser rescindível por fato novo, ou não conhecido, ao tempo da deliberação. E ainda em comum, o princípio moral que afirma ‘*promessas devem ser cumpridas*’ tem equivalente na forma

¹⁶⁹ Raz, J. *Reasons for Action, Decisions and Norms*. Mind, New Series, Vol. 84, No. 336 (Oct., 1975), p. 494.

‘*decisões devem ser respeitadas*’, relevando o caráter de razão de primeira ordem. Em ambas – *promessa e decisão* – subsiste a ideia de obrigar-se à ação por meio de *razão* intencionalmente criada, porquanto nem se pode fazer promessa sem considerá-la como razão de conduta tendente a realizar o prometido, nem se pode decidir sem considerar a decisão como razão de primeira ordem para ação correspondente. Ainda em comum, ambas são razões excludentes e ambas são razões independentes de conteúdo, funcionando como razões apenas porque assim fora decidido, ou assim fora prometido. Nota Raz que apesar das semelhanças formais, materialmente, a distinção entre ambas – *promessa e decisão* – é notável: enquanto a prática da promessa promove confiança nas relações interpessoais, a decisão encerra um processo de deliberação, tornando dispensável a consideração de novas razões e argumentos. Conclui-se: *Promessa funciona como razão para realizar o prometido, mas também como razão excludente; Decisão, típica razão excludente, é também razão para realizar o ato decidido.*

4.5 - Regras versus Decisões

A análise da relação entre regras e razões para ação, após o citado artigo de Raz, tem sido notavelmente considerada pelos autores que tem participado da discussão sobre regras. No seu trabalho pioneiro, visando elucidar a própria noção de regra por meio do exame desta relação, Raz fixou a marca que entendeu ser essencial às regras, a de ser razão de primeira ordem e, ainda, de ser razão de segunda ordem de natureza excludente. Que regras são razões para a ação infere-se do simples fato de que são invocadas sem necessidade de qualquer razão adicional para justificar uma conduta. Todavia, importa determinar a especificidade da regra¹⁷⁰, que justifica ou que pauta condutas, em relação a uma razão para ação qualquer.

Aprende-se a relação entre razões e regras quando se nota¹⁷¹ que a ação executável, a que deve ser executada, se pressupõe suportada por razão não derrotada em processo de ponderação, nem excluída por razão de segunda ordem, em

¹⁷⁰ Utilizaremos o termo norma ou regra para denotar a expressão norma mandatória de Raz.

¹⁷¹ Vide primeiro capítulo.

suma, por razão conclusiva. Neste ângulo de visão, as regras cumprem função proeminente na determinação do que deve ser feito, sendo o exemplo corriqueiro a regra jurídica.

Já com o intento de confrontar a regra com a decisão, ressalta-se o atributo comum de não ser a regra verdadeira ou falsa, podendo ser válida ou inválida, seguida ou violada, justa ou injusta. Assim, a prescrição “*Promessas devem ser mantidas*” assume forma de uma regra moral, podendo ser considerada válida no contexto de moralidade vigente, que estabelece um gênero de razões, já a proposição constante do enunciado “*há razões para manter as promessas*” não determina, constata, podendo ser considerada verdadeira. Em geral, estabelecer uma regra implica criar razões, alterar de algum modo o conjunto de razões pertinentes a uma ação, mas um enunciado nada altera neste conjunto.

Em vista da função a que se destina de pautar condutas, a regra se assemelha à decisão, de fato, sem se identificar com uma **decisão geral**. Todavia, enquanto a decisão é a intenção deliberadamente criada como razão (de 1ª e 2ª ordem), especificamente destinada à ação por conta de fatos previamente dados, a regra, tendo as mesmas características, destina-se à infinidade de casos hipoteticamente definidos.

O caso hipotético¹⁷² de Raz, a seguir resumido, exemplifica a semelhança entre regra e decisão. O automóvel de X apresenta um problema mecânico, mas X deverá ainda hoje, à noite, utilizar o seu veículo para participar de um evento. **Decide**, então, não dar carona esta noite, caso alguém lhe peça. Suponha, por outro lado, que Y tenha formulado para si mesmo a proposição de “*nunca dar carona quando seu carro apresentar algum problema mecânico*”. Trata-se de uma regra aplicável em número infinito de situações. Mesmo assim, Y pode eventualmente ter que apreciar o pedido de carona de alguém numa circunstância especial, por exemplo, de urgência médica. Todavia, o problema para Y se reduz a considerar, ou não, a aplicação da regra ao caso; se o caso se ajusta, ou não, à situação hipotética prevista na regra, o que em si acarreta ignorar razões pro tanto pertinentes ao caso. O ponto a ser destacado é que adotar a regra implica compromisso com certo comportamento, e isto significa não reconsiderar motivos, valores ou fins que

¹⁷² Um pouco modificado.

conduziram à adoção da regra, pois “*If I re-examine the rule on every occasion to which it applies, however, then it is not a rule which I have adopted*”¹⁷³. Por outro lado, a fim de justificar a ação, desnecessário proceder ao balanço de razões, basta invocar a regra como razão para negar a carona. **Decidir**, conforme analisado, implica desconsiderar novas razões, ou seja, implica assumir uma razão excludente. Logo, **decidir adotar a regra** implica adotar uma razão excludente.

É possível eventualmente reexaminar a regra, mas não é o caso de justificá-la a cada nova situação, do contrário, perder-se-ia completamente sua função.¹⁷⁴ A desnecessidade de reexame das razões (1ª ordem) a cada caso é o que caracteriza a noção de **seguir a regra**¹⁷⁵, significando, entre outras coisas, não ponderar suas razões subjacentes.

Hart analisa este aspecto vinculativo da regra por meio do que chama de “ponto de vista interno”. Seguir a regra significa fazer o que nela se prescreve, invocá-la para justificar a ação realizada e utilizá-la como instrumento de crítica para os que agem em desacordo com a ação nela prescrita. Por exemplo, para os que adotam o ponto de vista interno – servidores da Administração, juízes e cidadãos, em geral - “a violação da regra não é apenas uma base para predição de que se seguirá uma reação hostil, mas uma razão para a hostilidade”.¹⁷⁶

O paralelo entre **decisão, promessa e regra** explorado por Raz é traduzível no paralelo entre os princípios correspondentes que mandam **respeitar decisão, cumprir promessa e seguir regra** (“*decisões devem ser respeitadas*”, “*promessas devem ser cumpridas*” e “*regras devem ser seguidas*”), a prevalência de tais princípios requer logicamente o reconhecimento do caráter de razão de segunda ordem negativa – razão excludente – no seio de cada prática.

Portanto, normas desempenham, no raciocínio prático, função equivalente

¹⁷³ Raz, *idem*, p. 497.

¹⁷⁴ Este aspecto é o que caracteriza “regras sérias”, conforme nomenclatura adotada por Alexander, L. & Sherwin, E. in *Demystifying Legal Reasoning*, 2008, Cambridge U. Press. “We call rules of this kind ‘serious rules’, as distinguished from advisory rules or ‘thumb rules’ that purport to guide but not to dictate action” (p. 11)

¹⁷⁵ para uma discussão extensa e precursora v. Wittgenstein, L. – *Investigações Filosóficas*.

¹⁷⁶ Hart, Herbert L. A. 2005: *O Conceito de Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. p. 100.

O ponto de vista externo é o de um observador de um agrupamento social que anota as regularidades consistentes em alinhamento de condutas, e em desvios a que se seguem reações hostis. Após algum tempo, o observador externo será capaz de fazer com (razoável) sucesso predições referentes ao comportamento dentro do grupo.

às decisões, quem segue uma regra tem uma razão válida para realizar a ação e, ainda, razão para excluir razões conflitantes. Destaque-se, porém, que a regra não pode ser definida como decisão geral antecipada, ponto evidenciado no contra exemplo do **costume**, identificado por uma prática reiterada, longamente observada na comunidade onde vige, onde não há deliberação prévia, integrante de qualquer decisão. Em geral, regras consuetudinárias não podem ser assimiladas como decisões. Assim, não há equivalência entre decisão geral antecipada e regra.

No exemplo das férias na França, Pedro adotou a regra que, justamente, tem a função de poupá-lo da tarefa de todo ano ter de ponderar os prós e contras de usufruir, ou não, suas férias naquele país. A adoção da regra, **neste caso**, equivale a uma decisão geral antecipada, aplicável às situações futuras, que se adequem às condições previamente estabelecidas. Assim, chegando as férias, Pedro não precisa reconsiderar a matéria. A vantagem das regras imperativas¹⁷⁷, em relação às outras razões para ação, está bem ilustrada no exemplo porque *“they are adopted and followed whenever the agent believes that he has a reason for disregarding certain reasons: This could be to save time, to avoid the danger of succumbing to temptation or the agony of indecision”*¹⁷⁸

Raz claramente defende que regras, embora razões excludentes, **não excluem todas** as considerações contrárias. Dependendo de seus próprios fundamentos, afastam sempre um conjunto, mais ou menos amplo, de razões conflitantes. O ponto deverá visto em mais detalhes mais adiante.

O ato de seguir uma regra pressupõe admiti-la como combinação de razão de primeira e de segunda ordem, mesmo quando pode haver equívoco em lhe atribuir validade. Neste sentido, na teoria de Raz, a chave para elucidar a natureza da regras é a comum noção de '**seguir regra**', embora o autor admita que *“para explicar o que regras são deve-se fazer mais que explicar o que é seguir uma regra”*.¹⁷⁹

No entanto, as três dimensões da existência da regra, que podem se apresentar cumulativamente ou separadamente, identificadas por ser válida, ser praticada e ter sido prescrita são explicadas em função daquela noção. Por exemplo, quem pratica uma regra a segue, quem prescreve uma regra tem a intenção de disciplinar

¹⁷⁷ Usamos equivalentemente imperativa, mandatória e impositiva (mandatory).

¹⁷⁸

¹⁷⁹ id, ibidem, pp. 141.

a conduta de outros no sentido de fazê-las seguir, e se uma regra é válida, justifica-se segui-la ou que *deva* ser seguida.

Wittgenstein introduziu a concepção de *jogos de linguagem*¹⁸⁰ para marcar contextos de uso das palavras, em que ações são projetadas para atingir certos fins dentro de uma comunidade de falantes. A noção de regra ocupa o papel de maior relevância na elucidação do conceito de jogos de linguagem. De fato, as regras definem o jogo e são reveladas na medida em que as ações apresentam regularidades por elas explicadas, daí a necessidade da análise do seu uso efetivo em situações previamente definidas, enfim, da análise da *práxis*¹⁸¹. A observação da prática do jogo permite “ver” as regras, segundo as quais se joga. Mesmo, e talvez principalmente, quando há violação da regra, pois os participantes do jogo revelam a existência do desvio por meio de comportamentos característicos¹⁸².

A noção de sistema de referência (forma de vida) em Wittgenstein funciona como o substrato último - *de crenças, valores e regras compartilhados presentes naquele agrupamento humano* -, uma base comum, a que se deve recorrer para dirimir conflitos ou para definir interpretação¹⁸³ a ser adotada em caso específico. Daí, repetidamente ressaltar a imbricação entre linguagem e ação, e a definição de regras como hábitos e a noção de ‘*seguir uma regra*’ como uma *práxis*.

Admite-se que a concepção de Wittgenstein não conflita com a noção de Raz, no entanto, deve-se concluir que esta é mais ampla. Pois, Raz¹⁸⁴ não admite que todas as regras sejam ‘regras práticas’, como parece derivar-se das “Investiga-

¹⁸⁰ Wittgenstein, L. – Investigações Filosóficas. Coleção ‘Os Pensadores’. §7º. Nesta passagem entre outras especificações Wittgenstein afirma: “*Chamarei também de ‘jogos de linguagem’ o conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada*”.

¹⁸¹ Idem, ibidem. §23. “O termo ‘jogo de linguagem’ deve aqui salientar que o falar da linguagem é parte de uma atividade ou de uma forma de vida”

¹⁸² idem, ibidem. §54. “Mas dizemos que se joga segundo esta ou aquela regra, porque um observador pode ler essas regras na *práxis* do jogo, como uma lei natural que as jogadas seguem”.

No §199, Wittgenstein argumenta ser impossível seguir uma regra apenas uma vez, pois “Seguir uma regra fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são *hábitos* (costumes, instituições)”. E, ainda, na passagem do §201 “Com isto mostramos que existe uma concepção de uma regra que *não* é uma *interpretação* e que se manifesta em cada caso de seu emprego, naquilo que chamamos de ‘seguir a regra’ e ‘ir contra ela’(...) Eis porque há uma tendência para afirmar: todo agir segundo a regra é uma interpretação. Mas deveríamos chamar de ‘interpretação’ apenas a substituição de uma expressão da regra por uma outra”.

¹⁸³ Idem, ibidem. §206. “O modo de agir comum a todos os homens é sistema de referência, por meio do qual interpretamos uma linguagem desconhecida”.

¹⁸⁴ Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press. 1999. pp. 50-58. Aqui Raz examina e critica o que chama de teoria prática das normas, basicamente de Hart.

ções Filosóficas” de Wittgenstein, e ainda do “Conceito de Direito” de Hart. Regras morais podem não ser amplamente praticadas ou quase nunca praticadas, mas não perdem seu caráter normativo por conta disso. Uma regra jurídica pode ser instituída justamente para induzir uma prática (“É obrigatório o uso do cinto de segurança”) ou, em sentido oposto, para vedar uma prática (“É proibido fumar nos restaurantes”).

Supõe a teoria imperativa que toda norma tem origem no poder de império, entendendo, por isto, ser decretada por uma autoridade. No entanto, tal teoria não é capaz de explicar regras consuetudinárias, o que em si a põe em séria dificuldade, e, no que pese a tentativa de salvar a teoria, “*a artificialidade da teoria imperativa tem sido amplamente provada*”, conforme afirma Raz¹⁸⁵. E, então, **a teoria prática das regras** apresenta-se como alternativa. Na forma resumida por Raz, os requisitos que atestam haver numa dada sociedade determinada regra, segundo a teoria prática, são:

1.a maior parte dos indivíduos da sociedade, onde a regra supostamente existe, segue a regra, i.e., realiza a ação nela determinada quando as condições de sua aplicabilidade se verificam;

2.a violação da regra provoca reação crítica e censura dos outros membros da sociedade;

3.aqueles que censuram indivíduos que violam a regra não são, por sua vez, submetidos à crítica;

4.os indivíduos invocam a regra para justificar sua ação ou refutar críticas a seu comportamento, dizem ‘X deve fazer A quando C’.

As críticas de Raz à teoria prática são as seguintes:

1.a teoria não explica regras que não são práticas;

2.a teoria não distingue entre regras sociais e razões amplamente aceitas;

3.a teoria priva a regra de seu caráter normativo.

Sobre o primeiro ponto, várias regras morais são exemplos de regras que não integram práticas sociais, todavia, permanece como regra, para alguém ou grupo social que nela acredita, mesmo que não seja seguida por qualquer pessoa, sua existência se revela, por exemplo, em sentimentos de culpa ou vergonha quan-

¹⁸⁵ Idem, *ibidem*. p 51.

do não é seguida, pois a crença na regra moral independe de sua observância. O mesmo vale para regras pessoais, por exemplo, *uma pessoa pode acreditar na validade da regra de ser vegetariano, embora não conheça outra que seja*. Além disso, como dito antes, há regras legais dispendo em sentido contrário a uma prática estabelecida, como no caso da “Lei da Saidinha do Banco”. O termo regra, resume Raz, não necessariamente pressupõe ‘uma prática social’ a qual pertence, portanto, a teoria prática não pode explicar o sentido da regra.

A segunda crítica de Raz à teoria prática refere-se à indistinção, nos termos da teoria, entre **regra praticada** e **razão aceita**. Um padrão de comportamento pode ter por fundamento uma razão geralmente aceita ou uma regra. A prática de atuar consistentemente segundo uma razão geral deve ser distinguível de seguir uma regra, por exemplo, uma comunidade onde as mães acreditam que todos os recém-nascidos devam ser amamentados até certa idade, não se traduz como seguir uma regra, tão-somente as mães vêem nisso algo *moralmente* bom a ser observado, que enseja reprovação e censura quando deixa de ser adotado.

É também o caso de um jogo, onde certa ação é sistematicamente adotada, não por conta de uma regra, mas por ser uma boa jogada. Por exemplo, no futebol, quando havia um pênalti, o cobrador dava uma ‘paradinha’, não havia regra que o obrigasse a fazê-lo, mas o fazia porque sua chance de converter a penalidade em gol era maior. Presumivelmente, um observador do futebol não poderia, com base nos critérios da teoria prática, distinguir uma regra genuína do esporte da situação descrita.

A terceira falha da teoria prática, segundo Raz, refere-se à ausência de caráter normativo nas regras caracterizadas daquele modo. Invocar uma regra na teoria prática, na melhor das hipóteses, significa enunciar que *existe uma razão*, mas não enunciar *uma razão para a ação*. Dizer que existe uma regra (uma prática) não importa razão para ação, pois o enunciado pode descrever mas não tem a força justificatória de um enunciado normativo:

seguramente, mencionar a regra não é inteiramente irrelevante. Na medida em que implica a existência de uma prática, indica que o falante não está sozinho em seu ponto de vista; é, portanto, um instrumento retórico importante. Mas é irrelevante para o raciocínio prático. Nós devemos, portanto, rejeitar a teoria prática e

procurar uma alternativa.¹⁸⁶

Como já visto, a justificativa de regras práticas simples baseia-se na impossibilidade de, em cada caso, dispor-se de tempo, informação, energia e de toda a racionalidade necessária para dissipar o conflito de razões com base em adequada ponderação. Tais regras, geradas pela experiência individual ou coletiva, embora possam ser objeto de crítica, são normas mandatórias genuínas, não simulacros de regras. No entanto, o traço distintivo de uma regra desse gênero em relação à mera máxima consubstanciada tão-somente em um cálculo, repousa no fato de a solução apontada pela regra ser sempre a solução adotada, mesmo no caso em que esta discrepa do resultado do real sopesamento de razões. Globalmente, porém, *supõe-se que* haverá redução do número de equívocos provocados pela urgência, falta de informação e imperícia na condução do jogo contrastante de ponderar razões conflitantes.

4.6 - Outro Argumento

A *opacidade das regras*, fenômeno assim chamado e analisado por Raz, trouxe argumentos adicionais elucidativos de seu caráter excludente¹⁸⁷. As regras distinguem-se das razões comuns (de primeira ordem) porque não mostram seu valor para ação, não exibem o que é bom na ação para a qual é uma razão. E este atributo surpreendente da regra permite formular problema legítimo traduzido na tarefa de “*to explain how they can be reasons in spite of their opaqueness*”¹⁸⁸. A fim de resolver este, Raz formula outro problema – na verdade, recoloca no domínio das regras problema próprio do contexto das promessas - , a saber, que sentido faz **criar** razão para pautar sua própria ação, isto é, com a intenção de agir de acordo com a razão criada?

E, finalmente, outra propriedade da regra não compartilhada com razões ordinárias, a que Raz chama de *gap* normativo potencial, decorre do fato de ser opaca,; um *gap* entre o avaliativo e o normativo, *i.e.*, entre seu valor e sua força nor-

¹⁸⁶ PRN, p. 58.

¹⁸⁷ Raz, Joseph. Reasoning with Rules. Current Legal Problems, 54 (2001). 1-18.

¹⁸⁸ Idem, p. 5.

mativa¹⁸⁹. De modo geral, à pergunta se uma regra é válida ou vinculante, equivale à indagação se devo me conformar a ela, se devo segui-la. Nada tendo a ver com a questão de se a regra é boa ou sábia ou dotada de valor, ou que se destina a promover mudança ou revogação. Em consequência, uma regra pode ser vinculante ou válida sem ser boa ou dotada de valor, pode até ser uma regra que nunca deveria ter sido instituída. Este é o *gap* que as regras podem apresentar.

Nas razões ordinárias não há o *gap*: a força da razão de primeira ordem está justamente em seu valor específico para aquela ação concreta:

That a novel is insightful and subtle is a reason to read it. We cannot here drive a wedge between the evaluative and the normative, between the two questions: “is it good?” and “is it binding or valid?” (...) There is no gap between being valid reasons and being good or of value, between the normative and the evaluative, as there is in the cases of rules, undertakings and agreements¹⁹⁰.

A validade de uma razão deste tipo (primeira ordem) está justamente em possuir este ou aquele valor.

Raz admite que em última instância mesmo a normatividade de regras baseia-se em considerações avaliativas, podendo este processo, porém, gerar *gap* ocasionais. A perspicácia e sutileza de um romance são razões para lê-lo e, simultaneamente, mostram por que é bom assim fazê-lo, mas as considerações que demonstram porque a regra que desclassifica um atleta que queimou a largada é vinculante não espelham as razões por que assim fazer é bom. O fato de que foi decretado pela Federação Internacional de Atletismo, que tinha o poder para tanto, demonstra por que é vinculante. Quando a aplicação da regra em Seul, durante o campeonato mundial de 2011, eliminou **Usain Bolt** na semifinal da competição, privando o público de assistir a final com sua presença nas pistas, duvidou-se do valor da regra, exemplificando um *gap* real. Porém, ter nas regras constitutivas da Federação uma diretoria com esse poder é justificável com razões que demonstram ser melhor para o esporte ser assim governado, ao invés de ser deixado sem qualquer direção,

but that can justify a variety of rules: to have an annual championship competition, to admit new members by a simple majority in a postal vote of all members, to levy a membership fee of (...) a year, etc. Moreover, typically, though not without exception, the very same considerations could justify contradictory rules. (...) They are, in this sense, content-independent¹⁹¹.

¹⁸⁹ Idem, p. 6.

¹⁹⁰ Idem, ibidem.

¹⁹¹ Idem, p.9

Finalmente, os três aspectos – **opacidade, gap normativo e independência do conteúdo** - estão relacionados, formando um “núcleo robusto e central” das regras em geral. A justificação da validade de uma regra não depender do seu conteúdo terá como consequência a opacidade, que, por sua vez, proporciona potenciais gap normativos.

Outro exemplo, adaptado de Raz, esclarecerá melhor as relações entre os três aspectos. Se você precisa se deslocar do Recreio à Ipanema pela orla, e alguém o questiona por que não vai pela Av. das Américas, você pode dizer que o caminho da orla é mais agradável, pois tem sempre a visão do mar. Esta justificação é dependente do conteúdo. Mas, se você responde: 'Eu sempre vou pela orla', a justificação é independente do conteúdo. Se indagado ainda mais, você diz que estabelecer uma rotina evita o desgaste de decidir toda manhã. Esta resposta reforça o caráter independente, pois a rotina estabelecida tem o sentido justamente de não avaliar as opções.

A opacidade e independência do conteúdo implica a intransitividade para as regras. Nas razões ordinárias prevalecem a transitividade, isto é, se A justifica B e B justifica C, então A justifica C. Se o fato de ser bom é uma razão para ler um romance, e ser perspicaz e sutil justifica qualificar o romance como bom, então, ser perspicaz e sutil justificam ler o romance. A conveniência de ter rotinas justifica manter uma rotina de ir sempre pelo mesmo caminho, inclusive, a rotina de ir pela orla. E a rotina de ir pela orla justifica ir pela orla agora. No entanto, a conveniência de ter rotinas não justifica ir pela orla agora.

A intransitividade situa-se entre as características mais importantes para o entendimento das regras, fornecendo inclusive fundamento à **tese da autonomia**, consistente em afirmar que as **regras fazem diferença**. Opositores da tese da autonomia alegam que uma regra apenas transmite a força de suas razões subjacentes, não fazendo qualquer diferença em relação à razão conclusiva, derivada de um processo ponderativo. No entanto, deixam de notar que, diferente de razões ordinárias, há uma quebra da transitividade quando se trata de regra enquanto razão para ação. Raz observa que entre os que defendem a tese da autonomia “*a few of them realised that the explanation lies in the **breakdown in transitivity** which is a result of the content-indepen-*

dence of the justification of rules, and of their opaque character”¹⁹²(gn).

O fato pelo qual uma regra se constitui em razão para ação não resulta da composição de suas razões de primeira ordem, que respondem por eventual valor da regra, de seu mérito – mas resulta de sua validade. Em outros termos, as considerações que justificam uma regra existem independentemente da regra, mas não constituem a regra como razão para ação¹⁹³. Pode-se resumir este pensamento dizendo que regra e razão conclusiva não se colapsam na mesma razão para ação, podendo até apontar para ações contraditórias, ou ainda, dizendo que a regra não é necessariamente uma correia de transmissão de valores ou princípios, enquanto razões de primeira ordem. No exemplo de Raz, do Clube de Xadrez, um membro pode ter razões fortes para trazer um quarto convidado além dos três permitidos pela regra. A regra obstrui a ação, não porque demonstra algo errado com a entrada de mais um convidado, mas porque impede deliberação com base nesta espécie de razões.

Assim, *“the rule that no more than three guests may be invited by a club member is, first, a reason for members not to invite more than three guests, and also, second, a reason not to act on some reasons for inviting a fourth guest*”¹⁹⁴. O exemplo ilustra por que a regra é razão para ação e razão de segunda ordem, de caráter excludente.

As federações nacionais de atletismo entenderam ser melhor para o esporte a instituição de uma Diretoria na Federação Internacional de Atletismo para gerenciar, administrar e expedir regulamentos, e isto valida a regra que prevê a exclusão da competição do atleta que, numa competição, queima a largada. Da mesma forma, a razão para a validade da “regra dos três convidados” é que o Clube funciona melhor administrada por uma Diretoria – *assim os sócios entenderam!* - pressupondo-se que seguir as diretivas da Diretoria alcança globalmente a melhor situação em relação àquela em que cada qual segue seu melhor julgamento.

Este resultado global superior depende: (1) do bom julgamento da Diretoria; (2) que, seguido, assegura conveniente coordenação das ações de seus membros, não alcançável mediante a multiplicidade dos julgamentos individuais. Assim, os membros não tem motivo para atuar segundo as razões contra ou a favor em relação à entrada de um quarto convidado: *“Rather, they should regard the rule as displacing the rea-*

¹⁹² Idem, p.12.

¹⁹³ Idem, p.13.

¹⁹⁴ Idem, p.14.

sons which the committee was meant to consider in issuing the rule. That is what I mean when I say that the rule is an exclusionary reason”¹⁹⁵. Em Raz, a generalização de tais exemplos fornecerá a explicação por que regras são razões para ação **opacas, independentes de conteúdo, autônomas e intransitivas**. Além disso, explica porque regras são razões excludentes válidas.

4.7 - Crítica de Schauer

Schauer nota que as razões excludentes de Raz são, em grande medida, consistentes com as conclusões decorrentes de seu próprio ponto de vista. Alega, porém, que a inconsistência principal da teoria de Raz resulta da ideia de insuperabilidade da regra, por conta, justamente, de sua caracterização como razão de segunda ordem.

Entende Schauer que a regra pode ser destituída, ou deslocada, dentro do seu domínio de aplicação, por um fato que, em princípio, seria excluído. Fato qualificado como razão forte de primeira ordem, a ponto de afastar a regra naquele caso. Retoma, então, o exemplo das férias na França. Afirma que se Pedro toma conhecimento de promoção, que barateia drasticamente os preços das diárias nos Alpes suíços – *100 dólares contra 300 que pagaria na França* - poderia desconsiderar a exclusão antecipada de toda e qualquer razão de primeira ordem, e mesmo assim manter a regra para todas as demais situações em que não houvesse diferença de preço tão acentuada. Situação semelhante, alega, é a de alguém que excede o limite de velocidade para transportar pessoa ferida a um hospital.

Schauer argumenta – *contra possível réplica de Raz* - que a regra não perde esta condição por conta de situação como as exemplificadas. Em tais casos, a regra é recusada pontualmente, mas continua valendo em todas as demais circunstâncias. Quando a diferença de preços não é tão drástica, no primeiro caso, ou quando a urgência não é extrema, no segundo, a razão excludente opera normalmente para afastar razões de primeira ordem.

Contra outra possível réplica – *de que o caso na verdade se encontra fora da zona de exclusão delimitada pela regra* -, Schauer alega que “*comumente em-*

¹⁹⁵ Idem, p.15.

*pregamos normas não absolutas que possuem alcance amplo em lugar de normas complexas e de alcance estreito, que incluem de antemão todas as possibilidades de afastamento como incidências, qualificações e exceções*¹⁹⁶”. Afirma que Raz equivoca-se em não distinguir entre a ideia de exclusão e o peso da razão excludente. Registra que a regra é tomada como razão excludente, de modo geral, a partir de exame de situações hipotéticas, mas determinados casos exigem verificação mais cuidadosa, podendo, então, afastar *localmente* a força de exclusão da norma.

Por último, Schauer acrescenta que a análise de Raz é incompleta, pois considera as razões de segunda ordem apenas como excludentes, quando podem ser includentes. Por outro lado, não considera o aspecto da generalidade das razões excludentes, não distinguindo aquelas assim qualificadas mas que não se constituem regras. Uma ordem específica, tal como “*não dê ouvidos a ele*”, pode ser razão excludente e não ser regra, tal como “*não dê ouvidos a conselhos de um idiota*”.

As críticas de Schauer, pensamos, não refutam a caracterização das regras efetuada por Raz.

Em relação aos últimos pontos citados, as críticas não prevalecem porque, simplesmente, não correspondem à análise procedida. Raz expressamente deduz que as razões de segunda ordem operam sobre razões de primeira ordem, tanto no sentido positivo, quanto negativo. Portanto, podem ser excludentes e includentes. Por outro lado, a análise de Raz não pressupõe, nem conclui, que toda razão de segunda ordem constitui-se em regra. Ao contrário, exemplifica que a decisão e a promessa são razões de segunda ordem excludentes, mas não são regras.

A principal crítica de Schauer dirigida a Raz refere-se a casos de afastamento da regra por razão de 1ª ordem de força extrema (peso elevado). Porém, tudo que mostra é o fato de que as regras podem ser violadas. A caracterização da regra como razão excludente não implica – *nem Raz assim admite* – impossibilidade de desvios, não importa considerar uma blindagem perfeita da regra. De fato, a análise de situações em que as regras não são seguidas demonstra, ao contrário de

¹⁹⁶ Schauer, F. *Las Reglas en Juego*. Marcial Pons. Madri. 2004. p. 151. Remete-se à discussão no segundo capítulo quanto a distinção entre a garantia e suas condições de aplicabilidade.

refutá-la, a existência de razão excludente, pois as reações nestes casos são típicas. Há, nestes casos de desvio, o que Raz chamou de mistura de reações contraditórias de admiração e censura, simultaneamente; fato não constatável quando há apenas ação contrária à razão conclusiva resultante da ponderação de razões, quando, então, a reação projeta-se em um só sentido.

O exemplo de Schauer – *com acento na ideia de deslocamento da regra, que reduz o seu escopo de aplicação* - não se traduz em crítica eficaz à teoria, pois não seguir a regra, dela se desviar, ou até conduzir-se de modo contrário ao que nela se determina, não a exclui, nem a modifica, mas prova sua existência. De qualquer modo, o próprio Schauer reconhece que o caráter excludente da regra não é de ordem empírica, mas lógica, assim, a descrição de situações reais, ou fictícias, não poderia ter força para negá-lo.

Se, como propõe Schauer, na aplicação da regra, for necessário avaliar, mesmo superficialmente, a força de cada razão conflitante, em princípio afastada pela regra e, assim, diante de força extrema, restringir o seu domínio, então, esta perderia completamente as funções que lhe são próprias, de economia de tempo e esforço, de redução de erros, e, possivelmente, de coordenação de interesses.

De qualquer modo, concede-se mérito no argumento de Schauer em apontar que a regra pode enfrentar reais situações de “exceção”, pois plenamente apropriado falar de exceção para uma garantia de modo geral, e para uma regra jurídica em particular, não o sendo para as razões de primeira ordem. A observação de Schauer de que “*comumente empregamos normas não absolutas que possuem alcance amplo em lugar de normas complexas e de alcance estreito*”¹⁹⁷ é empiricamente irrefutável, e, mais ainda, atende o fim de a regra ser plenamente entendida por seus destinatários, que devem se conduzir segundo suas determinações. Trata-se do que antes chamamos de *fim pedagógico*, meio para atingir o fim de pautar condutas, e, enfim, coordenar interesses e dirimir conflitos. Porém, é necessário entender como fazendo parte da **regra** (*lato sensu*) não apenas o comando (regra *stricto sensu*) mas também suas condições de aplicabilidade, que definem e restringem o seu domínio de aplicação incluindo aí “*de antemão todas as possibili-*

¹⁹⁷Schauer, F. Las Reglas en Juego. Marcial Pons. Madri. 2004. p. 151.

dades de afastamento como incidências, qualificações e exceções”¹⁹⁸.

Quando se fala de regra, sem qualquer esclarecimento, refere-se ao comando, porém, em argumentos práticos (de segunda ordem) não apenas o comando, mas sua condição de aplicabilidade exerce função indispensável. Isto fica claro na estrutura do argumento de Toulmin, conforme apresentado no capítulo 2, onde um lugar é reservado para G, a garantia (regra/comando), e outro lugar é reservado para R, sua condição de aplicabilidade.

Assim, as 'razões fortes' de Schauer poderiam integrar de *antemão* o enunciado, não da garantia, mas da sua condição de aplicabilidade. Se este não for o caso então haveria uma nova exceção, que levaria à alteração das condições de aplicabilidade do comando (garantia), que restringindo o seu domínio de aplicação, leva efetivamente a uma nova regra (*lato sensu*). O fato, porém, terá que transitar por um argumento ponderativo, que, altera a regra do argumento original.

4.8 - O *Postscript* de '*Practical Reason and Norms*'

Na primeira edição de 1975 de '*Practical Reason and Norms*', o artigo inaugural do conceito de Razão Excludente “*Reasons for actions, decisions and norms*” é reproduzido. Além da análise das normas impositivas presente no artigo, Raz acrescenta, no livro, análise das normas não impositivas (permissivas e autorizativas). Não há, porém, variação importante no que diz respeito ao conceito de Razão Excludente.

Contudo, o *postscript* contido na segunda edição de 1990 de '*Practical Reason and Norms*' acrescenta exemplos, explicações e justificativas para o conceito de Razão Excludente. Na sequência serão apresentadas as considerações ali introduzidas e avaliar se houve, de fato, alteração essencial no conceito.

No *postscript*, Raz distingue o caso onde se atua **conforme** a razão R, daquele onde se atua **por acatamento** da razão R. Um agente X realiza a ação A *em conformidade* com a razão R, quando R é uma razão para A naquela situação. No exemplo dado¹⁹⁹, Daniel fica em casa porque aguarda uma ligação importante,

¹⁹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁹ RPN, posfácio, p. 177.

mas o fazendo proporciona apoio moral a Jane. Proporcionar apoio moral a Jane é uma razão (R) para Daniel ficar em casa (A), mas Daniel não agiu por esta razão, isto é, não acatou esta razão, embora tenha agido em conformidade com ela. Se Daniel permanecesse em casa para apoiar moralmente Jane, então, pode se dizer que, mais do que em conformidade, agiu por acatamento a R. Daniel, de algum modo, falhou em relação a Jane, porque não foi sensível o bastante para perceber a necessidade de Jane, mas teve êxito em dar apoio moral a Jane.

Resumidamente: quando se atua conforme uma razão R, embora a ação corresponda ao que é indicado por R, a motivação R' do agente não se identifica com R ($R' \neq R$). Na segunda situação (atuar por acatamento), além da ação está no sentido indicado por R, o agente executa a ação motivado por R ($R' = R$).

Nem sempre agir em conformidade com R mas não agir por acatamento de R pressupõe fracasso, como o exemplo acima pode fazer pensar. O contra exemplo: Pedro visita um amigo porque precisa espairer, mas se depara com o amigo deprimido e, assim, sua visita resulta em elevar o estado de ânimo do amigo. Não há falar em falha porque Pedro ignorava o estado psicológico do amigo – *afinal a onisciência não é atributo humano* -, ao contrário, restou feliz em ter podido lhe ajudar, embora não tivesse esta razão para a visita.

Argumenta Raz²⁰⁰ que razões para ação são, em geral, apenas razões para a conformidade. Entre outros fundamentos, ainda provisórios como admite, indica o caso da lei moral que determina ao pai cuidar dos filhos por amor. Neste caso, considerando a lei moral como razão para ação, apenas pode ser para a conformidade, pois o seu acatamento implicaria cuidar do filho em razão da própria lei moral, e não por amor ao filho, conforme determinado na lei.

Razões excludentes são razões para não agir *de acordo* (por acatamento) com alguma razão válida, nesse sentido, são razões de segunda ordem. Porém, não são razões para não agir em conformidade com alguma razão excluída. Assim, é possível agir em conformidade com a razão excluída e também agir em conformidade com a razão excludente. Isto mostra que a prevalência da razão excludente em face da razão excluída não resulta de ponderação.

No exemplo da promessa de “fazer o melhor pela educação do filho”, acatar

²⁰⁰ RPN, p. 181, posfácio.

a razão excludente (a promessa) implica conformidade com o prometido, mas eventualmente pode permitir conformidade com a razão excluída (demissão para escrever seu livro), desde que a escola pública possa ser a melhor opção de educação do filho. A conclusão disso é que a **razão excludente e razão excluída não conflitam necessariamente**, pois é possível encontrar um modo de, embora acatando a razão excludente, conformar-se à razão excluída. Um modo de avaliar uma razão excludente situa-se justamente em verificar sua capacidade de preservar a conformidade da ação com a razão excluída, em outras palavras, o acatamento pode ser o modo para a conformidade, não sendo, porém, necessariamente assim. Os casos em que o acatamento torna menos provável a conformidade são justamente aqueles em que evidenciam a existência de razões excludentes, e, estas *“estão sistematicamente relacionadas às estruturas centrais do argumento prático, uma vez que regras e promessas são, por natureza, razões excludentes”*.²⁰¹

4.9 – Razões Protegidas

As regras são **razões protegidas** espécie de razões excludentes. A regra é uma razão protegida no sentido de uma composição de razões, a razão para realizar o ato requerido (na regra) e para não agir de acordo (por acatamento) de outras razões **contrárias ou favoráveis** àquele ato (requerido na regra). Nem toda regra apresenta este padrão mas **as regras do Direito estão incluídas na classe de razões protegidas**.

Um exemplo corrente são as regras constantes de um condomínio, expedidas por uma autoridade legítima (exemplo: a assembléia geral de moradores) que fixam, entre outras coisas, o valor da quota condominial para cada apartamento, em função da área de cada apartamento ou do número de moradores ou de outro fator qualquer, ou de uma combinação de fatores numa fórmula matemática. Claro que, mesmo depois da regra fixada, cada condômino pode entender, com base em **razões independentes** (de primeira ordem), que sua cota deveria ter o valor X, e não o valor Y cobrado. Um morador solteiro da cobertura entende pagar

²⁰¹ RPN, p.190, posfácio.

além do justo, pois a cota baseando-se na área do imóvel não leva em conta seu gasto mínimo dos serviços condominiais. A regra, ou ordem da autoridade legítima, põe em relevo ações a ser tomadas por todos e cada um dos agentes, promovendo predizibilidade e coordenação geral, enfim, segurança, que de outro modo não seria possível ou seria alcançada em patamar inferior. As vantagens representadas pela regra são, assim, indiretas. E aqui Raz ecoa Hume, que sintetiza a regra como via “**oblíqua e indireta**” para alcançar vantagem global. Nessa linha de pensamento, a regra eleva o nível de conformidade com as razões subjacentes, isto é, as razões independentes de primeira ordem presentes no caso, tal como se exemplifica no “*dilema do prisioneiro*” ou, em casos, que demandam conhecimento e reflexão de maior profundidade. Ponto já reconhecido nas discussões sobre formas de utilitarismo ou consequencialismo, conforme admite Raz²⁰².

A crítica, na forma de um **dilema**, às regras, de um modo geral, pode ser suplantada invocando a ideia da via “**oblíqua e indireta**”, que proporciona vantagens globais, inclusive quanto à conformidade com as regras subjacentes. Tal dilema pode ser formulado nos seguintes termos: *Se a conclusão do argumento de segunda ordem reproduz a conclusão do argumento de primeira ordem, então, ele é inútil. Se a conclusão do argumento de segunda ordem difere da conclusão do argumento de primeira ordem, então, ele é injustificado.*

Vislumbra-se que a saída do dilema está em apontar que o argumento garantido eleva o nível de conformidade com as razões subjacentes. Em outras palavras, *a conformidade com as razões subjacentes é garantida ao se seguir a regra, no sentido do seu acatamento*, mesmo quando (a regra) requer ação contrária àquela obtida por meio das razões subjacentes. Isto justifica o atributo excludente da regra válida.

A atuação segundo o acatamento da regra R' leva à ação determinada pela razão conclusiva R, isto é, a atuação do agente se conforma com R, resultante da ponderação das razões subjacentes que a regra exclui. Neste sentido, a regra funciona como **razão conforme R** e, ao mesmo tempo, enquanto razão excludente, **razão para não-acatamento de R**. Mais do que isso, o acatamento da regra maximiza a conformidade com suas razões subjacentes.

²⁰² RPN, p. 193, posfácio.

Assim, o posfácio não alterou as noções defendidas no corpo da obra, mas acrescentou novos esclarecimentos ao tema.

4.10 - Crítica de Bayón

Anotou Bayón²⁰³ que, tendo em conta a distinção acima, Raz avança um passo suscetível de mais controvérsia na caracterização a ser finalmente alcançada no conceito de razão excludente, quando afirma que a **razão para ação**, em geral, é razão para a mera conformidade, não sendo necessário o acatamento (atuar por R). Afirma Bayón que esta proposição será a chave para um novo entendimento do conceito de razão excludente válida.

De fato, dizemos que a ideia básica exposta por Raz no posfácio da RPN, como aqui nós a entendemos, é que a função da razão protegida (uma espécie de razão excludente) tem por escopo promover uma estratégia que resulta em máxima conformidade com as razões subjacente que *substitui*, servindo de via indireta mais curta que a ponderação de razões, uma espécie, de *atalho virtuoso*. Ora, admitindo a regra como razão protegida – combinação de atributos de razão de segunda ordem negativa (razão excludente) e de razão de primeira ordem (razão para ação) – deveria estar claro que enquanto razão de segunda ordem exclui, mas enquanto razão de primeira ordem substitui as razões subjacentes, potencialmente promovendo maximização de conformidade. Assim, o atributo de razão de primeira ordem – constitutiva da regra – representa uma espécie de “**reflexo**”²⁰⁴ da razão conclusiva resultante da ponderação das razões subjacentes da regra.

Bayón entenderá que a razão para a ação (da regra), em outros termos, deve ser vista como uma **razão dependente** das razões subjacentes, não sendo uma razão genuinamente nova. Argumenta²⁰⁵ que este novo *approach* dificilmente se compatibiliza com situações e explicações anteriores da razão excludente. É o caso da promessa que faz nascer uma nova razão de primeira ordem e que não poderia ser visualizada como reflexo das razões de primeira ordem presentes e inde-

²⁰³ Bayón, Juan Carlos, “*Razones e Reglas sobre lo concepto de Razón Excluyente de Joseph Raz*”, *DOXA*, 10, 01

²⁰⁴ Não é um puro reflexo, pois considera razões globais.

²⁰⁵ Idem, p. 47.

pendentes gerada pela promessa efetuada. Pode ser invocado o exemplo anteriormente citado da promessa envolvendo a educação do filho, neste caso, o entendimento da razão protegida como atalho virtuoso não se sustentaria, porque a nova razão não necessariamente poderá reproduzir a razão conclusiva resultante do balanço de razões independentes. Na verdade, a razão gerada pela promessa não é dependente das razões anteriores.

O problema existe, segundo Bayón, porque o conceito de razão protegida “oscila” entre dois sentidos: primeiro como razão que exclui todas as razões para a ação, sejam favoráveis ou desfavoráveis; segundo como razão que exclui tão somente as razões desfavoráveis. No entanto, a justificação da razão protegida como via indireta para a melhor conformidade não se compatibiliza com a segundo sentido, pois (a razão protegida) seria meramente uma “forma resumida de argumentar”²⁰⁶, onde uma razão de primeira ordem com determinada força derrota as razões antagônicas, sendo desnecessário fazer referência a exclusão, porque o conjunto de razões derrotadas coincide exatamente com aquele de razões excluídas.

Neste entendimento, aparece como supérflua a própria hipótese de razão protegida, pois a ponderação (vide primeiro capítulo) bastaria para resolver qualquer conflito de razões. Mas se é admitida a premissa da justificação da razão protegida como estratégia indireta de obter a máxima conformidade com as razões subjacentes, a exclusão do acatamento destas se impõe. Ocorre que Bayón problematiza a existência de razões protegidas válidas, no sentido de estratégia indireta para máxima conformidade, e conclui por negar a possibilidade.

Inicialmente, concebe a regra da experiência (“*rule of thumb*”) como regra indicativa, que tem o sentido de generalização a partir de um conjunto de decisões em casos anteriores, todos de uma mesma classe (p) onde o balanço de razões, em situação de informação completa, conduziu a realizar determinada ação (φ). Quando um balanço completo das razões pertinentes ao caso concreto torna-se impossibilitado pelo custo de tempo e/ou de esforço, ou porque o agente sabe que não conhece todas as razões que operam no caso, a regra indicativa (“*nos casos de p, deve-se fazer φ* ”) pode sugerir o resultado mais provável, bastando apenas veri-

²⁰⁶ Idem, p. 49

ficar se o caso pertence de fato a classe p . Regras indicativas são provisórias, revisáveis, mas são vinculantes, porque dada a situação concreta em que se encontra o agente (*que sabe que não sabe*) a racionalidade prática exige que se adote aquilo que a experiência indica. Outra marca relevante dessa espécie de regra, segundo o autor, é sua “*transparência limitada*”, ou seja, a solução que indica pode ser ignorada quando o agente procedendo a um balanço global de razões, que o caso permite, atinge a melhor solução “*all things considered*”.

Bayón entende que regras indicativas são, em sentido estrito, **razões para crer**, não razões para ação, “*para crer, em situações de incerteza, que certo curso de conduta é com maior probabilidade o que se tem razões para executar*”²⁰⁷. Também não são razões para não atuar de acordo com o mérito, pois, na situação em que se aplicam, justamente o mérito consiste em reconhecer que não se sabe ou há incerteza quanto ao que se sabe. É assim que, segundo Bayón, a regra indicativa – entendida como razão para crer – enriquece o conflito prático de razões de primeira ordem e não depende da noção de razão excludente, sendo supérflua.

Outro ponto levantado por Bayón é que **razões independentes** de conteúdo, exemplificadas nas promessas e ordens, são razões auxiliares, que precisam, em argumentos práticos, da complementação de razões operativas. Na verdade, Bayón interpreta uma razão independente do seguinte modo: (1) Se há uma razão R para φ e, na circunstância C , fazer φ' é uma forma de fazer φ , então, há uma razão para φ' ; (2) se ação descrita é φ' então a razão R para realizá-la é independente do conteúdo e se a ação é descrita como φ então a razão para realizá-la é dependente do conteúdo. Ou seja, deste ponto de vista, depende da descrição qualificar uma razão como dependente ou independente do conteúdo. Porém, acredita o autor que a distinção possa ser preservada para os casos em que a propriedade predicável da ação dependa de circunstâncias contingentes.

Assim, certos atos ilocucionários – no contexto de específicas práticas sociais – geram circunstâncias contingentes que alteram o contexto fático atraindo razões “preexistentes” para determinada ação – ação prometida ou ordenada. Na ausência dos referidos atos, as razões “preexistentes” não seriam especificamente razões para aquelas ações. Em síntese, em relação a φ , na classe das razões de-

²⁰⁷ Idem, p. 53

pendentes (do conteúdo da ação) estão aquelas que existem independentemente de tais atos (referenciados em uma prática social), e na classe das razões independentes (do conteúdo da ação) estão aquelas que existem na dependência deles²⁰⁸.

As razões independentes de conteúdo ingressam de forma comum no conflito de razões, i.e., por meio de seus respectivos pesos, e não de forma especial *excluindo* outras razões dependentes ou independentes. Assim, o enunciado de uma promessa pode gerar uma razão que, por sua vez, pode alterar o balanço de razões, mas apenas por conta de sua dimensão de peso, e não por alguma propriedade especial desta *razão* independente.

Acredita Bayón que razões independentes, no sentido acima, mais as razões indicativas, bastam para explicar aqueles contextos de inferência prática, onde as razões excludentes são consideradas essenciais por Raz. Há dois casos analisados: o argumento do *expert* e o argumento da coordenação.

No primeiro caso, supõe-se que B, especialista na matéria, opine que A, leigo e que confia plenamente em B, deve fazer ϕ nas circunstâncias dadas. Raz interpreta como razão protegida a diretiva da autoridade (*expert*), mas Bayón entende ser desnecessário apelar para tal conceito porque o conceito de regra indicativa basta para entender porque é racional para A realizar ϕ . Ora, no caso a própria incerteza e insegurança de A decorrente de sua incapacidade para tratar plenamente do caso conduz a acatar a diretiva do *expert*, mas apenas na suposição de que não possa manejar apropriadamente o balanço de razões, pois a regra é semitransparente. Ou seja, se A for capaz de sopesar as razões de modo apropriado e obter razão conclusiva discrepante do profissional da matéria, a racionalidade estará em não acatar a diretiva do especialista. Pois, não é racional postergar o próprio juízo a fim de manter fidelidade ao *expert* que eventualmente pode estar equivocado.

As diretivas do *expert* são razões para crença, não são razões para ação e, menos ainda, razões protegidas, confrontando com a posição de Raz.

No segundo caso, o problema da coordenação, cuja solução ou pressupõe diretiva de autoridade, que agora assume a função de modo completamente distinto em relação à autoridade pericial, ou pressupõe convenção consolidada pela prática ao longo do tempo. Conforme visto, segundo Raz, o contexto em exame fornece

²⁰⁸ Idem, p. 56.

mais uma razão a favor do conceito de razão protegida, pois a diretiva convencional ou autoritativa deve ser assim compreendida a fim de que cumpra a função de coordenação que lhe é própria no contexto, o que não ocorreria se cada indivíduo sopesasse as razões em jogo em cada caso. Enfim, trata-se de um argumento a favor da tese de razão excludente válida.

Contudo, Bayón mantém a crítica no sentido da desnecessidade do conceito. Funda o seu argumento na dicotomia razão dependente versus razão independente. Considera-se que a diretiva da autoridade é um **ato performativo** que, alterando o contexto fático, cria uma razão nova, capaz de suprir a lacuna epistêmica do agente, que não sabendo como outros agentes se conduzirão, e admitindo a eficácia do **ato ilocucionário** realiza o seu conteúdo. Assim, com base no seu próprio juízo de que os demais também se conduzirão de acordo com a diretiva ordinatória é que também acolhe o seu conteúdo. Se o agente não crê na eficácia da diretiva da autoridade no sentido de moldar as expectativas dos demais agentes em jogo, então “*não tem nenhuma razão para realizar o seu conteúdo*”²⁰⁹.

4.11 - Análise das Críticas de Bayón

O sentido geral da crítica flui no sentido de entender como desnecessário o conceito de razão excludente em contextos de deliberação prática, onde Raz, ao contrário, considera imprescindível. Se a crítica for procedente não impede que a teoria de Raz permaneça como alternativa viável de estratégia para formatação dos problemas típicos de conflitos de razão prática, pois desnecessário não implica invalidade. Neste caso, deve-se entender que Bayón apresenta alternativa, fundada na dicotomia razão dependente e razão independente, ao ponto de vista de Raz, mas não o refuta.

Contudo, a crítica não procede pelas razões que se seguem.

Há um estreitamento no conceito de razão excludente quando compreendida como via indireta para conformidade com razões excluídas. Talvez seja esse o entendimento sobretudo da regra como razão excludente, porém há outros exemplos, tais como as promessas e as decisões, que são razões excludentes da classe das

²⁰⁹ Idem p. 63.

razões protegidas. Contudo, o ponto de vista apenas tem sentido quando todas as razões de primeira ordem são excluídas, porém, retomando a noção em Raz, a razão excludente pode excluir uma, algumas ou mesmo todas as razões de primeira ordem. É o que permite definir o escopo ou domínio da razão excludente, que é um conjunto formado pelas razões excluídas. Ora, se o escopo contém algumas – mas não todas – razões de primeira ordem não teria sentido pensar a razão excludente como estratégia de conformidade com as razões pertencentes ao seu escopo.

O caso da promessa deve ser entendido no contexto dos atos de fala. Quando alguém profere “*eu prometo que ...*” cria já aí, por assim dizer, uma obrigação para si próprio consistente no compromisso de realizar o ato prometido. A ponderação de razões visaria, já em outro momento, a realização ou não da ação que materializaria o cumprimento da promessa, mas o princípio de que promessas devam ser cumpridas atua no sentido de excluir as razões de primeira ordem subjacentes, contrárias ou favoráveis, a realização da ação prometida, melhor dizendo, atua para excluir a ponderação com tais razões.

Segundo Bayón, por se constituir em uma nova razão a promessa feita, consequentemente, não poderia representar a máxima conformidade com razões derrotadas. Mas, não é disso que se trata. Claro que a obrigação de cumprir o prometido (vide o caso da “melhor educação”) preponderando sobre outras razões, pertinentes e relevantes, o faz não pela via da ponderação mas da exclusão. Quando se fala de máxima conformidade no domínio desta prática, não se trata de um ato específico no seu interior, mas das regras que a informam. Assim, ainda é possível apelar para a noção de máxima conformidade pela via indireta, quando, então, as vantagens globais em sustentar a prática são tomadas em conta, inclusive a geração de predizibilidade, confiança e segurança. Raz no próprio posfácio afirma²¹⁰:

Os compromissos, ao criarem uma parcialidade semelhante a favor do modo de ação combinado, aumentam as chances de que esse modo de ação seja realmente empreendido, e, assim, **criam possibilidades de garantir uma segurança que não existiria de outra forma**. Em determinadas situações, e dentro de certas condições – incluindo-se aí, novamente, uma possibilidade *ex-ante* de reciprocidade -, **os compromissos podem levar a melhor conformidade à razão do que seria atingidos sem eles**. (gn)

²¹⁰ PRN, p. 196, posfácio.

Por outro lado, Bayón apresenta a alternativa de que a ação requerida pela regra é uma razão para a crença de que “ação está justificada pelas razões subjacentes”, mas há mais do que razão para a crença, trata-se de razão para acatamento da regra, e conformidade com suas razões subjacentes, com a regra, de outro modo não seria possível justificar a ação simplesmente apontando a regra. No Direito – e em outros campos da argumentação prática -, seria necessário sempre justificar a própria crença mediante algum argumento ponderativo. Mas não é isso que se verifica. Ademais a regra, como estratégia para poupar tempo, economizar esforço, aumentar confiança e segurança, seria frustrada. Assim,

os resultados benéficos são garantidos por meio de uma estratégia indireta maximizando a conformidade com a razão (por exemplo, promover o bem geral) por uma recusa ao acatamento e uma preferência por razões alternativas (ou seja, as regras para a ação para promover, dentro de certos limites, apenas os interesses das pessoas sob sua responsabilidade)²¹¹”.

Em outras palavras: os benefícios são garantidos pela máxima conformidade com a razão de primeira ordem (promover o bem geral) mas por acatamento da regra. Pode-se exemplificar com o Juiz, que, às vezes, exacerbando de suas funções, impõe restrição a uma política geral do Estado ou do Município para promover o interesse de paciente que se socorrendo do Judiciário alcança situação privilegiada por recursos escassos. Cita-se aqui a imposição de fornecimento de medicamentos a um Estado ou Município inclusive com o bloqueio de verbas públicas como forma de executar a decisão. Dentre inúmeras decisões neste sentido lê-se numa delas²¹²: *“É lícito o sequestro ou bloqueio das verbas do Estado necessárias à aquisição dos medicamentos a que se refere a tutela deferida, a fim de assegurar o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana”*.

A razão protegida, sendo bidimensional, mantém duas relações com a ação, uma relação de primeira ordem, vinculada diretamente a ação, neste caso tem força ou peso, podendo ser confrontada com outras razões (também de primeira ordem) em procedimento de ponderação. A outra relação é indireta, pois razão de segunda ordem, descabendo-se falar de ponderação. Quando se diz que a razão protegida exclui outra razão, isto tem o sentido de afirmar sua segunda dimensão.

²¹¹ PRN, p. 196, posfácio.

²¹² Ementa do AgRg no Agravo de Instrumento Nº 638.711 - RS (2004/0155058-0)

Não é possível reduzir esta relação a uma dimensão de peso, conforme argumentado anteriormente.

O argumento de Bayón na verdade é uma forma mais longa de apresentar o acima aludido “dilema da regra” ou, de modo geral, “dilema da razão protegida”, porém, conforme acima argumentado o dilema é superado quando se utiliza a noção de estratégia indireta.

5

Fundamento Lógico da Clivagem

5.1 - Introdução

A tese defendida supõe haver, de um ponto de vista lógico, duas e somente duas espécies de argumentos práticos, particularmente, duas espécies de argumentos jurídicos: Argumentos ponderativos examinados no primeiro capítulo, chamados de argumentos de primeira ordem, onde razões de primeira ordem operam; e argumentos garantidos, examinados no segundo capítulo, chamados de argumentos de segunda ordem, onde uma regra opera. A forma de um argumento garantido é aquela deduzida por Toulmin. A forma de um argumento de primeira ordem é a de uma soma lógica de razões, onde cada razão ingressa no balanço com certa força relativa àquela ação.

A divisão entre duas classes mutuamente exclusivas do campo dos argumentos jurídicos requer fundamentação. E a resposta para o problema de saber o fundamento desta clivagem encontra-se no caráter de excludente da regra jurídica.

A regra jurídica é um tipo especial de razão excludente, pois sua dimensão de excludência tem como escopo o conjunto completo de razões de primeira ordem, que submergindo deixa a regra, enquanto razão de primeira ordem, livre para definir o curso da ação. A regra exclui, em consequência, a ponderação de razões, no sentido lógico, isto é, se a regra ingressa no argumento, necessariamente define ou determina a conclusão sem necessidade de qualquer apuração de uma razão conclusiva.

A regra em si, geral e abstrata, não é razão para ação, nem a sentença que a expressa pode sozinha fundamentar uma decisão, conclusão ou alegação. Na verdade, a regra – *uma razão operativa* – tem a potência de fundamentar ou justificar uma infinidade de ações, mas *opera* apenas quando determinados fatos – razões auxiliares – ocorrem. A combinação da regra com um fato nela previsto se torna a razão de primeira ordem para ação de que se trata. O correlato dessa razão (R + F) são as premissas da inferência prática correspondentes, respectivamente, à ga-

rantia e ao dado no esquema: $W \sim \rightarrow (D \sim \rightarrow C)$.

A ideia mais básica para explicar a clivagem está no fato de que o *Direito faz diferença*, ou deve fazer diferença, existindo para tanto. Isto significa que, na ausência do Direito, o juiz, o administrador e o cidadão atuam a partir das melhores razões de primeira ordem de que disponham, em última instância de melhores razões morais, mesmo nas situações contenciosas. Assim, sem o Direito prevalece a moral em qualquer caso concreto enfrentado, nos tribunais ou fora dele, se é que a solução deva ser justificada mediante razões de primeira ordem completas. Não haveria, nessa conjectura, distinção essencial entre o modo de uma instituição (judiciária ou administrativa) argumentar a favor de uma solução para uma lide e a justificação de um cidadão de ação realizada, por que ambos estariam livres para adotar razões de primeira ordem. E o truísmo “o juiz é um ser humano”, citado por Raz²¹³, dá conta exatamente do fato de que a moralidade submete da mesma forma o juiz e o cidadão.

O ponto do parágrafo anterior, pode ser resumido na proposição, conforme Raz: “a existência do Direito, mesmo **moralmente legítimo**, implica a exclusão da moralidade”²¹⁴. A expressão paradoxal significa apenas que o argumento diretamente moral, baseado em razões morais, é afastado por argumentos fundados em regras. Em outros termos, argumentos de primeira ordem que prosperam na ausência do Direito, cedem lugar aos argumentos de segunda ordem, garantidos por uma regra legal.

Raz, em “*Between Authority and Interpretation*”²¹⁵, desenvolve argumento referente à relação entre o Direito e a Moral para mostrar que o direito pressupõe a moral, que aquele obtém legitimidade a partir deste, e que o efeito do primeiro sobre o segundo, na forma em que o interpretamos, traduz-se em restrição ou modificação do uso de considerações ou valores morais no raciocínio prático de natureza jurídica. Seu argumento será seguido, no essencial, para demonstrar o que mais nos interessa, o fundamento da clivagem entre as duas classes de argumentos.

Preliminarmente, Raz firma a premissa de que um princípio moral não tem

²¹³ Raz, Joseph. 2004. Incorporation by Law. Legal Theory, vol. 10, 1-17.

²¹⁴ Idem, p. 8.

²¹⁵ Raz, Joseph. 2009. Between Authority and Interpretation. Oxford University Press. V. Cap. 4-8.

jurisdição, ou melhor, não tem restrição de domínio, aplicando-se, em princípio, a todas as pessoas. Trata-se aí de afirmar a universalidade do domínio de aplicação dos princípios morais, em distinção, por exemplo, às regras do Regimento da Universidade da PUC-Rio, que se aplicam apenas à comunidade acadêmica da instituição. O fundamento da premissa jaz no fato de que considerações *morais são razões*, e, na medida, que o agente possa compreendê-las, como pertinentes *ao caso*, não poderá deixar de tomá-las em conta sob pretexto de que não se lhes aplicam.

Outro ponto firma a moralidade das leis, derivando a tese do fato de que a Autoridade (o Estado) auferir legitimidade, para produzir leis destinadas a pautar a conduta de pessoas, a partir de *princípios que são por natureza princípios morais*, estando ou não numa Carta Constitucional: “*How do we know that? By their content. They are principles that allow, perhaps even require, some people to interfere in important ways in the lives of others. Valid principles that have such content are moral principles, or nothing is*”²¹⁶. O fato tem por consequência admitir que o Direito pressupõe a moral, pelo menos no que se refere aos sistemas legais que gozam de legitimidade, no sentido acima. Assim, já porque estão submetidos ao Direito, os juízes estão submetidos à moral.

Isto não implica o dever de os juízes em suas decisões observarem tal ou qual princípio moral, dependendo do caso, o Direito até poderá fazê-los observar, mas será de modo contingente. O Direito identifica-se, adquirindo personalidade própria, por excluir a atuação direta da moral nas decisões, caso contrário sua presença não faria qualquer diferença:

Think about it: judges are bound by morality. So, absent any law, they would decide the case on the basis of moral considerations. Does it not follow that where there is law, it either makes no difference to their decisions or it forces them to deviate from what they would do on the basis of morality alone—that it in effect excludes morality?²¹⁷

A proposição “o direito exclui a moral” significa, propriamente, modificação na forma de considerar as razões morais. Antes, diretamente em argumentos de primeira ordem; depois, indiretamente, a partir de argumentos de segunda ordem, nucleados pelas regras do direito, que, além de, em última instância,

²¹⁶ Idem, p. 188.

²¹⁷ Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation*. Oxford University Press. p. 190.

estar legitimadas pela moral, encapsulam mais ou menos razões morais, a depender do caso específico:

True, the result is that some moral considerations that apply absent the law do not apply or do not apply in the same way. But (...), the law modifies rather than excludes the way moral considerations apply and, in doing so, advances, all things considered, moral concerns rather than undermines them.²¹⁸

Assentada a premissa de que não há jurisdição para a moral, juízes, legisladores e todos os cidadãos, sujeitando-se aos valores e princípio morais, sendo submetidos às razões desta natureza, pareceria claramente supérfluo positivá-los na Constituição. Por exemplo, que importa dizer na Carta/88 que o valor moral da “dignidade da pessoa humana” é um fundamento da República Federativa Brasileira (CF/88, art. 1º, inc. III)? Ou que o Brasil nas suas relações internacionais rege-se pelo princípio da “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (CF/88, art. 4º, inc. VIII)? Ou que é uma garantia e direito fundamental “a liberdade de manifestação do pensamento” (CF/88, art. 5º, inc. IV)? Ou que “não haverá penas cruéis” (CF/88, art. 5º, inc. XLVII, e)?

Encartar tais princípios morais parece desnecessário na medida em que se adote a premissa da jurisdição universal. Por outro lado, embora não tenham o mesmo sentido ou mesma natureza, o sentido de todas as proposições convergem para limitar a atividade das instituições estatais em suas ações, envolvendo os três poderes da República – executivo, legislativo e judiciário. Significa, por exemplo, que o legislador ordinário não poderá deixar de considerar o valor da dignidade da pessoa humana quando discute projeto lei, de qualquer natureza. Nem o executivo pode formular políticas sem tomar em conta o objetivo programático de fundo de erradicar a pobreza, ou firmar acordos internacionais, cuja resultante, ao invés de representar combate ao racismo e ao terrorismo, estimula tais práticas por vias transversas. Tais limitações também destinam-se ao judiciário quando afrontado com casos difíceis. Na verdade, a palavra limitação tem o sentido neste contexto não de vedar ou restringir o raio de ação, mas obrigar a considerar tais parâmetros. O sentido de incorporar o valor moral da dignidade da pessoa humana, ou de qualquer outro, na Constituição é o de afirmar a presença deste valor moral, obviamente quando pertinente, em qualquer ponderação de razões em que a auto-

²¹⁸ Idem, p. 192.

ridade deva realizar para decidir caso ou formular regra. Tal conclusão alinha-se perfeitamente com o pensamento de Raz.²¹⁹

Em sociedades moralmente pluralistas, *“it is a commonplace that moral considerations conflict in a variety of ways, that right action requires compromises between various moral concerns, and that sometimes it requires edging some out in favor of others”*²²⁰. Resultará – *admite-se* – que tal conflito de valores e princípios devam chegar a um termo, sob pena de minar a subsistência da própria vida comum no longo prazo. Valores morais encartados servem de pedra de toque à ação preventiva do parlamento quando da expedição de regras gerais de conduta, ou de solução de conflitos abertos, que desaguando no Judiciário exigem solução. Quando a Constituição, ou mesmo a legislação ordinária, resolve prestigiar valores morais, os registrando no texto indica quais valores devam necessariamente ser incluídos no sopesamento de razões. A inconstitucionalidade material de leis, quando apropriadamente declarada, e a reforma de decisão judicial, quando devidamente efetivada, resultam às vezes do não atendimento deste aspecto.

De passagem, vale notar que, embora incorporado ao texto constitucional, não se trata de incorporação ao Direito, no conceito adotado por Raz e Hart (em o 'Conceito do Direito')²²¹. Para melhor entender, ajuda a distinção entre um padrão que vincula porque é parte do Direito, daquele que vincula em razão do Direito. Exemplifica-se com o corriqueiro caso de um contrato que o Direito reconhece – salvo exceções, muitas vezes expressas – suas cláusulas para vincular e obrigar as partes contratantes. Tais cláusulas são regras reconhecidas e garantidas pelo Direito, mas dele não fazem parte. Assim também as leis estrangeiras com efeitos vinculativos reconhecidos pelo Direito brasileiro, mas descabendo dizer dele fazer parte. Portanto, a referência a valores morais na Carta qualificam-se como *“a nonincorporating form of giving standards legal effect without turning them into part of the law of the land”*²²². O mesmo entendimento pode ser ampliado

²¹⁹ Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation*. Oxford University Press. p. 190: *“when the Constitution “incorporates” a moral consideration, such as freedom of speech, it sets limits to the power of Congress and other lawmakers to modify this aspect of morality”*

²²⁰ Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation*. Oxford University Press. p. 191.

²²¹ Idem, p. 193: *“The answer is that they are not. That is, they are not cases of incorporation if “incorporation” means legislating or otherwise making a standard into a law of the relevant legal system by a rule that refers to it and gives it some legal effect”*.

²²² Idem, p. 195.

para abranger objetivos e políticas constitucionalmente definidos, tais como, o que visa erradicar a pobreza, o que anuncia ser a saúde e a educação direito de todos (art. 196 e 205 da CF/88).

Para encerrar o comentário sobre a chamada incorporação, observa-se que nem se trata de palavras inúteis, nem de elementos acabados “*pret a porter*”, mas os valores anunciados numa Constituição representam as condições de contorno para formulação de novos elementos constituintes da ordem jurídica e das decisões relevantes em casos difíceis, vedando a depreciação pelo legislador ordinário dos aspectos da moralidade prestigiados, instrumentalizando o judiciário para exercer este controle. O uso de expressões denotando valores e princípios morais representam, assim, uma etapa em um processo que poderá encerrar-se com uma regra ou decisão em caso concreto, ou mesmo numa decisão da Corte Suprema em exame abstrato de inconstitucionalidade, servindo como ingredientes daquilo que Raz chamou de decisão polifásica ('multistage decision'), onde, o legislador ordinário, as Cortes Judiciais, ou autoridades administrativas assumem protagonismo na última fase, funcionando, enfim, como instrumento de **delegação de poder**.

A conclusão do tópico, considerando o propósito deste trabalho, é que a moralidade, por sua natureza, se aplica a todos como guia de conduta, porém, o modo usual de assim fazer ocorre mediante fornecimento de razões de primeira ordem informadas por valores morais, tais como, justiça, paz, liberdade (de expressão, de locomoção, de crença, de ofício...), igualdade, segurança, honra, dignidade, intimidade, etc.. O Direito faz uma diferença, não no sentido metafórico de excluir a moralidade, mas de fazê-la aplicável de um novo modo, de um modo indireto, mediante o uso de regras legais, reservando, no entanto, espaços para o uso direto de razões morais, particularmente, nos chamados casos difíceis, incluindo aqueles marcados pela vagueza, às vezes decorrentes da própria linguagem, às vezes decorrente de conveniência política de delegação de poder. **O Direito exclui, portanto, não a moralidade, mas argumentos morais.**

Sobreleva, neste momento, argumentar a favor da tese de que a regra jurídica enquanto razão excludente derrota – não por peso – todas as razões de primeira ordem, exclui – por assim dizer – a ponderação. E a razão básica é que se excluísse apenas algumas razões, as remanescentes participariam com a própria regra de

um balanço. Mas isto é inviável, já que neste caso a regra perde suas características, inclusive de **prover coordenação** e segurança. A regra reduzir-se-ia a uma mera razão de primeira ordem.

Assim, para cumprir com a função para a qual se destina, a regra jurídica deve excluir todas as razões subjacentes (*relevantes para ação em mira, claro*), isto é, deve impedir, de um ponto de vista lógico, o balanço de razões²²³. Se o agente mesmo assim pondera, deixa de aplicar a regra e retorna aos termos de um conflito prático de razões de primeira ordem. Neste caso, não aplica a regra original R, mas proporcionará a criação de uma nova regra R'. Em síntese, o agente “legisla” não se submete a regra.

É relevante notar que resultados subótimos potenciais não favorecem a conclusão que todo o caso de aplicação da regra deva ser precedido de ponderação de razões, pois isso eliminaria as vantagens sociais da regra (casos de carência de informação, custo baixo, simplicidade, geração de confiança).²²⁴ Neste caso, a regra seria desnecessária conforme visto na análise do dilema citado no capítulo anterior.

Se uma regra opera em específico argumento, embora o agente não deva atuar segundo o balanço de razões, nada o obsta de pensar, ponderar e até promover investigação minuciosa das razões pertinentes e relevantes no caso. Porém, a razão conclusiva eventualmente apurada não terá qualquer função dentro da estrutura do argumento original, porque a regra válida, articulada com os dados e o apoio (*'backing'*), justifica e garante a conclusão, que poderá ainda ser qualificada e sujeita a restrições indicadas por sua condição de aplicabilidade.

Qualquer campo de argumentos, embora conte com garantias que se constituem em núcleos da maior parte dos argumentos, possui margem mais ou menos dilatada onde prosperam argumentos ponderativos. No Judiciário ou na Administração Pública, o operador do Direito depara-se cotidianamente com situações de **lacuna** ou de **vagueza**, onde argumentos de primeira ordem são necessários para resolver um caso ou justificar uma conclusão. Há também casos em que uma re-

²²³ Eventualmente uma regra pode simplesmente excluir algumas razões, nesse caso, então trata-se de uma limitação ao balanço de razões, de qualquer modo não gera uma espécie de argumento novo.

²²⁴ Ponto enfatizado pelo chamado consequencialismo de regra.

gra define uma solução, mas que se considera – justificada ou injustificadamente – inaceitável. Nestes casos, obriga-se o julgador ou o administrador a ponderar razões, afastando a regra vigente, então, legisla, nem sempre no sentido de criar regra nova, mas, as vezes, no sentido de alterar as condições de sua aplicabilidade, inserindo novas exceções.

A regra protegida no sentido de Raz implica, necessariamente, a impossibilidade lógica de simultaneamente na mesma estrutura atômica combinar argumentos ponderativos e argumentos garantidos, porque a regra derrota as razões concorrentes, não por peso mas por hierarquia.

É necessário completar a tese para demonstrar que argumentos apresentados como genuinamente distintos e típicos do Direito, na verdade, são casos especiais dos padrões básicos. Os argumentos *a simili* (por analogia), *a fortiori*, e *a contrario* são, em geral, apontados como formas argumentativas típicas do Direito, não redutíveis aqueles padrões. No entanto, ver-se-á que a proposição não resiste a exame mais detido.

Em “*Demystifying Legal Reasoning*”,²²⁵ Alexander e Sherwin consideram uma das formas de mistificação do argumento jurídico a analogia, termo que no Direito supostamente representa um argumento legítimo e autônomo, capaz de justificar conclusões mediante confronto de dois ou mais casos. Perelman²²⁶, por exemplo, o considera típico do Direito, dando-lhe um caráter peculiar de tal monta que o faz propugnar por uma lógica própria para o Direito (lógica jurídica²²⁷) desviante da lógica formal.

De fato, Alexander e Sherwin identificam como formas genuínas de argumento, propriamente utilizadas no Direito, as mesmas que são utilizadas em outros campos, não reconhecendo qualquer peculiaridade, de um ponto de vista estrutural, ao argumento jurídico. Aqui vamos examinar as razões expendidas pelos autores conforme expostas na obra citada.

²²⁵ Alexander, L. & Sherwin, E. - *Demystifying Legal Reasoning*, 2008, Cambridge University Press

²²⁶ Perelman, C. – *Lógica Jurídica*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

²²⁷ Idem, p. 5: Perelman afirma “não creio que se deva identificar lógica com a lógica formal, pois isto leva impreterivelmente a tentativas de reduzir os raciocínios habituais dos juristas, tais como os raciocínios *a pari*, *a contrario* ou *a fortiori*, a estruturas formais, ao passo que se trata de algo inteiramente diverso”.

Reconhecem os autores dois modelos de argumentação no sistema de *common-law*²²⁸, o modelo natural e o modelo de regras. O modelo natural admite, segundo pensam, duas formas de argumentação, conforme visto no primeiro capítulo. E o modelo de regras três: as duas formas incorporadas no modelo natural, mais uma forma específica deste modelo: O método dedutivo.

No sistema de *common law*, o modelo de regras implica atribuir ao juiz função legislativa além da função judicante, que lhe é peculiar, pois as regras anunciadas em casos precedentes operam como regras, no sentido de excluir ponderação de razões para decidir em casos posteriores. Na verdade a *regra séria* de Sherwin & Alexander pode ser entendida exatamente como *regra na forma analisada por Raz*:²²⁹ razão para ação de primeira ordem e razão excludente de segunda ordem, para o fim de excluir razões subjacentes à regra que de outro modo operariam. Neste sentido, o método dedutivo é a tradicional subsunção, i.e., “dedução” a partir de regras, devidamente interpretadas, dotadas de autoridade, onde cabe verificar a ocorrência de situação prevista na regra para, então, fazer valer as consequências nela previstas. Tal método, não admissível no modelo natural, tem papel relevante no modelo de regras.

5.2 - Argumento Analógico - Geral

Defendem os autores (Sherwin & Alexander) que não há argumentação peculiar ao Direito. Os argumentos invocáveis para justificar uma decisão judicial são os mesmos empregados em quaisquer outras atividades em que se faz necessário decidir. Tais argumentos são representáveis pelos métodos acima descritos.

Do ponto de vista dos autores, qualquer alegação de existência de formas argumentativas próprias do Direito é falsa, sendo, na verdade, uma máscara que oculta os métodos empregáveis e, de fato, empregados nos diversos procedimentos judiciais, mistificando o raciocínio judicial. Qualifica-se dessa forma – como

²²⁸ Embora a discussão empreendida toma o direito como praticado no sistema anglo-americano, toda a reflexão e resultados aplicam-se quase imediatamente ao sistema romano, incluindo o brasileiro.

²²⁹ RAZ, Joseph. *Reasons for actions, decisions and norms*, in *Practical reasoning*, 1978, Ed. de Raz, Joseph. Oxford University Press. Este artigo fora publicado originalmente em *Mind*, 1975, pp. 481-499.

máscara - o chamado raciocínio analógico, que na sequência será examinado.

De modo muito amplo, pode-se caracterizar o método analógico como aquele que, partindo de um caso julgado, faz comparações com um caso pendente, a fim de buscar as similitudes ou diferenças entre eles e, assim, alcançar resultado, no caso pendente, paralelo ao resultado conhecido do caso precedente.

Tradicionalmente distingue-se três modos do argumento analógico: *a simili*, *a fortiori* e *a contrario*, que são normalmente citados como não-redutíveis a argumentos lógico-formais, ou de qualquer outra natureza, sendo, portanto, tipicamente jurídicos. Nenhum desses modos, porém, será admitido como genuíno ou relevante para o Direito por Alexander e Sherwin.

5.3 - Argumento *a simili*

O argumento *a simili* é o paradigma dos argumentos analógicos, e toma por base as *propriedades comuns* presentes nos dois casos confrontantes: o *caso paradigma* e o *caso problema*. Trata-se de pôr em evidência a similitude do caso em julgamento com uma decisão anterior aceita, ou subsumi-lo em uma regra legal que trata de caso da mesma espécie²³⁰. Perelman ilustra a noção com uma metáfora extraída de Aristóteles: “*assim como os olhos dos morcegos são ofuscados pela luz do dia, a inteligência de nossa alma é ofuscada pelas coisas mais naturalmente evidentes*”.²³¹ O fundamento último, no Direito, do argumento *a simili* é uma regra de justiça que impõe tratamento igual para casos *essencialmente* iguais ou semelhantes. Naturalmente, a disputa voltar-se-á para definir se determinado atributo comum é, ou não, relevante, ou, ainda, se as diferenças não são ainda mais relevantes, a fim de permitir um tratamento diferenciado.

Alexander e Sherwin caracterizam o argumento *a simili*²³² simplesmente como aquele em que o resultado do caso precedente pode determinar resultado equivalente no novo caso, se os casos são factualmente similares. A ideia básica é verificar se o conjunto factual do caso pendente mantém intersecção com conjunto

²³⁰ PERELMAN, Chaïm; *et al.* 1996: *Tratado da argumentação*. A nova retórica. Martins Fontes. P. 424.

²³¹ Idem, *ibidem*.

²³² Alexander, *idem*, pp. 66-67.

factual do caso precedente e, assim, com base no princípio de igualdade, determinar o resultado equivalente para o novo caso.

No exemplo fornecido²³³ Karl mantém uma jaguatirica em sua casa. Vizinhos levantam um precedente, onde Edward não pode manter em sua residência um urso de estimação e, assim, com este fundamento, e com base no princípio de igualdade (“*casos iguais devem ser igualmente tratados*”), movem uma ação a fim de obrigar Karl a remover seu animal.

Sublinham os autores, inicialmente, que o princípio da igualdade não tem relevância moral numa cadeia de decisões²³⁴. Mas, admitem o princípio a fim de se opor ao argumento *a simili*. Observe-se que a crítica será geral para qualquer raciocínio analógico. Argumentam que é impossível dizer se os casos são iguais ou semelhantes. Há infinitas similaridades (ambos têm pelos, ambos são mamíferos, ambos são predadores, ambos podem ferir uma criança, ambos são selvagens) e infinitas diferenças (no tamanho, na origem ou na procedência, na coloração, um tem manchas, outro não).

Neste sentido, argumentam que para tratar igualmente é necessário determinar se os casos são iguais em alguma característica relevante, e para isso é necessário fazer referência a alguma **proposição geral** que vincula ursos e jaguatiricas. A razão para proibir a jaguatirica de Karl não se assenta nas similaridades com o urso de Edward, mas em regra (“*animais perigosos são proibidos em área residencial*”) ou princípio (“*o direito de propriedade limita-se pelo dever de não causar dano ou risco a outras pessoas*”).

Criticam a posição daqueles que mantêm a desnecessidade de proposições gerais para decidir casos a partir de analogias. É o caso de Loyd Weinreb²³⁵, que cita lixeira examinada pela Corte de apelação de Nova York, que manteve a responsabilidade da empresa de barcas a vapor por furto a passageiro na estação. A corte invocou duas cadeias de precedentes. Numa cadeia, as empresas eram responsabilizadas por furto no interior de suas hospedarias, noutra cadeia, as empresas ferroviárias eram isentas de responsabilidade por furto em carros-leitos. A Corte en-

²³³ Idem, p. 68.

²³⁴ Idem, p. 68, o argumento que sustenta este ponto de vista está no cap. 2 da obra em exame.

²³⁵ Weinreb, Loyd L. – *The use of analogy in Legal argument*. Cambridge University Press, 2005, apud op. cit. n. 1, p. 69.

tendeu que a estação das barcas se assemelhava mais à hospedaria e menos aos carros-leitos ferroviários, e, assim, deu provimento ao apelo do passageiro para determinar à empresa arcar com a indenização pelo furto. Assim, conclui Weinreb pela irrelevância das proposições gerais, que denotam juízo de valor das semelhanças, mantendo a prevalência das próprias comparações entre os casos.

Alexander e Sherwin²³⁶ afirmam que embora possa não ter formulado explicitamente uma generalização a partir de cadeia de casos, a Corte de algum modo formulou juízo de relevância, na linha, por exemplo, das expectativas dos passageiros ou da condição da empresa em fornecer segurança em cada caso.

O apelo a intuições não poderia prosperar aqui, pois se levam a resultados diretamente sem qualquer justificativa, devem ser rejeitadas por injunções normativas. Não se admite a decisão judicial baseada na intuição²³⁷, porque seria equivalente ao lançamento de uma moeda. Por outro lado, se há justificação, então, o apelo a proposições gerais consubstanciando juízos de relevância seria inescapável. O ponto é claramente normativo, conforme admitem os autores: “*This lead to the normative point: judicial decision making, as an exercise of authority, ought to meet this minimal requirement, and therefore ought to entail more than blind, untested, and untestable intuition*”.²³⁸

5.4 - Argumento *a fortiori*

O argumento *a fortiori* apoia-se, também, na comparação entre casos, onde a razão alegada para decidir caso precedente, supostamente, aplica-se com mais razão no caso atual. É comum o uso de estrutura dessa modalidade argumentativa nas mais variadas áreas como se registra a Bíblia Sagrada no sermão da montanha: “*Deus não deixa os pássaros morrerem de fome **com muito mais razão** não deixará os homens*”. Ou ainda quando se argumenta, dentro ou fora do Direito, na forma: *sendo proibido entrar no metrô com cães, com muito mais razão impõe-se vedar a entrada de passageiros com ursos*.

²³⁶ Idem n. 1, p. 70.

²³⁷ V. art. 93, inciso IX, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988, que determina a nulidade da *decisão administrativa ou judicial desprovida de fundamentação expressa, cf CF/88*.

²³⁸ Idem n. 1, p. 76.

A noção básica do argumento *a fortiori* apoia-se na comparação dos pesos (ou forças) entre os suportes factuais dos dois casos, se o suporte factual fornecido no novo caso for **mais forte** que o suporte fornecido no caso anterior para o resultado antes encontrado, então, o resultado paralelo ao caso anterior deve ser adotado, com maior razão, no novo caso.

O exemplo examinado pelos autores é descrito a seguir. Félix possui um zoológico privado em área residencial. Em caso anterior, Edward fora obrigado pela Corte a remover seu urso de estimação de zona residencial, por força de decisão judicial. Entendem os vizinhos de Félix que, *a fortiori*, a Corte deverá ordenar Félix fechar seu zoológico.

O problema é determinar os fatos em jogo. Se no caso anterior o fato determinante mencionado na decisão era a presença do urso, então o zoo, que conta com a presença do urso e de mais alguns animais, pode determinar o resultado no novo caso. Mas, detalhes do caso anterior podem levar a resultados não desejados. Se, por exemplo, o urso – *do zoo de Félix* – não tem garras e é mantido em jaula resistente, o que não ocorreria no caso anterior, então, o juiz do novo caso, pode utilizar-se destas distinções para decidir de modo diverso. Em teoria, a comparação entre casos é, de novo, infinitamente manipulável.²³⁹

Se for introduzida uma dimensão de peso aos fatos, a dificuldade é a mesma da analogia por similaridade. Por exemplo, o tamanho do urso no zoo de Félix supera o tamanho do urso de estimação de Edward, logo haveria um peso maior a favor da proibição no caso de Félix. Porém, conforme nota os autores, o tamanho do animal em questão não recomenda por si mesmo uma decisão proibitiva, é necessário ainda ter juízo de relevância do porte do animal para alguma coisa a mais, talvez, vida ou segurança. Fatos isoladamente não têm relevância para o resultado no novo caso, cumpre acompanhar-se, por exemplo, de um princípio, que poderia ser: “*proprietários não podem impor riscos desnecessários a seus vizinhos*”.

Por outro lado, além de fatos contrários ao zoo, pode haver fatos favoráveis a sua permanência, que não estavam correspondentemente presentes no caso anterior. Por exemplo, favoravelmente a Félix demonstra-se que seu zoo mantém um programa de procriação, em cativeiro, de espécies ameaçadas de extinção, ou ain-

²³⁹ Idem, p. 78.

da, de programa de educação ambiental junto à comunidade. Assim, tais programas de procriação e educação pesam em sentido contrário aos animais adicionais e a dimensão avantajada do urso no zoo de Félix. Tudo isso exigiria retorno à ponderação de valores ou juízo de relevância, na verdade, regra constituída no caso paradigma para exercer papel de métrica comum em ambos os casos.²⁴⁰

5.5 - Argumento *a contrario*

O argumento *a contrario* pode ser visto como o reverso do raciocínio *a simili* – buscando-se fatos distintos - ou do raciocínio *a fortiori* – buscando-se fatos mais fracos. O juiz exhibe fatos novos no caso atual, que não estavam correspondentemente presentes na decisão do caso anterior, para assim escapar do domínio da regra obtida a partir do resultado anteriormente adotado, e então enunciar resultado contrário.

Herman tem um grande cão em área residencial.²⁴¹ Em caso anterior Karl fora proibido de manter uma jaguatirica, onde o juiz estabeleceu a regra “*animais grandes em área residencial são inconvenientes, devem ser proibidos*”. Assim, por força da regra, o cão avantajado de Herman deveria ser proibido de permanecer na zona residencial. Herman alega que o cão é doméstico, mas, no caso anterior, o animal de Karl – uma jaguatirica - é selvagem. Assim, Herman propõe a regra modificada: “*animais grandes e selvagens em área residencial são inconvenientes, devem ser proibidos*”.

Assim parece funcionar o argumento *a contrario*: Primeiro examina-se a regra subjacente ao caso precedente – “*nenhum animal grande*” -, depois, descobre-se uma diferença factual do caso pendente em relação ao caso anterior – “*selvagem*” – e altera-se a regra para “*nenhum animal selvagem grande*”. A regra regente constituída a partir do precedente parece não ter papel relevante porque sempre é possível encontrar fato diferencial no novo caso.

Raz²⁴² sugere, contudo, que a regra regente dos precedentes tem relevância, embora não determinística, quanto ao resultado dos casos futuros. Há, segundo

²⁴⁰ Idem, p. 79.

²⁴¹ Idem, p. 84.

²⁴² Idem, p. 85, Raz analisa a situação em “*Authority of Law*”, Oxford, Clarendon Press, 1979.

pensa, limitação na estrutura das possíveis regras futuras, imposta por condicionamentos gerados pela regra precedente. As limitações da regra nova são: (1) *a regra modificada deve ser a precedente com uma condição acrescentada*; (2) *a regra modificada deve suportar o resultado anterior*.

O exemplo abstrato fornecido por Raz a fim de elucidar seu ponto fora reproduzido por Alexander e Sherwin. Supõe-se um caso precedente caracterizado pelos fatos {a,b,c,d,e} e resultado X. A regra enunciada para solução do caso era:

$$(1) \{A,B,C\} \rightarrow X$$

No novo caso, há os fatos {a,b,c,d,f}, não constando, portanto, do conjunto factual o fato correspondente a ‘e’, e sendo acrescentado ‘f’. Dados os limitadores de Raz, a regra modificada para **distinguir** o novo caso do anterior quanto à solução aplicável, poderia assumir as seguintes formas:

$$(2) \{A,B,C,E\} \rightarrow X;$$

$$(3) \{A,B,C, \sim F\} \rightarrow X.$$

Mas, não poderia assumir a forma:

$$(4) \{A,B,C, \sim D\} \rightarrow X.$$

A razão da discriminação é que as formas (2) e (3) reproduzem o resultado do caso precedente dado por (1), atendendo as condições de Raz, mas o mesmo não ocorre com (4).

Segundo Alexander e Sherwin, a vinculação pretendida por Raz é ilusória²⁴³. Por exemplo, suponha-se o caso precedente em que se veda um proprietário de manter seu urso de estimação em zona residencial. Da solução do caso, profere-se a regra que generaliza sua máxima, na forma “*animais selvagens, em zona residencial, devem ser proibidos*”.

Todavia, se o juiz titular de um novo caso, em tudo análogo ao anterior, exceto pelo fato de que agora se trata de um crocodilo, e não de um urso conforme acima discutido, deseja distingui-lo do caso anterior, a fim de decidir de modo divergente, permitindo a guarda doméstica do crocodilo, como animal de estimação, então, bastaria, satisfazendo as condições de Raz, anunciar a regra original alterada na forma: “*animais selvagens peludos, em zona residencial, devem ser proibidos*”.

²⁴³ Idem, p. 85.

A solução do novo caso, com base na nova regra²⁴⁴, desvia-se obviamente das razões subjacentes à regra anterior, tais como, os valores da vida humana e da segurança. Conclui-se, portanto, a regra estabelecida no caso precedente não tem efeito limitador sobre os casos futuros, de tal modo que o juiz do caso pendente atua construindo nova regra sem qualquer freio derivado das regras enunciadas pelos juízes de casos anteriores.

Mesmo que não corresponda exatamente ao modo descrito por L. Alexander, resta claro deste exame a utilização das formas básicas de argumentar (1ª e 2ª ordem) nas espécies dos argumentos analógicos.

5.6 - Resumo da Crítica ao Argumento Analógico

O argumento *analógico* baseado em similaridades entre casos é intuitivo ou dedutivo. Se intuitivo, o resultado é imprevisível e mesmo não investigável. Se dedutível, então o resultado é governado por regras ou princípios, mas não pelo resultado do precedente.

O argumento *a fortiori* resta minado porque fatos no novo caso podem ser sempre citados para pesar a favor de resultado discrepante em relação ao precedente. O argumento *a contrario* é um processo aberto ao infinito, onde a regra subjacente ao precedente não tem efeito vinculativo. A busca de distinções pode ser limitada apenas por princípios ou regras independentes que estabeleçam a importância de fatos particulares. As decisões anteriores em si mesmas *são inertes*.

5.7 - Conclusão

O argumento analógico de qualquer espécie não subsiste sem o suporte de regras, ou de princípio morais, ou de regras moralmente justificadas.

A pretensão se restringe a argumentar contra a ideia de um argumento analógico **típico e genuíno** não redutível às duas estruturas básicas na visão aqui defendida, não sendo o caso de entender pelo banimento dos argumentos analógicos do

²⁴⁴ Entendida, neste contexto, como um mero relatório de fatos construído com base no caso paradigma, carente de juízo de relevância.

Direito. No entanto, quando se expõe, no caso concreto, a estrutura mais básica por trás da “analogia”, o argumento torna-se mais vulnerável a crítica e por isso mesmo mais forte. Os argumentos analógicos podem ser analisados em argumentos garantidos, ou em argumentos ponderativos, ou em combinação de ambos. Vejamos as situações analisadas por Alexander e Sherwin para reconstruir os argumentos analógicos nos termos aqui defendidos.

Contra Karl, que mantém uma jaguatirica em sua casa como animal de estimação, é movida por seus vizinhos uma ação cominatória, que teve como paradigma o caso de Edward que fora obrigado a retirar de sua residência um urso. A definição de **propriedade relevante**, para o fim de analogia, implica um juízo traduzido em proposição geral, candidata à regra aplicável a ambos os casos e, potencialmente, a casos futuros. Isto significa que não bastaria apontar um ou mais aspectos semelhantes nos casos, mas dizer porque são relevantes.

Suponha-se que a similaridade apontada seja o fato de que ambos os animais sejam mamíferos. Mas isto parece não ter sido relevante na decisão do primeiro caso. Se é apontado, por outro lado, que ambos os animais envolvidos são selvagens, parece haver alguma relevância. Por que a aparência de relevância nesta hipótese (ambos são selvagens) e a aparência de irrelevância na hipótese anterior (ambos são mamíferos)? Parece sobrelevar-se o aspecto eleito comum aos casos em relação a algum valor jurídico/moral. Não se vislumbra importância do fato de ser mamífero em relação a algum valor jurídico/moral. Mas parece haver importância no fato de ser selvagem em relação à vida humana e à integridade física dos vizinhos incomodados com a presença dos animais, o que fica mais evidente se a similaridade é firmada em termos do predicado “animal selvagem e perigoso”, porque o qualificativo 'perigoso' refere-se ao risco à vida humana e à sua incolumidade física. Portanto, se a razão no caso paradigma para a vedação do urso, na condição de animal “doméstico” é a criação de risco à integridade física de vidas humanas, então, a mesma razão poderá ser invocável no caso análogo, o do urso.

O primeiro caso, tenha sido resolvido mediante argumento ponderativo ou mediante argumento de segunda ordem, será agora resolvido por meio de regra, ou a regra anteriormente aplicada, ou a regra correspondente à máxima (razão

conclusiva) definida na solução do caso paradigmático, e terá como apoio (*'backing'*) o texto legal ou o precedente. Se, por outro lado, a solução anterior é considerada inadmissível – e aí não se trata mais de analogia – abre-se a perspectiva para um argumento tipicamente ponderativo.

Para justificar de algum modo o caso tomado como paradigmático, uma razão conclusiva ou regra fora tomada como núcleo do argumento, e esta razão conclusiva ou regra será novamente o núcleo do novo argumento no caso análogo, demonstrando não possuir qualquer base teórica a atribuição de irredutibilidade do assim chamado raciocínio analógico, que na verdade se desdobra em um ou mais argumentos de segunda ordem.

Mais comumente no Direito brasileiro de tradição romana, fortemente positivado, fala-se de aplicação analógica da regra, não de um precedente. Mas aqui, muito diretamente, se compreende logo que a estrutura do argumento analógico, nada mais é que um argumento de segunda ordem. Há uma ressalva: a estrutura do argumento pode não ser nova, mas, a regra aplicada no novo caso pode ser nova, entendida como modificação da regra anterior por ampliação de seu domínio de aplicabilidade, ou entendida como inovação sem apoio no texto antigo, sendo este utilizado apenas como inspiração heurística.

O caso da “lei da ficha limpa”²⁴⁵ proporciona um exemplo de aplicação analógica de regra. Em síntese, num dos casos que chegou à Corte Suprema, o recorrente alegava ofensa ao princípio da anterioridade ou da anualidade eleitoral, disposto no art. 16 da Constituição Federal²⁴⁶. E, ainda, alegava violação, aos princípios da irretroatividade das leis, da segurança jurídica e da presunção de inocência. Verificado o empate no julgamento do recurso, a Corte decidiu aplicar, **por analogia**, o art. 205, parágrafo único, inciso II, do Regimento Interno do Supremo

²⁴⁵ Vide, por exemplo, decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 631.102, onde se questionava a aplicação às eleições de 2010 da Lei Complementar 135/2010, que introduziu no ordenamento jurídico novas hipóteses de inelegibilidade, particularmente, a que afastava a necessidade de trânsito em julgado da condenação, exigindo apenas condenação por órgão colegiado.

²⁴⁶ CF Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)

Tribunal Federal²⁴⁷, para manter a decisão recorrida, proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral.

O citado dispositivo do Regimento - art. 205, parágrafo único, inciso II - institui regra para o caso de empate em que se julga mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente do STF, quando, então, é substituído pelo Vice-Presidente na presidência da sessão. Na hipótese de empate, a regra determina que prevalecerá o ato impugnado.

A aplicação da regra regimental por analogia funda-se na semelhança dos casos: *impasse na Suprema Corte, em razão de empate na votação causada por desfalque de um Ministro*. Porém, igualmente a todo raciocínio analógico, a crítica da solução aventada deveria ressaltar as diferenças notáveis entre os casos. No caso previsto na regra regimental, a ausência do Ministro decorre da própria natureza do caso, pois se trata de ação contra ato do Presidente, que, assim, não poderá participar do julgamento, sendo a ausência insuprível; no caso considerado análogo, a ausência do Ministro é casual e suprível, pois decorre de atraso na nomeação de um novo Ministro para ocupar vaga deixada em razão de falecimento do Ministro anterior. Ora tal diferença relevante proporciona à Corte novas soluções, entre as quais a de aguardar a nomeação de um novo Ministro. Solução aliás aventada por um dos Ministros²⁴⁸, que ainda arrolou, em sua proposta para resolver o impasse, mais três critérios.²⁴⁹

A distinção anotada poderia até servir de base a um argumento *a contrario*, para inadmitir a solução da prevalência do ato impugnado. Aqui importa mais observar a estrutura do argumento do que avaliar o mérito da solução encontrada, entendida como analógica. De qualquer modo, vale registrar que a regra regimental utilizada – *no paradigma* - ao resolver o impasse mantém solução anterior que

²⁴⁷ RISTF art. 205 Parágrafo único. “O julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou (...) será presidido pelo Vice-Presidente ou, (...). Se lhe couber votar, (...) e seu voto produzir empate, observar-se-á o seguinte: I – não havendo votado algum Ministro, por motivo de ausência ou licença que não deva durar por mais de três meses, aguardar-se-á o seu voto; II – havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, **prevalecerá o ato impugnado**”

²⁴⁸ Ministro Celso de Melo

²⁴⁹ O Ministro arrolou os seguintes critérios, que poderiam resolver o impasse: (1) aguardar a nomeação e posse de um novo Ministro; (2) proferir, o Presidente do STF, voto de qualidade (art. 13, IX, RISTF); (3) convocar ministro do STJ; e (4) a solução analógica *sub examen*.

se traduz em reafirmação de ato do Presidente do Tribunal e, por extensão, do Tribunal, mas na solução analógica reafirma-se ato de Tribunal subordinado, o que promove situação inusitada. Além de incongruente com a autoridade superior do STF, a solução esvazia a força do recurso extraordinário concretamente utilizado.

O Supremo entendeu, por maioria, que os aspectos semelhantes prevaleciam sobre as distinções, quando comparados os casos, para então decidir pelo assim chamado raciocínio analógico, que na verdade tem a estrutura de argumento de segunda ordem onde a máxima – “*no caso de empate em julgamento de Recurso extraordinário, resultante de vaga na corte, prevalece a decisão contestada*” – ocupa o lugar da garantia do argumento, tendo por apoio o mesmo dispositivo utilizado na solução paradigmática, acrescentado dos precedentes eventualmente existentes, que no caso discutido havia²⁵⁰.

É justamente na passagem do apoio à garantia que há algo que se pode chamar de analogia, de fato, a interpretação “analógica”, que se traduz no juízo de relevância do aspecto semelhante entre os casos. Conclui-se que, não obstante este juízo de relevância com o fim de aplicar dispositivo destinado a regular situação diversa em outro domínio de aplicação, a estrutura do argumento continua sendo aquela fundada no *layout* proposto por Toulmin.

Deve restar claro, no entanto, que **há efetivamente “criação” de uma nova regra**, que se faz mediante processo ponderativo de razões de primeira ordem pela via de reinterpretação de antigo dispositivo, dotando-o de de domínio de aplicação ampliado. Isto se considerado o núcleo da decisão, porém, se analisado todo o processo de argumentação é possível distinguir várias fases, onde há argumentos ponderativos e argumentos garantidos. O Colegiado resolveu a controvérsia no voto, porque embora discutida a questão em nível razoável de profundidade, nenhuma proposta contou com apoio de todos os Ministros.

Além da analogia com base no parágrafo único, inciso II, do artigo 205, do RISTF, poder-se-ia cogitar, com igual plausibilidade, de analogia com o parágrafo único, do artigo 146. Aliás fora uma das propostas²⁵¹ para resolver o impasse. Nesse caso, porém, a solução seria antagônica a que prevaleceu. Pois, enquanto a

²⁵⁰ Julgamento da ADPF 46/DF.

²⁵¹ proposta do Min. Gilmar Mendes

analogia com o primeiro dispositivo citado conduz a manter a decisão recorrida, desfavorecendo a recorrente; a analogia com o segundo dispositivo citado revoga tacitamente a decisão recorrida, favorecendo a recorrente.

A escolha entre as duas hipóteses poderiam estar pautadas por valores subjacentes a cada uma das regras correspondentes aos dispositivos concorrentes.

Em síntese apertada: **O valor moral prestigiado na regra contida no parágrafo único, do artigo 146 é a liberdade**, pois regula o caso de empate em decisão de última instância de julgamento de Habeas Corpus, fazendo prevalecer o valor da liberdade do paciente contra qualquer outro valor em jogo, inclusive o direito de petição, desdobrado no direito de recorrer.

Por outro lado, **o valor prestigiado na regra contida no parágrafo único, inciso II, do artigo 205 é**, segundo o autor²⁵² da proposta, **a presunção relativa de legitimidade de que gozam todos os atos estatais**. O Ministro, para fundamentar a prevalência deste valor no caso e não aquele outro citado, levanta robusta doutrina, mas vinculada inteiramente ao Direito Administrativo.

No caso concreto, porém, nem estava em jogo a liberdade do recorrente, nem se questionava a legitimidade da decisão do TSE, fazendo crer em certa artificialidade da ponderação e na escolha que privilegiou analogia que levava a certo resultado de mérito.

O ponto mais importante a destacar, porém, é que havia regra aplicável ao caso, prevista no artigo 13, inciso IX, alínea b, do próprio Regimento²⁵³. A regra contida na combinação dos dispositivos citados resultaria em desempate a favor do recorrente, isto é, na reforma da decisão do TSE, no sentido de não aplicar ao pleito de 2010, a regra de inelegibilidade instituída pela LC nº 135/2010. Curiosamente, a regra fora afastada, mas não declarada inconstitucional, porque o Presidente do STF²⁵⁴, não se sentia *confortável* em exercer a prerrogativa do voto de

²⁵² Min. Celso de Mello.

²⁵³ Art. 13. São atribuições do Presidente:

(...)

IX – proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra de ausência de Ministro em virtude de:

a) impedimento ou suspeição;

b) vaga ou licença médica superior a trinta dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o Ministro licenciado.

²⁵⁴ Min. César Peluso.

qualidade, argumentando não ser vocacionado para o despotismo.

Os requisitos fáticos descritos na regra, correspondente aos dispositivos, poderiam ser considerados como satisfeitos sem questionamento razoável, exceto pelo caráter de urgência, que dependeria de avaliação subjetiva. Os requisitos objetivos – inexistência de solução diversa prevista no Regimento, empate decorrente de ausência por conta de vaga não preenchida – são verificáveis e, de fato, verificados no caso como preenchidos.

Em tese, a questão estaria resolvida mediante argumento nucleado pela regra (argumento de segunda ordem), porém, ao aceitar a recusa do Presidente, a Corte Suprema admitiu uma nova exceção à garantia - *interpretando a situação nos quadros do modelo de Toulmin* – equivalendo a criar uma nova garantia.

Problemas de Lacunas e Vagueza

A própria existência de lacunas ('gaps'), vagueza, ou de indeterminação, de modo geral, no Direito não é consensualmente admitida²⁵⁵. Dworkin é reconhecido entre outras coisas por sua insistência na tese de “**única resposta certa**”. De fato, entre os seus pressupostos há alegação de não haver nenhuma lacuna (e mesmo vagueza) genuína no Direito. Defende haver um problema de ignorância, um problema epistêmico, que pode ser adequadamente sanado mediante princípios e valores predominantes na sociedade em dado momento, que devidamente selecionados e corretamente aplicados no *caso difícil* determinarão a solução, onde **parecia** haver lacuna ou vagueza, enfim, indeterminação.

À resposta epistêmica de Dworkin aos *problemas de indeterminação* no Direito (ou que parece ser), duas teorias rivais se notabilizam com pressupostos completamente distintos. A teoria ontológica de Holmes, origem da Doutrina do Realismo Legal, e a análise semântica de Hart²⁵⁶. A teoria ontológica de (Oliver Wendell) Holmes supõe ser a “lacuna” efeito necessário da natureza dos sistemas legais, porque, em tais sistemas, as determinações finais são reservadas, na origem, a instituições específicas, fundamentalmente ao judiciário. Neste sentido, tudo é lacuna, todo caso é difícil. A posição de Holmes representa outra forma de negar o problema da indeterminação, porque não reconhece determinação em qualquer caso, pois o Direito apenas se constitui com a decisão judicial, e, em cada caso²⁵⁷, o juiz tem uma margem ampla de discricionariedade para justificar a solução a partir de razões legais ou extralegis.

Na leitura de Hart²⁵⁸ as duas teorias representam – *nas suas consequências* -

²⁵⁵ Dworkin.

²⁵⁶ Ver uma introdução ao tema na exposição Scott Alan Anderson, J.D das três teorias rivais, em sua Tese de Doutorado, defendida em 2006, in The Ohio State University. O autor apresenta e defende uma variante da posição de Hart, com base em Stewart Shapiro, a chamada Teoria contextualista da indeterminação.

²⁵⁷ Holmes, Jr. O.W. - The Path of the Law, 10, Harvard Law Review 457, (1897).

²⁵⁸ H.L.A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, 11 Georgia Law Review 969 (1977).

posições extremadas sobre o Direito. Enquanto a posição de Dworkin desenha uma paisagem otimista e até paradisíaca do Direito (“the noble dream”), a posição de Holmes sustenta o inferno da insegurança permanente (“nightmare”).

Na sua própria teoria, Hart, por outro lado, sustenta haver indeterminação no Direito, mas, na maior parte das vezes, determinação, sendo, de fato, poucos os casos dominados por lacuna ou vagueza. Sua análise do Direito é tributária da compreensão da própria linguagem ordinária em que se expressa, quase integralmente. Papel relevante na sua teoria de indeterminação é o conceito de textura aberta.

A ideia básica considera ser da natureza da linguagem ordinária que os seus termos gozem de certa imprecisão, característica herdada pelo Direito, o que, por seu turno, exige a intervenção do poder judiciário para estabelecer a aplicação devida em casos controversos ou difíceis.

O conceito de *textura aberta* (“*Porosität der Begriffe*”) de *Friedrich Waismann*, no artigo “*Verifiability*”²⁵⁹, nada tinha a ver com enunciados jurídicos, mas empíricos ou científicos, onde se discutia justamente a tese central do positivismo lógico: A proposição representativa do princípio cardinal do positivismo lógico de que ‘*The meaning of a statement is the method of its verification*’ fora introduzido para dar conta do que se chamou de ‘gap’ ou lacuna, sendo distinto da vagueza: “*Open texture, then, is something like possibility of vagueness. Vagueness can be remedied by giving more accurate rules, open texture cannot*”²⁶⁰.

Antes de examinar mais cuidadosamente a filosofia de Hart, em grande parte aqui adotada no que concerne ao problema de indeterminação e de uma teoria dos casos difíceis, é necessário fazer algumas distinções quando se fala de lacunas *lato sensu*. Struchiner²⁶¹, seguindo principalmente Alchourrón e Bulygin (1971), distingue as lacunas normativas das lacunas de conhecimento, e ambas das lacunas de reconhecimento.

²⁵⁹ Essays on Logic and Language. Volume: 7. Ch. VIII “Verifiability” author, F. Waismann p. 117 - editor. Publisher: Blackwell. Place of Publication: Oxford. Publication Year: 1951

²⁶⁰ Idem, p. 120.

²⁶¹ Struchiner, Noel; Marcondes, Danilo (orientador). Para Falar de Regras: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Rio de Janeiro, 2005, Tese de Doutorado – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

As lacunas normativas, tratadas em conjunto com as antinomias, mas destas se distinguindo, são caracterizadas como aqueles casos para os quais as regras pertinentes – do subsistema jurídico específico - não apontam qualquer solução. As antinomias, ao contrário, ocorrem porque justamente as regras pertinentes – do subsistema jurídico específico – oferecem soluções incompatíveis para o caso²⁶².

As lacunas normativas são tratadas na prática jurídica mediante o aparato da analogia, o que envolve, conforme anteriormente anotado, juízo de relevância sobre as características dos casos “análogos”, redundando em argumentos ponderativos, onde razões de primeira ordem, de natureza moral, princípios e valores passam a ter proeminência.

Por outro lado, as antinomias são resolvidas mediante as conhecidas regras ou critérios metajurídicos: critério hierárquico, critério cronológico e critério da especialidade²⁶³. Na verdade, a aplicação de tais critérios pode não solucionar eventual antinomia quando suscita soluções incompatíveis. Na ausência de hierarquia entre os metaprincípios estar-se-á diante de, aí sim, uma autêntica antinomia, de um **real problema de inconsistência**.

Em termos aqui propostos, o problema real de inconsistência pode ser tratado fora de argumentos de segunda ordem, mediante argumentos de primeira ordem, i.e., com o uso de razões mais fundamentais. Esta é uma situação em que se justifica na esfera judicial o uso de argumentos ponderativos, porque também se justifica a qualificação de caso de difícil à controvérsia desta natureza.

A lacuna de conhecimento diz respeito aos **fatos**, representando meramente a ignorância de algum fato pertinente e relevante para o deslinde de certo contencioso. Struchiner cita o caso de uma transferência de um bem imóvel, em que o fato de ser, ou não, onerosa pode ter repercussões jurídicas distintas. E aqui se acrescenta: saber se se trata de uma compra e venda ou de doação definirá o tributo incidente no negócio jurídico. No primeiro caso será um imposto municipal, o

²⁶² Idem, p. 82 e seguintes.

²⁶³ Tais critérios possuem conhecidas formulações em latim: *lex superior derogat legi inferiori, lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*.

ITBI²⁶⁴, e, no segundo, será um imposto estadual o ITD²⁶⁵.

Regras e princípios jurídicos, especificamente os processuais, resolvem razoavelmente os problemas de lacuna de conhecimento. É o caso do princípio que atribui o *onus probandi* a quem alega²⁶⁶. E, assim, dificilmente uma lacuna de conhecimento gera uma solução via argumentos ponderativos. No entanto, isto pode ocorrer quando se trata de qualificar juridicamente um objeto, um ato ou relação, como poderá se visto, nos exemplos discutidos na seção seguinte.

A última espécie de lacuna, a que mais interessa neste trabalho, é a de reconhecimento²⁶⁷ proveniente da textura aberta das regras na visão de Hart. Trata-se, como dito antes, de um problema herdado da linguagem ordinária pelo Direito, que, então, padece de “intoxicações linguísticas”²⁶⁸, causando-lhe uma **indeterminação semântica constitutiva**.

Neste sentido, a textura aberta é inescapável na medida do uso de palavras gerais para denotar classes de objetos, atos e relações. Por exemplo, na regra constitucional “os livros, os jornais e os periódicos, e o papel destinado a sua impressão são imunes a impostos”²⁶⁹, a classe de livros abrange a obra “Dom Casmurro”, mas, pergunta-se: Abrange um livro sem texto composto apenas de imagens? E o livro eletrônico?

A textura aberta dos termos gerais, ou a porosidade dos conceitos, não é propriamente uma lacuna, um vazio a ser preenchido, muito menos um defeito a ser sanado, mas uma propriedade da linguagem que indica a impossibilidade de termos gerais absolutamente precisos. Diz Waismann “*In short, it is not possible to define a concept like gold with absolute precision, i.e. in such a way that every nook and cranny is blocked against entry of doubt. That is what is meant by the open texture of a concept*”²⁷⁰. Daí também que eventualmente uma proposição envolvendo a palavra ouro, possa não ser verificável.

²⁶⁴ Imposto sobre transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (CF/88, art.156)

²⁶⁵ Imposto sobre transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (CF/88, art.155)

²⁶⁶ Vide art. 333 do Código de Processo Civil.

²⁶⁷ Reconhecimento aqui nada tem a ver com a regra de reconhecimento na teoria de Hart.

²⁶⁸ Struchiner, obra citada, p. 98.

²⁶⁹ Esta questão será melhor examinada a frente.

²⁷⁰ Waismann, F. Obra citada, 1951, p. 120

Tal característica presente no DNA do Direito indica a inutilidade de buscar um sistema fechado de regras, como aliás o próprio Waismann quase anuncia, lembrando, no entanto, que sua análise focava às Ciências Naturais, não o Direito:

Vagueness should be distinguished from open texture. A word which is actually used in a fluctuating way (such as 'heap' or 'pink') is said to be vague; a term like 'gold', though its actual use may not be vague, is non-exhaustive or of an open texture in that we can never fill up all the possible gaps through which a doubt may seep in. **Open texture, then, is something like possibility of vagueness. Vagueness can be remedied by giving more accurate rules, open texture cannot.** An alternative way of stating this would be to say that definitions of open terms are always corrigible or emendable.²⁷¹ (gn).

A noção de *textura aberta* no Direito fora explorada por Hart em “O Conceito de Direito”: “*So far we have presented this, in the case of legislation, as a general feature of human language; **uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms in any form of communication concerning matters of fact***”²⁷².(gn).

E a aproximação de Waismann com Wittgenstein é inevitável conforme nota Struchiner²⁷³:

Assim, tanto os conceitos que apresentam uma semelhança de família quanto os conceitos dotados de textura aberta estão suscetíveis a casos fronteiriços (borderline cases). Os casos fronteiriços são os casos nos quais não conseguimos determinar com segurança se o conceito deve ou não ser aplicado. Enquanto Wittgenstein ilustra os casos fronteiriços recorrendo ao conceito "jogo", Waismann apela para os termos empíricos, como a palavra "gato".

Para os propósitos aqui perseguidos é importante ressaltar que a indeterminação notada por Waisman, situada no Direito por Hart, e central na Filosofia de Wittgenstein (nas '*Investigações filosóficas*') decorre da própria linguagem. Não se trata de *defeito* do Direito, muito menos de defeito da linguagem, podendo até ser uma virtude daquele ou desta. No Direito, os problemas que decorrem desta propriedade situam-se no campo da aplicação da regra, daí entender-se como *legítimo* o uso de argumentos ponderativos na esfera judicial no caso concreto em que se verifica tal dificuldade. Deixando claro que a insuficiência de argumentos de segunda ordem, e o conseqüente uso de argumentos de primeira ordem, implicará certa discricionariedade, decorrente da natureza desta espécie de argumento.

²⁷¹ Waismann, obra citada, p. 120.

²⁷² H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961) 125, *Questia*, Web, 10 Oct. 2011.

²⁷³ Struchiner, obra citada, p. 105.

No seu artigo de 1958, justamente multicitado²⁷⁴, Hart alude aos '*problemas de penumbra*', quando da análise do famoso exemplo do 'veículo no Parque':

If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction, and so deductive reasoning, which for generations has been cherished as the very perfection of human reasoning, cannot serve as a model for what judges, or indeed anyone, should do in bringing particular cases under general rules. In this area men cannot live by deduction alone.

É o que se pode chamar de legítima **atividade colegislativa do juiz**, porque complementa o trabalho do legislador ordinário, no sentido de maior concreção da regra, chamada por Hart de legislação intersticial²⁷⁵. A passagem em que Hart utiliza a expressão se encontra no *post-script*, onde busca responder aos críticos e principalmente a Dworkin.

Dada a aproximação com os conceitos de **colegislação** (*legislação judicial no caso de penumbra*) e **superlegislação** (*legislação judicial no caso de certeza*), nos exemplos adiante referidos, vale abrir espaço para a citação:

É importante que os **poderes de criação** que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo Direito, sejam diferentes de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que **os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver**, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos²⁷⁶. (*negritos nossos, itálicos do autor*)

Em sentido contrário, milita a criação de direito novo em caso regulado situado no tecido do conceito, não no seu poro, isto é, não na zona de penumbra, mas na zona de certeza. E aí se situa a atividade da **superlegislação**, onde a reforma do Direito se dá por cima da legislação ordinária estabelecida. O excerto de Hart acima citado fornece apoio a esta distinção, que, por sua vez, indica casos adicionais em que a transição do argumento garantido para o argumento ponderativo ocorre, além dos casos já anotados referentes às lacunas normativas e lacunas de conhecimento.

De todo modo, a inclusão (ou exclusão) de um caso no campo da incidência

²⁷⁴ Hart, Herbert. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, Vol. 71 (1958), pp.593-529

²⁷⁵ Hart, H. L. A. O conceito do Direito.

²⁷⁶ Hart, Herbert. O Conceito do Direito. Fundação Calouste Gulbenkian. 4ª Edição. 2005, p. 336.

de uma garantia estabelecida R, porque se trata de caso difícil onde (e.g.) o resultado da aplicação da regra considera-se absurdo²⁷⁷, representando constituição de uma nova regra R', cuja aplicação ao caso original torna o resultado aceitável, impõe pesado ônus de fundamentação ao operador do Direito, no sentido de justificar o desvio e a conseqüente - de um ponto de vista lógico - criação de regra nova, remetendo a situação ao contexto ponderativo. No entanto, conforme anotado por Feteris, raramente os órgãos de decisão apresentam arrazoado suficiente para justificar o desvio, “*in most cases judges only say that there were convincing reasons for application in accordance with the goals and values underlying the rule, but they do not go into the question as to why these considerations carry more weight than the considerations underpinning a strict literal application*”²⁷⁸. Feteris apresenta etapas em que se desdobra o ônus de justificar o desvio, impondo-se ao agente, que o promove, mostrar²⁷⁹:

1. as razões justificadoras da aplicação de uma perspectiva ponderativa;
2. por que certos fatores (razões) na constituição de R' tem maior peso;
3. que a aplicação de R' acarreta certas conseqüências no caso;
4. que tais conseqüências são desejáveis do ponto de vista do objetivo de R;
5. que o objetivo de R encontra-se subjacente ao campo do Direito a que pertence;
6. que a aplicação de R acarreta certas conseqüências no caso;
7. que tais conseqüências são indesejáveis do ponto de vista do objetivo de R;
8. razões justificadoras da aplicação do ponto de vista do propósito.

Para encerrar revê-se aqui o exemplo de Hart na referência à regra que veda *a entrada de veículos no Parque*²⁸⁰. Admitindo-se que a regra conte com devido suporte (apoio), por exemplo uma Lei Municipal, uma infinidade de argumentos

²⁷⁷ Um caso bom é o citado por Dworkin em “O império do Direito” (2007): **Riggs X Palmer**.

²⁷⁸ Feteris, E.T. 2008. The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justification of Judicial Decisions. *Ratio Juris*. Vol. 21 No. 4 December 2008 (481–95).

²⁷⁹ Idem, p. 488. não há aqui reprodução literal das etapas citadas pelo autor.

²⁸⁰ Hart, Herbert. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, Vol. 71 (1958), pp.593-529

completos de segunda ordem podem ser construídos para justificar alegação consistente na proibição de entrada no Parque de um determinado veículo. Assim, a estrutura do argumento seria: A Lei Municipal L (B) dispõe que “nenhum veículo pode entrar no parque” (G), ora “X é um veículo” (D), logo “X não pode entrar no Parque” (C).

O problema, tipicamente de indeterminação decorrente da propriedade de textura aberta dos termos gerais, ilustrado por Hart, jaz na dificuldade em aplicar a regra ou, que dá no mesmo, utilizar-se da estrutura do argumento garantido quando o móvel afasta-se do paradigma de veículo. As expressões zona de certeza e zona de penumbra pretendem denotar justamente tal dificuldade.

O caso paradigmático de um carro de passeio encontra-se na zona de certeza, isto é, encontra-se no domínio de aplicação da regra. Assim também motocicletas, caminhões e ônibus. Pessoa idosa transportada em cadeira de rodas (manual) ou um simples carrinho de bebê também se encontram na zona de certeza, mas na região de não-incidência da regra. Eles podem entrar no Parque. Em tese, não há controvérsias nestes 'casos claros', que Dworkin denominou de 'casos didáticos' ('textbook cases'), embora tenha entendido – equivocadamente segundo pensamos – ser aplicável a estes a estrutura deficiente do 'silogismo jurídico' “*It is possible, in some cases, to cast the entire argument of the court's opinion in the form of one or more syllogisms, (...) Such cases may be called "textbook cases."*”²⁸¹

No entanto, considerando ainda a regra que proíbe a entrada de veículos no Parque, dúvidas existem quanto a bicicletas, quanto a bicicletas com motor elétrico e cadeiras de roda motorizadas. São veículos? Estes casos encontram-se na zona de penumbra da regra. Não se trata apenas da dificuldade de definir o limite de abrangência do termo veículo, mas das circunstâncias gerais do caso. Se, de algum modo, um caso desses chega a ser enfrentado por um Julgador, a

discretion thus left to him by language may be very wide; so that if he applies the rule, **the conclusion, even though it may not be arbitrary or irrational, is in effect a choice.** He chooses to add to a line of cases a new case because of resemblances which can reasonably be defended as both legally relevant and sufficiently close. In the case of legal rules, the criteria of relevance and closeness of resemblance depend on many complex factors running through the legal system and on the aims or purpose which may be attributed to the rule²⁸².

²⁸¹ Dworkin, Ronald. *Judicial Discretion*. The Journal of Philosophy, Vol. 60, No. 21

²⁸² H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961) 124, *Questia*, Web, 10

Casos de penumbra consistem em casos de colegislação, o julgador encontra um espaço legítimo, deixado necessariamente pelas regras existentes, para “legislar”. Muito diferentes são os casos de zona de certeza, onde se transfere o caso do domínio de aplicação à zona de não-incidência, ou vice-versa. Trata-se, então, de superlegislação, no sentido de o julgador se sobrepor ao legislador ordinário. Ou ainda de uma destas zonas para a zona de penumbra, para depois empurrá-lo para a outra. Por exemplo, o caso do automóvel do Prefeito, que no engarrafamento, pega um atalho pelo Parque, ou o caso de um ônibus escolar que adentra ao Parque para deixar crianças de forma mais cômoda, encontram-se na zona de incidência da regra, e, se desta são excluídas, haverá sobreposição ao que fora originalmente legislado.

No contexto desta discussão, os conceitos de **subinclusão** e **sobreinclusão** utilizados por Schauer²⁸³, na análise das regras, têm relevância. Basicamente, a ideia denota o fato de que, às vezes, a **regra inclui caso que não devia** (sobreinclusão) e **exclui caso que devia incluir** (subinclusão). O devia, ou não devia, nessa formulação diz respeito ao fato que o resultado apontado pela regra afronta o resultado apontado pela ponderação independente de razões de primeira ordem.

Um caso incluído no (ou excluído do) campo de incidência da regra, mas que a seu favor tem uma razão conclusiva, resultante da ponderação de todas as razões de primeira ordem, para excluí-lo (ou incluí-lo) fornece “*justificativa*” para ignorar a regra. Estar-se-ia, assim, diante de um caso de *superlegislação*, mas que encontra respaldo na ponderação independente das razões de primeira ordem.

Voltando ao “Veículo no Parque” de Hart. Considere-se o caso de uma ambulância que precisa ingressar no Parque a fim de socorrer pessoa acidentada, ou o caso de motocicleta de policial em baixa velocidade que adentra ao Parque com o objetivo de patrulha. São circunstâncias que podem oferecer dificuldade no uso de um argumento garantido, tendo em conta a garantia previamente estabelecida: “É proibida a entrada de veículos no Parque”.

Os dois casos parecem estar abrangidos pelo conceito de sobreinclusão de

Oct. 2011.

²⁸³ Schauer, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Publisher: Clarendon Press. Oxford. 1992. Ver Strchiner, op. Cit., para um exame dos conceitos de Schauer.

Schauer. As situações justificam a qualificação de difícil para ambos os casos. Tanto justifica-se a decisão que veda a entrada dos veículos no Parque, quanto a que a permite. A primeira fundamenta-se na regra. A segunda na razão conclusiva decorrente da ponderação de razões. De qualquer modo, não se trata de caso de penumbra, logo não se trata de legislação. Ou se trata de simples aplicação da regra – argumento garantido –, que sendo aplicada, veda a entrada do veículo correspondente, ou se trata de superlegislação, mediante o uso de argumento ponderativo, para permitir a entrada do veículo.

Não é o caso aqui de propugnar por um sistema legal, onde os juízes jamais possam atuar como superlegislador, nem o contrário, pois a pretensão neste trabalho resume-se a uma tentativa de esclarecimento dos argumentos utilizados no campo jurídico.

No entanto, a regra faz a diferença quando, mesmo nos casos subótimos, determina o resultado. A ideia é que em sistemas institucionalizados, os órgãos primários devotados à função de aplicar normas, combinando a criação de normas individuais e concretas com a execução forçada – *juízes e tribunais são exemplos mais comuns* – devem exercer esse poder por meio de regras previamente estabelecidas, ou pelo menos do seu suporte legal. Tais órgãos decidem de modo vinculante, “*mesmo que esteja (a decisão) errada, mesmo que seja uma aplicação inadequada da própria norma*”²⁸⁴. De fato, isto subjaz à essência de ser vinculante. Para Raz, a existência de tais órgãos é constitutiva de *sistemas institucionalizados*, denotando um modo oficial de resolver controvérsias e dissipar conflitos.

O ponto fora sublinhado por Rawls na análise das leis criminais. Rawls²⁸⁵ indicou ser parte do conceito do direito penal na forma de um sistema de regras que a aplicação e execução destas regras em casos particulares sejam justificadas – utilizando-se aqui os nossos termos - mediante argumentos garantidos, de segunda ordem, ou, no contexto do Direito Penal, de argumentos retributivos. Isto é consequência da **decisão** de a sociedade, ou o seu poder legitimado para assim decidir, adotar o sistema institucionalizado de regras: “*if one decides to have laws then one has decided on something whose working in particular cases is retributi-*

²⁸⁴ Raz, J. RPN, p. 131.

²⁸⁵ Rawls, John: Two Concepts of Rules. The Philosophical Review, Vol. 64, No. 1 (Jan., 1955), p.6.

*ve in form*²⁸⁶. A visão retributivista se referencia no princípio de legalidade de se infligir pena somente àquele que violou a regra criminal previamente assentada (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”), o que denota rejeição completa de aplicação de sanções com base no balanço de razões efetivado pelo julgador na apreciação do caso particular. Enfim, Rawls²⁸⁷ invoca o conceito de pena de Hobbes que pressupõe existência de lei e de sua violação. No *Leviatã*, Thomas Hobbes define: “*uma punição é um mal cominado pela autoridade pública a quem praticou, ou omitiu, o que esta autoridade julgou transgressão, com o propósito de que assim a vontade dos homens reste melhor disposta à obediência*”²⁸⁸.

O mesmo vale para o sistema de regras constitutivo do Direito Tributário também regido por seu princípio de legalidade, assentando a obrigatoriedade da instituição de tributo, e as sanções administrativo-fiscais, mediante lei formal e prévia. Por exemplo, na Constituição Brasileira, regra positivada veda em qualquer esfera da Federação “*exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”(v. Art. 150, I).

Contrapõem-se – os sistemas institucionalizados - aos *sistemas de discricionariedade absoluta*, de existência puramente hipotética²⁸⁹. Em tais sistemas, há normas puramente procedimentais, além das que instituem os próprios órgãos responsáveis por decisões em casos contenciosos. Constitui-se em selo de origem de tais sistemas que seus órgãos de julgamento não apliquem normas especificadas, mas decidam com base no balanço de todas as razões que entendam válidas, pertinentes e relevantes ao caso, enfim, produzam a melhor decisão que o caso requer. Raz esclarece que:

os tribunais de um sistema peculiar como esse **não estão autorizados a decidir de forma arbitrária. Eles devem agir conforme razões**, mas a seleção das razões que determinam os casos é feita de acordo com sua **discricionariedade absoluta**. Eles devem agir de acordo com seu próprio julgamento, honesto e irrestrito²⁹⁰ (gn).

Caracteriza, portanto, os *sistemas de discricionariedade absoluta* a decisão

²⁸⁶ Rawls, John: Two Concepts of Rules. The Philosophical Review, Vol. 64, No. 1 (Jan., 1955), p.7.

²⁸⁷ Rawls, John: Two Concepts of Rules. The Philosophical Review, Vol. 64, No. 1 (Jan., 1955), p.9.

²⁸⁸ Hobbes, Thomas. Leviathan. The online Library of Liberty. 2004 (da edição de 1651). Cap. XVIII.

²⁸⁹ PRN, p. 134.

²⁹⁰ PRN, p. 135.

justificada tão somente com base em argumentos ponderativos, ao contrário dos sistemas institucionalizados baseados em órgãos primários, onde argumentos de segunda ordem exercem papel proeminente. Por esta razão, estes, e não aqueles, encerram função de coordenação e, assim, podem proporcionar segurança e previsibilidade, em **maior grau**. Pois, as as razões que são consideradas nas decisões são as mesmas que pautam a conduta dos indivíduos²⁹¹.

Eventualmente, nos sistemas de discricionariedade absoluta haverá regras, mas que podem ser abandonadas sem qualquer constrangimento, pois não são vinculantes. No sistema institucionalizado, independentemente de considerações de ordem moral, pessoal, econômica ou religiosa sobre seu mérito, as regras têm prevalência na solução substantiva dos casos, mesmo que o resultado possa ser considerado 'indesejável'. Não há, porém, solução mecânica dos contenciosos em tal sistema, porque raramente uma solução limpa de argumentos colaterais, inclusive de natureza ponderativa, restará disponível em casos litigiosos. E a causa da dificuldade, em primeiro lugar, está na necessidade de examinar uma série de considerações de ordem jurídica, tais como provenientes das lacunas e antinomias, que pode levar a longa cadeia de argumentação. Em segundo lugar, há considerações de ordem de fato que podem tornar a solução extremamente complexa. Em terceiro lugar, não raramente a regra, mesmo bem construída a partir dos dispositivos pertinentes ao caso, reserva alguma latitude de discricionariedade, uma espécie de vaguidade intencional, por exemplo, o Código Penal define motivo **fútil** como qualificadora do crime, introduzindo aí um elemento vago para consideração do julgador. E, em quarto e último lugar, conforme já mencionado, existe o fenômeno da textura aberta das regras, fonte inapelável de vaguidade.

Dada a proibição, nos sistemas institucionalizados, do *non liquet* - *não se admite denegar solução ao caso* – o espaço vazio é preenchido a partir de considerações de princípios e valores morais incrustados na ordem jurídica, deixando margem para a discricionariedade, que “*pode ser limitada por princípio jurídicos gerais, mas isso não eliminará o aspecto do julgamento do mérito*”²⁹².

²⁹¹ Raz: “a avaliação é baseada nas mesmas normas que orientam o comportamento”. PRN, p.135.

²⁹² Idem, p. 136.

Análise de Alguns Casos

Longe de apresentar uma lista de casos para exhibir o uso de argumentos garantidos e de argumentos ponderativos, o propósito é mostrar algumas situações em que se passa de uma situação definida por uma regra, para outra onde o livre balanço de razões opera. Na prática comum dos tribunais, tal passagem, de uma espécie para outra de argumento, ora é legítima (justificada), ora ilegítima (injustificada), mas raramente é expressa.

7.1 - Princípio da Insignificância no Descaminho

O crime de descaminho distingue-se do crime de contrabando. No primeiro, a Lei Penal reprime a conduta consistente em internar de forma irregular mercadoria, cuja importação não está proibida; no segundo, veda-se a conduta de internar mercadoria, cuja importação é proibida, absoluta ou parcialmente. A primeira conduta é basicamente um crime fiscal, mas que frustra também políticas econômicas. Ambos são crimes tipificados no art. 334 do Código Penal²⁹³.

Em geral, no caso do descaminho, o argumento de segunda ordem é utilizado sem maiores controvérsias, simplificada nos seguintes termos: “*X cometeu o crime de descaminho*”(C) porque “*X adentrou ao território nacional com mercadorias estrangeiras, deixando de pagar tributos no valor de Z mil reais*”(D), uma vez que “*comete crime de descaminho quem importa mercadorias iludindo o pagamento de tributos*”(G), em conformidade com o disposto no “*art. 334 do Código Penal*”(B). Isto satisfaz a estrutura do argumento garantido com alegação, dados, garantia e apoio.

Com a garantia formulada nos termos acima, seria irrelevante cogitar-se do valor que deixou de se recolher à Fazenda para desqualificar a conclusão. No entanto, o afastamento da garantia proporciona oportunidade para um novo balanço

²⁹³ Código Penal Brasileiro. Art. 334 “Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de um a quatro anos”.

das suas razões subjacentes e, assim, excepcionar casos em que o valor sonegado é de pequena monta.

De fato, entenderam os tribunais superiores que a doutrina da bagatela, fundada no princípio da insignificância, aplica-se ao crime de descaminho. Em consonância com o desenvolvimento do capítulo 3, elucida melhor a jurisprudência, acerca da matéria, pensar, não em alteração do enunciado da garantia, mas nos termos da condição de sua aplicabilidade. De fato, a introdução de um requisito a fim de restringir o domínio de incidência da garantia original, deixando de fora os casos excepcionais, no sentido em que o tributo iludido é “insignificante”, recompõe um novo argumento de segunda ordem: “*X cometeu o crime de descaminho*”(C) porque “*X adentrou ao território nacional com mercadorias estrangeiras, deixando de declarar e pagar tributos no valor de Z mil reais*”(D), uma vez que “*comete crime de descaminho quem importa mercadorias iludindo o pagamento de tributos*”(G), exceto se “*o fato é insignificante*” (R), em conformidade com o disposto no “*art. 334 do Código Penal*” e com a “***jurisprudência dos tribunais superiores***” (B’).

Houve, de um argumento para o outro, “inovação legal” constatada na necessidade de alterar o apoio (*backing*) - fonte da garantia e das condições de sua aplicabilidade. No caso, a inovação consistiu em introduzir restrições no domínio da garantia, criando nova exceção, pressupondo-se a existência de argumentos ponderativos, que serão especulativamente projetados adiante. Agora vale a pena representar esquematicamente a situação de exceções, tanto no caso de excluir do domínio da garantia, quanto no caso de incluir neste domínio, caso não originalmente ali contemplado, em termos da imagem de Hart de zona de certeza e zona de penumbra.

Nestes termos, a exceção representa o movimento de zona de certeza de exclusão para a zona de certeza de inclusão, ou vice-versa. A zona de penumbra, em princípio, não tem relevância imediata para definir a exceção, mas apenas para interpretação dos dispositivos que compõem o apoio da regra, tendo por escopo precisar continuamente o domínio de incidência da regra.

No caso da aplicação do princípio da insignificância releva primeiro notar que se reconhece a tipicidade formal da conduta para depois convertê-la em mate-

rialmente atípica. A ideia básica da aplicação do princípio e, conseqüentemente, do tratamento diferenciado jaz no fato de que as razões subjacentes às regra apontam para decisão discrepante, de forma sistemática, da decisão apurada mediante sua aplicação. No caso, se o tributo evadido é de **pequeno valor** (hoje o STF e o STJ fixam como pequeno o valor abaixo de dez mil reais: $Z < 10$) e o fato ainda atende outros requisitos cumulativos (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada)²⁹⁴, a exceção se configura, e o fato é qualificado como insignificante frente a preservação do bem jurídico tutelado.

Em geral, os tribunais tem entendido que, se o critério objetivo do valor é atendido e o agente não está reiterando a conduta, a atipicidade do fato deve ser reconhecida. Há, no entanto, decisões que rejeitam a insignificância do fato, mesmo quando o valor está abaixo do limite e não há reiteração da conduta²⁹⁵. Por exemplo, no furto de um valor inferior ao salário mínimo, mas que era o faturamento de um trailer mantido por um cidadão, que dali tirava todo o sustento de sua família, a insignificância da conduta não fora reconhecida.

A zona de penumbra não tem relevância direta para definir a exceção, mas apenas para interpretação dos dispositivos que compõem o apoio da regra, tendo por escopo precisar continuamente o domínio de incidência da regra. Porém, pode-se considerar que a garantia em exame, após a consolidação do entendimento concernente ao princípio da insignificância e de sua incidência ao descaminho, teve ampliada sua zona de penumbra, por meio de sua condição de aplicabilidade, em razão da vaguidade inerente ao princípio, apesar dos requisitos alinhavados.

A ponderação necessária para fixar a exclusão do fato do domínio da regra original toma em conta todas as razões pertinentes ao caso, obtendo como razão conclusiva algo como: “*a conduta de X promoveu lesão insignificante ao bem tutelado pela ordem jurídica*”. As razões pertinentes, que participaram do balanço e derrotaram por peso as razões contrárias, transformam-se, *na formulação da máxima ou do princípio*, na sua hipótese de incidência, nos seguintes termos: “*Se o*

²⁹⁴ HC 84.412/SP, relator Min. Celso de Mello.

²⁹⁵ RHC 96.813/RJ, relatora Min. Ellen Gracie, neste caso tratava-se de furto.

tributo evadido for inferior a Z mil reais e o agente não for reincidente, então, o fato, formalmente tipificado como descaminho, deve ser considerado materialmente atípico”.

O aspecto da doutrina da bagatela destacado aqui para análise dos argumentos dispensados é a fixação do limite de 10 mil reais (Z=10). Os tribunais (STF e STJ) basearam-se na Lei 10.522/02, particularmente no seu artigo 20²⁹⁶, para fixar aquele limite por “analogia”. A regra constante nesse dispositivo permite, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, o arquivamento dos autos de execução fiscal, no valor de até 10 mil reais.

No exame da analogia, argumentou-se que o raciocínio analógico funda-se em juízo de relevância de um atributo presente no caso paradigmático, que também comparece no caso semelhante. No exemplo do descaminho, o atributo considerado relevante é o que se refere ao *interesse do Estado em promover a persecução* do crédito tributário (casos de execução fiscal), e, por outro lado, ao *interesse do Estado em promover a persecução* penal (crime de descaminho).

A crítica a que se submete toda a analogia conforme aventado antes, refere-se a existência de inúmeras semelhanças e distinções potenciais, que podem fundamentar o argumento *a simili*, mas também o argumento *a contrario*. Por exemplo, o caso da execução fiscal tem por origem infração administrativa, enquanto o descaminho funda-se em violação penal; a regra fiscal tutela fundamentalmente o erário público, enquanto a regra penal do descaminho visa, além disso e principalmente, proteger a “indústria brasileira”; quando o tributo deixa de ser pago o problema envolve basicamente a Receita Federal, mas a entrada irregular de mercadorias estrangeiras no território nacional atinge a fiscalização tributária, mas pode também frustrar políticas econômicas, o controle da saúde pública, vigilância sanitária, ministério da agricultura e outros órgãos; no caso da infração fiscal o contencioso pode ser resolvido no plano puramente administrativo (Delegacia da Receita Federal de Julgamento, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda), mas no descaminho o judiciário será necessaria-

²⁹⁶ Lei nº 10.522, Art. 20. “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004).

mente acionado via Ministério Público. Todas estas diferenças podem fundamentar um argumento *a contrario* justamente para dispensar tratamentos distintos aos casos.

Por tudo isto, o juízo de relevância com base no interesse estatal sujeita-se a críticas, porém, mais importante é ver que exige ponderação de valores. Entendeu o STF (e o STJ) que o dispositivo citado (art. 20, da Lei nº 10.522/02) denota o desinteresse do Estado em perseguir o crédito tributário, quando o valor não excede 10 mil reais. Ora, sendo assim, deduziu não haver interesse em promover a persecução penal pelo crime de descaminho quando o valor do tributo sonegado – que materializou o delito – é inferior ou igual aquele limite, estabelecendo, porém, requisitos adicionais.

A alegação de que o Estado não tem interesse em recuperar o crédito porque permite o arquivamento dos autos, quando a execução trata de valor inferior a Z mil reais (hoje, Z=10), submete-se à crítica. No próprio dispositivo citado, se verifica que a baixa na distribuição não é autorizada, significando que o processo poderá ainda prosseguir. De fato, o parágrafo segundo²⁹⁷ do próprio art. 20 da Lei nº 10.522/02 prevê explicitamente a reativação do processo na hipótese de o valor vir a ultrapassar aquele limite. Parece mais consentâneo com o dispositivo admitir que o problema é de priorização, estabelecendo-se preferência na recuperação de créditos de maior valor em relação aqueles de menor. A Fazenda reconhece – considerando-se o dispositivo - incapacidade de tratar todos os casos com mesma ênfase, mas não firmou desinteresse, estabelecendo prioridades.

Pode-se concluir que a “analogia” no caso resumiu-se a criar nova regra a partir de uma série de fundamentos, inclusive a inspiração suscitada pela regra fundada no art. 20, da Lei nº 10.522/02. Em outras palavras operou-se, embora de modo confuso, mediante ponderação de razões.

Curiosamente o art. 18, § 1º²⁹⁸, do mesmo diploma legal, apresenta apoio suficiente para sustentar, aí sim, a tese do desinteresse do Estado em recuperar o crédito tributário, mas agora de valor de até 100 reais (Z=0,01), pois prescreve o dis-

²⁹⁷ Lei nº 10.522, Art. 20, § 1º “Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados”.

²⁹⁸ Lei nº 10.522/02, art. 18, § 1º “Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais)”.

positivo legal o cancelamento do débito, independente de ato administrativo adicional, do valor expressamente estipulado.

A exceção legal, no caso da execução fiscal, enriquece as condições de aplicabilidade das regras pertinentes à atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional (R no esquema de Toulmin na forma apresentada no capítulo 2), mas poderia servir de razão para refutação da alegação de tipicidade material, quando no descaminho $Z < 0,01$. Claro que a reiteração das decisões no mesmo sentido produzirá a máxima conversível posteriormente em regra auxiliar constante das condições de aplicabilidade da regra vedatória do descaminho.

A alternativa do limite do parâmetro objetivo fixado com apoio no art. 18, § 1º, Lei nº 10.522/02 (R\$ 100,00 (cem reais)), e não no art. 20, da Lei nº 10.522/02 (R\$ 10.000,00 (dez mil reais)) foi objeto de discussão em ambas as Cortes Superiores, prevalecendo o limite superior.

Na verdade, uma vez definida a possibilidade de tornar atípico o fato, que ajusta-se a definição formal, mas caracteriza-se por reduzida afronta ao bem jurídico tutelado, a ser aferida em juízo particular e concreto, o princípio da insignificância tem o condão de abrir mais janelas para argumentos ponderativos nos termos da regra incriminadora.

De fato, na forma do entendimento da então maioria do STF, o princípio da insignificância tem por escopo a exclusão “*da abrangência criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico tutelado*”²⁹⁹. Por esta razão é que a regra original “*comete crime de descaminho quem importa mercadorias iludindo o pagamento de tributos*” (G), deve atender como condição de aplicabilidade a exceção formulada nos seguintes termos “*exceto se o fato é juridicamente insignificante*” (R).

Apesar de todos os requisitos alinhavados para a caracterização do fato como juridicamente insignificante, vale dizer excepcionado da tipificação do descaminho, a prática dos tribunais tem sido meramente em verificar o parâmetro objetivo, isto é, se o tributo iludido não ultrapassou a marca dos dez mil reais. Raramente se afasta deste padrão. A razão deste estreitamento é o entendimento de que o único bem tutelado pela norma penal, *sub examine*, é o Erário, literalmente se

²⁹⁹ HC 103.243, 29/06/2010, STF, rel. Min. Ayres Britto

diz: O descaminho é a “*modalidade do tipo penal incriminador que se destina à proteção dos interesses da Fazenda Nacional*”, visando “*à incriminação da conduta de toda a pessoa que deixa de recolher o tributo devido pela entrada de mercadoria estrangeira no país*”³⁰⁰.

Não restou claro do arrazoado das decisões do STJ e do STF por que não efetuada a “analogia” com base na regra do art. 18, § 1º³⁰¹ e, sim, com base no art. 20, ambos da Lei nº 10.522/02. Se os Tribunais superiores entenderam fixar algum parâmetro objetivo numérico com base em diploma legal válido, vigente e eficaz, pareceria a primeira vista mais forte candidato a servir de balizamento o valor referenciado no primeiro dispositivo. Parece que a motivação para fixar um parâmetro desta natureza, jaz na redução da subjetividade, quando do caso concreto, na qualificação do fato como juridicamente insignificante, sem excluir uma certa latitude de discricionariedade, dado que tal qualificação exige necessariamente argumentos ponderativos colaterais, preliminares do argumento principal. Mas, qual a base para a escolha entre os parâmetros concorrentes (do Art. 18, § 1º ou do art. 20, ambos da Lei nº 10.522/02)? Entendeu a Primeira e Segunda Turmas do STF que o parâmetro é aquele registrado no art. 20, de certa forma potencializando a bagatela e a tornando incompatível com a noção prática de insignificância³⁰². Mas não há argumentos convincentes no sentido da não aceitação do parâmetro do art. 18. Ressalte-se que o objetivo não é a crítica às posições adotadas, mas as estruturas dos argumentos expendidos.

Uma vez aceito o parâmetro puramente objetivista do valor numérico estabelecido com base no art. 20, vale dizer, de 10 mil reais, resolve-se o problema por meio de um argumento garantido, onde a a garantia(G) será “*comete o crime de descaminho quem interna mercadorias iludindo tributos devidos*” e a exceção (R) será “*exceto se o valor iludido não ultrapassa o valor de 10 mil reais*”. Mas se aceito um parâmetro subjetivista a exceção (R) será “*exceto se sobre o fato incide o princípio da insignificância penal*”, o que exigirá um argumento colateral, em cada caso, para ser estabelecido o fato como insignificante.

³⁰⁰ HC 103.243, 29/06/2010, STF, rel. Min. Ayres Britto

³⁰¹ Hipótese defendida, no STF, pelos Min. Marco Aurélio e Cármen Lúcia (V. HC 100.492, 1ª T. STF, Rel. Min. Luiz Fux)

³⁰² Min. Marco Aurélio, HC 103.243, 29/06/2010, STF, rel. Min. Ayres Britto.

7.2 - Saúde e o Bloqueio Judicial de Conta Estatal

Exemplifica-se as estruturas argumentativas com a situação dramática da saúde pública, em que paciente não logrando êxito na busca por tratamento na rede pública (municipal, estadual ou federal) resolve se socorrer do judiciário para, obtendo tutela antecipada, em ação pelo rito ordinário, ou liminar em mandado de segurança, obrigar o Estado a oferecer tratamento, vaga em hospital e/ou medicamento, resultando em bloqueio de recursos em conta corrente da Unidade da Federação. Em geral, os casos específicos envolvem enfermidades graves, tais como cardiopatia, câncer, aids e outras.

A jurisprudência nos tribunais superiores se consolidou no sentido de reconhecer direito ao paciente à referida tutela, quando há **risco de vida**:

Em **situações reconhecidamente excepcionais**, tais como a que se refere ao urgente fornecimento de medicação, sob risco de perecimento da própria vida, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é reiterada no sentido do cabimento do bloqueio de valores diretamente na conta corrente do Ente Público.³⁰³

A jurisprudência, embora não vinculante no sentido estritamente positivo, vem sendo acolhida nos tribunais inferiores, consolidando-se a prática como *apoio* para construção de garantias de um argumento de segunda ordem, que dentre várias possibilidades, pode ser ilustrada nos seguintes termos, a partir da ementa citada: “*Cabe bloquear diretamente na conta corrente da Unidade da Federação o valor correspondente necessário ao fornecimento de medicação, quando a medida resta como último meio eficaz de preservar a vida*” (mera ilustração).

A garantia assim construída estabelece um patamar de decisões de segunda ordem. Até chegar neste ponto, a jurisprudência evoluiu a partir de considerações de princípios e valores (vida, saúde, dignidade da pessoa humana), tendo que vencer outros princípios e valores igualmente importantes (separação de poderes, legalidade), caracterizando a existência de argumentos de primeira ordem decisivos na construção jurídica espelhada naquela garantia, e outras análogas, definindo, a partir de precedentes, a jurisprudência para **disciplinar** uma família de casos.

³⁰³ EREsp 770.969/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, julgado em 28.6.2006, DJ 21.8.2006, p. 224.

O caso paradigma³⁰⁴ que levou o STJ a formular posicionamento no sentido acima sintetizado, teve no seu polo ativo cidadã brasileira residente no Rio Grande do Sul, portadora de cardiopatia hipertensiva, sem recursos para arcar com as despesas de medicamentos necessários para tratar de sua moléstia. A tutela antecipada fora deferida em primeira instância, o que ensejou Agravo não provido no Tribunal de Justiça. Tendo impetrado Recurso Especial o Estado arrastou a lide ao STJ, alegando, entre outros, que o sequestro de dinheiro público fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e não encontra respaldo na Constituição Federal. O relator, que fora voto vencido, proveu o Recurso Especial, argumentando basicamente **falta de previsão legal** “*para que se proceda ao bloqueio de valores em contas públicas para custear tratamento médico ou fornecimento de medicamentos*”, ou seja, alegou que a Administração não pode afastar-se, na sua ação, do princípio da legalidade estrita.

A alegação do Ministro vencido pode ser interpretada, nos termos de um argumento de segunda ordem, como rejeição da jurisprudência como apoio de uma garantia, sublinhando que a fonte legítima, quando a Administração opera o direito, é a lei *stricto sensu*, invocando respeito ao princípio da legalidade. Porém, não inibiu o judiciário de construir e utilizar a jurisprudência como fonte (*backing*) de suas próprias decisões.

De fato, o voto vencedor no caso citado expõe os valores que se contraditam para, no sopesamento, definir como prevaletentes os valores da vida, saúde e dignidade da pessoa humana, mesmo no tocante ao sequestro do dinheiro público³⁰⁵, vergando, assim, os princípios que militavam em sentido contrário.

Na decisão que deferira a tutela antecipada, o juízo de primeiro grau determinara que o Estado fornecesse o medicamento necessário ao tratamento da paciente, autora da demanda. E após um mês sem cumprimento da ordem judicial, o juízo mandou bloquear certa quantia da conta corrente do Estado e disponibilizá-la à autora³⁰⁶. Contra esta última decisão o Estado agravara, mas como antes referido, o TJ/RS manteve a decisão de primeiro grau, suscitando, então o Recurso Especial ao STJ.

³⁰⁴ Recurso especial nº 735.678/RS, 17/11/2005.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ idem

De um lado, as razões favoráveis ao “sequestro” sublinhavam o direito à vida, saúde e dignidade da pessoa humana. De outro, apresentadas pelo Estado e no voto vencido do STJ, razões apoiadas nos valores jurídicos da legalidade, da separação dos poderes e dos princípios de Direito Administrativo e Financeiro. Alegando-se, ainda, como razão contrária à medida, conforme se lê no citado RE:

ser vedado ao Poder Judiciário dispor sobre os meios que os demais Poderes dispõem para o cumprimento de suas funções e, mais, que o julgador, na espécie, se substituiu ao legislador, que em verdade deteria a competência para organizar os gastos públicos em lei orçamentária.

Finalmente, o Estado, no Recurso Especial, apontou violação ao art. 100 da Constituição Federal, destacando as características próprias dos bens públicos: **inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração.**

Além disso, um argumento colateral se estabeleceu acerca da interpretação do §5º, art. 461 do CPC³⁰⁷, que disponibiliza os meios necessários para efetivar tutela específica deferida tais como *multa, busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas*, não incluindo sequestro de bens. A lista apresentada, segundo o voto vencedor, é meramente exemplificativa admitindo acréscimo de outras medidas. Neste caso, o bloqueio de quantia na conta corrente do réu de valor necessário para efetivar a tutela deferida, ou seja, fornecer os medicamentos para tratamento da moléstia da autora-paciente, seria possível, como “*medida excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos*”³⁰⁸. Admite-se haver uma **zona de penumbra** na regra, mas, o uso da expressão “tais como” indicam o acerto da interpretação no sentido de que outras medidas são possíveis, deixando indefinida a medida específica a ser adotada no caso, tendo em vista outras regras pertinentes, e, sobretudo, valores relevantes no caso, con-

³⁰⁷ CPC Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, **tais como** a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

³⁰⁸ Recurso especial nº 735.678/RS, 17/11/2005.

forme já citados.

Recapitulando: o problema é o de reestruturar, de um lado, o argumento que entendeu ser o bloqueio e disponibilização do dinheiro público à paciente medida adequada para tornar efetiva a tutela, e, de outro lado, o argumento que esta via estava vedada.

Aqui se vislumbra, sem dúvida, o uso de um argumento ponderativo que redundou em adicionar um item na lista do §5º, art. 461 do CPC. Após o precedente, uma máxima e daí uma nova garantia, tendo como apoio os precedentes que se constituíram em jurisprudência.

Entendeu o Judiciário a possibilidade de escolha de uma medida fora daquela lista que se tornasse mais adequada para o fim de efetivar a prestação jurisdicional:

Desta feita, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista **o fim da norma** e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a **desídia do ente estatal** frente ao comando judicial emitido pode resultar em **grave lesão à saúde** ou mesmo por em **risco a vida** do demandante, ora recorrido.³⁰⁹

Segundo o voto vencedor, as razões que devem superar o conflito são as seguintes: risco grave de lesão à saúde, risco à vida do demandante e o princípio da dignidade da pessoa humana, apoiando-se em dispositivos constitucionais que enunciam tais valores, entre os quais, o art. 196 (“a saúde é direito de todos...”) e art. 1º, inciso III (“dignidade da pessoa humana”). Além disso, o voto vencedor cita regra legal do próprio Estado do Rio Grande do Sul, que determina o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais ao hipossuficiente³¹⁰. Entre parênteses, ressalte-se que a regra apoiada em dispositivo legal do Estado, de certo modo, é suficiente para estruturar argumento de segunda ordem capaz de fundamentar a decisão de primeiro grau que acolheu o pleito do autor consistente em requerer o medicamento, mas não autoriza argumento de mesma natureza para efetivação do

³⁰⁹ Recurso especial nº 735.678/RS, 17/11/2005.

³¹⁰ Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul. Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente."

bloqueio da conta pública.

A conclusão adotada demonstra ter prevalecido os princípios favoráveis ao bloqueio, na linha em que o próprio Ministério Público preconizou argumentando que “*quando houver conflito entre dois ou mais direitos, a opção pela salvaguarda daquele de maior hierarquia valorativa, o qual, no caso dos autos, é, à toda evidência, a vida e a saúde da agravada*”³¹¹. Frisando ainda que o bloqueio de valores do Estado para a compra dos remédios deve acontecer excepcionalmente em razão de descumprimento à determinação do magistrado para o fornecimento imediato da medicação. O problema que se aponta é a postulação da **existência de hierarquia** entre os valores sem um fundamento maior, mas, na linha do capítulo 1, pode-se concluir que a adoção do bloqueio permite inferir que as razões favoráveis, **no caso**, prevaleceram sobre as razões que militaram contra a medida, e, assim, os valores correspondentes, **no caso**, demonstraram ter peso maior no julgamento.

Caso houvesse uma hierarquia definida previamente para todas as situações, haveria regra dando conta dela, que sujeitar-se ia a todos os problemas que uma regra enfrenta no caso concreto, por esta razão deve ser descartada a hipótese.

7.3 - PIS e Cofins Imunidade sobre minerais e outros

A Constituição brasileira de 1988 demarcou as linhas mestras do Sistema Tributário, definindo os tributos, as competências tributárias de cada ente estatal, as limitações ao poder de tributar, os casos de imunidade, e, de modo geral, os princípios norteadores da legislação infralegal, e, mais ainda, as transferências de arrecadação tributária da União para os Estados e Municípios, e dos Estados para os Municípios.

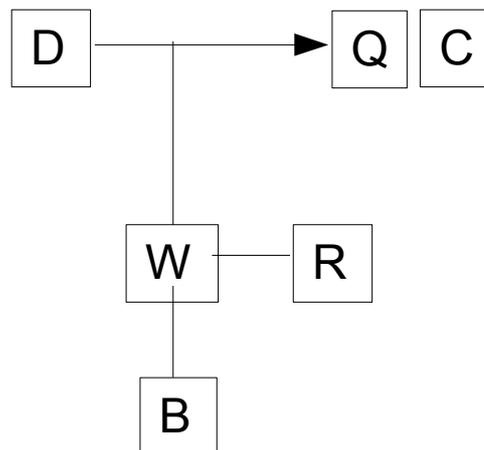
Assim é que o art. 155, § 3º ³¹²da Carta de 88 (ver a redação, na nota abaixo,

³¹¹ Recurso especial nº 735.678/RS, 17/11/2005.

³¹² CF art. 155 § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso I, b, do "caput" deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo incidirá sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do País. (redação original)

§ 3.º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, **nenhum outro tributo** poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela

após a Emenda Constitucional nº 3/93, e antes da Emenda Constitucional nº 33/01) trata da tributação sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. Tal dispositivo pode suportar uma garantia formulada nos seguintes termos: “**Nenhum tributo deve incidir** sobre operações relativas a *energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País*” (G). Garantia esta que deve ser acompanhada da seguinte condição de aplicabilidade a “*exceção do imposto de importação (II), do imposto de exportação (IE), do imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS)*”. Desta feita, inúmeros argumentos podem ser construídos para sustentar (ou refutar) a incidência de um específico tributo sobre, *exempli gratia*, derivados de petróleo, na estrutura definida no capítulo 2:



Onde, W e R estão acima definidos, B é o dispositivo citado, e o qualificador modal deve ser “necessariamente”, refletindo a forma categórica da garantia. Assim, nestas circunstâncias, se é um fato que “*X é um tributo*” e que “*X não é II, IE ou ICMS*” (D), então, “*X não deve incidir sobre derivados de petróleo*” (C). Este era, de modo bem simples, o argumento das empresas que operavam no setor de derivados de petróleo (e de telecomunicações, de energia elétrica, de combustíveis, e de minerais) para não recolher, por exemplo, a Cofins. Posicionamento que gerou muitas controvérsias, a começar pela contestação da Receita Federal e a

Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, **nenhum outro imposto** poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

terminar por decisão – não unânime no STF -, que veio mais tarde se transformar na Súmula nº 659 da Corte Suprema³¹³.

No entanto, a refutação da conclusão de um argumento de segunda ordem pode fundar-se na contestação de quaisquer dos elementos do argumento (B, G, R, D, C) e, ainda, de quaisquer de suas “implicações” ou conexões $\{ B \rightarrow G', G' \rightarrow (D \rightarrow C), D \rightarrow C \}$, onde $G' = G + R$, e Q fora omitido.

A complexidade de uma controvérsia pode se dar por várias razões, por exemplo, pela distribuição dos ataques aos diversos pontos do argumento, quanto mais distribuído o ataque mais complexo será o contencioso. E, de fato, um ataque generalizado fora o que ocorreu na situação ora examinada. A seguir examina-se alguns dos pontos controversos.

A negativa de D

Por exemplo, um dos ministros³¹⁴ contestou o fato que qualifica as contribuições sociais, em geral, e a Cofins em particular, como tributo. Argumentou que as contribuições sociais “*não se enquadram nem como imposto, nem como taxa, nem como contribuição de melhoria, dentro do conceito de tributo definido no CTN*”³¹⁵.

E desse modo não concedera imunidade requerida, relativa a Cofins, sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País, uma vez que a garantia estabelecida nos termos acima definidos opera apenas a partir daquela atribuição (a Cofins é um tributo).

A aceitação da proposição inicial do argumento do Ministro, sem dúvida, torna plausível a exclusão do caso do domínio de incidência da garantia, fazendo-o atravessar a zona de penumbra, e o situando na zona da certeza da exclusão. Em outras palavras, e equivalentemente, deixa a imunidade para entrar na zona de incidência da Cofins.

A disputa, no entanto, poderia continuar a parte, até fixar o dado como uma

³¹³ Súmula nº 659/STF: “É legítima a cobrança da Cofins, do PIS e do Finsocial sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do país”.

³¹⁴ Min. Néri da Silveira, RE 233.807-4/RN, 01/07/1999.

³¹⁵ CTN. Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66)

conclusão desta argumentação *a latere*, para então se dar sequencia no argumento principal. Apenas para citar, o STF já havia se pronunciado e gerado jurisprudência no sentido de entender a qualificação como tributo não apenas das contribuições sociais mas também dos empréstimos compulsórios. A decisão considerada paradigmática fora exarada em sede de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade definindo que o gênero tributo subsume como espécies as contribuições sociais e empréstimos compulsórios³¹⁶, além dos impostos, taxas e contribuições de melhoria. De qualquer forma, vale ressaltar que o Ministro defensor da tese do caráter não tributário da Cofins apresentou longa argumentação a partir do próprio texto constitucional para suportar a alegação.

O resultado da controvérsia no ponto levava a conclusão da não-imunidade requerida.

Outro ataque a D

Outro argumento de mesmo caráter (busca refutar D) e mesmo resultado (negar a imunidade), mas de conteúdo distinto, negava simplesmente que o tributo em disputa (Cofins) incida sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. O entendimento era que a incidência sobre o faturamento (fato gerador ou hipótese de incidência da Cofins) nada tinha a ver com a incidência sobre as operações anunciadas na regra construída a partir do § 3º, art. 155, CF/88, porque a vedação em tributar as operações, não impede gravar o faturamento, que não pode ser confundido com a própria operação de venda. Nesta linha de argumento, o Ministro³¹⁷, que a defendia, cita precedente em que suspendera liminar concedida em mandado de segurança coletivo contra a cobrança do PIS e da Cofins.

Na mesma linha, outro membro da Corte³¹⁸ não discute a natureza tributária

³¹⁶ No seu voto (ADI 447) o Min. Carlos Velloso assim definiu: “As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são a) os impostos (CF, art. 145, I, arts. 153, 154, 155 e 156), b) as taxas (CF, art. 145, II), c) as contribuições, que são c.1) de melhoria (CF, art. 145, III), c.2) sociais (CF, art. 149), que, por sua vez, podem ser c.2.1) de seguridade social (CF, art. 195, CF, 195, § 4º) e c.2.2) salário educação (CF, art. 212, § 5º) e c.3) especiais: c.3.1.) de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2) de interesse de categorias profissionais ou econômicas (CF, art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária, d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148)”

³¹⁷ Min. Octávio Gallotti.

³¹⁸ Ministro Sepúlveda Pertence.

das contribuições sociais, afirmando que não “*tem dúvidas de que as contribuições sociais questionadas são tributos e, por isso, em tese, subsumíveis no campo normativo do art. 155, § 3º, cujo alcance se discute nestes casos*”³¹⁹. Em apoio, cita os precedentes RE 146.733 e RE 138.284. Discute, contudo, e nega que o conceito de *operações* possa abranger o conceito de *faturamento* no sentido de fazer a regra de imunidade, apoiada no § 3º, art. 155, CF/88, alcançar os tributos incidentes sobre o *faturamento*, tais como a Cofins, apenas com o argumento de que este se “*compõem da quantificação financeira de todas as operações do período considerado*”³²⁰. Objeta que se a Lei da Cofins fosse revogada, antes de se completar um período de apuração, não haveria incidência do tributo, não importando quantas operações tenham ocorrido, pois não haveria o faturamento enquanto fato gerador da obrigação tributária. Cita precedente no RE 170.717 em que se discutia imunidade de livros ao Finsocial, incidente sobre a receita bruta de venda de mercadorias, nos termos do §1º, do art. 1º, do Decreto-Lei nº 1.940/82³²¹, onde se decidiu que era lícita a exigência do Finsocial sobre o faturamento constituído com a venda de livros, tanto quanto o era do Imposto de Renda.

Em termos de estrutura, essa refutação opera da mesma maneira em que se negara a qualificação de tributo à Cofins, mas os argumentos diferem em substância. O voto, tanto quanto de quem defendeu a primeira tese quanto dos que defenderam a segunda, fora no mesmo sentido, negar aplicação da regra constituída com base no § 3º, art. 155, CF/88 – *mas não a própria regra!* - assim não reconhecer imunidade das empresas dos setores referidos quanto às contribuições sociais.

Na mesma linha, outro Ministro³²² argumentou que o sentido de operações

³¹⁹ RE 233.807-4/RN, 01/07/1999.

³²⁰ RE 233.807-4/RN

³²¹ Decreto-Lei nº 1.940/82. art. 1º: Fica instituída, na forma prevista neste decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, justiça e amparo ao pequeno agricultor. (Redação dada pela Lei nº 7.611, de 1987)

§ 1º A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5% (meio por cento) e incidirá mensalmente sobre: (Redação dada pelo Decreto Lei nº 2.397, de 1987)

a) a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza, das empresas públicas ou privadas definidas como pessoa jurídica ou a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda; (Incluída pelo Decreto Lei nº 2.397, de 1987)

³²²Ministro Ilmar Galvão

está exemplificado pelos tributos expressamente excluído da imunidade prevista pelo § 3º, art. 155, CF/88, o II, IE e ICMS. O II (imposto de importação) incide sobre a *entrada* de mercadoria estrangeira no território nacional, o IE (imposto de exportação) incide sobre a *saída de mercadoria* do território nacional e o ICMS sobre a *circulação* de mercadoria dentro do território nacional, todos com as devidas qualificações e condições de aplicabilidade, e todos os casos pressupondo algum negócio jurídico envolvendo diretamente o bem. Portanto, não guarda semelhança com o faturamento o sentido de operações apurado a partir destes exemplos legítimos.

Assim, a regra veda a incidência do IPI na saída de derivados de petróleo da refinaria, mas não “imuniza” as empresas quanto ao IR ou ao IOF, embora o lucro ou operação financeira possa ser uma decorrência daquelas operações mais básicas. Forçosamente situa-se a Cofins, que incide sobre o faturamento, fora do domínio da garantia citada.

Ataque à interpretação de B

No voto do relator³²³, primeiro argumentou-se contra a imunidade requerida pelas empresas dos setores interessados, na linha da distinção entre o faturamento e as operações correspondentes, cujos resultados econômicos o compõem, trazendo muitos precedentes para este propósito, inclusive alguns anteriores à CF/88, quando se discutiu a incidência do PIS em confronto sobre o imposto único sobre minerais.

Depois argumentou – o que, de fato, interessa neste tópico - **contra a interpretação** do dispositivo em exame. Em síntese, alegou que na interpretação do dispositivo discutido (§ 3º, art. 155, CF/88), apoio (*'backing'*) do argumento, é necessário considerar outros dispositivos também constitucionais, especificamente, o art. 195, *caput*, e o seu § 7º³²⁴. Quando a interpretação é efetuada tendo em con-

³²³ Min. Carlos Velloso.

³²⁴ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

ta o princípio constante do art. 195, *caput*, da CF/88 e a regra estabelecida a partir do seu § 7º, resulta regra mais restritiva que aquela proposta pelas empresas dos setores afetados (energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais).

A ideia básica é que o princípio da universalidade do custeio (“A seguridade social será financiada por toda a sociedade”) veda a qualquer agente econômico a desobrigação do ônus tributário decorrente das contribuições sociais, que são fonte de recursos da Seguridade Social. Assim, desampararia a Seguridade Social de meios para desempenhar as funções que lhes são inerentes, a imunidade aos tributos, cujas receitas arrecadadas lhe são destinadas, resultando violação ao princípio da universalidade, “*com aplicação de tratos mortais ao princípio isonômico – geral e tributário – que a constituição consagra: CF, art. 5º, art. 150, inciso II*”,³²⁵ desprestigiando, ainda, o princípio da capacidade contributiva.

Ora, a argumentação se traduzirá em restrição ao domínio da garantia por meio, e.g., de alteração de sua condição de aplicabilidade (R). Antes, R representava “à exceção do II, do IE, do ICMS” agora, após a interpretação preconizada, representará “à exceção do II, do IE, do ICMS e das contribuições sociais”. A conjugação do princípio da universalidade com as “isenções” autorizadas pelo § 7º constitui base à vedação da desoneração, e, em consequência, permite satisfazer os valores da igualdade e da capacidade contributiva. Na interpretação concorrente o confronto com tais princípios e valores seria inevitável, levando a situação paradoxal de uma grande empresa a livrar-se do ônus fiscal, mas o mantendo numa pequena empresa.

A defesa

O ponto de vista que defende o reconhecimento da imunidade em relação a Cofins para as empresas dedicadas as atividades de energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais buscam derrotar as críticas de seus oponentes. Primeiro, há o entendimento de que o termo operações tem sentido amplo para abranger faturamento e receita bruta, e o fundamento é *a razão de ser* da regra constitucional da imunidade estabelecida pelo §

³²⁵ RE 233.807-4/RN

3º, art. 155 da CF/88. As razões de ser da regra, ou mais tecnicamente, suas razões subjacentes são, na visão examinada, de natureza econômica expressando a motivação do legislador em desonerar produtos ou serviços considerados **essenciais** ao consumidor final, ou não, pessoa física ou jurídica, situando-se nesta condição a energia elétrica, as telecomunicações, os combustíveis, os minerais e os derivados de petróleo³²⁶. Em consequência, a imunidade deve ser tão ampla quanto a norma permita.

Assim, o sentido da expressão “*incidirá sobre as operações relativas a ...*” deve abarcar não apenas os fatos geradores vinculados a entrada, a saída e a circulação, mas também os fatos geradores que mantêm uma relação indireta e mediata com tais operações, como sucede com os fatos geradores que tem dimensão material na receita bruta, ou no faturamento, que são uma espécie de somatório destes atos individuais dentro de certo período.

Argumenta ainda que se prevalecesse a “*interpretação, estritamente técnica*”, restringindo o sentido da expressão “*operações relativas a ...*” aos casos de circulação econômica e/ou jurídica, então, frustrar-se-ia a finalidade da regra, ou seja, a tornaria inútil para seu propósito.

Assim, por força desta razão subjacente – desonerar tributariamente alguns produtos e serviços qualificados como essenciais – as dúvidas na aplicação da regra devem ser resolvidas a favor da imunidade. Portanto, entendendo-se pela caráter tributário da Cofins, a imunidade daquelas atividades para esta contribuição social se impõe mediante argumento garantido.

Por outro lado, o ataque à interpretação do dispositivo § 3º, art. 155, da CF/88, com fundamento no Princípio da Universalidade, na manutenção de um sistema de Seguridade Social (art. 195 da CF/88), encontrou resistência na argumentação³²⁷ de que as empresas vinculadas aquelas atividades que, estariam desoneradas da Cofins, não deixariam de contribuir com o financiamento da segurida-

³²⁶ RE 233.807-4/RN – Min. Moreira Alves: “Ora, é manifesto que a finalidade a que visa a Constituição com essa imunidade é a de evitar que haja excessiva oneração fiscal desses bens – energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais – que são de vital importância para a economia nacional, e que, assim, teriam seus preços de venda demasiadamente aumentados. Isto decorre até do exame da base de cálculo dos impostos excepcionados pelo § 3º do artigo 155 da Constituição.”

³²⁷ RE 233.807-4/RN – Min. Moreira Alves e Min Marco Aurélio.

de social, pois obrigadas a outras contribuições sociais, tal como, a que incide sobre o lucro líquido. Mas, isto também vale contra a interpretação econômica concorrente.

7.4 - Estupro Simples, Crime Hediondo

A Lei dos crimes hediondos, antes da alteração promovida pela Lei nº 12.015/09 e após a Lei nº 8.930/94, inseria o crime de estupro³²⁸ na lista de crimes hediondos, mas havia dissídio jurisprudencial quanto a ser considerado nesta condição apenas quando resultava em morte ou em lesão corporal de natureza grave, ou em qualquer caso. Assim, a dúvida residia em atribuir o caráter de hediondo ao **estupro simples**, isto é, quando do fato não resultava morte ou lesão corporal de natureza grave³²⁹. Inicialmente a jurisprudência do STF³³⁰ alinhava-se no sentido de excluir da incidência do conceito de hediondo o crime de estupro simples. Por exemplo:

Os crimes capitulados nos arts. 213 e 214 do CP, para serem considerados como crimes hediondos, devem resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte. Precedente. No caso, resultaram apenas lesões leves. O paciente deve cumprir a pena em regime inicialmente fechado. Habeas deferido. (HC 80.479/RJ)

O STJ inicialmente comungava de igual pensamento, depois passou a adotar jurisprudência em sentido contrário, considerando hediondo o estupro mesmo quando cometido na forma simples. Ocorre que o STJ, em atenção ao que o STF vinha firmando, alterou novamente seu posicionamento, e, assim, passou a acompanhar o STF.

Nesta fase, o argumento no STF estruturava-se na forma de um argumento de segunda ordem, onde a garantia poderia ser assim enunciada: “*Estupro que re-*

³²⁸ Tudo que se fala aqui vale também para o crime de violento atentado ao pudor.

³²⁹ O Código Penal define no Art. 129, § 1º e § 2º, os casos de lesão corporal de natureza grave:

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto:

³³⁰ HC 80.479/RJ, 80.223/RJ, 78.305/MG

sulta em morte, ou lesão corporal de natureza grave, é crime hediondo”. A Lei fornece os casos em que se considera a lesão corporal de natureza grave entre as quais: incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; aceleração de parto; aborto. Desse modo um *estupro que não tem como resultado morte ou uma lesão de natureza grave* não deveria ser qualificado como hediondo. Tal seria a conclusão de acordo com jurisprudência firmada nos primeiros casos, após a lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90). O apoio (*backing*) para a garantia acima formulada será constituído dos dispositivos: inciso V, art, 1º da Lei nº 8.072/90, art. 223, caput e parágrafo único, servindo o art. 129, § 1º e § 2º como apoio para definição da gravidade de uma lesão. Adiciona-se ainda a tais dispositivos os precedentes iniciais do STF afirmando a exclusão do estupro simples da incidência da qualificação de hediondo.

Desse modo, aplicar-se ia reiteradamente no STF, e no judiciário de modo geral – lembrando que *o próprio STJ alterou seu posicionamento após decisões iniciais da Corte Maior* - , a garantia, de tal modo que restaria controvérsia, em cada caso específico, apenas quanto às afirmações dos fatos (D).

Porém, o STF, deu guinada em sua orientação³³¹ passando a considerar hediondo não apenas o crime de estupro na sua forma qualificada, mas também na sua forma simples. Houve duas linhas de argumentação no STF responsável por esta virada. A primeira linha pode ser representada por parte da argumentação expedida no acórdão proferido em sede do HC 81.360/RJ:

1. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa ao referir o estupro, apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único. Pretendeu o legislador, atento à efetiva gravidade do crime, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples que, na definição legal, corresponde a: constringer mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave e (3) o estupro do qual resulte a morte da vítima. 2. Revogação tácita, pela Lei nº 8.072/90, que impôs penas mais severas ao crime de estupro, do parágrafo único incluído no art. 213 do Código Penal pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 3. Estupro: crime que, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tamanha repulsa que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo, bem como que a sociedade, em geral, prefere relegar a uma

³³¹ HC 81.360/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie.

semiconsciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas. Estatísticas de incidência que, somadas às consequências biológicas, psicológicas e sociais que acarreta, fazem desse crime um complexo problema de saúde pública. Circunstâncias que levam à conclusão de que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave. 4. O conceito de lesão corporal, na lição de Nelson Hungria, não abrange apenas consequências de ordem anatômica, mas compreende qualquer ofensa à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico, o que abrange a desintegração da saúde mental. 5. Ordem denegada.

E a segunda linha pelo acórdão proferido em sede do HC 81.277-5/RJ³³²:

Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, legitimando-se, em consequência, a incidência das restrições fundadas na Constituição da República (art. 5º, XLIII) e na Lei nº 8.072/90 (art. 2º), mostrando-se inexigível, para esse específico efeito, que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte, pois tais eventos traduzem resultados meramente qualificadores do tipo penal, não constituindo, por isso mesmo, elementos essenciais e necessários ao reconhecimento do caráter hediondo dessas infrações delituosas. Precedente (Pleno). Doutrina.

Assim, considerando a primeira linha argumentativa, concorreu para tal guiada na orientação jurisprudencial do STF uma nova significação para o conceito de lesão de natureza grave, fazendo o conceito abranger também as lesões de natureza psicológica. Daí, que, apoiado em estudos de psicologia e saúde pública, considerou-se que o estupro necessariamente causa lesão psicológica grave, e portanto, define seu caráter hediondo.

Interpreta-se que a nova orientação, nesta linha, fundou-se em dois movimentos. Primeiro uma crítica ao apoio consolidado, não admitindo os precedentes que então se estabilizava. Segundo, cravava cunha para descerrar o contêiner da regra no que concerne ao conceito de lesão de natureza grave, e, inadmitindo o disposto no código (art. 129, §§ 1º e 2º) como palavra final, reconstruía a garantia, melhor dizendo, sua condição de aplicabilidade. A abertura da garantia para examinar suas razões subjacentes resulta no movimento na direção da ponderação, do estabelecimento de um novo precedente, significando construção de novo apoio, o que de fato significa “legislar”, em sentido amplo (a função de legislador do juiz). Esta é uma forma de observar a mudança consistente na guinada radical, quando se analisa a decisão pioneira constante do HC 81.360/RJ.

³³² Rel. Min. Celso de Mello

Porém, a outra decisão citada oferece fundamentação diversa para a reorientação da jurisprudência, consistente³³³ na exclusão dos precedente anteriores do apoio, e também no afastamento do art. 129 e seus parágrafos primeiro e segundo da empresa interpretativa, por entender que os dispositivos são irrelevantes para definir o caráter hediondo do crime.

Assim, reduzindo o suporte para o *inciso V, do art. 1º da Lei nº 8.072/90*, a garantia resultante – mediante processo interpretativo – poderia ser enunciada simplesmente como “*o estupro é crime hediondo*”. O argumento de segunda ordem completo seria “*X cometeu estupro*”, uma vez que “*o estupro é crime hediondo*”, com base no inciso V, do art. 1º da Lei nº 8.072/90, “*X cometeu um crime hediondo*”. Neste caso, não se suscita dúvidas quanto ao texto do mencionado inciso, não importando se o fato teve como resultado a morte, lesão corporal de natureza grave ou lesão corporal de natureza leve. E é justamente por esta razão que o dispositivo do art. 129 tonara-se irrelevante para definir o caráter hediondo do fato típico.

O confronto entre as interpretações do inciso V, do art. 1º, da Lei nº 8.072/90, isto é, entre aquela que vê discriminação entre as formas de estupro (estupro seguido de morte, estupro com lesão de natureza grave, estupro simples) para então dispensar tratamento diverso, necessariamente requer argumentação colateral.

Não bastando a interpretação literal do texto problemático (melhor dizendo problematizado) para evitar a controvérsia, a solução será encontrada no plano das razões subjacentes à regra conforme se nota em parte da ementa citada (81.360/RJ), em que os valores de dignidade humana e saúde são invocados.

7.5 - Imunidade dos Livros

A Constituição Federal atual manteve **regra**, que vinha desde a constituição de 1946, excluindo livros, jornais e periódicos, e o papel destinado a sua impressão, do campo de incidência dos impostos. Trata-se, na linguagem técnica da doutrina do Direito Tributário, de **imunidade objetiva**. O dispositivo na CF/88 que

³³³ HC 82.235/SP. Rel. Min Celso de Mello.

veicula a regra é o art. 150, inciso, VI, alínea “d”³³⁴. De início, uma garantia pode ser formulada, nos seguintes termos, “Se X é um livro (ou jornal ou periódico) e I é um imposto, então, I não incide sobre X, nem incide sobre o papel destinado a sua impressão”.

Neste sentido, um caso resolvido por esta regra poderia ter a seguinte conclusão: “O ICMS não incide sobre a 'Playboy'”, pois a 'Playboy' é um periódico.

Mas poderia haver dúvidas se certos objetos pertencem a uma das classes excluídas (livro, jornal, periódico, e o correspondente papel de impressão) do campo de incidência dos impostos, quando situados na zona de penumbra da regra. Por exemplo: um álbum de figurinhas pode ser posicionada numa dessas classes? E um catálogo telefônico? E o “papel” fotográfico? Um argumento construído para concluir pela imunidade desses objetos sujeitar-se-ia à crítica quanto aos enunciados factuais, que tenham registrado seu pertencimento (do bem em questão) a uma das classes mencionadas na garantia, e.g., “o álbum de figurinhas é um livro” (D), logo, “o álbum de figurinhas é imune aos impostos”.

De fato, tais “*casos difíceis*” foram enfrentados e resolvidos, tendo o STF decidido que “**A imunidade** prevista no art. 150, VI, *d*, da CF, **abrange** os filmes e **papéis fotográficos** necessários à publicação de jornais e periódicos” (súmula 657). Decidiu também que:

A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil.³³⁵

Também assim as apostilas (material didático de apoio): “*O preceito da ali-*

³³⁴ CF/88 – art. 150 : Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

³³⁵ **RE 221.239**, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 25-5-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004. **No mesmo sentido**: RE 179.893, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 15-4-2008, Primeira Turma, DJE de 30-5-2008.

nea d do inciso VI do art. 150 da Carta da República alcança as chamadas apostilas, veículo de transmissão de cultura simplificado."³³⁶

Os catálogos telefônicos também foram incluídos no conceito de periódico para o fim de gozo da imunidade requerida na regra, pois

O fato de as edições das listas telefônicas veicularem anúncios e publicidade não afasta o benefício constitucional da imunidade. A inserção visa a permitir a divulgação das informações necessárias ao serviço público a custo zero para os assinantes, consubstanciando acessório que segue a sorte do principal³³⁷.

Há séria vacilação na fundamentação da Corte quando decide tais casos difíceis, pois ora argumenta a partir da regra, não se permitindo avaliar as razões subjacentes, ora adentra nestas razões para justificar a inclusão ou exclusão de determinados bens do campo de incidência da garantia construída a partir do art. 150, VI, d, da CF/88. Por exemplo, ao decidir favoravelmente ao álbum de figurinhas exclui avaliação do seu valor cultural ("*Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um **juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico** de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil*"). Porém, na mesma fundamentação apela para as razões finalísticas, ou valores que a regra visaria dar especial proteção, quando aduz que "*a imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão **tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação***".

Na decisão que conferiu o privilégio às listas telefônicas, verifica-se a existência da mesma posição claudicante da Corte verificada no RE 101.441-RS: "*... é de se entender que não estão excluídos da imunidade os periódicos que cuidam apenas e tão somente de informações genéricas ou específicas, sem caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico, mas de inegável utilidade pública, como é o caso das listas telefônicas*". Não há necessidade de avaliar o conteúdo veiculado, mas admite-se verificar se há utilidade pública naqueles 'periódicos'.

³³⁶ RE 183.403, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-11-2000, Segunda Turma, DJ de 4-5-2001.

³³⁷ RE 199.183, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-4-1998, Segunda Turma, DJ de 12-6-1998.

Algumas vezes o apelo à razão subjacente (ou razões subjacentes) da regra é explícito, conforme se verifica no RE 174.476, de 26/09/96, onde se afirma que “*A razão de ser da imunidade prevista no texto constitucional, e nada surge sem uma causa, uma razão suficiente, uma necessidade, está no interesse da sociedade em ver afastados procedimentos, ainda que normatizados, capazes de inibir a produção material e intelectual de livros, jornais e periódicos.*”

E como varia de um caso para outro a razão subjacente invocada!

Nos casos em que se esclarece se um objeto está incluído, ou não, no conceito de *livro, jornal, ou periódico, ou o papel destinado a impressão destes*, para então, a partir daí, a garantia operar os seu efeitos, não há propriamente argumentos empíricos para determinar o fato que “*o álbum de figurinhas é um livro*” ou o fato que “*a lista telefônica é um periódico*”, mas argumentos onde se discute propriamente o domínio de aplicação da regra. Assim, o argumento ponderativo vence, sem, contudo, firmar uma nova garantia a partir do apoio (*backing*) estabelecido, definindo, ao contrário, os contornos da zona de incidência da mesma garantia.

Trata-se, em geral, de tomar um caso que está na zona de penumbra e determinar se deve estar na zona de incidência, ou na zona de não-incidência (ambas zonas de certeza), este movimento não é judicante *stricto sensu*, mas é o que se chamou de função **colegislativa** do julgador. Diferente do papel de **superlegislador**, onde o juiz não aceitando caso assentado na zona de não-incidência pelo legislador o reassenta na zona de incidência, ou vice-versa.

Deste segundo movimento pode-se exemplificar com o caso do filme, ou outros insumos consumidos na produção de livros jornais ou periódicos, dado que qualquer “analogia” aqui deveria começar pela função desempenhada pelo papel no processo produtivo destes objetos. Admita-se que o filme possa ser assemelhado ao papel por alguma característica, mas de qualquer forma não será destinado à impressão do livro, jornal ou periódico, mas a outro fim, por exemplo, sendo consumido no processo produtivo, como as próprias empresas do setor admitem. E dessa maneira se promove alteração na zona de incidência mediante reformulação da garantia onde “destinado a sua impressão” é convertido em “utilizado na sua produção”.

Claro que a alteração da garantia requer o uso de argumentos ponderativos onde as razões são aquelas subjacentes à regra (ou assim consideradas) tais como, liberdade de expressão, promoção da cultura, direito à informação, e assim, por diante, encontrando resistência em outros valores e princípios tais como, princípio da legalidade tributária e da capacidade contributiva.

Mas, seja na condição de **colegislador**, ou na de **superlegislador**, o juiz utiliza-se das mesmas estruturas: argumentos de primeira ordem e argumentos de segunda ordem. O argumento analógico, tantas vezes invocado, pode ser decomposto nestas formas mais básicas. De fato, como se discutiu no capítulo 4, a escolha de um atributo que similariza dois casos, ou que os distingue, depende de um juízo de relevância, que por sua vez, se obtém mediante ponderação, ou mesmo de um argumento a partir de regra.

Considerações Finais

Argumentaremos, a seguir, que as ideias centrais de Toulmin desenvolvidas em “Os usos do argumento”, de 1958, já haviam sido antecipadas em sua obra anterior “An Examination of the Place of Reason in Ethics”, de 1950. Assim, a análise de alguns pontos da mencionada obra pode elucidar um pouco mais, não apenas conceitos relevantes introduzidos e/ou utilizados posteriormente na obra de 1958, como as próprias questões tratadas neste trabalho. Assim, a fim de alcançar tais objetivos, antes da conclusão propriamente dita, ver-se-á na sequência um pouco do trabalho precursor do Toulmin de 1950, cotejando com a revisão crítica de Rawls desta obra. Ao final, ver-se-á o que restou superado pela obra subsequente de 1958, o que restou pendente, e o que pode ser elucidado com o presente trabalho.

Toulmin esforça-se em afirmar a distinção de um argumento moral válido de um argumento moral inválido, ponto que Rawls ressalta³³⁸:

I think that Toulmin wants to say that there just is **the distinction between valid and invalid moral reasoning**, just as there is a distinction between good and bad reasoning about matters of fact; and it is the task of the ethical philosopher to give a complete account of it, and of the **variety of criteria by which we recognize it**.

A variedade de critérios a que alude será obtida mais tarde com a noção de argumentos garantidos em “Os Usos do Argumento”, onde a garantia assume o núcleo do argumento mas varia em sua forma e força de campo a campo, sendo suportados por apoios (backing) próprios de cada campo. Em “The Place of Reason”, Toulmin já observa a variedade de classe de raciocínios, cada qual com seu próprio fim e conjunto de critérios, por meio do qual o bom argumento se distingue do mau, admitindo, no entanto, não ser possível uma solução geral para o problema da distinção: “*No single answer, no verbal formula comprehensive and general enough to cover all cases, can be hoped for*”³³⁹.

De modo geral, pode-se apenas ter por meta apresentar um argumento digno

³³⁸ Rawls, John. “An Examination of the Place of Reason in Ethics by Stephen Edelston Toulmin”. *The Philosophical Review*. Vol. 60, nº 4, 1951, p. 572/580.

³³⁹ Toulmin, Stephen. *An Examination of the Place of Reason in Ethics*. CUP, 1961, p.80.

de aceitação cuja conclusão seja digna de crença. Apesar disso, Toulmin sustenta ser possível obter soluções aplicáveis a “*modos individuais de raciocínios*” buscando princípios, da maneira certa, nos contextos e atividades apropriadas, onde as expressões éticas são usadas, e, assim, “*we may come to see how the logical criteria applicable to them are generated*”³⁴⁰. Considera como dogmáticas as tentativas de definir “reasoning” de modo único. Argumenta que alguns filósofos limitam o escopo do raciocínio às ciências e matemática, outros qualificam como pseudo-conceitos aqueles que não se referem a objetos ou processos físicos, outros sustentam obsessão por facetas limitadas de “verdade” e, enfim, há os que não admitem proposições que não sejam factuais³⁴¹.

Toulmin entenderá, já na obra de 1950, ser necessário – no domínio da moralidade – fragmentar o campo do raciocínio prático para assim distinguir a justificação de um ato da justificação de uma regra. Mais ainda, nota Rawls³⁴², Toulmin³⁴³ reconhece haver uma variedade de tipos de raciocínio moral. Primeiro, quanto à justificação de um ato, isto é, do raciocínio acerca da correteza de ações específicas em casos concretos, lista os seguintes:

(a) se há regra socialmente aceita, em cujo domínio encontra-se o caso, a solução jaz na sua aplicação sem ambiguidade e não-conflitante com outras regras;

(b) se há regras conflitantes aplicáveis ao caso. A solução dependerá primeiro da avaliação consequencialista das regras alternativas, ponderando os riscos relativos, e depois aplicando-se a regra melhor avaliada;

(c) se não há regra aplicável ao caso. Solução dependerá da avaliação direta das conseqüências de cada conduta possível.

Ainda Toulmin refere-se aos casos em que está em questão, não uma ação específica, mas regra ou princípios, ou mesmo a prática em que estes se inserem, por exemplo:

(d) a disputa sobre a validade de uma prática social a ser adotada pela sociedade como um todo, que se resolve avaliando as conseqüências de adotá-la;

³⁴⁰ Idem, *ibidem*.

³⁴¹ Idem, p. 83

³⁴² Rawls, John. “An Examination of the Place of Reason in Ethics by Stephen Edelston Toulmin”. *The Philosophical Review*. Vol. 60, nº 4, 1951, p. 575.

³⁴³ Toulmin, Stephen. *An Examination of the Place of Reason in Ethics*. CUP, 1961, cap. 11.

(e) disputa sobre um 'caso teste', que seria resolvido mediante a ponderação dos méritos do princípio ou regra aplicável ao caso; e, finalmente;

(f) a questão da superioridade de um modo (ou forma) de vida sobre outro, que se resolve mediante decisão pessoal, não por uma escolha moral, pois significa apenas ter que escolher entre a sociedade em que se vive, ou “*to go and live as an Arab tribesman in the desert*”.

As críticas de Rawls ao pensamento de Toulmin conforme exposto em “Reason in Ethics” são, principalmente, as seguintes:

(a) A solução de alguns casos depende de regras ou de um código moral que, segundo Rawls, praticamente inexistem. De fato, Toulmin fornece apenas dois exemplos: O princípio de que promessas devem ser mantidas e o da regra de trânsito, que determina trafegar pela direita. Mas este último é uma regra legal. Rawls resume: “*there is no commonly accepted, well-known, definite, and constantly referred to moral code; at best but a very few rules, e.g., the one about promises*”³⁴⁴. E, ainda, comenta que, enquanto um conjunto amplo e variado de regras e princípios conformam o Direito, a moralidade na vida cotidiana é relativamente livre de regras.

No caso de uma promessa específica (e.g. “devo devolver, hoje, o livro que peguei emprestado”, porque “prometi”, e “promessa deve ser cumprida”), Toulmin entende não ser o caso de apelar para fundamentação adicional com a razão “porque não se deve infligir sofrimento evitável”, por exemplo, pois tal razão serve à fundamentação da prática (social da promessa), mas não do ato concreto (da promessa feita). Rawls objeta que a regra adicionada como justificação no caso (“promessa deve ser cumprida”), além de ser improvável, é desnecessária, pois uma repetição da razão primitiva (“eu prometi”) E, continua Rawls, se a pessoa fornece mais razões dirá algo como “ele terá uma prova amanhã e precisa do livro”, e por trás desta razão “*we might find that the principle was suspiciously like the sort of principle to which Toulmin says we cannot appeal*”³⁴⁵.

Rawls diz que Toulmin deixou de notar a textura aberta dos conceitos, e, assim, o caráter derrotável das regras, exemplificando que à interpretação da regra

³⁴⁴ Rawls, John. “An Examination of the Place of Reason in Ethics by Stephen Edelston Toulmin”. *The Philosophical Review*. Vol. 60, nº 4, 1951, p. 576.

³⁴⁵ Idem, p. 577.

moral da promessa como “Se deve fazer o que fora prometido” deve se opor a interpretação “é razoável fazer o que se prometeu, a fim de não frustrar expectativas criadas, exceto se ...”. Argumenta que, além de algumas exceções previamente permitidas, certa abertura na regra é deixada para exceções inesperadas, que devem ser analisadas e ponderadas caso a caso. E nesta ponderação é possível que uma razão tal como “evitar sofrimento desnecessário” possa ser apropriada.

Além disso, Rawls não endossa a noção de “*caso teste*” de Toulmin, pois entende que a noção é uma forma de negar que uma regra possa ser afastada em caso particular e mantenha sua validade de modo geral, o que é possível dado o caráter de textura aberta e derrotável das regras.

Rawls parece adotar a noção de que as regras atuam por força (ou peso), por isso em algumas situações devam ser ponderadas com outras razões igualmente fortes a fim de fazer a justiça no caso concreto. Retoma o exemplo da regra de trânsito que determina seguir pela direita. Diz que a regra apresenta-se forte o bastante para determinar o resultado – quando conhecida, adotada e seguida - porque não importa o que ela é, e “*there is nothing to be gained by changing it*”. Mas, se considerado a regra que trata de propriedade “*it may make a difference what the rules are, yet at the same time it is important that the rules be ascertainable and strictly adhered to, e.g., rules relating to property, wherein it is accepted that it is better that the law be settled than that it be settled right*”³⁴⁶. Confronta, por último, este com um terceiro caso hipotético, onde uma regra de racionamento de alimentos negligencia necessidades especiais, por exemplo, de uma gestante que não receberia porção extra: “*it would be likely that many persons would think the appeal to such a rule as having no moral force at all other than that they would rather grudgingly admit to it on the grounds that it is a rule*”³⁴⁷. Rawls conclui então que a 'força lógica' do apelo à regra depende de muitas variáveis, sendo necessário, para dar conta desta característica, legitimar considerações utilitaristas gerais mesmo no caso concreto, ressalvando porém que “*this does not mean that we recommend as a practical method of making ethical decisions always to try to compute what action will maximize social welfare*”³⁴⁸.

³⁴⁶ Idem 578

³⁴⁷ Idem, *ibidem*.

³⁴⁸ Idem, p. 579.

Uma última crítica relevante de Rawls ao '*approach*' de Toulmin diz respeito aos raciocínios que se ocupam de justificar - não ação individual e concreta - regras gerais e abstratas, ou mesmo uma prática ('d' e 'e' acima). Não aceita que o único princípio relevante em tais contextos seja o princípio utilitarista - pensamento que atribui a Toulmin. Argumenta que mesmo os seguidores do utilitarismo - a começar por Bentham - rejeitam a ideia do princípio único, mas Toulmin não discute a questão "*instead the whole territory is left blank and labeled 'the appeal to consequences'*".³⁴⁹

Na análise das críticas de Rawls imediatamente vale ressaltar que Toulmin claramente entende mesmo em "Reason in Ethics" que qualquer regra, ou mesmo prática, sujeita-se á crítica, e, conseqüentemente, deva ser eventualmente justificada, podendo até ser abolida ou revogada parcialmente, embora Toulmin mantenha a crença de que algumas práticas permanecerão como apoio moral fora de qualquer revisão, em qualquer sociedade, de qualquer 'estágio de moralidade', diz, por exemplo, ser inconcebível que alguma prática possa ser sugerida para substituir a prática promissória e seu principio nuclear com a mesma efetividade: "Even in the most 'advanced' stages of morality, therefore, promise-keeping will remain right"³⁵⁰.

Não se trata aí da simples evocação da '*rocha dura*', onde toda pá entorta, na metáfora de Wittgeinstein, no sentido de que em algum momento a justificação deve parar, vedando-se um regresso infinito. Mais do que isso, parece Toulmin apelar para um princípio ético superior auto-evidente, tal como "evitar sofrimento desnecessário" a ser considerado por qualquer ordem social, de tal modo que uma sociedade compromissada com sua própria sobrevivência acolheria, e, em consequência, preservaria o principio de manutenção das promessas.

Contra isso se deve guardar reservas porque parece haver evidências empíricas - pelo menos indícios - de que a prática da promessa não se apresenta em qualquer e toda sociedade conhecida.

O relevante, porém, de um ponto de vista de uma teoria de argumentação prática - jurídica ou moral - está na distinção lógica, na fronteira traçada - entre

³⁴⁹ Idem, *ibidem*.

³⁵⁰ Toulmin, Stephen. *An Examination of the Place of Reason in Ethics*. CUP, 1961, p. 150.

justificação de uma ação específica a partir de regra no interior de uma prática e a justificação desta mesma regra – supondo não ser esta derivada de outras regras. Aqui se trata de uma distinção lógica afirmada independentemente do fato empírico de haver a regra moral X ou Y, tal como a que manda cumprir promessas, ou qualquer outra. É desta distinção que Toulmin trata na obra que antecedeu a “Os Usos do Argumento”: “*The two kinds of moral reasoning which we have encountered are, therefore, distinct. Each provides its own logical criteria – criteria which are appropriate to the criticism of individual actions, or social practices, but not both*”³⁵¹.

Não ocupou-se Toulmin, então, de uma teoria da regra, nem de forma geral, nem especificamente da regra moral. De tal modo, que o problema das exceções, por exemplo, seria tratado apenas na obra “Os Usos do argumento” posteriormente, com o que fora denominado aqui de condições de aplicabilidade da garantia. Mas, ainda assim restou sem solução o problema do fundamento para a clivagem lógica das duas espécies de raciocínio a que alude. A superação deste problema será alcançada com o conceito de regra como razão excludente introduzido por Raz.

Assim, o conceito de caso teste – uma das críticas de Rawls - pode ser claramente inteligível neste novo quadro teórico. Quando um argumento a partir da regra R conduz a resultado de algum modo claramente indesejável, a regra deixa de operar seus efeitos para abrir espaço a um argumento ponderativo, que poderá resultar em nova regra R', podendo ser a diferença desta em relação a R o domínio mais estreito ou ampliado de sua incidência.

Ponderação de razões, por outro lado, proporciona justificação muito mais ampla que a apuração das conseqüências, servindo ainda para justificar não apenas uma prática ou suas regras constitutivas, mas também um ato específico porque está situado em zona de penumbra, proporcionada pela natureza constitutiva da linguagem (textura aberta), ou porque encontra-se em zona de conflito insolúvel de regras, ou porque está fora do campo de incidência de qualquer regra, ou porque a regra aplicável ao caso fora afastado dado um potencial resultado peremptoriamente rejeitado.

³⁵¹ Idem, p. 151.

A distinção aqui apresentada, embora se distancie daquela apresentada por Toulmin, caminha no mesmo sentido. Por exemplo, diz Toulmin que “*over 'test cases', the distinction between the two sorts of moral reasoning vanishes*”. Argumenta que, no 'caso teste' a ação não pode se referir ao código vigente, pois ele está em questão. A justificação, neste caso, é uma 'matéria de princípio' e “*the change in the logical criteria appropriate follows accordingly*”³⁵².

³⁵² Idem, *ibidem*.

Conclusão

Na hipótese principal desta pesquisa há uma **clivagem lógica** quando se trata da argumentação jurídica, isto é, há duas classes de argumentos jurídicos: a classe constituída daqueles apresentados na forma de ponderação de razões – argumentos ponderativos –, chamados de argumentos de primeira ordem; e a classe constituída daqueles argumentos, onde uma regra assume protagonismo, na condição de garantia – argumentos garantidos –, chamados de argumentos de segunda ordem. Nos argumentos de primeira ordem prevalece a voz da autoridade, nos de segunda ordem prepondera a autoridade da regra. Outras formas que se apresentam na prática jurídica, como sendo tipicamente do Direito, derivam destas duas formas básicas. É, assim, por exemplo com os argumentos *a simili*, *a contrario*, e *a fortiori*, que podem ser decompostos em cadeias de argumentos nas duas formas básicas propostas.

Exemplificou-se o processo ponderativo com a elaboração de uma regra, onde valores morais, interesses e fins de variada natureza (razões de primeira ordem) compõem-se para resultar em dispositivos normativos. Neste processo, razões são derrotadas, outras prestigiadas, a depender da força ou do peso de cada uma. Este processo de composição de razões é o que se chamou de ponderação, obviamente algo mais geral que legislação em sentido técnico-jurídico.

O argumento ponderativo fora analisado em duas fases. A primeira consiste da ponderação *stricto sensu*, mediante a qual uma razão conclusiva é apurada, e uma segunda fase, onde o princípio de inferência prática - *significando se X tem razão conclusiva para fazer A, então X deve fazer A* - opera. A apuração da razão conclusiva – premissa da inferência prática – é a marca dos argumentos de primeira ordem. A razão conclusiva – '*all things considered*' – não se confunde com a razão absoluta, pois sua supremacia relaciona-se apenas com as outras razões *pro tanto* conflitantes na circunstância do caso, mas pode haver, em outro contexto, razão que a supere. Se a razão é conclusiva em qualquer contexto, então propriamente se denomina razão absoluta. E, finalmente, a razão de primeira or-

dem é uma razão *pro tanto*, conseqüentemente, uma razão completa. Tais conceitos transportados para o âmbito da argumentação jurídica são suficientes para caracterizar os argumentos jurídicos de primeira ordem.

No capítulo primeiro admitimos que o argumento ponderativo envolve um elemento de **criação**, conforme visualizado no exemplo da inovação legal em que o caráter criativo transparece na margem irreduzível de discricção conferida ao legislador na formulação da regra. Não se pode “deduzir” a conclusão – no caso a garantia ou regra, proposição geral e abstrata de caráter normativo –, pois, argumentamos, de um conjunto de valores não é ‘inferível’ uma regra, dada a relação plurívoca entre valores e regras, nem mesmo é possível saber *a priori* qual razão será conclusiva. Se assentado que muitas regras podem se adequar a um conjunto bem definido de valores, melhor dizendo de razões *pro tanto*, e qualquer destas razões pode assumir condição de proeminência na ponderação, deve ser admitido haver certa **latitude discricionária** no ato de instituir a regra. Dentro deste quadro, porém, tem grande relevância na avaliação e crítica de argumentos, conforme analisado ainda no primeiro capítulo, a abordagem ponderativa, que permite retroativamente identificar as razões de maior peso e, assim, os valores prestigiados quando já se sabe a ação (ou conclusão) empreendida.

Por outro lado, o uso dos argumentos ponderativos no âmbito judicial demonstra por que a tese da “única solução correta” nos casos difíceis, aventada por Dworkin, não é aceitável. A criação no argumento ponderativo se dá no caso concreto, na atribuição de peso ou força às razões em jogo, porque nem há instrumento (régua ou balança) nem mesmo unidade de medida para reduzir todas as razões a um denominador comum, enfim, nem há newtons nem há dinamômetro. Por exemplo, no caso de interrupção de gravidez de feto anencéfalo, não há critério que possa fixar se tem mais força (ou peso) as razões fundadas na autonomia da vontade e na saúde da gestante, ou razões fundadas na vida, mesmo precária, do feto em gestação, simplificando-se ao limite a complexa questão daquele caso dramático³⁵³. Caso houvesse, tratar-se-ia de argumentos de segunda ordem, não mais de primeira. Além disso, para justificar tal regra recorrer-se-ia a argumentos de primeira ou de segunda ordem. Caso se apele para argumentos de segunda ordem,

³⁵³ STF. DJ de 31/08/2007. Ementário nº 2287-1

uma nova regra seria invocada, que necessitando de fundamento requer novo argumento de segunda ordem, e o processo seria repetido em regresso infinito. Se a regra (capaz de atribuir pesos às razões) fosse justificada mediante argumentos de primeira ordem, então, seria necessário uma nova regra para atribuir pesos às razões para justificar a expedição de tal regra. E ficar-se-ia neste labirinto indefinidamente.

Além disso, hierarquizar princípios ou valores mediante regra poderia trazer o inconveniente grave de descontextualização das soluções de conflito, pois a prática jurídica demonstra que se a razão A prevalece sobre a razão B no caso 1, poderá ser derrotada pelo mesma razão B no caso 2. Por exemplo, razões correspondentes aos valores segurança e liberdade não tem pesos constantes em qualquer caso que conflitem, ora prevalece o primeiro, ora prevalece o segundo. O mesmo ocorrendo quando se examina situações de conflito entre razões fundadas na liberdade de informação e no direito à privacidade, ou quaisquer dois princípios, ou valores igualmente prestigiados na Constituição. O argumento ponderativo opera com o princípio prático da maximização de valores prestigiados, e minimização da restrição dos valores afetados negativamente. Assim, nos exemplos dados tal como na “Lei do Celular”, como resultado da aplicação do princípio, a garantia de segurança deveria ser maximizada, mas a liberdade deveria ser minimamente restringida.

Nos argumentos protagonizados por regras, argumentos garantidos ou de segunda ordem, a estrutura proposta por Toulmin com a modificação no papel de R para representar as condições de aplicabilidade da garantia, tendo a ver com refutação da conclusão apenas indiretamente, configura-se como opção mais razoável. Ao invés de pensar a regra como incorporando todas as suas condições de aplicabilidade, incluindo todas as exceções, o que de certo a enfraqueceria na sua função de gerar expectativas compartilhadas de ação cooperativa, dado o caráter antididático que então teria, a regra é formulada em seu comando nuclear, deixando à parte condições e requisitos. Assim, a garantia, em geral, não é descrita com todas as suas exceções, qualificações e condicionamentos, por uma questão de conveniência, preferindo-se sua formulação mais simples. Trata-se, como já dito, de uma decisão pragmática que, privilegiando a pedagogia do Direito, deixa a garantia

anunciada de modo simples, restando para regras auxiliares todas as restrições e condicionamentos, a que possa estar sujeita. No ângulo de visão de uma teoria social da moralidade o ponto é bem resumido por Gaus:

insofar as we conceive of social morality as a device to allow individuals with diverse ends to live together in a fair and mutually beneficial way, our concern will be the justification of what we might think of 'middle-level social-moral objects' – that is, social rules. We require guidance which is general enough to apply to unforeseen future circumstances while specific enough that we have common understandings of what the rule requires.³⁵⁴

No segundo capítulo, analisamos os argumentos de segunda ordem como argumentos dotados de autoridade, no sentido de que uma garantia atua não apenas para autorizar e legitimar o passo dos fatos à conclusão, mas também para excluir razões concorrentes. O afastamento do “silogismo jurídico”, não obstante reconhecida simplicidade, resulta de sua incapacidade de refletir a estrutura de um argumento jurídico, porque nele não há lugar para a **fonte** (apoio da garantia), que responda pelo suporte da regra. Não se trata de problema circunstancial, mas estrutural. Quando contextualizado no ambiente legal, o argumento de segunda ordem, tributário do esquema de Toulmin, assume a seguinte estrutura: *Os dispositivos {B} autorizam as regras {W}, que garantem a conclusão {C} qualificada por {Q}, desde que seja dado {D} e se verifique {R}*. A forma bem geral dessa estrutura dá conta tanto dos argumentos propriamente jurídicos (a garantia é uma norma), quanto dos argumentos que ocorrem no ambiente legal, mas não são propriamente jurídicos (o papel de garantia não é desempenhado por uma norma). A distinção também transparece no tipo de apoio utilizado, enquanto nos primeiros, os dispositivos legais, ou jurisprudência, ou outra fonte reconhecida, investem-se em suporte, nos segundos, o suporte pode ser um conjunto de dados, um mapa, um relatório estatístico.

Buscamos sustentar que o fundamento da clivagem lógica entre as duas classes de argumento – o problema aqui levantado - está na natureza da regra, especialmente no seu caráter excludente, conforme evidenciado por Raz. Particularmente, a regra jurídica, enquanto razão de segunda ordem, exclui ponderação das razões. Nada importando o peso de cada razão excluída. E isto obsta a sobrevi-

³⁵⁴ Gaus, Gerald. *The order of public reason: a theory of freedom and morality in a diverse and bounded world*. 2011. Cambridge University Press. NY, USA. fl. 113.

vência lógica de cooperativamente as das duas formas de justificar a conclusão atuarem simultaneamente. A regra jurídica ao excluir – por assim dizer – a ponderação, derrota – *não por peso* – todas as razões de primeira ordem. E a razão básica é que se excluísse apenas algumas razões, as remanescentes participariam com a própria regra de um balanço. Mas isto é inviável, já que neste caso a regra perde suas características, inclusive de **prover coordenação** e **segurança**. A regra reduzir-se-ia a uma mera razão de primeira ordem.

Se, em caso específico, o julgador ou qualquer operador do Direito promove ponderação de razões apesar de regra pertinente ao caso, então, ignora a regra. Em outras palavras, se a regra exclui a ponderação, a ponderação também exclui a regra. São dois procedimentos incompatíveis: atuar segundo regra e atuar segundo ponderação de razões, isto é, justificar uma alegação a partir de uma garantia, e justificá-la considerando-se todas as razões pertinentes e relevantes ao caso. Não teria sentido, a expressão “X segue a regra, mas em cada caso avaliará o resultado antes de segui-la”, exibindo caráter performativo contraditório, também em outros exemplos: “sigo a regra, dependendo das razões em jogo”. É possível eventualmente reexaminar a regra, mas não é o caso de justificá-la a cada nova situação, do contrário, perder-se-ia completamente sua função. A desnecessidade de reexame das razões (1ª ordem) a cada caso é o que caracteriza a noção de ***seguir a regra, significando, entre outras coisas, não ponderar suas razões subjacentes***.

As regras definem o jogo de linguagem e são reveladas na medida em que as ações apresentam regularidades por elas explicadas, daí a necessidade da análise do seu uso efetivo em situações previamente definidas, enfim, da análise da *práxis*, “tanto o discurso moral quanto o discurso jurídico são jogos de linguagem *sui generis*, de um tipo próprio”³⁵⁵. Os exemplos apresentados tiveram um pouco esta função, além de ilustrar os argumentos básicos em uso.

Ao contrário de uma garantia científica, a regra jurídica pode ser violada, sem que seja abandonada ou refutada. O abandono da regra depende de algo mais complexo, um conjunto de fatores, a começar pelas reações da sociedade onde a regra vige, ou a reação institucional onde a sanção para o agente da ação é o mecanismo usual. Em qualquer ordem jurídica, a violação sistemática da regra, e a

³⁵⁵ Alexy, Robert. Teoria da Argumentação jurídica. Landy Editora. São Paulo. 2005. p. 73.

sistemática impunidade do agente infrator, pode degradar a consciência da necessidade de seguir a regra. Mas há também a reação não-institucional, onde a sanção moral difusa promovida por outros membros do agrupamento social, que têm a expectativa de cumprimento da regra, tem lugar de destaque. O conceito de erro - ou de desvio ou de exceção - pressupõe o de regra e “*o modo com que o participante de um jogo de linguagem reage aos erros é um marcador importante da existência de um a regra*”³⁵⁶.

Os fenômenos da vaguidade e ambiguidade no Direito, decorrente do uso da linguagem ordinária, bem explorada por Hart, permite uma compreensão das exceções. Uma coisa é reconhecer uma exceção já prevista na condição de aplicabilidade da garantia (1ª espécie). Outra é descobrir uma exceção oculta na zona de penumbra (2ª espécie). Outra ainda é criar exceção alterando a garantia (3ª espécie). A incidência do imposto de importação sobre derivados de petróleo é uma exceção de 1ª espécie à regra de que “*nenhum tributo incidirá sobre operações com derivados de petróleo*”, conforme explicado no capítulo anterior.

Por outro lado, a desqualificação do estupro simples como hediondo certamente não é exceção da mesma espécie. Será uma elucidação dos limites do domínio de aplicação da regra (2ª espécie), ou exclusão do domínio de aplicação mediante alteração da regra (3ª espécie). O exame detido do texto legal, especificamente, a remissão aos art. 213 e 223, em enunciado entre parênteses após o *nomen juris* do tipo penal: “*estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único)*” produziu interpretação que levou à construção de uma garantia, que não resistindo às sucessivas críticas cedeu à outra, onde não se cogitava mais da gravidade da lesão a fim de definir o caráter hediondo do delito.

Trata-se de virtude do modelo de Toulmin – embora não ressaltada pelo autor – deixar claro o lugar ocupado pela interpretação no direito, justamente a relação entre apoio e garantia, ou mais especificamente, entre dispositivo e regra. A interpretação centralmente visa definir a garantia, dado um certo apoio, mas também visa precisar os limites de aplicabilidade da regra já definida, mediante elucidação – *obra da jurisprudência e da doutrina* - resultando, às vezes, em trazer caso da zona de penumbra para uma das zonas de certeza. E nesse sentido se fala

³⁵⁶ Idem, ibidem.

de **colegislação**.

Buscou-se distinguir dois sentidos em que se diz haver 'legislação' pelo juiz: um que fora chamado de colegislação, e outro denominado superlegislação. No caso da colegislação, o juiz complementa o disciplinamento de caso em que existe uma lacuna normativa, antinomias de segunda ordem, casos de vaguidade decorrente de opção política do legislador ordinário, e, principalmente, casos situados em zona de penumbra, decorrente de textura aberta. Dentro da colegislação situa-se adequadamente o fenômeno da delegação da função de legislar, ou como Raz denominou a normatização polifásica.

Um movimento bem diferente se estabelece entre as zonas de certeza, pelo qual transporta-se um caso de fora do campo da incidência para o domínio de aplicação da regra, ou vice-versa. Tal movimento, chamado de **superlegislação**, denota o fato que o caso já estava devidamente regulado, mas que outra disciplina lhe fora aplicado. A motivação para tal movimento pode ser difícil de determinar, mas resulta sempre em ignorar a regra para considerar diretamente suas razões subjacentes, solucionando o caso – uma vez que a regra fora afastada – mediante argumentos ponderativos. Uma fonte da origem desse movimento funda-se no caráter subótimo das regras, seja em casos de subinclusão, seja em casos de sobreinclusão, na linguagem de Schauer. Outra fonte fica por conta de resultados não desejados, originados, não do caráter subótimo das regras, mas da idiosincrasia do próprio operador do Direito.

Enquanto a colegislação necessariamente impõe-se como função essencial ao trabalho dos juízes, o abuso da superlegislação tende a degradar o sistema institucionalizado do Direito, pondo em risco todos os benefícios de segurança, previsibilidade e, principalmente, coordenação, porque diminui as expectativas compartilhadas resultante da estabilidade na aplicação das regras. E, se Hume tem razão, em casos subótimos, “*o mal momentâneo é amplamente compensado pela firme execução da regra e pela paz e ordem que esta estabelece na sociedade*”³⁵⁷. Até que ponto o sistema resiste alguns desvios promovidos por superlegislação, não se pode estabelecer de antemão, mas uma investigação pode ao

³⁵⁷ TNH, Livro 3, parte 2, seção 2, § 22.

menos delimitar casos extremos em que seria viável admiti-los³⁵⁸.

A análise procedida no texto buscou também demonstrar que argumentos considerados típicos e genuínos no âmbito legal são redutíveis às formas básicas. A definição de **propriedade relevante** para o fim de analogia, por exemplo, implica um juízo traduzido em proposição geral, candidata à regra aplicável a ambos os casos e, potencialmente, a casos futuros. Isto significa que não bastaria apontar um ou mais aspectos semelhantes nos casos, mas dizer porque são relevantes. Neste sentido, sobreleva-se no aspecto eleito, comum aos casos, a fim de qualificá-lo como relevante, a relação mantida com algum valor jurídico/moral prestigiado na ordem jurídica.

A própria escolha de um caso anteriormente resolvido como paradigma necessita alguma justificativa. De qualquer modo, para justificar a solução do caso paradigmático, uma razão conclusiva ou regra fora tomada como núcleo do argumento, e esta razão conclusiva ou regra será novamente o núcleo do novo argumento no caso análogo, demonstrando não possuir qualquer base teórica a atribuição de irreduzibilidade do assim chamado raciocínio analógico, que na verdade se desdobra em um ou mais argumentos de segunda ordem. Ressaltou-se, porém, que o raciocínio analógico, pode levar a constituição de uma nova regra quase sempre mediante alteração de domínio de uma regra antiga.

³⁵⁸ Brand-Ballard, Jeffrey. Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging.

10

Referências Bibliográficas

Alchourrón, C.; Bulygin, E. **Normative Systems**. Nova York: Springer Verlag/Viena, 1971.

Alexander, L. **Law and Exclusionary Reasons**. Philosophical Topics, nº 18, p.5-22, 1990.

Alexander, L.; Kress, K. **Against Legal Principles**. Iowa Law Review. nº 82, p.739, 1997.

Alexander, L.; Sherwin, E. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham e Londres: Duke University Press, 2001.

Alexander, L. **La Tesis del caso Especial**. Isegoría nº 21, p. 37-47, 1999.

Alexander, L.; Sherwin, E. **Demystifying Legal Reasoning**. Cambridge University Press, 2008.

Alexy, R. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Segunda edição. São Paulo: Landy Editora, 2005.

Aquinas, T. **The Treatise on Human Nature: Summa Theologiae 1ª**, 75-89. Trad. Robert Pasnau. Indianapolis: Hackett, 2002. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Aquinas, T. **Treatise on Law: Summa Theologica, Questions 90-97**. Washington, DC: Regnery Publishing, 1996. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Árdal, P. S. **And That's a Promise**. The Philosophical Quarterly, Vol. 18, nº 72, 1968.

Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. 3ª Edição. Trad. de M. G. Cury. Brasília: Editora UnB, 1985.

Aristóteles. **Analíticos Posteriores**. Tradução de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

Aristotle. **Nicomachean Ethics**. Trans. Terence Irwin. 2nd ed. Indianapolis: Hackett, 1999. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Aristotle. **Topics: Books I and VIII**. Trans. Robin Smith. Oxford: Clarendon Press, 1997. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Atienza, M. **El Derecho como Argumentación**. Isegoría. nº 21, p. 37-47, 1999.

Atienza, M. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2003.

Atiyah, P. S. F. **Promises, Morals, and Law**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

Aubenque, P. **A Prudência em Aristóteles**. São Paulo: Discurso Editorial – Paulus, 2008.

Austin, J. L. **The province of jurisprudence determined**. London: Weidenfeld & Nicolson, 1955.

Austin, J. L. **Philosophical Papers**. Second edition. Oxford University Press, 1970.

Austin, J. L. **How to do things with words**. Massachusetts: Harvard University Press, 1975.

Ávila, H. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Baker, Judith. **Rationality without Reasons**. Mind, Vol. 117. p. 468, October 2008.

Baldwin, R. **Rules and Government**. Oxford: Oxford University, 1995. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Barcellos, A. P. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Bayón, J. C. **Razones e Reglas: Sobre lo concepto de Razón Excluyente de Joseph Raz**. DOXA, nº 10, p. 01.

Betti, E. **Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos**. Martins Fontes. São Paulo, 2007.

Bird, O. **The re-discovery of the topics**. Mind, 70: 534–539, 1961.

Bobbio, N. **Locke e o Direito Natural**. Brasília: Editora UnB, 1998.

- Bobbio, N. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2005.
- Brand-Ballard, J. **Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging**.
- Braybrooke, D. (Ed.). **Social Rules: Origin, Character, Logic, Change**. Boulder, CO: Westview Press, 1996. Questia. Web. 1 Nov. 2011.
- Brockriede, E.; Ehninger, D. **Toulmin on argument: an interpretation and application**. Quarterly Journal of Speech, 46: 44–53, February 1960.
- Bustamante, T. R. **Argumentação Contra Legem**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- Camargo, M. M. L. **Hermenêutica e Argumentação**. Renovar. Rio de Janeiro, 2003.
- Canaris, C-W. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- Castaneda, H. N. 1960. **On a proposed revolution in logic**. Philosophy of Science, 27: 279–292.
- Chateaubriand, O. **Logical Forms**. Part I e Part II. Campinas: Coleção CLE Unicamp, 2001.
- Coleman J. **Rules and Social Facts**. Harvard Journal of Law and Public Policy. Nº 14, p.703-25, 1991.
- Cooley, J.C. **On Mr. Toulmin's revolution in logic**. Journal of Philosophy, 56: 297–319, 1959.
- Cowan, James L. **The uses of argument—an apology for logic**. Mind, 73: 27–45, 1964.
- Dancy, J. **Practical Reality**. New York: Oxford University Press, 2000. Questia. Web. 1 Nov. 2011.
- Dellapenna, J. W.; Farrell, K. M. **Models of judicial discourse: the search for argument fields**. Pp. 94–101 in: Argumentation: Analysis and Practices (Frans H. van Eemeren et al., eds.). Dordrecht: Foris. 1987.
- Dennys, R. O. **You Celt, me Neolithic man**. Encounter, 53(2): 77–81, 1979.
- Dias, R. S. **J. Raz: Regras como Razões Excludentes**. AnaLógos, Vol. IX. PUC – Rio, 2009.

Dias, R. S. **Uma Nota sobre Promessas**. AnaLógos, Vol. XI. PUC – Rio, 2011.

Dworkin, R. **Hard Cases**. Harvard Law Review, Volume 88, nº 6, abril, 1975.

Dworkin, R. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. .

Dworkin, R. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Dworkin, R. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Eco, U. **Obra Aberta**. São Paulo: Perspectiva, 1971.

Eco, U. **Interpretação e Superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Endicott, T. **Law is Necessarily Vague**. Legal Theory, nº 7, p.379-385, 2001.

Engisch, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Farrel, M. **Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico**. Doxa, nº 22, p.121-128, 1998.

Ferraz Jr., Tércio S. **Teoria da Norma Jurídica**: Ensaio de pragmática da comunicação Normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Feteris, E.T. **Fundamentals of Legal Argumentation**: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions. Dordrecht: Kluwer, 1999.

Feteris, E.T. **The Rational Reconstruction of Argumentation** Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules. Argumentation 4: 459–70, 2005.

Feteris, E.T. **The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing** on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justification of Judicial Decisions. Ratio Juris. Vol. 21 nº 4 December 2008 (481–95).

Frank, J. **Legal thinking in three dimensions**. Syracuse Law Review. nº 1, 1949.

Frank, J. **What Courts do in Fact**. Illinois Law Review n o 26, 1931-1932.

Gardner, J. **Legal Positivism: 5 1/2 Myths.** The American Journal of Jurisprudence. n o 46, p.199-227, 2001.

Gaus, G. **The order of public reason: a theory of freedom and morality in a diverse and bounded world.** NY: Cambridge University Press, 2011.

Gauthier, D. P. **Practical Reasoning: The Structure and Foundations of Prudential and Moral Arguments and Their Exemplification in Discourse.** Oxford: Clarendon Press, 1963. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Griffin, J. **Value Judgement: Improving Our Ethical Beliefs.** Oxford: Clarendon Press, 1997. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Guastini, R. **Das Fontes às Normas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Guastini, R. **Production of rules by means of rules.** Rechtstheorie. N o 17, p.295-309, 1986.

Habermas, J. **Dialética e hermenêutica.** Porto Alegre: L&PM, 1987.

Habermas, J. **O discurso filosófico da modernidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Habermas, J. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Hample, D. **The Toulmin model and the syllogism.** Journal of the American Forensic Association, 14: 1–9, Summer, 1977.

Hare, R. M. **A Linguagem da Moral.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Hare, R. M. **Ética problemas e propostas.** São Paulo: UNESP, 2003.

Hart, H.L.A. **American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream,** 11 Georgia Law Review 969 (1977).

Hart, H. L. A. **Kelsen Visited.** UCLA Law Review. n° 10, p. 709-728, 1962-963.

Hart, H. L. A. **Positivism and the Separation of Law and Morals.** Harvard Law Review, Vol. 71, pp.593-529, 1958.

Hart, H. L. A. **The Concept of Law.** Oxford: Clarendon Press, 1961. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Hart, H. L. A. **O Conceito de Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

Holmes, Jr. O.W. - **The Path of the Law**. 10, Harvard Law Review 457, 1897.

Hume, D. **Tratado da Natureza Humana**. Trad. de Deborah Danowski. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2009.

Hume, D. **Treatise on Human Nature**: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects and, Dialogues concerning Natural Religion, vol. 2. London: Longmans Green, 1882.

Jorgensen, J. **Imperatives and Logic**. Erkenntnis. nº 7, p. 288-296, 1937-38.

Kagan, S. **Normative Ethics**. Boulder, CO: Westview Press, 1998. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Kant, I. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Kant, I. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

Kant, I. **A Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Introd. e Notas de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

Katz, L. **Bad Acts and Guilty Minds**. Conundrums of the Criminal Law. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

Kelsen, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Kelsen, H. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Kneupper, C. W. **The tyranny of logic and the freedom of argumentation**. Pre/Text, 5: 113–121, 1984.

Korn, F.; Korn, S. R. **Where People Don't Promise**. Ethics, Vol. 93, No. 3 Apr., 1983.

Kripke, S. **Wittgenstein on Rules and Private Language**: An Elementary Exposition. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

Kuhn, T. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1987.

Larenz, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Locke, J. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

Locke, J. **Two Treatises on Civil Government**. London: George Routledge & Sons, 1884. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Maia, A. C. **Jürgen Habermas: Filósofo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MacCormick, N. **A Moralistic Case for A-Moralistic Law?** Valparaíso: University Law Review, nº 20, p.1-41, 1985.

MacCormick, N. **Argumentation and Interpretation in Law**. Ratio Juris, vol.6, nº1, p.16-29, 1993.

MacCormick, N. **Retórica y Estado de Derecho**. Isegoría nº 21, p. 5-21, 1999.

MacCormick, N. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Manicas, P. **On Toulmin's contribution to logic and argumentation**. Journal of the American Forensic Association, 6: 1–11, 1969.

Marcondes, D. **Iniciação à História da Filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

Marcondes, D. **Desenvolvimentos Recentes na Teoria dos Atos de Fala**. O que nos faz pensar ? nº 17, dez/2003. PUC- Rio.

Marcondes, D. **Aspectos Pragmáticos da Negação**. O que nos faz pensar ? nº 23, jun/2008. PUC- Rio.

Marmor, A. **Direito e Interpretação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Mill, J. S. **A System of Logic: Ratiocinative and Inductive; Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation**. 7th ed. Vol. 2. London: Longmans, Green, Reader, and Dyer, 1868. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Perelman, C. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Perelman, C.; Olbrechts-Tyteca, L. **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Perelman, C. **Lógica Jurídica**. Tradução de V. K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Perry, S. R. **Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory.** Southern California Law Review, nº 62, p. 913-16, 1989.

Popper, K. R. **A Lógica da Pesquisa Científica.** São Paulo: Cultrix, 1985.

Postema, G. **Positivism, I Presume?:** Comments on Schauer's 'Rules and the Rule of Law'. Harvard Journal of Law & Public Policy. vol. 14, 3, p.797-823, 1991.

Rawls, J. **Two Concepts of Rules.** The Philosophical Review, Vol. 64, nº 1, Jan. 1955.

Rawls, J. **Political Liberalism.** New York: Columbia University Press, 1996. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Raz, J. **Reasons for Action, Decisions and Norms.** Mind, New Series, Vol. 84, nº 336, Oct. 1975, pp. 481-499.

Raz, J. (Ed.) **Practical Reasoning.** Oxford: Oxford University Press, 1978.

Raz, J. **The Concept of a Legal System:** An Introduction to the Theory of Legal System. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Raz, J. **The Authority of Law:** Essays on Law and Morality. Oxford: Oxford University Press, 1983.

Raz, J. **Authority, Law and Morality.** The Monist. nº 68, p. 295-324, 1985.

Raz, J. **The Morality of Freedom.** Oxford: Clarendon Press, 1988. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Raz, J. **Ethics in the Public Domain:** Essays in the Morality of Law and Politics. Rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1995. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Raz, J. **Practical Reason and Norms.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

Raz, J. **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action.** Oxford, England: Oxford University Press, 2001. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Raz, J. **Reasoning with Rules.** Current Legal Problems, 54 (2001). 1-18.

RAZ, J. **Between authority and interpretation.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

- Raz, J. **From Normativity to Responsibility**. Oxford: OUP, 2011.
- Ryle, G.; et al. **Essays on Logic and Language**. Ed. Antony Flew. Vol. 7. Oxford: Blackwell, 1951. Questia. Web. 1 Nov. 2011.
- Ryle, G. **The Concept of Mind**. London: Hutchinson's University Library, 1949. Questia. Web. 1 Nov. 2011.
- Schauer, F. **Easy Cases**. Southern California Law Review, nº 58, p.399-440, 1985.
- Schauer, F. **The Jurisprudence of Reasons**. Michigan Law Review, nº 85, p. 847-70, 1987.
- Schauer, F. **Rules and the Rule of Law**. Harvard Journal of Law and Public Policy (Symposium on Rules and the Rule of Law), nº 14, p. 645-94, 1991.
- Schauer, F. **Giving Reasons**. Stanford Law Review, nº 47, p. 633-559, 1995.
- Schauer, F. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Schauer, F. **Las Reglas en Juego**. Madri: Marcial Pons, 2004.
- Schauer, F. **Thinking Like a Lawyer**. Harvard University Press. 2009.
- Scott, Gini Graham. **Making Ethical Choices, Resolving Ethical Dilemmas**. St. Paul, MN: Paragon House, 1998. Questia. Web. 1 Nov. 2011.
- Searle, J. R. **Expressão e Significado: Estudos da Teoria dos Atos de Fala**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Searle, J. R. **How to Derive 'Ought' From 'Is'**. *The Philosophical Review*, Vol. 73, nº. 1, Jan. 1964.
- Sinnot-Armstrong, W. **How strong is this obligation?** An argument for consequentialism from concomitant variation. *Analysis* Vol. 69, n. 3, July 2009.
- Struchiner, N. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- Struchiner, N. **Para Falar de Regras: O Positivismo Conceitual como**

Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Díficeis do Direito. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Tese de Doutorado, 2005.

Struchiner, N. **O Direito como um Campo de Escolhas** por uma Leitura das Regras prescritivas como Relações. In “Nas Fronteiras do Formalismo”. Rodriguez, J. R. e outros (org.). São Paulo: Saraiva Editora, 2010.

Struchiner, N. **Uma Análise da Noção de Casos Díficeis do Direito** em um Contexto Positivista. In “Epistemologia & Metodologia do Direito” Miranda Netto, F. G. (org.). Millennium Editora, 2011.

Toulmin, S. **An Examination of the Place of Reason in Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

Toulmin, S. **The Uses of Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 1958. (ed. 2003).

Toulmin, S., Goodfield, J. **The Fabric of the Heavens**. London: Hutchinson, 1961.

Toulmin, S. **Historical inference in science: geology as a model for cosmology**. *Monist*, 47: 142–158, 1962.

Toulmin, S. **The complexity of scientific choice: culture, overhead, or tertiary industry?** *Minerva*, 4(2): 155–169, 1966.

Toulmin, S. **The plausibility of theories**. *Journal of Philosophy*, 63: 624–627, 1966.

Toulmin, S. **Conceptual revolutions in science**. *Synthese*, 17: 75–91, 1967.

Toulmin, S. **Ludwig Wittgenstein**. *Encounter*, 32(1): 58–71, 1969.

Toulmin, S. **Does the distinction between normal and revolutionary science hold water?** P. 39–47 in: *Criticism and the Growth of Knowledge* (Imre Lakatos & Alan Musgrave, eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

Toulmin, S. **Reasons and causes**. Pp. 1–26 in: *Explanation in the Behavioural Sciences* (Robert Borger & Frank Cioffi, eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

Toulmin, S. **Human Understanding**. Volume 1: The Collective Use and Development of Concepts. Oxford: Clarendon Press. 1972.

Toulmin, Stephen, & Allan Janik. **Wittgenstein's Vienna**. New York: Simon and Schuster, 1973.

Toulmin, S. **Rules and their relevance for understanding human behavior**. Pp. 185–215 in: *Understanding Other Persons* (Theodore Mischel, ed.). Oxford: Basil Blackwell, 1974.

Toulmin, S. **Exploring the moderate consensus**. *Hastings Center Report*, 5(3): 31–35, June, 1975.

Toulmin, S. **Knowing and Acting: An Introduction to Philosophy**. New York: Macmillan. 1976.

Toulmin, S. **In vitro fertilization: answering the ethical objections**. *Hastings Center Report*, 8(5): 9–11, October, 1978.

Toulmin, S. **You Norman, me Saxon**. *Encounter*, 50(3): 89–93, 1978.

Toulmin, S., Reike, R., Janik, A. **An Introduction to Reasoning**. New York: Macmillan. 1979.

Toulmin, S. **Can science and ethics be reconnected?** *Hastings Center Report*, 9(3): 27–34, June, 1979.

Toulmin, S. **The moral admissibility or inadmissibility of nontherapeutic fetal experiment**. Pp. 113–139 in: *Medical Responsibility* (Wade L. Robison, ed.). Clifton, New Jersey: Humana Press, 1979.

Toulmin, S. **How can we reconnect the sciences with the foundations of ethics**. Pp. 44–64 in: *Knowing and Valuing: The Search for Common Roots* (H. Tristram Engelhardt, Jr., & Daniel Callahan, ed.). Hastings-on-Hudson: Hastings Center, 1980.

Toulmin, S. **The tyranny of principles**. *Hastings Center Report*, 11(6): 31–38, December, 1981.

Toulmin, S. **Nature and nature's god**. *Journal of Religious Ethics*, 13: 37–52, Spring 1985.

Toulmin, S. **How medicine saved the life of ethics**. Pp. 265–281 in: *New Directions in Ethics: The Challenge of Applied Ethics* (Joseph P. DeMarco & Richard M. Fox, eds.). New York: Routledge & Kegan Paul, 1986.

Toulmin, S. **The Place of Reason in Ethics**. Chicago: University of Chicago Press, 1986. [Reprint of 1950 edition, with a new preface.]

Toulmin, S. **The recovery of practical philosophy**. *American Scholar*, 57: 337–352, 1988.

Toulmin, S. **Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity**. New York: Free Press, 1990.

Toulmin, S. **Return to Reason**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

Toulmin, S. **Os Usos do Argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Trent, J. D. **Toulmin's model of an argument: an examination and extension**. *Quarterly Journal of Speech*, 54: 252–259, 1968.

Urmson, J. O., and Marina Sbisa, eds. **How to Do Things with Words**. 2nd ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Van Eemeren, Frans H., et al. **Fundamentals of Argumentation Theory: A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Developments**. Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, 1996. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Vandevelde, K. J. **Thinking like a Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning**. Boulder, CO: Westview Press, 1996. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Verheij, B. **Evaluating Arguments Based on Toulmin's Scheme**. *Argumentation* 19:347–371, 2005.

Viehweg, T. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1979.

Waismann, F. **Essays on Logic and Language**. Volume: 7. Ch. VIII "Verifiability" - Blackwell. Oxford. 1951.

Walton, D. **Appeal to Expert Opinion: Arguments from Authority**. University Park, PA: Pennsylvania State University Press, 1997. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Waluchow, W. J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994. Questia. Web. 1 Nov. 2011.

Weinreb, L. L. **The use of analogy in Legal argument**. Cambridge University Press, 2005.

Willianson, T. **Vagueness**. Londres e Nova York: Routledge, 1996.

Wittgenstein, L. **Tractatus Logico-Philosophicus & Investigations Philosophiques**. Paris: Gallimard, 1961.

Wittgenstein, L. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Coleção “Os Pensadores”, Nova Cultural.

Wittgenstein, L. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Edusp, 1994.

Wittgenstein, L. : **Gramática Filosófica**. São Paulo: Ed. Loyola, 2003.

Wittgenstein, L. **Observações Filosóficas**. São Paulo: Ed. Loyola, 2005.

Zemach, E. M. **Ought, Is, and a Game Called "Promise"**. The Philosophical Quarterly, Vol. 21, No. 82, Jan., 1971.