

No livro *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick dedica 2 (dois) capítulos: II (“*Deductive Justification*”) e III (“*Deductive Justification – Presuppositions and Limits*”)⁶⁵ para discutir os pressupostos, os limites e a função do argumento dedutivo no processo de justificação das decisões judiciais.⁶⁶ É importante notar que o autor circunscreve o estudo da dedução ao contexto jurídico e defende esse modelo reconstruindo decisões judiciais concretas. Desta forma, as peculiaridades do direito precisam ser levadas em consideração quando se trata de avaliar as decisões judiciais estruturadas dedutivamente.

Outra observação importante está relacionada com o fato de que a teoria do raciocínio jurídico de MacCormick respeita a distinção entre “contexto da descoberta” e “contexto da justificação”, e está situada apenas no segundo plano.⁶⁷ Esta distinção é fundamental porque evita que se cometa o erro de

⁶⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 19-72. Além de *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick também analisa o argumento dedutivo nos seguintes textos: (i) The nature of legal reasoning: a brief reply to Dr. Wilson. *Legal Studies*, v. 2, 1982, p. 286-290; (ii) Notes on narrativity and the normative syllogism. *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/11, 1991, p. 163-174; (iii) A deductivist rejoinder to a semiotic critique. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 216-224; (iv) Legal deduction, legal predicates and expert systems. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 182-202; (v) Legal reasoning and the institutional theory of law. In: KOLLER, P.; KRAWIETZ, W.; STRASSER, P. (eds.). *Institution und Recht, Rechts-theorie, Beiheft 14*. Berlin: Duncker & Humboldt GmbH, 1994, p. 117-139; e (vi) *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005 (em especial, Capítulos 3 e 4).

⁶⁶ MacCormick apresenta a seguinte definição de argumento dedutivo: “A deductive argument is an argument which purports to show that one proposition, the conclusion of the argument, is implied by some other proposition or propositions, the ‘premisses’ of the argument. A deductive argument is valid if, whatever may be the content of the premisses and the conclusion, its forms is such that its premisses do in fact imply (or entail) the conclusion. By that is meant that it would be self-contradictory for anyone to assert the premisses and at the same time to deny the conclusion”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 21-22.

⁶⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, 15: “The process which is worth studying is the process of argumentation as a process of justification”. Conferir também: (i) ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La Argumentación en el Derecho*. *Op. cit.*, p. 150: “Actualmente, la pujante teoría de la argumentación jurídica que se ha desarrollado desde de 1978 hasta nuestros días ha afianzado la importancia de la distinción entre *contexto de descubrimiento y contexto de justificación*, situando en éste su ámbito de investigación”; e (ii) WASSERSTROM, Richard. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 26-31: “If the talk about judicial hunches, emotions, and personalities relates to questions of discovery, it need not be inconsistent with a wholly different analysis concerning procedures of justification. Thus I do suggest that questions pertaining to justification can usefully be kept distinct from questions about discovery”.

confundir o processo mental de decisão do magistrado com o dever de justificar a sua decisão, e, portanto, se opõe ao determinismo metodológico (as decisões judiciais não precisam ser justificadas) e também ao decisionismo metodológico (as decisões judiciais não podem ser justificadas porque são atos de vontade puros).⁶⁸

Uma vez delimitado o campo de estudo, o próximo passo de MacCormick foi dividir o contexto da justificação em 2 (dois) planos distintos: (i) justificação de primeira ordem (*first-order justification*); e (ii) justificação de segunda ordem (*second-order justification*).⁶⁹ O primeiro plano compreende exatamente a fase dedutiva da justificação judicial, na qual procede-se à análise lógico-formal do argumento. No segundo caso, trata-se de avaliar a fase não-dedutiva do raciocínio, ou seja, os fundamentos para a escolha das premissas. Esta divisão pode ser reconduzida ao procedimento de dois níveis (*two-level procedure of justification*) mencionado por Richard Wasserstrom⁷⁰ e também à tradição de autores que subscreve a distinção estabelecida por Jerzy Wróblewski entre justificação interna e justificação externa.⁷¹

⁶⁸ Cf. ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. Op. cit., p. 24-25: “La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas; se trata por tanto de teorías (como las de Alexy o MacCormick (...)) que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (y al mismo tiempo pues, según ellos, en general, ambos planos coinciden) cómo se deberían justificar”.

⁶⁹ Embora não use a expressão “*first-order justification*”, a mesma nasce por oposição ao uso da expressão “*second-order justification*”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Op. cit., p. 100-128 (Capítulo V).

⁷⁰ Cf. WASSERSTROM, Richard. *The Judicial Decision*. Op. cit., p. 138-171 (Capítulo 7). Cf. DWORKIN, Ronald. Wasserstrom: the judicial decision. *Ethics*, v. 75, n. 1, 1964, p. 47-56. Cf. WELLMAN, Vincent. Practical reasoning and judicial justification: toward an adequate theory. *University of Colorado Law Review*, v. 57, 1985, p. 66: “the deductive thesis need not deny that other, non-deductive forms of reasoning sometimes figure in the judicial decision. Wasserstrom coined the notion of a “two-level procedure of justification”. At one level the inference of a legal conclusion from a legal rule may be deductive in nature. But at another level non-deductive reasoning may be used to warrant the rule or to define its scope”.

⁷¹ Cf. AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The foundation of legal reasoning. *Rechtstheorie*, n. 12, 1981, p. 275-278. Para uma crítica da distinção entre justificação interna e externa, conferir: REDONDO, Maria Cristina. *La Noción de Razón para la Acción en el Análisis Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 217-221. Em entrevista concedida, em 19.7.2006, na cidade de Edimburgo, ao doutorando Thomas da Rosa Bustamente, MacCormick respondeu à pergunta “is the distinction between “first-order justification” and “second-order justification” just another name for that of “internal” and “external” justifications?” da seguinte maneira: “Yes, more or less it is. But I think I agree on this point with Ronald Dworkin

A presente dissertação pretende analisar apenas a justificação de primeira ordem (*first-order justification*), vale dizer, o foco do estudo é a avaliação do modelo dedutivo adotado pelo autor escocês, com ênfase nas implicações lógico-formais relacionadas com esta opção teórica. Uma primeira advertência está relacionada com a compreensão e o uso da palavra “lógica”. É necessário separar rigorosamente o significado técnico do significado não-técnico, pois é bastante comum usar a mesma expressão: “esta decisão judicial é lógica”, para significar tanto que (i) esta decisão judicial é lógica no sentido técnico; quanto que (ii) esta decisão judicial faz sentido (uso não-técnico). Um argumento dedutivo será tecnicamente lógico se cumprir as exigências e regras lógicas. Por outro lado, um argumento será lógico no sentido não-técnico dessa palavra se a conclusão for razoável ou justa, vale dizer, a palavra “lógica” também pode ser usada para se afirmar que determinada decisão judicial “faz sentido”, nesse caso, o significado da expressão “faz sentido” está relacionado com a razoabilidade e a justiça da decisão.⁷²

No direito, é possível dividir os autores que estudam o processo de justificação das decisões judiciais em dois grupos distintos: (i) os dedutivistas; e (ii) os não-dedutivistas.⁷³ Arend Soeteman, por exemplo, sustenta a partir de um ponto de vista formal e ideal,⁷⁴ que todo argumento pode ser reconstruído dedutivamente, inclusive aqueles relacionados à justificação externa ou justificação de segunda ordem – para utilizar uma expressão de MacCormick –,⁷⁵ basta que o intérprete introduza o “mínimo lógico” (*logical minimum*) na estrutura

that the external metaphor is unhelpful in which it suggests that you move outside of the law. Where else I think that are two levels within what is still distinctly legal thought so I think in that sense the vertical rather than the horizontal metaphor is actually more helpful. To tell you the truth, the time I wrote *Legal Reasoning and Legal Theory* I had not read Jerzy Wróblewski's works so I didn't know it, but I think I would still prefer first and second level to inside-outside”.

⁷² Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 37-41.

⁷³ Vicent Wellman classifica os seguintes autores como dedutivistas: MacCormick, A. G. Guest e H. L. A. Hart; e como não-dedutivistas: Lloyd, Gidon Gottlieb, Steven Burton e Alida Wilson. Cf. WELLMAN, Vincent. *Practical reasoning and judicial justification: toward an adequate theory*. *Op. cit.*, p. 64 (em especial, nota de rodapé nº 91).

⁷⁴ Cf. SOETEMAN, Arend. *Formal aspects of legal reasoning*. *Argumentation*, v. 9, 1995, p. 732.

⁷⁵ “There is no end to deduction”, afirma o autor. Cf. SOETEMAN, Arend. *Formal aspects of legal reasoning*. *Op. cit.*, p. 743-744.

do argumento.⁷⁶ Eugenio Bulygin, a seu turno, afirma peremptoriamente que o processo de justificação judicial é basicamente um problema de lógica dedutiva.⁷⁷ Esses dois autores podem ser considerados como exemplos de juristas filiados à tradição dedutivista, da qual MacCormick também faz parte.⁷⁸

Nesse ponto, surge a seguinte questão: quais são os pressupostos que possibilitam adotar o raciocínio dedutivo como modelo de justificação judicial? Em outras palavras, qual o conjunto de suposições (*assumptions*) juridicamente orientadas que informa a opção pela tese dedutivista? As suposições de MacCormick estão relacionadas com uma determinada visão da função jurisdicional e com os critérios para se identificar o que é direito (*validity thesis*). O autor considera necessário estabelecer tais pressupostos na medida em que os mesmos capacitam o teórico do direito a compreender os limites que afetam o

⁷⁶ O mínimo lógico (*logical minimum*) é o julgamento (J1) que serve como justificativa à aplicação de uma regra de inferência (RI1 = “Se as premissas P1, P2, P3 e P4, então alguém poderá inferir a conclusão C”). Se o intérprete não aceitar J1, a regra RI1 estará desamparada. Nesse caso, o formulador do argumento tem a obrigação racional de aceitar J1 (p. 739), sob pena de invalidar a estrutura montada e comprometer a aceitabilidade do argumento, pois RI1 carecerá de fundamento racional para a sua existência e aplicação. Por exemplo, diante das premissas P1, P2, P3 e P4, infere-se a conclusão C (“Se P1-P4, então C”). Neste caso, seria correto afirmar que há uma premissa implícita (P5), denominada *logical minimum*. O argumento, portanto, passa a ter a seguinte estrutura: “Se P1, P2, P3, P4 e (P5) → C”. Com o acréscimo de (P5), a validade dedutiva do argumento estaria assegurada. No entanto, Soeteman reconhece que a validade dedutiva atua como um pressuposto necessário, mas não suficiente, para um bom argumento (p. 732). Sempre ficará em aberto a discussão acerca da qualidade das premissas e se o conjunto faz sentido (“*makes sense*”). É importante notar que o autor não está interessado em discutir a qualidade das premissas, porém em sustentar a tese de que todo e qualquer argumento (inclusive aqueles utilizados para garantir as premissas no plano da justificação externa ou de segunda ordem) pode ser idealmente reconstruído na forma dedutiva a partir da introdução do “mínimo lógico”. Segundo o autor, duas consequências importantes podem ser inferidas: (i) a aceitabilidade dos argumentos está condicionada à reconstrução dedutiva que tenha incorporado o “mínimo lógico” em sua estrutura; e (ii) a atividade reconstrutiva obriga o intérprete a tornar explícitas todas as premissas relevantes que porventura estejam escondidas no argumento (p. 740).

⁷⁷ Cf. BULYGIN, Eugenio. Cognition and interpretation of law. In: GIANFORMAGGIO, Letizia; PAULSON, Stanley (eds.). *Cognition and Interpretation of Law*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 25. “A judicial decision is justifiable according to the law if it follows logically from legal norms and the description of the case. Justification is a logical operation, which is essentially deductive in character, that is, it can be reconstructed as a logical inference, in which from a set of premises a conclusion is reached which states that certain legal consequences are applicable to a particular case. This inference shows that a decision to apply those consequences to this particular case is legally justified. (...) But an act of issuing an individual norm is justifiable if and only if its contents, viz. the individual norm, can be logically deduced from general norms plus descriptions of facts. So the justification of a judicial decision is basically a problem of logic”.

⁷⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Op. cit., p. 37: “it is therefore sometimes the case that a legal conclusion can be validly derived by deductive logic from the proposition of law and the proposition of fact which serve as premisses; and accordingly a legal decision which gives effect to that legal conclusion is justified by reference to that argument”.

modelo dedutivo, e, conseqüentemente, despertam o seu interesse pela busca de padrões não-dedutivos.⁷⁹

MacCormick estabelece pelo menos 2 (dois) pressupostos. O primeiro deles afirma que os magistrados têm o dever de aplicar as regras jurídicas sempre que as mesmas forem *relevantes e aplicáveis* aos casos concretos trazidos à sua apreciação. O significado da palavra “relevante” está associado com o estabelecimento do vínculo entre as variáveis do caso concreto e o fato operativo da regra, e o significado da palavra “aplicável” está relacionado com a implementação da consequência normativa.⁸⁰ Esse pressuposto do modelo dedutivo apenas reitera a exigência, mencionada por MacCormick em diversos trechos de *Legal Reasoning and Legal Theory*,⁸¹ de que os juízes devem fazer justiça de acordo com o direito (“*judges must do justice according to law*”), além de ser compatível com os valores do Estado de Direito (*Rule of Law*) adotados pelo autor escocês, em especial com a visão da função jurisdicional em um quadro teórico que sustenta a otimização da separação dos poderes.⁸²

O segundo pressuposto decorre da aceitação do primeiro e sugere a necessidade de se fixar um critério que possibilite aos juízes identificar as regras jurídicas que devem ser aplicadas em razão do dever institucional estabelecido pelo primeiro pressuposto.⁸³ Em outras palavras, deve existir um critério comum

⁷⁹ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 53: “(...) what are the presuppositions we make in treating deductive arguments as sufficient justification of legal decisions in certain cases? By examining these presuppositions we shall put ourselves in a position to determine the limits of deductive justification and thus to raise a main question of this book, namely, ‘How can decisions be justified when no deductive argument is sufficient to justify them?’”

⁸⁰ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 53-54: “(...) what some people would consider basic presuppositions of legal thinking; that there are rules of law, and that a judge’s job is to apply those rules when they are relevant and applicable. (...) A rule of law is general in terms, stipulating that whenever a given set of operative facts occurs (*p*), a given legal consequence is to follow (*q*). When a judge in a given case ‘finds facts’ amounting to an instance of *p*, the relevance of the legal rule to the case is established, and the legal consequence *q* is to be applied”.

⁸¹ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 32, 74, 107 e 250.

⁸² Conferir: Capítulo 2, Item 2.1., *supra*.

⁸³ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 54: “(...) every judge has in virtue of his office a duty to apply each and every one of those rules which are ‘rules of law’ whenever it is relevant and applicable to any case brought before him. And that formulation reveals a second presupposition, without which the ‘duty’ would lack identifiable reference: that it

de reconhecimento a partir do qual os juízes consigam identificar as regras que precisam ser aplicadas aos casos concretos. Esse critério, por sua vez, é garantido pela aceitação compartilhada entre os magistrados do dever de aplicar as regras com base nesse mesmo critério.⁸⁴ Essa situação sugere uma aparente circularidade, na medida em que os próprios juízes tornam-se juízes por força das regras que disciplinam o acesso ao cargo (*rules of adjudication*); no entanto, essas mesmas regras são observadas e aplicadas porque os magistrados as reconhecem como regras com base no critério compartilhado de reconhecimento.

No entanto, o Poder Judiciário não é auto-suficiente, dotado de legitimidade independentemente do contexto social em que foi constituído. Os tribunais foram estabelecidos por uma comunidade mais ampla, que lhes confere legitimidade e autoridade para solucionar os conflitos sociais. O cumprimento das ordens judiciais pressupõe, em um primeiro momento, a aceitação da autoridade dos tribunais pelos destinatários das ordens; e, em um segundo momento, o reconhecimento dessa mesma autoridade pelos grupos de poder (*power group / ruling class*), que detêm a força organizada, e que também reconhecem as leis promulgadas pelo Poder Legislativo.⁸⁵

Por todo o exposto, é possível concluir que MacCormick estabelece 2 (dois) pressupostos para o modelo dedutivo: (i) uma determinada visão da função do Poder Judiciário e dos deveres relacionados com a atividade jurisdicional

is possible for the judge to identify all those rules which are 'rules of law'. There must be some criteria settling what counts as a 'rule of law' for this purpose. In two easy jumps we have landed in the heart of legal theory. We have landed on a central tenet of positivistic legal theory".

⁸⁴ Essa tese é sustentada em termos similares por H. L. A. Hart e Joseph Raz: Cf. HART, H. L. A. *The Concept of Law. Op. cit.*, p. 100-123 (Capítulo VI). Cf. RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of the Legal System*. Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 197-202 (Capítulo VIII).

⁸⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory. Op. cit.*, p. 56: "That the judges who sit in our courts are duty bound to apply, e.g., Acts of Parliament whenever they are relevant and applicable is a norm accepted and daily acted upon by the judges; it is a norm which regulates judges' conduct only; it is a norm whose precise application in cases of doubt can be determined only by the judges themselves. But it is not a norm whose existence depends solely and sufficiently on the will of the judges; it is accepted, and its continued observance is willed, by the substantial majority of at least the most powerful and influential groupings in our society – by the self-same people whose acceptance of the judges as the appropriate authorities for determining all controversies not expressly excepted from their jurisdiction constitutes and sustains their legitimacy and authority as judges whose orders within their competence must be obeyed and shall at need be coercively enforced".

(aplicar regras jurídicas); e (ii) um critério de reconhecimento complexo que permite ao magistrado identificar as regras que precisam ser aplicadas aos casos concretos (*validity thesis*),⁸⁶ para, desta forma, cumprir o seu dever institucional. Tais pressupostos influenciam a escolha da dedução como modelo de justificação judicial porque esse seria o mais adequado para lidar com a aplicação das regras jurídicas, considerada como a atividade central dos juízes pelos motivos referidos acima. Desta forma, é correto assumir que a função dos pressupostos é ressaltar a centralidade e a importância das regras jurídicas para o processo de justificação judicial, em especial quando estabelecem o dever dos juízes de aplicar tais espécies normativas aos casos concretos e também quando sustentam que os magistrados estão amparados por um critério de reconhecimento que os possibilita identificar essas mesmas espécies normativas (regras jurídicas).

Nesse ponto, é importante ressaltar que MacCormick sempre procurou apresentar razões de teoria do direito para adotar a dedução como modelo padrão de justificação judicial. Vale dizer, o autor justifica a escolha desse modelo utilizando argumentos ligados ao positivismo jurídico. No entanto, atualmente, MacCormick também procura fundamentar essa escolha com base em valores políticos e morais (*Rule of Law*), considerados relevantes para a formação de sua teoria do raciocínio jurídico.⁸⁷ Sendo assim, os dois pressupostos do modelo dedutivo presentes em *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) devem ser lidos em conjunto com os valores do Estado de Direito (*Rule of Law*) adotados por MacCormick em *Rhetoric and The Rule of Law* (2005), sendo correto assumir que tais valores políticos e morais complementam a justificativa para a escolha da dedução como modelo padrão de justificação judicial.

⁸⁶ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 62: “It is then a shared thesis between positivistic and natural law thinking that legal systems have criteria sustained by ‘acceptance’ in the society whose system it is, satisfaction of which is at least presumptively sufficient for the existence of a rule as a ‘valid rule’ of the system. (For shortness I shall hereinafter call that ‘the validity thesis’)”.

⁸⁷ Conferir subitem 2.1., *supra*.

3.1 As Regras Jurídicas e o Modelo Dedutivo

A opção pelo modelo dedutivo está intimamente relacionada com a crença de que o mesmo é o mais competente para descrever e orientar o processo de aplicação das regras jurídicas, considerado por MacCormick como a atividade central do direito.⁸⁸ Isso não significa dizer que o autor escocês tenha desconsiderado a importância de outros padrões normativos para a compreensão e o funcionamento do ordenamento jurídico, tais como: convenções, princípios, valores e *standards*;⁸⁹ mas tão-somente que o foco primário de sua teoria do raciocínio jurídico é o estudo do processo de justificação das decisões judiciais a partir do uso das regras jurídicas. Esta afirmação exige, pelo menos, dois esclarecimentos: (i) o que é uma regra jurídica para MacCormick;⁹⁰ e (ii) de que maneira a sua definição de regra jurídica influencia a opção pelo modelo dedutivo. Com relação ao primeiro esclarecimento, é oportuno transcrever o seguinte trecho:

A legal rule is a normative provision stated in or construed from a recognized legal source that has the form of linking a determinate normative consequence to determinate operative facts. It is in the nature of a rule to provide that whenever a certain state of facts obtains, a given normative

⁸⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. IX: “This book aims at an explanation of legal reasoning. (...) It expresses a simple, widely denied, but essentially sound idea. The idea is that the process of applying rules is central to legal activity, and that studying the rational structure of this process is central for explaining the character of legal reasoning (...)”. O autor retoma o mesmo ponto ao comentar algumas críticas de Dworkin às teses de Hart: “Dworkin’s own line of argument in turn leads to a new species of error. From noting that existing accounts of rules may be confused or misleading, or that they give no place to the weight and omnispresence of principled reasoning in law, we risk running into the error of a theory which denies the existence of rules as central to law and judicial activity and reasoning. As I read him, Dworkin is committed to this denial. To doubt that law (whatever else it is or includes) includes rule, and that these are one of the salient features of law would seem too violently contrary to common experience. Legislation, after all, is one of the most obvious sources of law.” Cf. MACCORMICK, Neil. On ‘open texture’ in law. In: AMSELEK, Paul; MACCORMICK, Neil (eds.). *Controversies About Law’s Ontology*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, p. 75.

⁸⁹ Para um esclarecimento dessas categorias, conferir: MACCORMICK, Neil. Norms, institutions and institutional facts. *Law and Philosophy*, v. 17, 1998, p. 301-345 (em especial, p. 309-322).

⁹⁰ Não pertence ao escopo do presente estudo ingressar na análise do conceito de regra jurídica. Sobre esse assunto, conferir por todos: TWINING, William; MIERS, David. *How to Do Things With Rules*. Third Edition. London: Butler & Tanner, 1991 (em especial, p. 130-171). Tampouco elaborar um inventário das intermináveis discussões referentes à delimitação conceitual das regras em face de outros padrões normativos (princípios, valores, postulados, etc). Sobre esses tópicos conferir: (i) ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las Piezas del Derecho: Teoría de los Enunciados Jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996; e (ii) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

consequence is to follow therefrom. To put this in a standard form: ‘Whenever *OF* then *NC*’.⁹¹

É possível inferir a partir do trecho transcrito anteriormente que MacCormick define regra jurídica como todo enunciado interpretativo que converte as fontes reconhecidas do direito (*recognized legal source*)⁹² – normalmente apresentadas sob inúmeras formas gramaticais – em estruturas condicionais (ou hipotéticas) com a seguinte formação: “se determinadas circunstâncias ocorrerem (fatos operativos – *OF*), então as consequências normativas (*NC*) indicadas na regra deverão ser implementadas (*sempre que ocorrer OF, então segue NC*)”.⁹³ Logo, o que caracteriza uma regra jurídica para o autor é a possibilidade de sempre construir e reconstruir tais espécies normativas como hipóteses gerais,⁹⁴ nas quais determinadas consequências normativas são vinculadas a determinados fatos operativos.⁹⁵

⁹¹ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 24.

⁹² O uso da expressão “fontes reconhecidas do direito” suscita imediatamente a seguinte pergunta: reconhecidas por quem? Nossa opinião é de que a expressão deve ser interpretada de forma ampla a ponto de incluir as fontes reconhecidas pelos órgãos aplicadores do direito, pela doutrina e pelos destinatários das normas. Fica afastada a discussão referente ao conceito (material e formal) de “fonte do direito”. Sobre esse assunto, Cf. GUASTINI, Riccardo. *Concepciones de las fuentes del derecho*. In: *Distinguendo: Estudios de Teoría e Metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 81-91.

⁹³ MacCormick se inspira nas teses de Gidon Gottlieb (“*Logic of Choice*”) e de William Twining e David Miers (“*How to Do Things With Rules*”), sendo que esses últimos também fazem referência ao livro de Gottlieb. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 45 (em especial, a nota de rodapé nº 21). Nesse sentido, é oportuno transcrever o seguinte trecho ilustrativo: “(...) any rule, however expressed, or even if it has not been expressed, can be analysed and restated as a compound conditional statement of the form ‘If X, then Y’. The first part, ‘if X’, which is known as the *protasis*, describes a type of situation – it indicates the scope of the rule by designating the conditions under which the rule applies. The second part, ‘then Y’, known as *apodosis*, is prescriptive – it states whether the type of behaviour governed by the rule is prohibited (‘may not’, ‘ought not’), required (‘ought’ or ‘must’), permitted (‘may’) and so on”. Cf. TWINING, William; MIERS, David. *How to Do Things With Rules*. *Op. cit.*, p. 141-142.

⁹⁴ Cf. TWINING, William; MIERS, David. *How to Do Things With Rules*. *Op. cit.*, p. 130-131: “Rule is (...) a general norm mandating or guiding conduct or action in a given type of situation. (...) A rule is normative or *prescriptive*, that is to say it is concerned with ought (not), may (not) or can (not), in relation to behaviour, rather than with factual *description* of behaviour. A rule is *general* in that it is concerned with *types* of behaviour in *types* of situation or circumstances; a prescription governing a unique event is not a rule”.

⁹⁵ Conferir: (i) MACCORMICK, Neil. Legal deduction, legal predicates and expert systems. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 182; (ii) MACCORMICK, Neil. Legal reasoning and the institutional theory of law. In: KOLLER, P.; KRAWIETZ, W.; STRASSER, P. (eds.). *Institution und Recht, Rechtstheorie, Beiheft 14*. Berlin: Duncker & Humboldt GmbH, 1994, p. 117-118; e (iii) MACCORMICK, Neil. General legal concepts. In: SMITH, T. B.; BLACK, R. (eds.). *The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia – Vol. II*. Edinburgh: Butterworths/Law Society of Scotland, 1989 p. 412 (§ 1121): “It is of the character of rules that they express legal requirements in terms of clearly stated conditions and consequences”.

Portanto, de acordo com essa definição, somente após a aplicação do “teste da reconstrução hipotética” é que as fontes reconhecidas do direito podem ser classificadas (ou não) como regras jurídicas. Enquanto critério utilizado para identificar e definir essa espécie normativa, o “teste da reconstrução hipotética” deixa em aberto a decisão com relação à escolha das fontes do direito e à sua conversão (ou não) em uma estrutura condicional, ou seja, trata-se de um critério definitório flexível sujeito à decisão interpretativa. Logo, é correto assumir que esse critério não delimita *a priori* os contornos do objeto que pretende definir (as regras), mas apenas indica o caminho para a sua definição (ser reconstruída como hipótese normativa), que poderá (ou não) ser trilhado pelo intérprete.⁹⁶

Riccardo Guastini afirma que essa é uma tese bastante difundida entre os autores,⁹⁷ e reitera a idéia central de que as regras jurídicas podem ser reconduzidas à forma condicional ou hipotética: “se *OF*, então *NC*”, na qual o antecedente (*prótasis*) se refere a uma classe de circunstâncias fáticas e o conseqüente (*apódosis*) a uma classe de conseqüências jurídicas, como, por exemplo: o surgimento de uma obrigação, a aquisição ou o exercício de uma posição jurídica subjetiva (um direito, um poder, uma faculdade, etc.), a imposição de uma sanção, a validade ou invalidez de um ato. Para ilustrar essa tese, o Guastini apresenta o seguinte exemplo: o dispositivo constitucional que prescreve “os cidadãos têm o direito a se reunir pacificamente e sem armas” pode ser reconstruído hipoteticamente das seguintes maneiras: (i) “se alguém é cidadão e não porta armas, então tem o direito constitucional de reunião”; ou (ii) “se uma reunião de cidadãos é pacífica e sem armas, então é livre”.⁹⁸

⁹⁶ Para uma crítica do uso do critério hipotético-condicional na distinção entre regras e princípios jurídicos. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. Op. cit., p. 31-35.

⁹⁷ Além de William Twining e David Miers, Guastini faz referência a Hans Kelsen e a Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin. Cf. GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: *Distinguiendo: Estudios de Teoría e Metateoría del Derecho*. Op. cit., p. 95 e ss. Conferir também: SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 23.

⁹⁸ Cf. GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: *Distinguiendo: Estudios de Teoría e Metateoría del Derecho*. Op. cit., p. 105: “No obstante, según una tesis bastante difundida, todas (o al menos casi todas) las normas están provistas de una estructura condicional latente. En otras palabras: también las normas que no están formuladas mediante enunciados

Nesse ponto, é importante observar a necessidade de separar as regras jurídicas de suas respectivas formulações verbais, na medida em que uma mesma regra jurídica pode ser reconstruída e enunciada sob inúmeras formas gramaticais, sem perder, no entanto, o traço que lhe é característico: a possibilidade de ser estruturada hipoteticamente. Da mesma forma, as fontes do direito utilizadas na reconstrução hipotética podem ser expressas de maneiras distintas sem perder o potencial de ser identificada (ou não) como uma regra jurídica. Von Wright, por exemplo, observa que os textos dos códigos (fonte de direito) normalmente estão escritos no modo verbal indicativo, mas o uso desse modo verbal de maneira alguma sugere que o texto é descritivo ao invés de prescritivo.⁹⁹

Também é importante notar que o enunciado interpretativo que reconstrói hipoteticamente as fontes reconhecidas do direito (regra jurídica) deve ser normativo, ou seja, deve incorporar termos deônticos, como: “deve”, “pode”, “obrigatório”, “proibido”, “permitido”, etc. Esses termos indicam que as regras pertencem ao conjunto das normas,¹⁰⁰ e que, portanto, são estipulações normativas (*normative provisions*), como sugere a definição de MacCormick. De fato, em

sintácticamente condicionales pueden ser reformuladas útilmente – reconstruidas por el intérprete – en forma condicional. Por ejemplo, *prima facie* no es condicional la norma «La mayoría de edad se obtiene al cumplimiento de los dieciocho años» (art. 2.1, cod. civ. it.); sin embargo, puede sostenerse que incorpora una estructura condicional oculta del tipo: ‘Sin un sujeto ha cumplido los dieciocho años, entonces es mayor de edad’.”

⁹⁹ Cf. WRIGHT, Georg Henrik von. Is and ought. In: BULYGIN, Eugenio; GARDIES, Jean-Louis; NIINILUOTO, Ilkka (eds.). *Man, Law and Modern Forms of Life*. Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1985, p. 268: “(...) some legal codes have been deliberately written in the indicative mood. For example, using sentences of the type “Whoever does so and so will be sentenced to such and such”. This may be a pretty accurate description of what actually happens in a society and a basis for reliable predictions. But as a fragment of a legal text, *i. e.*, as norm-formulation, the form of words is neither descriptive nor predictive, but prescriptive. It says what ought to happen consequent upon such and such facts”.

¹⁰⁰ Cf. MACCORMICK, Neil. Norms, institutions and institutional facts. *Law and Philosophy*, v.17, 1998, p. 303: “What are rules, conventions, standards, principles? (...) they are all normative. That is they enter essentially into judgment of what it is right or wrong to do, what ought or ought not to be done. Such judgements may in turn be a basis of action by oneself, or of response to someone else’s action. Here, the term ‘norm’ will be used as a general catch-all term to cover any explicit or implicit ‘ought-proposition’ that is supposed to play this judgmental role in somebody’s practical thought.” Cf. WRIGHT, Georg Henrik von. Is and ought. In: BULYGIN, Eugenio; GARDIES, Jean-Louis; NIINILUOTO, Ilkka (eds.). *Man, Law and Modern Forms of Life*. *Op. cit.*, p. 268: “If norms, by definition, are to the effect that certain things ought to or may be, then all norms are also expressible in deontic language. And I think one may say that, from the point of view of understanding their logic, it is preferable that norms be thus expressed”.

outra ocasião,¹⁰¹ o autor escocês define as regras jurídicas como normas expressamente articuladas (*expressly articulated norms*).¹⁰² Além do mais, a presença dos termos deônticos nos enunciados interpretativos pressupõe que o intérprete tenha condições de identificar, nas fontes reconhecidas do direito, o componente normativo que qualificará a regra jurídica em questão. Essas observações sugerem a necessidade de separar: (i) “regras jurídicas”; (ii) “normas jurídicas”; e (iii) “fontes do direito”.¹⁰³

Conforme referido acima, MacCormick opta pelo uso da expressão “fato operativo” no lugar de antecedente ou *protasis*, e “consequência normativa” no lugar de conseqüente ou *apódosis*. A expressão “fato operativo” (OF) representa um aglutinado de informações hipoteticamente estabelecidas, tais como: a classe dos destinatários das regras, o tipo de comportamento devido, as condições de aplicação.¹⁰⁴ Essas informações pretendem delimitar de maneira

¹⁰¹ Cf. MACCORMICK, Neil. Norms, institutions and institutional facts. *Law and Philosophy*, v. 17, 1998, p. 301-345.

¹⁰² Cf. MACCORMICK, Neil. Norms, institutions and institutional facts. *Op. cit.*, p. 314: “In short, we have a situation in which, for a certain bounded sphere of activity, special authority attaches to a particular articulation of a norm. The type of articulation that is important here is one which does two things: it specifies a kind of situation that may arise, and it lays down what has to be done, or to come about, or to be deemed the case, whenever that situation arises. Let us call the specified situation the ‘operative facts’ or ‘OF’, and let us call what has to be done, or to come about, or to be deemed the case in that situation, the ‘normative consequence’, ‘NC’. The kind of explicitly articulated norm we are considering thus has this general form: ‘Whenever OF, then NC’. One common usage of the term ‘rule’ is with reference to explicitly articulated norms in that exhibit or can be recast in this form, where some kind of authority attaches to the process by which and/or the agency by which the explicit articulation was made”.

¹⁰³ Ao comentar as variações do discurso legislativo (fonte do direito), Riccardo Guastini distingue entre (i) normas em sentido estrito (prescrição ou regra de conduta); (ii) normas em sentido amplo (autorização ou normas permissivas); e (iii) normas em sentido amplíssimo, que não são nem prescrições nem autorizações (p. ex: enunciados que conferem um significado, enunciados que reenviam a outros enunciados normativos, enunciados que derogam normas preexistentes). Cf. GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: *Distinguiendo: Estudios de Teoría e Metateoría del Derecho*. *Op. cit.*, p. 96-99: “No obstante, todo discurso legislativo está también repleto de enunciados que no son en absoluto prescripciones. Y, en el lenguaje común de los juristas, todos los enunciados del discurso legislativo son denominados “normas”.

¹⁰⁴ Diante desse quadro explicativo, é oportuno transcrever o conselho de Twining e Miers: “(...) it is convenient to include in the *protasis* [operative facts] all the ingredients of the rule that could give rise to a question of fact in a particular case governed by the rule: the person or persons whose behaviour is governed by the rule (the agent), the type of behaviour involved (acts, omissions, activities) and the conditions under which the rules applies (e.g. the absence of permission). To put the matter another way: for our purposes, *all ingredients that have a bearing on the scope of the rule should be included in the protasis*”. Cf. TWINING, William; MIERS, David. *How to Do Things With Rules*. *Op. cit.*, p. 142. Von Wright, por exemplo, distingue 6 (seis) ‘componentes’, ‘ingredientes’ ou ‘partes’ das normas prescritivas: o caráter, o conteúdo, a condição de aplicação, a autoridade, o sujeito e a ocasião. Os três primeiros constituem o núcleo

abstrata, porém não absoluta, o contexto de incidência das regras jurídicas. Portanto, quando se trata de reconstruir logicamente as regras jurídicas é preferível que os fatos operativos sejam apresentados de forma fracionada, ou seja, com cada informação (ingrediente) devidamente individualizada para que o processo de subsunção e o dever de provar determinadas relações possam ser claramente visualizados.¹⁰⁵ Um exemplo de fracionamento dos fatos operativos seria o seguinte: “para todo ‘c’, para todo ‘p’ e para todo ‘t’, se ‘c’ é um consumidor de produtos, e se ‘t’ é um produto, e se ‘p’ é o produtor de ‘t’, e se ‘c’ sofre um dano, e se a causa do dano a ‘c’ é um defeito em ‘t’, então ‘p’ deve compensar ‘c’”.

A expressão “consequência normativa” é usada para representar a parte da reconstrução hipotética que incorpora os termos deônticos e recebe essa denominação em razão de sua natureza normativa. Sendo assim, outra distinção importante que precisa ser caracterizada está relacionada com o aspecto descritivo dos fatos operativos em oposição ao aspecto normativo das consequências normativas. Vale dizer, enquanto os fatos operativos são apresentados por meio de orações descritivas, compostas por informações (classe dos destinatários das regras, o tipo de comportamento devido, as condições de aplicação), que atuam como condições para a implementação das consequências normativas; essas últimas, por sua vez, são apresentadas por meio de orações normativas, nas quais figuram termos deônticos que estabelecem consequências para as condições previstas nos fatos operativos.

Portanto, as regras jurídicas estruturadas hipoteticamente são formadas por 2 (duas) partes: (i) uma parte descritiva (fato operativo); e (ii) uma parte

normativo, ou seja, a estrutura lógica das prescrições que é comum aos outros tipos de normas. Os três últimos, por sua vez, são características específicas das normas prescritivas que não pertencem aos outros tipos de normas. Cf. WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y Acción: Una Investigación Lógica*. Madrid: Tecnos, 1970, p. 87-95.

¹⁰⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 36: “(...) the major premiss is the statute. It is necessarily universal in its terms. Earlier, this was presented in a very simple-minded way as simply linking a set of lumped-together operative facts with the normative consequence that is to follow from them (IF *OF* then *NC*). But to develop the argument, it will be better to break the parts of the rule down into more refined components that will help highlight the logical character of what is going on”.

normativa (consequência normativa), sendo que o enunciado hipotético como um todo provoca um impacto normativo. Essa distinção é importante para esclarecer o problema da atribuição de valor-verdade aos enunciados hipotéticos normativos, bem como para aplicar a lógica a essas estruturas, e será retomada ao final da dissertação.¹⁰⁶

Um dos motivos apresentados pelo autor escocês para a adoção do modelo dedutivo (silogismo) como modelo padrão de justificação das decisões judiciais está relacionado com o fato de que as regras jurídicas utilizam conceitos universais (*universals*) para descrever, por exemplo: as classes dos destinatários, os comportamentos devidos e suas condições de aplicação, os quais precisam ser instanciados (particularizados) diante das variáveis do caso concreto.¹⁰⁷ Em outras palavras, os fatos operativos das regras fazem referência a classes de pessoas, atos, coisas e circunstâncias (*general classifications*),¹⁰⁸ que precisam ser concretizadas caso a caso. Diante dessas peculiaridades, o raciocínio dedutivo torna-se particularmente interessante porque é capaz de refletir em sua estrutura (premissa maior, premissa menor e conclusão) a relação de subsunção que deve ocorrer entre as variáveis do caso concreto e os conceitos universais (*universals*) das regras.¹⁰⁹ Essa relação de subsunção é bastante sutil e complexa, pois exige o

¹⁰⁶ Conferir a parte final do Capítulo 6, *infra*.

¹⁰⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 36: “It has been said that the initial pleadings in a case amount to an attempt to construct a legal syllogism. It is easy to see why. Statutes typically deal in terms of universals – ‘whoever is a consumer suffers an injury, whenever the injury results from a defect in a product, the producer of the product that does injury is liable without proof of fault to compensate the injured consumer’. From the infinity of particulars in the world, one who wishes to apply a statute must select a set of particulars that instantiate the universals – consumer, injury, cause, product, producer – deployed in the statute, and must prove events and facts that substantiate the alleged particulars as instances of the universals”.

¹⁰⁸ Cf. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁹ Bernard Jackson submete o modelo dedutivo de MacCormick a algumas críticas semióticas, em especial com relação à maneira com que o autor escocês descreve a subsunção entre as premissas do silogismo. Para Jackson, essa relação deve estar baseada no conceito de “referência”, que exige a interpretação da premissa maior como uma estrutura narrativa para que possa ser relacionada com a premissa menor (reconstrução narrativa dos fatos concretos). MacCormick responde a essa objeção afirmando que o problema da ligação entre as premissas (maior e menor) é um problema de manutenção do significado dos predicados usados em ambas (*sameness of sense*): “I conclude that the problem of matching major and minor premises in a normative syllogism is the problem of securing sameness of sense of the predicates deployed in both. Narrative modes of argumentation can have real value here, but not to the exclusion of other modes. That it is only in minor premises that predicates are used referentially, with reference to particular features of particular concrete cases, while their use in major premises is non-referential, poses no difficulty for this theory”. Cf.

estabelecimento de vínculos de adequação e pertinência no sentido vertical e no sentido horizontal. Vale dizer, não basta alegar isoladamente que determinada informação concreta se enquadra na categoria genérica da regra (relação de subsunção vertical), é necessário relacionar essa mesma informação com os demais predicados abstratamente estabelecidos e que estão vinculados direta ou indiretamente com a categoria genérica usada como referencial para a subsunção (relação de subsunção horizontal). Com isso se quer dizer que a atividade subsuntiva somente se aperfeiçoará após a acomodação justificada da informação concreta nos dois sentidos (vertical e horizontal).¹¹⁰

Sendo assim, o processo de aplicação das regras jurídicas pode ser resumido da seguinte maneira. Em um primeiro momento, é necessário converter

MACCORMICK, Neil. Notes on narrativity and the normative syllogism. *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/11, 1991, p. 174. Sobre esse debate, conferir, especialmente, os seguintes artigos: (i) JACKSON, Bernard. *Law, Fact and Narrative Coherence*. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1988, p. 37-60 (Capítulo 2); (ii) MACCORMICK, Neil. Notes on narrativity and the normative syllogism. *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/11, 1991, p. 163-174; e (iii) JACKSON, Bernard. Semiotic scepticism: a response to Neil MacCormick. *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/11, 1991, p. 175-190. Em outra ocasião, Jackson comentou o artigo de MacCormick intitulado “*Legal deduction, legal predicates and expert systems*”, e apresentou outros argumentos para a adoção de um modelo semiótico de justificação judicial no lugar do modelo dedutivo. Sobre esse debate, conferir: (i) MACCORMICK, Neil. Legal deduction, legal predicates and expert systems. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 182-202; (ii) JACKSON, Bernard. MacCormick on logical justification in easy cases: semiotic critique. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 203-214; e (iii) MACCORMICK, Neil. A deductivist rejoinder to a semiotic critique. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 216-224. Esse debate acabou gerando uma discussão paralela entre Jackson e John Touchie (e outros) sobre a natureza da “decisão” no processo de aplicação da lógica pura proposicional (*pure propositional logic*) ao mundo real e demais assuntos relacionados (como: atribuição de significado, referência, etc.), conferir: (i) TOUCHIE, John. Jackson on the “decisions” underlying the application of rules. *International Journal for the Semiotics of Law*, v. X, n. 30, 1997, p. 317-335; (ii) JORI, Mario. On Touchie, logic and the universe. *International Journal for the Semiotics of Law*, XI/31, 1998, p. 59-65; (iii) KELVELSON, Roberta. Discussion on J. Touchie’s reply to B. Jackson’s “MacCormick on logical justification in easy cases: a semiotic critique”. *International Journal for the Semiotics of Law*, XI/31, 1998, p. 67-71; (iv) JACKSON, Bernard. With reference to Touchie... *International Journal for the Semiotics of Law*, XI/31, 1998, p. 79-93; (v) TOUCHIE, John. Exit fantasyland: on the ontological status of “pure logic” and “pure” semantics. *International Journal for the Semiotics of Law*, XI/32, 1998, p. 193-203; (vi) JACKSON, Bernard. Logic and semiotics: ontology or linguistic structure? *International Journal for the Semiotics of Law*, XI/33, 1998, p. 323-327.

¹¹⁰ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 42: “Why then insist on the syllogism at all? The answer should be obvious: it is what provides the framework in which the other arguments make sense as legal arguments.(...) Moreover, this helps to remind us why it is so important for a lawyer to be meticulous in sifting through every one of the universals or concepts deployed in a statute, and figuring out their relevant ordering and mutual interaction or super- and subordination. Cases are won and lost through meticulous care – or its lack – in following through every concept that counts, and testing rigorously for each one what particulars will count as an instance of that concept”.

as fontes reconhecidas do direito em enunciados normativos com a estrutura hipotética: “se determinadas circunstâncias ocorrerem (fatos operativos – *OF*), então as conseqüências normativas (*NC*) indicadas na regra deverão ser implementadas (*sempre que ocorrer OF, então segue NC*)”. O próximo passo do raciocínio é apresentar os fatos operativos de maneira fracionada para que seja possível visualizar cada componente universal que precisa ser instanciado. Em seguida, o intérprete deve sustentar que as variáveis de determinado caso concreto podem ser subsumidas vertical e horizontalmente nos componentes do fato operativo, estabelecendo todos os vínculos necessários (adequados e pertinentes) ao processo de subsunção, afirmando também que o caso concreto em questão é uma manifestação relevante¹¹¹ da instância operativa (*OF*) prevista na hipótese geral. O resultado é a implementação da conseqüência normativa (*NC*) daquela regra por força da relação condicional existente na premissa maior (enunciado hipotético normativo). Esse é um exemplo de inferência dedutiva ou subsuntiva, pois a partir de uma regra geral hipotética é possível estabelecer fatos particulares subsumíveis na instância operativa da regra e derivar a conclusão (conseqüência normativa) aplicável ao caso.¹¹²

De acordo com o professor de Edimburgo, inúmeros problemas podem ocorrer na aplicação da regra jurídica estruturada hipoteticamente (*sempre que*

¹¹¹ Ao discutir no livro *Rhetoric and the Rule of Law* a aplicação do conceito de relevância no processo de subsunção dos fatos concretos nos fatos operativos, MacCormick oferece, em um primeiro momento, uma solução demasiadamente simplista (p. 34): “(...) what truly deserves attention here is the idea of what is ‘relevant’. What is the test of this? How do we know what is relevant? How is one to raise ‘relevant’ allegations of fact to be tried by a court in relation to some provision or provisions in a statute? The answer is obvious, and not especially surprising. You read the statute to find out what is relevant”. No entanto, um pouco mais adiante (p. 39-40), a solução simplista cede espaço e o processo de escolha dos fatos relevantes torna-se evidentemente mais complexo, quando o autor discute a necessidade de se interpretar os fatos operativos (*universals*): “For each concept, each universal like ‘consumer’, ‘producer’, ‘product’, ‘injury’, ‘cause’, we have to supply a particular instantiation in the case put forward. But each such term is subject to interpretation, and this is interpretation in the light of an understanding of the point of the law, its fit with the surrounding law, and a sense of justice appropriate to the legal domain in question. There may be current disputes about terms and concepts in their general usage”. Portanto, decidir e delimitar o conceito de relevância é uma tarefa que se desenvolve caso a caso e possui estreita conexão com a interpretação dos fatos operativos.

¹¹² Cf. MACCORMICK, Neil. Legal deduction, legal predicates and expert systems. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 182. Conferir também: MACCORMICK, Neil. Legal reasoning and the institutional theory of law. In: KOLLER, P.; KRAWIETZ, W.; STRASSER, P. (eds.). *Institution und Recht, Rechtsatheorie, Beiheft 14*. Berlin: Duncker & Humboldt GmbH, 1994, p. 117-118.

ocorrer *OF*, então segue *NC*): (i) a interpretação da regra está sujeita a intensas disputas, seja com relação ao estabelecimento dos fatos operativos, seja com relação à delimitação das consequências normativas (problema de interpretação);¹¹³ (ii) a ocorrência de fatos concretos precisa ser provada, e esse é um procedimento complexo com regras próprias (problema de prova);¹¹⁴ (iii) a adequação dos fatos concretos à hipótese geral da regra (fatos operativos), assim como a implementação das consequências normativas, são etapas permanentemente problematizáveis do processo decisório (problema de classificação, caracterização ou qualificação);¹¹⁵ (iv) podem ser apresentadas razões subjacentes que forcem o intérprete a questionar a aplicação da própria regra jurídica (problema de relevância);¹¹⁶ e (v) as regras jurídicas podem conter palavras semanticamente abertas, tais como: “razoável”, “justo”, “equitativo”, cujos significados devem ser definidos caso a caso por meio de um exercício de

¹¹³ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 43: “The case as presented depends on reading the acknowledged rule ‘Whenever *OF* then *NC*’ according to a particular interpretation of ‘*OF*’ or of ‘*NC*’ or both. But this is a misinterpretation, and there is in fact a more legally acceptable interpretation according to which the defence ought to be absolved from the accusation or claim presented against it”. Em *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick sustentou uma versão mais simplificada do problema da interpretação, na medida em que o autor escocês não incluiu a interpretação (delimitação) da consequência normativa, mas apenas a disputa envolvendo a interpretação dos fatos operativos. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 67-68.

¹¹⁴ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 43: “No instance of ‘*OF*’ as alleged in indictment or pleadings has been proven (up to the required standard of proof) to have existed, taking account of all relevant and admissible evidence, including any evidence in rebuttal adduced by the defence”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 87-93.

¹¹⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 43: “What has been alleged, whether or not proved, is not properly characterized as an instance of ‘*OF*’ in the sense proper to the law”. MacCormick ressalta a necessidade de separar o problema da classificação do problema da interpretação, em especial porque, no primeiro caso, trata-se de uma disputa sobre a adequação dos fatos concretos à hipótese normativa e, portanto, constitui uma “questão de fato”. No segundo caso, o problema está relacionado com a interpretação do direito e, portanto, constitui uma “questão de direito”. Essa distinção é importante porque diversos sistemas jurídicos possuem regras que limitam a atividade judicial revisora, vale dizer, a instância superior (órgão *ad quem*) não pode apreciar as questões de fato já decididas pela instância inferior (órgão *a quo*), mas apenas reavaliar as questões de direito. Sendo assim, faz parte da estratégia dos magistrados escolher enfatizar questões de fato (problema de classificação) no lugar das questões de direito (problema da interpretação), caso haja interesse em bloquear os recursos para as instâncias superiores. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 93-97.

¹¹⁶ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 43: “Success in the claim or prosecution depends on reading the acknowledged rule ‘Whenever *OF* then *NC*’ according to a particular interpretation of ‘*OF*’ or of ‘*NC*’ or both. But this is a misinterpretation, and there is in fact a more legally acceptable interpretation according to which the defence ought to be absolved from the accusation or claim presented against it”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 70-72.

exclusão de hipóteses absurdas e de identificação de um núcleo semântico mínimo (problema de avaliação).¹¹⁷ Segundo MacCormick, esses 5 (cinco) problemas exaurem todas as dificuldades que norteiam a aplicação das regras jurídicas em um contexto de justificação dedutiva.¹¹⁸

Para lidar com esses problemas, MacCormick dividiu o plano da justificação em 2 (dois) níveis: (i) justificação de primeira ordem (*first-order justification*); e (ii) justificação de segunda ordem (*second-order justification*). Com isso, o autor escocês conseguiu aliviar a tese dedutivista, na medida em que o discurso fundado no procedimento de dois níveis (*two-level procedure*) permite que se transfira para um outro plano (*second level*) as discussões referentes aos problemas que afetam as premissas utilizadas no primeiro plano (*first level*), mantendo o núcleo da tese dedutivista intacto. Em um primeiro momento, a estratégia de dividir o contexto da justificação em dois níveis tem por finalidade separar analiticamente o aspecto formal do raciocínio jurídico de seu aspecto material, e, em segundo momento, essa divisão serve para preservar o modelo dedutivo de eventuais críticas, já que o mesmo permanece como modelo padrão de justificação judicial porque os problemas que afetam as premissas devem ser solucionados pelos critérios (requisitos) estabelecidos em outra instância (*second-order justification*), quais sejam: universalidade,¹¹⁹ coerência¹²⁰ e consistência.¹²¹

¹¹⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Op. cit., p. 43: “Where ‘OF’ is or includes a value-expression, or ‘standard’, such as ‘reasonable’, ‘fair’, ‘equitable’, or the like, and the issue is whether the conduct is whether the conduct (and so on) complained of was actually reasonable, it is better to consider the relevant problem one of ‘evaluation’”.

¹¹⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Op. cit., p. 43.

¹¹⁹ Sobre o requisito da universalidade, conferir: (i) MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Op. cit., p. 73-99 (Capítulo IV); (ii) MACCORMICK, Neil. Universalization and induction in law. In: FARALLI, C.; PATTARO E. (eds.). *Reason in Law*. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 91-105; e (iii) MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Op. cit., p. 78-100 (Capítulo 5). Para uma discussão sobre o assunto, conferir: (i) BURTON, Steven. Professor MacCormick’s claim regarding universalization and induction in law. In: FARALLI, C.; PATTARO E. (eds.). *Reason in Law – Vol. II*. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, p. 155-166; (ii) DETMOLD, M. J. *The Unity of Law and Morality: A Refutation of Legal Positivism*. London: Routledge & Kegan Paul, 1984 (em especial, p. 232-264); (iii) LEVENBOOK, Barbara Baum. On universal relevance in legal reasoning. *Law and Philosophy*, v. 3, 1984, p. 1-23; e (iv) BANKOWSKI, Zenon. Parable and analogy: the universal and particular in common law. *Acta Juridica*, 1998, p. 138-163.

¹²⁰ Sobre o requisito da coerência, conferir: (i) MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Op. cit., p. 152-194 (Capítulo VII); (ii) MACCORMICK, Neil. The coherence of a case and the reasonableness of doubt. *Liverpool Law Review*, v. 2, 1980, p. 45-50; (iii) MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: KRAWIETZ, W. et al. (eds.). *Theorie*

Esses critérios (requisitos), por sua vez, atuam como inibidores da margem de discricionariedade do julgador com relação à escolha das premissas da justificação judicial e, ao mesmo tempo, como ferramentas críticas dos intérpretes, auxiliando-os a compreender melhor o processo decisório e a exigir uma fundamentação mais racional (objetivamente controlável).

Por fim, cumpre observar que o modelo dedutivo é comumente identificado como o modelo *par excellence* da justificação dos casos não-problemáticos,¹²² também conhecidos como casos fáceis (*easy cases*) ou casos claros (*clear cases*) – na terminologia preferida por MacCormick.¹²³ No entanto, esta identificação não deve ser interpretada restritivamente a ponto de se sustentar a inaplicabilidade do raciocínio dedutivo aos casos difíceis (*hard cases*). A diferença é que, nesses casos, a disputa acaba se concentrando no estabelecimento

der Normen. Berlin: Dunker und Humblot, 1984, p. 37-53; e (iv) MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 189-213 (Capítulo 10). Para uma discussão sobre esse assunto, conferir: (i) LEVENBOOK, Barbara Baum. The role of coherence in legal reasoning. *Law and Philosophy*, v. 3, 1984, p. 355-374; (ii) GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. *Ratio Juris*, v. 2, n. 2, 1989, p. 155-166; (iii) ALEXEY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris*, v. 3, n. 1, 1990, p. 130-147; (iv) RAZ, Joseph. The relevance of coherence. *Boston University Law Review*, v. 72, n. 2, 1992, p. 273-321. (v) PECZENIK, Aleksander. Law, morality, coherence and truth. *Ratio Juris*, v. 7, n. 2, 1994, p. 146-176; (vi) BALKIN, J. M. Understanding legal understanding: the legal subject and the problem of legal coherence. *Yale Law Journal*, v. 103, 1994, p. 105-176; (vii) SCHIAVELLO, Aldo. On “coherence” and “law”: an analysis of different models. *Ratio Juris*, v. 14, n. 2, 2001, p. 233-243; e (viii) HAGE, Jaap. Law and coherence. *Ratio Juris*, v. 17, n. 1, 2004, p. 87-105.

¹²¹ Sobre o requisito da consistência, conferir: MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 195-228 (Capítulo VIII).

¹²² Cf. LUCY, William. *Understanding and Explaining Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 1999, 04: “Easy cases allegedly exist when the facts of a dispute are uncontested and there is no doubt about either the applicable proposition of law or its interpretation. For MacCormick, judicial decisions in these cases can in principle be justified deductively, judges are therefore rationally compelled to reach the decisions they do and have few choices, if any, open to them. Moreover, decisions such as these are rationally unimpeachable – they have the most powerful justification possible”.

¹²³ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 51-52: “Clear is much preferable to ‘easy’, since many areas of law are hugely complex – tax law, parts of property law, insurance law, and so forth. Even cases in which no problems of law are raised by anyone can be formidably complex in the concatenations of facts and law involved in them. It is almost insulting to call them ‘easy’ on the ground that the huge difficulties involved in handling the happen not to be topics of current controversy among legal theorists. (...) For the moment, it is enough to say that ‘clear’ cases are ones that no one has in fact problematized either in a concrete case or in some more theoretical juristic context”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 195-203.

das premissas e no uso de argumentos consequencialistas,¹²⁴ de princípio ou analogia, mas isso não impede que as premissas possam, em algum momento, ser fixadas de maneira incontroversa, e a dedução usada como forma legítima de justificação judicial. De acordo com MacCormick, o raciocínio dedutivo é central, ou mesmo paradigmático, para a compreensão do funcionamento do raciocínio jurídico, pois, ao estruturar o argumento desta forma, fica mais fácil mapear os problemas que afetam a justificação judicial.¹²⁵ *“My whole argument in LRLT is aimed at showing that given certain presuppositions and within certain limits (...), legal systems as systems of rules are put into operation by an essentially deductive process of reasoning”*.

Por todo o exposto, é possível concluir que o estudo do processo de aplicação das regras jurídicas é central para uma teoria do raciocínio jurídico compatível com a descrição do direito assumida por MacCormick. No entanto, é fundamental entender como o autor escocês define as regras jurídicas, e de que maneira esta definição influencia a elaboração de uma teoria da justificação judicial. Com relação a esse último aspecto, cumpre observar que a estrutura hipotética das regras jurídicas não só organiza os componentes dessa espécie normativa (os fatos operativos e a consequência normativa), facilitando a compreensão e o manejo dos mesmos, como também possibilita a visualização da subsunção das variáveis do caso concreto nos conceitos universais (*universals*) dos fatos operativos, derivando, por fim, a consequência normativa. Essa forma de estruturar o raciocínio judicial é essencialmente dedutiva e compatível com a função das regras nos sistemas jurídicos contemporâneos.

¹²⁴ A palavra “consequencialista” não existe na língua portuguesa. Trata-se, portanto, de uma adaptação livre para o idioma pátrio da expressão usada por MacCormick: “*consequentialist arguments*”.

¹²⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. The nature of legal reasoning: a brief reply to Dr. Wilson. *Legal Studies*, v. 2, 1982, p. 287: “Thus in taking the simple case of straightforward rule application as a central or even a paradigm case or ideal type, one can map out the problem cases which are capable of arising precisely because the limits of the simple case are surpassed”.