

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA

LUCAS SILVA ANDRADE

RACIOCINANDO COM AS FONTES DE DIREITO:
uma filosofia da lógica jurídica

Belo Horizonte
2022

LUCAS SILVA ANDRADE

RACIOCINANDO COM AS FONTES DE DIREITO:
uma filosofia da lógica jurídica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Linha de Pesquisa: Lógica, Ciência, Mente e Linguagem.

Orientador: Dr. Abílio Azambuja Rodrigues Filho

Belo Horizonte
2022

100	Andrade, Lucas Silva.
A553r	Raciocinando com as fontes de direito [manuscrito];
2022	uma filosofia da lógica jurídica / Lucas Silva Andrade. - 2022. 195 f. Orientador: Abilio Azambuja Rodrigues Filho.
	Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Inclui bibliografia.
	1.Filosofia – Teses. 2. Direito – Filosofia - Teses. 3.Lógica - Teses. I. Rodrigues, Abilio. II. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. III.Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

FOLHA DE APROVAÇÃO

RACIOCINANDO COM AS FONTES DE DIREITO: UMA FILOSOFIA DA LÓGICA JURÍDICA

LUCAS SILVA ANDRADE

Dissertação submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em FILOSOFIA, área de concentração FILOSOFIA, linha de pesquisa Lógica, Ciência, Mente e Linguagem.

Aprovada em 27 de setembro de 2022, pela banca constituída pelos membros:

Prof. Abílio Azambuja Rodrigues Filho - Orientador (UFMG)

Prof. Alberico Alves da Silva Filho (PUC-MG)

Prof. Marco Antônio Sousa Alves (UFMG)

Belo Horizonte, 27 de setembro de 2022.



Documento assinado eletronicamente por **Marco Antonio Sousa Alves, Professor do Magistério Superior**, em 29/09/2022, às 19:54, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Abilio Azambuja Rodrigues Filho, Professor do Magistério Superior**, em 30/09/2022, às 16:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Alberico Alves da Silva Filho, Usuário Externo**, em 04/10/2022, às 07:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1788518** e o código CRC **F4283212**.

Agradecimentos

Agradeço ao professor Abílio Rodrigues pela excelente orientação. A oportunidade de ser estagiário docente nas suas disciplinas de lógica, filosofia da lógica e lógicas não-clássicas, além das discussões sobre o conteúdo desta dissertação, foram fundamentais para os resultados que obtive. Além disso, não menos importantes, foram as discussões com os professores Alberico Alves da PUC Minas e Bryson Brown da University of Lethbridge. Os debates com o prof. Alberico acompanham meu percurso acadêmico desde minha graduação em Direito e ajudaram a moldar como entendo a filosofia no geral e a filosofia do direito. Agradeço ao Governo do Canadá pela oportunidade que tive, pelo *Emerging Leaders in the Americas Program*, de realizar um período sanduíche na University of Lethbridge sob a orientação do prof. Bryson. Além disso, tive a oportunidade de conhecer outros grandes filósofos como o prof. Paul Viminiz e a prof. Katharina Stevens. Agradeço também à prof. Anne Shirley e ao prof. João Paulo pelos encontros no grupo de pesquisas em Lógica, Direito e Inteligência Artificial da PUC Minas. Agradeço à FAPEMIG pelo apoio institucional com a bolsa de pesquisa que me deu as condições para me manter focado no percurso do Mestrado. Agradeço também ao PPG em Filosofia da UFMG, tanto aos professores do programa que me deram a oportunidade de cursar excelentes disciplinas quanto aos demais funcionários que sempre me ajudaram quando precisei. Não posso deixar de lembrar que o empreendimento filosófico não é uma atividade solipsista. Portanto, agradeço a todos os filósofos, lógicos e teóricos que produziram os trabalhos que utilizei nesta dissertação. Este trabalho não existiria sem eles.

Todas as grandes ideias já foram pensadas; o que precisamos é pensá-las novamente.

J. W. von Goethe, *Maximen und Reflexionen*.

Resumo

Este trabalho apresenta uma investigação analítica da lógica jurídica. Defendo uma concepção de raciocínio jurídico como um tipo de raciocínio baseado em fontes de direito. Este modelo de raciocínio, que chamo de interpretação autorizada, é a metodologia que as cortes e tribunais comprometidos com o Estado de Direito (*Rule of Law*) empregam para apreender ou identificar o conteúdo das normas jurídicas pré-selecionadas pelas autoridades legislativas ao promulgarem as fontes de direito. Do ponto de vista ontológico, as fontes de direito são fatos institucionais que incorporam as formulações linguísticas das normas jurídicas de um sistema jurídico. Por um lado, essas normas são identificáveis por enunciados jurídicos verdadeiros se e somente se justificam conclusivamente uma decisão jurídica para os casos que regulamentam. Em tais casos, os juízes apenas aplicam a lei. Por outro lado, se as fontes de direito incluem contradições ou lacunas, então os juízes assumem um papel legislativo residual para eliminar essas contradições ou preencher essas lacunas. Destarte, argumento contra o ceticismo com a lógica jurídica amparado pelos Dilemas de Jørgensen e de Kelsen. No entanto, as soluções que apresento para os dilemas não se baseiam na abordagem padrão da lógica deontica, visto que o raciocínio jurídico não é fechado sob os princípios da legislação racional entendida exclusivamente como legislação consistente e completa. Ademais, uma vez que defendo a inexistência de contradições normativas verdadeiras no direito, mas apenas contradições epistêmicas enquanto contradições entre normas que são soluções não-conclusivas para justificar uma decisão jurídica, aponto que o raciocínio jurídico é não-dialeteísta. Assim, a concepção de raciocínio jurídico que defendo neste trabalho é uma teoria da jurisdição racional que reforça os aspectos positivistas, formalistas, cognitivistas e fundacionalistas da racionalidade jurídica. Assim, proponho uma reconstrução racional do raciocínio jurídico como sendo fechado sob consequência lógica dentro de um quadro referencial pluralista que possibilita uma coexistência pacífica das lógicas clássica, paraconsistente e paracompleta. Mais precisamente, o raciocínio jurídico comporta-se classicamente quando as fontes de direito fornecem normas como soluções conclusivas para os casos que regulamentam, mas é paraconsistente ou paracompleto quando as fontes de direito incluem, respectivamente, contradições ou lacunas, sem oferecer, nestas circunstâncias, soluções conclusivas para os casos que se apresentam nas cortes e tribunais. Para representar essa concepção de raciocínio jurídico, indico a possibilidade de uma versão jurídico-deontica das Lógicas da Evidência e Verdade.

Palavras-chave: filosofia analítica do direito; raciocínio jurídico; epistemologia jurídica; filosofia da lógica jurídica; interpretação jurídica.

Abstract

This work presents an analytical investigation of legal logic. I defend a conception of legal reasoning as a type of reasoning based on the sources of law. This model of reasoning, which I call authorized interpretation, is the methodology that courts and tribunals committed to the Rule of Law employ to grasp or identify the content of legal norms pre-selected by lawmaking authorities when they enact the sources of law. From an ontological point of view, sources of law are institutional facts that embody the linguistic formulations of the legal norms of a legal system. On the one hand, these norms are identifiable by true legal statements if and only if they conclusively justify legal decisions for the cases they regulate. In such cases, judges only apply the law. On the other hand, if the sources of law include contradictions or gaps, then judges assume a residual legislative role to eliminate these contradictions or fulfill these gaps. So, I argue against the skepticism with legal logic supported by Jørgensen's and Kelsen's Dilemmas. However, the solutions I present to the dilemmas are not based on the standard approach of deontic logic because legal reasoning cannot be closed under the principles of rational legislation exclusively understood as consistent and complete legislation. Besides, since I defend the inexistence of true normative contradictions in law, but only epistemic contradictions as contradictions between norms that are non-conclusive solutions to justify a legal decision, I show that legal reasoning is non-dialetheist. Thus, the approach to legal reasoning that I support in this work is a theory of rational jurisdiction. It reinforces a positivist, formalist, cognitivist, and foundationalist view of legal rationality. Thus, I propose a rational reconstruction of legal reasoning as closed under logical consequence within a pluralist framework that enables a peaceful coexistence of classical, paraconsistent, and paracomplete logic. More precisely, legal reasoning behaves classically when the sources of law provide norms as conclusive solutions for the cases they regulate. But it is paraconsistent or paracomplete when the sources of law include, respectively, contradictions or gaps, without offering, in these circumstances, conclusive solutions for cases presented before the courts and tribunals. To represent this conception of legal reasoning, I indicate the possibility of a legal-deontic version of the Logics of Evidence and Truth.

Keywords: analytical philosophy of law; legal reasoning; legal epistemology; philosophy of legal logic; legal interpretation.

Sumário

1	Introdução	17
2	Considerações conceituais sobre o raciocínio jurídico	21
2.1	Os sistemas jurídicos no ponto de vista das cortes e tribunais	22
2.1.1	Perspectiva interna-externa e práticas sociais institucionalizadas . .	23
2.1.2	Pontos de vista socialmente assimétricos e o ponto de vista jurídico	25
2.1.3	Juridicização de conflitos na perspectiva das cortes e tribunais . . .	29
2.1.4	A função jurisdicional e a vedação do <i>non-liquet</i>	31
2.1.5	Identificação e individuação do direito positivo	35
2.2	Fontes de direito e ontologia social dos sistemas jurídicos	38
2.2.1	A tese social como fundamento da ontologia jurídica	39
2.2.2	Ontologia geral e ontologia social analítica	40
2.2.3	Da formação de fatos sociais aos fatos institucionais	43
2.2.4	Faticidade e estabilização contrafática das fontes de direito	45
2.3	Raciocínio jurídico baseado em fontes de direito	51
2.3.1	Institucionalidade e contenção da discricionariedade absoluta	53
2.3.2	Autonomia institucional e cognição desengajada	57
2.3.3	Interpretação sem verdade? A resposta cognitivista moderada	60
2.3.4	Justificação e dimensão epistêmica da interpretação jurídica	68
2.3.5	A interpretação jurídica como um fundacionalismo moderado	75
2.4	Postulados e critérios dogmáticos do raciocínio jurídico	80
2.4.1	Postulado da inegabilidade das fontes de direito	81
2.4.2	Critérios dogmáticos do raciocínio jurídico	83
2.4.3	Cronologia, operações legislativas e especialidade	87
2.4.4	Postulado da hierarquia das fontes de direito	89
3	Elementos para uma lógica do raciocínio jurídico	93
3.1	Consequência lógica clássica, negação clássica e contradições	95
3.1.1	Sintaxe e semântica do cálculo sentencial clássico	96
3.1.2	A lógica clássica é a lógica correta?	100
3.1.3	Sistema dedutivo clássico e negação clássica	102
3.1.4	Logica de primeira ordem e os enunciados categóricos da silogística	105
3.1.5	O <i>ex falso quodlibet</i> e a natureza das contradições	108
3.2	Modalidades do raciocínio e os dilemas da lógica jurídica	111
3.2.1	Modalidades aléticas e modalidades deônticas	112
3.2.2	Definindo as modalidades jurídicas	119

3.2.3	O Dilema de Jørgensen	124
3.2.4	Silogismo jurídico e o Dilema de Kelsen	128
3.3	Defendendo uma lógica da jurisdição racional	137
3.3.1	Defendendo o isomorfismo entre normas e enunciados jurídicos . . .	138
3.3.2	Duas noções de 'lícito' e o problema das lacunas e contradições . . .	149
3.3.3	Limites da lógica deôntica padrão	154
3.3.4	A natureza epistêmica das contradições no direito	160
3.3.5	Elementos da Lógica da Jurisdição Racional	167
4	Conclusão	175
	Referências	177

1 Introdução

A presente investigação propõe uma *filosofia da lógica jurídica*. Para evitar ambiguidades sobre o que entendo por ‘filosofia da lógica jurídica’, faço algumas considerações iniciais. Em relação ao termo ‘lógica’, podemos falar pelo menos de três acepções.¹ Uma destas é a mais abrangente. Ordinariamente, associa-se o termo ‘lógica’ com alguma noção de ‘racionalidade’. Quando se fala que determinada pessoa segue uma certa lógica, queremos dizer que essa pessoa expressa uma maneira específica de raciocinar. Por outro lado, existe uma outra acepção para o termo ‘lógica’ que é aquela que utilizamos quando nos referimos à lógica enquanto uma disciplina. Esta disciplina tomou contornos mais precisos com os avanços e pesquisas empreendidas a partir do final do século XIX, assumindo como objeto principal o *estudo daquilo que se segue logicamente das premissas para a conclusão*. Na disciplina lógica, estuda-se como que determinadas propriedades das premissas são preservadas quando partimos destas para concluir algo. O exemplo paradigmático é a lógica clássica, que estuda a noção de *preservação da verdade*. Esta noção estabelece a maneira pela qual a verdade das premissas é preservada logicamente na conclusão. Quando se fala ‘lógica clássica’, surge a terceira acepção do termo ‘lógica’. Trata-se da noção mais estrita, que associa o termo a uma determinada teoria da consequência lógica. A lógica clássica é a teoria da preservação da verdade, mas existem também outras lógicas. Em uma certa leitura, há, por exemplo, a lógica intuicionista ou paracompleta como teoria da preservação da disponibilidade de provas construtivas e, entre outras lógicas estudadas na disciplina, fala-se da lógica paraconsistente como teoria da preservação de evidências.²

Em um primeiro momento, o termo ‘lógica jurídica’ captura a primeira acepção da palavra ‘lógica’. A lógica jurídica é a maneira específica pela qual se raciocina no direito. Associa-se o termo ‘lógica jurídica’ com o termo ‘raciocínio jurídico’. Assim, o que investigo sob a expressão ‘filosofia da lógica jurídica’, reconhecendo também as ambiguidades inerentes ao termo ‘filosofia’, é o conceito de raciocínio jurídico. Essa investigação filosófica faz incursões no que se convencionou chamar de filosofia analítica do direito. É analítica porque o método central envolve a análise conceitual do raciocínio jurídico e uma explicação que se propõe ser precisa sobre esta categoria. Um método claro que captura a explicação analítica de um conceito é o que R. Carnap chamou de *reconstrução racional* [49, p. 1]. Inspirado nessa ideia, busco reconstruir o conceito ordinário de raciocínio jurídico em uma versão precisa, econômica e que não perca o seu âmbito de aplicação.

Durante grande parte do período moderno, especialmente naqueles sistemas jurídicos

¹Agradeço ao meu orientador Abílio Rodrigues por discutir as acepções da palavra ‘logica’ em suas disciplinas de lógica e filosofia da lógica que tive a oportunidade de trabalhar no meu estágio docente. Foram essas discussões que me motivaram a iniciar esta dissertação com uma demarcação mais precisa daquilo que quero dizer com a expressão ‘lógica jurídica’.

²Essa concepção é adotada pelas Lógicas da Evidência e Verdade de W. Carnielli e A. Rodrigues [52, 53]. Uma outra leitura das lógicas paraconsistentes é, p. ex., a interpretação fornecida por B. Brown [41], que entende a lógica paraconsistente como uma teoria da preservação de medidas de ambiguidade.

da tradição romano-germânica do *Civil Law*, ocorreu um movimento de codificação no direito. Essa codificação teve como ideal subjacente a institucionalização da doutrina da separação dos poderes, que acompanhou uma separação ou distinção das atividades legislativa e judiciária. Em outras palavras, a distinção entre a criação e a aplicação da lei. A incorporação da doutrina no movimento de codificação teve como objetivo racionalizar tal distinção. Assumindo a racionalidade da atividade legislativa, demandou-se do legislador a criação de códigos que capacitassem as cortes e tribunais a cumprirem a função exclusiva de aplicar (e não de criar) o direito. Como explicou E. Bulygin, para todo caso que se colocasse diante das cortes ou tribunais de um sistema jurídico, não podendo estas instituições absterem-se de decidir o caso, o sistema da legislação deveria conter uma e apenas uma solução, sendo completo e consistente [46, p. ix]. Do contrário, se existissem soluções contraditórias ou lacunas no direito, o julgador, por ser obrigado a decidir, não seria capaz de apenas aplicar a lei. O Código Napoleônico foi o marco desse ideal, que, em pouco tempo, mostrou-se extremamente difícil de ser cumprido. Afinal, a dinâmica social traz elementos e informações novas que dificilmente se pode prever com exatidão.

Em outro cenário, na tradição anglo-saxônica do *Common Law*, cortes e tribunais operaram por um longo período sob outra premissa. É comum observar na literatura a distinção entre *case-law* e *rule-based law*, i. e., entre o direito baseado naquilo que se decidiu em casos anteriores e o direito baseado em normas ou regras da legislação. Nessa simplificação, o direito casuístico é diferente não por não existirem normas que são vinculativas nas práticas, mas por adotar parâmetros das decisões passadas das cortes e tribunais como base para a decisão presente. O precedente adquire um papel central nessa tradição. Esse papel é consolidado na doutrina do *stare decisis*, que afirma que aquilo que já está decidido não se move, ou seja, determina a solução de casos futuros que são iguais ou suficientemente similares para serem tratados como iguais. No entanto, essa doutrina também demandou o desenvolvimento de técnicas como o *distinguishing* e o *overruling* para, respectivamente, capacitar os juízes a distinguirem elementos específicos dos casos e a mudarem o entendimento a respeito de uma determinada temática ou decisão passada.

Essa caricatura das tradições do pensamento jurídico não deixa de ser apenas uma simplificação. Especialmente no período contemporâneo, observa-se, por um lado, que nos sistemas jurídicos anglo-saxônicos há um movimento em direção ao direito legislado sob a denominação de ‘*statute law*’ e, por outro lado, que os sistemas jurídicos continentais introduziram elementos típicos do *Common Law* em relação à institucionalização de precedentes vinculantes. No entanto, seja a lei, o precedente vinculante ou qualquer outro ponto de partida para justificar juridicamente o raciocínio empregado pelas cortes e tribunais quando aplicam o direito, todos esses institutos são generalizados na teoria positivista com o termo ‘fonte de direito’ (*‘source of law’*). O positivista afirma que o que vale ou não como direito é uma questão de fato e esse fato, que é uma instituição social, funciona como fonte de direito. Trata-se da base interpretativa que permite inferir

quais normas pertencem ou não a um sistema jurídico específico. Também é o ponto de partida para se avaliar os limites dos sistemas jurídicos em oferecer soluções que justificam as decisões produzidas pelas cortes e tribunais. Quando as fontes de direito apresentam lacunas ou contradições, os juízes são obrigados a reformarem essas fontes de tal forma a possibilitar a solução de um caso. A tese central que defendo neste trabalho é que o raciocínio jurídico é um raciocínio baseado nas fontes de direito (*source-based law*).

Sustento essa tese nos dois capítulos seguintes. No capítulo 2, o raciocínio com as fontes de direito é apresentado conceitualmente. Forneço, primeiro, um corte metodológico que foca na perspectiva das cortes e tribunais e como essas instituições adjudicativas lidam com o problema de identificar normas a partir das fontes de direito para justificar suas decisões. A noção de ‘fonte de direito’ é investigada como a base ontológica do raciocínio jurídico. A teoria das instituições de J. Searle é um ponto de partida analítico para aclarar a tese positivista das fontes. Utilizo também, de forma não-ortodoxa, da concepção funcionalista de ‘expectativas normativas’ de N. Luhmann para explicar como as cortes e tribunais lidam com a estabilização do código jurídico visando soluções autorizadas para os casos judiciais.³ Seguindo, discuto os aspectos epistêmicos do raciocínio jurídico. O objetivo é demarcar a autonomia do raciocínio jurídico em relação aos outros domínios do raciocínio prático. Apresento um cognitivismo moderado a respeito das normas jurídicas em que essas normas são identificadas com enunciados jurídicos verdadeiros quando são soluções conclusivas inferidas das fontes de direito em um dado sistema jurídico. A dimensão epistêmica é moderadamente fundacionalista. Cortes e tribunais assumem a crença na qual o sistema jurídico é internamente justificado pela noção de legalidade, permitindo tratar as fontes de direito como ponto de partida inferencial para se obter normas jurídicas e para verificar quando o conteúdo disponível em um sistema jurídico demanda reformas legislativas residuais. Por fim, discuto *platitudes* do estudo doutrinário ou dogmático do direito que se relacionam com os critérios da hierarquia, cronologia e especialidade temática que resolvem antinomias aparentes das fontes de direito.

No capítulo 3, faço incursões na lógica enquanto a disciplina que estuda a consequência lógica. A doutrina do silogismo jurídico adotou predominantemente a lógica de primeira ordem em estudos formais da lógica jurídica [179]. É importante ter em mente que o termo ‘silogismo jurídico’ na argumentação jurídica é frequentemente usado como um termo geral para a reconstrução de decisões jurídicas na forma de inferências formalmente válidas.⁴

³Afirmo que é uma apresentação não-ortodoxa da concepção de ‘expectativas normativas’ porque em diversas passagens de [151], N. Luhmann utiliza o conceito para a crítica do papel genético das fontes de direito na identificação de normas válidas em um sistema jurídico *S*. No entanto, como se verá em 2.4, a *doutrina da inegabilidade das fontes de direito* e os *critérios dogmáticos de resolução conflitos*, mesmo que instanciados de diferentes maneiras em diferentes culturas jurídicas, racionalizam a argumentação jurídica, especialmente por possibilitar a unidade metodológica e criteriológica da justificação das decisões judiciais. O desenvolvimento de métodos doutrinários para lidar com as fontes de direito tornou-se uma expectativa normativa nos sistemas jurídicos modernos que consolidam o Estado de Direito (*Rule of Law*).

⁴Fiz essa observação para evitar a afirmação não justificada de que a dedução na lógica jurídica contemporânea se reduz ao silogismo categórico da lógica silogística tradicional. Entre trabalhos que

Início o capítulo apresentando aspectos filosóficos e conceituais da lógica clássica e de sua extensão de primeira ordem. Esta lógica foi importante para os estudos que discutiram o raciocínio com modalidades normativas. Investigo diferenças e similaridades entre modalidades normativas ou deônticas e modalidades aléticas do discurso. Sustento também a possibilidade de se diferenciar as modalidades jurídicas das modalidades deônticas no geral, resguardando naquelas os aspectos centrais do raciocínio baseado nas fontes de direito. Dois dilemas surgiram para a possibilidade de se pensar uma lógica jurídica. Um deles é o *Dilema de Jørgensen* e o outro o *Dilema de Kelsen*. Ambos relacionam-se com a concepção monista da consequência lógica que assume esta noção como se restringido à consequência lógica clássica enquanto preservação da verdade. Jørgensen [125] desafia a lógica de imperativos com a versão não-cognitivistista das normas que as trata como não sendo aptas a valores de verdade. Kelsen [134] rejeita a possibilidade de o raciocínio jurídico ser fechado sob consequência lógica, negando a utilização de regras de inferência para se deduzir as normas produzidas por decisões jurídicas das normas gerais interpretadas das fontes de direito. Apresento uma solução para ambos.

Por fim, a versão padrão da lógica deôntica foi filosoficamente interpretada, especialmente nos trabalhos G. H. von Wright [259, 260, 261], como a *lógica da produção normativa racional enquanto legislação consistente unificada na vontade do legislador*. No entanto, na perspectiva das cortes e tribunais, é inevitável não lidar com contradições e lacunas na pré-seleção legislativa das fontes de direito. A ficção do legislador racional cai por terra e principalmente a ideia de inconsistência das fontes de direito vem à tona. O dialeteísmo jurídico em Priest [197] afirma ser inevitável pensar a ideia de que existem contradições verdadeiras no direito. No entanto, uma vez que se entende que as fontes de direito têm como objetivo justificar as decisões das cortes e tribunais fornecendo soluções conclusivas para casos judiciais, a noção de contradições verdadeiras no direito é eliminada. Somente pode-se afirmar verdadeiramente que uma norma jurídica vale em um sistema jurídico S se essa norma justificar uma solução conclusiva para os casos nos quais se aplica. Nestes casos, recupera-se o comportamento clássico. Assim, uma lógica do raciocínio baseado nas fontes de direito é uma *lógica da jurisdição racional*. Em contextos de soluções conclusivas, os *casos fáceis*, tal raciocínio é uma mera aplicação do direito. Já em contextos de soluções ainda não-conclusivas, as cortes e tribunais são obrigadas a reformar as fontes de direito, eliminando contradições ou integrando lacunas. A concepção pluralista da consequência lógica introduzida pelas *Lógicas da Evidência e Verdade* de Carnielli e Rodrigues é um programa de pesquisa promissor para entender o raciocínio jurídico enquanto fechado sob consequência lógica [52, 53]. No caso, pela teoria da consequência lógica que permite a coexistência pacífica das lógicas paracompleta, clássica e paraconsistente [82].

adotam a termo ‘silogismo jurídico’ de forma abrangente, p. ex [1, 15, 70, 155, 184, 245, 248, 274]. Para uma reconstrução das discussões sobre a *teoria do silogismo jurídico*, cf. [78, p. 23–47].

2 Considerações conceituais sobre o raciocínio jurídico

Sistemas jurídicos são *sistemas normativos* que direcionam aos seus destinatários um conjunto de normas para o comportamento e, quanto à sua estruturação institucional, um conjunto de critérios que regulamentam a criação, identificação e aplicação dessas normas. Em acordo com Alchourrón [3, p. 413], todo sistema normativo cumpre duas funções principais: uma *função-guia* e uma *função-avaliação*. A operação da função-guia em um sistema jurídico S cria normas jurídicas em S e faz delas diretrizes para a ação de seus destinatários. Já a operação da *função-avaliação* interpreta o *status jurídico* de uma conduta a partir da reconstrução descritiva das normas jurídicas de S enquanto enunciados jurídico-avaliativos. Normas jurídicas dos tipos ‘pode p !’ ou ‘não faça p !’ são dispositivos comunicativos em modo imperativo. Esses tipos de normas tornam a conduta p , respectivamente, *lícita* ou *ilícita*. Já a representação de N em enunciados jurídicos como ‘é o caso que é lícito que p em S ’ ou ‘é o caso que não é lícito (ou ilícito) que p em S ’ são reconstruções assertivas de N que dizem o *status jurídico* de p em S . Identificar, individuar e reconstruir essas normas são problemas centrais da teoria da interpretação jurídica. Afinal, como é possível, a partir de fontes de direito positivo, um juiz inferir normas que são dispositivos imperativos autorizados em S para solucionar casos judiciais?

Este capítulo introduz a concepção institucional de raciocínio jurídico como o raciocínio baseado em fontes de direito (*source-based reasoning*). Ao inferirem normas jurídicas interpretando as fontes de direito (constituição, legislação, precedentes, etc.), as instituições adjudicativas assumem uma postura autorizada em um sistema jurídico S para solucionar conflitos e estabilizar divergências interpretativas a respeito de como avaliar o *status jurídico* de condutas desempenháveis em S . Pela investigação epistemológica da atitude interpretativa no direito, explico como cortes e tribunais lidam institucionalmente com problemas epistêmicos derivados das limitações linguístico-semânticas das fontes de direito, especialmente na *seleção* de soluções autorizadas para conflitos normativos ou na *integração* de novas soluções para lacunas normativas em um sistema jurídico. No entanto, uma teoria do raciocínio jurídico baseada na interpretação das fontes de direito não é uma descrição redutiva de aspectos empíricos do comportamento nas cortes e tribunais. Apesar de existirem vertentes teóricas nos moldes das ciências comportamentais, não proponho reduzir a explicação institucional do direito positivo à predição de comportamentos futuros e emoções dos juízes.⁵ Este trabalho não foca em aspectos psicológicos do comportamento dos juízes, mas na *estrutura institucional* do raciocínio jurídico. Destarte, neste capítulo, introduzo uma concepção de raciocínio jurídico na perspectiva das cortes e tribunais quando aplicam ou desenvolvem o *direito positivado* em fontes de direito.

⁵As teorias do realismo escandinavo e do realismo americano convergem quanto *ceticismo sobre regras*, e avançam uma concepção baseada nos fatores psicológicos e sociológicos na determinação e predição das decisões judiciais. Sobre o realismo americano e o realismo escandinavo, cf. [66, 109, 145].

Em 2.1, introduzo a dimensão pragmática das cortes e tribunais no exercício da função jurisdicional. Por meio dessa perspectiva pragmática, enfatizo como o ‘ponto de vista jurídico’ é institucionalizado funcionalmente quando as cortes e tribunais atuam na prerrogativa institucional de exercer a jurisdição para resolver conflitos de objetivos. Trata-se da síntese da *obrigação geral de decidir*, que se realizou em diversos sistemas jurídicos históricos como *vedação do non-liquet*, com a crença na qual soluções de casos judiciais devem ser compatíveis com a *legalidade*, i. é, com a autorização dada por fontes de direito criadas no exercício da função legislativa. Em 2.2, discuto a dimensão ontológica do direito. Nela, apresento a construção social dos sistemas jurídicos e sua relação com as fontes de direito enquanto fatos institucionais. Essa abordagem analítica do mundo jurídico é pensada em termos da distinção ontológica existente entre os fatos sociais/institucionais de outra natureza e os fatos sociais/institucionais jurídicos, sustentada em razão das fontes de direito autorizarem certas inferências de normas jurídicas, fornecendo as condições de verdade dos enunciados jurídicos que as descrevem. Em 2.3, empreendo a conexão conceitual da dimensão pragmática de 2.1 com a dimensão ontológica de 2.3, apresentando a definição institucional de raciocínio jurídico enquanto raciocínio baseado em fontes de direito (*source-based reasoning*). Trata-se da defesa da autonomia institucional do raciocínio jurídico e de seu caráter epistêmico. Destarte, sustento que sua dimensão epistêmica é caracterizada como um *cognitivismo* e *fundacionalismo* moderados, sendo a interpretação jurídica um tipo de atitude cognitiva justificada exclusivamente na *apreensão* (*grasping*) do conteúdo das fontes de direito enquanto bases informacionais básicas para se inferir soluções autorizadas em casos judiciais. Por fim, em 2.4, sintetizo a discussão do capítulo apresentando critérios e postulados dogmáticos que organizam a racionalidade jurídica. Por meio desses dispositivos, o intérprete tem um ponto de partida para buscar as soluções autorizadas para casos judiciais. Permitem também identificar a autorização institucional na qual, em contextos que as exigem, cortes e tribunais realizam *reformas* nas fontes de direito solucionando contradições, lacunas, vaguezas e ambiguidades instanciadas em divergências interpretativas. Este capítulo mostra como a racionalidade jurídica institucionaliza-se socialmente na *práxis* das cortes e tribunais ao desempenharem a conservação ou o desenvolvimento autorizados das fontes de direito.

2.1 Os sistemas jurídicos no ponto de vista das cortes e tribunais

Nesta subseção, reconstruo aspectos da virada linguística na teoria analítica do direito. Em 2.1.1, explico a abordagem pragmático-institucional de H. L. A. Hart, mostrando como a introdução da perspectiva interna-externa auxilia tanto a agência das práticas sociais institucionalizadas ou constituídas por normas quanto a descrição dessas práticas. Em 2.1.2, mostro que as sociedades modernas contemplam um conjunto assimétrico de perspectivas ou pontos de vista sociais. Dentre essas perspectivas, o ponto de vista jurídico

emerge nas organizações sociais afirmando sua legitimidade *erga omnes* para solucionar conflitos de objetivos e capacitar a agência social estabilizando suas normas-guia. Em 2.1.3, mostro que, apesar da atitude legislativa dar condições normativas para capacitar a agência social e solucionar conflitos de objetivos, é com a atividade das cortes e tribunais que o produto da função legislativa é operacionalizado na forma das fontes de direito que servem de base interpretativa para a resolução autorizada desses conflitos. Em 2.1.4, mostro que essa lógica é reiterada na separação funcional-analítica das atividades legislativa e jurisdicional, sendo esta submetida à obrigação geral de decidir, normalmente institucionalizada como *vedação do non-liquet*. Por fim, em 2.1.5, apresento a problemática que as cortes e tribunais lidam quando assumem a atitude jurídico-interpretativa que busca extrair das fontes de direito normas jurídicas enquanto soluções autorizadas para casos judiciais. Trata-se dos problemas da seleção, identificação e individuação das leis.

2.1.1 Perspectiva interna-externa e práticas sociais institucionalizadas

Em *The Concept of Law*, evitando o ceticismo a respeito da existência normas que restringem as práticas judiciais [110, p. 15 ss.], H. L. A. Hart introduziu a perspectiva teórica interna-externa [110, p. 32-4].⁶ Ele mostrou como uma descrição adequada de práticas sociais institucionalizadas demanda a introdução da maneira como os participantes dessa prática observam os limites linguístico-normativos instituídos pela própria prática. Para isso, Hart usa o exemplo da descrição de jogos enquanto práticas sociais institucionalizadas por normas [110, p. 75-6]. Uma perspectiva apenas externa explicaria as normas presentes em um jogo de xadrez a partir de generalizações de padrões comportamentais e reações dos jogadores (enxadristas) durante uma série de partidas. Uma descrição desse tipo poderia definir uma partida de xadrez como todo conjunto de padrões comportamentais observáveis do tipo ‘movimentar a peça p_a de maneira a_1, \dots, a_n na circunstância x_a produzindo o efeito ou reação y_a ; ...; movimentar a peça p_n de maneira n_1, \dots, n_n na circunstância x_n produzindo o efeito ou reação y_n ’. Todavia, existe um problema de indução nessa perspectiva. Como identificar as normas do xadrez ou mesmo jogar xadrez apenas observando os movimentos de outros jogadores e as reações que esses movimentos produzem como resposta a uma jogada nos contextos próprios de partidas de xadrez?

Há uma série de normas que constituem o que um jogo precisa conter para ser caracterizado como xadrez. P. ex., as normas do xadrez ocidental definem, antecipadamente, os movimentos permitidos para o duelo; as 16 peças que compõem o ‘arsenal’ de cada

⁶Utilizo neste trabalho a tradução brasileira de *The Concept of Law* publicada pela WMF Martins Fontes, que inclui o pós-escrito de Hart respondendo às críticas de seu trabalho [110, p. 307 ss.]. Alguns autores utilizam o termo ‘regra’ para traduzir o termo ‘rules’ utilizado por Hart na edição original do livro. A tradução brasileira, no entanto, optou acertadamente por traduzir ‘rules’ como ‘normas’. M. Kramer, um dos maiores especialistas no trabalho de Hart, afirma que não tratar ‘rules’ como ‘norms’ em Hart levou R. Dworkin a inferir erroneamente que Hart estava diferenciando ‘rules’ de ‘principles’. Mas Hart utilizou o termo ‘rules’ para se referir a qualquer padrão normativo, indiferentemente do grau de abstração ou especificidade, vagueza ou precisão [141, p. vii]. Cf. o pós-escrito de Hart [110, p.334-340].

enxadrista participante desse duelo (01 rei, 01 rainha, 02 bispos, 02 cavalos, 02 torres e 08 peões para cada um); a posição inicial de cada uma das peças em um tabuleiro quadrado dividido em 64 posições (8 x 8); quem começa a partida — no caso, primeiro, o jogador que tem o arsenal branco, depois, o jogador que tem arsenal preto; a restrição de realizar apenas um movimento por turno; e o *xeque-mate* como condição de vitória, que é um ataque ao rei do adversário que não ofereça nenhum recurso para ele se defender. O enxadrista movimenta as peças por essas posições visando atacar as peças do adversário ou se proteger. Mas o ponto é: ele não aprendeu a jogar xadrez *apenas* observando como outro enxadrista se movimenta durante as partidas. Claro que um jogador *expert* utiliza sua experiência para prever as jogadas possíveis do adversário [32], tomando essas previsões juntamente com um conhecimento das normas do xadrez para buscar a vitória com o *xeque-mate*. Contudo, para jogarem uma partida de xadrez, ambos enxadristas precisam de um conhecimento básico das normas do jogo que constituem o papel de jogador e as jogadas ou movimentos básicos permitidos em cada turno da partida. A probabilidade de vencer uma partida de xadrez varia de acordo com os graus de aprendizado e habilidade que os jogadores possuem, sendo um enxadrista mais ou menos habilidoso que o outro [56]. Mas o conjunto *minimal* de normas básicas deve ser compartilhado e aprendido pelos jogadores de xadrez, mesmo ambos não dominando os padrões utilitários de jogadas.

Destarte, o que faz da descrição de uma prática ser externa é a possibilidade de explicar essa prática sem precisar expressar um juízo de aceitação sobre como ela é desempenhada [110, p. 132]. Todavia, uma descrição puramente externa não incorpora os elementos constitutivos da prática, os quais funcionam como limites normativo-linguísticos internamente assumidos por aqueles que dela participam. Por outro lado, se fosse puramente interna, a descrição seria um *juízo* crítico da prática social que descreve, reforçando ou negando uma motivação para agir conforme o que as normas de seu sistema normativo demandam [110, p. 132]. Porém, a introdução da perspectiva interna na descrição externa ou desengajada de um sistema de normas permite aos enunciados a respeito desse sistema considerarem apenas *o que seria agir conforme o que as normas que integram o sistema-objeto demandam*. Como consequência, a descrição externa que introduz a perspectiva interna de uma prática orientada por um sistema de normas mostra o ‘ponto de vista’ daquele que observa quais normas fazem parte desse sistema.⁷ Assim como há o ponto de vista do jogador de xadrez, diferentes práticas sociais instituem diferentes pontos de vista, como, por exemplo, é o caso do ponto de vista econômico, do ponto de vista político de um Estado, do ponto de vista artístico, do ponto de vista científico, do ponto de vista de uma doutrina religiosa e daí por diante. Cada ‘ponto de vista’ tem uma particularidade que se relaciona com suas características institucionais e seus modos distintos de funcionamento.

⁷Para outras discussões sobre o conceito de ‘ponto de vista’ de sistemas sociais, tal como utilizado neste trabalho, cf. [209, p. 140].

2.1.2 Pontos de vista socialmente assimétricos e o ponto de vista jurídico

A sociedade moderna é uma totalidade de pontos de vista assimetrizados em diferentes funções e papéis sociais ocupados ou atribuídos a determinados agentes. Assim, para descrevermos a estrutura social, é possível adotar o ponto de vista dos papéis sociais presentes em diferentes contextos sem nos comprometermos com aspectos psicológicos contingentes dos indivíduos, mas apenas a partir daquilo que comunicam em suas atitudes. Por exemplo, o ato legislativo que estabelece um novo tributo obrigatório sobre consumo distingue-se do ato de pagar esse tributo pelo destinatário da norma tributária. Todavia, o *mesmo* indivíduo x pode, no contexto t_1 , ter seus atos interpretados como elementos de atos legislativos, se x cumpre os requisitos para atuar na atividade legislativa, e, no contexto t_2 , posterior a t_1 , sujeitar-se às normas que ele mesmo ajudou a produzir na atividade legislativa, mas agora com seus atos interpretados enquanto consumidor sujeito à norma tributária. É nesse sentido que se adota a diferença entre *indivíduo* e *pessoa*.

Uma *pessoa* é o agente social instituído enquanto um “feixe de papéis sociais desempenhados por um indivíduo” [77, p. 82] ou por um conjunto de atividades ou bens dotado de personalidade jurídica, como as organizações, empresas, fundações, etc. Um indivíduo enquanto pessoa pode atuar no papel social de *pai*, *profissional*, *eleitor*, *pagador de impostos* ou *legislador*, sem perder sua unidade enquanto agente social. Em uma perspectiva funcionalista, à luz especialmente de J. Galtung [88, p. 348], as pessoas são sistemas de ações unificados em um conjunto de objetivos, prerrogativas e direitos.⁸ Porém, como as *pessoas* desenvolvem-se coevolutivamente em um ambiente social interativo, é inevitável que a pluralidade e a assimetria funcional dos papéis sociais que as integram enquanto sistemas de ação, somados aos interesses e valores divergentes nos quais essas pessoas engajam-se em suas interações, acabam por propulsionar os conflitos sociais enquanto conflitos de objetivos. Não é difícil perceber, p. ex., o conflito entre o interesse do Estado em usar da arrecadação tributária para prestar algum serviço essencial para a sociedade e o interesse *atual* do indivíduo em não pagar o tributo, já que o pagamento implica uma redução de seu patrimônio não revertida imediatamente em qualquer benefício. Em diferentes contextos interacionais, uma mesma pessoa pode ler a situação sob dois pontos de vista distintos, seja o ponto de vista do pagador de impostos ou de um agente do Estado.

Ademais, do ponto de vista dos sistemas de ação, seja uma pessoa individual ou coletiva, como é o caso das empresas ou organizações, as diferentes comunicações sociais e normativas fornecem diferentes razões para a ação, o que gera os potenciais conflitos de *interesses* e *valores*. Os *interesses* funcionam como aqueles objetivos da ação que produ-

⁸A noção de Galtung [88, p. 348] integra os sistemas de ação somente em relação aos seus objetivos sociais, baseando-se nos modelos de Weber [269, p. 4] e Parsons [177, p. 3 ss.]. No conceito que adotei para me referir às *pessoas* enquanto sistemas de ação no nível interacional já integro os direitos e deveres que são instituídos de forma abrangente pelo ponto de vista jurídico. Optei por integrá-los, ainda que contingentemente se opuserem aos objetivos particulares autoconstituídos dos sistemas de ação, porque direitos e deveres recaem sobre agentes sociais em todas as relações interativas que estabelecem entre si.

zem algum benefício material para a pessoa – pensando especialmente na racionalidade econômica de maximização dos bens materiais. Já os *valores* são objetivos da ação que o agente visa proteger mesmo que não forneçam para ele algum benefício material como resultado. Segundo J. Raz, a afirmação de que ‘há uma razão *R* para *X* fazer *q*’ é a conclusão de uma *inferência prática* [208, p. 20]. Isso quer dizer que, a partir de um conjunto Γ de enunciados *p*, os quais servem como premissas para o raciocínio, o agente *X* concluiu *q*. As razões para a ação podem surgir de uma pluralidade de fontes. Por exemplo, ‘que Deus ordena não cobiçar a mulher do próximo’ acarreta que ‘há uma razão moral para *X* não cobiçar a mulher de *Y*’. Nesse caso, essa é uma razão moral para a pessoa que acredita em Deus – e segue seus mandamentos conforme o sistema de normas da doutrina religiosa que contempla essa norma – não realizar a ação que Deus proíbe. Mas as razões para a ação podem vir de uma pluralidade de fontes normativas. Novamente, fala-se de sistemas de razões jurídicas, econômicas, políticas, religiosas, científicas, etc.

Diferentes sistemas de razões para a ação podem afirmar ter algum grau de autoridade prática sobre as condutas sociais. No entanto, os sistemas jurídicos afirmam essa autoridade prática de forma socialmente diferenciada. Os sistemas jurídicos em contextos adjudicativos operam como sistemas públicos de resolução de conflitos. Em contraposição a sistemas privados de resolução de conflitos, os processos decisórios no direito buscam uma vinculação *erga omnes* (em face de todos os seus destinatários). Mesmo que contingentemente os processos decisórios dos sistemas jurídicos sejam corrompíveis por interesses privados de julgadores, isso não impede de se estabelecer vantagens racionais para a sociedade organizar sua agência pelo *programa* do direito positivo, o qual, por meio de suas fontes, visa assegurar procedimentos decisórios *confiáveis* e *imparciais*. Citando Hegel:

Uma vez introduzido na existência com a forma de lei, o direito existe para se e opõe-se à vontade particular, à opinião subjetiva sobre o direito como sendo algo de autônomo. Deverá fazer-se valer como universal o ato de reconhecer e realizar o direito no caso particular; fora da impressão subjetiva dos interesses particulares, pertence a um poder público, ao tribunal. [112, §219]

Ademais, “a obrigação para com a lei implica a necessidade de que a lei seja universalmente conhecida.” [112, §215] Fala-se então da racionalidade das decisões de um sistema jurídico submeter-se ao *princípio da publicidade*. Por meio desse princípio, como afirma Silva Filho, “exige-se das decisões que sejam *públicas* e isso não apenas com a significação de serem publicadas, mas de serem passíveis de aceitação social à luz do estágio de conhecimento socialmente disponível.” [242, p. 270] E essa vantagem preexiste mesmo que o Estado, ao se impor como uma agência dominante *erga omnes*, considere “todos os outros procedimentos – ou até os ‘mesmos’ procedimentos aplicados por outros – como indignos de confiança ou parciais.” [174, p. 138] Isso porque, por meio de um princípio como esse, a questão é assegurar a condição de legitimação que Nozick supõe como relacionada a um

direito de acesso – privado ou público – a uma quantidade suficiente de informação que demonstre a confiabilidade e a imparcialidade do procedimento de aplicação do ‘*direito*’ prestes a lhe ser aplicado (ou que demonstre não ser ele mais injusto que os outros procedimentos em uso). Ele tem o direito de exigir que lhe demonstrem que está nas mãos de um sistema confiável e imparcial. Na falta dessa demonstração, ele pode defender-se e resistir à imposição de um sistema desconhecido. Quando estiver disponível ao público geral ou a ele, a informação lhe dará elementos para conhecer sua confiabilidade e imparcialidade. [174, p. 130]

Essa afirmação não implica a ausência de risco da perda de legitimação [242, p. 270] e não quer dizer que uma organização social é capaz de *eliminar prima facie* procedimentos particulares de resolução de conflitos [174, p. 139]. Um sistema jurídico não consegue eliminar a tendência empírica de os indivíduos desconfiarem que as decisões jurídicas sejam (*de facto*) julgamentos de direito (*de jure*). Isso porque as fontes de direito são interpretáveis por pessoas particulares de forma enviesada pelos seus objetivos. Dessa complexa relação, surge o problema da justificação pública do *monopólio* do *poder coercitivo*.⁹ Do ponto de vista público das organizações sociais baseadas no direito, a questão é *como* gerar a obrigatoriedade *de facto* daquilo que afirma ser *de jure*. Dos pontos de vista particulares, existe o risco de desobediência civil quando o uso da força assegura procedimentos arbitrários e incapazes de gerar obrigatoriedade *de jure* e não apenas *de facto*. Assim, uma *autoridade de facto* é aquela que faz uso de um *poder existente* para influenciar ou mesmo forçar condutas sociais. A *autoridade de jure*, por outro lado, forma-se no exercício de poderes *investidos* de autoridade conforme a lei (e não apenas pelo uso da força). Segundo J. Raz, é o caso que, para se alcançar *efetivamente* uma *autoridade de facto* para influenciar o comportamento social, uma pessoa ou instituição “ou *afirma* ter autoridade legítima ou é considerada pelos outros como tendo autoridade legítima.”¹⁰ [207, p. 9] Nem sempre uma autoridade jurídica, quando afirma legitimidade moral sobre seus destinatários, alcança esse reconhecimento. Mas ela sempre *afirma* (*claims*) ser legítima sobre práticas de seus destinatários. Toda organização social governada por uma ordem jurídica impõe razões para guiar as condutas dos seus destinatários exigindo a conformidade com a lei e assim:

o que está excluído (...) não são todas as outras razões, mas apenas todas aquelas outras razões que não são legalmente reconhecidas. Não devemos conceber o direito como um conjunto de normas isoladas, cada uma com sua função separada e independente, mas como um conjunto de razões (potencialmente conflitantes ou reforçadoras) que juntas determinam o que é exigido

⁹Para uma introdução: (a) às teorias da justificação das razões públicas, cf. [202]; (b) às teorias do uso estatal e justificação pública da coerção, cf. [18].

¹⁰Tradução e adaptação de: “(he must) either claim that he has legitimate authority or be held by other to have legitimate authority.”

pelo direito.¹¹ [207, p. 33]

Ademais, um aspecto que faz da agência social governada pelo direito positivo ser *distinta* de outras afirmações sociais de autoridade prática sobre o comportamento social é que, ao institucionalizar um sistema jurídico, uma organização social afirma essa autoridade em grau abrangente (*comprehensive*) [207, p. 116]. Isso quer dizer que ela subjugava-se no direito de ou constituir ou regulamentar qualquer comportamento social. Por isso, como uma consequência dessa abrangência social ampla, toda autoridade que se impõe por um sistema jurídico afirma ser *suprema* para “regular a criação e aplicação de outros sistemas institucionalizados de sua comunidade-objeto.”¹² [207, p. 118] Todavia, apesar de *afirmar* ter legitimidade moral para regular quaisquer condutas sociais, não é o caso que toda autoridade jurídica que já existiu o fez com algum *valor* ou *mérito substancial*, pois o *conteúdo* daquilo que se institucionalizou como direito, ainda que se conformando aos procedimentos de produção de normas explicitamente reconhecidos, é variável entre contextos sociais e históricos. A ‘forma’ do direito positivo não elimina do processo de socialização a possibilidade dos ‘conteúdos legais’ não expressarem algum *mérito moral*.

Por essa ‘forma’ do direito, como explica M. Weber, ao se instituir uma “autoridade jurídica, a obediência é devida à ordem impessoal legalmente estabelecida. Estende-se às pessoas que exercem a autoridade sob um cargo em virtude da legalidade formal de seus comandos e apenas no âmbito da autoridade do cargo.”¹³ [269, p. 215-217] Assim, a obediência prática à autoridade jurídica de um agente não é relacionada com o indivíduo que eventualmente ocupa o cargo. Ela é devida ao papel que aquele indivíduo ocupa enquanto pessoa com competência para tal e tal e nos limites dos poderes conferidos ao papel. Os agentes de uma organização social com cargo instituído sob a legalidade passam a atuar conforme as normas válidas de competência e a sua autoridade *de jure* restringe-se aos limites dessa competência. As normas de competência conferem o âmbito do exercício, o contexto e as condições pessoais para se exercer, p. ex., o poder de legislar, o poder de aplicar a lei para solucionar casos, o poder de firmar contratos, o poder de polícia, e os demais poderes que são competências de determinados papéis sociais exercidos em contextos apropriados de uma organização baseada em um sistema de normas jurídicas.

¹¹Tradução de: “what is excluded (...) is not all other reasons, but merely all those other reasons which are themselves not legally recognized. We should not conceive of the law as a set of isolated norms each having its own separate and independent function, but as a set of (potentially conflicting or reinforcing) reasons which together determine what is required by law.”

¹²Tradução de: “to regulate the setting up and application of other institutionalized systems by its subject-community”.

¹³Tradução de: “(In the case of) legal authority, obedience is owed to the legally established impersonal order. It extends to the persons exercising the authority of office under it by virtue of the formal legality of their commands and only within the scope of authority of the office.”

2.1.3 Juridicização de conflitos na perspectiva das cortes e tribunais

Uma clássica sugestão para explicar a distinção (*distinctiveness*) do ‘ponto de vista jurídico’ é partindo da perspectiva introduzida pelas instituições legislativas, as quais têm a prerrogativa de *criar* as fontes que são a base para se inferir quais normas de um sistema jurídico *S* funcionam como soluções para conflitos de objetivos. Suponha que Marco e seu irmão Jean se veem como os únicos herdeiros do patrimônio deixado pelo falecido pai. Ambos têm interesse em tirar proveito do máximo possível dessa herança. Sem uma instituição para produzir e fazer cumprir o direito positivo e, no caso, sem normas jurídicas para regulamentar a sucessão de bens, o conflito seria inevitável, com efeitos imprevisíveis tanto para Marco quanto para Jean. Imagine ainda se a herança estivesse diante do risco iminente de ser saqueada por algum outro indivíduo interessado nela. Uma forma de resolver o conflito é mostrar que há na comunidade política de Marco e Jean um sistema jurídico *S* que regulamenta, pelas leis do direito sucessório, a transmissão do patrimônio de alguém que faleceu, regulamentando a identificação de quem tem direito a uma parte da herança e como dividir essa herança em parcelas (igualitárias ou não).

Mas é um erro pensar que os conflitos cessariam sua existência apenas com as fontes de leis positivas. Existem conflitos que ganham corpo em *razão* da própria existência de fontes de direito, como efeito de divergências de expectativas formadas ao se interpretar essas fontes. Por isso, fala-se que “o direito não necessariamente resolve conflitos que originalmente se apresentavam, mas apenas o que ele próprio pode constituir.” [152, p. 212] Os sistemas jurídicos resolvem *conflitos institucionalizados na forma do direito*. Indo adiante no exemplo, suponha que, apesar de identificarem a fonte das normas que se aplicam ao seu caso, Marco e Jean ainda não concordam a respeito de como interpretar a maneira como a legislação divide a parcela que cada um tem direito na herança deixada pelo falecido pai. Isso quer dizer que eles não divergem apenas em relação àquilo que gostariam que fosse o direito de cada um, mas sobre o conteúdo das normas do direito sucessório estabelecido pelo legislador no sistema jurídico *S*. Assim, buscando fazer valer a compreensão intuitiva que cada um tem sobre aquilo que julgam ser de direito, conforme a interpretação que fizeram da legislação, Marco e Jean acionam as cortes ou qualquer outra instituição adjudicativa competente em *S* para resolver o conflito. O que buscam é um veredito com autoridade para solucionar o caso com base no direito. Esse veredito é o que se chama ‘decisão jurídica’, o instituto que tem como finalidade solucionar um conflito de objetivos juridicamente relevantes, fazendo dessa solução uma coisa julgada (*res judicata*) e encerrando socialmente a discussão jurídica do caso.¹⁴ Não se trata de uma solução que se conforme necessariamente e simultaneamente aos interesses de Marco e Jean, mas resolve o conflito de maneira socialmente autorizada pelas fontes de direito.

As decisões jurídicas têm um papel central em sistemas jurídicos. O termo ‘decisão

¹⁴Para um tratamento analítico e comparativo sobre as diferentes abordagens do instituto da coisa julgada (*res judicata*), cf. o excelente artigo de Sinai [243].

jurídica’ pode assumir diferentes significados em seu uso ordinário. Fala-se, p. ex., que um agente político que decide agir de maneira juridicamente embasada ‘tomou uma decisão jurídica’. Para evitar uma abordagem ampla e vaga desse conceito, este trabalho trata os termos ‘decisão jurídica’ e ‘decisão judicial’ como sendo intercambiáveis. Eles são entendidos tecnicamente como “a solução de um conflito, com base em normas jurídicas, que decide um caso atribuindo deveres, obrigações, poderes e demais modalidades jurídicas aos destinatários da decisão.”¹⁵ [273, p. 409] Assim, as decisões jurídicas são instrumentos de estabilização de divergências sobre o que vale como direito na prática social.

Enquanto a atividade do legislador tem um papel *genético* relevante para a formação dos sistemas jurídicos, é nas práticas judiciais que o direito é operacionalizado. É nas cortes e tribunais que o direito se afirma como o mediador autorizado para solucionar conflitos sociais, que ganham corpo em razão da própria existência das leis, em divergências de expectativas que as próprias fontes de direito criam — p. ex., divergências sobre a legislação de direito sucessório. Entender teoricamente quais são os limites da interpretação jurídica das leis e demais fontes de direito é central para organizações sociais em que os poderes conferidos às cortes e tribunais não se confundem com os poderes do legislador. Afinal, como T. Hobbes já havia percebido, “pelo ofício de um intérprete, a lei pode ter um sentido contrário ao do soberano, por meio do qual o intérprete se torna o legislador.”¹⁶ [117, p. 168] Contudo, a disparidade entre aquilo que o intérprete entende ser o conteúdo das fontes de direito e a atitude legislativa que pré-selecionou determinado conteúdo para essas fontes prejudica a institucionalidade *de jure* de uma organização social.

Assim, o comprometimento das cortes e tribunais com os limites funcionais da sua competência de resolver juridicamente os casos judiciais traduz-se socialmente como uma exigência que essas instituições reconheçam a função das fontes de direito enquanto bases interpretativas para se inferir normas jurídicas autorizadas institucionalmente. A partir dessa problemática relação entre identificar uma fonte de direito e utilizá-la enquanto base interpretativa com autoridade é que se fala do *problema da justificação* das decisões jurídicas com base no *direito positivo*. Afinal, como explica Wróblewski, “apesar das diferenças institucionais entre os vários sistemas jurídicos, em todos eles os tribunais são instituições de resolução de conflitos e têm problemas comuns de justificação das suas decisões de forma racional e controlável.”¹⁷ [275, p. 5] Uma lógica para reconstruir a agência das cortes e tribunais é uma lógica da adjudicação autorizada pelas fontes de direito, sendo estas fontes instrumentos de *controle linguístico* da discricionariedade adjudicativa.

¹⁵ Adaptação de: “Judicial decision, as the paradigm of legal decision, can be treated as a solution of a conflict, based on legal rules, and deciding the case by assigning duties, obligations, powers and other legal modalities to the addressees of the decision.”

¹⁶ Tradução e adaptação de: “by the craft of an interpreter, the law may be made to bear a sense contrary to that of the sovereign, by which means the interpreter becomes the legislator.”

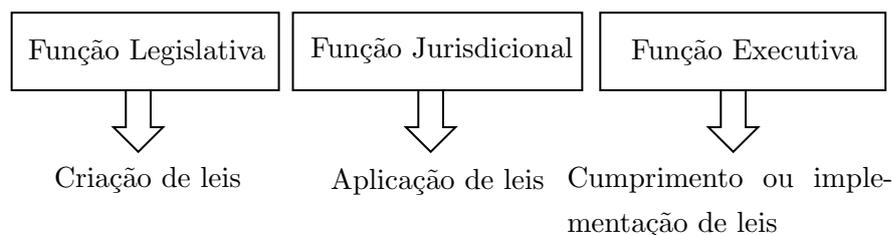
¹⁷ Tradução de: “In spite of the institutional differences between various legal systems, in all of them the courts are institutions for conflict resolution and they have common problems of justification of their decisions in a rational and controllable manner”.

2.1.4 A função jurisdicional e a vedação do *non-liquet*

A prática jurídica moderna demanda a justificação das decisões jurídicas nos limites das competências funcionais das cortes e tribunais. Com a institucionalização da *doutrina da separação de poderes*, as organizações sociais estruturadas na forma do Estado moderno diferenciaram-se nas funções legislativa, jurisdicional e executiva.¹⁸ Essas atividades são fundamentais para o exercício articulado da autoridade e realização de um Estado de Direito [265, p. 456]. Pela noção de ‘Estado de Direito’ entendo o *status jurídico* de uma organização social regida pela *legalidade*, atribuindo-lhe a *forma* de sua legitimidade. Esta forma implica uma racionalidade condicionada *contrafaticamente* pela estabilização de expectativas normativas geradas pelas normas jurídicas positivadas nas fontes de direito. Nesse sentido, Bobbio *et al.* explica a noção de ‘legalidade’ como “um atributo e um requisito do poder, daí dizer que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da Legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas.” [37, p. 674] Destarte, para realizar o programa normativo do Estado de Direito, toda prática social deve submeter-se ao escrutínio publicamente autorizado que avalia a conformidade com a lei. Mesmo a agência das autoridades do Estado submete-se àquilo que se produz em procedimentos adequados e reconhecidos na forma da lei.

O modo como instituições reais distribuem os poderes do Estado varia de sociedade para sociedade. Em circunstâncias atípicas, instituições voltadas primariamente para o exercício de uma das funções podem exercer uma das outras. P. ex., em alguns *processos de impeachment*, as instituições legislativas ganham competência jurisdicional para julgar crimes de responsabilidade cometidos por autoridades de outros poderes. Também, como se verá adiante, diante de *lacunas e contradições*, cortes e tribunais podem ser forçados por pressão institucional a exercer atipicamente a função legislativa. De maneira intuitiva, é possível diferenciar os três âmbitos de atividades jurídicas em termos de criação, aplicação e implementação ou cumprimento de leis. Esquematicamente:

Representação esquemática da divisão funcional de um Estado de Direito



¹⁸As origens da separação dos poderes situam-se na Grécia Antiga e a difusão dessa ideia ganhou força institucional na República Romana. A ideia tornou-se uma doutrina em autores modernos como J. Locke [148, Capítulo XII], Montesquieu [167, Livro XI, Capítulos XVI–XVIII], Kant [129, §45-49] e J. Madison [108, Federalist, 47]. Para uma síntese histórica da doutrina, cf. o trabalho seminal de Vile [257].

Kant estrutura as três atividades de forma que elas sigam uma dedução ou silogismo prático: pela função ou poder legislativo (*potestas legislativa*), estabelece-se o ponto de partida capaz de universalizar a vontade pública em forma legal; pela função ou poder executivo (*potestas executiva*), emanam-se as ordens que implementam ou fazem cumprir fisicamente as leis; pela função ou poder jurisdicional ou judiciário (*potestas judiciaria*), obtém-se as sentenças nas quais possibilita-se verificar o que é o direito em um caso em questão [129, §45-49]. Raz explica que o exercício da função executiva é também uma aplicação da lei, mas uma aplicação que consiste na sua implementação ou execução física [208, p. 130]. As autoridades que cobram tributos ou executam mandados de prisão aplicam a lei de forma a executá-la ou realizá-la fisicamente. Já a função jurisdicional aplica a lei como norma geral que justifica a norma individual produzida por uma sentença judicial enquanto conclusão do raciocínio jurídico empregado em um processo decisório.

Neste trabalho, não proponho demarcar precisamente ou investigar o exercício da função executiva nas organizações sociais. Apesar da função executiva ser importante para a efetividade dos sistemas jurídicos modernos, a chave para a compreensão do *raciocínio jurídico* é a relação entre as funções legislativa e jurisdicional. Apenas para fins exemplificativos, dentre as atividades da função executiva, fala-se da organização e gestão da administração pública, da defesa do Estado, das finanças, da implementação da tributação, do poder de polícia, entre outras. O estudo dessas atividades é fundamental para compreender como as instituições com função executiva conformam-se à legalidade das fontes de direito e consolidam politicamente os objetivos de uma organização social.

Porém, a questão central que procuro responder envolve a relação lógica entre a base semântica fornecida pelas fontes de direito, especialmente aquelas produzidas na atividade legislativa, e a aplicação judicial das normas extraídas dessas fontes [152, p. 400]. Em especial, de um ponto de vista lógico, trata-se da análise dedutiva das decisões jurídicas como sendo *preservadoras da autoridade de jure das fontes de direito*. Para evitar ambiguidades no instituto das decisões jurídicas, defino o termo como:

Decisão jurídica: solução pública de um conflito dada por uma autoridade investida de poder jurisdicional, fundamentada em normas jurídicas gerais e que resolve um caso produzindo uma conclusão jurídica pela atribuição de modalidades jurídicas às condutas dos destinatários no caso.¹⁹

Essa definição é intercambiável com os termos ‘decisão judicial’ ou ‘decisão jurisdicional’. Com a divisão das funções legislativa e jurisdicional, o corpo legislativo positivado tornou-se a referência primária na justificação de decisões jurídicas [101, p. 102-3]. Mesmo nos

¹⁹A definição que propus é inspirada na definição proposta por J. Wróblewski: “Judicial decision, as the paradigm of legal decision, can be treated as a solution of a conflict, based on legal rules, and deciding the case by assigning duties, obligations, powers and other legal modalities to the addressees of the decision.” [273, p. 409] Optei por não especificar as modalidades jurídicas em razão de tratar a definição específica dessas modalidades, a saber, do ‘lícito’ e ‘ilícito’, de forma mais rigorosa em 3.2 e 3.3.

sistemas jurídicos anglo-saxônicos do *Common Law*, que enfatizam precedentes e casos como fontes de direito, existe um movimento desde o século XVII voltado a dar maior relevância para as fontes de direito produzidas pelo legislador primário na justificação das decisões judiciais (*statutory interpretation*) [?].²⁰ Esse modelo de raciocinar tornou-se mais claro com o constitucionalismo moderno, que demanda que as cortes exerçam o controle judicial (*judicial review*) da interpretação em conformidade com o conteúdo das fontes constitucionais.²¹ Os juízes adquiriram o dever institucional de identificar e aplicar soluções normativas que resolvam juridicamente casos judiciais em conformidade com a constituição, a qual dá a forma e as diretrizes básicas para a agência do Estado. Nesse cenário, Wróblewski sugere um paradigma para a investigação das decisões das cortes e tribunais, apontando algumas características relevantes para seu estudo lógico e conceitual:

- a) as cortes ou tribunais estão obrigados a decidir qualquer caso devidamente apresentado para uma decisão; b) as decisões devem se basear em normas jurídicas válidas; c) a decisão judicial é institucionalmente controlada, exceto as decisões produzidas por órgãos que ocupam a posição hierárquica superior em um sistema jurídico; d) o controle em questão é baseado na justificabilidade da decisão controlada.²² [273, p. 409]

A imposição de decidir qualquer caso que se apresente às cortes decorre do que se chama de *obrigação geral de decidir*, consolidado em diversos sistemas jurídicos modernos como a *vedação do non-liquet* (VNL).²³ Trata-se de um pressuposto funcional das sociedades que vivem sob a égide do Estado de Direito, o qual impõe aos sistemas jurídicos o dever de fornecer parâmetros normativos não-arbitrários para o governo da sociedade. Essa concepção de Estado de Direito, como visto no início desta subseção, é conhecida na teoria do direito como *legalidade formal*. Este conceito demanda que a aplicação de normas inferidas a partir de fontes de direito criadas na atividade legislativa sirvam como justificações imparciais, evitando preferências individuais do julgador. A VNL estabelece a obrigação na qual um juiz não pode se eximir de decidir sob a alegação de lacunas ou quaisquer obscuridades nas fontes de direito. A conjunção do Estado de Direito e a VNL implica a rejeição da ideia na qual falhas linguísticas das fontes de direito, seja por lacunas ou con-

²⁰Sobre a formação de uma dignidade da legislação como fonte de direito no *Common Law*, cf. [263].

²¹Autores como D. E. Edlin [71] associam o constitucionalismo a uma teoria moral do direito que leva as cortes a deixarem de aplicar leis injustas. Outros, tal como subscrevo neste trabalho, entendem a constitucionalização não como moralização, mas uma restrição tipicamente jurídica do Estado, que é derivada de uma fonte hierarquicamente superior do sistema jurídico, no caso, a constituição. Não se demanda um conteúdo mínimo para tratar a fonte superior como constituição. Para esse debate, cf. [264].

²²Tradução de: “a) the court is bound to decide any case properly presented for the decision; b) the decision has to be based on valid legal norms; c) judicial decision is institutionally controlled, except the hierarchically top decisions; d) the control in question is based on the justifiability of the controlled decision.”

²³A expressão *non liquet* (não liquidar ou não julgar) é de origem romana e se encontra nas *Noctes Atticae* do jurista Aulus Gellius, identificando a situação em que um juiz se exime de julgar um litígio em razão das dificuldades apresentadas no caso. cf. [124, 203].

tradições, fornecem razões para cortes não solucionarem casos conforme prevê o sistema jurídico. Reiterando, a questão central do raciocínio jurídico torna-se a justificação das decisões jurídicas, estabilizando e/ou desenvolvendo as fontes de direito positivo.

Um problema que precisa ser investigado é o do controle institucional das decisões jurídicas diante da *estrutura hierárquica* da organização das cortes e tribunais (item (c) da citação acima). Em especial, a questão é investigar como se qualifica *juridicamente* as decisões judiciais nas circunstâncias limítrofes de um sistema jurídico constitucional que adota a separação funcional das atividades legislativa e jurisdicional. Do ponto de vista pragmático, as perguntas colocadas são: qual o *papel* institucional das decisões das cortes ou tribunais superiores em um sistema jurídico *S* na prerrogativa dessas instituições em estabilizar e uniformizar a interpretação autorizada das normas constitucionais de *S*? Em que medida as *fontes de direito* podem e devem controlar os *limites linguístico-normativos* da jurisdição hierarquicamente superior? O exercício da jurisdição nessas instituições é livre, por prerrogativa, para controlar a *validade última* das normas de *S*? Uma resposta afirmativa à última questão leva uma teoria do direito a assumir que a palavra última sobre *o que é ou não direito* é de competência das instituições jurisdicionais superiores.

Antes de responder às questões, entendo que essas respostas são dependentes do tipo de comprometimento subjacente à posição adotada por uma teoria do direito. No caso deste trabalho, ao assumir um comprometimento lógico-analítico com as fontes de direito enquanto mecanismos *restritores* do raciocínio jurídico, a teoria do direito que proponho fornece conjuntamente um tipo de ‘positivismo’, ‘formalismo’ e ‘legalismo’. Falo de um ‘positivismo’ uma vez que (a) assumo as questões de direito como questões de fatos sociais-institucionais, como se observa em toda subseção 2.2; (b) separo a dimensão do raciocínio jurídico da dimensão dos demais raciocínios normativos, especialmente em 2.3.2. A dimensão ‘formalista’ é inspirada na leitura que F. Schauer [224] propõe para a concepção segundo a qual as *fontes de direito* estabelecem uma *limitação da escolha* decisória, trazendo restrições linguísticas para a justificação de uma decisão jurídica. Explico essa concepção em 2.4.1 e 2.4.2. Ademais, endosso em 2.3.4 aspectos da formulação de T. Campbell para um ‘legalismo’ que busca comprometer-se em aplicar as normas precisas linguisticamente como soluções para casos judiciais que se enquadram tipicamente no escopo dessas normas, as quais estabelecem uma racionalidade para os juízes evitarem juízos morais em detrimento de juízos legais ao decidirem casos [47, p. 85–91].

Retomando as questões acima, com a posição que defendo não quero dizer que as decisões das cortes e tribunais, especialmente daqueles com *status hierárquico* superior, não valerão *de facto* em um sistema jurídico e que as cortes inferiores não têm a obrigação de seguir a estrutura hierárquico-funcional de uma organização judiciária. Essa estrutura tem uma finalidade de coordenação prática que a reconstrução racional que uma teoria

empreende pode não ser capaz de abarcar.²⁴ Contudo, um modelo teórico serve para observar como interpretações equivocadas das fontes de direito pelas cortes levam a uma modificação do direito pela imposição de um autoridade *de facto* que, apesar da roupagem jurídica, não preserva os limites funcionais estabelecidos pela autoridade legislativa *de jure*. Proponho que, uma vez que um sistema jurídico diferencie as circunstâncias de criação das de aplicação de normas, presume-se que instituições jurisdicionais, especialmente as hierarquicamente superiores, adotem uma racionalidade *de jure*, a qual demanda a aceitação e estabilização da autoridade das fontes de direito em contextos adjudicativos, como também o seu desenvolvimento diante de conflitos normativos ou lacunas.

2.1.5 Identificação e individuação do direito positivo

Um sistema jurídico S é um sistema que estabelece um conjunto de normas autoritativas sobre a prática social.²⁵ Essas normas atribuem um *status jurídico* às condutas desempenháveis por seus destinatários. Uma conduta p é *lícita* ou *ilícita* em S . A conduta é lícita se uma norma N lhe concede proteção jurídica e é ilícita se N visa impedir que ela seja desempenhada. No entanto, como um juiz de S pode saber qual norma funciona como uma solução autorizada para resolver os casos judiciais nas cortes? O ponto de partida teórico para essa problemática é reconstruir a operação de identificação e individuação de normas autorizadas em S . Pode ser o caso que um intérprete autorizado de S tome a identificação e individuação de normas como uma mesma operação cognitiva. Mas a distinção analítica dessas operações auxilia a compreensão de como dúvidas ou divergências interpretativas surgem em diferentes ordens do discurso jurídico: seja na interpretação de uma fonte já conhecida, visando individuar as normas jurídicas estabelecidas por essa fonte, ou na identificação de qual fonte de direito pertencente a S será considerada como base normativa para se inferir normas jurídicas. Especificando a problemática:

(P1): Como identificar o que vale como direito em um sistema jurídico S ?

(P2): Como individuar na forma de enunciados linguísticos as normas de S ?

(P3): Como interpretar o *status jurídico* de uma conduta a partir de uma norma ou conjunto de normas em S ?

Esses são problemas analíticos que demandam uma teoria dos critérios de identificação e individuação dos componentes normativos de um sistema jurídico, bem como uma teoria da interpretação jurídica. O enfoque analítico do direito positivo tem origem em trabalhos como os de J. Bentham [30] e J. Austin [24], desenvolvendo-se no século XX, entre outros, com H. Kelsen [131, 135, 136] e H. L. A. Hart [110]. Em *The Concept of Legal System*

²⁴Para outras discussões sobre a autoridade interpretativa das cortes e tribunais superiores, cf. o debate entre L. Alexander e F. Schauer [9, 10] e autores como E. Sherwin [240] e A. S. Greene [100].

²⁵Quando uso o termo ‘autoritativo’, quero dizer ‘afirma autoridade’. A noção de ‘autoritativo’ não se confunde com a noção de ‘autoritário’. Fala-se que uma pessoa ou instituição é ‘autoritária’ quando a sua autoridade não é justificada. No entanto, é possível ser autoritativo sem ser autoritário.

[210], J. Raz fornece uma importante síntese dessas discussões. Raz aprofunda a proposta de Hart que ampliou o conceito de sistema jurídico, tradicionalmente tratado como um sistema que guia condutas sociais por meio de normas impositivas de deveres baseados em sanções, ao incluir regras permissivas que capacitam o desempenho de certas condutas.

Segundo Raz, sistemas jurídicos são *sistemas de leis* [210, Capítulo VII]. Até aqui, usei os termos ‘lei’ e ‘norma’ de maneira mais ou menos intuitiva, com seu significado dependente do contexto linguístico em que foi utilizado. Porém, de um ponto de vista *analítico*, o termo ‘lei’ diz respeito a um conceito técnico. Desde Bentham, a investigação jusfilosófica sobre o conceito entende que se trata de um “todo lógico, ideal e intelectual, não o todo físico: a *lei*, e não a peça legislativa (*statute*).”²⁶ [30, p. 240] A individuação filosófica de leis enquanto dispositivos jurídicos não coincide com a individuação prática de um sistema jurídico em peças legislativas. Em sistemas jurídicos particulares ou existentes, a divisão de peças legislativas, regulamentos, etc., é feita “de acordo com a autoridade que os promulgou ou decretou, o momento que foram promulgados ou decretados, a matéria tratada e as mais diversas considerações estilísticas” [210, p. 96]. Mesmo a divisão do estudo doutrinário do direito, que visa aclarar o conteúdo das fontes e dos princípios gerais que norteiam uma matéria em um sistema jurídico específico, pode não coincidir ponto-a-ponto com a divisão legislativa e reconstruir o conteúdo jurídico com base no “conjunto de todo o material jurídico que trata de certo assunto, independentemente da autoridade que emitiu as normas ou do momento de sua emissão.” [210, p. 97]

Destarte, no contexto deste trabalho, interpreta-se o questionamento a respeito da ‘lei aplicável ao caso’ como a ‘norma’ ou ‘conjunto de normas aplicáveis a um caso’, estabelecendo o *status jurídico* das condutas interpretadas em um contexto de adjudicação. G. H. von Wright [259, p. 1] mostra que há outros termos que também podem funcionar parcialmente como sinônimos de ‘norma’ ou ‘regra’ enquanto entidades linguísticas normativas, que são os termos ‘padrão’, ‘modelo’, ‘tipo’, ‘regulamentação’. Para evitar confusões conceituais, principalmente com o uso dos termos ‘modelo’ ou ‘tipo’ em lógica e matemática e com a ambígua distinção entre ‘regras’ e ‘princípios’ no direito, optei por utilizar ‘norma jurídica’ e ‘lei’. As peças legislativas ou os demais institutos que tornam normas ou leis entidades reconhecíveis linguisticamente para seus destinatários são as fontes de direito. Elas são os fatos sociais com significação jurídica para o intérprete. Normas ou leis resultam do processo interpretativo que permite inferi-las dessas fontes de direito.

P. ex., o Código Tributário de *S* (CT) estabelece que é *ilícito* deixar de pagar o tributo *p* – CT enuncia ‘é ilícito não pagar o tributo *p*’. A resposta sobre quais circunstâncias particulares geram o dever de pagar *p* podem estar contidas em outro documento, como o regulamento administrativo RAD que especifica o conteúdo de CT. A norma a respeito do pagamento do tributo *p* é resultante da interpretação do conjunto de fontes que se

²⁶Tradução e adaptação de: “(a law) is the logical, the ideal, the intellectual whole not the physical one: the law, and not the statute.”

aplicam a essa questão. No caso, a união de CT com RAD. A norma completa não é descrita apenas como ‘é ilícito não pagar o tributo p ’, mas como ‘é ilícito não pagar o tributo p na circunstância x ’, sendo ‘a circunstância x ’ definida por RAD.²⁷

Destarte, no exemplo acima, a lei ou norma que estabelece a proibição de não se pagar um tributo p e as condições nas quais essa proibição é aplicada é resultado de um processo interpretativo de mais de uma fonte de direito, a saber, CT e RAD. É nesse sentido que Bentham afirma que *nem toda peça legislativa* apresenta uma lei em sentido completo [30, p. 240]. O caso é que interpretar o sentido completo de uma lei, declarável por meio de um enunciado jurídico, contempla três atividades cognitivas. Primeiro, como colocado no problema P1, identifica-se os componentes empírico-textuais que funcionam como fontes de direito para se inferir normas jurídicas. A partir dessas fontes, como P2 estabelece, reconstrói-se os enunciados linguísticos das fontes de direito na forma de normas jurídicas ou leis individualizadas. A partir dessas normas, como segue o problema P3, avalia-se o *status jurídico* da conduta p que é objeto da análise judicial. Em circunstâncias nas quais não há contradições ou lacunas nas fontes de direito, só se fala, de forma autorizada em S , que uma conduta p é lícita ou ilícita se o caminho acima puder ser construído.

Dito isso, uma resposta ao problema P1 é logicamente mais atrativa se é possível explicar como identificar a maneira como o sistema jurídico S autoriza certas normas em suas fontes de direito, fornecendo as condições para se verificar a verdade dos enunciados que as descrevem, isto é, se há algo correspondente na realidade que dá as condições de verdade desses enunciados. Uma resposta a P2, por outro lado, deve indicar a estrutura de um enunciado jurídico, mostrando como uma norma pode ser individualizada e generalizada em uma forma lógica. O tratamento preciso desses problemas, como explica Kelsen, auxilia a teoria do direito na tarefa de “representar o direito de uma comunidade, i. e., o material produzido pela autoridade jurídica em um procedimento de criação de leis, na forma de enunciados”²⁸ [131, p. 45], os quais apresentam uma certa estrutura.²⁹ Por fim, a resposta a P3 é derivada de P1 e P2. Uma vez que se sabe quais enunciados são enunciados jurídicos e a forma pela qual eles podem ser representados logicamente, é precisamente mais fácil avaliar o *status jurídico* de uma ação em específico e como esse enunciado passa a participar na reconstrução da justificação de uma decisão jurídica.

Apresentada a problemática deste capítulo, de um ponto de vista analítico, meu objetivo é reconstruir teoricamente o contexto institucional das cortes e tribunais, fornecendo a racionalidade subjacente à interpretação autorizada das fontes de direito em um sis-

²⁷Em sistemas jurídicos reais, a interpretação das fontes é mais complexa, pois envolve uma quantidade maior de normas derivadas da legislação e dos demais documentos que regulamentam a atividade tributária. Mas o exemplo é informativo da distinção entre as peças legislativas e as leis ou normas.

²⁸No original: “to represent the law of a community, i. e. the material produced by the legal authority in the lawmaking procedure, in the form of statements...”

²⁹Em Kelsen [131, p. 45], enunciados que descrevem leis em sentido primário são do tipo ‘se tal e tal condições são cumpridas, então uma sanção deve se seguir’. Trata-se de um enunciado que descreve as circunstâncias nas quais uma autoridade pode aplicar uma sanção.

tema jurídico *S*. É a partir de uma teoria da interpretação jurídica que se racionaliza a aplicação institucional do direito a casos judiciais, demarcando os requisitos fundamentais que permitem verificar se a norma utilizada em uma decisão judicial é autorizada juridicamente em *S* ou não. No tópico seguinte, mostro que as fontes de direito, enquanto fatos sociais com significação jurídica reconhecida, são o ponto de partida para se compreender as restrições linguístico-normativas do intérprete autorizado. Elas limitam quais normas este intérprete pode ou não utilizar como solução autorizada para resolver casos judiciais.

Escolhi o termo ‘intérprete autorizado’ para mostrar que sua qualidade de ‘*autorizado*’ decorre da exigência de solucionar os casos judiciais com base nas fontes de direito institucionalizadas. É o intérprete que tem o papel institucional de solucionar conflitos jurídicos e, ao mesmo tempo, atua conforme as restrições institucionais e linguísticas impostas pelas fontes de direito, produzindo não apenas decisões *de facto* (de fato) mas também *de jure* (pelo direito). Essa noção reavalia os limites da distinção colocada por Kelsen entre a *interpretação cognitiva*, característica de agentes e instituições não-adjudicativas na descrição do direito, e a *interpretação autêntica*, característica das cortes e tribunais e que faz *coisa julgada* (*res judicata*) na solução de um caso judicial [136, p. 387-8].

A *interpretação autorizada* não é apenas autêntica, mas integra também *compromissos institucionais e cognitivos* com as fontes de direito enquanto institutos que autorizam inferir normas justificadoras do raciocínio empregado pelas cortes e tribunais. Essa ideia vai ao encontro da tese weberiana na qual a racionalização social é dependente da crença na legalidade. Desta atitude epistêmica, a autoridade julgadora submete-se a um tipo de *dominação racional enquanto uma dominação legal ou jurídica*, conformando as soluções que emprega em casos judiciais aos limites de sua competência estabelecidos pelo *direito positivo*. A legitimação formal dos procedimentos decisórios nas cortes e tribunais depende de sua conformação às expectativas produzidas pelas fontes de direito enquanto conjunto de dispositivos linguístico-normativos promulgados em contextos autorizados para se exercer a atitude legislativa ou criadora de normas. Para citar M. Weber, a dominação racional ou legal “baseia-se na crença na legalidade das normas promulgadas e no direito daqueles elevados à autoridade sob tais normas de emitir comandos (autoridade legal)³⁰” [269, p. 215]. Na seção seguinte, amplio a crença caracterizadora da dimensão prática da interpretação das fontes de direito em contextos adjudicativos autorizados para a dimensão ontológica que dá a essas fontes o caráter de *fatos institucionais estabilizados*.

2.2 Fontes de direito e ontologia social dos sistemas jurídicos

O objetivo desta subseção é explicar a dimensão ontológica do mundo jurídico, a qual caracteriza como institucional a concepção do raciocínio jurídico enquanto raciocínio baseado em fontes de direito (*source-based reasoning*). Em 2.2.1, parto analiticamente da

³⁰Tradução de: “resting on a belief in the legality of enacted rules and the right of those elevated to authority under such rules to issue commands (legal authority)”

tese social positivista que associa o que vale como direito à sua dimensão social. Essa tese, como explicou Raz, atua como uma “restrição sobre que tipo de teoria do direito é uma teoria aceitável—mais especificamente, é uma tese sobre propriedades gerais de qualquer teste aceitável para a existência e identidade dos sistemas jurídicos.”³¹ [207] Em 2.2.2, conecto a noção de ‘fato social’ subjacente à *tese social* positivista com a ontologia social analítica de J. Searle. Em 2.2.3, aprofundo a concepção searleana de ‘fatos sociais’ enquanto ‘fatos institucionais’. Em 2.2.4, mostro que a noção de ‘fontes de direito’ instância um tipo especial de ‘fatos institucionais’. O compromisso com os sistemas jurídicos esperado no exercício da função jurisdicional é, então, explicado em termos de uma metodologia capaz de estabilizar contrafaticamente a crença ou expectativa sobre a autoridade *de jure* das fontes de direito de um sistema jurídico *S* enquanto bases informativas de soluções ou normas jurídicas autorizadas e os seus limites enquanto tais.

2.2.1 A tese social como fundamento da ontologia jurídica

Dentre as abordagens analíticas, uma tese candidata a oferecer um critério de identificação para o direito é a *tese social* (*social thesis*), normalmente associada às teorias classificadas como *positivismo jurídico*.³² Segundo Raz, SC_T enuncia [207, p. 37 ss.]:

Tese social (SC_T): o que é ou não direito é uma questão de fato social.

SC_T afirma que algo é qualificado como jurídico diante de certos fatos sociais. Tomando por base a concepção positivista na qual certos fatos sociais dão o *caráter* jurídico daquilo que definem, como se vê em A. Marmor [161], a expressão ‘o que é ou não direito’ de SC_T deve ser lida como ‘o que conta ou não como direito’. Em relação a uma conduta ou ato *p* qualquer, a ideia é identificar qual é o *status jurídico* de *p* em um sistema jurídico *S*.

Dessa forma, a questão torna-se saber se *p* conta como lícito ou ilícito em *S*. É parte do direito positivo de *S* o conjunto de fatos sociais que funcionam como *fontes de direito* (*sources of law*) e que estabelecem o *status jurídico* de determinadas condutas *p* desempenháveis pelos destinatários de *S*. Especificamente, fontes de direito são fatos sociais que servem de ponto de partida para se identificar a *existência* específica de normas jurídicas, sendo tais fatos constitutivos das condições de verdade dos enunciados que descrevem normas jurídicas em *S*. Dessa forma, é o caso que ‘a conduta *p* é lícita em *S*’ ou que ‘a conduta *p* é ilícita em *S*’ se e somente se é possível identificar um enunciado que descreve verdadeiramente o conteúdo normativo incorporado nas fontes de direito de *S*.

Nas subseções seguintes, mostro que uma especificação de SC_T indica uma diferenciação funcional ou prática do discurso jurídico no que diz respeito às suas características

³¹Tradução de: “...a constraint on what kind of theory of law is an acceptable theory—more specifically it is a thesis about some general properties of any acceptable test for the existence and identity of legal systems.”

³²O positivismo jurídico engloba um grupo de posições afins em relação a algumas teses, mas com peculiaridades próprias. Não se reivindica abranger todas essas variações. Cf. [33, 59, 89, 99].

institutivas. Essa prática tem uma dimensão ontológica e uma dimensão epistêmica, sendo aquela a dimensão das fontes de direito e esta a dimensão da atividade adjudicativa. A institucionalidade da prática do direito é estabilizada na relação entre a criação das fontes de direito e a derivação de normas a partir dessas fontes por meio da atividade adjudicativa, a qual depende da atitude proposicional do julgador que acredita que as soluções juridicamente possíveis são deriváveis interpretativamente das fontes de direito. Isso explica como um sistema jurídico, enquanto um sistema normativo, nos termos de J. Raz, é “um sistema de normas acoplado com um sistema de adjudicação” (*a system of norms coupled with a system of adjudication*) [209, p. 283]. Trata-se do ponto de partida para uma teoria do raciocínio jurídico enquanto adjudicação autorizada por fontes de direito.

2.2.2 Ontologia geral e ontologia social analítica

Em SC_T , a *existência* de uma norma N em um sistema jurídico S é condicionada à identificação de determinados fatos sociais com valor jurídico, os ‘fatos jurídicos’. A faticidade do direito reflete a sua *dimensão ontológica*. Quando se descreve que ‘é o caso que há um norma N em um sistema jurídico S que define o status jurídico da conduta p como sendo *lícita* em S ’, ou de forma simplificada que ‘é o caso que é lícito p em S ’, essa descrição é verdadeira se e somente se há um fato que a ela corresponde. Essa é uma noção intuitiva da teoria da verdade como correspondência com fatos. B. Russell enunciou essa concepção afirmando que “uma crença é verdadeira quando há um fato correspondente, e é falsa quando não há um fato correspondente.”³³ [219, p. 129] No geral, não se fala que uma crença cria um *fato*, mas apenas o reconhece. Apenas em casos excepcionais, Russell diz, a crença cria um fato [219, p. 130]. No tempo de Russell, a ontologia social analítica ainda não havia se desenvolvido. Como se verá adiante, a existência de fatos sociais é relativa a crenças, aceitações ou outros estados intencionais compartilhados. O direito é uma dessas circunstâncias especiais em que se aplica a verdade como correspondência.

Proponho que a crença em uma norma jurídica é condição de existência dessa norma quando essa crença ocorre no contexto em que uma autoridade legislativa *promulga* uma fonte de direito. A autoridade legislativa o faz acreditando que a fonte de direito criada seja um dispositivo linguístico-normativo apropriado para instanciar a norma pré-selecionada. Entendo a ‘*pré-seleção legislativa*’ como um conjunto ou coletividade de crenças que convergem para um conteúdo normativo que ganha autoridade no corpo das fontes de um sistema jurídico S . Essa *intenção* deve ser levada em conta no contexto da interpretação autorizada das fontes de direito, a qual tem como objetivo *preservar a autoridade de jure* estabelecida pela atitude legislativa ao exercer sua competência criadora de leis.

Os enunciados jurídicos, apesar de dependentes da *pré-seleção legislativa*, que restringe a maneira como interpretar as fontes de direito, adquirem suas condições de verdade com

³³Tradução de: “a belief is true when there is a corresponding fact, and is false when there is no corresponding fact.”

um fundamento (*grounding*) na realidade, a saber, nas *fontes de direito* enquanto fatos sociais. É impossível um raciocínio ser baseado nas fontes de direito se elas não operam como restrições linguísticas desse raciocínio. Mas também não é possível saber a *intenção legislativa* sem que essas fontes sejam publicadas como fatos sociais. Caso contrário, não se poderia falar de raciocínios preservadores de autorizações legais no direito. Porém, por hora, a questão é compreender a dimensão dos fatos jurídicos enquanto fatos sociais.

Partindo da ontologia dos fatos de L. Wittgenstein no *Tractatus Logicus-Philosophicus*,³⁴ afirma-se que “o mundo é tudo que é o caso.” [272, 1] E tudo que é o caso é “a totalidade dos fatos, não das coisas.” [272, 1.1] O fato “é a existência de estados de coisas.” [272, 2] Para saber se uma figuração de um estado de coisas, isto é, um enunciado descritivo sobre o mundo, “é verdadeira ou falsa, devemos compará-la com a realidade.” [272, 2.223] A figuração é verdadeira ou falsa se, ao ser comparada com a realidade, respectivamente, “concorda ou não com a realidade.” [272, 2.21] Afinal, “a realidade total é o mundo” [272, 2.063]. Por analogia, a totalidade do mundo social é a totalidade dos fatos sociais. Um fato social diz respeito a estados de coisas sociais. Um enunciado sobre a sociedade é verdadeiro ou falso se corresponde ou não com a realidade social. Também, *a maiori, ad minus*, a totalidade do mundo jurídico é a totalidade dos fatos jurídicos. O fato jurídico é a existência de estados de coisas jurídicos. Um enunciado jurídico é verdadeiro ou falso se corresponde ou não com a realidade jurídica. Essa construção induz a afirmação na qual a ontologia social é parte da ontologia geral e a ontologia do direito é parte da ontologia social. A questão relevante é saber como a ontologia social surge no âmbito da ontologia geral e, por conseguinte, como a ontologia jurídica surge no âmbito da ontologia social.

A particularização ontológica da dimensão jurídica conecta-se com o problema formulado por J. R. Searle em *The Construction of Social Reality*, o qual ele nomeia de *ônus metafísico da realidade social* (*metaphysical burden of social reality*) [236, p. 1-3]. Esse ‘ônus metafísico’ relaciona-se com as condições de possibilidade de se fornecer uma explicação adequada para a *existência* de fatos dependentes de nossas crenças compartilhadas (como o dinheiro, o casamento, as leis, as regras dos jogos, etc.) situados em um mundo fisicamente estruturado por *partículas físicas em campos de força* (*physical particles in force fields*), as quais possuem sua realidade ou materialidade *independentemente*

³⁴Há uma discussão sobre como interpretar a teoria da verdade de Wittgenstein no *Tractatus*. A versão *standard*, por exemplo, em trabalhos como o de W. P. Alston [16, p. 32], M. Black [35, p. 90], S. Haack [105, p. 91-92], entre outros, assume que Wittgenstein aperfeiçoa a teoria da verdade enquanto correspondência com fatos proposta por Russel [219], mostrando a concordância ou correspondência com a realidade enquanto uma identidade entre a *sentença* (atômica ou molecular) que descreve a realidade e o fato (simples ou complexo) que a ela corresponde. Nesse sentido, o *Tractatus* fornece uma versão da teoria da verdade como correspondência em termos de um isomorfismo entre sentenças que descrevem fatos e os fatos *per se*. Não tenho objetivo de adentrar na *exegese* do *Tractatus*. Para isso, sugiro a leitura dos textos [35, 74]. Para outras interpretações e uma crítica às interpretações da teoria da verdade no *Tractatus* como sendo uma teoria da verdade como correspondência, cf [95]. No presente trabalho, importa apenas mostrar que a interpretação *standard* da formulação de verdade como correspondência com fatos no *Tractatus* auxilia a construção intuitiva da argumentação que sustento nesta subseção. Em especial, na construção da relação entre a *ontologia geral* e a *ontologia particular do direito*.

de nossas crenças [236, p. 7]. Searle empreende em um aspecto mais geral aquilo que Hart [110] promoveu no direito, fornecendo uma explicação das práticas sociais institucionalizadas em uma ontologia e metafísica analiticamente mais bem demarcadas.

Para Searle, uma instituição é um “sistema de normas (procedimentos, práticas) coletivamente aceitas que nos permitem criar fatos institucionais.”³⁵ [237, p. 21] O conjunto de fatos institucionais é uma subclasse dos fatos sociais [236, p. 26]. Searle chama os fatos sociais de componentes do mundo *relativos a observadores* (*observer-relative features of the world*) [236, p. 9]. São fatos ontologicamente dependentes de intenções coletivas. Ele introduziu mais explicitamente a noção de intencionalidade coletiva com a publicação de *Collective Intentions and Actions* em 1990, demarcando melhor o conceito e mostrando limitações e problemas da concepção individualista de intencionalidade [235]. A intencionalidade coletiva opera como o direcionamento compartilhado de estados mentais para o mundo, dando um sentido *social* para fatos, coisas, eventos, etc.³⁶ Por meio das intenções coletivas, usando o termo de G. E. M. Anscombe [20], fatos brutos tornam-se fatos sociais quando são reinterpretáveis sob uma certa descrição (*under a description*), a saber, a descrição relativa a observações possíveis em razão de intenções coletivas. Todavia, como dito acima, não é todo fato social que é também um fato institucional [236, p. 26].

Suponha o enunciado que diz que ‘Levi e Aida foram juntos para uma trilha’. Para tal enunciado descrever um fato social, devemos interpretá-lo sob a descrição da dimensão intencional compartilhada que se instancia tanto em Aida quanto em Levi ao desempenharem a ação de ‘irem juntos à trilha’ [236, p. 24]. Searle afirma ser impossível eliminar a intencionalidade coletiva tentando reduzi-la a intencionalidades individuais que são crenças mutuamente formadas [236, p. 24]. Suponha que, para decidirem ir juntos à trilha, Levi baseasse sua intenção de ir à trilha na crença segundo a qual Aida também tivesse a intenção de ir à trilha. E Aida baseasse sua intenção de ir à trilha na crença segundo a qual Levi também tivesse a intenção de ir à trilha. Mas que Levi acreditasse que Aida também acreditasse que ele tinha a intenção de ir à trilha e que Aida também acreditasse que Levi também acreditasse que ela tinha a intenção de ir à trilha. Como se observa nesse caso, é possível acrescentar instâncias hierárquicas de crenças mútuas individualizadas produzindo explicações de ordens superiores que levam em consideração, por exemplo, na perspectiva de Levi, que ‘eu acreditava que Aida acreditava que eu acreditava que Aida acreditava que...’, indefinidamente. Por isso, tentar eliminar uma intenção compartilhada do tipo ‘nós acreditamos que fazemos algo juntos’, em favor de explicar a intencionalidade coletiva em termos de intenções individualizadas por crenças mutua-

³⁵Tradução de: “any collectively accepted system of rules (procedures, practices) that enable us to create institutional facts”. Utilizarei a tradução de ‘rules’ para ‘normas’ mantendo o mesmo padrão da tradução de *The Concept of Law* de H. L. A. Hart em [110].

³⁶Outros trabalhos importantes para a ontologia social e da intencionalidade no âmbito social são os trabalhos de M. Gilbert [92], R. Tuomela [252, 253] e M. Bratman [38]. Não é meu objetivo aprofundar em cada um desses trabalhos, o que demandaria uma pesquisa a parte que extrapola a presente dissertação.

mente formadas do tipo ‘eu acredito que você acredita que... que eu tenho a intenção de fazer tal coisa’, conduz a uma circularidade viciosa ou regresso ao infinito.

Searle entende que a única maneira de resolver essa circularidade e simplificar a explicação da agência social é abraçando um conceito não redutível de *intencionalidade coletiva*, o qual ele entende ser um “fenômeno biologicamente primitivo que não pode ser reduzido ou eliminado em favor de qualquer outra coisa.”³⁷ [236, p. 24] Assim, o que faz ‘Levi e Aida irem juntos à trilha’ ser um fato social é a instanciação tanto em Aida quanto em Levi de uma intenção compartilhada do tipo ‘queremos ir juntos para a trilha’. O elemento crucial da formação coletiva de uma intenção é “um sentido de fazer (querer, acreditar, etc.) algo em conjunto, e a intencionalidade individual que cada pessoa tem é derivada da intencionalidade coletiva que eles compartilham.”³⁸ [236, p. 24-25]

2.2.3 Da formação de fatos sociais aos fatos institucionais

Apesar de todos os fatos institucionais serem fatos sociais, o contrário não vale. O compartilhamento coordenado de intenções dos lobos de uma alcateia em atacar as presas-alvo é um fato social, mas não institucional. Afinal, trata-se de um fato observável sob uma descrição que atribui a intenção compartilhada pelos lobos dessa alcateia em caçar as presas. Para ser institucional, por outro lado, o fato deve ser criado por uma norma constitutiva do tipo ‘*X* conta como *Y* em *C*’ [236, p. 43]. Uma norma constitutiva determina como ‘*X*’ ganha o *status* de ‘*Y*’ na circunstância ‘*C*’, onde a locução ‘conta como’ atrela uma função para ‘*X*’ que dá a ‘*X*’ o *status* de ‘*Y*’. Mas não se trata apenas de nomear ‘*X*’ como sendo ‘*Y*’ da mesma forma que se nomeia um objeto específico de ‘livro’ ou outro objeto de ‘cadeira’. A norma constitutiva não é apenas uma *etiqueta* (*label*) para algo. O que ela faz por meio da operação ‘conta como’ é fornecer condições adicionais para ‘*X*’ ter um *status* institucional, um *status* que não poderia “ser desempenhado apenas em virtude das características físicas intrínsecas do fenômeno em questão.”³⁹ [236, p. 43] Um fato institucional, quando criado, altera funcionalmente as *características* ou *status* que algo possuía antes da norma constitutiva. Intenções coletivamente compartilhadas que atribuem um *status institucional* a estados de coisas estruturam-se como normas constitutivas que especificam as circunstâncias nas quais fatos institucionais são criados a partir de outros fatos [236, p. 43-51]. Circunstâncias *C* nas quais o fato *X* ganha *status* de *Y*.

Searle distingue *normas* de *convenções*, definindo uma ‘convenção’ como um ‘mecanismo arbitrário de coordenação’ [236, p. 28]. Exemplo de convenção é aquela adotada na seleção das cores das notas de papel moeda – p. ex., azul e cinza para dois reais, violeta

³⁷Tradução de “a biologically primitive phenomenon that cannot be reduced to or eliminated in favor of something else”.

³⁸Tradução de: “a sense of doing(wanting, believing, etc.) something together, and the individual intentionality that each person has is derived from the collective intentionality that they share”.

³⁹Tradução de: “be performed solely in virtue of the intrinsic physical features of the phenomenon in question”.

para cinco reais, amarelo e laranja para vinte reais, carmin para dez reais, e assim por diante. A acepção de Searle assemelha-se à concepção de convenções popularizada por D. Lewis [146]. Apesar de entender que uma convenção não é uma norma, Lewis defende que ela poderia tornar-se uma na medida em que se conformasse com expectativas normativas de uma população, passando a trazer consequências negativas ou punições em caso de seu não-cumprimento [146, p. 97ss.]. Uma leitura distinta sobre as convenções é a de Marmor [159], que entende existirem tanto convenções que são mecanismos arbitrários para a resolução de problemas de coordenação quanto convenções constitutivas de práticas. Para a discussão que empreendo neste trabalho, não é essencial aprofundar na distinção entre normas e convenções. O que importa é entender o conceito e as especificidades das ‘normas jurídicas’ ou ‘leis’, as modalidades do discurso normativo no direito e o que permite trabalharmos com uma concepção lógico-analítica dessas entidades linguísticas.

Dito isso, Searle diferencia *normas constitutivas* de *normas regulativas* [236, p. 27]. Essa diferença é próxima da diferença que Hart propôs entre *normas primárias* de comportamento e *normas secundárias* de reconhecimento, criação e aplicação, sendo as secundárias, similarmente às normas constitutivas de Searle, constitutivas de práticas ou fatos institucionais, dando condições de possibilidade de tratá-los como pertencentes a uma instituição ou sistema normativo [110, p. 103 ss.].⁴⁰ As normas regulatórias são aquelas voltadas a *regular* atividades já existentes anteriormente [236, p. 27/p. 50]. Uma norma do tipo ‘caminhe na calçada!’ regula mas não cria a ação de caminhar na calçada. De maneira distinta, as normas constitutivas são capazes de alterar o *status* de um fato, tornando este fato um fato institucional. Portanto, elas podem fazer que uma norma regulatória que atribui um *status deôntico* a um fato X faça desse *status* contar como um *status* Y em C. É em razão disso que, como se verá no próximo capítulo, ao invés de apenas atribuir os *status deônticos regulatórios* ‘permitido’ ou ‘proibido’, a regulamentação jurídica o faz por meio do ‘lícito’ ou ‘ilícito’. Essa diferenciação funcional das *modalidades deônticas* no contexto jurídico indica que a norma regulatória é *jurídica* pelo reconhecimento dado de uma norma constitutiva. Em Hart [110, p. 129], p. ex., normas de reconhecimento *constituem* o *status jurídico* de normas de comportamento.

Ademais, influenciado por Anscombe [19], Searle diferencia *fatos brutos* (*brute facts*) de fatos descritíveis no contexto de uma instituição (ou fatos institucionais) [236, p. 27]. Suponha que a transportadora de um supermercado entregou suprimentos em minha casa. A afirmação que ‘é o caso que suprimentos alimentícios foram entregues em minha casa’ é um fato bruto. É simplesmente a descrição de uma ocorrência sem considerar o significado institucional que ela pode ter. Searle diz que fatos brutos têm uma prioridade lógica sobre fatos institucionais [236, p. 34]. Assim, no contexto que essa ocorrência *conta como* ou ganha o *status de* relação de compra e venda, a entrega dos suprimentos passa a ter como

⁴⁰Sobre conexões conceituais entre as normas constitutivas de Searle, as normas secundárias de Hart e também as normas de práticas em J. Rawls, cf. o artigo de L. Zaibert e B. Smith [276].

contrapartida meu pagamento ao supermercado tanto dos suprimentos quanto da entrega.

Uma vez que a compra gera uma conta para pagar, atribui-se a mim a *obrigação* ou um *status deôntico* descrito como ‘é o caso que Lucas tem o dever de pagar a conta’. Por conseguinte, a descrição ‘é o caso que Lucas deve pagar a compra dos suprimentos alimentícios ao supermercado’ não diz respeito a um fato bruto, mas a um fato interpretado à luz da crença socialmente compartilhada e aceita na qual a relação de compra e venda envolve a entrega do produto pelo vendedor e o seu pagamento pelo comprador. Trata-se de um fato institucional. Fatos institucionais são observações de outros fatos sob a descrição da intenção compartilhada no contexto que atribui a esses fatos um *status de institucional*, capacitando atribuições de *poderes deônticos* (como o poder do vendedor de cobrar o pagamento para realizar a entrega e o poder do comprador de cobrar a entrega quando realiza um pagamento) e de *obrigações ou deveres deônticos* em contrapartida aos poderes deônticos (como o dever de entrega do produto e o dever de pagamento diante da entrega desse produto ou para que a entrega seja desempenhada) [237, p. 10-11].

Por exemplo, uma ‘transação monetária’ é um fato institucional. Independentemente do meio que realiza a transação, seja o papel-moeda, o recurso a dispositivos magnéticos ou operações digitais, esse meio precisa existir para que ocorra a transação [236, p. 35]. A qualidade ‘econômico’ é o sentido institucional que se dá ao fato que instancia a transação e, nessa concepção, o entendimento desse fenômeno é dependente do entendimento coletivamente fixado ou aceito sobre a informação econômica subjacente à operação de transação. Por isso, para os fatos institucionais, a dimensão linguística é epistemicamente indispensável. Qualquer fato institucional pressupõe mediação linguística para ser comunicado e entendido [236, p. 76-77]. É assim que se fala que o fato ‘X’, o qual instancia fisicamente uma transação econômica, ganha o *status institucional* de ‘transação econômica’. É um *status* derivado de normas constitutivas reconhecidas e aceitas de forma conjunta no universo do discurso social, as quais tornam o conteúdo dos valores monetários cognitivamente reconhecível como parte da instituição econômica ou financeira.

2.2.4 Faticidade e estabilização contrafática das fontes de direito

Para o contexto dos sistemas jurídicos, conecto a teoria das instituições de Searle com a interpretação da *tese social* (SC_T) conforme a concepção positivista de Marmor [161] que citei em 2.2.1. O mundo social é permeado de fatos institucionais, como contratos, leis, dinheiro, casamentos, organizações, etc. Todavia, para esses fatos adquirirem um *status jurídico*, é importante compreender o que faz com que um fato determinado ‘conte como’ jurídico em uma organização social. Em 2.1.2, mostrei que a *singularidade* (*uniqueness*) do direito se dá em razão dos sistemas jurídicos afirmarem (*claim*) ter autoridade prática sobre a agência social no geral [207, p. 115]. E que qualquer sistema jurídico S afirma essa autoridade em grau abrangente (*comprehensive*) e supremo (*claims to be supreme*) para “regular a criação e aplicação de outros sistemas institucionalizados de sua comunidade-

objeto.”⁴¹ [207, p. 118] Mas qual dispositivo normativo institucionalmente reconhecido permite afirmar que um fato X ‘conta como’ jurídico em S ? A tese social SC_T enuncia:

(SC_T): o que é ou não direito é uma questão de fato social.

Nessa problemática, SC_T é melhor caracterizada se interpretada à luz da tese institucional:

(SIn_T): o que conta ou não como jurídico depende de certos fatos institucionais de S .

A questão sobre ‘o que é ou não direito’ é especificada como ‘o que conta ou não como jurídico’ e os ‘fatos sociais’ relevantes são especificados como ‘fatos institucionais’. Utilizando um *slogan* popularizado por W. V. O. Quine [199], a afirmação *sobre o que há* (*on what there is*) de jurídico em um sistema jurídico S de uma organização social C , sendo S uma instituição de C , depende da crença compartilhada a respeito daquilo que institui o conteúdo normativo de S . Essa crença, quando considerada institucionalizada, não se fixa por meio de uma identidade com a intencionalidade *massivamente e atualmente* compartilhada por todos os indivíduos de C e nem é dela dependente. Os fatos institucionais que estabelecem as normas jurídicas funcionam como esquemas de observação *contrafaticamente* estabilizados. No ponto de vista jurídico, toda agência social é *contrafaticamente* submetida ao escrutínio que avalia suas atividades quanto ao respeito à *forma jurídica* de sua legitimidade. Isso porque a racionalidade jurídica exige que, como um Estado de Direito, a organização social submeta-se àquilo que se produz em procedimentos adequados e reconhecidos na forma da lei. Para aclarar essa ‘forma jurídica’ da legitimidade, parto da distinção entre expectativas *cognitivas* e *normativas*.

Entendo as ‘expectativas’ como crenças que pré-selecionam sentidos possíveis comunicados nas interações sociais em vista de cursos futuros de ação. Nessa perspectiva, Luhmann explica que “as expectativas são vivenciadas e tratadas como cognitivas quando se adaptam à realidade em caso de decepção. Para as expectativas normativas vale o oposto: não são rejeitáveis se alguém age contra elas.”⁴² [151, p. 33]. Por exemplo, uma expectativa cognitiva é aquela conjecturada na crença que ‘Levi sempre vai à academia na parte da tarde’. Esta expectativa baseia-se na frequência, local e horário que Levi vai à academia. Mas ela pode ser revisada ou substituída pela expectativa que afirma ‘Levi irá à academia durante a tarde nos dias tais e tais e durante a noite nos dias tais e tais’, na medida em que Levi passa a adotar com frequência este novo comportamento.

Por outro lado, as expectativas normativas não são revisáveis apenas com reiteradas decepções. Exemplificando, tome a norma que afirma que ‘é ilícita a pirataria’, assegurada

⁴¹Tradução de: “to regulate the setting up and application of other institutionalized systems by its subject-community”.

⁴²Tradução de: “expectations are experienced and treated as cognitive when they are adapted to reality in the case of disappointment. For normative expectations the opposite holds: that one does not reject them if someone acts against them.”

pela expectativa normativa que ‘se ocorresse a pirataria, então seria ela punida’. Toda vez que uma conduta de ‘pirataria’ ocorre, as pessoas têm a expectativa na qual essa conduta será punida. Isso porque, mesmo que a autoridade competente ocasionalmente deixe de aplicar a punição e a pirataria continue ocorrendo, tem-se a expectativa compartilhada contrafaticamente na qual, uma vez que a prática da pirataria for apurada judicialmente, por se tratar de um crime, certamente levará à punição daquele que a praticou.

Segundo Jakobs, quando um agente desempenha uma *conduta-crime*, ele comunica um tipo de “protesto contra a validade da norma, i. e., contra a configuração de uma sociedade.”⁴³ [122, p. 495] A autoridade social com competência legislativa para determinar a que ‘tipo’ de conduta *imputar-se-á* a responsabilização criminal forma uma ‘comunicação social’ dominante *por direito (de jure)*. Nos termos da teoria de Searle, a norma constitutiva que reconhece como jurídica a ‘proibição de uma conduta-crime’ faz com que esta ‘conte como’ um ‘ilícito penal’, formando uma expectativa normativa de punição caso essa conduta seja desempenhada. Para Searle, a proibição de uma conduta por si só é uma norma regulatória. Mas quando se determina uma punição aplicável pelas instituições adjudicativas àquele que, ao final de um processo judicial, é provado como *culpado* por cometer uma conduta-crime, constitui-se o *status* de ‘ilícito penal’ da conduta-crime [236, p. 50-51]. Assim, forma-se a expectativa normativa na qual o desempenho dessa conduta, se provado, será punido. Ademais, Jakobs explica que o conjunto de expectativas normativas configura a *identidade* de uma sociedade e ao aplicar uma punição a um crime:

(a sociedade) recusa-se a pensar em modificar sua configuração, ou seja, a pensar um ato criminoso como um ato evolutivo, como uma opção possível. Em vez disso, a sociedade insiste contra essa proposta de mudança permanecendo no *status quo*. Na mesma medida em que uma pessoa rejeita um pedido que não condiz com seu caráter, a sociedade rejeita a proposta de abrir mão da expectativa não cumprida e confirma sua identidade ao fazê-lo. Em vez disso, a sociedade insiste contra essa proposta de mudança permanecendo no *status quo*. Na mesma medida em que uma pessoa rejeita um pedido que não condiz com seu caráter, a sociedade rejeita a proposta de abrir mão da expectativa não cumprida e confirma sua identidade ao fazê-lo.⁴⁴ [122, *ibid.*]

Dessa complexa distinção entre a manutenção e a alteração das expectativas normativas, surge o problema *evolucionário* relacionado à capacidade de uma norma jurídica conse-

⁴³Tradução de: “a protest against the validity of the norm, i.e. against the configuration of society”.

⁴⁴Tradução e adaptação de: “When society sanctions, it refuses to think about modifying its configuration—that is, to think about a criminal act as an evolutionary act, as a possible option. Rather, society insists against this proposal to change by remaining in the status quo. To the same extent that a person rejects a request that does not fit with his character, society rejects the proposal of giving away the unfulfilled expectation and confirms its identity by doing it. Rather, society insists against this proposal to change by remaining in the status quo. To the same extent that a person rejects a request that does not fit with his character, society rejects the proposal of giving away the unfulfilled expectation and confirms its identity by doing it.”

guir manter sua *autoridade jurídica (de jure)* diante de reiteradas decepções. Luhmann dedicou-se a mostrar como é possível pensar os limites da distinguibilidade entre as expectativas cognitivas e normativas. Há casos também que expectativas cognitivas possuem alguma dimensão normativa, na qual certos desapontamentos aparecem como exceções *ad-hoc* [151, p. 38 ss.]. A ciência, por exemplo, precisa de um grau de normatividade para ser capaz de assegurar determinados modelos de compreensão da realidade diante de exceções ocasionais e permitir a introdução de hipóteses adicionais que não anulam o modelo *in toto*. No caso dos sistemas jurídicos, a questão *sócio-evolucionária* é o quanto uma expectativa consegue manter-se como normativa, não se tornando uma expectativa cognitiva, diante de sua inobservância reiterada. Esse é o problema da *efetividade* das normas em particular e, em relação ao sistema jurídico, da sua *efetividade global*.

Por exemplo, nas sociedades onde a conduta definida como ‘pirataria’ é ilícita, mas nunca se aplicou uma punição restabelecendo a expectativa normativa contrafática na qual ‘se fosse o caso que se desempenhasse a pirataria, então ela seria punida’ e todos continuam desempenhando essa conduta sem medo de punição, é possível afirmar que a conduta-crime da ‘pirataria’ ainda possui esse *status* de ‘ilícito penal’? Uma investigação sociológica desse tipo vai além deste trabalho. O importante é saber que o que faz uma expectativa normativa fixar uma *norma juridicamente válida* depende (em algum grau) de sua estabilização em instituições adjudicativas competentes e na capacidade de instituições executivas cumprirem o conteúdo juridicamente autorizado em decisões judiciais.

Assim, de um ponto de vista sistêmico, na definição de Luhmann, normas jurídicas operam como “expectativas comportamentais contrafaticamente estabilizadas.”⁴⁵ [151, p. 33]. Como consequência, a função dos sistemas jurídicos é a estabilização das expectativas normativas produzidas pelo programa socialmente codificado na forma das leis e das demais fontes de direito. As autoridades codificadoras ou legisladoras de um sistema jurídico fixam, por meio das fontes de direito, esquemas de observação que permitem identificar o *status jurídico* de condutas sociais [136, p. 4]. Esses esquemas são bases informacionais que acarretam determinadas expectativas normativas sobre aquilo que conta como sendo lícito ou ilícito na organização ou configuração de uma sociedade. Caso as expectativas formadas pelas fontes de direito sejam sempre derrotadas ou revisadas em razão de outro conteúdo normativo adotado nas práticas jurisdicionais, as fontes de direito tornam-se, para utilizar o mesmo vocabulário de J. L. Rodriguez, *ferramentas inúteis para o raciocínio prático do direito (useless tools for practical reasoning)* [216, p. 90].

O ‘ponto de vista jurídico’ instituído pelas fontes de direito não se confunde com a maneira pela qual nossa agência prática é desempenhada em relação às regras causais da natureza. Uma regra natural é aquela que diz ‘respire o oxigênio para se manter vivo!’. Trata-se de uma regra autoexecutável. Ela não precisa de um intermediário institucional para ser assegurada. Isso porque um ato isolado de alguém que ‘decide deixar de respirar’

⁴⁵Tradução e adaptação de: “norms are counterfactually stabilised behavioural expectations.”

não é um *atentado* contra a regra que demanda a respiração de oxigênio. É no máximo um ato contra a própria saúde ou vida, mas não contra a regra. Assim, explica G. Jakobs:

A capacidade de auto-estabilização descrita distingue essas regras das normas da sociedade porque quem infringir normas da sociedade não arrisca *per se* seu bem-estar, pelo menos não enquanto outras pessoas geralmente respeitarem as normas. Em comparação com as regras relativas ao ambiente da sociedade, as normas da sociedade sofrem de uma fraqueza: sua preferência não é fixada *ex ante*. Para compensar o deficit, as normas da sociedade precisam da garantia social não-natural para se tornarem *leges perfectae*.⁴⁶ [122, p. 498]

A segurança de que a pré-seleção legislativa de normas será mantida em uma configuração social depende dos reforços (*enforcement*) das funções judicial e executiva, as quais estabilizam as normas jurídicas reafirmando sua validade diante de decepções. Por isso, fala-se que a legalidade das condutas sociais é *contrafaticamente* estabilizada na medida em que as fontes de direito permanecem como esquemas de observação válidos para se pensar o que seria o caso se os seus destinatários cumprissem ou não as normas jurídicas que as integram. A legitimidade de uma organização social que passa a operar como sendo um *Estado de Direito*, baseando-se naquilo que vale em seu sistema jurídico, só pode ser alcançada por meio de uma conformação ao direito positivo, que dá a *forma* do Estado e o diferencia de ser apenas um *máximo poder real*. Com isso, a posição que defendo contrapõe-se à concepção política do direito de C. Schmitt [230, p. 187], para quem a legitimidade tem uma natureza estritamente política e não é atualizável contrafaticamente como um questão técnico-jurídica. É especialmente quando as instituições adjudicativas acreditam e se comprometem com a técnica jurídica expressa na linguagem das fontes de direito que se pode falar de uma *segurança jurídica* que estabiliza as expectativas normativas juridicamente autorizadas. Nesse sentido, Luhmann afirma que

A segurança do direito deve consistir, em primeiro lugar e antes de tudo, na segurança de que as circunstâncias, quando assim se desejar, sejam tratadas exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não contemplado pelo direito. [152, p. 258]

A estabilização do conteúdo autorizado em fontes de direito reitera a concepção discutida em 2.1.2, para a qual os pontos de vista particulares sem autoridade *de jure* não devem ter o mesmo peso para determinar o que *conta como direito* em um sistema jurídico. O

⁴⁶Tradução de: “The described capacity for self-stabilization distinguishes those rules from the norms of society because whoever infringes the norms of society does not risk per se his well-being, at least not as long as the other persons generally stand by the norms. Compared to the rules relating society’s environment, the norms of society suffer from a weakness: their preference is not fixed ex ante. To compensate for this deficit, the norms of society need a nonnatural, societal warranty in order to become *leges perfectae*.”

que se exige para estabilizar um conteúdo normativo como parte de um sistema jurídico, segundo Hart, é “uma aceitação oficial, unificada e comum, da norma de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema.” [110, p. 148] Logo, com o objetivo de assegurar os limites dos poderes conferidos às cortes e tribunais autorizados para o exercício da competência funcional de aplicar normas jurídicas para resolver casos judiciais, é fundamental que tais instituições compartilhem a crença na qual há uma demanda institucional de *aplicar* as normas que se seguem de fatos institucionalizados pela pré-seleção legislativa com competência para criar leis e não as normas que o julgador acredita serem *moralmente boas* em sua perspectiva particular. Parafraseando a clássica lição de Hegel, é pela *jurisdição* que a sociedade é capaz de recuperar a *unidade* entre a *forma da lei* que se universaliza no conhecimento público e as particularidades de cada caso judicial [112, §229].

Assim, para que a função jurisdicional não recaia nos particularismos e intenções subjetivas dos julgadores, exige-se fundamentalmente que a prática decisória seja metodologicamente unificada na organização social das instituições adjudicativas de *S*. É nas cortes e tribunais que se pode aplicar o direito positivo enquanto um “método institucionalizado de soluções de controvérsias.” [208, p. 134] A lógica da institucionalidade do direito, como indiquei ao final de 2.1.5, segue, em última instância, de uma *crença compartilhada* na *legalidade* que é enraizada no raciocínio empregado pelas cortes e tribunais. Essa crença determina que a resolução racional enquanto resolução jurídica de conflitos sociais depende de se reconhecer como sendo justificada a aplicação de normas com autoridade de direito positivo para solucionar controvérsias sociais. Essa é uma ideia subjacente à obrigação geral de decidir, que se realizou institucionalmente em diversos sistemas jurídicos sob a rubrica de *princípio da vedação do non-liquet* (VNL), o qual discuti na subseção 2.1.4.

As normas jurídicas, para se utilizar uma *concepção técnica*, têm como base ontológico-social os fatos sociais institucionalizados como *fontes de direito*. Nesse sentido, Raz explica que o termo “‘fonte’... inclui todos os materiais interpretativos relevantes. As fontes de direito são então entendidas nunca como um ato único (da legislação, etc.) apenas, mas todo o alcance de fatos de uma variedade de tipos.”⁴⁷ [207, p. 48] Exemplos de fontes de direito são as constituições, as legislações gerais, os decretos, os contratos, etc.

Mas não se trata somente dos atos criadores dessas fontes, como também as mutações históricas do direito positivo, incluindo a integração de novos conteúdos normativos em atividades especiais de teor legislativo (*lawmaking*), como precedentes judiciais ou regulamentos administrativos. Outras fontes de direito, que podem ter maior ou menor autoridade em determinados sistemas jurídicos, são os costumes. Exemplos de costumes com valor jurídico são certas práticas comerciais reconhecidas como parte do direito comercial pelas cortes e tribunais ou os costumes do direito internacional que constituem

⁴⁷Tradução de: “‘Source... includes also ‘interpretative sources’, namely all the relevant interpretative materials. The sources of a law thus understood are never a single act (of legislation, etc.) alone, but a whole range of facts of a variety of kinds.”

prova de uma prática geral aceita como sendo o direito nas relações entre Estados.

Também reconhecidas como fontes de direito, especialmente em culturas jurídicas desenvolvidas, temos as *doutrinas* produzidas pelo estudo da dogmática jurídica.⁴⁸ Esses estudos têm a função de fornecer soluções jurídicas *a partir* das fontes de direito já positivadas, apresentando interpretações dessas fontes que visam normas para assegurar a sistematicidade do direito positivo em sua mutação histórica.⁴⁹ Nesse sentido, Luhmann afirmou, com razão, que “somente mediante uma dogmática jurídica elaborada pode a estabilização e a reestabilização do direito passarem da validade simples (e quase sempre de fundamentação jurídica religiosa) às normas de sua consistência” [152, p. 366].

Em síntese, as fontes de direito são a base ontológico-institucional pela qual o direito pode ser identificado em uma sociedade. Elas condicionam ou legalizam o raciocínio jurídico, fazendo deste um tipo de raciocínio funcionalmente diferenciado no que diz respeito à metodologia empregada em sua justificação e ao contexto procedimental em que ocorre. Trata-se de um tipo de argumentação baseada e justificada nas fontes de direito para inferir normas por elas autorizadas como soluções de casos judiciais.

2.3 Raciocínio jurídico baseado em fontes de direito

O objetivo desta subseção é mostrar que a prática jurídica, na medida em que ganha autoridade e autonomia institucional, torna-se relativamente *opaca* em relação ao escrutínio de seus méritos morais. Trata-se de uma ponte que relaciona a dimensão ontológica das fontes de direito, sendo essas fontes tipos jurídicos de fatos sociais institucionalizados, e sua dimensão epistêmica, que dá a essas fontes o caráter de dispositivos linguístico-institucionais com autoridade de direito positivo, servindo de base interpretativa para as instituições adjudicativas inferirem e aplicarem normas autorizadas em um sistema jurídico. Defendo que o que caracteriza juridicamente o raciocínio empregado em cortes e tribunais é o exercício da adjudicação nos limites autorizados pelo direito positivo.

Alguns autores, em oposição às teorias analíticas do positivismo jurídico, propõem que um sistema adjudicativo, quando justifica suas decisões a partir normas que sustentam injustiças extremas, desqualifica *juridicamente* essas decisões, mesmo que essas normas sejam dotadas de autoridade pelas fontes de direito. Negando essas conclusões, se a teoria do raciocínio jurídico que defendo for correta, aquelas abordagens não-positivistas são

⁴⁸Para um estudo sobre o papel das doutrinas (*legal scholarship*) como fontes de direito, cf. [238]. Para um estudo histórico que relaciona o desenvolvimento cultural do direito com o estudo doutrinário da dogmática jurídica, cf. [127]. Outra perspectiva observa a função social da dogmática jurídica em relação à racionalização das soluções jurídicas visando a menor perturbação social. Cf. [76].

⁴⁹No geral as soluções fornecidas pela dogmática jurídica se baseiam nas fontes de direito, sendo soluções *de lege lata* (a partir do direito existente). Mas em casos excepcionais, os estudos do direito fornecem soluções com a intenção de se tornarem fontes de direito pela autoridade legislativa, sendo, nesse caso especial, soluções *de lege ferenda* (visando uma lei futura).

necessariamente incorretas.⁵⁰ Mas isso não implica meu comprometimento indireto com injustiças extremas. Assumo que, quando sistemas jurídicos *são extremamente injustos*, qualquer que seja o conteúdo dessa injustiça, a racionalização moral desses sistemas é dependente de uma *correção* extra-jurídica dos seus defeitos jurídicos. O *status jurídico* que essa correção pode ganhar é *posterior* à alteração não autorizada juridicamente de um sistema jurídico, rompendo a *autoridade institucional* anteriormente fixada nas fontes de direito aplicáveis e institucionalizando um sistema jurídico *alterado ou modificado*. Não são apenas revoluções e contextos de estados de exceção (no caso, quando não possuem previsão jurídica) que têm o poder de quebrar a sistematicidade e institucionalidade do direito positivo. A perda de sistematicidade, quando incorporada cotidianamente em sistemas adjudicativos que operam pela discricionariedade absoluta, fazem, em oposição ao direito, da exceção cotidiana o meio oficial de solução de conflitos.⁵¹

Em 2.3.1, diferencio os sistemas jurídicos dos sistemas de discricionariedade absoluta, enfatizando a dimensão institucionalizada da função aplicadora de normas jurídicas. Em 2.3.2, essa dimensão institucionalizada é reinterpretada em termos da autonomia institucional do raciocínio jurídico e a possibilidade da cognição moralmente desengajada das fontes de direito, validando a perspectiva interna-externa que discuti em 2.1.1. Em 2.3.3, mostro que a interpretação jurídica é uma cognição técnica, que empreende a atitude epistêmica de interpretar as fontes de direito buscando o sentido autorizado legislativamente para essas fontes. Com isso, defendo que a interpretação jurídica, por buscar enunciados autorizados enquanto normas, produz enunciados verdadeiros sobre normas que valem em um sistema jurídico *S*. Respondo ao ceticismo não-cognitivistamente radical das interpretações jurídicas com um tipo de cognitivismo moderado. Em 2.3.4, aprofundo as discussões de 2.3.2 e 2.3.3 propondo a justificação jurídica como um tipo de justificação que se baseia exclusivamente em normas jurídicas preservadoras da autoridade das fontes de direito. Por fim, em 2.3.5, colmato as discussões desta subseção introduzindo-as no contexto do debate entre fundacionalismo e coerentismo. Sustento que o raciocínio jurídico,

⁵⁰A noção de injustiça extrema como uma fórmula de invalidação de normas foi introduzida por G. Radbruch [204, 205]. A fórmula de Radbruch foi retomada na teoria analítica não-positivista de R. Alexy [13, 14]. A associação entre positivismo jurídico e as condições de emergência de regimes totalitários no século XXI, tal como na crítica empreendida por Radbruch, normalmente colapsa a tese positivista da *identificação e descrição* institucional de normas jurídicas autorizadas em um sistema jurídico e o comprometimento *moral* (e não apenas um reconhecimento jurídico) do positivista com essas normas, mesmo que extremamente injustas. Recentemente, R. Valdão, em uma excelente publicação (cf. [255]), escrutiniza criticamente a *lenda* que relaciona positivismo jurídico e nazismo, um mito que levou certos autores, no pós-guerra, a uma rejeição teórica injustificada do positivismo jurídico, especialmente o empreendido por Kelsen em *Reine Rechtslehre* [136].

⁵¹As teorias excepcionalistas do direito voltadas à definição da autoridade jurídica (e da soberania) no exercício do poder decisório criador de exceções ganharam um novo fundamento no século XX a partir do trabalho do jurista e filósofo alemão C. Schmitt [228, 229, 231]. Essa noção foi reconstruída por G. Agamben [2], que mostra como a exceção cotidiana conduz à perda de *força* do sistema de direito positivo presumidamente institucionalizado. Uma análise minuciosa das teorias políticas tanto de Schmitt quanto de Agamben – e das controvérsias que envolvem ambas – foge do escopo deste trabalho e demandam uma discussão complementar. Para isso, indico a leitura dos artigos [69, 119].

na medida em que se preza pela sua autonomia institucional, é melhor caracterizado como um *fundacionalismo*. No entanto, trata-se de um fundacionalismo moderado, que reconhece que juízes, diante de lacunas e contradições nas fontes de direito, são forçados, pelo *princípio da vedação do non-liquet*, a operarem *reformas parciais* nos sistemas jurídicos.

2.3.1 Institucionalidade e contenção da discricionariedade absoluta

Em oposição aos sistemas de adjudicação baseados em fontes de direito institucionalizadas, J. Raz define o que são ‘sistemas de discricionariedade absoluta’ [208, p. 134]. Para estes, não se impõe a exigência de decisões com base em conteúdos normativos com autoridade institucional em uma dada comunidade política. De um ponto de vista prático, as cortes e tribunais que operam com discricionariedade absoluta, se racionais em um sentido moral substancial, “sempre devem tomar a decisão que acreditam ser a melhor de acordo com todas as razões válidas.” [208, p.135] Para adquirirem algum *respeito ou estima social*, devem “agir de acordo com seu próprio julgamento, honesto e irrestrito.” [208, p. 135] Em contextos absolutamente discricionários, é a figura do próprio julgador (e de sua consciência) que opera como fonte de autoridade para solucionar controvérsias.

Um exemplo de aplicação da discricionariedade absoluta é o Julgamento de Salomão [31, I Reis 3:16–28]. Na passagem bíblica, Salomão, rei de Israel, depara-se com um caso em que duas mulheres afirmam serem mães de um bebê e cada uma reivindica que somente ela pode exercer o papel de mãe no cuidado daquele bebê. Diante do caso, Salomão determina cortar o bebê em dois e dar uma parte para cada mulher. A primeira mulher acatou de bom grado a solução, afinal, não podendo cuidar sozinha do bebê, não aceitava que a outra o fizesse. Esta, por outro lado, atormentada com a solução dada por Salomão, de forma categórica, suplicou que o rei desse o bebê para a primeira mulher, não aceitando a sua morte. Salomão, como rei sábio e prudente que era, abdicou-se da execução do bebê e declarou a segunda mulher como sendo a mãe, pois uma mãe genuína aceitaria qualquer circunstância para salvar a vida do filho, mesmo uma que custasse perder o posto de mãe.

A questão central é: apesar dos méritos morais da solução encontrada por Salomão para resolver o caso acima, o desenvolvimento histórico-social das comunidades políticas, visando a estabilização, a metodologia e confiança nos processos decisórios de solução de conflitos de interesses, não pode ser dependente da existência de autoridades adjudicativas salomônicas, as quais possuem capacidades extraordinárias de julgar e de identificar soluções prudentes sobre o que é justo ou não. Nos casos em que há essa dependência, os procedimentos adjudicativos perdem as vantagens da estabilidade, imparcialidade e impessoalidade em função estrita das qualidades particulares dos juízes. Mas o papel de juiz, especialmente em sociedades modernas, passou a ser ocupado por diferentes pessoas, de diferentes contextos sociais, em diferentes momentos do curso histórico-evolutivo. E mesmo com uma profissionalização que assegure aos juízes a mesma capacidade técnica de julgar, o que é improvável, a ausência de fontes normativas estáveis como pontos

de partida jurídicos para decisões judiciais faz com que estas dependam de escrutínios individuais, afetáveis por circunstâncias alheias e estados emocionais contingentes dos julgadores. Além disso, o sistema de julgamento não teria um critério coordenativo para estruturar os conflitos de interesses, como se viu na seção 2.1.3. Para evitar contextos de discricionariedade absoluta ou um decisionismo arbitrário, “é preciso desenvolver regras aplicáveis, que têm de ser fundamentadas por pontos de vista generalizáveis.” [152, p. 12]

Uma objeção sustentada por opositores do raciocínio prático baseado em normas gerais dotadas de autoridade é a possibilidade inerente desse modelo conter *sobreinclusividades* (*overinclusiveness*) ou *subinclusividades* (*underinclusiveness*) [225, p. 136]. Essa é a posição defendida especialmente pelas éticas particularistas, as quais sustentam que a racionalização da conduta humana não se dá seguindo regras nem princípios gerais para a ação, mas na sensibilidade relativa ao contexto de uma decisão sobre questões práticas.⁵² Um guia ideal de condutas exige sempre do agente um escrutínio moral ou balanço de razões que o capacite a tomar a melhor decisão de um ponto de vista ético. Isso se dá porque as generalizações a respeito daquilo que se deve fazer “nem determinam a natureza dos casos excepcionais, nem (assumindo que outra coisa determina isso) nos dizem por que os casos excepcionais são como são.”⁵³ [60, p. 117]. As normas, por serem generalizações não oniscientes de todas suas possíveis aplicações, podem *incluir* aspectos que, se aplicáveis em certos casos, conduzem a algum grau de imoralidade ou injustiça. Em outros casos, podem *não incluir* aspectos com relevância ou mérito moral substancial. As normas, naqueles casos, são *sobreinclusivas* e, nestes, *subinclusivas*. Porém, apesar de ser desejável que sistemas jurídicos não cometam injustiças, nenhum critério moral é um teste necessário para se identificar o que conta ou não como direito em uma sociedade.

Uma outra objeção, opondo-se à última afirmação do parágrafo anterior, mas agora de uma perspectiva não particularista, é fornecida pelas teorias do direito natural. Sem aprofundar nas complexidades das diferentes formas de jusnaturalismo, um jusnaturalista entende que a prática institucional dos sistemas jurídicos, para se tornar racionalmente vinculante, sendo o ‘racional’ entendido como ‘moral’, deve ter como fundamento subjacente à positivação das leis princípios éticos universais derivados da natureza humana e dos bens básicos que levam à sua realização social e individual.⁵⁴ J. Finnis afirma que a caracterização apropriada do direito deve se voltar para a qualificação dos casos centrais com significado focal em sistemas jurídicos que alcançaram padrões morais elevados [79, p. 426]. Sistemas jurídicos defeituosos moralmente, apesar de não deixarem de ter socialmente o teor de direito positivo em sentido fraco enquanto apenas existentes, perdem

⁵²A teoria ética de J. Dancy [60] tornou-se uma referência para o particularismo contemporâneo. Para outras discussões e diferenças entre particularismo e generalismo moral, cf. [61, 212].

⁵³Tradução de “neither determine the nature of exceptional cases, nor (assuming that something else determines that) tell us why the exceptional cases are as they are”.

⁵⁴Finnis cita, entre outros, bens que levam à realização profissional, educacional, política, estética, esportiva, recreativa e espiritual do ser humano [79, p. 85-91].

uma dimensão importante daquilo que faz instituições jurídicas serem consideradas como direito no geral. Na visão jusnaturalista, um sistema jurídico injusto não é capaz por si só de internalizar nos indivíduos o dever moral de obediência prática das leis.⁵⁵

Todavia, é o caso que os sistemas jurídicos, haja vista sua função de estabilização de expectativas normativas geradas pelas fontes de direito, como discuti em 2.2.4, fizeram da *justiça*, em sentido substancial, uma propriedade contingente no desenvolvimento histórico-evolutivo das configurações sociais e não a propriedade definidora da juridicidade em qualquer época ou lugar [152, capítulo 5]. Apesar do clássico ideal no qual sistemas jurídicos devem ser plenamente justos, é o caso que a noção de justiça constantemente sofre atualizações sócio-culturais. E, ao mesmo tempo, a parametrização do direito tem como função primária a solução estável de conflitos, fazendo com que a autoridade dos procedimentos de produção de normas seja preservada em contextos decisórios.

Dessa forma, por produzirem sistemas decisórios baseados em normas institucionalizadas nas fontes de direito, os sistemas jurídicos cumprem adicionalmente três funções práticas. Uma dessas funções, como propõe Schauer, é assegurar a possibilidade da *imparcialidade* (*fairness*) na solução de conflitos de interesse [225, p. 135–136]. Nesse sentido, como também explica Luhmann, é “na forma de regras que decidem casos iguais de maneira igual (e, portanto, casos desiguais de maneira desigual)” [152, p. 302-303], que se consegue alcançar a igualdade enquanto consistência na tomada de decisões. Cumprem também a função da *confiabilidade* (*reliance*). Um sistema decisório que segue normas, “mesmo quando outros resultados parecem preferíveis, permite que os afetados prevejam com antecedência quais decisões provavelmente serão tomadas.”⁵⁶ [225, p. 137] Um exemplo de norma que assegura a previsibilidade é a norma penal que determina que ninguém será punido sem lei anterior que define um crime e sem conhecimento de qual pena será cominada ao cometê-lo. Ademais, em sistemas de discricionariedade absoluta, os julgadores, para decidirem em acordo com as melhores razões para um caso, precisariam considerar todas as variáveis e circunstâncias do caso. Isso poderia comprometer a sua eficiência social. Com a disponibilidade institucional de normas dotadas de autoridade prática, os

⁵⁵Segundo M. Murphy, a tradição do direito natural originada especialmente com Tomás de Aquino rejeita o particularismo ou a noção de que não há princípios morais verdadeiros e universais sobre o que é certo para o direito [171, seção 1.3]. Contemporaneamente, o tomismo analítico de J. Finnis é um modelo de controle da *positividade*, visando derivar o conteúdo do direito positivo a partir de princípios universais do direito natural [79, p. 281 ss.]. Em uma perspectiva atípica, Jabbari propõe um modelo particularista que chama de *direito natural do contexto* [121]. Outra tese atípica é o *jusnaturalismo procedural* de L. Fuller [86], que restringe o controle da positividade a exigências procedimentais como *inerentes* à racionalidade do direito (generalidade, inteligibilidade, consistência, praticidade, estabilidade, publicidade e congruência das leis). Fuller trata as demandas do princípio do Estado de Direito (*Rule of Law*) como tendo caráter moral. Para mais sobre esta noção, cf. [266]. Mas segundo J. Raz [207, p. 226], as virtudes formais inerentes ao Estado de Direito, *contra* Fuller, são um caso especial em que o direito é virtuoso *juridicamente*, mas não *moralmente*. O controle procedimental dado pela noção de Estado de Direito é *apenas formal*, e, mesmo sendo um tipo de controle dos procedimentos jurídicos, pode abrir margem para a positividade de leis com conteúdo substancialmente imoral. Para outras discussões cf. [34, 80, 171].

⁵⁶Tradução e adaptação de: “who follow rules even when other results to appear preferable enable those affected to predict in advance what decisions are likely to be”.

juízes se veem “livres da responsabilidade de escrutinar todas as características substantivamente relevantes do evento⁵⁷” [225, p. 145]. Por exemplo, a norma penal que tipifica o que se deve considerar na responsabilização criminal de certas condutas e a norma sobre incidência tributária que identifica quais destes geram a obrigação de pagar tributos.

Claro que a justificação subjacente à primazia de se utilizar normas enquanto pontos de partida estáveis e generalizados para a solução de conflitos não é uma garantia de que se terá a *melhor* das soluções. Mesmo que se forneça uma solução equivalente para casos iguais ou suficientemente similares para serem tratados como do mesmo tipo, mesmo que se tenha confiabilidade plena sobre qual será a decisão tomada em cada caso e mesmo que se forneça um meio para as cortes e tribunais considerarem apenas aspectos relevantes dos diferentes casos, dando eficiência ao sistema decisório, ainda assim, esse sistema decisório poderia conter algum grau de injustiça. Por exemplo, com penas desproporcionais aos crimes tipificados, como no caso de cominar a pena de morte àquele que furta; ou instituindo tributos com valores abusivos ou desproporcionais à sua finalidade prática. Além disso, normas, seja na forma de regras (*rules*) ou princípios (*principles*) gerais, nunca são generalizações mais do que sub-ótimas, “falhando em realizar o ideal de alcançar o *melhor* resultado em cada ocasião.”⁵⁸ [225, p. 101] Mesmo quando são justificadas moral e politicamente no contexto de sua produção por autoridades legislativas ou quando reconhecidas em generalizações de costumes com valor jurídico reiterados na prática social, é possível que as normas não assegurem incontestavelmente a *justiça* para *todos os casos*.

Entretanto, a restrição institucional da discricionariedade e a demanda por decisões justas substancialmente não possuem o mesmo peso quando servem para identificar o conteúdo normativo de um sistema jurídico. Pode-se argumentar ser ideal a institucionalização de um sistema jurídico que busque a realização da justiça material no conteúdo das normas que constituem o direito positivo. Mas para entender a institucionalização social do direito é importante que se possa separar um julgamento moral dos julgamentos jurídicos, sendo contingentes as circunstâncias em que esses julgamentos expressam o mesmo conteúdo. Alguns autores subscrevem um comprometimento ético com a separação do julgamento moral e do julgamento jurídico em contextos adjudicativos. Visa-se caracterizar normas jurídicas não apenas em razão de sua autoridade funcional no direito, mas também ética, revelando uma injustiça em não se adjudicar conforme o direito positivo. Essa posição é o que se chama de *positivismo ético* e é defendida sistematicamente por T. Campbell [47]. Este trabalho tem uma inclinação para a posição de Campbell e outras que a ela se assemelham. Mas uma defesa elaborada do positivismo ético ultrapassa os limites da presente investigação e da teoria da racionalidade da interpretação autorizada que proponho. No entanto, apesar de possível contingentemente a coexistência do direito

⁵⁷Tradução e adaptação de: “freed from the responsibility of scrutinizing every substantively relevant feature of the event”.

⁵⁸Tradução de: “failing to achieve the ideal of reaching the best result on every occasion”.

com algum grau de injustiça, a existência de discricionariedade absoluta é incompatível com um sistema decisório baseado no direito positivo. Como indicou Luhmann, há algo intuitivamente equivocado em tratar o decisionismo absolutamente arbitrário como uma modalidade de raciocínio jurídico. Afinal, “todo mundo sabe que, no direito, nunca se pode decidir arbitrariamente” [152, p. 52]. Reiterando, o problema central do raciocínio jurídico é a *justificação* das decisões jurídicas com base nas *fontes direito positivo*.

2.3.2 Autonomia institucional e cognição desengajada

A racionalização institucional-formal do direito *não implica* a racionalização material em um sentido moral substancial. Ela é material conforme o conteúdo que um sistema jurídico *S* autoriza em suas fontes de direito. Mas esse conteúdo é *socialmente contingente*. Em tal leitura, um *modelo teórico* no direito visa o controle formal da *decidibilidade jurídica* nos limites das *fontes de direito* de *S*. Ele se diferencia de um modelo com pretensões globais, que soluciona também a questão da justiça de um sistema jurídico. Fornece-se *apenas* um critério técnico para reconstruir o raciocínio jurídico e, portanto, uma *racionalidade mínima* para a decidibilidade de conflitos que ensejam soluções jurídicas conclusivas em *S*. Reforça-se, do ponto de vista lógico, a ortodoxa distinção positivista entre identificar soluções jurídicas autorizadas em *S*, por um lado, e avaliar seus méritos *morais*, por outro.

Segundo G. Postema, na medida em que se aceita essa autonomia prática dos sistemas jurídicos nos limites das fontes de direito dotadas de autoridade, tal autoridade é transmitida para normas jurídicas. Estas tornam-se *opacas* em relação às considerações *extra-jurídicas* que instituíram as fontes de direito [194, p. 87]. Uma fonte de direito pode ser dotada de autoridade jurídica e ter aplicabilidade nas cortes e tribunais independentemente do mérito moral que expressa, fazendo com que considerações extra-jurídicas percam relevância prática diante do efeito preemptivo das normas inferíveis a partir dessa fonte. Fala-se que essas normas são *razões excludentes*, conectando-se com a concepção autoritativa do direito que discuti brevemente em 2.1.2. Normas jurídicas enquanto razões excludentes imunizam certos conteúdos, dando-lhes autoridade jurídica, e exclui outros, tornando-lhes não-jurídicos ou sem autoridade jurídica. Uma razão excludente, na terminologia introduzida por J. Raz [208], é uma razão de segunda ordem. As razões de primeira ordem são razões que se submetem, enquanto diretrizes para a ação, a um balanço prático, diferenciando-se quanto ao peso que possuem na determinação da ação a ser tomada [208, p. 17 ss.]. Já as razões de segunda ordem são razões sobre razões, razões que imunizam certas considerações com a exclusão de outras, precluindo o balanço de razões (*efeito preemptivo*) [208, p. 24 ss.]. Suponha se a todo momento normas de trânsito fossem submetidas ao balanço moral dos indivíduos. O trânsito certamente seria dependente apenas da boa vontade e educação dos motoristas. Visto que a mera existência de interesses e poderes opostos pode acarretar conflitos violentos, certamente o trânsito seria ainda mais barbárico em uma sociedade sem quaisquer instituições executivas que, por

força de lei, evitassem o agravamento de conflitos de trânsito e instituições jurisdicionais comprometidas a aplicar as leis de trânsito para resolver eventuais casos judiciais.

Destarte, os sistemas jurídicos desempenham a coordenação de conflitos que surgem na forma de divergências de expectativas sobre o que é lícito ou ilícito. As cortes e tribunais são autorizadas a avaliar e decidir os casos particulares de forma justificada por normas aplicáveis e autorizadas pelas fontes de direito, fazendo valer na prática a expectativa normativa a respeito de quais condutas são consideradas lícitas ou ilícitas e os efeitos jurídicos aplicáveis (p. ex., punição) quando se desempenha um conduta que contraria essas normas. Discuti melhor essa questão em 2.2.4. Não obstante, as fontes de direito adquirem um papel prático central quando tribunais comprometem-se cognitivamente com a exigência de *legalidade* em suas decisões. A *legalidade* é primariamente expressa em decisões judiciais compatíveis com fontes de direito, que são as bases inferenciais de normas enquanto generalizações sub-ótimas autorizadas como soluções de casos. Assim, reforça-se a ideia na qual o direito positivo nem sempre será justo. Essa contingência social do direito fundamenta a *tese positivista da separação*, que afirma ser possível identificar o que vale como direito sem qualquer recurso aos seus méritos morais.⁵⁹ Consequentemente, normas jurídicas injustas não são juridicamente defeituosas, mas moralmente defeituosas.

Uma teoria que é uma lógica do raciocínio jurídico, se bem sucedida, fornece uma ferramenta para se traduzir, para uma linguagem formal, o conteúdo jurídico autorizado em um sistema jurídico *S* que satisfaça o mínimo exigido para instanciar formalmente um raciocínio jurídico. Isola-se logicamente a perspectiva jurídica (*legal point of view*) como se referindo às soluções de *S* para resolver casos em cortes e tribunais. Os enunciados jurídicos reconstruídos formalmente tornam-se enunciados desengajados (*detached statements*) de um certo tipo. Como se viu em 2.2.4, uma ontologia *positivista* dos sistemas jurídicos foca exclusivamente na identidade entre certos enunciados sobre normas jurídicas disponíveis em um sistema jurídico *S* e as fontes de direito que lhes tornam verdadeiros em *S*. Essa concepção tem relevância até para o teórico jusnaturalista interessado na solução de defeitos morais do direito. Qualquer teoria do direito, engajada ou não com questões morais, precisa entender a dimensão ontológico-social da positivação para explicar como padrões éticos podem ser alcançados diante das *possibilidades jurídicas* de satisfação de um *ideal* moral. Afinal, a *contingência* das condições sociais de institucionalização dos sistemas jurídicos e seu papel social autoritativo para resolver conflitos de interesse tornam o direito, nas palavras de L. Green, um empreendimento *moralmente arriscado* (*morally risky*) [98]. Isso porque, historicamente, sistemas jurídicos serviram tanto para facilitar quanto para impedir as condições de realização do bem-estar ou da justiça social.

Não obstante, ao se afirmar que o que conta ou não como direito é uma questão de fato social, o positivista, assim como J. Gardner [89] e Marmor [160] sustentam, afirma algo sobre o *fundamento* (*grounding*) da juridicidade na realidade e não algo sobre como

⁵⁹Para mais discussões da tese da separação, cf [89, 161]. Para a crítica não-positivista da tese, cf. [14].

poderia ou deveria ser o direito, mas sobre qual conteúdo tem autoridade enquanto direito em um determinado contexto social. Por isso, os enunciados a respeito do direito positivo podem ser separados (*detached*) do seu valor moral, servindo para identificar quais as soluções jurídicas disponíveis e institucionalizadas em *S* e sem expressar qualquer tipo de *engajamento com o mérito moral* dessas soluções. O engajamento moral é uma atitude adicional em relação à identificação institucional do conteúdo jurídico de *S*. Raz explica:

Um enunciado desengajado é um enunciado do direito, sobre quais direitos ou deveres as pessoas têm, não um enunciado sobre crenças, atitudes ou ações de pessoas, nem mesmo de suas crenças, atitudes, ou ações em relação ao direito. E um enunciado normativo desengajado não carrega toda a força normativa de um enunciado normativo ordinário. Sua enunciação não compromete o falante com a perspectiva normativa que ele expressa.⁶⁰ [207, p. 153]

A possibilidade dessa descrição desengajada vai ao encontro do *ponto de vista da ciência do direito* que Kelsen propôs na *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)* [136]. Isso quer dizer que os enunciados desengajados descrevem as regras internamente válidas em um sistema jurídico *S* e como elas são observadas pelo agente jurídico hipotético (*legal man*) que reconhece que as regras de *S* têm validade jurídica em *S* [207, p. 140]. Ao se afirmar que ‘é o caso que *S* define como lícita a ação *p*’, não se quer dizer que ‘é o caso que eu *desaprovo moralmente* que *S* defina como lícita a ação *p*’ ou ‘é o caso que eu *aprovo moralmente* que *S* defina como lícita a ação *p*’. Trata-se apenas de uma descrição daquilo que conta ou não como direito nos limites autorizados por *S*, permitindo, nos termos de Kelsen, que “mesmo um anarquista possa, como jurista, descrever um Direito positivo como um sistema de normas válidas sem aprovar esse Direito.” [136, p. 425n17]. Uma vez que é uma questão de fato a resposta a respeito do que vale ou não em um sistema jurídico *S*, referenciando essa afirmação a uma fonte de direito com autoridade em *S*, torna-se possível afirmar, por exemplo, que ‘em acordo com a Constituição Brasileira, é lícito que *p*’ ou ‘em acordo com o Código Civil Napoleônico, é ilícito que *p*’, etc. Ademais, importa saber que, apesar de as referências às ‘fontes de direito’ serem condições necessárias e suficientes para identificar o conteúdo juridicamente autorizado em um sistema jurídico, conforme o que sustento neste trabalho, é possível produzir enunciados desengajados a respeito de sistemas normativos de outra natureza. Por exemplo, é plenamente possível afirmar que ‘de acordo com a doutrina moral do veganismo, é proibido consumir carne animal’ ou ‘em acordo com a doutrina moral cristã, é proibida a relação sexual extra-marital’ sem se comprometer ou aceitar tais doutrinas ou sistemas morais.⁶¹

⁶⁰Tradução de: “A detached legal statement is a statement of law, of what legal rights or duties people have, not a statement about people’s beliefs, attitudes, or actions, not even about their beliefs, attitudes, or actions about the law. Yet a detached normative statement does not carry the full normative force of an ordinary normative statement. Its utterance does not commit the speaker to the normative view it expresses.”

⁶¹Para mais discussões sobre aplicações dos enunciados desengajados ou descomprometidos [162].

Portanto, como reiterarei repetidas vezes, a institucionalização do direito positivo engloba principalmente o reconhecimento, pelas instituições adjudicativas, da autoridade das fontes de direito enquanto ponto de partida para se inferir normas em um sistema jurídico S . Para isso, o conteúdo cognitivo das fontes de direito precisa ser apreendido (*grasped*) pelo julgador. Essa apreensão é feita pela possibilidade cognitiva de utilizar enunciados desengajados para reconstruir as soluções jurídicas em S . A reconstrução juridicamente racional permite instanciar, no contexto decisório das cortes, o *agente jurídico hipotético*, dando ao julgador a qualidade de *intérprete autorizado* em S para aplicar o direito positivo. Tanto a inferência de quais normas pertencem a S quanto a aplicação autorizada dessas normas em casos judiciais exigem a cognição desengajada em relação ao conteúdo moral das fontes de direito, assegurando que sistemas jurídicos empreendam por um princípio de igualdade e imparcialidade na solução de casos judiciais e fazendo do direito positivo um método decisório de resolução de conflitos sociais instituído por procedimentos de tomada de decisão logicamente estáveis e consistentes.

2.3.3 Interpretação sem verdade? A resposta cognitivista moderada

Ao sustentar um tipo de *formalismo* em relação à interpretação das fontes de direito, a tese que proponho opõe-se a objeções radicais *não-cognitivistas* ou *anti-formalistas* do raciocínio jurídico. De um ponto de vista lógico, essa tese será discutida no próximo capítulo. Em termos mais gerais, ela se relaciona com a clássica distinção metaética entre *cognitivism* e *não-cognitivism*. Normalmente, fala-se que questões metaéticas são questões de segunda ordem sobre o discurso normativo. Enquanto as questões éticas dizem respeito àquilo que se deve fazer, as questões metaéticas afirmam algo sobre aquilo que se faz quando se afirma o que se deve fazer. Com isso, envolve questões sobre as dimensões lógica, ontológica, semântica, epistêmica, e psicológica do discurso normativo.⁶² A discussão que empreendo neste trabalho, própria da teoria geral do direito (*general jurisprudence*), é, em certa medida, para os estudos doutrinários do direito, aquilo que a metaética é para a ética normativa.⁶³ Sem considerar toda a complexidade do debate metaético, que não é o objetivo deste trabalho, as duas concepções são contrastadas como:

Tese do Cognitivism Metaético (T_{CM}): É o caso que enunciados éticos têm natureza proposicional e são verdadeiros ou falsos.

Tese do Não-Cognitivism Metaético (T_{NCM}): É o caso que enunciados éticos não têm natureza proposicional e não são verdadeiros nem falsos.

⁶²Para uma discussão geral sobre a metaética, cf [166, 81]

⁶³Sobre as relações entre a *general jurisprudence* e a metaética, cf. [186, 187]. É importante não confundir o uso jurídico do termo ‘jurisprudência’ em língua portuguesa com ‘general jurisprudence’. O primeiro é o conjunto das decisões e interpretações das leis das cortes e tribunais de um sistema jurídico. O segundo é a disciplina que empreende discussões filosóficas de segunda ordem sobre a natureza do direito e do discurso jurídico. Outro termo para essa disciplina é ‘teoria geral do direito’.

No campo da teoria da interpretação judicial, as teses são reinterpretadas como:

Tese do Cognitivism Interpretativo (T_{CI}): É o caso que os produtos da interpretação jurídica têm natureza proposicional e são verdadeiros ou falsos.

Tese do Não-Cognitivism Interpretativo (T_{NCI}): É o caso que os produtos da interpretação jurídica não têm natureza proposicional e não são verdadeiros nem falsos.

A diferença entre as teses relaciona-se à semântica da normatividade. Para os não-cognitivistas, quando se afirma que ‘é seu dever fazer tal e tal’, entende-se o enunciado como expressando uma ordem do tipo ‘faça tal e tal!’, sem que essa ordem contenha algum conteúdo cognitivo capaz de ser verificável. Isso faz com que esse tipo de expressão não seja apto a possuir os valores de verdade Verdadeiro ou Falso. As teses cognitivistas defendem o exato oposto, estabelecendo a aptidão para valores de verdade dos enunciados normativos. É importante saber que uma concepção que defende o *ceticismo do erro* vai afirmar que a *ausência* de correspondente na realidade faz, por exemplo, os enunciados morais serem *sempre* falsos.⁶⁴ No entanto, uma *teoria do erro* é ainda um tipo de cognitivismo. Nesse caso, trata-se de um tipo de cognitivismo diferente das demais posições cognitivistas que defendem ser o domínio normativo passível, em determinadas circunstâncias, de possuir correspondentes na realidade, permitindo enunciados normativos verdadeiros nestas circunstâncias e falsos nas outras. A posição que empreendo defende um cognitivismo moderado, que sustenta que se pode reconstruir as normas jurídicas na forma de enunciados verdadeiros sobre o *status jurídico* de uma conduta quando a esses enunciados corresponder um significado conclusivo autorizado pelas fontes de direito. Essas fontes, como defendi em 2.2.4, são fatos institucionais de um sistema jurídico S . Oponho-me tanto ao não-cognitivismo quanto ao ceticismo do erro na interpretação jurídica.

As teses sobre a interpretação jurídica, inclusive das concepções positivistas, estão relacionadas com um postulado da moderna teoria do direito que afirma que toda fonte textual reconhecida socialmente como fonte de direito é *interpretável* [75, p. 83]. Hobbes, p. ex., já havia percebido que “todas as leis, escritas ou não escritas, demandam interpretação”⁶⁵ e que isso faz das fontes de direito fontes de conflitos interpretativos sobre o conteúdo juridicamente autorizado por elas [117, p. 169]. Suponha que o legislador autorizado A do sistema jurídico S emitiu um dispositivo normativo contendo o texto ‘é lícito a todos o direito de se expressarem livremente’. Inicialmente, ao utilizar o termo ‘expressar livremente’ qual o sentido intencionado por A ? O intérprete R , caso comprometa-se institucionalmente com a legalidade de S , que confere a competência legislativa para A

⁶⁴A versão contemporânea de um ceticismo do erro tem como principal influência a posição introduzida por J. L. Mackie em *Ethics: Inventing Right and Wrong* [156]. Uma das principais variações do ceticismo do erro é o ficcionalismo de R. Joyce [126].

⁶⁵Tradução e adaptação de: “All laws, written and unwritten, have need of interpretation.”

e jurisdicional para *R*, buscará no conjunto de fontes de direito de *S* uma resposta para esse problema interpretativo. Um problema adicional é o caso em que *A* ainda não emitiu nenhum outro dispositivo que contenha uma definição daquilo que se concebe em *S* como significado do termo ‘expressar livremente’. Questiono: a atitude protegida juridicamente para essa liberdade de expressão inclui o direito da pessoa expressar *qualquer* opinião, mesmo uma opinião ofensiva a outrem? Qualquer caso *C* na corte de *S*, instanciando um conflito entre a pessoa *x* que se julga livre para expressar qualquer opinião sobre a pessoa *y* e *y* que se sente ofendida pela opinião de *x*, discutirá os limites da liberdade de se expressar estabelecida por *A*. Esse é um caso de *penumbra normativa*, pois inexistente um dispositivo normativo em *S* que delimite precisamente o que se concebe como ‘expressar livremente’. Isso ocorre porque vagueza e ambiguidade são inerentes à linguagem ordinária ou natural, que é o *medium* pelo qual as normas jurídicas são extraídas das fontes textuais de direito.⁶⁶ Nesses casos de *textura aberta* da linguagem jurídica, exige-se de *R* a determinação semântica de termos vagos ou obscuros a fim de dar aplicabilidade às normas jurídicas.⁶⁷ Portanto, *R* adquire uma competência *legislativa residual*.

Esse é um corolário das teses que defendi neste trabalho até aqui, especialmente em 2.1.4. A estrutura funcional dos sistemas jurídicos em um Estado de Direito, delineada pela *vedação do non-liquet*, não exige as cortes e tribunais de considerarem as fontes autoritativas de direito como bases normativo-linguísticas para se inferir normas que resolvam juridicamente casos judiciais. A interdependência entre a autoridade das fontes de direito e a institucionalização dessas fontes na agência adjudicativa das cortes e tribunais condiciona a *harmonização e coordenação institucional* da autonomia da racionalidade jurídica. Dessa estruturação racional, correlaciona-se a prerrogativa social do legislador soberano em criar leis, a generalização dinâmico-evolutiva das práticas reiteradas de costumes sociais e a estabilização e desenvolvimento interpretativo das fontes de direito em precedentes judiciais ou no seu estudo doutrinário pela dogmática jurídica. Um raciocínio genuinamente jurídico estabelece-se primariamente pela cognição e comprometimento com as *fontes de direito*, demarcando o que concebo como ‘modo jurídico de pensar’. Tal modo de pensar segue da crença e compromisso com a legalidade. A noção de ‘legalidade’ que adoto determina que as fontes de direito devem operar no processo interpretativo como base semântica inegável e efetiva para se identificar quais normas jurídicas servirão como soluções autorizadas para conflitos de objetivos. Defino essa noção na próxima subseção.

Não obstante, uma vez que é na prática jurisdicional que o direito particulariza-se como sendo decisivamente autoritativo, realizando a função autorizada da jurisdição para resolver conflitos de objetivos, transfere-se um grande poder decisório para as cortes e tribunais. De um ponto de vista apenas factual, pode ser o caso que os tribunais façam

⁶⁶A teoria do direito tem se dedicado a desenvolver de maneira mais precisa as discussões sobre vagueza e ambiguidade em sistemas jurídicos. Para uma abordagem geral dessas discussões, cf. [73, 130, 268].

⁶⁷Essa tese foi introduzida por H. L. A. Hart em *The Concept of Law* [110], sob a influência do artigo *Verifiability* [262] de F. Waismann.

coisa julgada (*res judicata*) da solução de um conflito mesmo que não adotem uma interpretação comprometida com os limites autorizados para essa solução conforme as fontes de direito. Essa é uma leitura da tese normalmente associada à posição de H Kelsen defendida no capítulo dedicado à *teoria da interpretação autêntica* na Segunda Edição de *Reine Rechtslehre* [136, Capítulo 8] e em sua obra póstuma *Allgemeine Theorie der Norm* [134]. De um ponto de vista lógico, discutirei a tese de Kelsen no capítulo 3. Por hora, é importante observar que sua tese foi influente para a postura não-cognitivista sobre a interpretação jurídica defendida nas teorias propostas por P. Chiassoni [57] e R. Guasttini [102] sob os rótulos ‘*realismo interpretativo*’ ou ‘*não-cognitivismo interpretativo*’.

Para o não-cognitivista, a interpretação judicial não envolve a apreensão (*grasp*) do sentido incorporado pelas fontes de direito, isto é, não é uma questão de apreensão do sentido objetivo das fontes jurídicas textuais [57, p. 130]. A ‘apreensão’, tal como entende G. Frege, é a atitude epistêmica que nos permite acessar um conteúdo proposicional. Esse conteúdo proposicional é o que Frege chama de ‘pensamento’ (*gedanke*), “algo para o qual surge a questão da verdade. Assim, atribuo o que é falso a um pensamento tanto quanto o que é verdadeiro.”⁶⁸ [85, p. 292] Ademais, Frege não entende a atribuição do valor de verdade a um pensamento como sendo a atribuição de “uma qualidade que corresponde a um tipo particular de impressão sensorial.”⁶⁹ [85, p. 292] Por isso, ele afirma que “um fato é um pensamento que é verdadeiro.”⁷⁰ [85, p. 307] Quando alguém busca comunicar um sentido por meio de um ato de fala, “ele não pode comunicar um pensamento que só ele pode compreender.”⁷¹ [85, p. 298] Logo, para a comunicação ocorrer, os falantes apreendem um conteúdo proposicional que informa aquilo que buscam comunicar. Frege divide as etapas do processo comunicativo da seguinte maneira [85, p. 294]:

- (1) apreender um pensamento - o pensar ou entender (*thinking*),
- (2) reconhecer o valor de verdade do pensamento - o julgamento (*judgment*),
- (3) manifestar esse julgamento - a asserção ou afirmação (*assertion*).

Primeiro, apreende-se o conteúdo objetivo a ser comunicado. Então, se é um fato, julga-se o conteúdo como verdadeiro. Do contrário, julga-se falso. Por fim, manifesta-se o pensamento por meio de uma afirmação ou asserção em forma linguística. Essa é uma operação epistêmica própria para o *modo assertivo ou indicativo* da linguagem. Por outro lado, tomado por uma leitura forte da distinção entre os modos assertivo e imperativo, Frege afirma que “não se quer negar sentido a uma sentença imperativa, mas esse sentido não é tal que a questão da verdade possa surgir para ela.”⁷² [85, p. 293] Sem adentrar na

⁶⁸Tradução de: “(the thought is) something for which the question of truth arises. So I ascribe what is false to a thought just as much as what is true.”

⁶⁹Tradução de: “(truth) is not a quality that corresponds with a particular kind of sense-impression”

⁷⁰Tradução de: “A fact is a thought that is true.”

⁷¹Tradução de: “He cannot communicate a thought which he alone can grasp.”

⁷²Tradução de: “One does not want to deny sense to an imperative sentence, but this sense is not such that the question of truth could arise for it.”

exegese de Frege, intuitivamente não afirmamos que uma expressão como ‘não matarás!’, que está em modo imperativo, seja verdadeira ou falsa. No entanto, quando afirmamos que ‘de acordo com o sistema de normas do Antigo Testamento, é proibido matar’, uma vez que é uma sentença indicativa de uma proibição conforme o Antigo Testamento, trata-se de uma sentença com valor de verdade. No caso, ao se interpretar tanto [31, Êxodo 20: 1-17] quanto [31, Deuteronômio 5: 3-21], onde a expressão hebraica para ‘não matarás!’ é enunciada, tem-se que é verdadeira a sentença que afirma ‘que é o caso que o Antigo Testamento determina a proibição de matar’. É justamente neste ponto que o não-cognitivista propõe sua teoria alternativa da interpretação de um sistema normativo.

Para o ‘não-cognitivismo’, ‘realismo’ ou ‘anti-formalismo’ quanto à interpretação judicial, os juízes, ao interpretarem as fontes de direito, podem *sempre* optar discricionariamente por utilizar um ou outro sentido normativo para determinar as normas jurídicas. Em última instância, o não-cognitivista trata a interpretação jurídica como uma questão de decisão e avaliação. A interpretação torna-se uma *atribuição* (sem apreensão) do sentido do texto das fontes de direito [102]. Como consequência, o não-cognitivista defende a perspectiva na qual o resultado da interpretação jurídica das fontes de direito produz expressões normativas sem qualquer conteúdo cognitivo, isto é, sem valor de verdade [57, p. 257-8]. Para ele, decisões judiciais apresentam um ou outro conteúdo normativo não em razão do significado extraído das fontes de direito, mas em razão de uma atribuição discricionária de sentido a essas fontes. Assim, em acordo com o *framework* não-cognitivista, a interpretação judicial contempla dois tipos de atitudes discricionárias :

Discricionari edade seletiva: consiste, para qualquer juiz, e em relação à interpretação de um dispositivo legal previamente identificado, no poder — limitado, é claro, pelo já mencionado ônus de argumentação — de determinar qual, entre dois ou mais códigos interpretativos alternativos, é (deve ser considerado) ‘o legalmente correto’.⁷³ [57, p. 129]

Discricionari edade aplicativa: consiste, ao contrário, para qualquer juiz, e em relação à interpretação de um dispositivo legal previamente identificado, no (limitado) poder de escolha entre duas ou mais traduções alternativas do dispositivo legal possibilitadas por incertezas na aplicação das regras do código interpretativo previamente selecionado.⁷⁴ [57, *ibid.*]

As duas posturas, conjuntamente ou isoladamente, constituem o que Chiassoni chama de

⁷³Tradução e adaptação de: “selective discretion consists, for any judge whatsoever, and in relation to the interpretation of a previously identified legal provision, in the power—limited, of course, by the aforementioned burden of argumentation—of determining which, between two or more alternative interpretive codes, is (to be regarded as) ‘the legally correct one’.”

⁷⁴Tradução e adaptação de: “Applicative discretion consists, contrariwise, for any judge whatsoever, and in relation to the interpretation of a previously identified legal provision, in the (limited) power of choosing between two or more alternative translations of the legal provision that are made possible by uncertainties showing up in the application of the rules of the previously selected interpretive code.”

situação de discricionariedade interpretativa. Enquanto a seleção discricionária consiste num poder de escolha entre as diferentes fontes de direito; a aplicação discricionária é a escolha do sentido a ser adotado para traduzir normativamente a fonte de direito que será aplicada. Nesse sentido, Chiassoni defende que:

Por situação de interpretação discricionária, quero dizer, para qualquer juiz que seja, e em relação à interpretação de dispositivo legal previamente identificado, a situação que consiste na possibilidade para o juiz de exercer seus poderes de discricionariedade interpretativa: seja o poder de seleção discricionária (discricionariedade quanto à escolha do código a ser interpretado), ou o poder de aplicação discricionária (discricionariedade na aplicação das regras de um código anteriormente selecionado), ou ambos.⁷⁵ [57, p. 129]

É importante saber que a *discricionariedade* que Chiassoni afirma não é uma discricionariedade absoluta tal como discuti em 2.3.1. Trata-se de uma discricionariedade limitada pela *argumentação*. A argumentação jurídica para Chiassoni não é uma estrutura formal que se torna *correta* em razão do sentido apreendido institucionalmente nas fontes de direito. Ele propõe reaproximar a estrutura argumentativa e justificativa da interpretação jurídica ao que ele chama de *sistema normativo retórico* [57, p. 40]. As fontes de direito funcionam como *dispositivos normativos* e as normas são o resultado da atribuição discricionária de sentido a esses dispositivos. O que os juízes fazem é mostrar como “dispositivos normativos são transformados em normas de maneiras suscetíveis de argumento retórico.”⁷⁶ [57, p. 43] Por meio da retórica, juízes buscam convencer os destinatários da decisão de que é possível reconstruir dedutivamente, na forma de um argumento *modus ponens*, a decisão como justificada nas fontes de direito. Mas é impossível falar de *argumento juridicamente correto*, pois não há nenhum sentido juridicamente correto a ser *apreendido* em uma fonte de direito. Quando se reconhece uma decisão como correta, essa é uma aparência que esconde que aquele que assim a reconheceu foi convencido retoricamente pela decisão do juiz em atribuir um sentido tal e tal à fonte de direito utilizada.

Com isso, essa postura anti-formalista é um tipo de ceticismo quanto à estruturação racional ou sistemática do raciocínio jurídico [57, p. 2]. Ademais, se as fontes de direito são apenas meios retóricos para um convencimento social, tem-se um colapso da distinção formal entre atitude legislativa e atitude jurisdicional. Por mais que se argumente, tal como Chiassoni [57, p. 3], que se abre uma visão pluralista da sociedade, perde-se, com isso, o papel institucional da atividade legislativa. O resultado é a seguinte tese:

⁷⁵Tradução de: “By situation of interpretive discretion I mean, for any judge whatsoever, and in relation to the interpretation of a previously identified legal provision, the situation that consists in the possibility for the judge of exercising her powers of interpretive discretion: be it the power of selective discretion (discretion as to the choice of the interpretive code), or the power of applicative discretion (discretion in applying the rules of a previously selected interpretive code), or both.”

⁷⁶Tradução de: normative provisions are transformed into norms in ways susceptible of rhetorical argument.”

Tese da Não Correspondência Um-para-um: devido ao trabalho de vários fatores conspiradores, incluindo indeterminação metodológica e pluralismo ideológico, não há correspondência um-para-um entre formulações normativas e normas. Em vez disso, a cada formulação normativa corresponde um quadro de normas alternativas: ou seja, cada formulação normativa pode ser traduzida de maneiras alternativas, cada uma correspondendo a uma norma diferente.⁷⁷ [57, p. 263]

Essa tese sustenta que as formulações adotadas nas fontes de direito são limitações apenas sintáticas e nunca asseguram um sentido unívoco ou estabilizado que corresponde a uma norma jurídica autorizada. Os casos que parecem estabilizados e de fácil interpretação (casos fáceis) seriam o que Chiassoni chama de convergência *inter-ideológica* [57, p. 3], produzindo “resultados, de acordo com as circunstâncias, de persuasão moral, cooperação voluntária, conformismo, oportunismo, prudência e até covardia.”⁷⁸ [57, p. 11] A suposta ‘racionalidade jurídica’ acabaria por abrigar um tipo de cinismo que *anularia* a expectativa de pensar o empreendimento social como organizado funcionalmente à luz de uma racionalidade institucional como a do Estado de Direito que se baseia na *consistência e estabilidade* dos processos decisórios. Bastaria apenas a capacidade de convencimento social, mesmo retórica, do julgador que impõe uma interpretação juridicamente vinculante.

Como consequência, entendo que o risco por detrás dessa postura cínica e cética é uma quebra institucional do longo processo histórico que consolidou o ideal e as bases para se viver em um empreendimento social na forma de Estado de Direito. Além disso, apesar de se posicionar como ‘realista’, a questão que se poderia colocar é: o não-cognitivismo é uma teoria que descreve a maneira como os juízes decidem em um Estado de Direito? Por Estado de Direito, como afirmei em 2.1.4, indico o *status jurídico* de uma organização social regida pelo Princípio do Estado de Direito (PED). Em situações em que o PED, entendido como regra ou conformidade com a lei, não se aplica, o direito se confunde com a política, com a moral ou com outro sistema normativo e não tem sua autonomia plenamente desenvolvida [152, p. 555-578]. As razões para que os juízes adotem uma postura plenamente jurídica na tomada de decisão judicial envolvem as complexas relações autoritativas que se impõem pelas fontes de direito quando passam a limitar, não apenas aparentemente, mas também institucionalmente e cognitivamente, a validade das decisões judiciais [72]. E, uma vez que o PED se aplica, o valor imanentemente jurídico da racionalidade judicial é dependente dos limites formais e semânticos impostos pelas fontes de direito, que exigem do juiz uma postura interpretativa cognitivamente adequada para

⁷⁷Tradução de: “due to the working of several conspiring factors, including methodological indeterminacy and ideological pluralism, there is no one-to-one correspondence between normformulations and norms. Rather, to each norm-formulation there corresponds a frame of alternative norms: i.e., each norm-formulation can be translated in alternative ways, each one corresponding to a different norm.”

⁷⁸Tradução de: “outcomes, according to the circumstances, of moral persuasion, wilful cooperation, conformism, opportunism, prudence and even cowardice.”

apreender as razões jurídicas (*ratio legis*) nelas incorporadas [138]. A condição jurídica para a coordenação das razões públicas depende de uma postura imparcial e limitada dos juízes, que passam a se apropriar de métodos cognitivos adequados para alcançar a interpretação apropriada (verdadeira) das fontes de direito, como discuti ao final de 2.2.4.

Visando contornar e dar uma resposta satisfatória aos dilemas impostos pelo não-cognitivismo contra uma *lógica genuína* do direito, defendo a aplicação dos conceitos subjacentes às Lógicas da Evidência e Verdade (LETs) introduzidas por W. Carnielli e A. Rodrigues [52, 53]. As LETs harmonizam as concepções clássica, paraconsistente e para-completa da consequência lógica. Uma aplicação dessa teoria no direito permite identificar onde as fontes de direito apresentam soluções conclusivas, não-conclusivas em razão de contradições normativas e não-conclusivas em razão de lacunas normativas. Nessa concepção, defendo que os juízes, ao interpretarem as fontes de direito buscando apreender o sentido objetivo dado pela pré-seleção legislativa que as criou, encontra evidências sobre o conteúdo dessas fontes que fornecem soluções conclusivas ou não-conclusivas. Por um lado, se a pré-seleção for não-conclusiva, o código jurídico expresso por essas fontes pode conter conflitos ou lacunas normativas, prejudicando a identificação de uma solução juridicamente válida para um caso e tornando explícita a exigência de reformas legislativas residuais dessas fontes por parte dos tribunais. Por outro lado, se a pré-seleção for conclusiva, normas conflitantes ou lacunas normativas deixam de existir, precluindo a necessidade de se reformar o sentido ou propósito do texto, uma vez que esse já se mostra claro e reconhecível pelos tribunais. Fala-se, nesse sentido, que a matéria jurídica já ‘está decidida’. Os sistemas jurídicos devem superar contradições, lacunas normativas ou divergências interpretativas ao entregar uma resposta final aos casos judiciais. A posição que proponho, contrária à tese não cognitivista, é a tese da correspondência moderada:

Tese da Correspondência Moderada: as cortes decidem casos já regulamentados identificando normas que são soluções conclusivas com base nas fontes de direito. Em cada formulação normativa pré-selecionada pelo legislador que é uma solução conclusiva corresponde, de forma consistente, apenas uma norma.

Respeitando a pré-seleção da autoridade legislativa *de jure*, as cortes e tribunais apenas deixam de aplicar uma norma quando esta não é uma solução conclusiva. A ideia de ‘pré-seleção’ diz respeito às expectativas normativas que se fixam pela atitude legislativa, quando esta adota uma ou outra formulação textual para uma fonte de direito. Existe uma razão pela qual o legislador adota uma formulação e não outra. Afinal, interpretando o clássico brocardo latino ‘*verba cum effectu sunt accipienda*’: as palavras devem ser adotadas de forma eficaz – e o legislador autorizado não joga palavras ao vento. Pode ser que contingentemente o legislador transfira para o julgador a responsabilidade funcional de resolver possíveis conflitos e lacunas de sentido nas fontes de direito. Neste caso, há

a competência legislativa residual. Mas onde não há transferência da responsabilidade legislativa, há um sentido unívoco da fonte de direito. É uma questão técnica da prática jurídica identificar esse sentido. E é logicamente possível um engajamento *genuíno* e não apenas *retórico* em buscá-lo e estabilizá-lo. As cortes que não acreditam nem se comprometem com o Estado de Direito recaem no ceticismo e cinismo do não-cognitivismo.

Não apenas restrita à atitude legislativa, a teoria cognitivista moderada da interpretação consagra a *racionalidade das fontes de direito* e de sua sistematização. Sustento em 2.4.4 que o postulado da dogmática jurídica que demanda uma hierarquia das fontes de direito dá uma visão abrangente dessa *racionalidade*, organizando o conjunto de fontes de direito em um modelo sistemático que respeita o papel institucional de cada uma. Essa racionalidade funcional reflete o propósito social do direito em estabilizar as expectativas normativas com o mínimo de desordem social. Busca-se, portanto, o ideal de *segurança jurídica* que discuti, assegurando a estabilização contrafática das expectativas normativas sobre o direito positivo. Assim, para além da *legislação consistente*, o raciocínio jurídico é a *lógica da jurisdição racional*, tendo os objetivos de solucionar funcionalmente as demandas trazidas aos tribunais em casos judiciais e de eliminar conflitos normativos e resolver lacunas para estabilizar o programa jurídico codificado. A versão deôntico-jurídica das LETs que defendo visa fornecer esse tipo de tratamento racional de contradições e lacunas em sistemas jurídicos. Para justificar um engajamento de lógicos e filósofos com a extensão jurídica das LETs, mostro no capítulo 3 como que a dimensão epistêmica do raciocínio jurídico valida o uso desse framework como metodologia no direito. Na subseção seguinte, explico a razão pela qual a posição que defendo é um ‘cognitivismo moderado’ em virtude de uma posição epistemológica *fundacionalista*. Ela se diferencia das posições *coerentistas* que, em sua versão mais radical, sustentam um tipo de conjunção das razões morais e razões jurídicas como se fossem parte de um mesmo domínio normativo coerente.

2.3.4 Justificação e dimensão epistêmica da interpretação jurídica

Dentre as múltiplas fontes de direito positivo, como se verá em 2.4.4, a fonte mais básica ou elementar é a *constituição* de um sistema jurídico. A partir da constituição, todas as outras fontes de direito podem ser identificadas por meio de um processo inferencial de derivação das soluções autorizadas legislativamente para resolver casos judiciais. Ademais, as cortes e tribunais de um sistema jurídico, quando acreditam e se comprometem com a legalidade funcionalmente definida no Estado de Direito, como se viu acima, dão primazia às normas bem-formuladas e explícitas nas fontes de direito sobre qualquer outro tipo de razão não-jurídica. T. Campbell define uma concepção ‘legalista’ como a que afirma que o raciocínio jurídico está limitado a dois tipos de inferências:

Legalismo como união de duas teses: A primeira é que as regras podem excluir algumas possibilidades, de modo que não é o caso de qualquer inferência

poder ser extraída de qualquer regra. A segunda é que a precisão é uma questão de grau, e o legalismo representa o compromisso de ser o mais preciso possível no contexto do propósito geral para o qual a regra foi elaborada. Isso significa que há uma preferência por regras suficientemente específicas para serem incontroversas, como aquelas que se referem a espécies naturais e/ou recorrências publicamente observáveis.⁷⁹ [47, p. 89]

As normas que são regras bem formuladas demarcam e restringem as possibilidades de inferência. Além disso, quando bem demarcados os contextos de sua aplicação, presume-se as normas como sendo soluções para os casos que regulamentam. Ou seja, presume-se que normas que são regras precisas e bem formuladas prevalecem sobre aquelas normas ainda não bem especificadas linguisticamente [47, p. 88]. O ‘legalismo’ de Campbell diferencia-se das versões do ‘formalismo’ que defendem a ideia na qual as decisões jurídicas não devem partir da finalidade que se pressupõe para uma norma jurídica, mas apenas do conteúdo explícito em sua formulação linguística⁸⁰ [47, p. 85-86]. Para o formalista tradicional, assumir a ‘finalidade’ do texto coloca em risco o conteúdo da norma, podendo ser desvirtuado por uma razão não-especificada em sua formulação. P. ex., quando se fala que a norma ‘puna o crime de furto com a prisão!’ tem como finalidade punir apenas os furtos de bens de *valor relevante* e não os de *valor insignificante*, sem essa demarcação explícita no texto da formulação da norma, o formalista tradicional afirma que se trata de uma inferência indevida ou não autorizada. Sem considerar se este caso particular de fato desvirtua a aplicação esperada da norma que prevê a punição do furto, o que demandaria uma investigação do contexto e dos debates legislativos subjacentes à norma, importa saber que Campbell afirma, com razão, que a compreensão da finalidade das razões pré-selecionadas pelo legislador não desvirtua a norma em razão de suas consequências, mas forma “o entendimento da natureza das escolhas com que o legislador se depara e a forma como a linguagem utilizada sinaliza uma seleção particular de opções.”⁸¹ [47, p. 87]

Existe uma distinção adotada nas teorias do direito, especialmente a partir dos trabalhos de R. Dworkin [67], que critica a redução do termo ‘normas’ a ‘regras’. Dworkin afirma que o termo ‘normas’ refere-se a um gênero de duas espécies logicamente distintas: *regras* e *princípios* [67, p. 24]. Ele entende que regras seguem o *modelo do tudo ou nada* (*all-or-nothing fashion*), apresentando um padrão mecânico de justificação onde

⁷⁹Tradução de: “The first is that rules can exclude some possibilities, so that it is not the case that just any inferences can be drawn from any rule. The second is that precision is a matter of degree, and legalism represents a commitment to being as precise as possible in the context of the general purpose for which the rule is drawn up. This means that there is a preference for rules which are sufficiently specific to be uncontroversial, such as those which refer to natural kinds, and/ or publicly observable recurrences.”

⁸⁰No entanto, Campbell [47, p. 88-89] traça similaridade de sua posição com o ‘formalismo’ ou ‘positivismo presumido’ de F. Schauer [224, 225]. Ambos tentam resguardar o papel prático das normas ou regras como mecanismos de estabilização do raciocínio prático.

⁸¹Tradução: “awareness of the nature of the choices confronting the legislator and the way in which the language used signals a particular selection of options.”

as circunstâncias nas quais se aplicam ou não estão pré-decididas. Uma regra pode ser *funcionalmente* relevante ou não para um caso [67, p. 27], exaustiva ou não em relação à enumeração de suas exceções [67, p. 25]. Princípios, por outro lado, fornecem uma razão para direcionar uma decisão judicial, mostrando, de forma distinta das regras, os *pesos ou graus de importância* das soluções de *casos difíceis* (*hard cases*) [67, p. 81 ss.]. Ao contrário das regras, os princípios não deixam de ser aplicáveis, mas têm um peso maior ou menor em cada caso. Eles restringem a capacidade julgar das cortes, controlando a discricionariedade judicial nos casos em que a decisão sobre o status jurídico de um comportamento social não possui um *padrão decisório* semanticamente fechado em dois valores opostos e pressupõe um direcionamento moral [67, p. 31-4].

O presente trabalho opõe-se ao modelo de Dworkin. A diferença entre ‘regras’ e ‘princípios’ não é uma diferença de tipo, pois, como se verá no capítulo 3, ambas as entidades podem ser reconstruídas em termos das modalidades do lícito e ilícito. A diferença entre as espécies reside na função e grau de especificação semântica. Os princípios são normas que demandam sua especificação por regras. Enquanto as regras são normas com carga semântica fechada, os princípios têm carga semântica aberta ainda não especificada. Suponha que a constituição do sistema jurídico *S* determina o princípio no qual toda fonte de direito deve ser interpretada à luz da ‘dignidade da pessoa humana’. Uma forma de representar o princípio é ‘é ilícita toda norma que atentar contra a dignidade da pessoa humana’. Essa é uma norma sobre normas que pode ser lida como determinando ‘que é ilícito que seja lícito que se atente contra a dignidade humana.’ No entanto, para que tenha alguma aplicabilidade, é preciso especificar normativamente o que se concebe como ‘atentar contra a dignidade humana’. Destarte, a especificação da norma que impõe o dever de desconsiderar como jurídica qualquer norma atentatória contra a dignidade humana, poderia, por exemplo, aceitar que ‘é ilícita qualquer norma que atente contra a vida’, ‘é ilícita qualquer norma que atente contra a integridade física de alguém’, etc.

Por conseguinte, os princípios, apesar de servirem como normas sobre quais normas considerar, demandam regras que determinam o seu conteúdo. Sem esse fechamento operacional, como afirma M. Neves, o risco é o *abuso retórico* dos princípios na justificação de decisões [173, p.135]. P. ex., no caso em que, por não existir uma delimitação jurídica precisa do que se quer dizer com ‘dignidade humana’, o juiz *J* não aplica uma regra bem especificada sobre direitos trabalhistas em razão de intuir que essa regra atenta contra a ‘dignidade humana’. Mas qual sua definição jurídica? É por essa razão que inverto a posição de R. Alexy [12, p. 300]. Não são as regras que entendo por ‘comandos otimizáveis’ e os princípios por ‘mandamentos que otimizam’. Mas regras otimizam, estabilizam e asseguram a imparcialidade da aplicação de princípios. Sem o fechamento semântico, princípios abstratos são apenas meios retóricos para a justificação *moral* e não *de jure* das decisões jurídicas. A incapacidade de reconstruir precisamente o conteúdo normativo autorizado pelas fontes de direito leva um sistema jurídico a falhar como um guia estável

das condutas. Logo, entendo que os ‘princípios’ são aplicáveis quando tradutíveis estritamente como *conjuntos de regras sobre quais normas são consideradas normas jurídicas*. Sem uma formulação precisa, os princípios têm *caráter não-conclusivo* [110, p. 336].⁸²

A fim de evitar a abertura semântica não-autorizada das normas jurídicas, tornando-as inconclusivas como soluções para casos judiciais, é importante separar as razões da norma das razões justificadoras da norma. As razões jurídicas que restringem a interpretação judicial não são substanciais, isto é, não dependem *prima facie* da avaliação moral dos méritos dessa restrição. Elas são o que A. Peczenik chama de razões de autoridade, as quais “declaram que uma determinada decisão legislativa, judicial ou outra deve ser tomada por outras circunstâncias que não o seu conteúdo.”⁸³ [183, p. 259] Uma razão que diz ‘aplica-se a norma N em tal e tal circunstância’ é diferente de uma razão que diz ‘aplica-se a norma N em tal e tal circunstância pela razão R ’. No primeiro caso, demarca-se apenas a circunstância de aplicação da norma. P. ex., o julgador constata que a demarcação legislativa da norma que pune o furto é ‘aplica-se a prisão e a multa a furtos de bens de valor relevante e apenas a multa em furtos de bens de valor insignificante’. Isso é bem diferente de se afirmar que ‘aplica-se (...) porque é injusto punir desproporcionalmente os crimes e não há justificativa moral em punir um crime insignificante com a prisão’. Ao tomar as duas assertivas como razões para a aplicação de uma punição para o furto, tem-se que a primeira assertiva apenas afirma quando se aplica essa punição. Sua aceitação é a aceitação de sua autoridade enquanto razão jurídica. Na segunda assertiva, a aplicação da punição é justificada por uma razão moral adicional. Pensando na relação da razão de autoridade de uma norma N e sua justificativa moral adicional, existem pelo menos três modelos (não exaustivos) de justificativa da aplicação de N em contextos jurisdicionais:

Justificação_M: a existência de uma norma N com autoridade *de jure*, aplicável a um caso judicial C , não é uma razão nem necessária nem suficiente para aplicá-la a esse caso. A solução de um caso segue-se sempre a razão R que o julgador considerar a melhor razão aplicável a C .

Justificação_{JM}: a existência de uma norma N com autoridade *de jure*, aplicável a um caso judicial C , é uma razão suficiente, mas nem sempre necessária, para aplicá-la em C . Ela é necessária sempre que for assegurada pela

⁸²L. Alexander [8] sustenta a ideia na qual princípios jurídicos, por não serem dotados de qualquer objetividade, são entidades ontologicamente ilusórias no direito. Isso porque o que dá objetividade ao que se concebe como princípios são as regras que padronizam o entendimento sobre um conteúdo normativo no direito. A minha proposta é similar, mas mantenho o uso do termo ‘princípios jurídicos’ em razão de ser comumente aplicado na prática jurídica. No entanto, uma análise detida observa que ressignifico os princípios em termos das regras. No final, qualquer norma é entendida em termos de regras, a diferença é sua aplicabilidade, sendo que algumas são direcionadas à aplicação de outras normas ou regras. Hart chamou essas regras secundárias ou de ordem superior de ‘normas de julgamento’ [110, p. 125]. Para outras limitações do uso da terminologia dos princípios no direito, cf. [9, 206, 226].

⁸³Tradução e adaptação de: “when stating that a certain legislative, judicial or other decision ought to be made because of other circumstances than its content.”

razão adicional R que o julgador considerar ser de relevante valor moral.

Justificação $_J$: a existência de uma norma N com autoridade *de jure*, aplicável a um caso judicial C , é uma razão suficiente e necessária para aplicá-la em C .

Identificar qual desses modelos de justificação prevalece na prática dos sistemas jurídicos reais envolve uma investigação empírica. São tipos de justificação que permitem, *ceteris paribus*, demarcar os comprometimentos específicos do sistema resolução de conflitos adotado pelas cortes e tribunais de um sistema jurídico S . Nas lições de Weber:

(construções ideais típicas) indicam o curso que um determinado tipo de ação humana tomaria se fosse estritamente racional, não afetado por erros ou fatores emocionais e se, além disso, fosse completa e inequivocamente direcionado a um único fim (...).⁸⁴ [269, p. 9]

Fatores como estados emocionais dos juízes e outras questões particulares são contingentes a certas circunstâncias, mas isso não impede de se pensar como esses fatores podem influenciar mais ou menos os processos decisórios em cada um desses modelos de justificação enquanto tipos ideais. Isso porque os *tipos de justificação epistêmica* são mais ou menos susceptíveis a falhas particulares e limitações práticas dos sistemas decisórios. Dito isso, a Justificação $_M$ é um tipo de justificação indiferenciada que assimila a razão jurídica como uma razão moral. A Justificação $_{JM}$ diferencia ambas as razões em algum grau, mas ainda submete as razões jurídicas dadas por normas com autoridade *de jure* ao escrutínio moral contextual. A Justificação $_J$ é a típica racionalidade jurídica com autonomia institucional plenamente desenvolvida em normas jurídicas do programa das fontes de direito.

Tanto a autoridade quanto a moralidade das razões aplicáveis em casos C passarão pelo escrutínio do julgador que deve justificar sua decisão. A autoridade *de jure* das normas enquanto justificações, como defendi em 2.2 e defendo nesta subseção, é identificável pela sua referência nas fontes de direito. As razões morais, por outro lado, como defendi em 2.3.1, demandam que o juiz desempenhe uma cognição de todas as variáveis (ou pelo menos das mais relevantes) e circunstâncias aplicáveis a um caso de tal forma a produzir um balanço de razões que justifique uma ou outra norma como moralmente superior. O direito, no entanto, deve ser capaz de providenciar um modelo estável de decisão, capaz de fornecer algum grau de equidade, eficiência e publicidade no tratamentos dos casos, permitindo que as respostas sejam direcionadas aos destinatários em um tempo razoável, com imparcialidade e que a justificação seja reconhecível juridicamente pelo público de um sistema jurídico ou, pelo menos, daqueles nos quais ter conhecimento da questão em debate é central – p ex., nos casos em que resguardar a identidade dos envolvidos assegura

⁸⁴Tradução de: “(typical ideal constructions) state what course a given type of human action would take if it were strictly rational, unaffected by errors or emotional factors and if, furthermore, it were completely and unequivocally directed to a single end (...).”

o direito à privacidade no julgamento da questão, que pode envolver algum constrangimento se de conhecimento público. Logo, se a Justificação_J prevalece no sistema decisório oficial de um sistema jurídico *S*, indica-se que a prática do direito tornou-se autorregulada em *S*, existindo neste sistema um comprometimento e uma crença fortes com a legalidade.

Na Justificação_M, tem-se um sistema discricionário forte, podendo chegar ao modelo de discricionariedade absoluta de 2.3.1 se a existência de uma norma com autoridade *de jure nunca* for uma razão para aplicá-la. Isso porque a Justificação_M afirma que as razões substanciais *sempre* devem prevalecer sobre as razões de autoridade. Na Justificação_{JM}, uma norma com autoridade *de jure* sempre justifica a decisão, mas não é necessária quando houver uma razão moral suficiente para deixar de aplicá-la e é necessária quando for também moralmente justificada. A Justificação_{JM} demanda integrar uma justificativa moral à norma jurídica que, se correta, torna essa norma uma razão substancial. Separando o ponto de vista jurídico do moral e enfatizando a perspectiva moral, a Justificação_{JM} privilegia o peso da razão moral sobre a autoridade da norma, mas não descarta a importância desta na justificação. Por fim, na Justificação_J, demanda-se que o julgador aplique a norma independentemente de se ter uma justificação moral adicional para aplicá-la, basta apenas a sua autoridade *de jure*. Presume-se que a justificação moral é uma questão legislativa e não jurisdicional, sendo esta uma questão técnica. A Justificação_J privilegia a autoridade *de jure* da norma jurídica sobre a razão moral adicional que justifica sua aplicação. Em síntese, na Justificação_M, a norma não participa da decisão somente por ser uma norma, sendo que a decisão será sempre decidida conforme as melhores razões morais que o julgador considerar aplicáveis; na Justificação_{JM}, o juiz ocasionalmente deixa de aplicar a norma quando considerar que uma questão moral relevante assim demandar; na Justificação_J, o juiz nunca deixa de aplicar as normas com autoridade *de jure* presumidamente aplicáveis para resolver os casos judiciais. Em 2.3.1, discuti contrariamente à possibilidade de um sistema decisório enquanto um modelo de discricionariedade absoluta ser um sistema jurídico. Por essa razão, em sentido técnico, defendo que o raciocínio jurídico é fundamentado *exclusivamente* pela Justificação_J.

Ao definir o domínio dos sistemas jurídicos como o domínio da lei (positiva), Hegel explicou que “o que o direito é em si afirma-se na sua existência objetiva (...). É conhecido como o que, com justiça é e vale; é a lei. Tal direito é, segundo esta determinação, o direito positivo em geral.” [112, §211] Reduzindo o termo ‘justiça’ à ‘forma do direito’, sem retomar suas discussões substanciais, tal como em 2.3.1 e 2.3.2, conecto a ‘positivação’ ou ‘objetividade’ do direito e a ‘forma da lei’. Especificando essa dimensão factual-conceitual do direito, falo da ‘forma das fontes de direito’. Estes são certos fatos interpretados sob uma significação institucional, como expliquei em 2.2.3 e 2.2.4, os quais adquirem autoridade *de jure* para servirem como solução para determinados conflitos sociais. Tomando essa dimensão objetiva da ‘positividade do direito’, J. Gardner formula a seguinte tese:

Tese da Positivção (SP_T): Em qualquer sistema jurídico, saber se uma

determinada norma é juridicamente válida e, portanto, se faz parte da lei desse sistema, depende de suas fontes, não de seus méritos⁸⁵ [89, p. 199].

A primazia da Justificação_J em demarcar o raciocínio jurídico depende de SP_T . A identificação daquilo que vale como direito em um sistema jurídico S não depende ‘de seus méritos’, mas da formulação adotada pelas fontes de direito, as quais dão o significado *de jure* aos enunciados normativos. Partindo da terminologia adotada por R. Alexy, SP_T separa o domínio de validação de uma norma jurídica enquanto pertencente a uma ordem ou sistema jurídico S do domínio de validação da justiça substancial, que “se refere à exigência de que o direito seja racional ou justo” [15, p.308]. De um ponto de vista argumentativo, ao contrário da tese de Alexy [14], SP_T restringe a ideia de ‘racional’ enquanto ‘racionalidade jurídica’ ao âmbito da interpretação técnica das fontes de direito e não à sua interpretação moral-ideal. Decisões jurídicas podem ser ‘juridicamente corretas’ sem ser ‘moralmente corretas’. Entretanto, é importante reiterar que uma defesa teórica de SP_T não implica uma defesa da injustiça, nem indiretamente. A distinção teórica é elucidativa de que questões de direito não se resumem necessariamente a questões de justiça. As efetivação substancial da justiça, segundo Luhmann, é contingente [152, p. 285-317] ao estágio ou período do processo evolutivo-cultural da sociedade [152, p. 319-395].

Dito isso, é possível uma formulação precisa de SP_T , suprimindo a superfluidade em reiterar que a identificação da validade de uma norma independe ‘de seus méritos’. Como afirmei na introdução deste capítulo e em 2.1.5, uma norma jurídica N pertencente a um sistema jurídico S determina o que se pode ou é lícito fazer, estando em conformidade com S ; ou aquilo que não se pode ou é ilícito fazer, estando em desconformidade com S . Assim, uma conduta p (desempenhada por um indivíduo x em um momento t) é lícita em S se e somente se p conforma-se com o que uma autoridade legislativa de S determinou como lícito em uma fonte de direito FS . Por outro lado, a conduta p é ilícita em S se e somente se está em desconformidade com o que uma autoridade legislativa de S determinou como lícito em uma fonte de direito de FS . Mas saber qual norma jurídica é válida em S depende de como as cortes e tribunais exercem a interpretação autorizada I das fontes de direito FS emitidas por atos legislativos com autoridade em S . Pela tese formalista [224], FS é propriamente uma fonte de direito se é capaz de restringir a interpretação das cortes e tribunais ao inferirem qual norma N tem valor jurídico em S . Logo:

Tese da Positivção’ (SP_T): N determina que p é lícito ou ilícito em S se e somente se N é resultado inferencial da interpretação autorizada I limitada por FS em S .

Sendo:

(a) ‘ N ’ uma norma jurídica de S ,

⁸⁵Tradução e adaptação de: “In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits”.

- (b) ‘ p ’ a conduta a ter o *status jurídico* estabelecido por N ;
- (c) ‘ S ’ o sistema jurídico-objeto;
- (d) ‘ FS ’ as fontes sociais das normas N qualificadoras de p em S .
- (e) ‘ I ’ a interpretação autorizada determinante de N a partir de FS em S .

Falar que N é um ‘resultado inferencial’ de uma atitude interpretativa das fontes de direito é a principal tese deste trabalho. A partir dessa definição, proponho mostrar que existe uma racionalidade e, nesse sentido, uma lógica da interpretação judicial que parte das fontes de direito como base inferencial de normas jurídicas gerais para a norma jurídica individual que soluciona um caso. A adoção de SP_T imprime um caráter *fundacionalista* ao raciocínio jurídico, tornando-o diferente de reconstruções coerentes dos sistemas jurídicos à luz das razões que justificam moralmente o direito positivo. Como elucidado abaixo, em 2.3.5, a tese coerentista toma as razões jurídicas conclusivas como um conjunto de razões morais e razões jurídicas presumidas que se justificam mutuamente.

Por outro lado, já na tese social SC_T , mostrada em 2.2.1, estabelece-se a dependência do direito a certos fatos sociais qualificadores. Essa é uma dependência *ontológica* que se impõe sobre cortes e tribunais ao decidirem casos judiciais. As ‘fontes de direito’ são ‘fatos sociais qualificadores’, institutos sociais em forma textual que servem de base para inferir as normas de um sistema jurídico S dando-lhes *fundamento* (*grounding*) na realidade social de S . Se essa tese estiver correta, SC_T fornece as condições de verdade para se descrever uma norma N que serve como uma solução conclusiva para os casos que regula e que é interpretada das fontes de direito FS de um sistema jurídico S como um enunciado verdadeiro em S . Essa é a contra-tese do não-cognitismo em 2.3.3, que afirma que as normas jurídicas, pensadas enquanto resultados da interpretação jurídica, são entidades sem valor de verdade, entidades inaptas a serem valoradas como verdadeiras ou falsas.

2.3.5 A interpretação jurídica como um fundacionalismo moderado

Na clássica formulação de E. Gettier [91, p. 141], o conhecimento aparece como *crença verdadeira justificada* (*justified true belief*, JTB). A definição JTB estabelece que:⁸⁶

Um indivíduo I sabe que P é verdadeiro se e somente se:

- (1): P é verdadeiro;
- (2): S acredita que P é verdadeiro; e
- (3): S está justificado em acreditar que P é verdadeiro.

Os três critérios, se tomados em conjunto, propõem fornecer as condições necessárias e suficientes para se falar que alguém conhece P . Uma série de objeções, inclusive do próprio Gettier [91, p. 142-143], foram propostas para a formulação JTB. Objeções como

⁸⁶Gettier associa a origem dessa definição a passagens dos diálogos platônicos no *Teeteto* [185, Theaetetus 20 I] e no *Mênon* [185, Meno 98]. Existe uma discussão sobre se, de fato, Platão endossou JTB como definição de conhecimento. Para isso, cf.

as de Gettier têm como objetivo indicar falhas ou limitações dessa clássica concepção. Isso não implica que a definição JTB não possibilite uma representação intuitiva daquilo que se quer dizer quando se fala que ‘*I conhece (ou sabe que) P*’. Um dos seus valores é, certamente, a maneira econômica pela qual JTB permite especular a respeito do que se considera como conhecimento, especialmente enfatizando o problema da justificação. JTB é um paradigma para se pensar a relação entre o conceito de justificação e atitudes epistêmicas. Logo, por analogia, formulo uma noção para a interpretação jurídica.

Assim como ‘conhecimento’ é uma ‘crença verdadeira justificada’ em JTB; assumo que a ‘interpretação jurídica’ é uma ‘solução jurídica justificada’. O ‘jurídico’, por definição, é substituível pelo ‘verdadeiro’ quando se descreve uma norma conclusiva. P. ex., a norma ‘não matarás!’ é autorizada juridicamente em *S* se e somente se é verdade que ‘Em acordo com *S*, é ilícito matar’. Ademais, substituo o ‘sabe’ por ‘infeere’ em razão da identificação da norma ser resultado de um processo inferencial. Substituo também ‘acredita’ por ‘interpreta’. Faço isto tendo ciência que uma das condições *a priori* da interpretação jurídica, como em 2.3.3, é o intérprete acreditar na legalidade. Como trato do ponto de vista das cortes e tribunais, substituo ‘indivíduo *I*’ por ‘juiz *J*’. Portanto:

Um juiz *J* *infeere* que a norma *N* é jurídica se e somente se:

- (1): *N* é jurídica;
- (2): *J* interpreta que *N* é jurídica; e
- (3): *J* está justificado em interpretar que *N* é jurídica.

As principais divergências entre as teorias da interpretação e argumentação jurídica seguem do problema da justificação. No campo da epistemologia geral, enquanto estudo do conhecimento, existe uma série de teorias que demarcam que tipo de justificação é exigida para se afirmar que ‘*I conhece P*’. Uma das formas de se conceber a justificação é pelo debate amplamente difundido entre o *fundacionalismo* e o *coerentismo*. Basicamente, a diferença entre as duas posições, respectivamente, reside na aceitação ou não da necessidade de crenças básicas enquanto dispositivos que asseguram a justificação de toda arquitetura de um sistema de crenças. De forma bem simplificada, as posições enunciam:

Fundacionalismo: Todo sistema de conhecimento é composto por um conjunto Γ_B de enunciados básicos P_B que, por não ser inferido de nenhum outro conjunto de enunciados Γ_{NB} não-básicos P_{NB} , justifica (ou assegura) a inferência de todos os enunciados não-básicos P_{NB} .

Coerentismo: Todo sistema de conhecimento contempla um conjunto Γ_C de enunciados coerentes P_N , sendo todos os enunciados $P, P_1, (\dots), P_N$ membros de E_C , mutuamente consistentes, solidários e justificáveis.

Enquanto o *fundacionalismo* preza pela unidade do sistema ser assegurada por um conjunto básico de premissas a partir do qual todas as outras premissas não-básicas podem

ser inferidas, visando resolver o problema do *regresso ao infinito*; o *coerentismo* sustenta um modelo em *rede* em que os enunciados justificam-se assegurando uns aos outros. Essa nomenclatura foi usada por Maranhão [158, p. 155] nas teorias da justificação do raciocínio jurídico. As teorias coerentistas no direito afirmam que as razões que justificam moralmente a *aplicação* de uma norma jurídica ou a restrição da derivação de determinadas normas jurídicas a partir das fontes de direito são *parte* do direito [158, p. 155]. A interpretação jurídica é justificada se assegura o suporte mútuo e solidário das razões jurídicas e morais. É importante entender que uma teoria *coerente* da justificação não apenas assegura a *consistência* das razões jurídicas, isto é, a ausência de contradições [153, p. 235]. O coerentismo busca o suporte mútuo de razões morais e jurídicas de modo que razões morais adquiram a forma jurídica, tendo vinculatividade *erga omnes*, mas também que razões jurídicas tenham mérito moral substancial (e não apenas funcional).

Uma teoria coerentista é global ou local, respectivamente, se *sustenta* ou *não sustenta* uma hierarquização última e apriorística das razões morais justificadoras das normas jurídicas como sendo razões jurídicas [158, p. 155-157]. Se a reconstrução das razões morais e jurídicas aplicáveis, seja em uma hierarquização global ou contextual, produz uma *ratio* única para a decisão, trata-se de um coerentismo *determinado* [158, p. 155-157]. A teoria é subdeterminada se a reconstrução das razões morais dá espaço para uma escolha discricionária de alternativas igualmente coerentes de pacotes contendo razões morais e jurídicas solidárias. Exemplos do coerentismo global determinado são a teoria da integridade de R. Dworkin [67] e a teoria de A. Peczenik [183]. Segundo Maranhão, uma defesa do coerentismo global subdeterminado é a posição de N. McCormick [154]. Maranhão afirma que, para McCormick, razões de coerência são elementos necessários, mas não suficientes, na justificação jurídica [158, p. 156]. Assim, existem circunstâncias de impasse onde as reconstruções interpretativas igualmente coerentes da hierarquização última de princípios são solucionáveis por uma escolha do julgador [158, p. 156]. Exemplos de teorias coerentistas locais determinadas são as posições tardias de C. E. Alchourrón em [4] e de E. Bulygin em [45].⁸⁷ Um exemplo de coerentismo local subdeterminado é a própria proposta de um positivismo jurídico lógico-inclusivo como a de Maranhão [158, p. 168].

Destarte, tanto o coerentismo determinado quanto o coerentismo subdeterminado derivam da assunção contrafática, empreendida ou pelo intérprete ou pela teoria, que toma o material jurídico como sendo estabelecido por um *legislador racional*, que idealmente promulgou normas em um sistema justificado mutuamente por razões morais e jurídicas. Os coerentismos globais determinado e subdeterminado, pressupondo a hierarquização última de princípios, entendem, respectivamente, que é possível saber de antemão ou a melhor solução para cada caso judicial ou o pacote de soluções igualmente coerentes para esses casos. Considerando os coerentismos locais, enquanto o coerentismo local determinado entende que a reconstrução das razões morais e jurídicas disponíveis no contexto

⁸⁷Cabe lembrar que em *Normative Systems* esses autores adotam um *fundacionalismo absoluto*.

prático da decisão, isto é, sem uma hierarquização última de princípios apriorística, permite que o julgador encontre uma melhor solução possível para aquele caso [158, p. 156]; o coerentismo local subdeterminado sustenta que, ao realizar essa reconstrução, o juiz depara-se com “pacotes locais de soluções coerentes e concorrentes entre si.” [158, p. 168]

Por outro lado, a coloração fundacionalista que assumo neste trabalho sustenta que a prevalência de uma razão moral justificadora sobre a autoridade das fontes de direito implica uma alteração do direito. Contudo, não proponho uma defesa de um fundacionalismo *absoluto* como o de Alchourrón e Bulygin em *Normative Systems* [5] ou o de Kelsen em *Reine Rechtslehre* [136]. Estas duas posições, segundo Maranhão, assumem que a consideração de qualquer razão moral não contida explicitamente nas fontes de direito para a solução de casos judiciais implica uma *alteração legislativa* do sistema jurídico. A posição que sustento, no entanto, é próxima à teoria da adjudicação que J. Raz introduziu no artigo *Law and Value in Adjudication* de *The Authority of Law* [207, p. 180-209]. Trata-se de um *fundacionalismo moderado*. O frame *cognitivo* da adjudicação, em sistemas com alto grau de institucionalidade jurídica, é limitador dessa atividade. A adjudicação, entendida aqui como aplicação jurisdicional do direito, tem poderes restritos e um dever de considerar as fontes de direito produzidas nos contextos legislativos já estabelecidos no exercício primário – e, posteriormente, residual – da função legislativa (no sentido discutido na subseção 2.3.3). Porém, ocasionalmente, nas circunstâncias em que as *razões autorizadas* nas fontes de direito não fornecem soluções completas ou estabelecidas para os casos judiciais, as cortes e tribunais exercem a técnica jurídica (como as distinções, analogias, restrições, etc.) para implementar soluções ainda não estabilizadas (*unsettled*) apenas pelo conteúdo fornecido pela interpretação das fontes de direito. Não são *alterações* e sim *reformas*. Distinguindo conceitualmente a ‘*alteração*’ da ‘*reforma*’, Raz explica:

A diferença entre disputas regulamentadas e não regulamentadas é que, por definição, como em disputas regulamentadas a lei fornece uma solução para o caso, o tribunal não pode fazer novas leis, exceto alterando as existentes. As disputas não regulamentadas são... parcialmente regulamentadas, portanto, o tribunal deve aplicar a lei existente, bem como criar uma nova lei. Mas como, por definição, em uma disputa não regulamentada a lei contém uma lacuna, uma vez que não fornece uma solução para o caso, o tribunal pode fazer lei sem alterar a lei existente. Faz-se a lei preenchendo as lacunas.⁸⁸ [207, p. 182]

A racionalidade da atividade de adjudicação oscila, portanto, entre *conservadorismo e reformas parciais*, sendo a reforma um tipo de exercício residual da função legislativa.

⁸⁸Tradução de: “The difference between regulated and unregulated disputes is that because, by definition, in regulated disputes the law provides a solution to the case, the court cannot make new laws except by changing existing ones. Unregulated disputes are, as we shall see, partly regulated, hence the court has to apply existing law as well as to make new law. But since, by definition, in an unregulated dispute the law contains a gap, since it fails to provide a solution to the case, the court can make law without changing existing law. It makes law by filling in the gaps”.

Nos casos em que as fontes de direito oferecem soluções completas e que, por serem consistentes, não contrariam outras soluções no ordenamento jurídico, a interpretação autorizada dessas fontes preserva a autoridade do direito ou legalidade. Todavia, apesar da autoridade presumida das fontes de direito, existem casos de penumbra em razão de inconsistências jurídicas (*legal inconsistencies*) ou lacunas jurídicas (*legal gaps*). Em cenário de inconsistências nas fontes de direito, onde o excesso de soluções leva a soluções contraditórias, mesmo que se identifique os contextos pré-selecionados pelo legislador para a aplicação das normas jurídicas enquanto soluções de casos judiciais, os juízes tornam-se obrigados a solucionar esses casos por pressão de seleção entre soluções incompatíveis, preservando as ambiguidades legislativas e estabelecendo um novo precedente para casos iguais ou suficientemente similares para serem tratados como iguais. Em casos de lacunas normativas, em razão de soluções ainda não determinadas plenamente ou parcialmente, os juízes, por pressão para a integração de soluções que preencham as lacunas dos sistemas jurídicos, preservam a autorização construtiva de legislar residualmente nesses casos específicos. No entanto, se as cortes e tribunais não consideram as soluções determinadas, fornecidas e autorizadas pelas fontes de direito de um ordenamento jurídico, elas promovem uma alteração legislativa que trivializa a *institucionalidade* de um sistema jurídico. Ora, se é possível revisar qualquer norma, qualquer solução individualmente desejada pelo juiz se segue. Isso não quer dizer um rompimento institucional *de facto*, uma vez que as cortes e tribunais continuam a operar como instituições adjudicativas, mas *de jure*. No escopo da competência *de jure* das funções adjudicativas, apenas a função legislativa *residual* é circunstancialmente possível em reformas autorizadas dos sistemas jurídicos. Ao desconsiderar cotidianamente a *autoridade de jure*, sempre realizando revisões indevidas e não-autorizadas das fontes de direito, um sistema discricionário pode alcançar não mais que a Justificação_M. Porém, essa não é uma justificação propriamente jurídica.

A Justificação_J é o paradigma que defendo para a justificação das decisões jurídicas no geral. Por meio dela, busca-se preservar a autoridade institucional das fontes de direito. Para reconstruir dedutivamente o raciocínio jurídico, trata-se uma lógica que estende para modalidades jurídicas o framework das Lógicas da Evidência e Verdade de Carnielli e Rodrigues [52, 53]. Como disse em 2.3.3, a importância dessas lógicas é conciliar os contextos conclusivos do raciocínio em que prevalece a lógica clássica com os contextos não-conclusivos em razão de inconsistências, prevalecendo nestes casos as lógicas paraconsistentes, e não-conclusivos em razão de lacunas, prevalecendo nestes casos a lógica intuicionista ou paracompleta. Retomando a definição da Justificação_J, afirma-se que:

Justificação_J: a existência de uma norma N com autoridade *de jure*, aplicável a um caso judicial C , é uma razão suficiente e necessária para aplicá-la em C .

Tomando a definição *supra* que propus para a ‘interpretação jurídica’ enquanto uma ‘solução juridicamente justificada’, entendo mais precisamente que a ideia de ‘justificação’,

dada a Justificação_J, juntamente com o *fundacionalismo moderado* que defendo, é substituível por ‘autorizada pelas fontes de direito *FS*’. Por isso, faço uma substituição na *condição 3* da definição que propus de forma a explicitar o que é a justificação do raciocínio jurídico enquanto uma autorização dada pelas fontes de direito. Assim, enuncia-se que:

Um juiz *J* *infere* que a norma *N* é jurídica se e somente se:

- (1): *N* é jurídica;
- (2): *J* interpreta que *N* é jurídica; e
- (3): *J* está autorizado pelas fontes de direito *FS* em interpretar que *N* é uma solução jurídica conclusiva.

A consequência da definição é rejeitar a noção na qual o raciocínio jurídico é uma assunção contrafática da *racionalidade do legislador*, como as teorias coerentistas acima defendem. O *fundacionalismo jurídico moderado* que defendo é um modelo de raciocínio que opera, como indiquei em 2.2.4, pela *expectativa contrafática da autoridade das fontes de direito*. Essa autoridade é uma consequência lógica da assunção da doutrina da separação dos poderes que distingue analiticamente a função de criar normas da função de aplicar normas, tal como exposta em 2.1.4. Uma importante ferramenta para dar efetividade a esta tese do raciocínio jurídico é o postulado dogmático da hierarquia das fontes de direito.

2.4 Postulados e critérios dogmáticos do raciocínio jurídico

A dimensão fundacionalista do raciocínio jurídico está arraigada no desenvolvimento histórico do estudo dogmático ou doutrinário do direito. Uma função social da dogmática é a de fornecer ferramentas para que a prática jurídica se desenvolva com o mínimo de perturbação no sistema de expectativas jurídicas geradas pelas fontes de direito. A dogmática levou os juristas tanto a desenvolverem aspectos formais do raciocínio, que se conectam aos estudos da consequência lógica, quanto padrões ou métodos parcialmente informais de argumentação. Nesta subseção, meu objetivo é trabalhar com alguns destes métodos que tornam explícita a racionalidade jurídica como um tipo de fundacionalismo moderado, nos termos de 2.3.5. Isso não implica que o *fundacionalismo* seja aplicável a qualquer contexto argumentativo, mas defendo esse modelo no direito. Em 2.4.1, apresento o postulado dogmático da inegabilidade dos pontos de partida, explicitando a exigência de se pensar juridicamente com base nas fontes de direito. Em 2.4.2, mostro como a condensação do sentido dos enunciados jurídicos depende, para sua racionalidade, dos critérios da hierarquia, cronologia e especialidade. Em 2.4.3, especifico os critérios da cronologia e da especialidade e dou uma definição mais precisa de algumas operações da atividade legislativa que servem para auxiliar os juizes no momento de identificar qual lei se aplica ao caso. Por fim, alço o critério da hierarquia ao nível de postulado, mostrando como que ele, em última instância, valida a teoria do raciocínio jurídico como uma teoria fundacional. As questões filosóficas da lógica jurídica são objeto do capítulo 3.

2.4.1 Postulado da inegabilidade das fontes de direito

A existência de *indeterminações* nas fontes de direito não fornece razões para se inferir a inexistência de quaisquer restrições linguísticas impostas por elas. No exemplo do início da subseção 2.3.3, *A* emitiu um dispositivo que estabelece que ‘é lícito a todos o direito de se expressarem livremente’. Contudo, sem uma norma especificadora daquilo que se concebe juridicamente como ‘expressar livremente’, a corte de *S* se vê diante de duas possibilidades lógicas excludentes em casos *C*: ou determina (a) que a opinião de *x* não é apenas um exercício da liberdade protegida de se expressar, mas uma opinião ofensiva a *y*; ou (b) que *x*, no exercício de sua liberdade de se expressar, não pode ser punido por desagradar *y* com sua opinião. A discussão central do caso envolve os limites entre se expressar livremente e ofender alguém ao se expressar. Mas inferir do dispositivo emitido por *A* que ‘qualquer exercício de se expressar por meio de uma opinião é ofensivo a alguém e deve ser proibido’ levaria a uma norma *N* *autocontraditória*. Afinal, é possível expressar o próprio ponto de vista sem utilizar uma ‘opinião’? Certamente que não.

O texto do dispositivo legislado não poderá conter implicitamente que ‘é lícito a todos o direito de se expressarem livremente, mas sem opinar (i. e., sem se expressar)’. Uma norma implícita *N* baseada nesse enunciado quebra os limites linguísticos impostos pela fonte textual emitida por *A*, esvaziando o seu papel de fonte autoritativa de direito limitadora de soluções possíveis em casos nos quais se aplica. Isso porque, de uma perspectiva pragmática, a atitude interpretativa da corte de *S* produzirá uma *inconsistência performativa*, pois, por um lado, afirma a aceitação da autoridade da fonte textual emitida por *A* como base normativa para se inferir uma norma jurídica, mas, por outro, desconsidera qualquer restrição semântico-conceitual imposta por essa fonte nos seus termos. Há uma inconsistência ou autocontradição performativa quando se constata uma incompatibilidade entre o que um falante crê ou afirma estar fazendo e o enunciado que descreve a ação realizada. Desempenhando essa autocontradição, a corte afirma utilizar uma fonte textual como base normativa da decisão, mas a norma produzida não é inferível dela.⁸⁹

Como explicado em 2.1.5, o processo de individuação de uma norma jurídica ou lei (a qual pode conter uma norma ou conjunto de normas) não consiste apenas em identificar textos ou parte de textos da legislação [210, p. 96]. Nesse sentido, Shecaira afirma que uma atividade jurisdicional assume “a distinção entre fontes de direito (p. ex., legislações, precedentes, costumes) e normas jurídicas que podem ser derivadas dessas fontes por meio da interpretação.”⁹⁰ [239, p. 15] Assim, tal como expus em 2.3.4, a definição SP_T ’ enuncia:

Tese da Positivção’ (SP_T ’): *N* determina que *p* é lícito ou ilícito em *S* se e somente se *N* é resultado inferencial da interpretação autorizada *I* limitada por *FS* em *S*.

⁸⁹Sobre inconsistências performativas, cf. [111].

⁹⁰Tradução de: “It is the distinction between sources of law (e.g. statutes, precedents, customs) and the legal norms that can be derived from sources by means of interpretation”.

Dessa concepção, assume-se que a norma jurídica N é inferida de FS por meio de uma interpretação autorizada linguisticamente pelas disposições normativas expressas em FS . O conjunto de normas inferenciáveis e reconhecidas como as normas autorizadas pela fonte textual de direito é o que se chama de ‘lei’. É nesse sentido que o estudo doutrinário do direito se desenvolveu à luz do reconhecimento da inegabilidade dos pontos de partida generalizados e institucionalizados socialmente como direito. Ferraz Jr. fala do *princípio da não negação ou da inegabilidade dos pontos de partida* [76, p. 26]. Esse princípio, por ser considerado a base de toda argumentação jurídica, tem o *status* de ‘postulado do pensamento jurídico’. Por meio desse postulado, determina-se que:

Postulado da inegabilidade dos pontos de partida: O jurista identifica o *status jurídico* de uma conduta ou ato *com base* na lei, *conforme* à lei, *para além* da lei, mas nunca *contra* a lei.

No entanto, a tarefa do jurista em identificar o que ‘conta como lei’ para um caso não é simples. Contradições, contrariedades, lacunas, ambiguidades, vagezas, ou outros núcleos linguísticos geradores de conflitos e divergências interpretativas são filtrados no direito a partir de diferentes entradas ou, como diz Ferraz Jr., canais sociais [77, p. 181]. A *doutrina das fontes de direito* propõe organizar sistematicamente esses canais de entrada. De um ponto de vista semântico, as fontes de direito FS são códigos linguísticos autorizados como base normativa de informação para se inferir aquilo que conta como lei em um sistema jurídico S . Saber quais fontes textuais reconhecidas têm autoridade em S é fundamental para se compreender a formação das práticas judiciais e o entendimento das cortes e tribunais em diferentes assuntos. Em uma construção típica ideal do raciocínio jurídico, como expliquei em 2.3.4, as restrições impostas por fontes de direito tornam a justificação da racionalidade judicial controlada e institucionalizada em S , estabelecendo os limites *de jure* da autoridade das cortes e tribunais. Afinal, são os conteúdos, a forma e a autoridade das fontes de direito que demarcam as diferentes culturas jurídicas e suas maneiras de pensar. É por isso que F. Schauer explica que as mudanças sobre como as cortes lidam com os fatos institucionais autorizados e reconhecidos como fontes de direito

não refletem meramente a transição em uma prática de citação. Elas incorporam a mudança naquilo que conta como fonte de direito e, então, naquilo que conta como um argumento jurídico; e o que conta como um argumento jurídico – em oposição a um argumento moral, religioso, econômico ou político – é o principal componente para se determinar justamente o que é o direito. As fronteiras do direito são determinadas pelas fronteiras da autoridade jurídica, e o direito fala como direito através de suas fontes. Quando autoridades previamente proibidas tornam-se opcionais, e quando autoridades previamente opcionais tornam-se obrigatórias, a natureza das fontes de direito foi modifi-

cada, e com essa modificação vem a transformação da natureza do direito em si mesmo⁹¹ [227, p. 84].

A conexão entre a prática adjudicativa do sistema jurídico *S* e a demarcação dos limites fronteiriços de *S* em acordo com as fontes de direito é uma razão em favor de um *positivismo presumido*. Isso quer dizer que as fontes de direito operam como uma pré-seleção de possibilidades autorizadas institucionalmente que restringem (*can*) e devem restringir (*should*) a gama de decisões das cortes. Assim, o reconhecimento pelas cortes e tribunais de que suas decisões serão restringidas e justificadas por uma fonte textual é o reconhecimento institucionalizado da autoridade dessa fonte como fonte de direito em razão da forma que foi produzida. Logo, assumindo que se reconhece a relação entre a autoridade institucional que estabelece uma fonte textual e as restrições que ela impõe a respeito de qual norma pode ser inferida como jurídica, presume-se a autoridade possuída por essa norma “em um grau de força tal que a norma deva ser aplicada a menos que uma razão particularmente mandatária possa ser fornecida para não aplicá-la⁹²” [225, p. 203]. Uma formulação adicional do postulado da inegabilidade dos pontos de partida é:

Postulado da inegabilidade das fontes de direito: O jurista identifica o *status jurídico* de uma conduta ou ato com base nas fontes de direito, conforme as fontes de direito, para além das fontes de direito, mas nunca *contra* as fontes de direito. E faz isso respeitando a hierarquia, cronologia e especialidade das fontes de direito.

O postulado acima detalha o postulado da inegabilidade dos pontos de partida. Além de se compreender a diferença entre as fontes de direito e o que se infere delas como lei, é importante compreender a estrutura sistemática do direito em suas dimensões hierárquica (*lex superior derogat inferior*), temporal (*lex posterior derogat prior*) e de especialidade (*lex specialis derogat generalis*). A subseção abaixo dedica-se a explicar essas dimensões e o papel de cada uma na racionalização da justificação das interpretações/decisões jurídicas.

2.4.2 Critérios dogmáticos do raciocínio jurídico

No raciocínio jurídico, a partir das fontes de direito, infere-se normas gerais que servem de base para a decisão jurídica, a qual atribui consequências normativas individualizadas para os seus destinatários. Segue a distinção entre ‘normas gerais’ e ‘normas individuais’:

⁹¹Tradução de “do not merely reflect a transformation in citation practice. They embody a change in what count as a legal source, and thus in what count as a legal argument; and what count as a legal argument— as opposed to a moral, religious, economic, or political one—is the principal component in determining just what law is. The boundaries of law are set by the boundaries of legal authority, and law speaks as law through its sources. When previously prohibited authorities become optional, and when previously optional authorities become mandatory, the nature of legal sources has changed, and with that change comes a transformation in the nature of law itself”.

⁹²Tradução de: “to a degree of force such that the rule is to be applied unless particularly exigent reasons can be supplied for not applying it”.

Norma Jurídica Geral: enunciado com vinculatividade *erga omnes* que, nas circunstâncias aplicáveis, determina o *status jurídico* de uma ou mais condutas-base e justifica ou participa da justificação de raciocínios jurídicos.

Normas Jurídicas individuais: enunciado que, após a etapa probatória de um caso judicial, conclui um raciocínio jurídico e atribui *consequências jurídicas* aplicáveis às condutas dos destinatários da solução do caso.

A decisão jurídica, tal como enunciei em 2.1.4, é definida como:

Decisão jurídica: solução pública de um conflito dada por uma autoridade investida de poder jurisdicional, fundamentada em normas jurídicas gerais e que resolve um caso produzindo uma conclusão jurídica pela atribuição de modalidades jurídicas às condutas dos destinatários no caso.

Por consequência, substitui-se o enunciado ‘resolve um caso produzindo uma consequência jurídica pela atribuição de modalidades jurídicas aplicáveis às condutas destinatários da decisão’ por ‘resolve um caso produzindo uma norma individual aplicável às condutas dos destinatários do caso’.

Decisão jurídica’: solução pública de um conflito dada por uma autoridade investida de poder jurisdicional, fundamentada em normas jurídicas gerais e que resolve um caso produzindo uma norma individual aplicável às condutas dos destinatários no caso.

Em uma importante lição, Kelsen explica que:⁹³

No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por elas ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo [136, p. 272].

Aquilo que Kelsen chama de ‘moldura’ pode ser interpretado como os limites linguísticos estabelecidos de antemão pela norma geral inferida da fonte textual reconhecida em uma

⁹³Essa era a posição de Kelsen antes de revisar os aspectos de sua teoria da decisão e interpretação judicial em uma guinada *voluntarista radical*, que se verifica inicialmente no capítulo oito da *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)* [136, cap. 8], introduzido originalmente na segunda edição de 1960, e consolidada na obra inacabada *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)* [135].

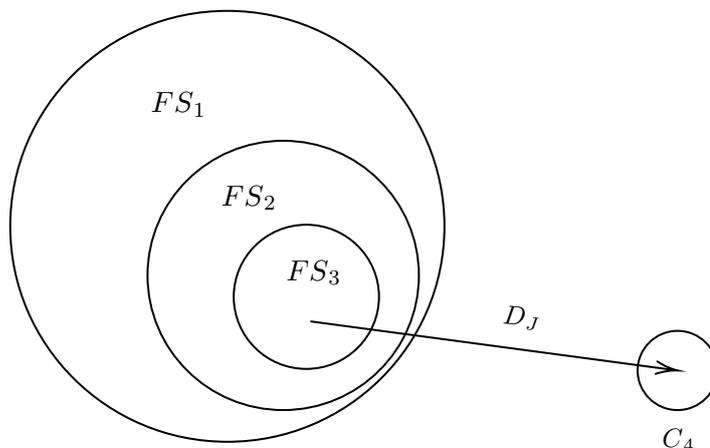
posição de hierarquia ou autoridade superior. Por exemplo, no conjunto de casos hipotéticos C em 2.3.4, o dispositivo legislado por A contém apenas um ponto de partida vago e é restritivo de não mais que uma *autocontradição*, deixando para o desenvolvimento da prática jurisdicional a condensação do significado do termo ‘expressar livremente’.

Suponha que, em um primeiro momento t_1 , o direito de se expressar livremente em S foi assegurado amplamente pela fonte emitida no ato legislativo de A . Em t_2 , após julgar o caso paradigma C_1 , a corte atualizou os limites daquilo que se concebe como ‘expressar livremente’, formando um novo precedente e afirmando que ‘é lícita a expressão livre de uma opinião desde que essa opinião não produza uma ofensa de tipo o_1 para alguém’. (...) Em t_{n+1} , o limite foi novamente atualizado, assumindo as restrições do dispositivo legislativo emitido por A , do precedente produzido após julgar C_1 , (...), e do precedente produzida no julgamento de C_n , que especifica que ‘é lícita a expressão livre de uma opinião desde que essa opinião não produza uma ofensa de tipo o_1 , (...), o_n para alguém’.

Do momento t_1 até t_{n+1} , a condensação do sentido de ‘expressar livremente’ segue dinamicamente das inferências normativas que estabilizam e especificam as fontes de direito do sistema jurídico S , no caso: FS_1 é a fonte textual legislada, a de maior hierarquia, maior generalidade e mais antiga de S , servindo de base para a norma primária para o caso paradigma C_1 ; o precedente FS_2 , produzido em t_2 após o julgamento de C_1 , é a segunda fonte no *ranking* hierárquico, temporal e de abrangência de S , estabilizando o sentido de FS_1 para todos os casos similares a C_1 ; (...); FS_{n+1} , então, especifica ainda mais o conteúdo, que, em t_{n+1} , após o caso C_n , se adequará a FS_1 , FS_2 , (...), FS_n como solução normativa autorizada pelas fontes de direito para todos os casos do tipo C_n .

Em um diagrama, tem-se que:

Base Normativa FS de S em casos C



Legenda

- (S): sistema jurídico-objeto.
- (FS_n): fonte social por grau de autoridade e generalidade.
- (C_n): caso no momento n de S .
- (D_J): Decisão que resolve C_n .

Mas o processo de significação jurídica na individualização das normas não é meramente causal e não está apenas em função da condensação temporal dos termos jurídicos em razão do número de julgados das instituições adjudicativas. Nos casos do tipo C , alguns servem paradigmaticamente como precedentes do sentido de ‘expressar livremente’ e outros não.

No entanto, uma vez que FS_1 é a fonte de maior autoridade para casos C , em qualquer caso C_n , *pelo postulado da inegabilidade das fontes de direito*, o conteúdo que condensa o seu sentido em um precedente não pode contradizer FS_1 . Por isso, caso o legislador produza uma FS que se oponha a FS_1 , todos os precedentes que se mantinham conforme FS_1 serão também revogados ou repelidos do sistema jurídico S . Além disso, o legislador A poderia assegurar um conteúdo suficiente para uma norma completa que contivesse todas as *informações necessárias* para se resolver casos do tipo C , exigindo somente a aplicação da norma N derivada de FS . Dessa dinâmica do raciocínio jurídico, seguem três critérios amplamente debatidos na dogmática da interpretação jurídica. Normalmente eles são tratados como princípios cognitivos para se resolver possíveis antinomias no momento de se identificar qual lei se aplica a um caso. São os seguintes:

(CR_H) Critério da hierarquia: a FS superior prevalece sobre a FS inferior (*lex superior derogat inferior*).

(CR_C) Critério da cronologia: a FS posterior prevalece sobre a FS produzida anterior (*lex posterior derogat prior*).

(CR_E) Critério da especialidade: a FS mais específica prevalece sobre a FS menos específica (*lex specialis derogat generalis*).

A discussão que pode surgir dessa pluralidade de critérios é a identificação de qual critério prevalece ou deve prevalecer. Uma consequência inevitável de se adotar a posição fundacionalista é a demanda epistêmica que faz do critério da hierarquia (CR_H) o critério *prevalecente* ou *básico* quando se busca identificar qual FS prevalece como base inferencial de normas jurídicas. Em última instância, para se buscar o enunciado básico que fundamenta todo sistema de normas jurídicas é preciso observar o que Kelsen chama de estrutura escalonada das normas jurídicas. As fontes de direito de hierarquia superior servem como base para se inferir normas de ‘escalão superior’. Segundo Kelsen:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma de escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior. [136, p. 232]

Isso quer dizer que a FS hierarquicamente superior possui *autoridade de jure* sobre a FS hierarquicamente inferior. Kelsen chama a *autoridade de jure* que uma norma superior possui como sua ‘validade’. Eu discutirei melhor essa noção no próximo capítulo. Por hora, é importante saber que a FS de hierarquia superior vincula inferencialmente, de

um ponto de vista jurídico, o que se pode inferir de uma *FS* de hierarquia inferior. Dessa forma, de *FS*s com mesma hierarquia, infere-se normas de mesmo escalão [136, p. 230]. A partir daí os critérios que seguem são o da cronologia (CR_C) e o da especialidade (CR_E).

2.4.3 Cronologia, operações legislativas e especialidade

CR_C , de um ponto de vista lógico-deôntico, tem uma razão para prevalecer como o segundo de maior importância. Como explica N. Bobbio, “é regra geral no direito que a vontade sucessiva ab-rogue a anterior, que de dois atos de vontade da mesma pessoa, seja válido o que se realizou por último no tempo.” [36, p. 250] Bobbio entende que sem CR_C os sistemas jurídicos permaneceriam como obstáculos para o desenvolvimento histórico-evolutivo de uma sociedade. Afinal, enquanto é um pressuposto analítico que a função jurisdicional tenha como objetivo principal a estabilização das expectativas normativas e seu desenvolvimento por meio das *reformas* das fontes de direito, que são atitudes legislativas apenas residuais, a função legislativa deve ser capaz de introduzir *alterações* mais abrangentes nos sistemas jurídicos. C. E. Alchourrón define a ‘alteração’ (*change*) de um sistema de normas pelas operações de *extensão*, *contração* e *revisão* de normas [5, p. 425]. Não obstante, na concepção de sistema jurídico que adoto neste trabalho, complexifica-se o conceito pela estruturação ou junção de fontes de direito e normas jurídicas através da mediação operada pela atitude interpretativa nas cortes e tribunais. Por isso, amplio a definição de Alchourrón para contemplar quatro operações legislativas primárias:⁹⁴

Promulgação: extensão de um sistema jurídico *S* com a adição de formulações normativas em uma fonte de direito *FS*, autorizando novas inferências anteriormente não-autorizadas de normas *N* em *S* relativas às formulações normativas adicionadas, obedecendo o critério hierárquico.

Derrogação: contração de um sistema jurídico *S* com a exclusão parcial das formulações normativas de uma fonte de direito *FS*, desautorizando inferências anteriormente autorizadas por *FS* de normas *N* em *S* relativas às formulações normativas excluídas, obedecendo o critério hierárquico.

Ab-rogação: contração de um sistema jurídico *S* com a exclusão total de uma fonte de direito *FS*, desautorizando todas as inferências anteriormente autorizadas por *FS* de normas *N* em *S*, obedecendo o critério hierárquico.

Revisão: contração e extensão de um sistema jurídico *S* pela exclusão de parte e adição de novas formulações normativas para *FS*, desautorizando parte das inferências anteriormente autorizadas de normas *N* relativas às for-

⁹⁴Outra teoria das alterações nos sistemas normativos foi fornecida por R. Hilpinen [114].

mulações normativas excluídas e autorizando novas inferências anteriormente não-autorizadas de normas N em S relativas às formulações normativas adicionadas, obedecendo o critério hierárquico.

Como se vê, é possível introduzir alterações parciais ou totais em um sistema jurídico, sempre obedecendo o critério hierárquico. A razão que optei por utilizar na formulação das operações a expressão ‘obedecendo o critério hierárquico’ é para deixar expresso que CR_H prevalece sobre CR_C . Essa restrição é importante para mostrar como o que Hart chama de ‘normas de modificação’ [110, p. 124–125], em determinados casos, conferem poderes apenas limitados aos legisladores e certas condições para o exercício desses poderes. Por exemplo, uma fonte de direito criada em um procedimento de produção de fontes legislativas ordinárias não pode derogar (muito menos ab-rogar) fontes legislativas constitucionais. Afinal, a constituição é hierarquicamente superior à legislação ordinária. É importante frisar que existem também três operações próprias das funções jurisdicionais: *aplicação*, *eliminação* e *integração*. A *aplicação* é uma operação única do seu tipo que apenas usa a norma geral inferida das fontes de direito para justificar a norma individual que resolve um caso. A *eliminação* e a *integração* são duas espécies de *reformas*, podendo a *eliminação* ser uma derrogação ou ab-rogação em casos que os juízes deparam-se com contradições nas fontes de direito e a *integração* uma promulgação em casos de lacunas.

Por fim, vale CR_E . É importante que, antes de se verificar a especialidade, tenha-se uma fonte de hierarquia superior e que seja ela uma fonte atualmente autorizada no curso histórico do desenvolvimento legislativo de um sistema jurídico S . CR_E busca identificar distinções mais específicas em fontes de direito de igual valor hierárquico e que valem no momento da decisão. Ou seja, busca-se identificar casos especiais já regulados nos casos gerais. Como explica Bobbio [36, p. 253], caso este critério não valesse, correria-se o risco de *cometer inequidades*. Afinal, é importante que se trate casos iguais de maneira igual e casos diferentes de maneira diferente, resguardando a imparcialidade e a consistência da função jurisdicional. Ao se identificar as especificidades de um caso por meio das provas e evidências apresentadas em um processo e ao empreender a interpretação jurídica buscando identificar a norma que melhor se enquadre especificamente nesse caso, consagra-se a máxima do latim *suum cuique tribuere* (*entregar a cada qual aquilo que lhe pertence*) [36, p. 254]. Por exemplo, a norma geral inferida do Código Penal CP do sistema jurídico S é ‘em acordo com CP , é ilícito x matar alguém, sob risco de x sofrer a pena capital’. No entanto, dois casos especiais excluem a ilegalidade do ‘matar alguém’: ‘em acordo com CP , é ilícito punir x por matar y , quando x o faz em legítima defesa ou estado de necessidade’. Ambos os casos especiais são inferíveis da mesma fonte de direito e no mesmo momento. Portanto, prevalecem sobre a regra geral que proíbe o homicídio.

2.4.4 Postulado da hierarquia das fontes de direito

Antes de discutir outros elementos lógicos do raciocínio jurídico em uma perspectiva mais formal, vou especificar mais CR_H . Em certo sentido, é impróprio chamar CR_H de critério. Afinal, é de CR_H que se toma conhecimento do pressuposto fundacional do raciocínio jurídico: o enunciado mais básico que assegura a unidade e sistematicidade do sistema jurídico. Por isso, é correto tratar CR_H pelo *status* de um postulado dogmático do raciocínio jurídico: o postulado da hierarquia das fontes de direito.

Em *Law and Reason*, A. Peczenik classifica as fontes de direito quanto à sua vinculatividade (*bindingness*) [183, p. 260]. Essa classificação diz respeito à autoridade que uma fonte de direito possui em um sistema jurídico S para exigir de uma decisão judicial uma justificação conforme. Quanto maior o *ranking hierárquico* de uma fonte de direito, maior a sua *autoridade de jure* como base justificativa de uma decisão judicial. Nesse sentido, as fontes de direito podem ser: fontes obrigatórias (*must-sources*), fontes devidas (*should-sources*) ou fontes ocasionais (*may-sources*) [183, p. 261].⁹⁵ Para elucidar essa taxonomia das fontes de direito em Peczenik, proponho a seguinte definição [183, p. 261]:

Hierarquia das Fontes de Direito (Δ_{FD}): Quanto à hierarquia das fontes de direito em um sistema jurídico S , segue-se que:

$$FS_O >_I FS_D >_I FS_M;$$

Sendo:

- ' FS_O ' as fontes obrigatórias (*must-sources*) em S ;
- ' FS_D ' as fontes devidas (*should-sources*) em S ;
- ' FS_M ' as fontes ocasionais (*may-sources*) em S ;
- '> $_I$ ' a relação 'tem maior importância hierárquica que'.

A relação '> $_I$ ' em Δ_{FD} reflete-se no papel das fontes de direito como base interpretativa de uma decisão judicial. FS_O fornece uma razão mais forte para se aplicar uma ou outra norma para se resolver judicialmente um caso do que FS_D e esta uma razão mais forte para se aplicar uma ou outra norma para se resolver judicialmente um caso do que FS_M [183, p. 262]. Contudo, como diz Peczenik, a classificação hierárquica das fontes de direito é uma idealização e resguarda uma certa vagueza e ambiguidade. Afinal, o que faz de uma fonte de direito específica ser mais ou menos relevante em um sistema jurídico S é contingente às circunstâncias e especificidades sociais e culturais de S .

O moderno constitucionalismo adota a *constituição* como um ponto de partida inegável para a justificação das decisões judiciais.⁹⁶ Nessa doutrina, a *constituição atual* de um

⁹⁵Existe uma dificuldade em traduzir a taxonomia de Peczenik com termos que capturem a exata relação hierárquica das fontes de direito, especialmente entre '*must-sources*' e '*should-sources*'. Optei por traduzir aquelas como 'fontes obrigatórias' e as últimas como 'fontes devidas'. A ideia é mostrar que fontes obrigatórias têm importância hierárquica maior que fontes devidas, que, por sua vez, têm importância hierárquica maior que fontes ocasionais (*may-sources*).

⁹⁶Uma constituição pode ser escrita ou codificada em apenas *um* documento, como a Constituição dos Estados Unidos escrita em 1787; ou ser resultante de uma convergência de práticas judiciais que

Estado E é a FS_O de maior hierarquia no sistema jurídico S de E . É por meio de uma *fonte constitucional* que se determina a autoridade da legislação infra constitucional como fonte de direito em S . Um exemplo no Direito Brasileiro é o Art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988, que afirma: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais *que a lei estabelecer*.” A legislação infra constitucional no caso desse artigo tem uma prerrogativa de FS_O . Isso porque o texto constitucional desse artigo fornece uma *norma-fonte* que determina a prerrogativa de uma fonte social legislada para regulamentar o exercício daquelas profissões que demandam qualificações adicionais (ex. medicina, advocacia, engenharia, etc.).

As normas-fonte (*source-norms*) são normas definidoras da *posição* hierárquica de uma fonte de direito em um sistema jurídico S [183, p. 262]. Como consequência, “do ponto de vista lógico, as normas-fonte são metanormas, determinando o status jurídico de outras normas.”⁹⁷ [183, p. 266] Isso porque qualquer norma jurídica em S é inferida da interpretação das fontes de direito, as quais adquirem sua posição hierárquica em S com base em uma norma-fonte. A norma-fonte que afirma ‘é ilícito inferir qualquer norma jurídica em S em desacordo com a *Constituição de S*’ é uma norma-fonte metajurídica que estabelece a Constituição como FS_O em S . Já a norma constitucional que transfere para a legislação infra-constitucional a qualidade de FS_O em algumas matérias é outro exemplo de norma-fonte. Neste caso, trata-se de uma norma-fonte positiva, uma vez que se segue das normas inferidas por meio interpretação da Constituição de um sistema jurídico S .

Segundo Peczenik, “as normas-fonte têm apenas um caráter *prima facie*. Em uma situação concreta, pode-se desconsiderar cada uma dessas normas, se razões suficientemente fortes o justificarem.”⁹⁸ [183, p. 264] Ele especifica a afirmação da seguinte maneira:

- a. As fontes mais importantes são razões mais fortes do que as menos importantes.
- b. Razões fortes o suficiente para justificar a desconsideração de uma fonte menos importante podem ser mais fracas do que as necessárias para justificar a desconsideração de uma fonte mais importante.
- c. Se uma fonte mais importante for incompatível com uma menos importante, por ex. se uma lei é incompatível com uma visão expressa em materiais preparatórios legislativos, a primeira tem prioridade *prima facie*. Deve-se, portanto, aplicar a fonte mais importante, não a menos importante, a menos que razões suficientemente fortes suportem a conclusão oposta.
- d. Muitas razões fracas acumuladas geralmente têm prioridade sobre as menos fortes.
- e. Quem quiser inverter a ordem de prioridade, tem ônus de raciocínio.⁹⁹ [183, p. 263]

reconhecem mais de um documento, como o conjunto de documentos, decisões e casos que constituem a Constituição do Reino Unido.

⁹⁷Tradução de: “from the logical point of view, the source-norms are meta-norms, determining the legal status of other norms”.

⁹⁸Tradução de: “The source-norms have only a *prima-facie* character. In a concrete situation, one may disregard each such norm, if sufficiently strong reasons justify it”.

⁹⁹Tradução e adaptação de: “a. The more important sources are stronger reasons than the less impor-

A discussão envolve saber em que medida normas-fonte, as quais Peczenik [183, p. 257] chama de *razões autoritativas* (*authority-reasons*), deixam de ser aplicadas diante de *razões substantivas fortes* (*substantive reasons*). As *razões substantivas* podem ter um peso maior ou menor. Esse peso deriva do balanço de razões morais disponíveis em S e pode fornecer um direcionamento forte para um juiz deixar de aplicar uma norma derivada de FS . Se FS é uma FS_O , nessa concepção, a razão substantiva deve ser mais forte; se é uma FS_D , menos forte do que aquela demandada para deixar de aplicar uma FS_O ; se é uma FS_M , menos forte do que aquela demandada para deixar de aplicar uma FS_D . A questão que se coloca é: é possível qualificar como jurídica em S a razão para deixar de se aplicar, na solução de um caso judicial, as normas derivadas da interpretação Constituição de S , uma vez que esta é definida como a FS_O de maior hierarquia em S ?

Essa discussão já foi desenvolvida em 2.3.5 no debate entre o *coerentismo* e *fundacionalismo* sobre a justificação das decisões jurídicas. Em razão do debate que empreendi, é suficiente a seguinte afirmação: uma razão para não aplicar uma norma-fonte positiva derivada do texto da Constituição quebra a unidade e a estrutura preservadora da autoridade (*authority-preserving*) de um sistema jurídico S . Como afirmei acima, a obrigatoriedade de se assumir a Constituição como FS_O é dada metajuridicamente. Não se trata de uma norma-fonte positivada. Essa ideia vai de encontro com a noção de *norma fundamental* (*Grundnorm*) que Kelsen propôs na *Teoria Pura do Direito*. Peczenik reconhece que:

A validade da própria Constituição é estipulada pela *Grundnorm*, pressuposta dentro do paradigma jurídico. Pode-se considerar a *Grundnorm* como uma norma-fonte, apoiada tanto por conceitos legais quanto por costumes legais. Aparentemente, esta norma-fonte é ainda mais elevada do que a Constituição. No entanto, é duvidoso que seja possível não apenas pressupor a *Grundnorm* dentro do paradigma jurídico, mas também justificá-la dentro desse paradigma. É mais natural afirmar que qualquer justificação da *Grundnorm* transcende os limites do paradigma jurídico. Se isso for verdade, pode-se aceitar a visão de Kelsen de que a *Grundnorm* não é uma norma legal válida. Então, a questão de sua posição dentro da hierarquia das normas jurídicas não ocorre de forma alguma.¹⁰⁰ [183, p. 266]

tant ones. b. Reasons strong enough to justify disregarding a less important source may be weaker than those required to justify disregarding a more important one. c. If a more important source is incompatible with a less important one, e.g. if a statute is incompatible with a view expressed in legislative preparatory materials, the former has a *prima facie* priority. One thus ought to apply the more important source, not the less important one, unless sufficiently strong reasons support the opposite conclusion. d. Many cumulated weak reasons often take priority over fewer strong ones. e. Whoever wishes to reverse the priority order, has a burden of reasoning.”

¹⁰⁰Tradução de: “Validity of the Constitution itself is stipulated by the Grundnorm, presupposed within the legal paradigm. One may regard the Grundnorm as a source-norm, supported both by legal concepts and legal custom. Apparently, this source-norm is ranked even higher than the Constitution. Yet, it is doubtful whether it is possible not only to presuppose the Grundnorm within the legal paradigm but also justify it within this paradigm. It is more natural to claim that any justification of the Grundnorm

A *Grundnorm* é um pressuposto da unidade da *juridicidade* das normas de um sistema jurídico S . Em Kelsen, a *Grundnorm* é “o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade dessas normas” [136, p. 228]. Como consequência, a *Grundnorm* é definidora dos limites ou fronteiras de S . Ora, suponha que uma razão moral forte direciona um tribunal a não aplicar a legislação que regulamenta as relações trabalhistas (aquelas que se constituem entre um empregador e um funcionário) em S . Mas a Constituição de S determinou como prerrogativa exclusiva da legislação trabalhista a regulamentação das relações de trabalho de S . É possível preservar a autoridade da Constituição como uma FS_O em S assumindo que uma razão moral mais forte deve prevalecer, em uma decisão judicial, sobre a norma-fonte estabelecida pela Constituição? Ou seja, é possível decidir contra as fronteiras formais definidas constitucionalmente sem quebrar o paradigma jurídico que determina a Constituição como uma FS_O em seu grau hierárquico mais alto? De forma geral: o caráter jurídico das normas de S é fundado exclusivamente na autoridade derivada dessas normas a partir das FS_O positivadas em S ou as razões morais e políticas que motivaram a instituir uma FS_O em S são também definidoras da juridicidade?

A *teoria fundacionalista* que defendo neste trabalho afirma que a *Grundnorm* demarca a supremacia da Constituição. Normas jurídicas em S não incorporam o conteúdo de razões político-morais *pré-jurídicas* que motivaram sua posituação. Aquilo que é uma razão jurídica é uma razão autorizada pelas fontes de direito. Com isso, proponho um *fundacionalismo* que explica como a unidade sistemática de S é uma estrutura preservadora de autoridade (*authorithy-preserving*). Esse problema está intimamente conectado com a possibilidade do raciocínio baseado em fontes de direito. Uma vez que a positividade de S demarca um domínio discursivo autônomo para o direito, como foi explicado de 2.3.2 a 2.3.5, o problema central é observar como essa estrutura preserva sua unidade inferencial na justificação das decisões jurídicas, as quais estabilizam as fontes de direito FS de S pela aplicação das normas que as FS s autorizam e pelo seu desenvolvimento por meio de reformas que resolvem lacunas e inconsistências geradas pelas limitações linguísticas das FS s. Uma lógica jurídica, se possível, deve ser capaz de mostrar como lacunas e contradições participam do desenvolvimento de um sistema jurídico S quando trazidas para o contexto argumentativo das cortes e tribunais — especialmente se S reconhece a *obrigação geral de decidir* ou *vedação do non-liquet*, que discuti em 2.1.4

transcends the limits of the legal paradigm. If this is the true, one can accept Kelsen’s view that the Grundnorm is not a valid legal norm. Then, the question of its position within the hierarchy of legal norms does not occur at all”.

3 Elementos para uma lógica do raciocínio jurídico

No capítulo 2, apresentei uma concepção de raciocínio jurídico enquanto raciocínio baseado em fontes de direito (*source-based legal reasoning*). Defendi que essa concepção subscreve, simultaneamente, um *positivismo*, *formalismo*, *legalismo*, *cognitivism* e *fundacionalismo jurídicos*. É *positivista* porque separa conceitualmente a identificação das razões jurídicas da exigência de quaisquer avaliações morais substanciais. A questão a respeito do que vale ou não como direito depende dos fatos sociais institucionalizados na forma de fontes de direito. É *formalista* porque sustenta que fontes de direito operam como dispositivos linguísticos que restringem as possibilidades de inferências sobre quais normas valem juridicamente como soluções para casos jurídicos, dando autonomia argumentativa aos contextos que empregam o raciocínio jurídico. É *legalista* porque dá preferência às formulações normativas das fontes de direito que são regras linguisticamente precisas. Os princípios semanticamente vagos são inteligíveis para as cortes e tribunais apenas na medida em que existirem formulações nas fontes de direito que são regras precisas para o fechamento semântico desses princípios. É *cognitivist* porque sustenta que as reconstruções interpretativas das normas jurídicas a partir das formulações normativas fornecidas pelas fontes de direito têm seu valor de verdade assegurado na autoridade da intenção legislativa que pré-selecionou soluções jurídicas que fazem parte de um sistema jurídico S . Sem uma interpretação dos significados das formulações normativas FN que verdadeiramente apreendam quais normas N são pré-seleções autorizadas pela atividade legislativa, seja ela principal ou residual, a interpretação jurídica opera sem uma autorização *de jure* em contextos que separam a atividade criadora da atividade aplicadora de normas. É *fundacionalista* porque defende que a inferência sobre qual norma vale para solucionar um caso depende sempre de normas gerais mais básicas que são justificações em acordo com o esquema hierarquizado das fontes de direito de S . Critérios técnicos adicionais para se inferir normas jurídicas, como o da cronologia e da especialidade, aplicam-se somente após a determinação da estrutura hierárquica das fontes de direito em S .

A partir dessas cinco dimensões do raciocínio jurídico, obtém-se um paradigma para se pensar como é possível reconstruir o seu comportamento dedutivo. Idealmente, como expliquei em 2.1.3, a atividade criadora de normas busca, por meio das fontes de direito, estabelecer um mecanismo de coordenação de conflitos. Esse mecanismo torna-se o parâmetro pelo qual os conflitos sociais podem ser pensados e interpretados. No entanto, a correta interpretação das fontes de direito torna-se também objeto de conflitos interpretativos entre os seus destinatários. A tese que defendo neste capítulo adiciona um ingrediente lógico-filosófico para a teoria do raciocínio jurídico enquanto um raciocínio baseado nas fontes de direito. Uma vez que as fontes de direito autorizam certas normas como jurídicas, excluindo outras soluções do domínio do discurso jurídico, exige-se das instâncias jurisdicionais o exercício de uma interpretação autorizada dessas fontes de

forma que a norma individual que soluciona cada caso seja uma *consequência lógica* de normas gerais. Uma vez que a dinâmica do processo de socialização traz novas informações para as cortes e tribunais, estas instituições são forçadas a desenvolver as fontes de direito nas suas limitações a respeito dos comportamentos futuros dos agentes sociais não explicitamente previstos pelo legislador. Como defendo nas subseções seguintes, uma lógica para o raciocínio jurídico não se resume à lógica clássica, pois pré-seleções legislativas contraditórias ou ausentes, especialmente diante de casos que trazem novas informações, forçam os julgadores a lidarem, respectivamente, com inconsistências ou lacunas nas fontes de direito. Todavia, as fontes de direito devem influenciar as decisões dos juízes mesmo que contradições normativas sejam observadas, o que não permite que, dessas contradições, qualquer decisão seja justificada. Também, a vedação do non-liquet exige do julgador a apreensão dos exatos limites linguísticos das fontes de direito, sem os quais não é possível saber quando uma nova norma pode ser incorporada residualmente de forma autorizada por uma reforma jurisdicional que preenche lacunas do sistema jurídico. Ademais, é possível que núcleos linguisticamente precisos, consistentes e suficientes para se inferir normas jurídicas sejam observáveis nas fontes de direito. Neste caso, não há autorização *de jure* para interpretações criativas que, por fim, não preservam a autoridade do legislador. Logo, o raciocínio jurídico possui, em contextos de inconsistências em fontes de direito, um comportamento paraconsistente e, em contextos com lacunas nas fontes de direito, um comportamento paracompleto. Apenas onde há formulações completas e consistentes nas fontes de direito é correto tratar o raciocínio jurídico como clássico.

Por um lado, este capítulo oferece uma alternativa à noção amplamente difundida que reconstrói o raciocínio jurídico exclusivamente nos termos da lógica clássica de primeira ordem [179]. Por outro lado, é também uma resposta ao ceticismo em relação à possibilidade de se pensar o raciocínio jurídico como um tipo de raciocínio plenamente lógico quando exercido nos limites de sua autorização *de jure*. Uma motivação para esse empreendimento é fornecer uma justificativa e uma base filosófica para reconstruções do raciocínio jurídico que o fazem à luz de uma linguagem formal que apresenta uma *teoria da consequência lógica* que permite a coexistência harmoniosa da lógica paracompleta (ou intuicionista), da lógica clássica e da lógica paraconsistente. Em acordo com Frade e Rodrigues, essas lógicas podem ‘coexistir pacificamente’ no contexto do Lógica enquanto disciplina que tem como objeto o estudo universal da consequência lógica [82, p. 16]. A lógica paracompleta, a lógica clássica e a lógica paraconsistente são, respectivamente, “abordagens universais da construtibilidade, da verdade e da evidência.”¹⁰¹ [82, p. 16]

Na seção 3.1, apresento alguns aspectos conceituais e técnicos da consequência lógica clássica que servirão para mediar as discussões das seções seguintes. Em 3.2, discuto as especificidades das modalidades do raciocínio jurídico a partir de elementos da lógica modal,

¹⁰¹Tradução e adaptação de: “(they can be understood as universal accounts of constructibility, truth and evidence.”

especialmente a deôntica. Investigo dois dilemas que desafiam a lógica jurídica, a saber, o *Dilema de Jørgensen* e o *Dilema de Kelsen*. Possibilidades de soluções desses dilemas são apresentadas. Em 3.3, por fim, discuto questões relacionadas às lacunas e contradições. Sistemas jurídicos são contingentemente completos e consistentes e as cortes e tribunais são obrigadas a lidarem com reformas das fontes de direito quando se deparam com lacunas e contradições. Assim, a lógica deôntica enquanto lógica do legislador racional não é adequada para reconstruir a jurisdição racional. Argumento contra a posição dialeteísta de Priest [197], defendendo a natureza epistêmica (e não ontológica) das contradições. Por fim, as teses que defendo dão razões para o desenvolvimento da lógica jurídica no referencial teórico pluralista das Lógicas da Evidência e Verdade.

3.1 Consequência lógica clássica, negação clássica e contradições

Nesta subseção, meu objetivo é introduzir algumas discussões importantes relacionadas ao tratamento clássico da consequência lógica. A lógica clássica é o ponto de partida para os estudos na lógica como disciplina ou campo do conhecimento e é o sistema que se consolidou especialmente nas investigações centrais de uma pluralidade de temas filosóficos. É a partir desse sistema que se consegue observar os limites que normalmente são colocados à possibilidade de uma reconstrução da lógica em contextos específicos. Em especial, os limites da aplicação irrefletida da lógica clássica como paradigma exclusivo da consequência lógica, que passa a ter uma identidade com a ideia de preservação da verdade. O presente estudo tem um foco mais conceitual do que técnico e introduz elementos importantes para se compreender os dois dilemas que se colocaram historicamente ao raciocínio com modalidades deônticas em geral e jurídicas em especial, os quais discuto na subseção seguinte em 3.2.3 e 3.2.4. As discussões da presente subseção são basilares para o lógico de formação. No entanto, como este trabalho investiga um tema de interesse também de estudiosos do direito, muitas vezes habituados apenas à silogística tradicional, busquei apresentar esta subseção de uma forma mais didática. A discussão conceitual desta subseção não elimina a importância do leitor desta dissertação empreender um estudo mais amplo e aprofundado da teoria clássica da consequência lógica.

Em 3.1.1, apresento a sintaxe e a semântica da lógica clássica sentencial. Em 3.1.2, discuto noções lógico-filosóficas relacionadas à emergência e consolidação da teoria clássica da consequência lógica como metodologia para raciocínios preservadores de verdade. Em 3.1.3, apresento brevemente consequências metalógicas importantes da lógica clássica, a sua completude e correção. Apresento também o comportamento da negação clássica, que valida os princípios da explosão e do terceiro excluído. Em 3.1.4, mostro a extensão de primeira ordem da lógica clássica. Ademais, mostro como representar as relações dos enunciados categóricos da silogística tradicional por meio dos quantificadores universal e existencial. Em 3.1.5, discuto novamente a explosão e a motivação de evitá-la na inter-

pretação epistêmica da lógica paraconsistente. Indico brevemente as razões pelas quais a noção epistêmica de contradições das Lógicas da Evidência e Verdade, que defendo mais detalhadamente em 3.3.4, é mais adequada para o raciocínio jurídico.

3.1.1 Sintaxe e semântica do cálculo sentencial clássico

A lógica clássica é a *teoria da consequência lógica* concebida a partir do sistema formal introduzido inicialmente no *Begriffsschrift* de G. Frege [84] e que se consolidou nos estudos do século XX empreendidos por autores como A. N. Whitehead, B. Russell, L. Wittgenstein, D. Hilbert, A. Tarski, W. V. O. Quine, entre outros.¹⁰² Quando uso indistintamente o termo ‘lógica clássica’, refiro-me tanto ao cálculo sentencial clássico (CS) quanto à sua extensão de primeira ordem (CPO), que contempla o quantificador existencial (\exists) e o quantificador universal (\forall). A formalização de CS consiste em duas etapas: (1) apresentar a linguagem formal, (2) especificar um procedimento para se obter sentenças verdadeiras [256, p. 7]. Esta subseção apresenta a sintaxe e semântica de CS.

A linguagem \mathcal{L} de CS é composta de inúmeras letras sentenciais p, q, r, s, \dots , de um conectivo unário \neg , dos conectivos $\wedge, \vee, \rightarrow, \leftrightarrow$ e parênteses. O conjunto de fórmulas bem formadas (*fbf*) de \mathcal{L} , também denotadas por \mathcal{L} , é definido recursivamente de maneira usual. Letras gregas minúsculas $\alpha, \beta, \gamma \dots$, são usadas como metavaríaveis para fórmulas de \mathcal{L} e letras gregas maiúsculas $\Gamma, \Sigma, \Delta, \dots$, são usadas como metavaríaveis para conjuntos de fórmulas. A semântica clássica é bivalorada. O princípio que a determina enuncia que:

Bivalência: toda sentença é ou verdadeira (T) ou falsa (F).

Como explica Quine, a “bivalência é um traço básico de nossas teorias clássicas da natureza. Faz-nos postular uma dicotomia verdadeiro-falso em todas as afirmações que podemos expressar em nosso vocabulário teórico, independentemente de sabermos como decidí-las.”¹⁰³ [200, p. 94] Nesse sentido, fala-se da bivalência como um princípio metalinguístico. Por ele, orienta-se a maneira na qual uma semântica formal deve fornecer um procedimento decisório para a valoração de fbfs na lógica clássica de maneira *verofuncional* (*truth-functional*). Em síntese, uma semântica bivalente para qualquer sistema formal S do CS valora as fbfs de S com os valores semânticos T ou F, fornecendo, dessa forma, funções-verdade que capturam a oposição categórica entre as noções de ‘verdadeiro’ e ‘falso’. Interpretando ‘sse’ pelo significado da expressão ‘se e somente se’ e ‘ $v(\alpha)$ ’ como ‘o valor de verdade de α ’, a semântica bivalente de CS estabelece:

$$\begin{aligned} \nu(\neg\alpha) = \text{T sse } v(\alpha) = \text{F} \\ \nu(\alpha\wedge\beta) = \text{T sse } v(\alpha) = \text{T e } v(\beta) = \text{T} \end{aligned}$$

¹⁰²Para discussões a respeito dos problemas lógicos que, historicamente, culminaram na emergência e estabelecimento da lógica clássica a partir dos séculos XIX e XX, cf. [106, 139].

¹⁰³Tradução de: “Bivalence is a basic trait of our classical theories of nature. It has us positing a true-false dichotomy across all the statements that we can express in our theoretical vocabulary, irrespective of our knowing how to decide them.”

$$\begin{aligned} \nu(\alpha \vee \beta) &= \text{T sse } \nu(\alpha) = \text{T ou } \nu(\beta) = \text{T} \\ \nu(\alpha \rightarrow \beta) &= \text{T sse } \nu(\alpha) = \text{F ou } \nu(\beta) = \text{T} \\ \nu(\alpha \leftrightarrow \beta) &= \text{T sse } \nu(\alpha) = \text{T e } \nu(\beta) = \text{T} \end{aligned}$$

As funções verofuncionais acima fornecem um paradigma para expressões como ‘não é o caso que α ’ ($\neg\alpha$), ‘ α e β ’ ($\alpha\wedge\beta$), ‘ α ou β ’ ($\alpha\vee\beta$), ‘se α , então β ’ ($\alpha\rightarrow\beta$) e ‘ α se e somente se β ’ ($\alpha\leftrightarrow\beta$). Uma forma tradicional de mostrar as possibilidades de atribuição de valores de verdade dadas por essas funções verofuncionais é utilizando o método das tabelas-verdade (*truth-tables*). As valorações possíveis dessas expressões são:

p	q	$\neg p$	$p\wedge q$	$p\vee q$	$p\rightarrow q$	$p\leftrightarrow q$
T	T	F	T	T	T	T
T	F	F	F	T	F	F
F	T	T	F	T	T	F
F	F	T	F	F	T	T

Com essa tabela, obtém-se um algoritmo ou procedimento decisório para a atribuição de valores de verdade para qualquer fbf da linguagem \mathcal{L} de CS. Uma mesma sentença atômica fornece apenas dois casos de análise, pois pode possuir apenas um dos dois valores semânticos de uma tabela verdade, T ou F. Já o número de casos analisados para qualquer fórmula molecular α equivale a 2^n , sendo n o número de letras sentenciais diferentes em α . Por exemplo, se α contempla apenas p , obtém-se dois casos analisáveis; se contempla p e q , obtém-se quatro casos; se contempla p , q e r , obtém-se oito casos; se contempla n letras sentenciais distintas, obtém-se 2^n casos.¹⁰⁴ Ademais, tomando, por exemplo, a tabela verdade da fórmula ($p\vee\neg p$):

p	$\neg p$	$p\vee\neg p$
T	F	T
F	T	T

E a tabela verdade da fórmula ($p\wedge\neg p$):

p	$\neg p$	$p\wedge\neg p$
T	F	F
F	T	F

¹⁰⁴Existem aplicações sofisticadas de um algoritmo de tabela de verdade. Schneider e Wagemann, por exemplo, defendem a aplicação do método formal das tabelas de verdade na análise qualitativa de dados sociais enquanto meio para se avaliar todas as condições lógicas de possibilidade de interpretação desses dados [232, p. 91]. Além disso, estendem a tabela-verdade da lógica clássica, que é abstratamente um modelo de oposição fechado nas possibilidades de valorar um dado como 1 ou 0, para um modelo *fuzzy* que incorpora também valorações em um gradiente de números reais entre 0 e 1 [232, p. 96]

Prova-se: que $(p \vee \neg p)$ é uma *tautologia*, uma vez que é verdadeira em qualquer interpretação de p ; e que $(p \wedge \neg p)$ é uma *contradição*, uma vez que é falsa em qualquer interpretação de p . Uma sentença que não é nem uma tautologia nem uma contradição é uma *contingência*. Como expliquei anteriormente, o objeto da Lógica enquanto disciplina é a relação de consequência lógica. Uma lógica como teoria da consequência lógica mostra como determinadas propriedades seguem logicamente das premissas para a conclusão.

A lógica clássica, enquanto uma teoria da consequência lógica, reconstrói formalmente a noção intuitiva de preservação de verdade (*truth-preservation*). Essa noção afirma que, em qualquer argumento logicamente válido, ocorre uma *transmissão logicamente necessária* da verdade das premissas para a conclusão. Pensando de maneira intuitiva, um argumento é válido se e somente se não há nenhuma situação logicamente possível em que as premissas são verdadeiras e a conclusão é falsa. [244, p. 9-10]

Simbolicamente, um argumento do tipo ' $\Gamma \models \alpha$ ' é logicamente válido se não há nenhuma circunstância em que seja possível inferir a falsidade da conclusão ' α ' diante de um conjunto ' Γ ' de premissas simultaneamente verdadeiras. O símbolo ' \models ' indica a relação de consequência lógica, tratando-se de uma *consequência semântica*. No caso, aplicar a relação ' \models ' para representar a noção de consequência lógica em CS indica a *preservação da verdade*. Ao reconstruir um argumento em forma lógica, verifica-se a validade desse argumento. Quando se tem um argumento dedutivamente válido, mostra-se que, no caso das premissas serem verdadeiras, segue-se uma conclusão verdadeira. Se, de fato, as premissas forem verdadeiras, então, o argumento é *correto* (*sound*). Observe o seguinte argumento:

- (P1) Se um indivíduo é um ser humano, esse indivíduo é mortal. $(a \rightarrow b)$
 (P2) O indivíduo é um ser humano. (a)
 \therefore (C1) O indivíduo é mortal. (b)

Uma vez que a premissa P1 é verdadeira e que ser humano implica ser mortal, ao se constatar um ser humano, fazendo da premissa P2 verdadeira, conclui-se logicamente que ele é mortal. Destarte, esse argumento instancia uma estrutura em que não existe nenhuma circunstância para a qual, no caso de premissas verdadeiras, siga uma conclusão falsa. Na lógica clássica, premissas são agrupadas de forma conjuntiva e produzem a conclusão em uma única fbf (atômica ou molecular).¹⁰⁵ Fala-se que ' $(a \rightarrow b), a \models b$ ' se e somente se, em todos os casos que ' $(a \rightarrow b) \wedge a$ ' for verdadeiro, ' b ' também será verdadeiro. Em uma tabela verdade, reconstrói-se o argumento como uma implicação material que toma como seu antecedente a conjunção das premissas e como consequente a sua conclusão. No argumento acima, obtém-se a fbf ' $((a \rightarrow b) \wedge a) \rightarrow b$ '. Se esta fbf é uma tautologia,

¹⁰⁵Uma abordagem heterodoxa como a lógica de múltiplas conclusões em Shoesmith e Smiley [241] estende a lógica clássica para permitir derivar um conjunto de conclusões (consideradas disjuntivamente) a partir de um conjunto de premissas (consideradas conjuntivamente).

afirma-se que $\langle (a \rightarrow b), a \models b \rangle$. Veja a tabela:

a	b	$a \rightarrow b$	$(a \rightarrow b) \wedge a$	$((a \rightarrow b) \wedge a) \rightarrow b$
V	V	V	V	V
V	F	F	F	V
F	V	V	F	V
F	F	V	F	V

Como a conclusão é uma consequência tautológica das premissas, o argumento representado por $\langle (a \rightarrow b), a \models b \rangle$ é válido. Afinal, dada a condição da premissa P1, seria impossível um indivíduo em P2 ser humano e não ser mortal. No caso, trata-se de um argumento do tipo *modus ponens*. Agora, compare o argumento acima com o seguinte:

(P1) Se um indivíduo é um ser humano, esse indivíduo é mortal. $(a \rightarrow b)$

(P3) O indivíduo é mortal. (b)

\therefore (C2) Logo, o indivíduo é um ser humano. (a)

a	b	$a \rightarrow b$	$(a \rightarrow b) \wedge b$	$((a \rightarrow b) \wedge b) \rightarrow a$
V	V	V	V	V
V	F	F	F	V
F	V	V	V	F
F	F	V	F	V

Nesse caso, é plenamente possível um indivíduo p qualquer ser mortal e não ser humano. Um exemplo é a formiga ou qualquer outro animal que não se enquadra na categoria do ser humano. Portanto, visto que a conclusão não é verdadeira em todas as interpretações possíveis do conjunto de premissas da tabela verdade, a conclusão não é uma consequência lógica das premissas. Se uma fórmula β é uma consequência lógica de um argumento válido a partir das premissas dadas em um conjunto Γ , este conjunto é um *modelo* para β , isto é $\langle \Gamma \models \beta \rangle$. A. Tarski apresentou essa noção em *The Concept of Logical Consequence* [251]. A consequência lógica modelo-teorética formaliza a noção intuitiva de validade que apresentei acima. Assim, uma sentença α segue logicamente de um conjunto de sentenças Γ se e somente se todo modelo Σ de Γ é também modelo de α [233, p. 187].

Tarski explica que, uma vez que se define as funções sentenciais de um *modelo* a partir de *funções-verdade*, prova-se que “toda consequência de sentenças verdadeiras tem de ser verdadeira e, também, que a relação de consequência que se verifica entre sentenças dadas é completamente independente das constantes extralógicas que ocorrem nessas sentenças” [251, p. 243–4]. A consequência lógica modelo-teorética fornece uma Semântica (com ‘S’), sendo um tratamento teórico para a valoração de sentenças em linguagem formal. Sendo esta linguagem uma instância da teoria clássica da consequência lógica, a Semântica modelo-teorética explica também o que estaria fazendo caso fosse também

uma teoria da linguagem (ou semântica com ‘s’) que entende o *significado* (*meaning*) em termos de condições de verdade (*truth-conditional semantics*). Assume-se a *denotação* como modo primário [250, p. 149]. Juntamente com a concepção de *sentença verdadeira*, Tarski reconstrói logicamente a noção intuitiva de verdade enquanto ‘correspondência com a realidade’ [250, p. 149], validando, em sistemas clássicos, o princípio da bivalência.¹⁰⁶

3.1.2 A lógica clássica é a lógica correta?

O valor histórico e conceitual da lógica clássica como metodologia precisa, tanto para estudos puramente formais quanto para investigações analítico-conceituais em filosofia, levou a ortodoxia a generalizar a concepção clássica de consequência lógica como a versão correta. A lógica clássica tornou-se um paradigma metateórico para se pensar outras teorias da consequência lógica. Seu valor paradigmático é demonstrado na prova da completude (*Post completeness*) do sistema de lógica clássica do *Principia Mathematica* de B. Russell e A. N. Whitehead dada por E. L. Post, em 1921, no artigo *Introduction to a General Theory of Elementary Propositions* [193]. R. Jennings e P. Schotch afirmam:

Se fôssemos tirar qualquer inferência da lógica proposicional que não seja classicamente válida e adicioná-la à lógica clássica como um princípio extra, a lógica assim constituída permitiria que qualquer fórmula fosse derivada de qualquer conjunto de premissas – o que quer dizer que seria trivial. O resultado desse fato, provado pela primeira vez por Post, é que qualquer lógica não trivial sobre a linguagem clássica é quase certa de ser uma sublógica da lógica clássica¹⁰⁷[123, p. 16].

Explicando melhor os resultados da completude de *Post*, uma lógica não-trivial na linguagem da lógica clássica: (a) ou é uma sublógica da lógica clássica, (b) ou, no caso de incluir inferências que não são válidas classicamente, exige-se retirar alguma inferência que é válida classicamente. Assim, duas estratégias se seguem para se definir o que é um raciocínio a partir de uma teoria da consequência lógica. Ou se propõe uma estratégia revisionista, na qual se aprimora a inteligibilidade da inferência clássica sem o acréscimo de inferências inválidas classicamente; ou se substitui, no que couber, a lógica clássica a partir de exceções aos princípios inferenciais validados classicamente. Mas Jennings e Schotch afirmam que, uma vez que a completude de Post se aplica, se uma “lógica substitutiva” da lógica clássica for apresentada, ela “normalmente não se afastará do cânone

¹⁰⁶A definição semântica de sentença verdadeira é fornecida por Tarski formalmente um esquema-T $[V(\Gamma p \supset) \leftrightarrow p]$, cf. [249, p. 23]. Para a diferença entre Semântica (ou semântica formal) e semântica (ou teoria do significado), cf. [250].

¹⁰⁷No texto original: “If we were to take any inference from propositional logic which is not classically valid, and add it to classical logic as an extra principle, the logic so constituted would allow any formula to be derived from any premise set—which is to say it would be trivial. The upshot of this fact, first proved by Post is that any non-trivial logic over the classical language, is almost sure to be a sublogic of classical logic”.

clássico no sentido de ser disjunta dele.”¹⁰⁸ [123, p. 16] Para o atual estado da arte da disciplina Lógica, o caráter paradigmático e as propostas de substituição da lógica clássica levaram ao questionamento filosófico sobre se há uma lógica correta (*the one right logic*) para caracterizar apropriadamente a noção de *consequência lógica*. Esse debate é dividido entre três posições principais: o (1) *monismo*, o (2) *pluralismo* e o (3) *niilismo*. De forma simplificada, essas posições podem ser caracterizadas como:

(1) Monismo: o monismo em filosofia da lógica sustenta que há uma lógica correta como guia ideal do raciocínio em contextos argumentativos próprios, sendo esses contextos definidos normativamente a partir do que se concebe como a concepção *correta* da consequência lógica. Exemplos de monismo são: as posições de G. Frege [83, p. 14] e W. V. O. Quine [201, p. 80 ss.], que assumem a lógica clássica como a lógica correta; a posição dialeteísta de Graham Priest [196], que assume a lógica paraconsistente como a lógica correta; e a posição de S. Read [211], que assume a lógica relevante como a lógica correta.

(2) Pluralismo: A posição pluralista, em contrapartida, defende a ideia na qual diferentes contextos argumentativos demandam diferentes tratamentos da consequência lógica, sendo diferentes lógicas guias mais ou menos adequados para cada contexto argumentativo, como, p. ex., quando há necessidade de lidar com contradições sem trivialização, demanda-se uma lógica paraconsistente; com lacunas ou ausência de informação, uma lógica para completa; com a revisão de crenças, uma lógica não-monotônica; etc. Exemplos pluralistas são a posição de J.C. Beall e G. Restall [28] e a de Frade e Rodrigues [82].

(3) Niilismo: Diametralmente oposta ao monismo, a posição niilista afirma não haver nenhuma lei lógica ou guia ideal do raciocínio, sejam leis lógicas corretas no geral ou leis lógicas mais adequadas para cada contexto argumentativo em particular, contrapondo-se também aos pluralistas. Os argumentos para o niilismo lógico foram introduzidos em G. Russell [220, 221].

A justificativa para a lógica do raciocínio jurídico que apresento neste trabalho tem uma coloração pluralista. Isso se desvela na defesa de um projeto que empreenda uma versão deôntico-jurídica das lógicas LETs de Carnielli e Rodrigues [52, 53]. Adiante, mostro como as razões que levaram a ortodoxia monista a adotar a teoria da consequência lógica clássica como sendo a teoria correta para se definir ‘*o que se segue logicamente das premissas para a conclusão*’ conectam-se com um certo entendimento sobre aquilo que uma lógica faz ao reconstruir a noção de *raciocínio* enquanto uma operação preservadora da verdade.

¹⁰⁸No texto original: “is not normally going to depart from the classical canon in the sense of being disjoint from it”.

Ademais, a *versão standard* da lógica deôntica tem como concepção de consequência lógica subjacente a *noção clássica da preservação da verdade*. Essa é uma das razões que faz do não-cognitivismo de Jørgensen um dilema para a lógica ou raciocínio deôntico.¹⁰⁹

3.1.3 Sistema dedutivo clássico e negação clássica

Segundo Schroeder-Heister, para a perspectiva modelo-teorética, o conceito *categorico* de verdade é anterior ao conceito *hipotético* de consequência [233, p. 187]. Este é dado pela relação ‘ \vdash ’, que representa a condição de *derivabilidade* em um sistema formal, sendo a *satisfação* dessa condição de derivabilidade o que fornece a relação de *consequência sintática* ou *consequência teorética de provas* (*proof-theoretic consequence*). Fala-se que, em um sistema formal S , uma sentença β é derivada de um conjunto de sentenças Γ se é possível gerar β a partir dos elementos de Γ pelo uso dos axiomas e regras de inferência dadas por S [233, p. 187]. Essa relação é representada por ‘ $\Gamma \vdash \beta$ ’. Inferências são justificadas em S se S é *correto* (*sound*) ou, para ser mais preciso, se as consequências estabelecidas a partir das regras inferenciais e axiomas de S são válidas. Assim:

Correção: $\Gamma \vdash \beta \rightarrow \Gamma \models \beta$

Se a relação contrária é provada, isto é, se, para toda consequência semântica, há também uma consequência sintática, fala-se que o sistema é completo. Nesse sentido, enuncia-se:

Completude: $\Gamma \models \beta \rightarrow \Gamma \vdash \beta$

A *completude*, no sentido acima, implica que, para toda sentença β que é um *teorema* em S , há uma prova ou derivação em S gerada a partir dos axiomas e regras de inferência de S . As relações de *correção* e *completude*, consideradas em conjunto, formam a equivalência:

$\Gamma \models \beta \leftrightarrow \Gamma \vdash \beta$

Uma forma de apresentar o procedimento de derivação em um sistema formal é por meio do método axiomático. Um sistema axiomático Σ contempla regras sintáticas S para a reconstrução de sentenças que são *fórmulas bem-formadas* (*fbfs*), axiomas A que são enunciados em forma de condicionais gerais e regras de dedução *efetivas* R para se usar o conjunto de axiomas A na prova de outros enunciados validados em Σ . Assim, define-se [246, p. 33]:

Def. O sistema axiomático Σ é uma tripla $\langle S, A, R \rangle$, sendo:

(a): S a classe de regras sintáticas de formação de *fbfs*;

(b): A a classe de axiomas formados em acordo com S ;

(c): R a classe de regras de inferência que permitem a prova dos demais enunciados de Σ a partir de A .

¹⁰⁹Como se verá em 3.2.3, infra.

Uma linguagem formalizada em acordo com a definição acima *calculiza* uma teoria [246, p. 33]. Nela, os enunciados obtidos a partir dos axiomas A e das regras de inferência R tornam-se *teoremas* em Σ . W. Carnielli e R. Epstein apresentam um sistema que demonstra com clareza e naturalidade o cálculo sentencial clássico [50, p. 218]:

Cálculo Proposicional ou Sentencial Clássico (CS)

Toda instância de um dos esquemas abaixo é um axioma:

$$(A_1): \neg\alpha \rightarrow (\alpha \rightarrow \beta)$$

$$(A_2): (\alpha \rightarrow \beta) \rightarrow ((\neg\alpha \rightarrow \beta) \rightarrow \beta)$$

$$(A_3): \beta \rightarrow (\alpha \rightarrow \beta)$$

$$(A_4): (\alpha \rightarrow (\beta \rightarrow \gamma)) \rightarrow ((\alpha \rightarrow \beta) \rightarrow (\alpha \rightarrow \gamma))$$

$$(A_5): \alpha \rightarrow (\alpha \rightarrow (\alpha \wedge \beta))$$

$$(A_6): (\alpha \wedge \beta) \rightarrow \alpha$$

$$(A_7): (\alpha \wedge \beta) \rightarrow \beta$$

$$(A_8): \alpha \rightarrow (\alpha \vee \beta)$$

$$(A_9): \beta \rightarrow (\alpha \vee \beta)$$

$$(A_{10}): ((\alpha \vee \beta) \wedge \neg\alpha) \rightarrow \beta$$

Regra do *modus ponens* (MP): A partir de α e de $\alpha \rightarrow \beta$ conclua β

Para o raciocínio jurídico, uma importante discussão diz respeito aos axiomas A_1 e A_2 , relacionados ao comportamento da negação clássica. A negação é um fenômeno de oposição. Por exemplo, quando se diz que ‘é o caso que uma atitude p é lícita’, opõe-se a essa afirmação aquela que diz que ‘não é o caso que uma atitude p é lícita’. Se no raciocínio jurídico vale o comportamento clássico da negação, então segue-se que tal raciocínio valida o *terceiro excluído* e a *explosão*. O comportamento da negação clássica está subentendido na defesa que Aristóteles promoveu do princípio da não contradição e do princípio do terceiro excluído. Em relação ao princípio da não-contradição, Aristóteles afirmou que:

Tal princípio é o mais certo de todos; que princípio é este, dizemos a seguir. É que o mesmo atributo não pode ao mesmo tempo pertencer e não pertencer ao mesmo objeto, segundo o mesmo aspecto. [22, 1005b15]

Fica, portanto, esclarecido que a noção mais sólida é a de que as afirmações contraditórias não podem ser verdadeiras simultaneamente, assim como ficam claras as consequências a que chegam os que afirmam o contrário. [22, 1011b15]

Em relação ao terceiro excluído, afirmou que:

Não é possível que exista um termo médio entre os contraditórios, mas é necessário ou afirmar ou negar, do mesmo objeto, um só dos contraditórios, qualquer que seja ele. Isso é evidente pela própria definição do verdadeiro e

do falso: falso é dizer que o ser não é ou que não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não-ser não é. Consequentemente, quem diz de uma coisa que é ou que não é, ou dirá o verdadeiro ou dirá o falso. [22, 1011b23]

Quando lidos como estabelecendo o comportamento da negação clássica, os dois princípios afirmam que p e $\neg p$ não podem ser verdadeiros ao mesmo tempo nem falsos ao mesmo tempo.¹¹⁰ Mas é importante ter em mente que o essencial para caracterizar a negação clássica, além do terceiro excluído, não é exatamente a não-contradição, mas sua explosividade [53, p. 571]. Segundo o princípio da explosão, prova-se qualquer coisa a partir de uma contradição (*ex contradictione sequitur quodlibet*), trivializando o sistema de inferências.¹¹¹ Destarte, a ideia de que qualquer coisa segue de uma contradição torna a não-contradição um princípio que assegura o sistema de inferências da lógica clássica.

Tanto a explosão (EXP) quanto o terceiro excluído (TEX) estão presentes no sistema de axiomas apresentado acima. O axioma A_1 captura a ideia da explosividade, pois se qualquer $\neg\alpha$ e qualquer α são verdadeiros simultaneamente, então qualquer coisa se segue. No que diz respeito ao terceiro excluído, o axioma A_2 mostra que se β segue de α assim como de $\neg\alpha$, então β é verdadeiro. Isso quer dizer que é o caso que ou α ou $\neg\alpha$ é verdadeiro, mas ambos não podem ser simultaneamente falsos. Quando reconstruídos na forma de regras de inferência, os princípios estabelecem que:

(EXP): $\alpha, \neg\alpha \vdash \beta$

(TEX): $\beta \vdash (\alpha \vee \neg\alpha)$

Uma vez que CS é um sistema dedutivo completo e correto, torna-se uma ferramenta poderosa para a formulação de argumentos preservadores da verdade, especialmente quando se tem conhecida a oposição entre aquilo que é verdadeiro e aquilo que é falso. Por exemplo, suponha qualquer processo judicial onde se busca verificar se um acusado é culpado ou inocente. Em um sistema garantista, se as evidências de sua culpa não são conclusivas, *presume-se sua inocência*. No entanto, se as evidências são conclusivas, isto é, se são provas ou não do crime cometido pelo acusado, é impossível que, em acordo com uma mesma tipificação da conduta, o acusado seja, ao mesmo tempo, culpado e inocente. O reconhecimento do fato após as provas conclusivas só pode produzir uma, e apenas uma, afirmação verdadeira que determina o *status* do acusado entre dois estados de culpabilidade opostos, ou o *status de culpa* ou o *de inocência*. Afinal, é um contrassenso pensar em fatos contraditórios quando se tem a certeza do valor de verdade de certos enunciados.

¹¹⁰Agradeço ao meu orientador, Abílio Rodrigues, por mostrar essa relação entre as passagens da *Metafísica* de Aristóteles e o comportamento da negação clássica nas disciplinas de lógica que fui estagiário docente durante o Mestrado.

¹¹¹Outro nome para esse teorema é *Lei de Scotus* ou *Lei de Pseudo-Scotus*. Esse nome decorre de se atribuir a decantação lógico-clássica desse princípio à retomada de elementos já presentes nas compilações dos estudos de João Duns Scotus (1266-1308). A dúvida sobre se esses estudos conservam o trabalho original do *Doctor Subtilis* fez com que a autoria das compilações fosse atribuída a um outro autor, o ‘Pseudo-Scotus’. Para uma discussão histórico-conceitual mais aprofundada, cf. [97, p. 223-250].

No entanto, a conexão necessária entre contradição e trivialização faz da lógica clássica uma teoria da consequência lógica inadequada para representar contextos argumentativos em que somos obrigados a lidar com contradições. Essa é uma das motivações das lógicas paraconsistentes, as quais buscam uma maneira de lidar racionalmente com contradições sem que se conduza, necessariamente, a resultados triviais. Especialmente em contextos em que somos forçados a manter a atitude mais racional enquanto decidimos entre crenças contraditórias. Essa é uma motivação adicional para a abordagem pluralista da lógica jurídica que defendo em 3.3 e 3.4. Para qualquer contexto do raciocínio jurídico em que o julgador lida com *enunciados sobre o direito baseados em justificações conclusivas*, a teoria da consequência lógica adequada para sua representação é *clássica*. O sistema clássico, por lidar com a *preservação da verdade*, possui um ingrediente ontológico.

CS captura um dos sentidos da não-contradição inicialmente articulados por Aristóteles no livro IV da *Metafísica*, que é o seu sentido ontológico.¹¹² Como explica Rodrigues, aplica-se a não-contradição apenas a enunciados que não podem ser *simultaneamente e conclusivamente* verdadeiros com sua negação [213, p. 244-246]. O debate metafísico orientado pelas lógicas paraconsistentes discute a natureza das contradições, em especial, no que diz respeito ao seu caráter ontológico. Existem contradições verdadeiras? No caso do direito, existem enunciados jurídicos contraditórios simultaneamente verdadeiros? O dialeteísmo de Priest [197, p. 182 ss.] defende que sim. Porém, em 3.3.4, rejeito o dialeteísmo no direito em razão da natureza epistêmica das contradições interpretativas. Antes de adentrar e aprofundar conceitualmente as discussões relacionadas à natureza semântica dos enunciados jurídicos, discuto um problema adicional da lógica clássica no que diz respeito aos seus limites expressivos em relação à linguagem natural.¹¹³ Uma maneira de aumentar a expressividade do cálculo sentencial é por meio da introdução de quantificadores. Argumentos como os que apresentei em 3.1.1 são melhor representados com a introdução de quantificadores que expressam a ideia de ‘para todo’ ou ‘existe algum’. A partir da introdução desses quantificadores, obtém-se a lógica de primeira ordem. Com uma assunção ontológica, restringe-se a lógica de primeira ordem para capturar aspectos da silogística tradicional, uma importante forma de raciocinar nos contextos jurídicos e que serve de paralelo para se pensar a linguagem modal que apresento em 3.2.

3.1.4 Lógica de primeira ordem e os enunciados categóricos da silogística

A semântica formal de CS é extensional. A diferença entre semânticas intensionais e extensionais decorre da distinção entre sentido (*Sinn*) e referência (*Bedeutung*) introduzida por G. Frege em *Über Sinn und Bedeutung* [84].¹¹⁴ CS, enquanto uma lógica extensional,

¹¹²Rodrigues mostra que Aristóteles formula uma versão linguística [22, 1011b15], uma psicológica [22, 1005b25-30] e uma ontológica [22, 1005b15] para a não-contradição [213, p. 244-246].

¹¹³Uma introdução da lógica clássica com ênfase em mostrar sua precisão em relação à linguagem ordinária e também sua limitação expressiva foi fornecida por P. Suppes [247, Chapter 2].

¹¹⁴Para a distinção fregeana entre sentido e referência e sua aplicação em linguagens formais, cf. [214].

lida apenas com a *referência* ou *valor semântico* de *fbfs*, sendo, como referência destas, apenas os valores semânticos T ou F. Se estendida para abranger a quantificação, utiliza dos quantificadores universal (\forall) e existencial (\exists) para indicar a referência de componentes subsentenciais de *fbfs* em indivíduos ou objetos do universo do discurso. O universo do discurso ou domínio de quantificação é aquilo que Quine chamou de o “universo de objetos que são os valores de nossas variáveis de quantificação.”¹¹⁵ [201, p. 28]. Lógicas intensionais ampliam as lógicas extensionais para o domínio do sentido (*Sinn*), dando diferentes *modos de apresentação* às *fbfs* com mesma referência (ou valor semântico). Antes de adentrar na introdução de modalidades em linguagens formalizadas, apresento a lógica de primeira ordem (LPO), que é a extensão quantificacional de CS.

Uma linguagem \mathcal{L} para a LPO acrescenta à linguagem de CS quantificadores e letras predicadas que têm como paradigma as seguintes expressões intuitivas:

‘ $\forall xPx$ ’ = ‘Para todo x , Px ’.

‘ $\exists xPx$ ’ = ‘Para algum x , Px ’.

Navarro e Rodriguez explicam que em uma *fbf* de LPO os signos subsequentes a um quantificador são chamados de *escopo* do quantificador [172, p. 15]. P. ex., em toda *fbf* ‘ $\forall x\alpha$ ’ ou ‘ $\exists x\alpha$ ’, a fórmula α está no *escopo* dos quantificadores. Os quantificadores limitam (*bound*) o comportamento da variável x em todas as suas ocorrências nas fórmulas α em seu escopo. Por outro lado, qualquer variável em uma fórmula α não limitada no escopo dos quantificadores é chamada de *variável livre* (*not bound*). Em LPO, *fbfs* tipo $\forall x\alpha$ ou $\exists x\alpha$ sem variáveis livres são *fechadas* (*closed*) e expressam conteúdos proposicionais [172, p. 16]. Ademais, quando substituimos todas as ocorrências de variáveis x em α por constantes a , a *fbf* resultante é representada por ‘ $(a/x)\alpha$ ’.

Dado um domínio quantificacional ou universo do discurso \mathcal{U} , ao utilizar o quantificador universal em uma expressão do tipo ‘ $\forall x\alpha$ ’, qualquer propriedade P predicada a variáveis x de α reproduz-se em todas as ocorrências de x em \mathcal{U} . Também, ao utilizar o quantificador existencial em uma expressão do tipo ‘ $\exists x\alpha$ ’, qualquer propriedade P predicada a x de α reproduz-se em *pelo menos uma* ocorrência de x em \mathcal{U} . P. ex., enunciados categóricos da silogística tradicional são representáveis por *fbfs* fechadas de LPO:

Universal Afirmativa (A): = ‘Todos os F s são Q s’ = ‘ $\forall x(Fx \rightarrow Qx)$ ’

Universal Negativa (E): = ‘Nenhum F é Q ’ = ‘ $\forall x(Fx \rightarrow \neg Qx)$ ’

Particular Afirmativa (I): = ‘Alguns F s são Q s’ = ‘ $\exists x(Fx \wedge Qx)$ ’

Particular Negativa (O): = ‘Alguns F s não são Q s’ = ‘ $\exists x(Fx \wedge \neg Qx)$ ’

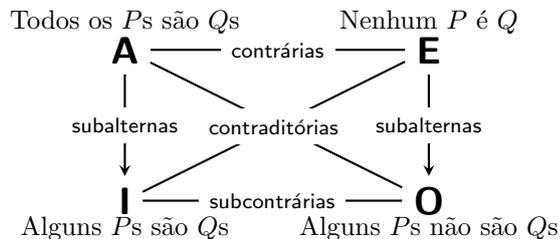
Ademais, uma função interpretação \mathcal{I} no universo do discurso não-vazio \mathcal{U} associa valores a constantes, variáveis e letras predicativas à linguagem LPO. Utilizando da terminologia teórico-conjuntista, Navarro e Rodriguez explicam que, para cada constante a , se $\mathcal{I}(a) \in$

¹¹⁵Tradução de: “the universe of objects which are the values of our variables of quantification.”

\mathcal{U} , então $\mathcal{I}(a)$ é um elemento de U . Para cada variável x , segue-se também que $\mathcal{I}(x) \in \mathcal{U}$. Por fim, para cada predicado n -ário P , segue-se que $\mathcal{I}(P) \subset \mathcal{U}$, uma vez que $\mathcal{I}(P)$ é um subconjunto de relações que ocupam n -lugares de \mathcal{U} . Por fim, a função ν atribui valores de verdade de *fbfs* de LPO nos termos da semântica bivalente discutida em 3.1.1:

- Em qualquer fórmula atômica Pt_1, \dots, Pt_n , $\nu(Pt_1, \dots, Pt_n) = T$ sse $(\nu(t_1), \dots, \nu(t_n)) \in \nu(P)$.
- $\nu(\neg\alpha) = T$ sse $\nu(\alpha) = F$
- $\nu(\alpha \wedge \beta) = T$ sse $\nu(\alpha) = T$ e $\nu(\beta) = T$
- $\nu(\alpha \vee \beta) = T$ sse $\nu(\alpha) = T$ ou $\nu(\beta) = T$
- $\nu(\alpha \rightarrow \beta) = T$ sse $\nu(\alpha) = F$ ou $\nu(\beta) = T$
- $\nu(\alpha \leftrightarrow \beta) = T$ sse $\nu(\alpha) = T$ e $\nu(\beta) = T$
- $\nu(\forall x\alpha) = T$ sse $\nu((a/x)\alpha) = T$ para toda constante a de LPO.
- $\nu(\exists x\alpha) = T$ sse $\nu((a/x)\alpha) = T$ para pelo menos uma constante a de LPO.

Na silogística tradicional, dados os enunciados A, E, I e O que apresentei acima, assume-se que: (1) A e E não podem ser simultaneamente verdadeiros, sendo contrários. (2) I e O não podem ser simultaneamente falsos, sendo subcontrários. (3) A implica logicamente I e E implica logicamente O e, assim, os enunciados de ambas as relações expressam a relação de subalternação. (4) Por fim, os pares (A e O) e (E e I) são *contraditórios* na medida em que, se um dos enunciados dos pares é verdadeiro, o outro é falso [172, p. 16-17]. Na forma de um *quadrado de oposições* (*square of oppositions*), obtém-se:



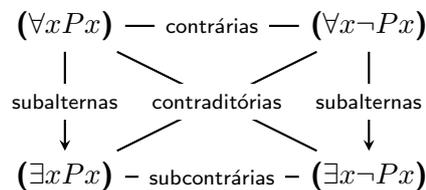
A LPO enquanto uma lógica clássica não se confunde com a silogística tradicional e, uma vez que aceita predicados que denotam classes vazias, não valida as relações de subcontrariedade e subalternação.¹¹⁶ No entanto, existe uma maneira de representar as relações entre enunciados categóricos da silogística utilizando os quantificadores existencial e universal da LPO. A. Church [58] discutiu algumas teses ontológicas relacionadas ao silogismo aristotélico e mostrou que as relações de subcontrariedade e subalternação são representáveis pela linguagem LPO apenas na medida em que se assume que o predicado ‘ P ’ denota uma classe não vazia, i. e., tendo como válido que $\exists xPx$. Dada essa assunção, representa-se as relações dos enunciados categóricos da silogística como [172, p. 17]:

- (1): $\exists xPx \vdash \neg(\forall x(Px \rightarrow Qx)) \wedge (\forall x(Px \rightarrow \neg Qx))$
- (2): $\exists xPx \vdash (\exists x(Px \rightarrow Qx)) \vee (\exists x(Px \rightarrow \neg Qx))$

¹¹⁶Sobre diferenças do quadrado de oposições na silogística tradicional e na LPO, cf. [178].

- (3a): $\exists xPx \vdash (\forall x(Px \rightarrow Qx)) \rightarrow (\exists x(Px \rightarrow Qx))$
 (3b): $\exists xPx \vdash (\forall x(Px \rightarrow \neg Qx)) \rightarrow (\exists x(Px \rightarrow \neg Qx))$

Ademais, uma vez que a conjunção dos enunciados $\forall x(Px \rightarrow Qx)$ e $\exists x(Px \rightarrow \neg Qx)$ e a conjunção dos enunciados $\forall x(Px \rightarrow \neg Qx)$ e $\exists x(Px \rightarrow Qx)$ são contradições. Nestas, um dos enunciados é verdadeiro sse o outro for falso. Tal como defendo neste trabalho,¹¹⁷ enunciados verdadeiros ou falsos têm caráter ontológico. Por essa razão, rejeito a possibilidade de contradições verdadeiras e assumo a *explosividade* dos argumentos preservadores de verdade.¹¹⁸ Simplificando as representações dos enunciados categóricos acima, Navarro e Rodriguez explicam que, assumindo que P denota uma classe não-vazia ($\exists xPx$), vale o quadro de oposições abaixo para os quantificadores universal e existencial [172, p. 17]:



Sem considerações e assunções adicionais, do quadrado de oposições acima, infere-se que:

- (4): ‘ $\forall xPx$ ’ e ‘ $\forall x\neg Px$ ’ expressam uma contrariedade.
 (5): ‘ $\exists xPx$ ’ e ‘ $\exists x\neg Px$ ’ expressam uma subcontrariedade.
 (6a): ‘ $\forall xPx$ ’ e ‘ $\exists xPx$ ’ expressam uma subalternação.
 (6b): ‘ $\forall x\neg Px$ ’ e ‘ $\exists x\neg Px$ ’ expressam uma subalternação.
 (7a): ‘ $\forall xPx$ ’ e ‘ $\exists x\neg Px$ ’ expressam uma contraditoriedade.
 (7b): ‘ $\forall\neg Px$ ’ e ‘ $\exists xPx$ ’ expressam uma contraditoriedade.

Essas relações são importantes para a definição das modalidades, uma vez que mostro um paralelo ou analogia entre a lógica dos enunciados modais e as expressões acima formuladas com quantificadores. As oposições modais são definidas em 3.2.1 e 3.2.2. Na próxima subseção, aprofundo as discussões que apresentei ao final de 3.1.3 e mostro motivações para se pensar uma concepção que aceita a versão epistêmica de contradições.

3.1.5 O *ex falso quodlibet* e a natureza das contradições

Como expus em 3.1.3, o princípio do *ex falso quodlibet* afirma que de uma contradição é possível provar ou derivar qualquer outro enunciado. Reformulando o princípio a partir dos enunciados contraditórios ‘ $\forall xPx$ ’ e ‘ $\exists x\neg Px$ ’ do item 7a acima, obtém-se:

$$(\mathbf{EXP}_{LPO}): \forall xPx, \exists x\neg Px \vdash \exists xBx$$

¹¹⁷Também em acordo com a noção de verdade como correspondência que discuti brevemente em 2.2.2.

¹¹⁸Em especial, rejeito as *dialetheias* (*gluts*) no direito. cf. as subseções 3.1.3, 3.1.4 e 3.4.4.

Em uma teoria do tipo LPO que valida o princípio do *ex falso quodlibet* na formulação acima, uma vez que, para todo indivíduo x , é o caso que x contempla uma propriedade predicada por P e, ao mesmo tempo, afirma-se que existe algum indivíduo x que não contempla a propriedade predicada por P , qualquer outra propriedade B pode ser provada como predicável a algum x . Por exemplo, a letra predicada ‘ B ’ poderia ser substituída por qualquer predicação como ‘ser onipotente’, ‘ser onisciente’, etc. Isso faz da lógica clássica uma teoria inadequada em contextos onde lidamos racionalmente com contradições. Já as lógicas paraconsistentes representam contextos contraditórios de maneira não-explosiva. Isso implica aceitar contradições sem trivializações. Não obstante, é possível uma lógica paraconsistente que não valida o *ex falso* para contextos em que contradições são permitidas e ainda validar o princípio onde contradições são explosivas, apresentando uma extensão para lidar com a *classicalidade*. Esta é uma das vantagens das lógicas LETs de Carnielli e Rodrigues, que fornecem uma abordagem da consequência lógica que permite a coexistência pacífica das lógicas clássica, paraconsistente e para-completa [82, p. 15-16].

No caso das lógicas paraconsistentes, há três concepções concorrentes para contradições. Uma dessas concepções é a de Wansing e Odintsov [267]. Trata-se de uma leitura que se apresenta sem comprometimentos ontológicos e epistêmicos e concebe uma abordagem da paraconsistência voltada exclusivamente para o tratamento de *informações* [267, p. 176]. Outra leitura é fornecida pelo *dialeteísmo*, posição de G. Priest [197] e outros autores. Nesta concepção, de um ponto de vista metafísico, enunciados contraditórios podem ser simultaneamente verdadeiros, expressando uma *contradição verdadeira*. O termo técnico para essas contradições é *dialetheia*, a sentença que contempla a conjunção de um enunciado e sua negação sendo ambos verdadeiros ($\alpha \wedge \neg\alpha$). Assim, enquanto a paraconsistência é uma propriedade de uma certa teoria da consequência lógica, o dialeteísmo acrescenta uma interpretação filosófica da verdade, expressando adicionalmente um comprometimento ontológico. A saber, a ideia que existem excessos (*gluts*) de verdades no mundo, componentes expressáveis por contradições verdadeiras. Um exemplo recente de aplicação da concepção dialeteísta da paraconsistência se dá no campo dos estudos em teologia analítica. J. C. Beall defendeu que a doutrina cristã do *Deus encarnado* é melhor compreendida em linhas glut-teoréticas, i. e., “que uma cristologia contraditória pode estar melhor posicionada para refletir naturalmente a exigência de fé.”¹¹⁹ [27, p. 46] Um exemplo de expressão aceita na doutrina é: ‘por ser Deus, a figura de Cristo é onisciente; mas por ser humano, é ignorante.’ O Deus encarnado em Cristo seria simultaneamente onisciente (e, portanto, não-ignorante) e ignorante (e, portanto, não-onisciente) [27, p. 5].

Por fim, há a posição defendida por Carnielli e Rodrigues [53], que é a posição que endosso neste trabalho para representar contextos jurídicos de argumentação. Um tratamento adequado da paraconsistência em contextos argumentativos ordinários envolve um

¹¹⁹Tradução de: “that a contradictory christology might be best positioned to naturally reflect the requirement of faith.”

comprometimento epistêmico. Afinal, “em situações da vida real, é muito mais provável que o que está em jogo sejam proposições acompanhadas de justificativas que podem ser mais ou menos conclusivas.”¹²⁰ [53, p. 579] As contradições surgem em contextos onde as justificativa a respeito dos enunciados que lidamos ainda não são conclusivas. A abordagem se diferencia da proposta de Odintsov e Wansing [267], pois ao raciocinarmos com a informação que possuímos, sempre atribuímos uma justificação adicional da razão pela qual aquele conteúdo informado é tal e tal. Isso quer dizer que a informação em contextos reais sempre acompanha uma justificativa de caráter epistêmico. Mas não é uma abordagem como o dialeteísmo, pois apenas pode existir contradições onde as justificativas não são conclusivas. Apenas enunciados que acompanham justificativas conclusivas são verdadeiros ou falsos. Onde a justificativa é não-conclusiva em relação a um enunciado, podem existir evidências conflitantes que sustentam esse enunciado juntamente com sua negação, mas também podem existir evidências insuficiente para se afirmar ambos.

Com isso, nega-se a possibilidade de existirem *contradições verdadeiras ou dialetheias*. Assim, o *framework* das Lógicas da Evidência e Verdade é uma teoria sobre a natureza epistêmica das contradições (*gluts*) e das lacunas (*gaps*) e formaliza, respectivamente, uma versão epistêmica das lógicas paraconsistente e paracompleta. Resguarda-se o comprometimento ontológico com a lógica clássica, validando o *ex falso* e o terceiro excluído para enunciados conclusivos em linha com uma noção realista da verdade [53, p. 580]. Caso exista justificativa conclusiva para um enunciado, se a justificativa sustentar a verdade do enunciado, então sua negação é falsa; se sustentar a falsidade do enunciado, então sua negação é verdadeira. Mas um enunciado e sua negação não podem ser simultaneamente verdadeiros no caso de justificativas conclusivas, sob o risco de trivialização [53, p. 578].

Trazendo o exemplo jurídico do final de 3.1.3, para toda pessoa que for condenada, ela deve ser tratada como culpada após o julgamento. Da mesma forma, toda pessoa que é absolvida, deve ser tratada como inocente após o julgamento. Não é possível, do ponto de vista jurídico, um ‘condenado inocente’ ou um ‘absolvido culpado’. Faticamente alguém pode até argumentar que um inocente foi condenado ou que um culpado foi absolvido. Contudo, essa problemática envolvendo a relação entre os processos judiciais e o mundo, especialmente no que diz respeito à possibilidade de um erro judicial no julgamento, não diz respeito aos fatos em si, mas ao tratamento das evidências que são colocadas em jogo no processo. Do ponto de vista jurídico, que é o ponto de vista do sistema jurídico que defendi explicitamente em 2.1.3 e 2.3.2, apenas um dos *status* é possível ao final do processo: ou se condena o acusado tornando-o culpado ou se absolve o acusado reconhecendo sua inocência. Por outro lado, em relação à interpretação jurídica das fontes de direito, que é o problema que investigo neste trabalho, a questão é identificar qual a pré-seleção autorizada de normas jurídicas pelo legislador das fontes de direito. O intérprete precisa

¹²⁰Tradução de: “in real-life situations, it is much more likely that what is at stake are propositions together with justifications that may be more or less conclusive.”

identificar qual interpretação é conclusivamente jurídica e se essa pré-seleção transferiu para esse intérprete a possibilidade de seleção entre duas normas contraditórias. Nesta última possibilidade, aquilo que é jurídico passa a depender da seleção das cortes e tribunais, pois é impossível o direito aplicar na prática soluções jurídicas contraditórias. Antes de defender essa posição, é importante explicar as modalidades jurídicas e dois desafios relacionados à aplicação da lógica no direito: o *Dilema de Jørgensen* e o *Dilema de Kelsen*.

3.2 Modalidades do raciocínio e os dilemas da lógica jurídica

A introdução de quantificadores aumenta a expressividade das linguagens formais. Entretanto, essa extensão da linguagem limita-se apenas a expressões que ordinariamente são enunciadas em modo indicativo e não expressam variações intensionais (de *sentido*) relacionadas a outras modalidades do discurso. Um exemplo de expressões linguísticas não abrangidas pela linguagem de LPO são aquelas com o verbo no *modo imperativo*. Por exemplo, expressões do tipo ‘faça α !’ ou ‘não faça α !’. Outras expressões não abrangidas pela linguagem da LPO são as apresentadas na modalidade interrogativa. Em princípio, perguntas do tipo ‘como é possível a ordem social?’ ou ‘como é possível o conhecimento?’, assim como os modos imperativos, não possuem valor de verdade, isto é, não podem ser verdadeiras ou falsas. Para aumentar (intensionalmente) a expressividade de uma linguagem formal, introduz-se extensões modais que reconstróem outros modos da linguagem natural em importantes aspectos. A saber, em formulações *indicativas* ou *declarativas* desses modos, dando-lhes expressões aptas a atribuímos valores de verdade. Em relação aos limites expressivos do modo indicativo, o debate de 2.3.3 relacionado ao cognitivismo *versus* não-cognitivismo sobre normas jurídicas é colocado no contexto da lógica como disciplina. Nesse debate, apresenta-se a linguagem formal que abrange formulações que nos permitem identificar, por meio de modalidades deôntico-imperativas, normas pertencentes a um sistema jurídico S . Se o cognitivismo moderado que defendo for correto, então normas verdadeiras que fornecem soluções (gerais ou individuais) conclusivas em S expressam modalidades deôntico-jurídicas *verdadeiramente autorizadas* em S .

Em 3.2.1, discuto diferenças e similaridades entre modalidades aléticas e deônticas. Estas não podem ser reduzidas àquelas sob o risco de cometer a falácia naturalista. Em 3.2.2, diferencio modalidades propriamente jurídicas das modalidades do discurso deôntico no geral. Em 3.2.3, apresento o *Dilema de Jørgensen*. Uma possibilidade de solução desse dilema é mostrar que é possível reconstruir as normas descritivamente em relação a um sistema jurídico S , adquirindo a possibilidade de lhes atribuímos valores de verdade em relação a S . Em 3.2.4, apresento o *Dilema de Kelsen* que é a defesa de um irracionalismo normativo, que elimina do raciocínio jurídico a possibilidade de seu fechamento sob consequência lógica. A solução do dilema é desenvolvida na última seção deste capítulo.

3.2.1 Modalidades aléticas e modalidades deônticas

Levando em consideração os contextos propriamente jurídicos de argumentação, os enunciados jurídicos são enunciados que descrevem as modalidades deônticas expressas por normas jurídicas. Enquanto enunciados deônticos, os enunciados jurídicos são “enunciados sobre o que se deve ou não fazer, sobre quais direitos, deveres, permissões, liberdades, poderes as pessoas possuem ou não, ..., etc.”¹²¹ [207, p. 63] Eles possibilitam que o intérprete identifique o conteúdo jurídico autorizado pelo legislador por meio das fontes de direito. Além disso, servem também para representar consequências jurídicas atreladas individualmente a decisões que põem fim a casos judiciais na forma de normas individuais.

Apesar da opção pelo termo ‘enunciado jurídico’ como sendo representativo de toda formulação linguística que contém as modalidades deônticas no direito, outros dois termos poderiam ser utilizados sem prejuízo teórico: ‘sentença jurídica’ (*legal sentence*) e ‘proposição jurídica’ (*legal proposition*). A escolha por falar de ‘enunciados’ ao invés desses termos tem um ingrediente pragmático. Em contextos judiciais, o uso do termo ‘sentença’ em língua portuguesa comumente diz respeito à manifestação do poder decisório dos juízes nos tribunais, colocando fim a etapas centrais de um processo. Para resguardar esse uso enraizado do termo ‘sentença’, o termo ‘enunciado jurídico’ adquire neste trabalho um caráter mais geral, uma vez que se propõe servir de base para qualquer teoria do raciocínio jurídico que formalizar os aspectos do discurso jurídico aqui apresentados. Da mesma forma, o termo ‘proposição’ é um termo carregado de significado, especialmente no debate filosófico. Evitando qualquer ambiguidade ou divergência que se possa constar em uma discussão mais geral, o amplo debate acerca da natureza e do papel das proposições na linguagem é substituído neste trabalho por uma discussão restrita às características dos enunciados jurídicos e de sua relação com o discurso jurídico. Com isso, não se afirma que a demarcação da linguagem do direito adotada neste trabalho não possa ser objeto de um debate amplo. Contudo, importa para este trabalho apenas demarcar as modalidades deôntico-jurídicas adequadas para representar o raciocínio com base em fontes de direito.

A lógica modal é tão antiga quanto o próprio empreendimento da lógica como disciplina [198, p. 33]. Aristóteles já havia proposto modelos do raciocínio silogístico baseados em modalidades do discurso [180]. Especialmente naquilo que diz respeito ao discurso deôntico, segundo Knuuttila, já no século XIV, os filósofos medievais analisavam conceitos deônticos isolando alguns aspectos do raciocínio com modalidades normativas de outros tipos de modalidades [140]. Também podemos citar, por exemplo, avanços nesses estudos, entre os séculos XVII e XIX, com Leibniz [23] e Bentham [30, 170] e, no início do século XX, com Mally [149] e Jørgensen [125]. No entanto, com a publicação do artigo *Deontic Logic* [258] de von Wright, em 1951, abriu-se o caminho para tratar a lógica deôntica como um programa de pesquisa. A publicação é o ponto de partida para a obra *Norm*

¹²¹Tradução e adaptação de: “sentences about what is or is not to be done, what rights, duties, permissions, liberties, powers people have or lack”.

and Action de 1963 [259] e também para as primeiras discussões sobre a Lógica Deôntica Padrão (*Standard Deôntic Logic* ou SDL). Em 1971, estudos precursores da SDL foram compilados, tornando-se a base do programa de pesquisa em lógica deôntica [87]. Esse foi também o ano de publicação da obra *Normative Systems* de Alchourrón e Bulygin [5]. Entre os méritos dessa obra para a teoria do direito está o desenvolvimento de aspectos importantes da SDL visando a formalização especificamente de sistemas jurídicos.

De forma geral, as diferentes instâncias ou contextos argumentativos revelam diferentes modos ou modalidades do discurso. Percebendo essas diferentes possibilidades de modalidades do discurso, em *Deontic Logic*, von Wright exemplifica uma classificação:

Os chamados conceitos modais podem ser convenientemente divididos em três ou quatro grupos principais. Existem os modos aléticos ou modos de verdade. São conceitos como o necessário (o necessariamente verdadeiro), o possível (o possivelmente verdadeiro) e o contingente (o contingentemente verdadeiro). Existem os modos epistêmicos ou modos de conhecer. São conceitos como o verificado (o que se sabe ser verdadeiro), o indecيدido e o falsificado (o que se sabe ser falso). Existem os deônticos —modos ou modos de obrigação. São conceitos como o obrigatório (o que devemos fazer), o permitido (o que nos é permitido fazer) e o proibido (o que não devemos fazer). Como um quarto grupo principal de categorias modais pode-se acrescentar os modos existenciais ou modos de existência. São conceitos como universalidade, existência e vacuidade (de propriedades ou classes)¹²².

O que von Wright chamou de modos existenciais são os quantificadores da lógica de primeira ordem como o ‘para todo’ (\forall) e o ‘existe’ (\exists), acrescentando o operador vazio (\emptyset). Além disso, apresenta operadores próprios das lógicas epistêmicas como o ‘sabe-se que p é verdadeiro’, ‘sabe-se que p é falso’ ou ‘ainda não se sabe sobre p ’. Por questões econômicas, como as lógicas paraconsistente e para-completa que apresento têm um ingrediente epistêmico, vou suprimir o operador ‘sabe que’. Dito isso, sem aprofundar em outras categorias modais que não são objeto deste trabalho, para as lógicas modais alética e deôntica, o esquema apresentado por von Wright pode ser representado como:

Modalidades Aléticas

‘É necessário que p ’ = $\Box p$

¹²²No texto original: “ So called modal concepts might conveniently be divided into three or four main groups. There are the alethic modes or modes of truth. These are concepts such as the necessary (the necessarily true), the possible (the possibly true), and the contingent (the contingently true). There are the epistemic modes or modes of knowing. These are concepts such as the verified (that which is known to be true), the undecided, and the falsified (that which is known to be false). There are the deontic -modes or modes of obligation. These are concepts such as the obligatory (that which we ought to do), the permitted (that which we are allowed to do), and the forbidden (that which we must not do). As a fourth main group of modal categories one might -add the existential modes or modes of existence. These are concepts such as universality, existence, and emptiness (of properties or classes)”.

‘É possível que p ’ = ‘ $\Diamond p$ ’

‘É impossível que p ’ = ‘ ∇p ’

Obs: a modalidade alética do contingente é, normalmente, representada como ‘não é o caso que necessário p ou necessário $\neg p$ ’ = ‘ $\neg (\Box p \vee \Box \neg p)$ ’

Modalidades Deônticas

‘É obrigatório que p ’ = ‘ Op ’

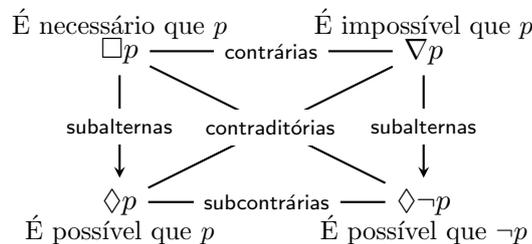
‘É permitido que p ’ = ‘ Pp ’

‘É proibido que p ’ = ‘ Fp ’

Uma semântica para modalidades aléticas apresenta diferentes modos nos quais um enunciado p que descreve um estado de coisas pode ser verdadeiro. Os termos ‘necessário que p ’, ‘possível que p ’, ‘contingente que p ’, ‘impossível que p ’, são ambivalentes e podem expressar diferentes sentidos em diferentes enunciações. Uma maneira lógica de apresentar essas modalidades é assumindo uma delas como primitiva e mostrar equivalências com as demais. P. ex., tomando as modalidades do necessário ou do possível como primitivas:

<p>\Box- primitivo</p> <p>$\Diamond p = \neg \Box \neg p$</p> <p>$\nabla p = \Box \neg p$</p>	<p>\Diamond- primitivo</p> <p>$\Box p = \neg \Diamond \neg p$</p> <p>$\nabla p = \neg \Diamond p$</p>
--	--

Uma possível representação das modalidades aléticas é paralela às oposições entre enunciados da silogística. Como explicam Navarro e Rodriguez [172, p. 18], tanto o par $\Box p$ e $\Diamond \neg p$ quanto o par ∇p e $\Diamond p$ contemplam enunciados contraditórios. Na teoria clássica, se ambos os enunciados de cada par forem verdadeiros, conduz-se à trivialização do sistema formal. $\Box p$ e ∇p são contrários e não podem ser simultaneamente verdadeiros. Um par com $\Box p$ e $\Diamond p$ e um par com ∇p e $\Diamond \neg p$ contemplam enunciados subalternos. Se $\Box p$ é verdadeiro, então $\Diamond p$ é verdadeiro. Se ∇p é verdadeiro, então $\Diamond \neg p$ é verdadeiro. Já $\Diamond p$ e $\Diamond \neg p$ são subcontrários e não podem ambos serem verdadeiros. Com essas relações, obtém-se:



É importante que na lógica modal alética *standard*, seja válida as seguintes interdefinições:

$$\Box p = \neg \Diamond \neg p$$

$$\nabla p = \neg \Diamond p$$

Normalmente, os sistemas modais aléticos utilizam dos modos do necessário e do possível para representar os aspectos centrais do discurso alético. A construção de uma semântica

para os sistemas modais em linguagens formalizadas decorreu do desenvolvimento da noção leibniziana de *mundos possíveis*, em especial com os trabalhos de S. Kripke [142, 143]. Sem adentrar em aspectos metafísicos relacionados à semântica dos mundos possíveis, é importante ter em mente, independentemente de se considerar mundos possíveis como entidades reais (possibilismo) ou entidades abstratas (atualismo) [198, p. 28-29], que se trata de um recurso para se avaliar os modos pelos quais enunciados modais são ou não verdadeiros. Fala-se que um mundo possível opera como um recurso teórico que permite avaliar o que seria o caso de uma determinada ocorrência em outra circunstância possível. P. ex., você poderia imaginar que as coisas fossem exatamente as mesmas exceto pelo fato de o autor desta dissertação ser um pouco mais alto, mais magro ou não ser careca. Este é um mundo possível, distinto do atual, em que as coisas são exatamente as mesmas, exceto algumas características físicas do autor que escreveu a presente dissertação.

Priest explica que a noção intuitiva subjacente à semântica modal alética é a de *possibilidade relativa* [198, p. 20-21]. P. ex., dadas as coisas como são hoje, 11 de julho do ano de 2022, é possível conjecturar mundos possíveis para resultados do *primeiro turno* das eleições no Brasil em 2 de outubro do ano de 2022. Após a apuração dos resultados do primeiro turno das eleições, não será mais possível modificar as ocorrências de votos em um período delimitado no dia das votações, sendo o resultado do primeiro turno decorrente da apuração dos votos válidos registrados em todas essas ocorrências. Mesmo que algum candidato sintasse prejudicado pela apuração dos votos ou argumentar que a apuração foi fraudada, é impossível um resultado das eleições decorrente de outros eventos que não as ocorrências de votos válidos durante o período de votações. Obviamente que um processo eleitoral envolve uma série de questões complexas, mas certos estados de coisas (no caso, os resultados de uma eleição) são possíveis em relação a determinados eventos ou mundos possíveis (como o que se obtém na apuração de votos), mas não de outros eventos.

Em uma semântica modal, uma interpretação para a linguagem é uma tripla $\langle W, R, \nu \rangle$. Nela, W é um conjunto não-vazio de objetos arbitrários que chamamos de *mundos possíveis*. R é uma relação binária entre membros de W . Por exemplo, se u e v são membros de W relacionados por R , então escrevemos ' uRv ' para dizer que v é *acessível* a partir de u . Essa noção captura a ideia de *possibilidade relativa* que expliquei acima, na medida em que, relativamente a u , v é verdadeiro. P. ex., pode-se definir u como o mundo atual ' w ' e v como o mundo possível ' w' '. Assim, em ' wRw' ', w' é um mundo acessível a partir do mundo atual w . Por fim, ν é a função que atribui valores de verdade a cada par que compreende um mundo w e um parâmetro sentencial ou proposicional p . Na semântica bivalente clássica, pela função ν , obtém-se os valores verdadeiro (T) ou falso (F). Acrescentando à LPO, a semântica modal alética contempla as seguintes funções:

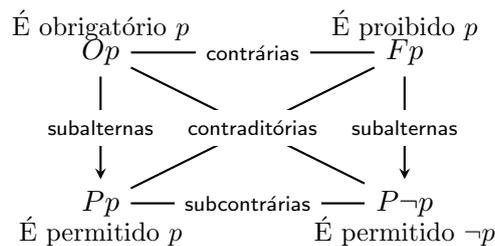
$$\begin{aligned} \nu_w(\Diamond p) &= T \text{ sse } \exists w' \in W \text{ tal que } (wRw' \wedge \nu_w(p, w') = T) \\ \nu_w(\Box p) &= T \text{ sse } \forall w' \in W \text{ tal que } (wRw' \wedge \nu_w(p, w') = T) \\ \nu_w(\nabla p) &= T \text{ sse } \forall w' \in W \text{ tal que } (wRw' \wedge \nu_w(\neg p, w') = T) \end{aligned}$$

Nas funções acima, define-se que p é possível em w se existe pelo menos um mundo w' acessível a partir de w em que p é verdadeiro. E p é necessariamente verdadeiro em w se, para todo mundo w' acessível a partir de w , p é verdadeiro. Por fim, afirma-se que é impossível que p seja verdadeiro em w se é o caso que, para todo mundo w' acessível a partir de w , $\neg p$ é verdadeiro. Obtém-se a interdefinibilidade entre os enunciados ' ∇p ' e ' $\neg\Diamond p$ '. Se $\neg p$ é verdadeiro em todos os mundos possíveis, então não é possível p verdadeiro.

Para definir as modalidades deônticas, estabelece-se um paralelo com a linguagem alética. No entanto, é importante endereçar algumas restrições para que esse paralelo não conduza a uma redução da linguagem deôntica à linguagem alética. O sistema que prevalece na lógica deôntica baseia-se na redução ternária do Esquema de Definição Tradicional (*Traditional Definitional Scheme*). Em paralelo ao esquema modal alético, EDT assume:

O- primitivo	P- primitivo
$Pp = \neg O\neg p$	$Op = \neg P\neg p$
$Fp = O\neg p$	$Fp = \neg Pp$

Em um quadrado de oposições:



Uma proposta de redução das modalidades deônticas às modalidades aléticas, com especial interesse para o campo do direito foi proposta por Anderson [17]. Anderson conecta os conceitos de deônticos com a noção de sanção ou punição. Assumindo que D representa uma penalidade ou sanção e que é possível para uma autoridade não aplicar sanções ($\Diamond\neg D$), define-se os conceitos deônticos no sistema de Anderson como [17, p. 100-103]:

$$\begin{aligned}
 Op &= \Box(\neg p \rightarrow D) \\
 Pp &= \Diamond(p \wedge \neg D) \\
 Fp &= \Box(p \rightarrow D)
 \end{aligned}$$

Obtém-se na proposta de Anderson que uma ação é obrigatória quando, necessariamente, diante da não ocorrência dessa ação, segue-se uma punição. P. ex., necessariamente, se o destinatário da obrigação tributária em um sistema jurídico S não pagar o tributo obrigatório, então aplica-se uma multa. Uma ação é permitida se é desempenhável e não acompanha uma punição. P. ex., permite-se não votar em S , pois não se aplica em S nenhuma punição àquele que deixar de votar. E uma ação é proibida se, necessariamente, diante de sua ocorrência, segue-se uma sanção. P. ex., aquele que comete um crime S será necessariamente punido com uma pena privativa de liberdade ou uma pena de morte.

No entanto, essa redução corre o risco de cometer uma espécie de falácia naturalista. No estilo do *argumento da questão aberta* (*open-question argument*) formulado inicialmente por G. E. Moore, exige-se para o entendimento de um domínio normativo o acréscimo de uma explicação do ingrediente *sui generis* que permite observar a autonomia desse domínio enquanto não redutível ao domínio bruto dos fatos [168, §13]. Em Moore, a falácia naturalista diz respeito à tentativa de reduzir propriedades morais a propriedades naturais não-morais, como ‘prazeroso’, ‘desejável’, etc. [168, §10]. Mas o domínio moral-valorativo, para ser cognoscível e objetivo, demanda acrescentar um ingrediente *sui generis*. O argumento pode ser generalizado para outros domínios normativos não redutíveis aos fatos brutos. P. ex., Kelsen propôs na Teoria Pura do Direito que:¹²³

O que transforma o fato em um ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui [136, p. 4].

No campo da ética, o não-naturalismo entende que os enunciados morais são objetivos e *sui-generis*, nem redutíveis nem deriváveis de domínios não-morais.¹²⁴ Uma defesa da autonomia discursiva do direito, assim como o não-naturalismo que Moore propõe no campo moral, defende que a objetividade dos enunciados jurídicos é dada de maneira *sui generis*. Destarte, tal como sustentei nas subseções 2.3.2 e 2.3.3 do presente trabalho, respectivamente, a afirmação acima de Kelsen compreende tanto um comprometimento com a não-redução do domínio discursivo do direito a outros domínios do mundo quanto com a objetividade dos enunciados jurídicos em relação a um sistema jurídico específico. P. ex., quando se diz que uma ação é obrigatória, permitida ou proibida em um sistema jurídico *S*, essa afirmação acompanha um critério normativo de identificação da legalidade, que dá ao exercício da autoridade legislativa a prerrogativa de incluir normas em *S* por meio da promulgação de fontes de direito que dão a sua objetividade. Em 2.4.4, associei essa ideia fundacional à norma fundamental de Kelsen, que é um pressuposto analítico (Kelsen diz *lógico-transcendental*) de unidade e independência de um conjunto de normas enquanto um sistema jurídico [136, p. 224]. Raz explicou que Kelsen propôs a noção de norma fundamental para assegurar que o conjunto de normas seja uma unidade normativa justificada internamente na forma de um sistema jurídico, fornecendo um critério lógico para a legalidade que torna *N* uma norma jurídica em *S* por *N* pertencer a *S* [207, p. 122].

Expliquei em 2.3.2 que a validação jurídica não demanda um conteúdo moral mínimo e apenas define a relação da norma com o sistema jurídico no qual pertence.¹²⁵ Ao contrário

¹²³Para uma discussão a respeito de como argumento de Kelsen pode ser lido como o problema da questão aberta no estilo do argumento de Moore contra a falácia naturalista, cf. [182].

¹²⁴Para uma análise abrangente do não-naturalismo ético em Moore, cf. [120].

¹²⁵Essa noção de validade jurídica como pertencimento foi defendida por E. Bulygin, buscando resolver uma antinomia na noção de validade das normas em Kelsen que diz respeito à relação entre validade e força vinculante [43]. Retorno a discussão no tópico 3.3.3.

das teorias do direito natural, como sustentei em 2.3.1 e em outras passagens do texto, uma norma tem valor jurídico em um sistema jurídico S apenas à luz do critério de legalidade internamente justificado e institucionalizado em S . Assim, uma norma jurídica é objetivamente jurídica mesmo que não seja necessária de um ponto de vista fático ou mesmo moral. Também, a redução das categorias jurídicas a modalidades aléticas não é viável. P. ex., para ser permitida em S , não basta apenas a ação ser possível pela ausência de algum tipo de punição, mas uma permissão existe na medida em que sua referência ou valor semântico é dado por S e é identificável por meio das fontes de direito de S .

Assuma que o homicídio é um ilícito penal em S ¹²⁶ e que, não estando diante de qualquer uma das circunstâncias previstas de exclusão da ilicitude (como o caso do homicídio desempenhado em razão de legítima defesa), Caim intencionalmente matou Abel.¹²⁷ Assuma que, de fato, o homicídio ocorreu e uma série de pessoas relacionadas ao caso sabe que Caim matou Abel, mas essas pessoas não estavam presentes no ato. Elas tiveram acesso à informação por meio de uma confissão não-oficial de Caim, i. e., uma confissão feita fora dos tribunais. No entanto, outras pessoas, a pedido de Caim, apresentaram em juízo um testemunho que se opõe àquele daquelas pessoas que presenciaram a confissão de Caim, criando uma dúvida razoável. Ou seja, foram apresentadas evidências que colocaram em dúvida, para os tribunais, a culpa de Caim. Se fosse possível para os tribunais olhar o caso de uma perspectiva não-particularista, como o ponto de vista de Deus (*God's eye point of view*), capaz de reconstruir cognitivamente todas as ocorrências do mundo, não haveria dúvidas de que Caim foi o culpado do caso. Porém, após o julgamento, Caim não foi condenado pelos tribunais, pois teve sua inocência presumida em razão de provas insuficientes que geraram uma dúvida razoável. Do ponto de vista jurídico, não se diz que o homicídio é permitido porque foi possível *de facto*. Caim torna-se juridicamente inocente, pois o seu estado de inocência foi validado pela corte de S . Porém, ainda que a população acreditar, com base em uma narrativa verdadeira, mas não-oficial, que Caim matou Abel e não foi punido, gerando uma indignação social, permanece em S , como expliquei em 2.2.4, a expectativa contrafática na qual aquele que cometer um homicídio ou outro crime será punido. O homicídio permanece ilícito em S mesmo com alguma impunidade, seja por erro judicial ou insuficiência das provas apresentadas em juízo.

Apesar de hipotético, o exemplo instancia uma razão pela qual é inadequada a redução de conceitos deônticos como o de obrigação, permissão e proibição às noções ou categorias da necessidade, possibilidade e impossibilidade aléticas. Ademais, mesmo que não se faça essa redução, existem críticas ao EDT por reduzir as modalidades deônticas de uma teoria normativa às modalidades do obrigatório, permitido e proibido. Essas críticas, como a de

¹²⁶Existe a possibilidade de o 'homicídio' não ter o *status* de crime em um sistema jurídico. P. ex., em *Murder was not a crime: homicide and power in the Roman Republic*, J. E. Gaughan promove uma densa investigação se, de fato, a República Romana tratava o 'assassinato' como um tipo de crime; cf. [90].

¹²⁷A escolha dos nomes Caim e Abel é apenas ilustrativa e não guarda nenhuma relação necessária com a história bíblica em [31, Genesis 4:1-18].

P. McNamara [164], observam que o raciocínio prático e a moralidade do senso comum, muitas vezes, englobam mais modalidades do que apenas essas três. P. ex., enunciados sobre preferências tais como ‘é preferível que p ’ ou ‘não é preferível que p ’ ou enunciados prudenciais ou recomendações tais como ‘recomenda-se que p ’ ou ‘não se recomenda que p ’. No campo do estudo do direito, como o fenômeno jurídico é decorrente de instituições com autoridade social, tal como explicado em 2.1.2 e em outras passagens deste trabalho, as normas jurídicas não são nem preferências do legislador nem recomendações. São comandos pré-selecionados em formulações linguísticas das fontes de direito que expressam uma autorização *de jure* para se inferir quais normas justificam um raciocínio jurídico.

A proposta de McNamara [163] de expandir a redução ternária de esquemas deônticos tem influência do trabalho de J. O. Urmson em *Saints and Heroes* [254]. Segundo Urmson, a redução ternária do EDT falha por não ser capaz de representar uma esfera importante do raciocínio moral, a modalidade do *supererrogatório*.¹²⁸ Trata-se da modalidade deôntica expressa em atitudes que estão para além do *chamado do dever* (*beyond the call of duty*). São, p. ex., atitudes heroicas, como a atitude de um soldado em guerra que arrisca a própria vida para salvar um companheiro de combate, ou mesmo atitudes santas, como o comportamento ascético desempenhado, p. ex., por monges eremitas que se abstêm de prazeres físicos e psicológicos em busca de uma vida contemplativa ou meditativa pela perfeição e equilíbrio espiritual e moral. Não quero entrar especificamente na especulação relacionada às atitudes supererrogatórias ou se essas que exemplifiquei são atitudes dentro dessa modalidade. Para este trabalho, importa saber que, em sistemas jurídicos, normalmente não se exige que alguém deixe de desempenhar nada que não seja ilícito, i. e., que não seja proibido por direito. Os limites das condutas esperadas por um sistema jurídico relacionam-se com aquilo que é permitido pela lei ou proibido pela lei. Por isso, em contraposição ao próprio esquema tradicional e para resguardar a maneira como o raciocínio baseado em fontes de direito é operado em um sistema jurídico, proponho adotar uma redução das modalidades deônticas que capture essa forma de raciocinar. Com isso, facilita-se a identificação da esfera autônoma do raciocínio em um sistema jurídico S em relação às outras instâncias do raciocínio prático. Mostro essa relação abaixo.

3.2.2 Definindo as modalidades jurídicas

Assim como defendi em 2.3.3 e 2.3.4, um raciocínio é juridicamente justificado em um sistema jurídico S se sua justificação é fornecida por normas apreendidas na interpretação autorizada das fontes de direito de S . Diante dessa autonomia inferencial do direito, defendo um esquema definicional binário de modalidades jurídicas que é ainda mais reduzido que o EDT, mas que é capaz de diferenciar o raciocínio baseado nas fontes de direito, o qual é propriamente jurídico, dos raciocínios com normas em outros contextos. Parafrase-

¹²⁸A origem latina do termo ‘*supererogatio*’ relaciona-se com a parábola do Bom Samaritano, exposta em [31, Lucas 10:30-37]. Para uma discussão abrangentes da categoria do supererrogatório, cf. [113].

seando Alchourrón e Bulygin, a ausência de um legislador moral para promulgar fontes sociais autorizadas com formulações e construções textuais de normas para um sistema moral faz do processo de identificação de normas morais orientadas aos seus destinatários uma tarefa extremamente difícil (os autores afirmam: “quase impossível”) [5, p. 1-2].

No entanto, é importante ressaltar que uma abordagem dogmática dos sistemas morais religiosos baseados em doutrinas e fontes escritas, como é o caso do judaísmo, do cristianismo e do islamismo, pode associar a Deus a figura do legislador (sendo um legislador universal), mesmo que se assuma que Deus legisla para os seres humanos por intermédio de determinados agentes humanos que recebem a sua mensagem e a transcrevem em meios que mediam essa informação linguisticamente. No caso, na medida em que se baseiam em fontes linguísticas para mediar soluções de conflitos morais, os sistemas religiosos fornecem um outro caso de raciocínio baseado em fontes. Caso essas fontes possuam também autoridade social para resolução de conflitos em cortes e tribunais, elas se tornam fontes de direito. Esse é o caso da tradição que prevaleceu no direito islâmico. Ciente de não abranger, na exemplificação, toda complexidade da *Sharia*, que é a lei nos sistemas jurídicos islâmicos, as suas fontes textuais principais englobam: o próprio texto do *Quran*, que é a base religiosa do islamismo; a *Sunna*, que é a tradição fundada a partir das narrativas dos atos e palavras do profeta Muhammad; além dos *fatwa*, que são estudos e pronunciamentos legais de especialistas na lei religiosa do *Quran*.¹²⁹ Dito isso, e feitas as devidas ressalvas, retomo a passagem de Alchourrón e Bulygin em que explicam que:

Desse ponto de vista, parece que as normas jurídicas têm vantagens consideráveis sobre normas morais. Elas são muito mais facilmente identificadas, pois a maioria é criada conscientemente por seres humanos e registrada na forma escrita, pelo menos no que diz respeito ao direito positivo.¹³⁰ [5, p. 2]

Apesar de Alchourrón e Bulygin reconhecerem que enunciados que representam normas no direito são, em certa medida, mais facilmente identificáveis que enunciados que descrevem normas de sistemas morais, eles optam por adotar a redução ternária do EDT para reconstruir descritivamente as normas dos sistemas jurídicos. Como expliquei anteriormente em 2.4.1, neste trabalho, em razão de defender a autonomia social das fontes de direito e a autoridade *de jure* do ponto de vista jurídico derivada da autoridade das fontes de hierarquia superior, sustento o postulado da inegabilidade das fontes de direito:

Postulado da inegabilidade das fontes de direito: O jurista identifica o *status jurídico* de uma conduta ou ato *com base* nas fontes de direito, *conforme*

¹²⁹Para um estudo aprofundado sobre a Sharia, recomendo a excelente obra *What is Sharia?* de B. Dupret [65]. Para estudos comparados, que tomam o direito islâmico juntamente com outras tradições e sistemas jurídicos, cf. [94, 150].

¹³⁰Tradução de: “From this point of view it would seem that legal norms have considerable advantages over moral norms. They are much more easily identified, since most are created consciously by human beings and recorded in written form, at least so far as positive law is concerned.”

às fontes de direito, *para além* das fontes de direito, mas nunca *contra* as fontes de direito. E faz isso respeitando a hierarquia, cronologia e especialidade das fontes de direito.

As questões relacionadas aos limites da hierarquia, cronologia e especialidade das fontes de direito e, em especial, como esses limites forçam o *intérprete autorizado* a pensar para além dessas fontes, serão retomados no estudo das contradições e lacunas na seção 3.3. Ademais, uma vez que fontes de direito são o ponto de partida inegável para o raciocínio jurídico, é relevante que essa autonomia inferencial em relação às razões externas a essas fontes, i. e., razões não-jurídicas ou extra-jurídicas, seja resguardada. Assim, razões não-jurídicas são eliminadas da linguagem que se restringe a formalizar aspectos do raciocínio baseado exclusivamente nas fontes de direito. A justificativa para isso é que a adoção de modalidades como ‘é obrigatório que p ’, ‘é permitido que p ’ ou ‘é proibido que p ’ poderia produzir ambiguidades com normas de natureza não-jurídica, especialmente no que diz respeito ao conteúdo de obrigações e proibições morais não incluídas em fontes de direito.

Defendi intuitivamente no capítulo 2 que apenas duas modalidades são suficientes para representar normas jurídicas, o lícito (ou legal) e o ilícito (ou ilegal). As duas modalidades participam da formulação que propus para a tese da positivação enunciada em 2.3.5:

Tese da Positivação’ (SP_T): N determina que p é lícito ou ilícito em S se e somente se N é resultado inferencial da interpretação autorizada I limitada por FS em S .

A conduta p com o *status jurídico* ‘lícito’ é normalmente traduzida como ‘em conformidade com a lei’ ou ‘legal’. Já a conduta p com o *status jurídico* ‘ilícito’ é normalmente traduzida como ‘em desconformidade com a lei’ ou ‘ilegal’. Nesse sentido, Ferraz Jr. afirma que:

quando se fala de atos jurídicos, entende a dogmática tratar-se da interferência voluntária no curso da natureza, *conforme* ou *em desconformidade* com o que diz a lei, aí incluída a interferência positiva (ato propriamente dito) ou negativa (a omissão). Fala-se, assim, em atos *lícitos* e *ilícitos* [77, p. 89]

Assim como expliquei no subtópico 2.1.5, o termo ‘lei’ não se confunde com partes físicas da legislação ou fontes de direito de um sistema jurídico S . Uma lei a respeito de uma conduta p , sendo ela uma ou um conjunto de normas jurídicas, resulta da interpretação autorizada das formulações normativas em fontes de direito. Destarte, estes dispositivos operam como esquemas de observação para identificar se uma conduta ou um conjunto de condutas é *lícito* ou *ilícito* no contexto de um sistema jurídico S . Luhmann explica que “o esquematismo binário *lógico* legal (lícito) e ilegal (ilícito) ocupa um lugar preeminente, pois fundamenta a identificabilidade do sistema jurídico.” [152, p. 222] Assim, proponho as seguintes formulações para modalidades que representam enunciados jurídicos atômicos:

Modalidades Jurídicas

‘É lícito que p ’ ou ‘Legalmente p ’ = ‘ Lp ’

‘Ilícito que p ’ ou ‘Ilegalmente p ’ = ‘ Ip ’

Intuitivamente, tratamos essas noções como sendo interdefiníveis:

(Def.): $Ip = \neg Lp$

É possível redefinir os enunciados do EDT tomando o lícito e o ilícito como primitivos:

Redução do EDT ao esquema binário lícito (L)/ilícito (I)

L - primitivo

$Pp = Lp$

$Op = \neg L\neg p$

$Fp = \neg Lp$

I - primitivo

$Pp = \neg Ip$

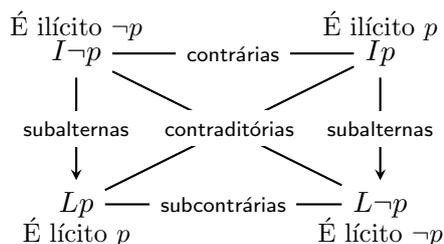
$Op = I\neg p$

$Fp = Ip$

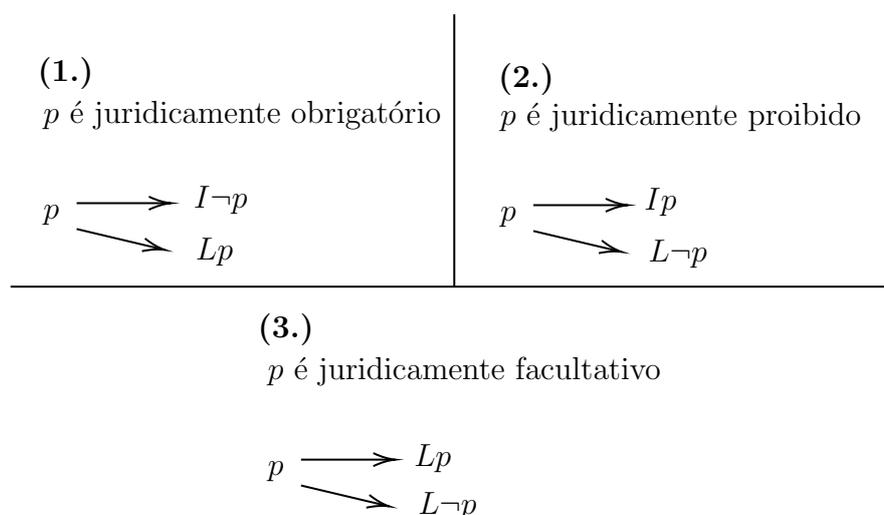
No esquematismo binário acima, os enunciados ‘ Fp ’ e ‘ Ip ’ são sintaticamente equivalentes. Isso quer dizer que se uma ação p é proibida em um sistema jurídico S , ela é *ilícita* em S . Os enunciados ‘ Pp ’ e ‘ Lp ’ também são sintaticamente equivalentes. Se p é permitido em S , p é lícito em S . Essa correlação foi também adotada por G. W. Leibniz no século XVII. Ainda que Leibniz tenha concebido um esquema quartenário com outras modalidades adicionais — no caso, o ‘*debitum*’ (obrigatório) e o ‘*indebitum*’ (não-obrigatório) — assumiu também que o termo ‘*licitum*’ equivale a ‘permissível’ e que ‘*ilicium*’ equivale a ‘impermissível’.¹³¹ Apesar do ‘ilícito’ e ‘lícito’ contemplarem um sentido prático geral quando expressáveis nas modalidades deônticas gerais do ‘proibido’ e ‘permitido’, quando estas são formalizadas em termos do ‘ilícito’ e do ‘lícito’, adquirem um sentido prático específico que expressa exatamente a proibição ou permissão em acordo com S . Uma vez que o esquema binário contempla uma modalidade deôntica a menos, não há nenhum enunciado sintaticamente equivalente a Op sem o recurso da negação. Logo, enunciar que ‘é obrigatório que se faça p em S ’ no esquema binário acima equivale: se ‘ Ip ’ for o primitivo, a ‘é ilícito que não se faça p ’; e se ‘ Lp ’ for o primitivo, a ‘não é lícito que não se faça p ’.

Em paralelo ao quadrado de oposições dos enunciados modais, no quadrado de oposições dos enunciados jurídicos, tanto o par $I\neg p$ e $L\neg p$ quanto o par Ip e Lp contemplam enunciados *contraditórios*. Também, tanto o par $I\neg p$ e Lp quanto o par Ip e $L\neg p$ contemplam enunciados *subalternos*. Assim, uma vez que se interpreta conclusivamente que um sistema jurídico S autoriza $I\neg p$ ou Ip , não se pode autorizar conclusivamente em cada caso, respectivamente, que Lp ou $L\neg p$. O par $I\neg p$ e Ip contempla enunciados *contrários* e não podem ser conclusivamente autorizados em S . E, por fim, o par Lp e $L\neg p$ contempla enunciados *subcontrários* e não podem ser, ao mesmo tempo, conclusivamente desautorizados em S . Assim, dadas as relações em um contexto de classicalidade em S , obtém-se:

¹³¹Para analisar o esquema quartenário de modalidades deônticas adotadas por Leibniz, cf. [23, p. xxxii ss.]. Para uma comparação com o esquema quartenário de Bentham, cf. [147, p. 11 ss.].



A descrição de uma ação ou de sua negação como ilícita ou não por meio de enunciados jurídicos com o recurso somente da negação clássica, fornece quatro possibilidades:



As três possibilidades são exaustivas e mutuamente exclusivas. Não é possível a identificação conclusiva do *status* de uma ação em um sistema jurídico representar, ao mesmo tempo, uma faculdade, uma obrigação e uma proibição. Contudo, essa afirmação apenas vale quando se fala do *status conclusivo* de uma ação p em um determinado momento de um sistema jurídico S . Como expliquei em 2.4.3, a dinâmica jurídica possui um conjunto de atitudes legislativas que podem modificar o *status jurídico* de uma determinada conduta. No entanto, em um contexto de aplicação das normas jurídicas de S , um juiz precisa ser capaz apreender pelas fontes de direito qual solução é conclusivamente autorizada pelo legislador e qual solução precisa de algum tipo de atitude legislativa residual para se tornar aplicável em S . A noção de ‘conclusivamente autorizado’, na versão cognitivista dos enunciados jurídicos que defendo, como indiquei conceitualmente em 2.3.3 e aprofundo ao apresentar a linguagem das LETs no raciocínio jurídico em 3.3.5, ajuda a identificar, no escopo da *autoridade de jure* de criação de leis, qual norma é verdadeiramente uma justificativa para ser aplicada no raciocínio jurídico empregado pelas cortes e tribunais e que é conclusiva para solucionar um caso judicial. Nos dois subtópicos seguintes, apresento os dois dilemas conceituais para se empreender uma lógica do raciocínio jurídico.

3.2.3 O Dilema de Jørgensen

Um problema central nos estudos em lógica das normas e dos imperativos é conhecido como *Dilema de Jørgensen*. D. Makinson chamou o dilema de ‘o problema fundamental da lógica deôntica’ [157]. O dilema ganhou esse nome por A. Ross em *Imperatives and Logic* [217, p. 32], cuja a investigação sobre a possibilidade da lógica dos imperativos baseia-se na discussão iniciada por J. Jørgensen, em 1937, em artigo homônimo [125]. Na ocasião, Jørgensen tanto discute a possibilidade de uma lógica do raciocínio com imperativos quanto propõe uma solução. O dilema reconstrói no campo da lógica o problema geral subjacente ao não-cognitivismo sobre a interpretação e sobre as normas jurídicas que expliquei em 2.3.3 e o instanciamento das normas em um raciocínio que tem como noção subjacente de consequência lógica a concepção clássica de preservação da verdade (cf. 3.1). Jørgensen inicia *Imperatives and Logic* definindo o que entende por ‘imperativo’:

Pela palavra ‘imperativo’ entendo sentenças imperativas que defino como sentenças nas quais o verbo principal está no modo imperativo. Imperativos nesse sentido podem compreender não apenas ordens ou comandos, mas também pedidos, súplicas, apelos e outras expressões linguísticas sobre querer ou querer que algo seja feito ou não, as diferenças entre essas expressões aparentemente não são de ordem lógica, mas de um caráter psicológico. Exemplos são: ‘Fique quieto’, ‘Feche a porta, por favor’, ‘Multiplique 3 por 5’, ‘Não seja bobo’, ‘Faça seu dever’, ‘O que você não deve querer que seja feito a si, não faça com os outros’, ‘Aja apenas de acordo com a máxima que você pode ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal’.¹³² [125, p. 288]

Ao delimitar os ‘imperativos’ como aquelas sentenças em que ‘o verbo principal está no modo imperativo’, Jørgensen as diferencia daquelas sentenças em que o verbo principal está no *modo indicativo*. Essa distinção segue do entendimento de Jørgensen sobre a *linguagem humana*, a qual ele se refere como possuindo dois propósitos principais, um *informativo* e o outro *imperativo* [125, p. 295]. Nas suas palavras:

Para fins informativos, a linguagem é usada quando serve de meio para fornecer ou obter informações sobre fatos, enquanto é usada para fins imperativos quando serve de meio para alterar fatos presentes ou impedir que mudanças indesejadas ocorram, em uma expressão: para controlar fatos.¹³³ [125, p. 295]

¹³²Tradução de: “By the word ‘imperative’ I understand imperative sentences which I define as sentences in which the main verb is in the imperative mood. Imperatives in this sense may so comprise not only commands or orders but also requests, pleas, appeals and other linguistic expressions of willing or wishing something to be done or not to be done, the differences between these expressions apparently not being of a logical but of a psychological character. Examples are: ‘Be quiet’, ‘Shut the door, please’, ‘Multiply 3 by 5’, ‘Don’t be silly’, “Do your duty”, ‘What you should not want done to yourself, do not do to others’, ‘Act only on that maxim whereby thou canst at the same time will that it should become a universal law”.

¹³³Tradução de: “For an informative purpose language is used when it serves as a means to give or

Para se entender o que Jørgensen discute em *Imperatives and Logic*, Ross afirma que o dilema deve ser inicialmente construído a despeito das considerações não-clássicas sobre modalidades e lógicas plurivalentes [217, p. 195] (cf. 3.1). Assim, diante da indicação linguística de uma *informação* sobre fatos nas discussões clássicas sobre linguagem e lógica, as quais, como expliquei em 3.1.1, validam a bivalência, o conteúdo proposicional de uma sentença em modo indicativo pode ter conclusivamente um, e apenas um, de dois valores de verdade: ou a sentença é verdadeira ou é falsa. Por exemplo, a afirmação de que ‘o formato do planeta Terra não é plano’ contém um conteúdo proposicional verdadeiro a respeito do formato do planeta Terra. A verificação ou confirmação desse enunciado indicativo é dada cientificamente. O que importa saber é que a *aptidão* de um enunciado para valores de verdade em Jørgensen é característica da forma *indicativa* e é a verificabilidade que dá significado (*meaning*) a expressões desse tipo [125, p. 293]. Por outro lado, Jørgensen assume que o modo imperativo da linguagem visa controlar ou alterar algo no mundo. Assim, quando se fala ‘fique quieto!’ ou ‘cumpra seu dever!’ produz-se uma expressão inapta a valores de verdade. A alteração possível que o modo imperativo produz depende dos imperativos serem obedecidos ou não, aceitos ou não e justificáveis ou não [125, p. 289]. Mas a pergunta sobre seu valor de verdade é *prima facie* inconcebível para Jørgensen. Uma forma de ler o Dilema de Jørgensen é situando-o como uma releitura do tratamento na *Guilhotina* (ou *Lei*) de Hume da distinção entre expressões no modo indicativo, que informam algo sobre o *Ser* (*Is*), e no modo normativo, que atribuem um Dever (*Ought*). No livro III, parte I, seção I, de *A Treatise of Human Nature*, D. Hume afirma:

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é* e *não é*, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. [118, p. 509]

Baseando-se nessa passagem, enuncio a *Guilhotina de Hume* (G_{Hum}) como:

(G_{Hum}): a derivação de uma sentença estruturada (ou *copulada*) linguisticamente por imperativos (como as que se estruturam pelos termos ‘*deve*’ ou ‘*não*’

to get information about facts, whereas it is used for an imperative purpose when it serves as a means to change present facts or to hinder unwanted changes from taking place, that is in a word: to control facts”.

deve’) a partir de outra sentença estruturada de forma indicativa (como as que se estruturam pelos termos ‘é’ ou ‘não é’) exige uma explicação adicional, sob o risco de se cometer um movimento inferencial impróprio.

Para J. Searle, o problema colocado em G_{Hum} é nomeado como a questão de “como derivar o ‘dever’ do ‘ser’”. Ele afirma que o dilema assume a noção na qual “nenhum conjunto de enunciados factuais, por si só, acarreta qualquer enunciado de valor.”¹³⁴ [234, p. 120] De forma análoga, para se derivar sentenças imperativas a partir de sentenças indicativas, exige-se uma explicação adicional, visto que tanto enunciados avaliativos quanto imperativos contemplam um ingrediente ou modo normativo. O movimento inferencial impróprio em G_{Hum} conduz a um comprometimento com a *falácia naturalista* discutida por G. E. Moore [168, §10] e que expliquei no campo do direito na subseção 3.2.1 acima.

Suponha que se queira justificar ‘faça x!’ porque ‘x é bom’. Uma explicação naturalista de ‘bom’ deve fornecer uma explicação de ‘bom’ que reduza o termo a um componente do mundo natural ou empírico. Nesse caso, explicar como se deriva o sentido avaliativo de ‘bom’ a partir de algo que ‘é’. Mas suponha uma outra afirmação do tipo ‘coma o alimento x! porque x é bom’. Em alguns contextos, a qualidade benfazeja do que se chama de ‘x’ será associada ao prazer que x oferece àquele que come x. Em outros, ao fato de x ser benéfico à saúde de quem o comer. Ora, qual o sentido privilegiado de ‘bom’ para se explicar aquilo que se deve fazer? Para Moore, essa é uma *questão aberta* [168, §13]. O mesmo vale para a tentativa de se explicar ‘não faça x!’ porque ‘x é ilícito!’. Demanda-se uma explicação adicional do motivo que torna x ilícito e da relação entre ‘não faça-’ e a predicação ‘-é ilícito’. No direito, expliquei nas seções 2.3 e 2.4 que o valor semântico de um enunciado jurídico é dado pelo sistema jurídico S a que esse enunciado pertence e esse enunciado é inferido a partir da interpretação das fontes de direito, que obedecem uma hierarquia, cronologia e especialidade temática. Retorno a essa questão na seção 3.3.

Retomando a discussão desta subseção, uma variação de G_{Hum} como o *problema da derivação de um dever a partir do ser* é proposta em uma passagem dos *Dernieres Pensees* de H. Poincaré. Chamarei essa leitura de G_{Hum} de *Princípio de Poincaré* (P_{Poi}):

(P_{Poi}): Se as premissas de um silogismo estiverem ambas no indicativo, a conclusão também estará no indicativo. Para enunciar a conclusão no imperativo, pelo menos uma das premissas deve estar no imperativo.¹³⁵ [188, p. 103]

F. S. Sauter explica que P_{Poi} é uma variação de G_{Hum} que adota uma premissa adicional [222, p. 245]. No artigo de Sauter [222, p. 245], trata-se da premissa (12), a qual apresento na formulação P_{ad} abaixo sem qualquer prejuízo para o seu entendimento original:

¹³⁴Tradução de: “No set of statements of fact by themselves entails any statement of value.”

¹³⁵Tradução de: “If the premises of a syllogism are both in the indicative, the conclusion will also be in the indicative. For the conclusion to have been stated in the imperative, at least one of the premises must itself have been in the imperative.”

(\mathbf{P}_{ad}): Se há um conjunto relevante de premissas para uma conclusão cujas sentenças estão em modo indicativo, então todos os conjuntos de premissas dessa conclusão estarão em modo indicativo.

\mathbf{P}_{Poi} é compatível com \mathbf{G}_{Hum} na formulação que interpreta \mathbf{G}_{Hum} da seguinte maneira:

($\mathbf{G}_{Hum'}$): Se uma conclusão é derivada logicamente de um conjunto de premissas em modo indicativo, então essa conclusão estará em modo indicativo.

Para Jørgensen, existe um problema na formulação $\mathbf{G}_{Hum'}$ subjacente ao princípio adotado por Poincaré. Jørgensen aceita tanto a cesura entre os modos indicativo (*Is*) e imperativo (*Ought*) quanto a leitura da *consequência lógica* restrita à *preservação da verdade*. Em *Imperatives and Logic*, Jørgensen adota uma concepção de consequência lógica que, conceitualmente, coincide com a noção clássica de consequência lógica. Ele assume que as condições constitutivas de validade de uma inferência partindo de um conjunto de premissas p para uma conclusão q estabelece que: “(1) p deve ser verdadeiro, (2) p deve acarretar q , onde as condições epistêmicas do acarretamento são (1) p deve ser conhecido como verdadeiro, (2) p deve ser conhecido como acarretando q mesmo que não se saiba que q seja verdadeiro.”¹³⁶ [125, p. 289] A noção intuitiva de Jørgensen sobre a consequência lógica equivale à afirmação na qual é impossível que a conclusão q seja falsa no caso de o conjunto de premissas p ser verdadeiro em qualquer interpretação ou modelo em que se reconstrói a inferência de q a partir de p . Por isso, propõe refinar a posição de Poincaré com a ideia na qual “as sentenças imperativas não são apenas incapazes de ser conclusões em inferências com premissas indicativas, mas também são incapazes de serem premissas em inferências e, portanto, parecem incapazes de funcionar como parte de qualquer argumento lógico.”¹³⁷ [125, p. 289]

De um ponto de vista monista clássico, como expliquei em 3.1.2, toma-se a validade clássica como estabelecendo uma interpretação que restringe a consequência lógica apenas a inferências com sentenças *aptas a possuírem valor de verdade*. De maneira similar ou análoga às formulações (9) e (10) que Sauter [222] propõe, obtém-se as seguintes formulações para $\mathbf{G}_{Hum'}$:

($\mathbf{G}_{HumPV-C}$): Não há argumento válido cuja conclusão é dada por uma sentença em *modo imperativo*.

($\mathbf{G}_{HumPV-P}$): Não há argumento válido se o conjunto de premissas do qual se deduz uma conclusão tem ao menos uma sentença em *modo imperativo*.

¹³⁶Tradução de: “(1) p must be true, (2) p must imply q , whereas the epistemic conditions are (1) p must be known to be true, (2) p must be known to imply q without it being known that q is true”.

¹³⁷No texto original: “Imperative sentences are not only unable to be conclusions in inferences with indicative premisses, but they are unable too of being premisses in inferences and so seem to be unable to function as part of any logical argument at all.

$G_{HumPV-C}$ e $G_{HumPV-P}$ partem do problema colocado por G_{Hum} , mas excluem, a partir do entendimento *monista clássico* da consequência lógica, a possibilidade de existir ‘uma explicação adicional que justifique uma inferência com *sentenças em modo imperativo*’. A distinção entre o modo indicativo e o modo imperativo em termos de *aptidão à verdade*, juntamente com a restrição monista da consequência lógica aplicada à G_{Hum} , permite enunciar o *Dilema de Jørgensen* ($D_{Jørg}$) da seguinte maneira:

($D_{Jørg}$): Se (p1) sentenças em modo imperativo ou normas não são verdadeiros nem falsos e (p2) apenas inferências preservadoras da verdade são logicamente válidas; então, (c) a conjunção de (p1) e (p2) nega a possibilidade de uma lógica dos imperativos ou normas.

$D_{Jørg}$ dá as condições de possibilidade de uma lógica das normas. São três possibilidades diferentes de se resolver o dilema: ou se fornece uma concepção de normas ou imperativos que nega (p1) e as trata como aptas aos valores V ou F; ou se concebe um conceito de consequência lógica que não se restringe à preservação da verdade, negando (p2); ou se nega (p1) e (p2). Abaixo, apresento a solução de Jørgensen para $D_{Jørg}$ no contexto de outro dilema colocado por Kelsen para o raciocínio jurídico. A solução é a aplicação da lógica clássica em normas reconstruídas no modo descritivo ou indicativo. Tal solução é rejeitada por Kelsen. Contrapondo o voluntarismo radical de Kelsen, a solução que proponho em 3.3 enfrenta $D_{Jørg}$ afirmando que: (a) para normas gerais que são soluções conclusivas que justificam normas individuais em decisões judiciais, tornando ambas verdadeiras em um sistema jurídico S (sendo falsas aquelas normas que a elas se opõem), nega-se (p1); (b) para normas que não são soluções jurídicas conclusivas, i. é, que não têm aptidão a valores de verdade por serem apenas pré-seleções legislativas não-conclusivas em fontes de direito, nega-se o monismo clássico de (p2) ao aplicar uma teoria paraconsistente e para-completa da consequência lógica, a qual não é preservadora da verdade.

3.2.4 Silogismo jurídico e o Dilema de Kelsen

Kelsen se opôs a uma lógica do raciocínio jurídico em sua obra póstuma *Teoria Geral das Normas* (*Allgemeine Theorie Der Normen*) [134]. Na obra, Kelsen descreve o direito abraçando um tipo de *voluntarismo radical* ou, para usar o termo de O. Weiberger, um *irracionalismo normativo* [270, p. 194].¹³⁸ Ele revisa a construção sistemática da primeira edição da Teoria Pura do Direito¹³⁹ e aprofunda a teoria da interpretação jurídica que

¹³⁸Essa é uma interpretação *standard* da posição tardia de Kelsen. S Paulson reconstrói o pensamento de Kelsen em três etapas: (a) a etapa construtivista em seus primeiros trabalhos; a etapa clássica que vai do período *neokantista* da 1ª edição da Teoria Pura até a posição híbrida na segunda edição, que acrescenta um elemento voluntarista forte na sua teoria da interpretação; e a (b) posição cética ou voluntarista radical na Teoria Geral das Normas [181, p. 161]. Uma leitura distinta foi proposta por Bulygin [42], que não interpreta o Kelsen tardio como um voluntarista ou cético radical.

¹³⁹A primeira edição de *Reine Rechtslehre* foi traduzida recentemente no Brasil e conta com estudo introdutório de A. T. G. Trivisnono [137].

introduziu no capítulo 8 da segunda edição da obra [136, p. 387]. Com isso, J. Maranhão explica que a concepção defendida por Kelsen na Teoria Geral das Normas “depura sua teoria de todo neokantismo para cair em um voluntarismo radical.” [158, p. 22]

Sem entrar em questões exegéticas abrangentes, para a concepção e lógica do raciocínio jurídico que abordo, a questão relevante que Kelsen coloca é: de que maneira “o silogismo da lógica proposicional tradicional pode se aplicar – diretamente ou indiretamente – às normas”?¹⁴⁰ [134, p. 226] Apesar de se referir ao ‘silogismo da lógica proposicional tradicional’, Kelsen discute o problema amplo da possibilidade de se aplicar princípios lógicos e regras de inferência associadas ao tratamento clássico da *consequência lógica* para reconstruir o raciocínio jurídico [134, p. 189]. Ele afirma no artigo *Law and Logic*:

É uma visão amplamente difundida entre os juristas que existe uma relação particularmente estreita entre direito e lógica (no sentido tradicional, de dois valores, verdadeiro ou falso) de que é uma propriedade específica do direito ser “lógico”; isto é, que em suas relações mútuas as normas do direito correspondem aos princípios da lógica. Isso pressupõe que esses princípios — notadamente a lei da não contradição e a regra da inferência — sejam aplicáveis às normas em geral e às normas jurídicas em particular.¹⁴¹ [133, p. 228]

A aplicação direta da lógica clássica ao raciocínio jurídico é prontamente rejeitada por Kelsen. Antes de adentrar no dilema que Kelsen propõe, convém discutir a solução de Jørgensen para o dilema da lógica de imperativos que discuti na subseção 3.2.3. Jørgensen sustenta que qualquer expressão linguística que é uma norma incorpora dois fatores: “o fator imperativo e o fator indicativo, o primeiro indicando *que* algo é ordenado ou desejado e o último descrevendo *o que é* ordenado ou desejado.”¹⁴² [125, p. 291] Tal como apresentei na subseção 3.2.3, se formulada em *modo imperativo*, Jørgensen defende que não se atribui valor de verdade a uma norma. Neste caso, o que está em jogo é que se *cumpra ou não* a norma e não o que ela supostamente indica *como sendo* seu cumprimento. Observe:

- (p1): Lucas, pague todo imposto que lhe é obrigatório!
 (p2): O imposto de renda é obrigatório para Lucas.
 ∴ (c): Lucas, pague o imposto de renda!

Para Jørgensen esse não é um raciocínio válido. Evitando ambiguidades, entenda os enunciados terminados com exclamação ‘!’ como enunciados imperativos no *modo imperativo*

¹⁴⁰Tradução e adaptação de: “The question to be discussed in this chapter is whether the syllogism of traditional propositional logic is applicable—directly or indirectly—to norms”.

¹⁴¹Tradução de: “It is a widely-held view among jurists that there is a particularly close relation between law and logic (in the traditional, two-valued, true-or-false sense) that it is a specific property of law to be “logical”; which is to say, that in their mutual relations the norms of law correspond to the principles of logic. This presupposes that these principles — notably the law of non-contradiction and the rule of inference — are applicable to norms in general and to legal norms in particular”.

¹⁴²Tradução de: “the imperative factor and the indicative factor, the first indicating *that* some thing is commanded or wished and the latter describing *what* it is that is commanded or wished.”

(vou chamá-lo de enunciados-!). Como expliquei em 3.2.3, dada a concepção clássica de consequência lógica que Jørgensen subscreve, um enunciado-! não pode participar de um argumento nem como premissa nem como conclusão, pois não tem aptidão para valores de verdade. Intuitivamente, uma expressão construída como ‘é verdadeiro que ‘Lucas, pague o imposto de renda!’ não se apresenta como sendo bem formulada linguisticamente. O termo ‘é verdadeiro que’ diz respeito ao *valor de verdade* da descrição e quando se fala ‘*y*, pague *x*!’ nada se descreve, apenas se diz qual conduta se espera que *y* cumpra, i. e., pagar *x*. Jørgensen sugere que uma expressão do tipo ‘pague *x*!’ só adquire sentido (*meaning*) por meio do fator indicativo indiferenciado contido nessa sentença-!, projetando para *y* que ‘é para se pagar *x*’. Essa formulação indicativa do imperativo “figura um fato possível” (*pictures a possible fact*) [125, p. 291]. Assim, Jørgensen define que: “uma sentença imperativa tem um significado se e somente se a sentença indicativa correspondente que pode ser derivada dela e que descreve seu conteúdo é significativa.”¹⁴³ [125, p. 291]

Jørgensen [125, p. 292] sustenta ser possível, p. ex., reconstruir a norma que comanda ‘*Feche a porta!*’ (*N!*) na formulação indicativa ‘*A porta é para ser fechada*’ (*N*). Esta formulação é passível de ser verdadeira ou falsa, sendo ela uma *figuração* do possível fato do fechamento da porta por aquele a quem o comando ‘*Feche a porta!*’ foi endereçado. A possibilidade de formular descritivamente um enunciado deôntico foi posteriormente desenvolvida por G. H. von Wright em *Norm and Action*, diferenciando a formulação imperativa das normas de sua reconstrução descritiva, no sentido de que essa norma ‘existe’ em um sistema e entrou em vigor (*in force*) por uma promulgação [259, p. 132]. Em *Normative Systems*, Alchourrón e Bulygin desenvolvem a ideia de pertencimento a um sistema jurídico diferenciando o comportamento das normas do comportamento das proposições normativas enquanto enunciados sobre a ‘existência’ das normas em um sistema [5, p. 121]. A diferença entre a norma e a formulação que a descreve como parte de um sistema de normas abre margem para uma diferenciação de como se interpreta, por exemplo, a noção de ‘lícito’ enquanto norma e enquanto descrição do *status* atribuído a uma ação em um sistema jurídico. Por hora, importa saber que uma norma do tipo ‘Não matarás!’ é reconstruída em uma sentença indicativa do tipo ‘é proibido matar’. Se é uma proibição jurídica, substitui-se o enunciado ‘é proibido *p*’ pelo enunciado ‘é ilícito *p*’.

Dada essa solução, presume-se ser possível reconstruir o raciocínio jurídico a partir da elaboração de enunciados que descrevem normas jurídicas. Mas a forma do raciocínio jurídico precisa ser melhor explicada. Em casos judiciais, juízes empregam diferentes métodos argumentativos e interpretativos para justificar uma decisão, como o raciocínio analógico, o raciocínio por precedentes, o argumento teleológico, entre outros.¹⁴⁴ Apesar desses diferentes métodos, assume-se na teoria do raciocínio jurídico que é possível recons-

¹⁴³Tradução de: “imperative sentence has a meaning if and only if the corresponding indicative sentence which may be derived from it and which describes its contents is meaningful”.

¹⁴⁴Para os diferentes métodos de raciocínio e interpretação no direito, cf. [11, 101, 227].

truir as decisões jurídicas em uma forma dedutiva, visando a descrição e análise de sua justificação [169, 154]. O raciocínio jurídico é classicamente justificado se, diante de sua reconstrução em forma dedutiva, as razões reconstruídas como premissas do argumento assegurem a verdade da conclusão, fornecendo uma decisão jurídica. Defini em 2.1.4 que:

Decisão jurídica: solução pública de um conflito dada por uma autoridade investida de poder jurisdicional, fundamentada em normas jurídicas gerais e que resolve um caso produzindo uma conclusão jurídica pela atribuição de modalidades jurídicas às condutas dos destinatários no caso.

Visto que as normas gerais funcionam como premissas maiores, que um caso apresenta uma premissa factual menor e que a norma individual é a conclusão do raciocínio, o argumento jurídico simples assume a forma de um *silogismo jurídico*.¹⁴⁵ Para modelar a justificativa do raciocínio jurídico, adota-se a distinção entre justificação interna (justificação-IN) e externa (justificação-EX) da decisão jurídica.¹⁴⁶ Essa distinção é análoga à distinção tradicional entre validade (*validity*) e correção (*soundness*) que expliquei em 3.1.1. Nesse sentido, Alexy explica que “na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação, o objeto da justificação externa é a correção destas premissas.” [15, p. 213] Um exemplo de raciocínio jurídico – combinando os quantificadores com as modalidades jurídicas – é:

(P1): Para todo imposto e toda pessoa, se esta pessoa está sujeita a pagar um imposto, é ilícito que esta pessoa deixe de pagá-lo.

(P2): Abel está sujeito a pagar o imposto de renda.

∴

(P3): Logo, é ilícito Abel deixar de pagar o imposto de renda.

Formalmente:

(P1): $\forall x \forall y (yTx \rightarrow yI(\neg x))$

(P2): aTr

∴

(P3): $aI(\neg r)$

No argumento acima, ‘*y*’ é a variável que pode ser substituída por qualquer pessoa natural ou jurídica. ‘*x*’ é a variável que representa a ação de pagar um imposto *x* em um sistema jurídico. ‘*T*’ é o predicado que apresenta a hipótese fática na qual a norma geral descrita na premissa P1 se aplica. No caso, indica a relação ‘*y* está sujeito a pagar um imposto *x*’. ‘*I*’ é a modalidade que atribui o status jurídico ilícito. Leia-se ‘*yI(¬x)*’ como ‘é ilícito

¹⁴⁵Para mais discussões a respeito do silogismo jurídico, cf. [70] [274] [15, p. 214].

¹⁴⁶Essa distinção e foi proposta pelo jurista polonês Jerzy Wróblewski em [273, 274]. Ela é amplamente adota nas discussões analíticas sobre a justificação das decisões jurídicas, cf. [1, 15, 170].

para y não pagar x '. E ' a ' é a constante individual ('Abel') que se substitui por ' y ' e ' r ' a constante individual ('pagar o imposto de renda') que se substitui por ' x '.

Apesar de um modelo simples de raciocínio jurídico, o exemplo acima ilustra a ideia na qual, uma vez que as premissas sejam verdadeiras, é impossível conclusão falsa. A discussão sobre a verificação da verdade das premissas diz respeito à correção ou justificacão-EX do argumento jurídico. Como se observa, o argumento jurídico acima apresenta nas premissas dois tipos de enunciados: um enunciado sobre normas gerais e um enunciado fático. Jeremy Bentham, no século XIX, tinha clareza sobre essa distinção. Ele explica:

Em cada instância em que, expressa ou virtualmente, um julgamento é pronunciado, duas proposições são expressas ou virtualmente apresentadas: uma proposição relativa ao estado de direito e uma proposição relativa ao estado de certas questões de fato - questões de fato que pertencem ao caso e às quais se considera aplicável a lei pertinente ao caso.¹⁴⁷ [29, cap 2, § 2]

A premissa P2 é um exemplo de enunciado sobre uma ocorrência no mundo. Em procedimentos judiciais, a afirmação de expressões como essas exige a prova de que aquilo que se afirma por elas realmente ocorreu. Por exemplo, uma vez que as provas judiciais importam no caso, um tribunal reconhecerá que é verdade que 'Abel está sujeito ao pagar o imposto de renda' se e somente se a autoridade fiscal que demandar o pagamento provar que Abel de fato está sujeito a pagar do imposto de renda.¹⁴⁸ Isso quer dizer que, para alcançar a verdade desses enunciados fáticos particulares, deve-se apresentar evidências suficientes para prová-los. Divergências sobre evidências e ocorrências no mundo que são levadas às cortes são objeto da epistemologia e da lógica das provas judiciais [195].

O enunciado da premissa P1 é justificado-EX se é inferenciável pela interpretação autorizada de uma fonte de direito do sistema jurídico. A interpretação é autorizada se resguardada pela autoridade *de jure* das fontes de direito que determinam, quando dotadas de enunciados precisos e bem formulados, quais serão as normas jurídicas aplicáveis para resolver casos judiciais. Conforme a tese da positivação que apresentei em 2.3.4:

(**SP_T**): N determina que p é lícito ou ilícito em S se e somente se N é resultado inferencial da interpretação autorizada I limitada por FS em S .

Os enunciados que descrevem normas jurídicas de S podem aparecer na forma hipotética (condicionada) ou categórica (incondicionada). No exemplo acima, o enunciado que descreve a norma sobre a obrigação tributária está na forma hipotética, contendo a hipótese de incidência do imposto e a consequência jurídica correspondente, que é a proibição do

¹⁴⁷Tradução de: "In every instance in which, expressly or virtually, judgment is thus pronounced, two propositions are expressly or virtually delivered; viz. a proposition concerning the state of the law, and a proposition concerning the state of certain matters of fact—of matters of fact which belong to the case, and to which the law that belongs to the case is considered as applying itself."

¹⁴⁸Essa passagem é baseada na apresentação intuitiva da noção de verdade como correspondência tal como formalizada no esquema-T de Alfred Tarski. Para compreender melhor essa ideia, cf. [93].

seu não pagamento ($\forall x \forall y (yTx \rightarrow yI\neg x)$). Assim, enunciados jurídicos são esquemas interpretativos para se avaliar o *status jurídico* de uma determinada conduta. Para avaliar o comportamento exigido das autoridades jurídicas quando se deparam com uma conduta ilícita, adiciona-se no enunciado uma modalidade que atribui um *status* para a conduta da autoridade que é autorizada a aplicar uma sanção ou punição (p. ex., ‘é lícito à autoridade q aplicar uma sanção s a y ’ ou ‘é ilícito que a autoridade q não aplique a sanção s a y ’). P. ex., adicionando a sanção, a forma da norma do caso acima seria:

(\mathbf{E}_{SL}) ‘ $\forall x \forall y \forall q \forall s (yTx \rightarrow ((yI\neg x) \wedge (qLsy)))$ ’ – se é lícito à autoridade q aplicar a sanção s a y ; ou

(\mathbf{E}_{SI}) ‘ $\forall x \forall y \forall q \forall s (yTx \rightarrow ((yI\neg x) \wedge (qI(\neg sy))))$ ’ – se a autoridade q está obrigada a aplicar a sanção s a y (se é ilícito deixar de aplicá-la).

Dito isso, em 2.3.3, apresentei uma tese sobre o valor de verdade de enunciados jurídicos:

Tese da Correspondência Moderada: as cortes decidem casos já regulamentados identificando normas que são soluções conclusivas com base nas fontes de direito. Em cada formulação normativa pré-selecionada pelo legislador que é solução conclusiva dos casos que regulamenta corresponde, de forma consistente, apenas uma norma.

Dada a tese da positivação (\mathbf{SP}_T), juntamente com a tese acima e os critérios dogmáticos de 3.4.3 e 3.4.4, define-se a noção intuitiva de ‘enunciado jurídico verdadeiro’:

Def. ‘enunciado jurídico verdadeiro’: O enunciado ‘é verdade que p é lícito (ou ilícito)’ é verdadeiro em relação a um sistema jurídico S se e somente se há uma correspondência desse enunciado com a lei obtida pela interpretação autorizada da fonte de direito de S , a qual respeita, respectivamente, os critérios da hierarquia, cronologia e especialidade, e justifica a decisão jurídica com uma solução conclusiva para os casos que regulamenta.

A ‘interpretação autorizada’ busca apreender os significados normativos incorporados e institucionalizados intencionalmente nas pré-seleções legislativas informadas pelas fontes de direito, os quais permitem afirmar quais normas são juridicamente autorizadas por essas fontes e quando essas normas fornecem soluções justificadas para casos judiciais. No caso acima, se satisfeitas as condições de verdade (legalidade) de P1, sendo verdadeiro que ‘para todo imposto e toda pessoa, se uma pessoa está sujeita a pagar um imposto, é ilícito que esta pessoa deixe de pagá-lo’; que se provou P2, sendo verdadeiro que ‘Abel está sujeito a pagar o imposto de renda’; então, P3 é verdadeiro e ‘é ilícito Abel deixar de pagar o imposto de renda’. Há uma transmissão logicamente necessária da verdade das premissas para a conclusão, tal como se pressupõe na concepção clássica da consequência

lógica. Intuitivamente essa reconstrução do modo imperativo de uma norma parece não ser problemática. Contudo, essa concepção pressupõe um *isomorfismo* entre a descrição da norma e a própria norma. Isso quer dizer que entender o que a norma demanda implica entender *o que se busca controlar ou realizar* com a norma por parte daquele que a emitiu.

Para Kelsen, essa é uma compreensão inadequada da modalidade discursiva do *dever*. Kelsen assume radicalmente a distinção entre o que *é* e o que *deve* [134, p. 86], deixando explícito que a sua teoria geral da norma é uma consequência de sua rejeição à possibilidade de se fornecer uma solução *adequada* para a *Guilhotina de Hume* que expliquei na subseção anterior, ou seja, para como *derivar logicamente um dever daquilo que é*. Kelsen defende um *não-cognitivismo* sobre normas, para o qual uma norma é o sentido (*meaning*) de um *ato de vontade* que a cria, não contendo qualquer elemento cognitivo de caráter proposicional. Essa é a posição que as teorias não-cognitivistas da interpretação jurídica que discuti em 2.3.3 defendem sob o rótulo de *não-cognitivismo* ou *realismo sobre a interpretação jurídica*. Nem mesmo a formulação que descreve a existência da norma tem valor de verdade em Kelsen. Em suas palavras: “o enunciado no qual a norma é a significação *prescreve* algo. Não é nem verdadeiro nem falso.”¹⁴⁹ [134, p. 164] Logo, como as normas não são, para Kelsen, aptas a serem reconstruídas indiretamente como verdadeiras ou falsas (*truth-apt statements*), a atividade que parte de normas buscando uma conclusão normativa não pode ser uma atividade preservadora da verdade das normas nem mesmo se aplicada à sua reconstrução descritiva. Kelsen defendeu que a propriedade ontológica de uma norma é a sua ‘*validade*’, o que dá a sua *existência* específica. Ele diz:

Normas adquirem validade seja pelo ato de positavação ou por costume. Quando dizemos “Uma norma é válida” queremos dizer que existe uma norma. “Validade” é a existência específica de uma norma, uma existência diferente daquela de um fato natural e, em particular, daquela do fato pelo qual ela é criada. Uma norma decreta um Dever.¹⁵⁰ [134, p. 2]

Kelsen utiliza o termo ‘dever’ em sentido amplo, abrangendo tanto a ideia de uma *obrigação* de se agir de determinada maneira quanto a *habilitação* ou *permissão* de um agir em razão da existência de uma norma [134, p. 2]. Assim como discuti em 2.2.4, Kelsen assume que uma norma ganha existência ou por um ato de positavação que é uma intenção ou vontade criadora de direito, ou por costume, na medida em que os agentes se “acostumam a se comportar de uma determinada maneira” [134, p. 2], i. é, reconhecendo que certo costume existe como fonte de normas. Mas isso não quer dizer que o reconhecimento costumeiro de uma norma seja igual à sua *observância* (ou outra reação causal)

¹⁴⁹Tradução de: “The sentence of which a norm is the signification prescribes something. It is neither true nor false”.

¹⁵⁰Tradução de: “Whether it is by an act of positing or by custom, norms become valid. When we say ‘A norm is valid’ we mean that a norm exists. ‘Validity’ is the specific existence of a norm, an existence different from that of a natural fact, and in particular from that of the fact by which it is created. A norm decrees an Ought”.

[134, p. 44]. Nesse sentido, Kelsen evita a falácia naturalista. É possível reconhecer que uma norma se aplica a uma conduta, mas, mesmo assim, não agir conforme o que ela prescreve. P. ex., se a norma específica *N* que prescreve o *dever* de se pagar um tributo *p* não é *observada* pelo seu destinatário, isso não faz do *ato de vontade autorizado juridicamente* que criou essa norma um *ato inexistente*. O *valor de observância* (*observance-value*), portanto, é uma propriedade do comportamento factual (*factual behaviour*) que segue uma norma e não da própria norma [134, p. 219]. Por isso, se um indivíduo age conforme o que uma norma prescreve, isso não quer dizer que essa observância seja uma dedução a partir da norma. Não se trata de preservar uma propriedade dessa norma.

Além disso, é importante saber que o que está por detrás da afirmação de Kelsen é a assunção, que ele toma de G. Simmel, na qual *ser* e *dever* são as duas modalidades básicas ou primitivas do discurso e “não podemos dar uma definição de Dever mais do que podemos descrever o que o Ser é.”¹⁵¹ [134, p. 2] Para Kelsen, a tentativa de Jørgensen de acrescentar um elemento descritivo no âmbito do dever é o mesmo que propor um *substrato modalmente indiferente* (*modally indifferent substrate*) [134, p. 60 ss.]. A esse *substrato* que tenta ser uma *ponte* entre o *ser* e o *dever*, para mostrar a possibilidade de uma inferência logicamente válida, falta (*lack*) qualquer valor, não podendo ser “verdadeiro ou falso, como o enunciado que aparece no modo do Ser, nem válido ou inválido, como a norma que aparece no modo do Dever, de forma que os princípios da lógica não se aplicam a substratos modalmente indiferentes”.¹⁵² [134, p. 212]

Kelsen discute outra possibilidade. A saber, se normas individuais de um sistema jurídico *S*, como as decisões jurídicas, são *deduzíveis* de normas gerais de *S*, como as normas que se extrai das fontes de direito, assegurando um raciocínio *preservador da validade*. Ele questiona:

A questão decisiva é se a regra de inferência é aplicável à relação entre a validade da norma geral criada pelo legislador ou pelo costume e a validade da norma individual que o órgão aplicador da lei deve positivar para aplicar a norma geral ao caso concreto; isto é, se a validade desta norma individual pode ser obtida por meio de uma inferência lógica.¹⁵³ [134, p. 237]

Kelsen negou também essa possibilidade. Uma vez que que ele assume que (p1) a *validade* de uma norma é sua *existência*; e (p2) podem existir, na prática judicial, *normas individuais* que não estão nos limites das *normas gerais* legisladas, (c) seria impossível afirmar

¹⁵¹Tradução de: “we can no more give a definition of Ought than we can describe what Being is

¹⁵²Tradução de: “modally indifferent substrate cannot be true or false, like the statement appearing in the mode of Is, or valid or invalid, like the norm appearing in the mode of Ought, and so the principles of logic are not applicable to modally indifferent substrates”.

¹⁵³Tradução de: “The decisive question is whether the rule of inference is applicable to the relation between the validity of the general norm created by the legislator or by custom and the validity of the individual norm which the law-applying organ has to posit in order to apply the general norm to the concrete case; i.e. whether the validity of this individual norm can be obtained by means of a logical inference”.

que a autoridade judicial, com competência para decidir casos, não criou uma norma jurídica individual válida. Suponha que a Lei Penal de *S* determinou que ‘todo furto será punido com a prisão’, mas, em um contexto judicial, a corte decidiu não condenar Caim, que furtou Abel, à prisão, mas apenas a reparar Abel naquilo que lhe foi subtraído. O tipo penal do furto tal como definido em *S* é ‘a ação na qual um agente *y* subtrai, para si ou para outrem, um bem jurídico do agente *z*’. O que se teria nesse contexto é:

(E1): A Lei Penal prescreve que ‘aquele que furtar será punido com prisão’.

(E2): Caim furtou Abel.

(E3): A corte decide que ‘Caim devolverá a Abel aquilo que lhe foi furtado ou pagará uma indenização equivalente, mas não será preso’.

Em E1, a ordem geral é ‘puna o furto com a prisão!’, que significa que ‘é ilícito que a autoridade competente não puna o furto com a prisão’. Em E3, a ordem individual emitida pela corte diante do furto de Caim é: ‘Caim devolverá a Abel aquilo que lhe foi furtado ou pagará uma indenização equivalente, mas não será preso’. Ora, fica claro que não é possível deduzir E3 de E1, mesmo se reconstruindo o caso na forma de um silogismo com modalidades jurídicas. Na prática, a norma individual em E3 excepciona a norma geral em E1 e a norma geral em E1 não repele a norma individual em E3. Apesar de ser mais específica para o caso, a norma individual em E3 não obedece a hierarquia das fontes de direito. Para explicar esse fenômeno, Kelsen recorre ao princípio da *res judicata*. Como expliquei em 2.1.3, a finalidade do instituto da *res judicata* é fazer da solução do conflito uma coisa julgada, encerrando a discussão jurídica do caso. Nesse sentido, uma decisão que faz *res judicata*, nos termos de Kelsen, é “uma norma individual na qual a sua validade não pode ser repelida por qualquer norma revogadora.”¹⁵⁴ [134, p. 110]. Assim, sendo possível uma decisão judicial que faz *res judicata* não aplicar uma norma geral que se pressupõe aplicável a um caso, Kelsen entende que a norma geral não é válida para esse caso concreto [134, p. 121]. Mas pode ser válida, mediante uma decisão judicial, em outros casos. Kelsen leva às últimas consequências a *autoridade fática* das cortes na sua prerrogativa de *decidir casos judiciais*. Se o caso acima se encerra em E3, não se invalida a norma individual, criando uma exceção judicial que derrota a norma geral de E1. Logo, é a decisão judicial que faz *res judicata* que determina o que valerá juridicamente.

Essa concepção já estava parcialmente presente no capítulo 8 da segunda edição da Teoria Pura do Direito, em que Kelsen diferencia a interpretação como ato de vontade da interpretação como ato cognitivo [136, p. 392]. A interpretação como ato cognitivo, que pode ser fornecida pela ciência do direito, apenas descreve o direito, mas não determina a interpretação como ato de vontade. Esta é “a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito”, a qual não se restringe aos limites cognitivos pressupostos na regra ou norma geral presumida para se aplicar a um caso. Ela pode até mesmo “produzir uma

¹⁵⁴Tradução de: “is an individual norm whose validity cannot be repealed by any derogating norm.”

norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.”¹⁵⁵ [136, p. 394]. Isso fez Kelsen assumir como uma ficção a possibilidade de *segurança jurídica* no sentido de um controle racional (ou *lógico*) de expectativas em relação à previsibilidade e uniformidade das decisões das cortes conforme normas gerais [134, nota 185]. Kelsen resume toda a agência jurídica às atividades criadoras de normas a partir de *atos de vontade*, seja na criação de uma norma geral pelo legislador ou de uma norma individual nas cortes e tribunais. Ele afirma: “o ato de vontade não pode ser obtido pelo caminho de uma operação lógica, i. é, um ato do pensamento.”¹⁵⁶ [134, p. 18]

Em todo contexto deste trabalho, busquei apresentar uma concepção de raciocínio jurídico radicalmente diferente da de Kelsen na Teoria Geral das Normas. A concepção de raciocínio jurídico enquanto um tipo de raciocínio baseado em fontes de direito defende que é possível a demarcação formal da racionalidade jurídica das cortes e tribunais a partir dos postulados e critérios dogmáticos que normalmente foram associados ao estudo doutrinário do direito, como discuti na seção 2.4. Enquanto Kelsen elimina as fronteiras entre a criação e aplicação das normas jurídicas, este trabalho racionaliza a distinção.

Um projeto distinto do de Kelsen é a *concepção filosófica* subjacente à lógica deontica em von Wright [260, 261]. von Wright preocupa-se com a *racionalização da vontade criadora de normas* tratando essa racionalidade estritamente em termos de produção legislativa consistente. Na prática dos tribunais que decidem justificados pelas fontes de direito, se não há uma solução conclusiva para um caso judicial em razão de lacunas ou contradições, os juízes são forçados a continuar o desenvolvimento dessas fontes de forma não explosiva, operando apenas reformas parciais. A *lógica deontica padrão* não é capaz de descrever esse contexto do raciocínio jurídico, pois valida o aspecto da noção clássica de consequência lógica que trivializa o sistema de inferências para qualquer circunstância que existir contradições. No caso, contradições entre normas.

3.3 Defendendo uma lógica da jurisdição racional

Esta subseção apresenta as últimas discussões deste trabalho. Em 3.3.1, proponho uma concepção de normas e enunciados jurídicos que busca estabelecer entre eles um certo isomorfismo. Normas enquanto soluções conclusivas para os casos que regulamentam em um sistema jurídico S são identificadas por enunciados verdadeiros em relação a S . Ademais, abro uma possibilidade de pensar o raciocínio jurídico como fechado sob consequência lógica e preservando a ideia de legalidade. Em 3.3.2, a propriedade da completude é mostrada como contingente em sistemas jurídicos quando se reconstrói as normas a partir de enunciados jurídicos que descrevem o pertencimento dessas normas a um determinado

¹⁵⁵Essa é uma questão interessante de se avaliar à luz de uma lógica do raciocínio jurídico. Como discuti em 2.3.5 e e, 2.4 no geral, a criação de uma norma jurídica em instâncias jurisdicionais é logicamente possível quando as cortes e tribunais se deparam com *lacunas* ou *contradições* nos sistemas jurídicos. Do ponto de vista lógico, retomo a questão em 3.4 para arrematar as investigações deste trabalho.

¹⁵⁶Tradução de: the “act of will cannot be obtained by way of a logical operation, i.e. an act of thought.”

sistema jurídico. Um legislador primário não é capaz de prever antecipadamente todas as questões que serão levadas às cortes e tribunais. Quando não há normas que regulamentam essas questões, há lacunas no direito. Da mesma forma, existem contradições, p. ex., quando duas normas incompatíveis são soluções aplicáveis a um mesmo caso. Em 3.3.3, mostro os limites da lógica deôntica padrão em lidar com esses casos. Isso, no entanto, não quer dizer que se abre margem para um tipo de dialeteísmo no direito. Em 3.3.4, defendo que as normas identificadas por enunciados contraditórios não são soluções conclusivas para os casos que regulamentam. Portanto, não são capazes de produzir enunciados verdadeiros, mas são apenas evidências de que há uma pré-seleção legislativa de uma matéria. Por fim, o operador de classicalidade das Lógicas da Evidência e Verdade auxilia na recuperação de contextos clássicos em que soluções conclusivas foram pré-decidas.

3.3.1 Defendendo o isomorfismo entre normas e enunciados jurídicos

Uma das dificuldades de defender o isomorfismo entre a lógica das normas e a lógica das proposições normativas é a diferença entre o comportamento da negação no caso das normas e o comportamento da negação no caso das proposições normativas. No caso das normas, se formuladas em modo imperativo, nega-se uma formulação do tipo ‘Lucas, pague o tributo!’ com ‘Lucas, não pague o tributo!’. No entanto, quando se pensa em proposições normativas, fala-se da existência relativa de uma norma a um sistema jurídico. Uma proposição que descreve uma norma válida em um sistema jurídico S , para usar o termo de E. Bulygin, descreve o *pertencimento* (*membership*) de uma norma a S [43]. Como mostrei em 3.2.4, na Teoria Geral das Normas, Kelsen associou a norma a um tipo específico de existência factual, que é o produto de um ato de vontade ou reconhecimento de um costume. No entanto, na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen apresenta uma formulação mais completa da noção de ‘validade’ de uma norma. Ele entende que:

Por ‘validade’ queremos dizer a existência específica das normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que assumimos sua existência ou – o que dá no mesmo – assumimos que ela possui “força vinculante” para aqueles cujo comportamento ela regula.¹⁵⁷ [131, p. 30]

Guastini explica que Kelsen [131] adota a identidade conceitual de três enunciados [103, p. 403]:

- (1): ‘N é válido’ equivale a
- (2): ‘N deve ser obedecida’, que equivale a
- (3): ‘N existe’.

¹⁵⁷Tradução de: “By ‘validity’ we mean the specific existence of norms. To say that a norm is valid, is to say that we assume its existence or—what amounts to the same thing—we assume that it has “binding force” for those whose behavior it regulates”

O primeiro problema nessa definição é explicar como se concebe uma norma N ‘válida’ enquanto uma norma ‘que deve ser obedecida’. Nesse sentido, Ross explica que para Kelsen a ‘validade’ de uma norma enquanto ‘força vinculante’ implica a ideia na qual

o direito possui uma força moral interna (‘força vinculante’), seus destinatários são restringidos pelo apelo à moralidade, à consciência, assim como ao risco de sanções... Validade, nessa interpretação, é uma ideia a priori não redutível a termos empíricos determinados por fatos observáveis.¹⁵⁸ [218, p. 149]

Por isso, a ‘validade’ de uma norma N representa, na consciência daquele que entende o que N estabelece, um dever *apriorístico* de obediência ao direito [218, p. 153]. Essa herança kantiana do pensamento de Kelsen faz com que a obrigação legal não seja uma obrigação de se conformar (*conforming to*) ao que um sistema jurídico particular S estabelece, mas uma obrigação para (*towards*) S em razão de S ser um sistema jurídico [218, p. 154]. Para usar a formulação kantiana, esse ‘dever de obediência’ é “uma ideia como princípio prático da razão, o de dever obedecer ao poder legislador atualmente vigente, seja qual for sua origem.” [129, §49 A 319] A descrição da validade de uma norma em S figura a ‘força vinculante’ que a norma pressupõe. Essa concepção é particularmente similar à noção de ‘força vinculante’ da teoria do direito natural, a qual está relacionada com a capacidade do direito estabelecer uma obediência moral sobre seus destinatários.

Mas o jusnaturalista está preocupado com a questão de “se há ou não um dever moral” de cumprir as normas de um sistema jurídico S na medida em que a racionalidade dessa obediência depende de o legislador de S positivar normas de conteúdo com mérito ético-moral [218, p. 155]. A posição de Kelsen, por outro lado, defende, em acordo com Ross, um tipo de *quase-positivismo*.¹⁵⁹ É certo que nem tudo aquilo que consideramos historicamente como direito possuiu um mérito ético-moral. Mas a identidade das noções de ‘validade’ e ‘força vinculante’ assume que se deve tratar o direito sempre como internamente justificado na condição apriorística de entendimento daquilo que é um dever, uma vez que o conceito de *dever* que os sistemas jurídicos se apropriam advém da noção geral daquilo que é um dever. Destarte, dentre outras passagens da obra de Kelsen, essa concepção ganha apoio no texto de *What is Justice?*, onde Kelsen afirma que, quando o jurista diz ‘que uma norma é válida’, “essa é a validade que o conceito de ‘dever’ se refere. Que uma norma possui validade significa que os indivíduos devem se comportar como a norma estipula.”¹⁶⁰ [132, p. 241] Aclarando essa concepção de Kelsen, Celano explica:

¹⁵⁸Tradução de: “the law possesses an inherent moral force (‘biding force’), so that subjects are constrained by appeal to morality, to conscience, as well as by the threat of sanctions... Validity, in this interpretation, is an a priori idea not reducible to empirical terms determined by observable facts”.

¹⁵⁹Apenas para reforçar, essa afirmação não é um debate com a posição voluntarista e anti-formalista de Kelsen na Teoria Geral da Normas [134] e no capítulo 8 da segunda edição da Teoria Pura do Direito [136], que discuti em 3.2.4. Quando debato com a concepção tardia de Kelsen, referencio a citação.

¹⁶⁰Tradução de: “It is this validity to which the concept of “ought” refers. That a norm possesses validity means that individuals ought to behave as the norm stipulates”.

Uma norma tem força vinculante se, e somente se, deve ser cumprida (obedecida). Dizer que uma norma deve ser obedecida equivale a dizer que se deve comportar como as normas prescrevem... De um modo geral, quem afirma que uma norma, ‘Op’, é válida, está ao mesmo tempo afirmando que Op, e vice-versa (a afirmação ‘A norma ‘Op’ é válida’ acarreta - e é acarretada por - a afirmação ‘Op’).¹⁶¹ [55, p. 178]

Assim, tanto Ross quanto Celano atribuem a Kelsen um *quase-positivismo* e, sob este rótulo, o enunciado que descreve uma norma jurídica cita a norma jurídica conservando o *dever apriorístico* incorporado na norma, compreendendo que ela deve ser obedecida. Essa concepção, no entanto, produz uma *antinomia* com outra tese de Kelsen, a defesa da possibilidade de desenvolver uma *Teoria Pura* dos sistemas jurídicos. A *pureza* da teoria do direito em Kelsen “se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”[136, p. 1]. Kelsen não nega, por exemplo, que exista algum interesse no estudo do direito junto com outras ciências, como a sociologia, a ciência política ou a ética. Ele nega é uma conexão metodológica, “por evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do objeto.”[136, p. 2] E ainda afirma que o papel de uma teoria geral do direito em relação a um sistema jurídico *S*:

Uma vez que o objetivo dessa teoria geral do direito é permitir ao jurista preocupado com uma ordem jurídica particular, o advogado, o juiz, o legislador ou o professor de direito, que compreenda e descreva tão exatamente quanto possível seu próprio direito positivo, tal teoria deve derivar seus conceitos exclusivamente do conteúdo de normas jurídicas positivas. Não deve ser influenciado pelos motivos ou intenções das autoridades legislativas ou pelos desejos ou interesses dos indivíduos no que diz respeito à formação do direito a que estão sujeitos, exceto na medida em que esses motivos e intenções, esses desejos e interesses, se manifestam no material produzido pelas autoridades legisladoras. O que não pode ser encontrado no conteúdo das normas jurídicas positivas não pode entrar em um conceito jurídico.¹⁶² [131, p. xiii]

¹⁶¹Tradução de: “A norm has binding force if and only if it ought to be complied with (obeyed). Saying that a norm ought to be obeyed amounts to saying that one ought to behave as the norms prescribes... Generally speaking, whoever asserts that a norm, ‘Op’, is valid is at the same time asserting that Op, and vice versa (the statement ‘The norm “Op” is valid’ entails – and is entailed by – the statement ‘Op’).”

¹⁶²Tradução de: “Since the aim of this general theory of law is to enable the jurist concerned with a particular legal order, the lawyer, the judge, the legislator, or the law-teacher, to understand and to describe as exactly as possible his own positive law, such a theory has to derive its concepts exclusively from the contents of positive legal norms. It must not be influenced by the motives or intentions of lawmaking authorities or by the wishes or interests of individuals with respect to the formation of the law to which they are subject, except in so far as these motives and intentions, these wishes and interests, are manifested in the material produced by the lawmaking authorities. What cannot be found in the contents of positive legal norms cannot enter a legal concept.”

A noção de ‘força vinculante’ enquanto exigência apriorística de compreensão da noção *geral* de dever aproxima os sistemas jurídicos dos sistemas morais, pelo menos formalmente. Mas para se conservar a noção exclusivamente jurídica de norma, a autonomia axiológica e conceitual dos sistemas jurídicos pressupõe que a norma jurídica seja relacional apenas ao sistema jurídico-objeto *S*. Essa autonomia permite que um juiz, mesmo se ele concluir que a norma jurídica contradiz o dever moral e que a moralidade demanda que o conteúdo jurídico não seja obedecido à risca, que ainda assim a *justificação jurídica* não depende de se acreditar no dever moral de obedecer o direito. Mas na crença de que o *direito* justifica uma decisão porque essa é a regra do jogo quando se pensa em um sistema jurídico enquanto uma instituição. Alguém poderia criticar o raciocínio jurídico em razão do seu excesso de formalismo e de sua prática desassociada de valorações morais, uma vez que se restringe ao texto das fontes de direito autorizadas pela atividade legislativa (primária ou residual). A esse tipo de abordagem teórica anti-formalista que tenta eliminar as fronteiras formais do direito, a clássica formulação de A. Scalia responde:

De todas as críticas feitas contra o textualismo, a mais estúpida é que é ‘formalista’. A resposta para isso é, claro que é formalista! O Estado de Direito é sobre a forma... Um assassino foi pego com sangue nas mãos, curvando-se sobre o corpo de sua vítima; um vizinho com uma câmera de vídeo filmou o crime; e o assassino confessou por escrito e em vídeo. No entanto, insistimos que, antes que o Estado possa punir esse canalha, ele deve conduzir um julgamento criminal à paisana que resulte em um veredicto de culpado. Isso não é formalismo? Viva o formalismo. É o que faz de um governo um governo de leis e não de homens.¹⁶³ [223, p. 25]

O raciocínio jurídico não é um instrumento de outras razões sociais. Ele é purificado em seus termos, exigindo da justificativa para produzir uma norma individual para resolver um conflito em um sistema jurídico *S* a identificação de normas gerais pertencentes a *S*. Tal modo de raciocinar não é um instrumento da economia e sua racionalidade não é necessariamente uma medida econômica, tal como pressupõem entusiastas da interface entre a racionalidade econômica e jurídica. A posição mais radical desses entusiastas afirma que juízes e legisladores apenas são “razoáveis no sentido especial de querer maximizar a riqueza da sociedade.”¹⁶⁴ [191, p. 192] Também não se exige *prima facie* a unidade

¹⁶³Tradução de: “Of all the criticisms leveled against textualism, the most mindless is that it is ”formalistic.” The answer to that is, of course it’s formalistic! The rule of law is about form.... A murderer has been caught with blood on his hands, bending over the body of his victim; a neighbor with a video camera has filmed the crime; and the murderer has confessed in writing and on videotape. We nonetheless insist that before the state can punish this miscreant, it must conduct a full-dress criminal trial that results in a verdict of guilty. Is that not formalism? Long live formalism. It is what makes a government a government of laws and not of men.”

¹⁶⁴Tradução de: “that all legislators are reasonable in the special sense of wanting to maximize society’s wealth.” Essa não é a posição de R. Posner, um dos principais expoentes da *análise econômica do direito*. Posner está preocupado em avaliar em que medida a interpretação formal das normas do direito,

coerente entre o sistema jurídico e a moralidade política geral de uma dada sociedade (*one-system view*), tal como a teoria do direito como integridade defende [68, p. 405].¹⁶⁵ Quando um sistema jurídico *S* é pensado no *design institucional* do Estado de Direito, depura-se da justificação jurídica todo elemento extra-jurídico que o conecta com outros domínios do discurso que não o domínio formal e logicamente estruturado pelo conjunto de normas de *S*. O postulado da pureza afirma que uma teoria do raciocínio jurídico deve ser ‘purificada’ em relação a aspectos ideológicos, políticos e morais, sendo capaz de descrever *S* na forma de direito positivo, i. é, em relação ao material que se encontra disponível àquele que identifica em *S* aquilo que conta como direito. A teoria formalista e legalista da interpretação enquanto teoria do raciocínio baseado nas fontes de direito, que apresentei em 2.3 e 2.4, tem colorações daquilo que R. Posner chamou (e criticou) como sendo a teoria do ‘comportamento oficial dos juízes’ [192, p. 41]. E, assim, define:

O legalismo, considerado como uma teoria positiva do comportamento judicial (é mais comumente uma teoria normativa), hipotetiza que as decisões judiciais são determinadas pela ‘lei’, concebida como um corpo de normas preexistentes encontradas em materiais jurídicos canônicos, como os textos constitucionais e legislados e em decisões anteriores do mesmo tribunal ou de um tribunal superior, ou deriváveis desses materiais por operações lógicas.¹⁶⁶ [192, p. 41]

Uma vez que o legalismo é também um tipo de positivismo presumido ou formalismo, na medida em que, nos termos de Schauer [225, p.196], concebe o material pré-selecionado nas fontes de direito como limitando aquilo que se pode interpretar como tendo valor jurídico, adiciono a tese na qual a *teoria da interpretação autorizada* aproxima, *contra* o positivismo anti-formalista de Kelsen [136, p. 392-397], o discurso jurídico oficial do

seja em relação aos precedentes ou às normas da legislação, produzem um resultado economicamente satisfatório ou racional. A *análise econômica do direito* aplica métodos da economia enquanto ciência da escolha racional sob o ótimo de Pareto para mostrar em que medida precedentes e leis são eficientes economicamente [190, p. 11-12]. Isso não quer dizer que torna o *aplicador constrito* institucionalmente a interpretar economicamente as fontes de direito, mas auxilia na criação e interpretação dessas fontes de forma mais eficiente. Trata-se de um meio termo entre o formalismo e o realismo, num sentido em que a lógica jurídica aparenta ser parcialmente, mas não completamente, econômica. Uma análise mais aprofundada da teoria de Posner não é objeto deste trabalho. O interessante da proposta de Posner é mostrar quando a norma jurídica satisfaz simultaneamente os requisitos das racionalidades jurídica e econômica. Para a relação entre lógica jurídica dedutiva e racionalidade econômica, cf. [189].

¹⁶⁵Recentemente, a proposta de R. Dworkin foi chamada de ‘eliminativismo’ [176] por sustentar que a teoria positivista dos sistemas jurídicos é um tipo de *teoria folk* que toma injustificadamente que é uma verdade que há um raciocínio jurídico diferenciado da moralidade política geral (*two-systems view*) [68, p. 403-405]. Neste trabalho, inverte o ônus da argumentação ao indicar uma lógica que se adequa a essa proposta de autonomia da racionalidade jurídica nos termos do lícito e ilícito. Se as razões positivas que apresentei no capítulo 2 valem e são verdadeiras, o raciocínio jurídico pode ser pensado como autônomo em relação ao raciocínio moral, especialmente no contexto de aplicação das normas jurídicas.

¹⁶⁶Tradução de: “Legalism, considered as a positive theory of judicial behavior (it is more commonly a normative theory), hypothesizes that judicial decisions are determined by “the law,” conceived of as a body of preexisting rules found stated in canonical legal materials, such as constitutional and statutory texts and previous decisions of the same or a higher court, or derivable from those materials by logical operations.”

científico enquanto axiologicamente e ideologicamente neutro, pois trata a interpretação jurídica não apenas como ato de vontade, mas também *cognitivo*. Se vale a pureza, então:

Tese da pureza formal: A interpretação das fontes de direito é técnica e tem características de um discurso científico, sendo axiologicamente neutra e não-avaliativa.

No presente trabalho, a defesa de uma distinção entre ‘criação’ e ‘aplicação das normas’ reconstrói no escopo das cortes e tribunais a exigência de ‘purificação’ do raciocínio jurídico. Como expliquei em 2.1.1 e 2.3.2, um critério para a identificação de qual norma vale em um sistema jurídico S é que se possa descrever essa norma como pertencendo a S mesmo sem se engajar moralmente com essa norma. A descrição é interna ao sistema jurídico porque toma as normas na perspectiva do agente que pode identificá-las enquanto participa da prática social para a qual essas normas são destinadas, mas também é externa, visto que não se exige um engajamento moral com essa descrição, apenas o reconhecimento de qual norma vale como jurídica e que ela justifica a ação apenas em relação a S . Isso explica também porque um sistema jurídico S , na sociedade em que vale, permanece restrito aos seus termos na medida em que as cortes estabilizam contrafaticamente as expectativas sociais em relação às normas que pertencem ao programa de S , mas também que sempre existe a possibilidade dessas normas serem decepcionadas na prática. Para S ser um sistema jurídico, como expliquei em 2.1.5, não se demanda um tipo de comprometimento global de todos aqueles que são destinatários das normas de S , apenas que as cortes e tribunais de S sejam institucionalizadas a partir da crença na qual a legalidade é a regra do jogo jurídico e o critério para solucionar casos judiciais, mesmo que o juiz desconfie das motivações legislativas que justificaram a promulgação de uma fonte de direito.

Parafraseando o brocardo romano *dura lex, sed lex*, a teoria apresentada neste trabalho defende que o conteúdo normativo de um sistema jurídico S , mesmo se rígido e, ampliando o conceito do brocardo, mesmo se contingentemente imoral, ainda é o que justifica, do ponto de vista de S , o raciocínio empregado pelas cortes e tribunais de S . Se se decide pela crença compartilhada na legalidade, é essa crença que imprime a coloração jurídica de cortes e tribunais. No entanto, não se confunde uma teoria que formula essa concepção como sendo engajada moralmente com a lei de um sistema jurídico S específico, mas permite que se descreva essa lei de um ponto de vista axiologicamente neutro e não-avaliativo. A noção de ‘raciocínio jurídico’ não depende de um *postulado da razão* em termos kantianos, mas de uma prática institucional que independe dos agentes serem movidos moralmente *para* essa prática. Apenas que assumam (logo, creiam) que a norma que justifica a decisão de um caso é apenas a que faz da decisão consequência lógica da interpretação autorizada de fontes de direito reconhecidas. Em sentido parcialmente similar, Bulygin explica que:

a adesão (a um sistema jurídico) pressupõe a existência formal. Kelsen diria que validade implica existência factual. Mas uma norma pode vigorar em uma

dada sociedade sem ser formulada (é o caso das normas consuetudinárias) e sem ser obrigatória, embora, é claro, para entrar em vigor as normas devam ser consideradas como tais por aqueles que as utilizam.¹⁶⁷ [43, p. 38]

Essa *consideração* independe do reconhecimento de uma *força vinculante* das normas jurídicas de um sistema jurídico *S* em um sentido geral que não corresponda ao seu pertencimento a *S*, sejam essas normas derivadas de fontes textuais inscritas na legislação e nos precedentes de *S* ou de fontes consuetudinárias que participaram historicamente das práticas sociais de *S*. Para o julgador que se vê na função de aplicar uma norma de *S* como solução de um caso, a questão é como identificar as normas pertencentes a *S*, sem a necessidade que esse julgador internamente reconheça-se como vinculado moralmente a aplicá-las. Apesar de se *depurar* da teoria do raciocínio jurídico os elementos metodológicos de outras ciências, como p. ex., da economia e da ética, não se depura do raciocínio jurídico a metodologia da lógica enquanto disciplina. Isso porque, uma vez fundado como um sistema jurídico que relaciona estruturalmente a prática legislativa com a prática adjudicativa, exige-se que as relações entre as normas gerais e a norma individual sejam reconstruídas como uma *relação inferencial*. Logo, a teoria do raciocínio jurídico é uma teoria parcialmente descritiva, pois reconstrói o raciocínio jurídico como uma *interpretação autorizada* que se justifica pela identificação das normas que pertencem a *S*, independentemente de um julgador internamente vincular-se moralmente a *S*, mas também é *parcialmente normativa*, pois pressupõe que essa descrição se limite a uma certa lógica, demandando que as autoridades reconheçam mesmo normas não aceitas moralmente e que não são eficazes juridicamente, mas que são consequência lógica daquelas normas que foram explicitamente promulgadas no material jurídico disponível para o *intérprete autorizado*. Bulygin afirma que normas que são consequências lógicas e estão implícitas no material autorizado de *S* têm uma *‘existência formal’* [43, p. 38].

Ademais, discuti em 2.2.4 que, para a função jurisdicional não recair em particularismos e intenções subjetivas dos julgadores, exige-se que a prática decisória seja metodologicamente unificada na organização social das instituições adjudicativas de *S*. É nas cortes e tribunais que se busca aplicar o direito positivo enquanto um *método institucionalizado de soluções de controvérsias* [208, p. 134]. Demanda-se uma lógica capaz de diferenciar os casos em que as soluções jurídicas são suficientes, completas e consistentes dos casos em que existem, nas fontes de direito, contradições ou lacunas. Além disso, é importante que se possa obter uma identidade de normas que são soluções jurídicas autorizadas pelas fontes de direito de um sistema jurídico *S* e, por isso, válidas em *S*, com enunciados que descrevem o pertencimento dessas normas a *S* e, por isso, verdadeiros em relação a *S*.

¹⁶⁷Tradução e adaptação de: “membership presupposes formal existence. Kelsen would say that validity implies factual existence. But a norm can be in force in a given society without being formulated (this is the case of customary norms) and without being binding, though of course in order to be in force norms must be regarded as such by those who use them.”

Recentemente, uma noção similar foi defendida por R. Hilpinen no artigo *Norms, Normative Utterances, and Normative Propositions*. No artigo, Hilpinen explica que:

Um sistema normativo não é meramente um sistema de enunciados, mas um sistema de normas identificadas por tais enunciados. O conteúdo do sistema pode ser expresso por proposições deônticas (normativas). O sistema deriva sua força normativa de enunciações normativas (performativas) de sentenças normativas que identificam o sistema e o vinculam à realidade. Tais enunciados são fazedores últimos da verdade das proposições deônticas. Se um sistema normativo é considerado um sistema dedutivamente fechado, ele contém, além das proposições normativas expressas ou formuladas nos enunciados autorizados, as consequências lógicas de tais proposições.¹⁶⁸ [115, p. 238]

Dada a concepção que equaliza o raciocínio jurídico ao raciocínio baseado nas fontes de direito, assume-se que estas fontes são os meios pelos quais as normas que pertencem a um sistema jurídico S são autorizadas por meio de enunciados que as identificam. Do ponto de vista prático, as normas válidas em S são normas autorizadas em S . Do ponto de vista descritivo, as normas válidas em S são verdadeiras em S quando sua existência em S é identificada por um *enunciado jurídico verdadeiro*. Defendi em 3.2.4 que:

Def. ‘enunciado jurídico verdadeiro’: O enunciado ‘é verdade que p é lícito (ou ilícito)’ é verdadeiro em relação a um sistema jurídico S se e somente se há uma correspondência desse enunciado com a lei obtida pela interpretação autorizada da fonte de direito de S , a qual respeita, respectivamente, os critérios da hierarquia, cronologia e especialidade, e justifica a decisão jurídica com uma solução (conclusiva) para os casos que regulamenta.

Da definição acima, afirma-se a existência de uma identidade conceitual entre os enunciados:¹⁶⁹

- (a): ‘é verdade que p é lícito em S ’;
- (b): ‘é verdade que existe uma norma em S que torna p lícito em S ’;
- (c): ‘é verdade que existe uma fonte de direito que, se respeitados, respectivamente, os critérios da hierarquia, cronologia e especialidade, permite inferir que existe uma norma N que faz p ser lícito em S ’.

¹⁶⁸Tradução de: “A normative system is not merely a system of utterances, but a system of norms identified by such utterances. The content of the system can be expressed by deontic (normative) propositions. The system derives its normative force from the normative (performative) utterances of norm sentences which identify the system and tie it to reality. Such utterances are the ultimate truth-makers of deontic propositions. If a normative system is regarded as a deductively closed system, it contains, in addition to the normative propositions expressed or formulated in the authoritative utterances, the logical consequences of such propositions.”

¹⁶⁹Uma distinção adicional que discuto à frente demanda diferenciar a existência de normas jurídicas que são soluções conclusivas e não-conclusivas, sendo aquelas verdadeiras e tornando falsas as soluções com elas incompatíveis. Neste caso, retoma-se o comportamento clássico.

Por questão de simplicidade, pode-se usar ‘é verdade que p é lícito em S ’ para substituir as afirmações (b) e (c) acima. Colocando em evidência o termo ‘inferir’ de (c), um trecho da citação de Hilpinen acima levanta uma questão relevante a ser discutida. Na passagem, Hilpinen diferenciou os sistemas que são fechados sob consequência lógica dos sistemas que não o são. Para explicar a distinção, Navarro e Rodrigues diferenciam dois critérios de pertencimento: o *critério da dedutibilidade* e o *critério da legalidade* [172, p. 145]:

Critério da dedutibilidade: $(N \in_D S) \text{ sse } (N \in C_D(S))$

Sendo que:

- ‘ $(N \in_D S)$ ’ equivale a ‘ N pertence a S pelo critério da dedutibilidade’;
- ‘ $C_D(S)$ ’ equivale a ‘ S é fechado sob consequência lógica’.

Critério da legalidade: $(N \in_L S) \text{ sse } (N C_L N_1)$ e há $(N C_L N_1) \text{ sse}$:

(1): $x C_L(N)$;

(2): $N_1 Ex C_L(N)$;

(3): $N_1 Ax C_L(N)$

Sendo que:

- ‘ $(N \in_L S)$ ’ equivale a ‘ N pertence a S pelo critério da legalidade’;
- ‘ $x C_L(N)$ ’ equivale a ‘ x criou N ’;
- ‘ $N_1 Ex C_L(N)$ ’ equivale a ‘ N foi criada por em acordo com N_1 ’;
- ‘ $N_1 Ax C_L(N)$ ’ equivale a ‘ N_1 autoriza ou empodera x a criar N ’.

O critério da legalidade afirma que a exigência legal para uma autoridade criar uma norma é ter uma ‘autorização’ ou ‘empoderamento’ para criar essa norma. Nesse critério, nada se diz na definição sobre a exigência de uma relação lógica entre as normas gerais e as normas individuais. Tal critério diz respeito à relação de hierarquia entre elas. Como expliquei em 2.4.4, as fontes de direito organizam-se hierarquicamente. Dentre as normas-fonte que determinam a hierarquia dessas fontes, pelo menos uma delas é *independente* e dá as condições de possibilidade de se pensar um conjunto de normas como um sistema. Trata-se da norma fundamental, a norma-fonte que determina a hierarquia das fontes de direito que contemplam todas as outras normas pertencentes *pela legalidade* a um sistema jurídico S .¹⁷⁰ Por outro lado, se o sistema jurídico S é fechado sob consequência lógica, o pertencimento de normas a S abrange também o reconhecimento de normas implícitas que se seguem logicamente de outras normas que são explicitamente formuladas. Por exemplo, na medida em que se formula uma série de normas gerais explícitas, já se deduz quais são as normas implícitas para os casos que conceitualmente, ou melhor, que logicamente se relacionam com as normas gerais. Acrescenta-se uma demanda inferencial.

A partir desses dois critérios de pertencimento, R. Caracciolo formula quatro modelos

¹⁷⁰Caracciolo afirma ainda, com razão, que é a norma independente que determina o *poder constituinte originário*, que, ao emitir uma constituição para um sistema S , subordina todas as demais fontes de direito que contemplam normas jurídicas [48, p. 51-52].

analíticos de sistemas jurídicos [48, p. 51-52]. Em notação teórico-conjuntista, Navarro e Rodrigues apresentam esses modelos elegantemente nas seguintes definições [172, p. 145]:

- (**M**₁): $(N \in S) \text{ sse } (N \in_D S)$
 (**M**₂): $(N \in S) \text{ sse } (N \in_L S)$
 (**M**₃): $(N \in S) \text{ sse } (N \in_D S) \wedge (N \in_L S)$
 (**M**₄): $(N \in S) \text{ sse } (N \in_D S) \vee (N \in_L S)$

Em **M**₁, todas as normas de *S* satisfazem o critério da dedutibilidade. Em **M**₂, todas as normas de *S* satisfazem o critério da legalidade. Em **M**₃, todas as normas de *S* satisfazem conjuntamente a legalidade e a dedutibilidade. Por fim, em **M**₄, todas as normas de *S* satisfazem ou o critério da dedutibilidade ou o da legalidade, mas não necessariamente ambos. Os critérios **M**₁ e **M**₂ acabam por deixar de lado um aspecto importante do raciocínio jurídico. Por essa razão, abaixo discuto brevemente razões para **M**₃ e **M**₄.

Navarro e Rodriguez sustentam **M**₄ como o modelo mais apropriado [172, p. 145-146]. O objetivo dos autores é mostrar que a assunção do critério da dedutibilidade como sendo disjunto do critério da legalidade permite diferenciar os conjuntos de normas aplicáveis que se apresentam em um determinado momento de um sistema jurídico *S* da dinâmica de um ordenamento jurídico, que incorpora a aplicação institucional das cortes e tribunais no desenvolvimento desse sistemas, sendo aqueles conjuntos fechados sob consequência lógica e a aplicação das normas no contexto das cortes ou tribunais não necessariamente. Em outras palavras, os autores defendem que não são todas as consequências lógicas do conjunto de normas aplicáveis aos casos possíveis que são recepcionadas na pragmática das cortes e tribunais [172, p. 237]. Ademais, outro motivo para os autores sustentarem o modelo disjunto **M**₄ é resguardar o papel do estudo doutrinário do direito ou da dogmática jurídica na sistematização do conjunto de soluções aplicáveis para casos possíveis. Trata-se do estudo que normalmente o faz sob o pressuposto do fechamento lógico [172, p. 232].

Meu objetivo, por outro lado, distingue-se do objetivo dos autores. Sustentei nesta subseção que uma distinção lógica entre criação e aplicação do direito exige que as consequências lógicas de um sistema jurídico criado sejam recepcionadas pelas cortes e tribunais. Isso se dá sob o pressuposto da autoridade do legislador em determinar e selecionar todas as normas que intencionalmente participam de um sistema jurídico *S*. Não se trata, no entanto, da ‘intenção’ psicologizada que Navarro e Rodriguez criticam [172, p. 236-239], mas de uma concepção linguística que associa a noção de ‘intenção do legislador’ como o exercício institucionalizado que opera a pré-seleção de normas nas formulações linguísticas incorporadas pelas fontes de direito. Com isso, sustento o modelo **M**₃ para representar os sistemas jurídicos. Por outro lado, Navarro e Rodrigues afirmam que **M**₃ contempla “um requerimento excessivamente forte: satisfazer conjuntamente ambos critérios para o pertencimento de cada norma no sistema.” [172, p. 145] Afirmo que esse requerimento só é excessivamente forte se pensarmos a ideia de fechamento sob consequência lógica exclu-

sivamente nos termos da consequência lógica clássica. Por isso, defendo um tratamento conjunto das consequências lógicas para-completa e para-consistente que permite acomodar os âmbitos em que o sistema jurídico é formalmente incompleto e inconsistente, i. e., onde possui lacunas e contradições. No caso, a autoridade *de jure* do conjunto de normas enquanto soluções jurídicas de um sistema S é um domínio autônomo que é interpretável a partir das fontes de direito já legisladas e que continua seu desenvolvimento nas cortes e tribunais quando estas instituições se deparam com lacunas e contradições.

Contudo, quando as normas são precisamente formuladas na pré-seleção legislativa, tal como defendi em 2.3.4, as instituições adjudicavas somente justificam juridicamente suas decisões considerando essas normas. Caso contrário, quebra-se a expectativa contrafática de legalidade naquele momento decisório, produzindo uma revisão não autorizada juridicamente do sistema jurídico. Isso quer dizer que se altera legislativamente o sistema jurídico como consequência de sua explosão. Se a corte assim o faz, colapsa-se a função legislativa com a jurisdicional e o direito torna-se meramente aquilo que *dizem as cortes e tribunais*. Destarte, retornando a discussão inicial desta subseção, para se definir quando ‘uma norma é válida em S ’, toma-se base na tese da positivação que apresentei em 2.3.4:

Tese da Positivação’ (SP_T): N determina que p é lícito ou ilícito em S se e somente se N é resultado inferencial da interpretação autorizada I limitada por FS em S .

Para a definição da ‘validade’ de uma norma, acrescento elementos da tese das fontes que discuti em toda seção 2.2 e que se relacionam com as condições de verdade dos enunciados que descrevem a existência de normas em relação a um sistema jurídico S . Ademais, acrescento na definição os critérios da dedutibilidade e da legalidade discutidos acima pelas noções de ‘pertencimento’ e de ‘inferência’, explicitando a ideia na qual, a partir de uma base de informações jurídicas cognoscíveis, infere-se uma conclusão jurídica, sendo essa operação fechada sob consequência lógica. No caso, essa base é relacionada com a noção de ‘fonte de direito’. A ‘legalidade’ é traduzida nos critérios da hierarquia, cronologia e especialidade temática que discuti em toda seção 2.4. A noção de ‘validade de uma norma’ é definida em relação a um sistema jurídico S pela identidade dos enunciados:

- (a): ‘ N é uma norma válida em S ’;
- (b): ‘ N existe em S ’;
- (c): ‘ N pertence a S ’;
- (d): ‘ N é uma solução inferida das fontes de direito de S , respeitados os critérios da hierarquia, cronologia e especialidade temática.’

Essa noção de ‘norma válida’ (1) respeita a *exigência da pureza*, permitindo ao intérprete autorizado das fontes de direito apreender as normas existentes ou pertencentes a um sistema jurídico S sem recurso a elementos axiológicos e ideológicos; (2) sustenta a conjunção

dos critérios da dedutibilidade e da legalidade, própria do modelo M_4 que apresentei acima; (3) depura da concepção de validade o elemento kantiano do ‘dever de obediência’ presente na definição de Kelsen e que aproxima seu ‘positivismo’ de um ‘quase-positivismo’. O entendimento das modalidades do ‘lícito’ e ‘ilícito’ torna-se uma concepção relacional e analítica que se extrai exclusivamente dos atos interpretados como produzindo direito em um sistema jurídico S , dado o limite da independência da norma fundamental ou fundamental que se pressupõe analiticamente como fornecendo a S a sua unidade sistemática.

3.3.2 Duas noções de ‘lícito’ e o problema das lacunas e contradições

No início da subseção anterior, afirmei que a principal dificuldade de sustentar um isomorfismo entre a noção de normas e de enunciados sobre normas (ou proposições normativas) reside em uma diferença do comportamento da negação no caso das normas e da negação no caso dos enunciados sobre as normas. Isso se dá porque a noção de norma que é intuitivamente usada em linguagem natural não é idêntica à noção de proposição normativa, que é técnica. Para a tese que defendo neste trabalho, que foi inicialmente formulada por Alchourrón e Bulygin em *Normative Systems*, quando se introduz uma concepção lógica, normas deixam de ser meramente o *significado* (*meaning*) de uma formulação deôntico-jurídica. Como explicam *Navarro e Rodrigues*, nessa concepção, as normas tornam-se *entidades linguísticas reconstruídas sob uma certa interpretação* [172, p. 69, nota 110]. Essa teoria é uma variação sofisticada da *concepção cognitivista ou semântica* de normas.¹⁷¹ Alchourrón e Bulygin defendem a ideia na qual o propósito de uma teoria do direito é ser capaz de promover a reconstrução racional de um sistema jurídico [5, p. 7]. Essa é uma noção que os autores extraem da teoria das explicações de R. Carnap. Segundo Carnap:

Por *explicar*, entendemos a transformação de um conceito inexato e pré-científico, o *explicandum*, em um conceito exato, o *explicatum*. O explicatum deve atender aos requisitos de similaridade com o explicandum, a exatidão, a fecundidade e a simplicidade.¹⁷² [49, p. 1]

A ideia da ‘explicação’ enquanto ‘reconstrução racional’ é assegurar que uma teoria elimine de um conceito suas ambiguidades, dando-lhe exatidão, e colocando-o de forma econômica, i. e., o mais simplificado possível, mas sem deixar de considerar a sua fecundidade ou capacidade para servir ao seu âmbito ou contexto de aplicação. Uma teoria do direito que apresenta um conjunto de enunciados jurídicos disponível aos juízes contempla não apenas um elemento descritivo. Uma vez que é uma *reconstrução racional*, a teoria

¹⁷¹A concepção semântica ou hilética contrapõe-se à concepção expressiva ou pragmática. Trata-se de um outro nome para a diferença entre cognitivismo e não-cognitivismo sobre normas que discuti em 2.3.3, 3.2.4 e 3.2.5. Para mais, cf. [104].

¹⁷²Tradução e adaptação de: “By an explication we understand the transformation of an inexact, prescientific concept, the explicandum, into an exact concept, the explicatum. The explicatum must fulfill the requirements of similarity to the explicandum, exactness, fruitfulness, and simplicity.”

acrescenta um ingrediente lógico-normativo, tratando as inferências autorizadas por um sistema jurídico S como fechadas sob consequência lógica. No entanto, uma reconstrução racional não elimina, em princípio, as contradições e lacunas decorrentes de formulações imprecisas adotadas pelo legislador. Mas apenas aquelas que buscam acrescentar modalidades não-jurídicas, como é o caso das modalidades morais, onde o legislador precisamente estabeleceu uma norma jurídica. Se os enunciados que são pré-seleções de normas são precisos para justificar uma decisão em um caso, fala-se que a soluções para os casos em que são aplicáveis já 'foram decididas' pelo legislador. Se são imprecisos, as soluções ainda 'não foram decididas', demandando seu desenvolvimento pelo julgador. Para a teoria do direito desta dissertação, proponho o isomorfismo entre a lógica das normas e a lógica das proposições normativas, fornecendo uma teoria dos enunciados jurídicos que descreve soluções já pré-decididas e ainda não decididas no contexto jurisdicional que as aplica.

Na lógica clássica, a negação da negação de um enunciado implica o próprio enunciado. Trata-se da inferência decorrente da eliminação da dupla negação, a qual enuncia que:

$$\text{(EDN): } \neg\neg\alpha \vdash \alpha$$

Se a lógica das modalidades jurídicas é clássica, há a eliminação dupla negação jurídica:

$$\text{(EDN}_J\text{): } \neg\neg L\alpha \vdash L\alpha$$

Substituindo ' $\neg Lp\alpha$ ' por $I\alpha$ tal como na definição acima, obtém-se:

$$\text{(EDN}_J'\text{): } \neg I\alpha \vdash L\alpha$$

Essa inferência formaliza o seguinte brocardo jurídico (modificado):¹⁷³

$$\text{(BJ}_{M1}\text{): } \text{Tudo aquilo que não é ilícito é lícito.}$$

Uma máxima ou brocardo oposto afirma que:

$$\text{(BJ}_{M2}\text{): } \text{Tudo aquilo que não é lícito é ilícito.}$$

Intuitivamente, os brocardos acima aparentam expressar duas ideias que assumem uma noção unificada das modalidades do lícito e ilícito. No entanto, de um ponto de vista tradicionalmente adotado no direito, as noções subjacentes aos brocardos são reinterpretadas quando aplicáveis e direcionáveis a contextos e agentes distintos. Como explicou J. Laws, "para o cidadão individual, tudo o que não é ilícito é lícito; mas para os órgãos públicos, e notadamente o governo, tudo o que não é lícito é ilícito."¹⁷⁴ [144, p. 368] Interpretando a passagem, a *ausência de proibição* de uma conduta p nas fontes de direito

¹⁷³Na formulação mais conhecida, utiliza-se as modalidades do 'proibido' e 'permitido'. Adaptei para as modalidades jurídicas deste trabalho, respeitando a autonomia normativa dos sistemas jurídicos.

¹⁷⁴Tradução e adaptação de: "For the individual citizen, everything which is not forbidden is allowed; but for public bodies, and notably government, everything which is not allowed is forbidden." Assim como na versão da máxima que adotei, optei por traduzir '*allowed*' e '*forbidden*' por 'lícito' e 'ilícito', mantendo a coerência dos termos e modalidades jurídicas que adoto neste trabalho.

de um sistema jurídico S implica, para o cidadão, que é lícito desempenhar p em S . Em relação às autoridades públicas de S , somente há uma justificativa para desempenharem p se explicitamente existir uma fonte de direito que torna p uma conduta lícita em S . J. Laws explica que “no caso da autoridade público, a segunda proposição determina que toda decisão que tomar deve ser autorizada nos termos de um poder jurídico positivo que lhe seja conferido, cujos limites não deve transgredir.”¹⁷⁵ [144, p. 368].

No primeiro caso, capturando a ideia que J. Laws intuitivamente apresentou, quando se tem um fechamento clássico do sistema jurídico por BJ_{M1} , elimina-se a dupla negação jurídica, tornando a máxima tautológica. Isso porque se assume que Ip e $\neg Lp$ são equivalentes e que $\neg\neg Lp$ acarreta Lp , independentemente de Lp estar positivamente expresso no sistema jurídico S . No segundo caso, no entanto, em relação a BJ_{M2} , não se substitui (classicamente) $\neg Lp$ por Ip ao aplicar essa máxima para regulamentar a agência das autoridades públicas. No caso, exige-se que exista a licitude expressa em S para o agente público justificar a sua ação, mesmo diante da ausência de uma proibição expressa para a mesma ação em S . No entanto, mesmo que se tenha originalmente tratado essa distinção para os brocardos no âmbito privado e público, pode-se generalizar a distinção subjacente aos brocardos BJ_{M1} e BJ_{M2} . Em conformidade com os desenvolvimentos apresentados em *Normative Systems* por Alchourrón e Bulygin e visando uma generalização da noção de ‘licitude’ para eliminar ambiguidades inerentes ao conceito, diferencio as noções de ‘lícito em sentido fraco’ (ou ‘negativo’) e ‘lícito em sentido forte’ (ou ‘positivo’) [5, p. 121–122]. Por um lado, p é lícito em sentido fraco em S se não existir qualquer norma obtida pela interpretação das fontes de direito de um sistema jurídico S que torna p ilícito. Por outro, p é lícito em sentido forte em S apenas se existir uma norma em S que expressamente torna p lícito. Adaptando os conceitos formulados em Navarro e Rodriguez [172, p. 80] para a modalidades deônticas gerais, apresento as seguintes definições para a ‘licitude’:

Licitude fraca ou negativa: $L^- sp =_{df} Ip \notin S$

Licitude forte ou positiva: $L^+ sp =_{df} \neg Ip \in S =_{df} Lp \in S$

Quando se estabelece o *status jurídico* de uma determinada conduta, esse *status* sempre é relativo a um sistema jurídico específico. Fala-se, p. ex.: ‘Em acordo com o sistema jurídico brasileiro, é o caso que é ilícito deixar de pagar o imposto de renda quando legitimamente cobrado’. O enunciado ‘Em acordo com o sistema jurídico S , ...’ pode ser indexado aos operadores do lícito (L_S) e do ilícito (I_S). Na concepção endossada por Alchourrón e Bulygin, os enunciados à direita das definições que apresentei acima, os quais descrevem se uma norma pertence ou não a um sistema jurídico, são o enunciados jurídicos que expressam *proposições normativas* [5, p. 121] e descrevem o *status jurídico* relativo de uma conduta. São reconstruções descritivas de normas jurídicas que permitem ao

¹⁷⁵Tradução de: “in the case of the public authority, the second proposition dictates that every decision it takes must be authorised by the terms of a positive legal power conferred upon it, whose limits it must not transgress.”

intérprete avaliar qual é o *status jurídico* de uma conduta p em S . No entanto, os autores constataram uma dificuldade em sustentar o isomorfismo entre as proposições descritivas de normas jurídicas e as normas jurídicas. Sintaticamente, as normas são interdefiníveis, mas as proposições normativas, como se viu acima, contemplam dois significados para a modalidade do ‘lícito’, um em que basta a ausência de ilicitudes em relação a uma conduta p para ela ser lícita e outro que demanda uma autorização expressa para a conduta ser lícita, i . e., uma norma que pertença a S e que dá a p o *status de lícito*.

Apesar de defenderem a possibilidade de uma reconstrução da lógica das normas à luz da lógica das proposições normativas em *Normative Systems* e, portanto, tratar as normas como capazes de serem verdadeiras ou falsas em uma determinada interpretação, em outras ocasiões Alchourrón e Bulygin adotaram uma concepção expressiva ou não-cognitivista das normas, tratando estas como entidades inaptas a possuírem valor de verdade [6, 7].¹⁷⁶ Defendo que uma razão para essa cisão é que a lógica clássica não é capaz de diferenciar a noção de licitude fraca e licitude forte enquanto licitude não-conclusiva e licitude conclusiva. A ideia captura as noções de ‘não está decidido’ e ‘está decidido’ que apresentei intuitivamente em relação a pré-seleções que ocorrem em contextos legislativos.

Em um sistema jurídico S reconstruído exclusivamente sob a teoria clássica da consequência lógica, vale o princípio do terceiro excluído para qualquer enunciado de S . S , nesse caso, em acordo com a definição de Navarro e Rodrigues é um *sistema normativamente completo* [172, p. 28]. Adaptando a definição de Alchourrón e Bulygin, enuncia-se:

Princípio da completude normativa: Qualquer sistema S de normas jurídicas é normativamente completo, se é verdade que, para todos os valores das variáveis, ou uma norma para o efeito que $L(p/q)$ ou uma norma para o efeito que $I(p/q)$ pertence ao sistema.¹⁷⁷ [5, p. 118]

O termo subsentencial ‘ $-(p/q)$ ’ representa uma norma hipotética. Expliquei brevemente em 3.2.4 que normas são hipotéticas (condicionadas) ou categóricas (incondicionadas). P. ex., a norma ‘não matará!’ é categórica e indica que é sempre ilícito matar. A norma ‘pague o tributo d na circunstância q ’ é hipotética e afirma que, dada a circunstância q , é ilícito não pagar d . No caso, poderia ser representada como ‘ $q \rightarrow (I-d)$ ’ ou, na forma da definição acima, por ‘ $I(-d/q)$ ’. Abstraindo da diferença entre normas categóricas e hipotéticas com a metavarável α , o princípio do fechamento dedutivo conecta-se com o princípio do terceiro excluído. A versão jurídica do terceiro excluído enuncia:

¹⁷⁶Para outra formalização da lógica deontica que endossa a concepção expressiva de normas e aprofunda a diferença entre a lógica das normas e a lógica das proposições normativas, cf. [172, p. 75–91].

¹⁷⁷Trata-se de uma adaptação da definição: “Any system S of norms is therefore closed, of which it holds true that, for all values of the variables, either a norm to the effect that $P(p/q)$ or a norm to the effect that $O(-p/q)$ belongs to the system.” Os autores adotam o termo ‘*closed*’. Mas dada a conexão desse princípio com o terceiro excluído, assim como Navarro e Rodriguez [172, p. 28], optei por adotar o termo ‘completo’. Além disso, substituí o termo geral ‘normas’ pelo termo específico ‘normas jurídicas’. Por fim, dada a equivalência que apresentei entre o esquema binário lícito/ilícito e o esquema ternário do EDT, substituí ‘ $P(p/q)$ ’ por ‘ $L(p/q)$ ’ e ‘ $O(-p/q)$ ’ por ‘ $I(p/q)$ ’.

(TEX_J):¹⁷⁸ $\vdash L\alpha \vee I\alpha$

Contudo, ainda há a diferença lógica entre as concepções de licitude fraca e licitude forte. Do ponto de vista da lógica dos enunciados jurídicos, um sistema jurídico S só pode ser completo se existir, para cada circunstância q , uma norma que atribua um *status jurídico* positivo L^+_S ou I_S para toda consequência p que se segue de q . No caso, toda circunstância será regulamentada positivamente e não apenas em sentido fraco. Apenas se o legislador humano tivesse as propriedades de Deus, i. e., ser onisciente e onividente, ele poderia prever todas as circunstâncias possíveis e regulamentar qualquer qual a consequência jurídica de qualquer ocorrência. Isso seria, no entanto, paradoxal. Afinal, existe um momento anterior e posterior à existência de uma regulamentação. Somente um cenário *fatalista* seria capaz de manter as coisas como previstas ao antecipar reações dos destinatários das normas e as consequências após a existência dessas normas.

Deixando a especulação metafísica de lado, legisladores humanos não são deuses e a dinâmica social apresenta circunstâncias não previstas por eles. Isso força, onde vale a vedação do non-liquet apresentada em 2.1.4 e a concepção fundacionalista moderada da justificação das decisões judiciais que defendi em 2.3.5, os juízes a atuarem como legisladores residuais desenvolvendo (com *autorização de jure*) as fontes de direito de S e as tornando aplicáveis para circunstâncias não previstas pelo legislador típico. Apenas no contexto que S contempla todas as soluções positivas para os conflitos apresentados nos tribunais que se fala de um sistema completo. Apresentando algumas conclusões mais técnicas do que a discussão conceitual que empreendi, Alchourrón e Bulygin mostraram que a completude é uma propriedade contingente dos sistemas jurídicos [5, p. 175-178].

Ademais, na lógica clássica vale o princípio da explosão. Alchourrón mostrou que em um sistema jurídico S inconsistente, i. e., que contém normas contraditórias, afirma-se que todas as ações ou omissões podem se tornar simultaneamente requeridas, tornando racionalmente impossível cumprir e justificar comandos jurídicos [3, p. 425]. Se é o caso que se justifica juridicamente qualquer atitude diante de uma contradição, qualquer ação pode se tornar lícita, impossibilitando que autoridades sociais possuam um critério racional para organizar as condutas dos destinatários de S . Assim, a versão jurídica do *princípio da explosão*, apresentado para CS em 3.1.3 e LPO em 3.1.5, enuncia:

(EXP_J): $L\alpha, I\alpha \vdash L\beta$

A bibliografia sobre a explosão deontica costuma assumir que se aplica o princípio diante de dilemas de obrigações ou proibições, p. ex. ' $I\alpha, I\neg\alpha \vdash I\beta$ '.¹⁷⁹ Como se viu no quadrado de oposições, as fórmulas I_p e $I\neg p$ são contrárias, não podendo ser ambas

¹⁷⁸Sem diferenciar a licitude fraca da forte, poderia ser formulada como: $\vdash L\alpha \vee \neg L\alpha$.

¹⁷⁹A versão da explosão apresentada em [96, 165] é baseada no dilema de obrigações e enuncia que 'se uma obrigação e sua negação valem simultaneamente, tudo é obrigatório'. Simbolicamente, enuncia-se que: $O\alpha, O\neg\alpha \vdash O\beta$.

verdadeiras, mas ainda possível que ambas sejam falsas. A eliminação de contradições na lógica clássica, para evitar a trivialização ou explosão, dado o princípio da não contradição, é a circunstância na qual se uma das afirmações é verdadeira, a outra deve ser falsa de forma que o sistema não seja trivial. Dado o quadrado de oposições de enunciados jurídicos, uma versão do P_{EXJ} baseia-se na ideia na qual o dilema normativo de um sistema jurídico decorre da identificação de uma licitude que contradiz uma ilicitude ($Lp \wedge Ip$).¹⁸⁰ Intuitivamente: para contextos de classicalidade em um sistema jurídico S , se uma mesma ação é simultaneamente lícita e ilícita, qualquer ação pode ser justificada como lícita.

Em um sistema jurídico S completo e consistente, O. Weinberger explica que “não é necessário distinguir entre a ‘permissão explícita’ e a chamada ‘permissão fraca’, que é verdadeira para todos os estados de coisas que não são proibidos.”¹⁸¹ [271, p. 232] Se S é completo, então a atividade legislativa atribuiu positivamente um *status jurídico* para qualquer circunstância ou ação p . Por outro lado, se S é consistente, então atribuiu um e somente um entre dois *status jurídicos* contraditórios a uma mesma ação ou circunstância p . Se completo e consistente, S passa a operar classicamente e não se pode mais afirmar contraditoriamente, em acordo com as fontes de direito de S , que uma mesma conduta p é simultaneamente lícita e ilícita em S , sob o risco de trivializar a juridicidade de S .

3.3.3 Limites da lógica deôntica padrão

Uma versão axiomática da lógica deôntica padrão que é uma extensão da lógica clássica pode ser obtida paralelamente ao sistema modal KD.¹⁸² No sistema K, além dos axiomas do cálculo proposicional clássico (CS), vale o esquema da distribuição $\Box(\alpha \rightarrow \beta) \rightarrow (\Box\alpha \rightarrow \Box\beta)$ e o fechamento sob a regra do *modus ponens*. Para se obter KD a partir de K, acrescenta-se ao esquema de axiomas de K o axioma D que afirma que:

$$(A_D): \Box\alpha \rightarrow \Diamond\alpha$$

KD é um sistema modal normal. Sua versão deôntica estabelece que [172, p. 29]

- (A₁): Todas as tautologias de CS.
- (A₂): $O(\alpha \rightarrow \beta) \rightarrow (O\alpha \rightarrow O\beta)$ (OK)
- (A₃): $O\alpha \rightarrow \neg O\neg\alpha$ (OD)

(RI₁): A partir de α e de $\alpha \rightarrow \beta$ conclua β .

(RI₂): A partir de α , conclua $O\alpha$.

A versão jurídica da lógica deôntica padrão, tomando as modalidades do lícito e ilícito introduzidas na subseção 3.2.2, estabelece que:

¹⁸⁰Na definição de G. H. von Wright, para se constatar um dilema deôntico em um sistema normativo basta a identificação de uma permissão que contradiz uma obrigação ($Or \wedge P\neg r$) [260, p. 144].

¹⁸¹Tradução de: “it is not necessary to distinguish between ”explicit permission,” and so-called “weak permission” which is true of all states of affairs which are not forbidden.”

¹⁸²O sistema KD é uma extensão do sistema K apresentado por Kanger em [128].

(**A**₁): Todas as tautologias de CS e de LPO.

(**A**_{I2}): $I(\alpha \rightarrow \beta) \rightarrow (I\alpha \rightarrow I\beta)$ (IK)

(**A**_{I3}): $I\alpha \rightarrow \neg I\neg\alpha$ (ID)

(**RI**_{I1}): A partir de α e de $\alpha \rightarrow \beta$ conclua β .

(**RI**_{I2}): A partir de α , conclua $I\neg\alpha$.

Para capturar a semântica própria dos enunciados deônticos, evitando a falácia naturalista que discuti em 3.2.1, a relação de acessibilidade a um mundo deonticamente possível não equivale à relação de acessibilidade a um mundo aleleticamente possível. Em relação aos enunciados obrigacionais da lógica deôntica padrão, quando se afirma que $O(p \rightarrow q)$ e Op são verdadeiros no mundo atual, isso quer dizer que, em qualquer mundo deonticamente acessível a partir do mundo atual, ambos $p \rightarrow q$ e p são verdadeiros [172, p. 30]. Por outro lado, em relação à versão jurídica da lógica deôntica padrão, afirma-se que, se $I(p \rightarrow q)$ e Ip são verdadeiros no mundo atual, então, para todo mundo juridicamente acessível do mundo atual, as fórmulas $p \wedge \neg q$ e $\neg p$ são verdadeiras. Para Pp exige-se pelo menos um mundo deonticamente acessível a partir do mundo atual em que p é verdadeiro. Da mesma forma, para Lp , exige-se pelo menos um mundo juridicamente acessível a partir do mundo atual em que p é verdadeiro. Enquanto na lógica deôntica padrão obtém-se:

(**A**₄): $Op \rightarrow Pp$

Na versão jurídica dessa lógica, obtém-se o axioma:

(**A**_{I4}): $Ip \rightarrow \neg Lp$

Assim, para diferenciar a noção de acessibilidade alética R da noção de acessibilidade deôntica D, a semântica dos enunciados deônticos pode ser definida como:

$\nu_w(Pp) = T$ sse $\exists w' \in W$ tal que $(wDw' \wedge \nu_w(p, w') = T)$

$\nu_w(Op) = T$ sse $\forall w' \in W$ tal que $(wDw' \wedge \nu_w(p, w') = T)$

$\nu_w(Fp) = T$ sse $\forall w' \in W$ tal que $(wDw' \wedge \nu_w(\neg p, w') = T)$

Nas funções acima, para ' wDw' ', w satisfaz a relação de acessibilidade deôntica S em relação a w' . Por exemplo, fala-se que p é obrigatório em S se e somente se para todo mundo w' deonticamente acessível a partir do mundo atual w , p é verdadeiro. Da mesma forma, fala-se que p é permitido em S se e somente se existe pelo menos um mundo w' deonticamente acessível do mundo w atual em que p é verdadeiro.¹⁸³ Similarmente, trocando a acessibilidade deôntica D pela acessibilidade jurídica J , estabelece-se que:

¹⁸³Outras semânticas podem ser apresentados a partir de restrições à acessibilidade deôntica em KD, como os sistemas S4 ou S5 [172, p. 31]. Uma investigação mais elaborada está para além da investigação conceitual desta subseção. O leitor interessado em questões mais técnicas de algum sistema dedutivo específico em relação às restrições da acessibilidade deôntica pode consultar os dez diferentes sistemas dedutivos deônticos apresentados por Åqvist [21].

$$\begin{aligned}\nu_w(Lp) &= T \text{ sse } \exists w' \in W \text{ tal que } (wJw' \wedge \nu_w(p, w') = T) \\ \nu_w(Ip) &= T \text{ sse } \forall w' \in W \text{ tal que } (wJw' \wedge \nu_w(\neg p, w') = T)\end{aligned}$$

A acessibilidade jurídica de um enunciado é meta-definida pela noção de positavação:

(**SP_T'**): N determina que p é lícito ou ilícito em S se e somente se N é resultado inferencial da interpretação autorizada I limitada por FS em S .

Assim, dada a tese acima, assume-se que, em relação a um sistema jurídico S , o mundo possível de ocorrências pré-selecionadas no contexto da atividade legislativa é juridicamente acessível a partir do mundo atual por meio da interpretação autorizada (que *identifica* essa pré-seleção de normas) em acordo com as fontes de direito de S . Afirma-se apenas que, uma vez que a função legislativa opera em um sistema jurídico S , o legislador seleciona um *status* para uma determinada ação criando um mundo esperado contrafaticamente em S e que é inferencialmente acessível das fontes de direito de S .

J. Hintikka apresentou uma comparação dos mundos deonticamente acessíveis com a noção kantiana de *reino dos fins*, que seria um *mundo deonticamente perfeito* onde a seleção dos fins levaria idealmente a um único mundo estruturado por um princípio moral unificador como o imperativo categórico [116, p. 73]. No caso da abordagem padrão, o mundo deonticamente perfeito, *o reino dos fins*, que é mediado pela ideia subjacente do imperativo categórico kantiano, estende a lógica padrão para abranger enunciados do tipo $O(Op)$, eliminando do ponto de vista deontico os mundos possíveis que tornam a ação $\neg p$ uma ação permitida. O reino dos fins torna-se um mundo reflexivo que determina sobre o mundo atual qual dentre os mundos deonticamente acessíveis deve ser obrigatório. Este seria um mundo deonticamente perfeito. Nesse esquema, não é possível pensar nenhum mundo possível w' , a partir do mundo atual w , em que p não seja deonticamente acessível com o *status* de uma obrigação. Para o caso do direito, a noção de *mundo juridicamente perfeito* é relativa apenas aos limites um sistema jurídico específico. Os limites dessa acessibilidade são reconstruídos pelos limites da fonte de direito de maior hierarquia. No caso, trata-se da constituição de um sistema jurídico S . Normas-fonte constitucionais definem reflexivamente aquilo que é lícito ou ilícito tornar lícito ou ilícito. No nível reflexivo constitucional, afirma-se, p. ex., que $I(Lp)$. Trata-se de afirmar que a pré-seleção decidida pelo legislador constitucional não permite que exista algum mundo juridicamente possível em que p tenha o *status* de lícito. O legislador infra-constitucional não tem autoridade *de jure* para criar uma norma (contra a constituição) que torna lícito p .

Dito isso, como a teoria da consequência lógica subjacente é clássica, a lógica deontica padrão valida o princípio da explosão. von Wright interpreta filosoficamente essa lógica padrão como fornecendo os *princípios da produção normativa racional* enquanto produção normativa consistente [261]. Ele entende ser útil pensar como uma *ficção*

o conjunto de normas pertencentes ao mesmo código, ordenamento normativo, ou sistema, como normas procedentes de uma 'vontade' de que algumas de-

terminadas coisas sejam o caso e outras determinadas coisas sejam toleradas. Resulta natural tomar como critério de racionalidade dessa ‘vontade’ que o estado de coisas total ‘intencionado’ seja (pelo menos) logicamente possível.¹⁸⁴ [260, p. 149]

E complementa afirmando que

Se não existir nenhuma fonte, como uma vontade, que dará a unidade a um conjunto de normas, parece que não se poderia decidir porque razão os conteúdos das normas devem ser mutuamente consistentes ao invés de se contradizerem.¹⁸⁵ [260, p. 149]

O problema, no entanto, discutido em diversas passagens deste trabalho, é que essa concepção padrão de lógica deôntica, que é fechada sob a consequência lógica clássica, não seria adequada para reconstruir as circunstâncias em que os juízes deparam-se com contradições que surgem ao se identificar formulações nas fontes de direito que propulsionam divergências interpretativas. P. ex., imagine um sistema jurídico S que contempla as seguintes normas com a mesma hierarquia e promulgadas na mesma ocasião:

N1: É ilícito cobrar o imposto de importação sobre livros.

N2: É lícito cobrar o imposto de importação sobre colecionáveis.

Formalmente, as expressões poderiam ser formuladas como:

(N1): $\forall x(Bx \rightarrow ITx)$

(N2): $\forall x(Cx \rightarrow LTx)$

No caso, B predica a x a propriedade ‘ser um livro’ e C predica a x a propriedade ‘ser um colecionável’. Tx é a possibilidade de ‘cobrar o imposto de importação quando se importa x ’. Ambas as normas pertencem à mesma fonte de direito de S , sendo a noção de licitude a noção forte. Suponha a seguinte situação. Lucas decide importar um quadrinho japonês. Mas não há uma definição para ‘quadrinhos japoneses’ ou ‘mangás’ em S . Lucas entende que, por ser um tipo de livro, no caso, um *comic book*, não se cobra o imposto de importação sobre mangás. Lucas decide, então, importar um volume do mangá *Demon Slayer*. Quando o produto chega para Lucas, ele recebe a notícia que foi tributado sobre esse produto o imposto de importação. O fisco argumenta que se trata de um colecionável. O caso foi parar nas cortes e tribunais de S . O julgador identifica tanto N1 quanto N2

¹⁸⁴Tradução de: “a set of norms belonging, to the same code, or normative order, or system as emanating from a ‘will’ that certain things be the case and certain other things tolerated. It is natural to, make it a criterion of the rationality of such a ‘will’ that the ‘willed’ total state of affairs be (at least) logically possible.”

¹⁸⁵Tradução de: “If there existed no source, like a will, for the unity of a set of norms there would be no reason, it seems, why the contents of norms should be mutually consistent rather than contradict each other.”

a partir das fontes de direito de S . No entanto, não existe nenhuma fonte que prevê, para o caso dos mangás, uma regulamentação específica. De fato, os mangás são tanto uma espécie de livro quanto um tipo de colecionável. Antes da decisão do juiz, ele se depara com a seguinte situação: sobre os mangás, é lícito e não é lícito cobrar o imposto de importação. Se o fechamento fosse clássico, valeria o princípio da explosão, onde:

$$(\mathbf{PEX}_J): L\alpha, \neg L\alpha \vdash L\beta$$

A circunstância poderia ser vista também como um tipo de lacuna epistêmica do sistema jurídico S . Uma vez que o legislador não é onisciente de todas as possíveis aplicações das normas e nem de todas circunstâncias sociais, não especificou a aplicação da norma sobre o tributo de importação para cada tipo de objeto que pudesse se enquadrar em uma ou outra categoria, no caso, como livro ou como colecionável. Assim, não se pode afirmar positivamente que é lícito cobrar ou não é lícito cobrar o imposto de importação sobre mangás. Em ambos os casos não se identifica como verdadeiras as expressões ‘é lícito cobrar o imposto de importação sobre mangás’ ou ‘é ilícito cobrar o imposto de importação sobre mangás’. Mas a vedação do non-liquet que discuti em 2.1.4 determina:

VNL: é ilícito um julgador deixar de julgar um caso sob alegação de lacunas ou contradições nas fontes de direito.

Assim, a decisão deve ser justificada e considerar o material já disponível nas fontes de direito. Isso quer dizer que um juiz pode atuar legislativamente diante de lacunas, mas não pode criar, em casos contradições, uma norma que, diante dessas contradições, justifica qualquer decisão que tomar. P. ex., o fato de se considerar um ‘mangá’ ou qualquer ‘revista em quadrinhos’, ainda que não conclusivamente, como sendo livro e colecionável, não permite que o juiz crie um imposto novo apenas para tributar os objetos. Ou o juiz elimina a norma que trata o ‘mangá’ como livro, permitindo sua tributação enquanto colecionável; ou o juiz elimina a norma que trata o ‘mangá’ como colecionável, não permitindo sua tributação enquanto livro. *Prima facie*, a interpretação epistêmica do conceito de ‘mangá’ inclui duas categorias que produzem normas contraditórias. Uma vez que os argumentos das partes relacionadas com o caso levantou a discussão sobre a *contradição* e não a *lacuna*, o juiz, restrito aos argumentos das partes, precisa resolver o problema da eliminação parcial de uma das normas como aplicável ao caso, impedindo a trivialização do sistema. Destarte, essa demanda de justificação não valida \mathbf{PEX}_J para os casos de conflitos de normas em razão de contradições. De um ponto de vista dinâmico, o juiz, para resolver esse caso, realiza a seguinte operação que defini em 2.4.3:

Derrogação: contração de um sistema jurídico S com a exclusão parcial das formulações normativas de uma fonte de direito FS , desautorizando inferências anteriormente autorizadas por FS de normas N em S relativas às formulações normativas excluídas, obedecendo o critério hierárquico.

Diante dessa operação e assumindo que o juiz busca produzir uma justificação conforme as fontes de direito, o que se terá é uma situação ‘ainda não decidida’ antes da decisão jurídica e ‘já decidida’ após a decisão jurídica, sendo que esta cria um novo precedente para casos futuros lidarem com a importação de *mangás*. Supondo que o juiz decidiu por categorizar os mangás como livros, a situação ficaria da seguinte forma:

Antes da decisão:

(N3): presume-se ilícito o imposto de importação sobre mangás enquanto livros.

(N4): presume-se lícito o imposto de importação sobre mangás enquanto colecionáveis.

Após a decisão:

(N3o): está decidido que é ilícito o imposto de importação sobre mangás enquanto livros.¹⁸⁶

Independentemente da justificação moral adotada pelo juiz, importa que ele partiu do conteúdo autorizado pelo legislador e que, diante da contradição, não produziu uma decisão trivial e que não fosse, em princípio, juridicamente possível. Esse desenvolvimento ordenado e institucionalizado, que respeita as prerrogativas das funções legislativa e jurisdicional, colapsando essas duas apenas em contextos de contradições e lacunas, demanda uma lógica que reconhece as lacunas e a exigência de acrescentar normas, mas também elimina os excessos ocasionados por contradições sem trivializar o sistema. Neste caso, o juiz apenas opera pela eliminação de normas contraditórias. No caso em tela, operou-se a *derrogação*, mas se duas normas fossem completamente contraditórias, caberia uma *ab-rogação*. Por exemplo, caberia a ab-rogação se se afirmasse que, para todos os casos, é lícito e ilícito o imposto de importação sobre produtos de informática. Situações como esta são raras, mas são conceitualmente possíveis. Nesse sentido, Bulygin afirmou que:

a criação judicial do direito ocorre tanto nos casos de lacunas normativas quanto nos de conflitos de normas... quando existem normas gerais que correlacionam um caso genérico com duas ou mais soluções incompatíveis, o caso individual não pode ser resolvido pelo juiz sem modificar as normas existentes. A técnica normalmente utilizada pelos juízes consiste em estabelecer uma ordem hierárquica entre as normas em conflito e não aplicar a norma menos importante. Essa operação equivale tanto à revogação parcial de uma das normas em conflito (pela introdução de uma exceção nela), quanto à sua revogação total. Mas a revogação (total ou parcial) de normas faz parte da atividade

¹⁸⁶Nomeei a norma conclusiva de ‘N3o’ já indicando o operador de classicalidade ‘o’ que discutirei ao introduzir aspectos da Lógica da Jurisdição Racional em 3.3.5.

tipicamente legislativa, que a doutrina tradicional atribui exclusivamente aos legisladores.¹⁸⁷ [44, p. 25]

Trata-se do exercício da jurisdição racional em que, mesmo se o legislador primário não eliminar contradições, o julgador, para dar uma solução conclusiva, precisa exercer a sua eliminação parcial por meio de uma atitude legislativa residual. Essa problemática levanta a questão da natureza das contradições no direito. Investigo essa problemática a seguir.

3.3.4 A natureza epistêmica das contradições no direito

As normas jurídicas de um sistema jurídico *S* somente cumprem sua função de determinar o *status jurídico* de determinadas ações se são capazes de fornecer justificativas para o raciocínio jurídico. Nesse caso, uma vez que o raciocínio jurídico baseia-se nas fontes de direito para aplicar normas jurídicas, exige-se que essas normas funcionem como soluções conclusivas para justificar a decisão que nelas se baseia. Quando um juiz se depara com lacunas e contradições, uma problemática emerge para ele. A vedação do non-liquet exige que o juiz cumpra residualmente determinadas funções legislativas para dar continuidade ao desenvolvimento das fontes de direito de tal forma que as normas que possam ser derivadas dessas fontes funcionem como soluções que justificam a decisão jurídica nos casos aplicáveis. No entanto, uma última questão que se coloca neste trabalho é: é possível afirmar que normas contraditórias que não servem conclusivamente como soluções têm *verdadeiramente* o *status* de jurídicas e podem ser ambas descritas dessa maneira?

Tal como expliquei brevemente ao final das subseções 3.1.3 e 3.1.5, G. Priest introduziu no estudo dos sistemas jurídicos a noção de *dialetheia jurídica*. Para caracterizar uma *dialetheia jurídica*, i. e., enunciados verdadeiros que identificam normas contraditórias válidas em um sistema jurídico, Priest tem ciência que a aplicação dos critérios dogmáticos que discuti em 2.4 elimina os âmbitos em que essas contradições são aparentes. Ele afirma:

Em virtude do processo de interpretação da lei, a própria lei, em oposição à declaração literal da lei, deve ser considerada como tendo cláusulas de exceção que operam sob condições que, de outra forma, produziriam inconsistência, de forma a impedi-la. Há uma série de maneiras pelas quais podemos entender essa ideia. Por exemplo, nem todas as leis têm o mesmo grau. As leis vão em ordem crescente de força do direito consuetudinário, passando pela

¹⁸⁷Tradução de: “la creación judicial del derecho se produce tanto en los casos de lagunas normativas como en los de conflictos de normas... cuando hay normas generales que correlacionan un caso genérico con dos o más soluciones incompatibles, el caso individual no puede ser resuelto por el juez sin modificar las normas existentes. La técnica usada normalmente por los jueces consiste en establecer un orden jerárquico entre las normas en conflicto y en no aplicar la norma menos importante. Esta operación equivale o bien a una derogación parcial de una de las normas en conflicto (al introducir en ella una excepción), o bien a su derogación total.¹⁸ Pero la derogación (ya sea total o parcial) de normas forma parte de la actividad típicamente legislativa, que la doctrina tradicional atribuye con exclusividad a los legisladores.”

jurisprudência, até a legislação. Assim, é razoável supor que, se uma lei de hierarquia inferior contradiz uma lei de hierarquia superior em um caso particular, ela deixa, *ipso facto*, de ser aplicável. Outra maneira de entender a ideia de que uma lei tem cláusulas de exceção implícitas é a seguinte. Existe um princípio jurídico bem estabelecido, *lex posterior*, segundo o qual uma lei posterior sempre tem precedência sobre uma lei anterior quando estas entram em conflito. Assim, uma lei anterior que contradiga uma lei posterior em um caso particular não é aplicável. No entanto, uma terceira maneira de entender a existência de cláusulas de exceção implícitas é esta: o preâmbulo do projeto de lei que contém uma lei pode deixar bem claras as intenções dos legisladores. Pode então ser óbvio que, embora um caso particular caia sob o ato como literalmente redigido, a lei nunca foi feita para se aplicar a esse tipo de caso. As intenções dos legisladores fornecem, portanto, a base para a existência de uma cláusula de exceção implícita.¹⁸⁸[197, p. 187]

As contradições aparentes são contradições entre leis ou normas jurídicas que são identificadas apenas quando não se considera os critérios implícitos de resolução de conflitos que discuti em 2.4.3 e 2.4.4. Ademais, Priest acrescenta uma outra circunstância na qual existem dispositivos textuais presentes nas fontes de direito que são capazes de restringir ainda mais o âmbito de aplicação das normas que se infere dessas fontes, considerando as intenções legislativas explícitas nesses dispositivos. Porém, o problema é o caso em que esses critérios não são suficientes para resolver os conflitos entre normas. Priest explica:

Agora, o ponto crucial no presente contexto é este: embora a alegação da existência de cláusulas de exceção implícitas possa indubitavelmente ser tornada razoável às vezes por esses tipos de consideração, aquele que rejeita o dialeteísmo deve fazer mais do que alegar que as aparentes contradições podem às vezes ser resolvidas nesse caminho; ele deve afirmar que isso sempre pode ser feito. E isso é o mais irracional.¹⁸⁹ [197, p. 187]

¹⁸⁸Tradução de: “In virtue of the process of the interpretation of law, the law itself, as opposed to the literal statement of statute, must be considered to have exceptive clauses which operate under the conditions that would otherwise produce inconsistency, in such a way as to prevent it. There are a number of ways we can make good sense of this idea. For example, not all laws are of equal rank. Laws go in increasing order of strength from customary law, through case law, to legislation. Thus, it is reasonable to suppose that, if a lower ranking law contradicts a higher ranking law in a particular case, it ceases, *ipso facto*, to be applicable. Another way of making sense of the idea that a law has implicit exceptive clauses is as follows. There is a well established legal principle, *lex posterior*, to the effect that a later law always takes precedence over an earlier law when these come into conflict. Thus, an earlier law which contradicts a later law in a particular case is not applicable. Yet a third way of making sense of the existence of implicit exceptive clauses is this: The preamble of the bill that contains a piece of legislation may make the intentions of the legislators quite clear. It may then be obvious that, although a particular case falls under the act as literally worded, the law was never meant to apply to this kind of case. The intentions of the legislators therefore provide the basis for the existence of an implicit exceptive clause.”

¹⁸⁹Tradução de: “Now, the crucial point in the present context is this: though the claim of the existence of implicit exceptive clauses can undoubtedly be made reasonable sometimes by these kinds of considera-

Assim, o dialeteísmo no direito não afirma que *sempre* há contradições em sistemas jurídicos. O que ele afirma é que, nas circunstâncias em que são exauridos os critérios dogmáticos de resolução de conflitos, resta uma contradição na lei que permite identificar normas jurídicas contraditórias por meio de enunciados verdadeiros contraditórios. Estas são as *dialetheias jurídicas*. No exemplo que fornece, Priest assume as seguintes normas:¹⁹⁰

N4: não é lícito o voto feminino nas eleições parlamentares.

N5: é lícito o voto de todo proprietário de terras nas eleições parlamentares.

Porém, assumamos que exista no mesmo sistema jurídico uma terceira norma que determina:

N6: é proprietário de terra todo aquele que tem registrado em seu nome um terreno.

Suponha que Jan ganhou, por herança de seu pai, o direito de propriedade sobre as terras que eram deste em vida e as registrou em seu nome. Ora, Jan é mulher e, portanto, não tem o direito ao voto nas eleições parlamentares. No entanto, Jan é proprietária de terras e, portanto, por ser proprietária, tem o direito ao voto nas eleições parlamentares. Eu poderia argumentar que a norma N5 somente se aplica a proprietários do sexo masculino. Mas não existe tal norma. Portanto, Priest afirma que, nesse caso, “obviamente, a lei é inconsistente. Jan, ao que parece, tem e não tem o direito de votar nesta eleição.”¹⁹¹

Segundo a concepção de ‘sistema jurídico’ que desenvolvi neste trabalho, um sistema jurídico *S* não engloba apenas o conjunto de normas pré-selecionadas pelo legislador primário de *S*, mas engloba também o exercício da jurisdição que atua residualmente resolvendo inconsistências e lacunas nas fontes de direito de *S* que contemplam essas normas. Haja vista a situação de inconsistência normativa na qual Jan se depara, para resolver a situação, ela busca uma solução nas cortes de *S*. Após a resolução do caso, o juiz pode introduzir uma norma que determina que entre a norma que se aplica a proprietários e a norma que se aplica a mulheres para uma mesma questão, prevalece a norma que se aplica a proprietários. Ou, ao contrário, que a norma sobre mulheres prevalece sobre a de proprietários de terra nesse caso. Jan estaria em vantagem sobre as outras mulheres na primeira decisão, mas estaria em desvantagem em relação aos outros proprietários de terras na segunda. Porém, antes da decisão existia uma contradição. Por isso, Priest diz:

Quando uma contradição do tipo que estamos discutindo se torna importante, existem procedimentos para resolvê-la. A questão vai a um tribunal onde um

tion, she who rejects dialetheism must do more than claim that apparent contradictions can sometimes be resolved in this way; she must claim that this can always be done. And this is most unreasonable.”

¹⁹⁰O exemplo de Priest foi parcialmente reescrito e modificado nos termos das modalidades que adoto neste trabalho. Acrescentei a norma N6 que deixa o exemplo ainda mais claro. Isso, no entanto, não afeta a inteligibilidade do caso hipotético.

¹⁹¹Tradução de: “Patently, the law is inconsistent. Jan, it would seem, both does and does not have the right to vote in this election.”

juiz toma uma decisão. Não havendo, *ex hypothesi*, fundamentos jurídicos para fundamentar a decisão, o juiz decidirá por fundamentos extrajurídicos (sócio-políticos). O ponto importante aqui, no entanto, é que o juiz não está tentando descobrir o que é o direito (consistente), mas está ele mesmo criando o direito. O que o juiz decide apenas é a lei (até e a menos que seja rejeitada por um tribunal superior, ou que uma nova lei seja aprovada). Assim, o juiz, ao criar o direito, está mudando o corpus do direito. Seu julgamento fornece a base para que a lei seja considerada, doravante, como uma cláusula de exceção. Assim, após a decisão, a lei pode ser consistente. Isso não muda o fato de que antes da decisão a lei era inconsistente.¹⁹² [197, p. 188]

O argumento de Priest identifica corretamente que, nas circunstâncias em que estão diante de contradições e precisam resolver um caso, os juízes atuam residualmente como legisladores. Nesses casos, como expliquei em 2.3.5, eles atuam reformando o sistema jurídico. Dessa forma, Priest afirma que existe um sistema jurídico *ex ante*, i. e., anterior à decisão que resolve uma situação de inconsistência, e um sistema jurídico reformado *ex posteriori*, i. e., posterior à decisão que solucionou a situação de inconsistência. No entanto, o erro de Priest está na passagem seguinte. Ele termina seu argumento afirmando que:

Há um movimento final, desesperado, que é supor que a legislação vem com uma cláusula de exceção global no sentido de que não é aplicável se for inconsistente com o resto do corpus do direito. Pode-se até argumentar que a existência dessa cláusula de exceção pode ser fundamentada no fato de que os juízes sempre agem de forma a resolver contradições. Seja ou não assim, a tese não pode ser mantida sem tornar a lei um absurdo. Se isso estivesse certo, então, uma vez que não há procedimento de decisão para consistência, não poderia haver uma maneira eficaz de dizer se algo é ou não a lei, o que é obviamente absurdo. Se isso não estiver claro, considere o caso em que o corpo da lei recebido é inconsistente, mas onde a inconsistência é muito recôndita para ter sido notada (ainda), ou onde as circunstâncias contingentes necessárias para a realização da contradição legal nunca surgem.¹⁹³ [197, p. 188]

¹⁹²Tradução de: “When a contradiction of the kind we are discussing becomes important, there are procedures for resolving it. The matter goes before a court where a judge makes a decision. Since there are, *ex hypothesi*, no legal grounds on which to base the decision, the judge will decide on extra-legal (socio-political) grounds. The important point here, however, is that the judge is not trying to find out what the (consistent) law is, but is himself creating law. What the judge decides just is the law (until and unless over-ruled by a higher court, or new statute law is passed). Thus, the judge, by creating law, is changing the corpus of law. His judgement provides the basis for the law to be considered, henceforth, to have an exceptive clause. Hence, after the ruling the law may be consistent. This does not change the fact that before the ruling the law was inconsistent.”

¹⁹³Tradução de: “There is a final, desperate, move, which is to suppose that legislation comes with a global exceptive clause to the effect that it is not applicable if it is inconsistent with the rest of the corpus of law. It might even be argued that the existence of this exceptive clause can be grounded in the fact that judges always act in such a way as to resolve contradictions. Whether or not this is so, the thesis

Ao caracterizar o argumento da *exceção global* como ‘desesperado’, Priest tenta mostrar que há uma insistência injustificada em rejeitar o dialeteísmo jurídico. Afinal, este seria o último recurso *contra o dialeteísmo jurídico*, já que os outros falharam. Mas esse recurso não é uma mera insistência, mas é justamente o argumento que mostra a razão pela qual o dialeteísmo jurídico não é filosoficamente justificável em uma dada concepção de sistemas jurídicos. Afinal, o que Priest chamou de *cláusula de exceção global* não é exatamente a afirmação na qual os ‘juízes sempre agem de forma a resolver inconsistências’. Essa cláusula poderia ser reformulada da seguinte maneira: os juízes apenas lidam com inconsistências onde se *interpreta* a pré-seleção legislativa como ainda *não decidida* a respeito de uma determinada matéria. Uma norma só é uma solução jurídica se ela é capaz de justificar uma decisão para um caso. Mas o juiz que se depara com uma contradição, como no caso de Jan acima, ou decide que Jan, por ser proprietária, tem o que se exige primariamente para ser uma eleitora ou que, por ser mulher, não pode ser uma eleitora. Uma norma que é uma solução jurídica conclusiva faz da sua contradição antijurídica. Do contrário, trivializa-se o sistema jurídico enquanto um sistema de soluções contrafaticamente estabilizadas. A noção de exceção global, que indiretamente considera a vedação do non-liquet, aplica-se não apenas a contradições, mas também a lacunas. Essa cláusula é interpretável a partir da seguinte tese que define as norma como soluções jurídicas:

Tese da norma como solução jurídica: uma norma é uma solução jurídica conclusiva para os casos nos quais se aplica no sistema jurídico *S* se e somente se é capaz de justificar uma decisão jurídica que produz um e apenas um resultado entre dois resultados presumidamente possíveis, mas incompatíveis.

Presumidamente, no exemplo de Jan, assume-se que ela seria eleitora e não eleitora. No entanto, não se pode falar que as normas jurídicas que a colocam nessa *situação de inconsistência* fornecem soluções. O que se observa é que a pré-seleção legislativa ainda *não está decidida* para o caso de Jan. Da mesma forma, no caso da subseção anterior, não é possível, para fins de tributação, que um quadrinho japonês ou mangá seja, ao mesmo tempo, colecionável e um livro, pois, assim, recairia e não recairia sobre ele o imposto de importação. A noção de ‘não está decidido’ é aplicável a casos com excessos de regulamentação, como, por exemplo, em situações novas que trazem informações que tornam duas normas soluções contraditórias. Mas pode ser aplicável também para as circunstâncias em que não há norma positiva para regulamentar um caso não previsto pelo legislador. P. ex., diante da emergência social de novas tecnologias que passam a demandar regulamentação e, de certa forma, introduzem um *modus operandi* social que

cannot be maintained without making a nonsense of the law. If this were right, then, since there is no decision procedure for consistency, there could be no effective way of telling whether or not something is the law, which is obviously absurd. If this is not clear, consider the case where the received body of law is inconsistent, but where the inconsistency is too recondite to have been noticed (yet), or where the contingent circumstances necessary for the realisation of the legal contradiction never arise.”

o legislador ainda não decidiu como resolver, mas que, por gerar conflitos que são levados às cortes, demanda que os juízes decidam a respeito. Em ambas situações, seja por excesso ou ausência de normas em relação a um caso, os juízes complementam a atividade legislativa do *sistema jurídico S* por meio de reformas ou mudanças no entendimento das normas, gerando novas fontes de direito: os precedentes. No sistema jurídico que aceita precedentes como fontes de direito, vale a doutrina do *stare decisis*, formulada como:

Doutrina do stare decisis: Sobre aquilo que está decidido, mantém-se.

Essa doutrina do precedente determina institucionalmente que *stare decisis non quieta movere*. Parafraseando, sobre aquilo que já está decidido não se mexe, pois é conclusivo e a racionalidade institucional demanda que seja estabilizado para valer em casos futuros que são juridicamente idênticos ou suficientemente similares. Inicialmente, essa era uma doutrina própria dos sistemas do *Common Law*, mas tem sido introduzida em sistemas jurídicos típicos da tradição romano-germânica do *Civil Law*. Um exemplo é o instituto das súmulas vinculantes no sistema jurídico brasileiro, que faz da interpretação constitucional produzida pelo Supremo Tribunal Federal, quando transcende o caso particular e tem repercussão geral, um precedente vinculatório que estabiliza a interpretação da fonte constitucional nas cortes hierarquicamente inferiores do sistema judiciário brasileiro.¹⁹⁴

A contribuição dos sistemas jurídicos para o conceito de justiça é primariamente formal, sendo relacionada à capacidade do direito estabilizar expectativas normativas que se formam contrafaticamente na interpretação das fontes de direito. Por um lado, assim como argumentei em 3.3.3, a lógica jurídica não é uma lógica do legislador racional enquanto um legislador capaz de *consistentemente* pré-selecionar todas as soluções para casos futuros. Essa ficção da vontade legislativa que von Wright sustentou como se referindo à atividade legislativa primária, ocorrendo no nível que ele chama de atividade normativa racional (*rational lawmaking*), não se aplica ao contexto em que cortes e tribunais lidam com inconsistências (nem lacunas) [260, p. 144]. Neste contexto, prevalece a racionalidade da jurisdição que atua eliminando contradições (e lacunas) naquilo que ainda não está decidido pelo legislador primário. Também não é o caso, *contra Priest*, de se aceitar que as contradições em uma mesma fonte de direito de um sistema jurídico, respeitados os critérios de eliminação de antinomias, são descritíveis por enunciados jurídicos verdadeiros. Destarte, apenas quando normas jurídicas são soluções que justificam decisões é que se afirma que um enunciado que descreve uma solução do tipo ‘*p* é lícito em *S*’ é verdadeiro e, como consequência lógica, que ‘*p* é ilícito em *S*’ torna-se falso.

Valendo institucionalmente essa racionalidade jurisdicional, segue-se que: contradições epistêmicas em razão de interpretações não-conclusivas de fontes de direito são aceitas, mas não contradições na entrega autorizada de soluções jurídicas. Lacunas epistêmicas

¹⁹⁴Para outros institutos de uniformização da jurisprudência dos tribunais no processo civil brasileiro que recepciona elementos do *stare decisis*, cf [63, 175]. Para o raciocínio com precedentes vinculantes no direito brasileiro a partir do instituto da súmula vinculante, cf [26].

não-conclusivas são aceitas, mas não a ausência de entrega de soluções jurídicas. Parafraseando Azzouni [25], tal como se discutiu em Rodrigues e Antunes [215], isso quer dizer que contradições e lacunas são *ontologicamente dependentes* de processos cognitivos adotados na interpretação da linguagem de fontes de direito. Entretanto, a resolução de contradições e lacunas no direito é condição de possibilidade do sistema jurídico alcançar graus aceitáveis de racionalidade social institucionalizada, fornecendo soluções para conflitos de objetivos e fazendo coisa julgada (*res judicata*) dessa solução dos conflitos.

Todo sistema jurídico que aceita a *vedação do non-liquet* sempre apresentará, ao final de um processo judicial que faz coisa julgada de um caso de conflito de objetivos juridicamente relevantes, uma solução suficiente e localmente consistente. Essa solução justifica a decisão que, dentre dois vereditos possíveis, mas incompatíveis, determinará se uma dada circunstância *p* é lida sob a modalidade do lícito ou ilícito. Ao final de um processo judicial, o julgador determinará, p. ex., se é lícito ou ilícito tributar, se é lícito ou ilícito votar, se a conduta avaliada é lícita ou ilícita, se é ou não um crime e se o acusado é inocente ou culpado. Dessa forma, cortes e tribunais em um Estado de Direito combinam técnicas interpretativas das fontes de direito com a aplicação justificada de normas que são soluções conclusivas para um caso. Nesse sentido, em relação à dimensão epistêmica que discuti em 2.3.4 e 2.3.5, reafirmo a noção na qual a teoria do raciocínio baseado em fontes de direito é diferente do que se convencionou chamar de abordagens coerentistas da racionalidade jurídica [62]. Os critérios formais para identificar institucionalmente a racionalidade jurídica não são, como defendem os coerentistas, avaliações do mérito moral da argumentação jurídica visando as *melhores razões* para a decisão. A consistência global, diferentemente da coerência global, indica apenas a ausência de contradições na maneira como um sistema jurídico apresenta institucionalmente as soluções para os casos judiciais conforme os julgadores interpretam as fontes de direito. Isso não quer dizer que o mérito moral substancial dos argumentos jurídicos não importa socialmente, apenas que a racionalidade jurídica não presume que essa avaliação seja feita para que um argumento seja caracterizado como um argumento jurídico. Dito isso, como afirma Luhmann:

A justiça pode então se relacionar de maneira distinta com a forma da igualdade: na forma de regras que decidem casos iguais de maneira igual (e, portanto, casos desiguais de maneira desigual). De maneira abreviada, pode-se caracterizar a justiça como consistência na tomada de decisões [152, p. 302-3].

Não necessariamente os sistemas jurídicos são justos de um ponto de vista moral. Entretanto, para o direito contribuir para a justiça social de um ponto de vista formal, valendo a negação do *non-liquet*, demanda-se que, onde há normas jurídicas contraditórias, uma delas seja eliminada para que a outra seja transformada em uma solução conclusiva para um caso em que essa contradição aparentemente se aplica. Da mesma forma, onde ainda não há uma solução, que esta seja introduzida para que o sistema jurídico compute uma

decisão para o caso. A *imparcialidade* é um valor formal que o direito racionaliza nos seus contextos decisórios e que consagra tanto o *non-liquet* quanto o *stare decisis*. Isso quer dizer que o direito torna-se racionalmente institucionalizado, de um ponto de vista estritamente jurídico, se é capaz de entregar para casos iguais ou suficientemente equivalentes soluções iguais. E se for capaz de diferenciar, introduzindo novas soluções, os casos diferentes. Essa estabilização dá, para cada *tipo* de caso, uma solução. Como apresentei em 2.4.3, é juridicamente importante que se trate casos iguais de maneira igual e casos diferentes de maneira diferente, resguardando a imparcialidade e a consistência da função jurisdicional.

Quando ainda permanece a contradição entre normas, não há uma solução jurídica. Por essa razão, a concepção dialeteísta dos sistemas jurídicos que Priest defende não é capaz de diferenciar normas conclusivas e que, portanto, são verdadeiramente soluções jurídicas para conflitos de objetivos, das normas não-conclusivas e que não produzem soluções para um caso judicial. Adiante, apresento um breve prospecto de formalização desta noção a partir de elementos da Lógica da Evidência e Verdade (LET_J) [51].

3.3.5 Elementos da Lógica da Jurisdição Racional

As Lógicas da Evidência e Verdade (LET_J) são uma família de lógicas paraconsistentes e paracompletas que estendem a Lógica Básica da Evidência para abrangerem contextos de classicalidade. Uma das motivações filosóficas subjacente a essas lógicas, como se observa em [54, 82], é apresentar uma teoria pluralista da consequência lógica que permite a coexistência pacífica das lógicas paracompleta (intuicionista), clássica e paraconsistente. Para isso, promove-se um referencial teórico que apresenta as interpretações epistêmicas das lógicas paracompleta e paraconsistente com a interpretação ontológica da lógica clássica. As interpretações ontológicas das lógicas paracompleta, em E. J. Brouwer [39, 40], e paraconsistente, em G. Priest [196, 197], fazem dessas lógicas inconciliáveis com a lógica clássica, pois apresentam uma teoria da verdade incapaz de coexistir com a teoria da verdade clássica, que, pela negação clássica, valida o terceiro excluído e a explosão.

Na interpretação ontológica das lógicas intuicionistas ou paracompletas do idealismo de E. J. Brouwer, tem-se como motivação filosófica subjacente a ideia na qual “a existência de objetos matemáticos e a verdade de proposições matemáticas depende de construções mentais.”¹⁹⁵ [53, p. 570] Tais construções são a afirmação de uma proposição matemática juntamente com a demonstração construtiva das etapas de prova que levam a concluir essa proposição. Em uma versão forte das provas construtivas, por exemplo, assume-se que somente as proposições matemáticas alcançadas pelo raciocínio *modus ponens* podem ser provadas. Por outro lado, a interpretação ontológica ou dialeteísta das lógicas paraconsistentes assume que há excessos de verdade no mundo, as *dialetheias* ou *gluts*.

¹⁹⁵Tradução de: “the existence of mathematical objects and the truth of mathematical propositions depend on mental constructions.”

Expliquei que *dialetheias* são proposições verdadeiras que contemplam a conjunção das fórmulas α e $\neg\alpha$. O dialeteísta sustenta que a realidade é contraditória e que existem no mundo eventos contraditórios. Nessa interpretação ontológica, “a rejeição da explosão é justificada pela alegada existência de contradições verdadeiras.”¹⁹⁶ [53, p. 570]

Carnielli e Rodrigues explicam a dualidade entre lógicas paracompletas e paraconsistentes [53, p. 570]. Aquelas não validam o terceiro excluído e a eliminação da dupla negação:

$$\text{(TEX): } \beta \vdash \alpha \vee \neg\alpha$$

$$\text{(EDN): } \neg\neg\alpha \vdash \alpha$$

A lógica paraconsistente não valida a explosão e a introdução da dupla negação:

$$\text{(EXP): } \alpha, \neg\alpha \vdash \beta$$

$$\text{(IDN): } \alpha \vdash \neg\neg\alpha$$

Se estendidos para a modalidade do lícito, os quatro princípios podem ser pensados como:

$$\text{(TEX}_J\text{): } \beta \vdash L\alpha \vee \neg L\alpha$$

$$\text{(EDN}_J\text{): } \neg\neg L\alpha \vdash L\alpha$$

$$\text{(EXP}_J\text{): } L\alpha, \neg L\alpha \vdash L\beta$$

$$\text{(IDN}_J\text{): } L\alpha \vdash \neg\neg L\alpha$$

Se a lógica jurídica é baseada na interpretação ontológica da paracompletude, TEX_J e EDN_J não valem em nenhuma circunstância. Uma forma de se observar essa visão é generalizando, para qualquer circunstância, a afirmação na qual “no contexto do direito a negação de uma lei válida também não precisa ser válida.”¹⁹⁷ [107, p. 67] Neste caso, somente valeria a noção de licitude forte ou licitude positiva que expliquei em 3.3.2:

$$\text{Licitude fraca ou negativa: } L^- sp =_{df} Ip \notin S$$

$$\text{Licitude forte ou positiva: } L^+ sp =_{df} \neg Ip \in S =_{df} Lp \in S$$

Porém, reiterando o que explicou Weinberger, se o sistema jurídico S é completo e consistente, “não é necessário distinguir entre a “‘permissão explícita’ e a chamada ‘permissão fraca’, que é verdadeira para todos os estados de coisas que não são proibidos.”¹⁹⁸ [271, p. 232] Ademais, se o raciocínio jurídico é baseado na interpretação ontológica da paraconsistência, não se tem um recurso para diferenciar os contextos de classicalidade que validam EXP_J e IDN_J , os quais foram discutidos na subseção 3.3.4 para as soluções normativas conclusivas. Dificilmente um sistema jurídico real é completo e consistente em relação a todos os casos possíveis. Mas ele é parcialmente completo e consistente em

¹⁹⁶Tradução de: “the rejection of explosion is justified by the alleged existence of true contradictions.”

¹⁹⁷Tradução de: “in the context of ‘the law’ the negation of a valid law does not have to be valid either.”

¹⁹⁸Tradução de: “it is not necessary to distinguish between “explicit permission,” and so-called “weak permission” which is true of all states of affairs which are not forbidden.”

relação a um conjunto de casos. Estes são os *soft cases* (*casos fáceis*). J. Maranhão afirma que o que torna *jurídico* um raciocínio em um ordenamento jurídico é que ele decorra de uma interpretação enquanto um “processo controlado e racional que identifica a relação entre o seu conteúdo e o conteúdo de regras válidas daquele ordenamento... da relação específica que guarda com normas derivadas da fonte social.” [158, p. 168] E se as fontes de direito não fornecem soluções conclusivas pelo menos para os casos fáceis, isso mostra o insucesso do intérprete em “identificar corretamente o direito” [158, p. 168].

Por isso, para o fechamento dedutivo do raciocínio jurídico exige-se uma lógica que seja capaz de diferenciar os contextos não-clássicos paracompletos e os paraconsistentes dos contextos de classicalidade. Carnielli e Rodrigues apresentaram a Lógica da Evidência e Verdade LET_J visando a coexistência pacífica das lógicas paracompleta e paraconsistente com a clássica:

LET_J é uma lógica da inconsistência formal e indeterminação que estende BLE adicionando recursos para expressar que uma determinada fórmula A se comporta classicamente: um conectivo sentencial unário \circ é adicionado à linguagem de BLE e $\circ A$ recupera explosão e o terceiro excluído para A .¹⁹⁹ [52, p. 3791]

Em sua versão canônica, a Lógica Básica da Evidência (BLE), apesar de ter uma outra motivação, é extensionalmente equivalente à lógica $N4$ de Nelson. Isso quer dizer que se trata de uma variação intensional dessa lógica, que tem o mesmo referente, mas expressa um sentido distinto [52, p. 3791, nota 3]. A noção central da BLE é a noção de evidência. A evidência é um tipo de informação que tem um ingrediente de justificação. Uma boa maneira de se entender o que é informação é pela definição de J. M. Dunn. Assumindo o conhecimento como ‘crença verdadeira justificada’, Dunn afirma que a informação é “o que resta do conhecimento quando você subtrai, justificação, verdade e crença. É como se fosse um pensamento ocioso.”²⁰⁰ [64, p. 581] É o conteúdo proposicional disponível para ser identificado em um banco de informações e, por isso, fala-se que é ocioso.

A BLE adiciona à noção de ‘informação’ o conceito de justificação, obtendo a noção de ‘evidência’ [52, p. 3792]. Considera-se A ou $\neg A$ como sendo, respectivamente, evidência positiva e evidência negativa para A . As formulações canônicas da BLE estabelecem que:

‘que há evidência que A é verdadeiro’ entende-se ‘há razões para aceitar A ’
‘que há evidência que A é falso’ entende-se ‘há razões para aceitar $\neg A$ ’

Assim, atribuindo os valores 1 (vale) ou 0 (não vale) para A ou $\neg A$, obtém-se:

¹⁹⁹Tradução de: “ LET_J is a logic of formal inconsistency and undeterminedness that extends BLE by adding resources to express that a particular formula A behaves classically: a unary sentential connective \circ is added to the language of BLE, and $\circ A$ recovers explosion and excluded middle for A .”

²⁰⁰Tradução de: “what is left from knowledge when you subtract, justification, truth, and belief. It is as it were an idle thought.”

- ‘A vale’ significa ‘há evidência que A é verdadeiro’;
- ‘A não vale’ significa ‘não há evidência que A é verdadeiro’;
- ‘ $\neg A$ vale’ significa ‘há evidência que A é falso’;
- ‘ $\neg A$ não vale’ significa ‘não há evidência que A é falso’.

Apenas em relação aos valores que se atribui a A e $\neg A$, sem ainda introduzir sua extensão clássica para lidar com a conclusividade das justificações, o conjunto de enunciados acima demanda uma lógica paraconsistente e para-completa. Nela, nem a explosão nem o terceiro excluído deveria valer. Uma vez que inferências clássicas relacionadas a TEX e EXP não são capazes de preservar, respectivamente, a *indispensabilidade* e a *disponibilidade* de evidências, tem-se na BLE que [53, p. 577]:

- B1.** $B \not\vdash (A \vee \neg A)$
- B2.** $A, \neg A \not\vdash B$
- B3.** $\neg(\neg A) \not\vdash A$
- B4.** $A \not\vdash \neg(\neg A)$

B1 diz respeito ao terceiro excluído. Na lógica clássica, o terceiro excluído vale em qualquer interpretação. Na BLE, não. Basta pensar a circunstância em que não há evidência disponível nem para A nem para $\neg A$. Da mesma forma, quando se fala que há evidência para A verdadeiro e A falso em B2, não se pode afirmar que há evidência para qualquer outro B . Portanto, a explosão não vale. Em B3, da disponibilidade de evidência para $\neg A$ falso não se pode afirmar que há evidência para A verdadeiro. Por fim, em B4, da evidência para A verdadeiro não se infere a disponibilidade de evidência para $\neg A$ falso.

O cenário muda de coloração quando se introduz o operador de classicalidade ‘ \circ ’. Com essa introdução, obtém-se a LET_J validando as versões TEX_\circ e EXP_\circ do terceiro excluído e da explosão [53, p. 577]. Esse conectivo recupera a lógica clássica e o comportamento dos seus conectivos lógicos ‘ \neg ’, ‘ \wedge ’, ‘ \vee ’, ‘ \rightarrow ’. Essa introdução, como explicam Carnielli e Rodrigues, não é *intra-sistêmica*, mas vem “de ‘fora’ do sistema, $\circ A$ pode ser informalmente entendido como dizendo que o valor de verdade de A foi (ou pode ser) estabelecido de forma conclusiva.”²⁰¹ [52, p. 17] Enunciados conclusivos são lidos como:

- ‘ $\circ A \wedge A$ vale’ significa ‘ A é verdadeiro’,
- ‘ $\circ A \wedge \neg A$ vale’ significa ‘ A é falso’.

Com a introdução do operador de classicalidade, obtém-se a validade dos seguintes princípios:

- (TEX \circ):** $\circ A \vdash A \vee \neg A$
- (EDN \circ):** $\circ A, \neg \neg A \vdash A$
- (EXP \circ):** $\circ A, (A \wedge \neg A) \vdash B$
- (IDN \circ):** $\circ A, A \vdash \neg \neg A$

²⁰¹Tradução de: “from ‘outside’ of the system, $\circ A$ may be informally understood as saying that the truth-value of A has been (or may be) conclusively established.”

Quando ‘está decidido’ a respeito de A , prevalece o comportamento clássico. Bom, ao trazermos a interpretação canônica da BLE para o significado intuitivo das modalidades jurídicas que introduzi neste trabalho, obtém-se a Lógica da Pré-seleção Legislativa, que chamarei de LPL. Essa lógica da legislação diz respeito às pré-seleções legislativas que são interpretáveis a partir das fontes de direito. Essas pré-seleções são destinadas ao julgador que as aceita como justificativas para uma decisão jurídica. Em LPL, a modalidade do lícito é pensada em sentido forte.²⁰² Interpreta-se os enunciados Lp e $\neg Lp$ como:

‘há uma fonte de direito para Lp ’ entende-se ‘há razões para decidir com Lp ’

‘há uma fonte de direito para Ip ’ entende-se ‘há razões para decidir com $\neg Lp$ ’

Apenas por existir uma pré-seleção que inclui Lp ou Ip nas fontes de direito de um sistema jurídico S não faz Lp ou Ip soluções conclusivas para o sistema jurídico no qual pertencem. Mesmo se exauridas as exceções implícitas relacionadas à hierarquia, cronologia e especialidade temática, ainda é possível restar, na mesma fonte de direito, Lp e Ip , produzindo contradições. A reconstrução da lógica das normas de um sistema jurídico demanda diferenciar os casos em que a pré-seleção justifica conclusivamente uma decisão, não havendo lacunas nem contradições, dos casos em que as pré-seleções fornecem excessos de razões ou dos casos em que o legislador não operou nenhuma pré-seleção. Sem diferenciar o que já está decidido daquilo que ainda precisa de decisão, o intérprete autorizado das fontes de direito não desempenha inferências válidas classicamente relacionadas a TEX_J e EXP_J .²⁰³

(BJ₁): $B \not\vdash (Lp \vee Ip)$

(BJ₂): $Lp, Ip \not\vdash Lq$

(BJ₃): $\neg Ip \not\vdash Lp$

(BJ₄): $Lp \not\vdash \neg Ip$

Em BJ₁, não é em todos os casos que as fontes de direito permitem interpretar Lp ou Ip como pré-seleções legislativas. O julgador pode deparar-se com lacunas no sistema jurídico, não havendo qualquer fonte de direito que contempla uma *norma* a respeito de p . Em BJ₂, do fato de existirem fontes de direito que contemplam normas que tornam p simultaneamente lícito e ilícito, dando razões para se decidir tanto com o enunciado Lp quanto $\neg Lp$, isso não quer dizer que o julgador pode decidir com base em qualquer outra norma. Em BJ₃, por não existir uma fonte de direito com uma norma Ip , isso não quer dizer que há uma fonte de direito que contempla uma norma que dá razões para o julgador decidir Lp . Da mesma forma, rejeitando a inferência BJ₄, o fato de existir uma fonte de direito para Lp , não quer dizer que não há uma fonte de direito para Ip .

Quando os julgadores identificam que um caso já está decidido, é possível introduzir o operador de classicalidade ‘o’. Em tal cenário, ao se introduzir $\circ Lp$, afirma-se que

²⁰²Para isso, cf. a subseção 3.3.2.

²⁰³Para esses princípios, cf. também a subseção 3.3.2.

‘ $\circ Lp$ ’ significa ‘já está decidido o *status jurídico* de p ’

Por meio do operador de classicalidade, recupera-se o funcionamento clássico da negação no raciocínio jurídico. Indica-se que uma determinada norma é uma solução para todos os casos que ela regulamenta. Assim, faz verdadeiro o enunciado que a descreve em relação ao sistema jurídico no qual pertence. Portanto:

‘ $\circ Lp \wedge Lp$ vale’ significa ‘é verdade que Lp justifica uma solução jurídica’,

‘ $\circ Lp \wedge Ip$ vale’ significa ‘é falso que Lp justifica uma solução jurídica’.

Assim, obtém-se que:

$$\circ Lp \wedge Ip = \circ Lp \wedge \neg Lp$$

Com a introdução do operador de classicalidade em relação à avaliação do *status jurídico* de uma ação ou circunstância p , retoma-se o comportamento clássico da relação entre a licitude e a ilicitude, podendo reformular os clássicos brocardos jurídicos de 3.3.2:

(BJ_{M2}): Tudo aquilo que conclusivamente não é lícito é ilícito.

Pela recuperação da dupla negação, obtém-se que

(BJ_{M1}): Tudo aquilo que conclusivamente não é ilícito é lícito.

A extensão da Lógica da Pré-seleção Legislativa (LPL) que recuperar a classicalidade torna-se a Lógica da Jurisdição Racional (LJR), permitindo o intérprete autorizado diferenciar os contextos com soluções jurídicas conclusivas dos contextos com soluções jurídicas não-conclusivas. Com a introdução do operador de classicalidade, recuperando para um sistema jurídico o comportamento clássico, passa a valer os seguintes princípios:

(TEX_J○): $\circ Lp \vdash Lp \vee Ip$

(EDN_J○): $\circ Lp, \neg Ip \vdash Lp$

(EXP_J○): $\circ Lp, (Lp \wedge \neg Lp) \vdash Lq$

(IDN_J○): $\circ Lp, Lp \vdash \neg Ip$

Quando já se decidiu o *status jurídico* de p , ou é o caso que p é lícito ou é o caso que p é ilícito em um sistema jurídico S . Da mesma forma, se se decidiu o *status jurídico* de p , e o legislador rejeita Ip , afirma-se verdadeiramente que p é lícito em S . Por uma razão de racionalidade institucional, se uma solução conclusiva é contraditória, fazendo p lícito e ilícito, qualquer outra solução poderia valer. Quebra-se a expectativa de *segurança jurídica* na uniformização das soluções jurídicas de S . Da mesma forma, quando se decide sobre p e p é lícito, não existe qualquer impedimento ou ilicitude ao se desempenhar p .

Por exemplo, no caso hipotético da tributação sobre a importação de quadrinhos que discuti em 3.3.3, tinha-se, antes da decisão, a seguinte circunstância:

Antes da decisão:

(N3): presume-se ilícito o imposto de importação sobre mangás enquanto livros.

(N4): presume-se lícito o imposto de importação sobre mangás enquanto colecionáveis.

Apenas para fins exemplificativos, i. e., sem considerar uma formulação que captura todo o significado das formulações em linguagem natural de N3 e N4, assumo que mangás são considerados livros e colecionáveis simultaneamente antes da decisão. E a tributação sobre os mangás é representada pela constante ‘ m ’. Nesse caso, obtém-se, a partir de N3 e N4, o par $(Lm \wedge Im)$. Como ainda não está decidido e vale para o julgador do caso as regras paraconsistentes de inferência, não se justifica todas as decisões possíveis que o juiz possa ser motivado internamente a tomar. Afinal, sabe-se que no direito não é toda decisão que é justificável juridicamente. O sistema jurídico-decisório não é trivializável:

$$Lm, Im \not\vdash Lb$$

Dessa forma, o juiz se vê forçado a atuar por pressão de seleção, escolhendo qual das duas razões decide o caso. Obviamente que em contextos reais as motivações ou razões extra-jurídicas entram adicionalmente na justificação. Porém, não são essas razões que tornam a solução do caso uma solução jurídica. É pela atitude legislativa residual autorizada que se transforma uma solução em um precedente que permite que o próximo juiz decida um caso igual de maneira igual. Após a decisão, afirma-se ‘está decidido’ e é introduzido o operador de classicalidade em relação a m . Suponha que após decisão fosse produzida a seguinte norma:

Após a decisão:

(N3_Mo): está decidido que é ilícito o imposto de importação sobre mangás.

Após a corte decidir o conflito, produziu-se para o caso o par $\circ Lm \wedge Im$. A partir deste par, por se introduzir o operador de classicalidade, recupera-se (em relação a m) as inferências clássicas. Tomando o caso especialmente em relação à explosão jurídica EXP_Jo, tem-se:

$$\circ Lm, Im, Lm \vdash Lb$$

Se um novo caso equivalente ao caso acima introduzir uma decisão que torna lícito o imposto de importação sobre mangás, quebra-se a institucionalidade da racionalidade jurídica. Diante de tal quebra de expectativa, normativamente, afirma-se que qualquer decisão poderia valer juridicamente. Se o novo caso fez *coisa julgada* (*res judicata*), uma forma de observar a circunstância é afirmando que o julgador produziu uma decisão com autoridade *de facto*, mas não uma autoridade *de jure*. Isso não quer dizer que a autoridade *de facto* seja moralmente má e a autoridade *de jure* seja moralmente boa. Apenas que, de um ponto de vista institucional, a jurisdição quebrou a própria institucionalidade e

fez uma alteração não-jurídica do conteúdo institucionalizado do domínio jurídico. Como relacionar essa conclusão com uma concepção pluralista da consequência lógica?

As Lógicas da Evidência e da Verdade apresentam uma concepção pluralista da consequência lógica que permite a coexistência pacífica da preservação da *indispensabilidade* de evidências em contextos paracompletos; a preservação da *disponibilidade* de evidências em contextos paraconsistentes; e a preservação da *verdade* em contextos clássicos. Em paralelo, uma Lógica da Jurisdição Racional preserva a *indispensabilidade* de direito positivo em contextos de paracompletude jurídica; a preservação da *disponibilidade* de direito positivo em contextos de paraconsistência jurídica; e a preservação da autoridade *de jure* (ou legalidade formal) em contextos de classicalidade jurídica. Um desenvolvimento completo dessa lógica demanda a introdução de um sistema dedutivo e de uma semântica formal. Tal trabalho extrapola o escopo desta dissertação. No entanto, a justificação filosófica aqui apresentada faz do *framework* das LETs um programa de pesquisa potencial para dar uma resposta satisfatória aos dilemas que colocaram obstáculos para se pensar o raciocínio jurídico como um tipo de raciocínio fechado sob consequência lógica. Esse fechamento, no entanto, não se restringe à classicalidade pressuposta pela ficção da legislação racional, que assume que um sistema jurídico é sempre um conjunto consistente e completo de normas pré-selecionadas legislativamente. Uma teoria do raciocínio jurídico deve ser capaz de lidar com a maneira na qual esse raciocínio é operado em cortes e tribunais engajados a tornar as fontes de direito bases inferenciais ou informacionais de soluções para os casos judiciais. Assim, trata-se da reconstrução do raciocínio jurídico enquanto raciocínio baseado nas fontes de direito, observando a atividade jurisdicional como uma atividade racional que estabiliza a autoridade *de jure* do domínio jurídico, aplicando soluções conclusivas para resolver casos judiciais, mas também eliminando contradições e integrando lacunas quando essas soluções ainda não são conclusivas.

4 Conclusão

Apesar de ser convencionalmente chamada de ‘conclusão’, acredito que esta seção é também um *limiar*. Por um lado, trata-se de uma conclusão porque traz proposições que se seguem do caminho percorrido até aqui. Por outro lado, é um limiar porque essas conclusões ainda são parciais e restritas ao conteúdo que discuti no trabalho. Não seria correto afirmar que as teses que defendo neste trabalho são globalmente conclusivas antes de serem objeto de críticas e discussões da comunidade acadêmica. No entanto, caso essas teses sejam bem sucedidas, elas fornecem um direcionamento para se aprofundar na conceituação do raciocínio jurídico enquanto raciocínio baseado em fontes de direito e na modelagem do sistema dedutivo e da semântica que capturam a versão jurídica da abordagem pluralista da consequência lógica que esse conceito de raciocínio jurídico demanda. Dito isso, sintetizo os resultados obtidos na presente investigação com as conclusões:

(PC₁): Do ponto de vista metodológico, a teoria do raciocínio jurídico que sustento, a qual se volta para o ponto de vista das cortes e tribunais, não é uma descrição nem comportamentalista nem psicologizada dos juízes. É uma reconstrução de uma racionalidade institucionalizada que mostra como as cortes e tribunais raciocinam quando, em um Estado de Direito, lidam com a demanda de decidir casos judiciais de forma justificada por normas extraídas de fontes de direito, mesmo que estas tenham lacunas e contradições.

(PC₂): Do ponto de vista ontológico, o raciocínio jurídico é fundado socialmente. Isso implica a existência de instituições que asseguram a identificabilidade do mundo jurídico direta ou indiretamente por meio de enunciados verdadeiros a respeito daquilo que conta como direito em relação a um sistema jurídico S . A acessibilidade a esses enunciados é dependente da interpretação das fontes de direito. Estas fontes são mecanismos institucionais que fornecem, quando conclusivamente ou precisamente selecionados pelo legislador, enunciados jurídicos que identificam o conteúdo correspondente da norma jurídica que vale em S e que permite avaliar o *status* da conduta p enquanto lícita ou ilícita em S .

(PC₃): Do ponto de vista epistêmico, o raciocínio jurídico decorre do exercício da interpretação autorizada das fontes de direito. As fontes de direito institucionalizam a autonomia do raciocínio jurídico, tornando-o depende exclusivamente do que se pode inferir dessas fontes, mesmo quando forem insuficientes para dar soluções conclusivas a determinados casos judiciais. Respeitando a separação das funções legislativa e jurisdicional, o juiz assume residualmente a função legislativa somente quando se vê diante da exigência de promover reformas nas fontes de direito para que possa solucionar justificadamente os casos onde as fontes de direito contemplam lacunas e contradições normativas.

(PC₄): De um ponto de vista dogmático, o raciocínio jurídico é fixado sob a inegabilidade das fontes de direito enquanto pontos de partida inferenciais. Com isso, reforça-se o valor dos princípios gerais ou critérios gerais de resolução de antinomias que funcionam como operações do raciocínio jurídico que visam a eliminação de antinomias aparentes em um sistema jurídico. A dimensão racionalmente dogmática do raciocínio jurídico, que tem a inegabilidade e a hierarquia das fontes de direito como postulados básicos, assegura epistemicamente que a fonte de maior hierarquia, normalmente a constituição, interrompa a cadeia de regresso fazendo do conjunto de normas disponíveis um sistema jurídico.

(PC₅): Do ponto de vista modal, as modalidades de apresentação do discurso jurídico são melhores caracterizadas pelo *lícito* e *ilícito*. A redução a modalidades aléticas, como o necessário, o possível e o impossível, pode conduzir a teoria do direito a cometer uma espécie de falácia naturalista. Por outro lado, a redução a modalidades deônticas gerais como o obrigatório, permitido e o proibido, apesar de ser uma abordagem comum, corre o risco de não diferenciar o discurso jurídico dos demais âmbitos do discurso prático.

(PC₆): Do ponto de vista semântico, normas que justificam o raciocínio jurídico têm valor de verdade se reconstruídas por enunciados que as descrevem como soluções conclusivas dos casos nos quais se aplicam. A negação de um enunciado jurídico verdadeiro produz um enunciado jurídico falso. Normas contraditórias são soluções não-conclusivas e não se atribui valor de verdade ao enunciado jurídico que as descreve. Em casos com lacunas, i. e., onde não há a norma jurídica positiva para p , não há qualquer enunciado que descreva o *status jurídico* de p em S . As soluções conclusivas têm natureza ontológica e tornam-se verdadeiramente institucionalizadas como normas com *autoridade de jure*. As soluções não-conclusivas demandam uma atitude legislativa para se tornarem conclusivas.

(PC₇): Do ponto de vista lógico, a teoria da consequência lógica subjacente ao raciocínio jurídico é pluralista e descreve os princípios e a estrutura da jurisdição racional. No raciocínio das cortes e tribunais, coexistem as teorias da consequência lógica clássica, paraconsistente e paracompleta. Quando o conjunto de soluções para um caso é conclusivo, preserva-se a verdade dos enunciados que descrevem normas jurídicas em um sistema jurídico S preservando a autoridade *de jure* da pré-seleção legislativa que já decidiu sobre essas soluções. Em contextos com normas contraditórias, elimina-se os excessos normativos preservando a disponibilidade de pré-seleções legislativas positivadas ainda não decididas conclusivamente. Em contextos de lacunas, preserva-se a *indispensabilidade* de positivação para o direito por meio da pressão pela integração de lacunas que promove a inclusão judicial das normas que faltavam para possibilitar a solução de um caso.

Referências

- [1] A. Aarnio. *The rational as reasonable: A treatise on legal justification*. Law and Philosophy Library 4. Springer, 1 edition, 1986.
- [2] G. Agamben. *State of Exception*. University Of Chicago Press, 1 edition, 2005.
- [3] C. E. Alchourrón. Conflicts of norms and the revision of normative systems. *Law and Philosophy*, 10(4):413–425, 1991.
- [4] C. E. Alchourrón. On law and logic. *Ratio Juris*, 9(4):331–348, 1996.
- [5] C. E. Alchourrón and E. Bulygin. *Normative systems*. Springer-Verlag New York, 1971.
- [6] C. E. Alchourrón and E. Bulygin. The expressive conception of norms. In R. Hilpinen, editor, *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, pages 95–124. Springer, Dordrecht, 1981.
- [7] C. E. Alchourrón and E. Bulygin. Pragmatic foundations for a logic of norms. *Rechtstheorie*, 15:453, 1984.
- [8] L. Alexander. What are principles, and do they exist? *San Diego Legal Studies Paper*, pages 13–119, 2013.
- [9] L. Alexander and F. Schauer. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harv. L. Rev*, 110:1359, 1996.
- [10] L. Alexander and F. Schauer. Defending judicial supremacy: a reply. *Const. Comment.*, 17:455, 2000.
- [11] L. Alexander and E. Sherwin. *Demystifying legal reasoning*. Cambridge University Press, 2008.
- [12] R. Alexy. On the structure of legal principles. *Ratio juris*, 13(3):294–304, 2000.
- [13] R. Alexy. *Conceito e validade do direito*. WMF Martins Fontes, 2009.
- [14] R. Alexy. The dual nature of law. *Ratio juris*, 23(2):167–182, 2010.
- [15] R. Alexy. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da Fundamentação jurídica*. Forense, 4a edição edition, 2017.
- [16] W. P Alston. *A realist conception of truth*. Cornell University Press, 1996.
- [17] A. R. Anderson. A reduction of deontic logic to alethic modal logic. *Mind*, 67(265):100–103, 1958.

- [18] S. Anderson. Coercion. In E. N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021.
- [19] G. E. M. Anscombe. On brute facts. *Analysis*, 18(3):69–72, 1958.
- [20] G. E. M. Anscombe. Under a description. *Noûs*, pages 219–233, 1979.
- [21] L. Åqvist. Deontic logic. In *Handbook of philosophical logic*, pages 605–714. Springer, 1984.
- [22] Aristotle. *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation*, volume Vol. 2. Princeton University Press, 1991.
- [23] A. Artosi, B. Pieri, and G. Sartor. Leibniz: Logico-philosophical puzzles in the law. *Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law*. Dordrecht: Springer, 2013.
- [24] J. Austin. *Austin: The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge University Press, 1995.
- [25] J. Azzouni. *Deflating existential consequence: A case for nominalism*. Oxford University Press, 2004.
- [26] L. R. Barroso and P. P. C. Mello. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, 15(3):9–52, 2016.
- [27] J. C. Beall. *The Contradictory Christ*. Oxford Studies in Analytic Theology. Oxford University Press, 2021.
- [28] J. C. Beall and G. Restall. Defending logical pluralism. In *Logical Consequence: Rival Approaches*, pages 1–22. Stanmore: Hermes, 2001.
- [29] J. Bentham. *The Works of Jeremy Bentham*, volume 6. Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, 1838-1843.
- [30] J. Bentham. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Batoche Books, 2000.
- [31] Bible. *King James Version*, volume 19. Proquest LLC, 1996.
- [32] M. Bilalić, P. McLeod, and F. Gobet. Does chess need intelligence?—a study with young chess players. *Intelligence*, 35(5):457–470, 2007.
- [33] B. Bix. Legal positivism. *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, 29:29, 2005.

- [34] B. Bix. Natural law theory. *A companion to philosophy of law and legal theory*, pages 209–227, 2010.
- [35] M. Black. *A Companion to Wittgenstein's 'Tractatus'*. Cambridge University Press, 1964.
- [36] N. Bobbio. *Teoria Geral do Direito*. Martins Fontes, 3 edition, 2010.
- [37] N. Bobbio, N. Matteucci, and G. Pasquino. Dicionário de política. vols. 1 e 2. *Editora UnB*, 2010.
- [38] M. E. Bratman. *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*. Oxford University Press, 2014.
- [39] L. E. J. Brouwer. On the foundations of mathematics. In A. Heyting, editor, *Collected Works 1. Philosophy and Foundations of Mathematics*. North-Holland Publishing Company, 1975.
- [40] L. E. J. Brouwer. The unreliability of the logical principles. In A. Heyting, editor, *Collected Works 1. Philosophy and Foundations of Mathematics*. North-Holland Publishing Company, 1975.
- [41] B. Brown. Ambiguity games and preserving ambiguity measures. In *On Preserving: Essays on Preservationism and Paraconsistent Logic*, pages 175–188. University of Toronto Press, 2016.
- [42] E. Bulygin. Norms and logic: Kelsen and weinberger on the ontology of norms. *Law and Philosophy*, pages 145–163, 1985.
- [43] E. Bulygin. An antimony in kelsen's pure theory of law. *Ratio Juris*, 3(1):29–45, 1990.
- [44] E. Bulygin. Los jueces, ¿ crean derecho? *Isonomía*, (18):7–25, 2003.
- [45] E. Bulygin. En defensa de el dorado. respuesta a fernando atria. In F. Atria et al., editor, *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*, pages 73–86. Marcial Pons, 2005.
- [46] E. Bulygin. Prologue. In P. E. Navarro and J. L. Rodríguez, editors, *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge Introductions to Philosophy and Law, pages ix – xxi. Cambridge University Press, 2014.
- [47] T. Campbell. *The legal theory of ethical positivism*. Routledge, 2016.
- [48] R. Caracciolo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*. Biblioteca de ética filosofía del derecho y política 42. Fontamara, 2001.

- [49] R. Carnap. *Logical Foundations of Probability*. The University of Chicago Press, 2nd edition, 1962.
- [50] W. Carnielli and R. Epstein. *Computabilidade, funções computáveis, lógica e os fundamentos da matemática*. Unesp, 2a edition, 2009.
- [51] W. Carnielli and A. Rodrigues. On the philosophy and mathematics of the logics of formal inconsistency. In J.-Y. Beziau, M. Chakraborty, and S. Dutta, editors, *New Directions in Paraconsistent Logic*, pages 57–88, New Delhi, 2015. Springer India.
- [52] W. Carnielli and A. Rodrigues. An epistemic approach to paraconsistency: a logic of evidence and truth. *Synthese*, 196(9):3789–3813, 2017.
- [53] W. Carnielli and A. Rodrigues. On epistemic and ontological interpretations of intuitionistic and paraconsistent paradigms. *Logic Journal of the IGPL*, 2020.
- [54] W. Carnielli and A. Rodrigues. On barrio, lo guercio, and szmuc on logics of evidence and truth. *Logic and Logical Philosophy*, pages 1–26, 2022.
- [55] Bruno Celano. Kelsen’s concept of the authority of law. *Law and philosophy*, 19(2):173–199, 2000.
- [56] N. Charness. Search in chess: Age and skill differences. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 7(2):467, 1981.
- [57] P. Chiassoni. *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry*. Law and Philosophy Library 128. Springer International Publishing, 1st ed. edition, 2019.
- [58] A. Church. The history of the question of existential import of categorical propositions. In Y. Bar-Hillel, editor, *Logic, Methodology and Philosophy of Science: Proceedings of the 1964 International Congress*, pages p. 417–424. North-Holland Publ., 1965.
- [59] J. L. Coleman and B. Leiter. Legal positivism. *A companion to philosophy of law and legal theory*, pages 228–248, 2010.
- [60] J. Dancy. *Ethics without Principles*. Oxford University Press, first edition edition, 2004.
- [61] J. Dancy. Moral Particularism. In E. N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2017.
- [62] J. Dickson. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. In E. N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2016.

- [63] E. Donizetti. A força dos precedentes no novo código de processo civil. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, (11):250–272, 2015.
- [64] J. M. Dunn. Information in computer science. *Philosophy of information*, 8:581–608, 2008.
- [65] B. Dupret. *What is the Sharia?* Oxford University Press, 2018.
- [66] N. Duxbury. Law and prediction in realist jurisprudence. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 87(3):402–418, 2001.
- [67] R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978.
- [68] R. Dworkin. *Justice for Hedgehogs*. Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- [69] D. Dyzenhaus. Schmitt v. dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order. *Cardozo L. Rev.*, 27:2005, 2005.
- [70] L. D. d’Almeida. On the legal syllogism. *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, pages 335–364, 2019.
- [71] D. E. Edlin. *Judges and unjust laws: common law constitutionalism and the foundations of judicial review*. University of Michigan Press, 2008.
- [72] K. M. Ehrenberg. The institutionality of legal validity. *Philosophy and Phenomenological Research*, 100(2):277–301, 2020.
- [73] T. Endicott. *Vagueness in Law*. Oxford University Press, 2001.
- [74] M. L. Engelmann. *Reading Wittgenstein’s Tractatus*. Cambridge University Press, 2021.
- [75] T. S. Ferraz Jr. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, terceira edição edition, 2015.
- [76] T. S. Ferraz Jr. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Atlas, segunda edição edition, 2015.
- [77] T. S. Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas, 9^a edition, 2016.
- [78] E. Feteris. *Fundamentals of legal argumentation*, volume 1. Springer, 2017.
- [79] J. Finnis. *Natural Law and Natural Rights (Clarendon Law)*. Clarendon Law. Oxford University Press, 2nd ed edition, 2011.

- [80] J. Finnis. Natural Law Theories. In Edward N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2020.
- [81] A. Fisher. *Metaethics: an introduction*. Routledge, 2014.
- [82] L. Frade and A. Rodrigues. Some remarks on logical realism and logical pluralism. 03 2020.
- [83] G. Frege. *The Basic Laws of Arithmetic*. University of California Press, 1965.
- [84] G. Frege. *Conceptual Notation and Related Articles*. Clarendon Press, 1972.
- [85] Gottlob Frege. The thought: A logical inquiry. *Mind*, 65(259):289–311, 1956.
- [86] L. L. Fuller. *The Morality of Law: Revised Edition*. Yale University Press, 1969.
- [87] D. Føllesdal and R. Hilpinen. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. Synthese Library 33. Springer, 1 edition, 1971.
- [88] J. Galtung. Institutionalized conflict resolution: A theoretical paradigm. *Journal of Peace Research*, 2(4):348–397, 1965.
- [89] J. Gardner. Legal positivism: 5 1/2 myths. *Am. J. Juris.*, 46:199, 2001.
- [90] J. E. Gaughan. *Murder was not a crime: homicide and power in the Roman Republic*. University of Texas Press, 2010.
- [91] E. Gettier. Is knowledge justified true belief? *Analysis*, 23(6):121–123, 1963.
- [92] M. Gilbert. *Joint Commitment: How We Make the Social World*. Oxford University Press, 2013.
- [93] M. Glanzberg. Truth. In E. N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021.
- [94] H. P. Glenn. *Legal traditions of the world: Sustainable diversity in law*. Oxford University Press, USA, 2014.
- [95] H. J. Glock. Truth in the tractatus. *Synthese*, 148(2):345–368, 2006.
- [96] L. Goble. A logic for deontic dilemmas. *Journal of Applied Logic*, 3(3-4):461–483, 2005.
- [97] E. L. Gomes and I. M. L. D’Ottaviano. *Para além das Colunas de Hércules, uma história da paraconsistência: de Heráclito a Newton da Costa*. Editora da Unicamp, 2017.

- [98] L. Green. Positivism and the inseparability of law and morals. *NYUL Rev.*, 83:1035, 2008.
- [99] L. Green and T. Adams. Legal Positivism. In Edward N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, Winter 2019 edition, 2019.
- [100] A. S. Greene. Against interpretive obligation (to the supreme court). *Fordham L. Rev.*, 75:1661, 2006.
- [101] R. Guastini. *Interpretar y argumentar*. El Derecho y la Justicia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- [102] R. Guastini. A realistic view on law and legal cognition. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 27:45–54, 2015.
- [103] R. Guastini. Kelsen on validity (once more). *Ratio Juris*, 29(3):402–409, 2016.
- [104] R. Guastini. Two conceptions of norms. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, (35), 2018.
- [105] S. Haack. *Philosophy of logics*. Cambridge University Press, 1978.
- [106] L. Haaparanta. *The Development of Modern Logic*. Oxford University Press, 2009.
- [107] E. H. Haeusler, V. De Paiva, and A. Rademaker. Using intuitionistic logic as a basis for legal ontologies. In *Proceedings of the 4th workshop on legal ontologies and artificial intelligence techniques*, pages 65–72. Citeseer, 2010.
- [108] A. Hamilton, J. Madison, and J. Jay. *The Federalist Papers*. Oxford World’s Classics. Oxford University Press, 2008.
- [109] H. L. A. Hart. Scandinavian realism. *The Cambridge Law Journal*, 17(2):233–240, 1959.
- [110] H. L. A. Hart. *O conceito de direito; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz*. WMF Martins Fontes, 2012.
- [111] P. Hedberg. What are performative self-contradictions? *SATS*, 2005.
- [112] G. W. F. Hegel. *Princípios da filosofia do direito*. Martins Fontes, clássicos edition, 1997.
- [113] D. Heyd. Supererogation. In Edward N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019.

- [114] R. Hilpinen. *Conflict and Change in Norm Systems*. Reports from the Department of Theoretical Philosophy / University of Turku. University of Turku, 1987.
- [115] R. Hilpinen. Norms, normative utterances, and normative propositions. *Análisis filosófico*, 26(2):229–241, 2006.
- [116] J. Hintikka. Some main problems of deontic logic. In *Deontic logic: Introductory and systematic readings*, pages 59–104. Springer, 1970.
- [117] T. Hobbes. *Leviathan, or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*. McMaster University Archive for the History of Economic Thought, 1651.
- [118] D. Hume. *Tratado da Natureza Humana*. UNESP, 2 edition, 2000.
- [119] S. Humphreys. Legalizing lawlessness: On giorgio agamben’s state of exception. *European Journal of International Law*, 17(3):677–687, 2006.
- [120] T. Hurka. Moore’s Moral Philosophy. In Edward N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021.
- [121] D. Jabbari. Radical particularism: A natural law of context. *N. Ir. Legal Q.*, 50:454, 1999.
- [122] G. Jakobs. Imputation in criminal law and the conditions for norm validity. *Buffalo Criminal Law Review*, 7(2):491–511, 2004.
- [123] R. Jennings and P. Schotch. Paraconsistency: who needs it? In B. Brown; R. Jennings; P. Schotch, editor, *On Preserving: Essays on Preservationism and Paraconsistent Logic (Toronto Studies in Philosophy)*, pages p. 15–29. University of Toronto Press., 2009.
- [124] D. Johnston. *Roman Law in Context*. Key themes in ancient history. Cambridge University Press, 1999.
- [125] J. Jørgensen. Imperatives and logic. *Erkenntnis*, 7:288–296, 1937.
- [126] R. Joyce. *The myth of morality*. Cambridge University Press, 2001.
- [127] P. W. Kahn. *The cultural study of law: Reconstructing legal scholarship*. University of Chicago Press, 1999.
- [128] S. Kanger. New foundations for ethical theory. In *Deontic logic: Introductory and systematic readings*, pages 36–58. Springer, 1970.
- [129] I. Kant. Principios metafísicos da doutrina do direito. *WMF Martins Fontes*, 2014.

- [130] G. Keil and R. Poscher. *Vagueness in the Law: Philosophical and Legal Perspectives*. Oxford University Press, 2017.
- [131] H. Kelsen. *General theory of law and state*. 20th century legal philosophy series. Harvard University Press, 1949.
- [132] H. Kelsen. *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. University of California Press, 1971.
- [133] H. Kelsen. Law and logic. In *Essays in Legal and Moral Philosophy*, pages 228–253. Springer, 1973.
- [134] H. Kelsen. *General Theory of Norms*. Clarendon Press, 1991.
- [135] H. Kelsen. *Introduction to the problems of legal theory: A translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of law*. Clarendon Press, 1991.
- [136] H. Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes. Tradução: João Baptista Machado. 8a edição, 2009.
- [137] H. Kelsen. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática jurídico-científica*. Gen Editora. Tradução e estudo introdutório de A. T. G. Trivisssonno, 2021.
- [138] V. Klappstein and M. Dybowski. *Ratio Legis: Philosophical and Theoretical Perspectives*. Springer, 2018.
- [139] W. Kneale and M. Kneale. *The development of logic*. Oxford University Press, 1971.
- [140] S. Knuuttila. The emergence of deontic logic in the fourteenth century. In R. Hilpinen, editor, *New Studies in Deontic Logic*, pages 225–48. Springer, 1981.
- [141] M. H. Kramer. *H. L. A. Hart*. Key Contemporary Thinkers. Polity Press, 2018.
- [142] S. A. Kripke. A completeness theorem in modal logic¹. *The journal of symbolic logic*, 24(1):1–14, 1959.
- [143] S. A. Kripke. Semantical analysis of modal logic i normal modal propositional calculi. *Mathematical Logic Quarterly*, 9(5-6):67–96, 1963.
- [144] Sir J. Laws. The rule of law: The presumption of liberty and justice. *Judicial Review*, 22(4):365–373, 2017.
- [145] B. Leiter. *American Legal Realism*, chapter 15, pages 249–266. John Wiley and Sons Ltd., 2010.
- [146] D. Lewis. *Convention: A philosophical study*. John Wiley & Sons, 2008.

- [147] L. Lindahl. *Position and Change: A Study in Law and Logic*. Synthese Library 112. Springer, 1 edition, 1977.
- [148] J. Locke. The second treatise of government. In I. Shapiro, editor, *Two treatises of government: and a letter concerning toleration*, Rethinking the Western tradition, pages p. 100–209. Yale University Press, 2003.
- [149] G.-J. C. Lokhorst and L. Goble. Mally’s deontic logic. *Grazer philosophische Studien*, 67(1):37–57, 2004.
- [150] M. Losano. *Os grandes sistemas jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- [151] N. Luhmann. *A sociological theory of law*. Routledge, 2 edition, 2014.
- [152] N. Luhmann. *O direito da sociedade*. Martins Fontes, 2016.
- [153] N. MacCormick. Coherence in legal justification. In A. Peczenik, L. Lindahl, and B. van Roermund, editors, *Theory of legal science*, pages 235–251. Springer, 1984.
- [154] N. MacCormick. *Legal reasoning and legal theory*. Clarendon law series. Clarendon Press, 1994.
- [155] N. MacCormick. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford University Press, 2005.
- [156] J. L. Mackie. *Ethics: Inventing right and wrong*. Penguin UK, 1990.
- [157] D. Makinson. On a fundamental problem of deontic logic. In P. McNamara and H. Prakken, editors, *Norms, logics and information systems: New studies in deontic logic and computer science*, volume 49. IOS Press, 1999.
- [158] J. Maranhão. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Marcial Pons Madrid, 2012.
- [159] A. Marmor. *Social conventions : from language to law*. Princeton monographs in philosophy. Princeton University Press, 2009.
- [160] A. Marmor. What’s left of general jurisprudence? on law’s ontology and content. *Jurisprudence*, 10(2):151–170, 2019.
- [161] A. Marmor. *What Is Law and What Counts as Law? The Separation Thesis in Context*, page 465–486. Cambridge Companions to Law. Cambridge University Press, 2021.
- [162] M. McBride. Detached statements. *Crítica (México, DF)*, 49(147):75–89, 2017.

- [163] P. McNamara. Making room for going beyond the call. *Mind*, 105(419):415–450, 1996.
- [164] Paul McNamara. Doing well enough: Toward a logic for common-sense morality. *Studia logica*, 57(1):167–192, 1996.
- [165] J. Meheus, M. Beirlaen, and F. Van De Putte. Avoiding deontic explosion by contextually restricting aggregation. In *International Conference on Deontic Logic in Computer Science*, pages 148–165. Springer, 2010.
- [166] A. Miller. *Contemporary metaethics: an introduction*. John Wiley & Sons, 2014.
- [167] Montesquieu. *Montesquieu: The Spirit of the Laws*. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge University Press, 1989.
- [168] G. E. Moore. *Principia Ethica*. Cambridge University Press, 2 edition, 1903/1993.
- [169] J. J. Moreso. On relevance and justification of legal decisions. *Erkenntnis*, 44(1):73–100, 1996.
- [170] J. J. Moreso. Bentham’s deontic logic. In *The legal philosophy and influence of Jeremy Bentham*, pages 83–91. Routledge, 2014.
- [171] M. C. Murphy. The Natural Law Tradition in Ethics. In E. N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019.
- [172] P. E. Navarro and J. L. Rodríguez. *Deontic Logic and Legal Systems*. Cambridge Introductions to Philosophy and Law. Cambridge University Press, 2014.
- [173] M. Neves. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. WMF Martins Fontes, 2014.
- [174] R. Nozick. *Anarquia, Estado e Utopia*. WMF Martins Fontes, 2011.
- [175] D. J. Nunes and et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização-Lei 13.015, de 16.03. 2015*. Gen/Forense, 2015.
- [176] H. Nye. The One-System view and Dworkin’s Anti-Archimedean Eliminativism. *Law and Philosophy*, 40(3):247–276, 2021.
- [177] T. Parsons. *The Social System*. Routledge Sociology Classics. Routledge, 1991.
- [178] T. Parsons. The Traditional Square of Opposition. In E. N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021.

- [179] E. Pattaro. Classical logic and the law. In C. Roversi, editor, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, pages p. 1386–1418. Springer, 2005.
- [180] R. Patterson. *Aristotle's modal logic: essence and entailment in the Organon*. Cambridge University Press, 2002.
- [181] S. L. Paulson. Four phases in hans kelsen's legal theory? reflections on a periodization. *Oxford Journal of Legal Studies*, 18(1):153–166, 1998.
- [182] G. Pavlakos. Non-naturalism, normativity and the meaning of ought: Some lessons from kelsen. In K. E. Himma, M. Jovanovic, and B. Spaic, editors, *Unpacking Normativity. Conceptual, Normative, and Descriptive Issues*, pages p. 77–94. Bloomsbury, 2018.
- [183] A. Peczenik. *On Law and Reason*. Law and Philosophy Library. Springer, 2nd ed. edition, 2008.
- [184] C. Perelman. *The new rhetoric and the humanities: Essays on rhetoric and its applications*. Springer, 2012.
- [185] Plato. *Complete Works*. Hackett Pub Co, 1997.
- [186] D. Plunkett and S. Shapiro. Law, morality, and everything else: General jurisprudence as a branch of metanormative inquiry. *Ethics*, 128(1):37–68, 2017.
- [187] D. Plunkett, S. Shapiro, and K. Toh. *Dimensions of normativity: New essays on metaethics and jurisprudence*. Oxford University Press, 2019.
- [188] H. Poincare. *Mathematics and science: last essays*. Dover Publications, 2010.
- [189] R. A. Posner. *The Economics of Justice*. Harvard University Press, 1981.
- [190] R. A. Posner. *Economic Analysis of Law*. Law and Economics. Wolters Kluwer, 3rd edition, 1986.
- [191] R. A. Posner. Legal formalism, legal realism, and the interpretation of statutes and the constitution. *Case W. Res. L. Rev.*, 37:179, 1986.
- [192] R. A. Posner. *How judges think*. Harvard University Press, 2008.
- [193] E. L. Post. Introduction to a general theory of elementary propositions. *American journal of mathematics*, 43(3):163–185, 1921.
- [194] G. J. Postema. Law's autonomy and public practical reason. In R. P. George, editor, *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, pages 79–112. Oxford University Press, 1999.

- [195] H. Prakken and H. Kaptein. *Legal evidence and proof: statistics, stories, logic*. Routledge, 2016.
- [196] G. Priest. Logic: One or many. *Logical consequence: Rival approaches*, pages 23–38, 2001.
- [197] G. Priest. *In Contradiction: A Study of the Transconsistent*. Oxford University Press, 2 edition, 2006.
- [198] G. Priest. *An Introduction to Non-Classical Logic: From If to Is*. Cambridge Introductions to Philosophy. Cambridge University Press, 2nd edition, 2008.
- [199] W. V. O. Quine. On what there is. *The review of metaphysics*, 2(1):21–38, 1948.
- [200] W. V. O. Quine. What price bivalence? *The Journal of Philosophy*, 78(2):90–95, 1981.
- [201] W. V. O. Quine. *Philosophy of logic*. Harvard University Press, 2nd ed edition, 1986.
- [202] J. Quong. Public Reason. In E. N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2022.
- [203] A. M. Rabello. Non liquet: from modern law to roman law. *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.*, 10:1, 2004.
- [204] G. Radbruch. Five minutes of legal philosophy (1945). *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(1):13–15, 2006.
- [205] G. Radbruch. Statutory lawlessness and supra-statutory law (1946). *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(1):1–11, 2006.
- [206] J. Raz. Legal principles and the limits of law. *Yale. LJ*, 81:823, 1971.
- [207] J. Raz. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press, 2nd edition, 2009.
- [208] J. Raz. *Razão prática e normas*. Elsevier, 2010.
- [209] J. Raz. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford University Press, 2011.
- [210] J. Raz. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de M. C. Almeida e revisão de M. B. Cipolla. WMF Martins Fontes, 2012.

- [211] S. Read. Monism: The one true logic. In *A logical approach to philosophy*, pages 193–209. Springer, 2006.
- [212] M. Ridge and S. McKeever. Moral Particularism and Moral Generalism. In E. N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2020.
- [213] A. Rodrigues. Uma breve história das contradições: de aristóteles à paraconsistência. *Nuntius Antiquus*, 13(2):241–262, 2017.
- [214] A. Rodrigues. Frege on the reference of sentences. *South American Journal of Logic*, 2019.
- [215] A. Rodrigues and H. Antunes. Evidências e dependência ontológica: sobre interpretações de lógicas paraconsistentes. *Revista Perspectiva Filosófica - ISSN: 2357-9986*, 47(2), 2020.
- [216] J. L. Rodriguez. Against defeasibility of legal rules. In G B. Ratti and J. F. Beltrán, editors, *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*, pages 89–107. Oxford University Press Oxford, 2012.
- [217] A. Ross. Imperatives and logic. *Philosophy of Science*, 11(1):30–46, 1944.
- [218] A. Ross. Validity and the conflict between legal positivism and natural law. In Stanley L. Paulson, editor, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, pages 147–163. Oxford University Press, 1998.
- [219] B. Russell. *The Problems of Philosophy*. The Home University Library of Modern Knowledge 40. Oxford University Press, 1912/1951.
- [220] G. Russell. Logical nihilism: Could there be no logic? *Philosophical Issues*, 28(1), 2018.
- [221] G. Russell. Varieties of logical consequence by their resistance to logical nihilism. In *Pluralisms in truth and logic*, pages 331–361. Springer, 2018.
- [222] F. T. Sautter. Um breve estudo histórico da Lei de Hume. *Trans/Form/Ação*, 29:241 – 248, 00 2006.
- [223] A. Scalia. *A matter of interpretation: federal courts and the law. An essay*. The University Center for Human Values series. Princeton University Press, 1997.
- [224] F. Schauer. Formalism. *Yale LJ*, 97:509, 1987.
- [225] F. Schauer. *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Clarendon Press, 1991.

- [226] F. Schauer. Prescriptions in three dimensions. *Iowa L. Rev.*, 82:911, 1996.
- [227] F. Schauer. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009.
- [228] C. Schmitt. *Legality and Legitimacy*. Duke University Press Books, 2004.
- [229] C. Schmitt. *The Concept of the Political: Expanded Edition with Leo Strauss's notes*. University Of Chicago Press, 2007.
- [230] C. Schmitt. *Constitutional Theory*. Duke University Press Books, 2008.
- [231] C. Schmitt. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. The University of Chicago Press, 2010.
- [232] C. Q. Schneider and C. Wagemann. *Set-theoretic methods for the social sciences : a guide to qualitative comparative analysis*. Strategies for social inquiry. Cambridge University Press, 2012.
- [233] P. Schroeder-Heister. Proof-theoretic versus model-theoretic consequence. *The logica yearbook*, pages 187–200, 2007.
- [234] J. R. Searle. How to derive ‘ought’ from ‘is’. In *The is-ought question*, pages 120–134. Springer, 1969.
- [235] J. R. Searle. Collective intentions and actions. *Intentions in communication*, 401, 1990.
- [236] J. R. Searle. *The Construction of Social Reality*. Free Press, 1997.
- [237] J. R. Searle. What is an institution? *Journal of institutional economics*, 1(1):1–22, 2005.
- [238] F. Shecaira. *Legal scholarship as a source of law*. Springer, 2013.
- [239] F. P. Shecaira. Sources of law are not legal norms. *Ratio Juris*, 28(1):15–30, 2015.
- [240] E. Sherwin. Ducking dred scott: A response to alexander and schauer. *Const. Comment.*, 15:65, 1998.
- [241] D. J. Shoesmith and T. J. Smiley. *Multiple-Conclusion Logic*. Cambridge University Press, 1 edition, 2009.
- [242] A. A. Silva Filho. *A racionalidade das decisões judiciais à luz dos princípios da publicidade e da fundamentação*. Editora D’Plácido, 2017.

- [243] Y. Sinai. Reconsidering *res judicata*: a comparative perspective. *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 21:353, 2010.
- [244] P. Smith. *An Introduction to Formal Logic*. Cambridge Introductions to Philosophy. Cambridge University Press, reimpressão de 2017 edition, 2003.
- [245] A. Soeteman. *Logic in Law: Remarks on Logic and Rationality in Normative Reasoning, Especially in Law*. Law and Philosophy Library 6. Springer, 1 edition, 1989.
- [246] W. Stegmüller. *The Structure and Dynamics of Theories*. Springer, 1976.
- [247] P. Suppes. *Introduction to Logic*. Dover Publications, 1999.
- [248] I. Tammelo. Sketch for a symbolic juristic logic. *J. Legal Educ.*, 8:277, 1955.
- [249] A. Tarski. O conceito de verdade em linguagens formalizadas. In *A concepção semântica da verdade*, pages 19–148. UNESP, 2007.
- [250] A. Tarski. O estabelecimento da semântica científica. In *A concepção semântica da verdade*, pages 149–156. UNESP, 2007.
- [251] A. Tarski. Sobre o conceito de consequência lógica. In *A concepção semântica da verdade*, pages 235–246. UNESP, 2007.
- [252] R. Tuomela. *The Philosophy of Sociality: The Shared Point of View*. Oxford University Press, 2007.
- [253] R. Tuomela. *Social Ontology: Collective Intentionality and Group Agents*. Oxford University Press, 2013.
- [254] J. O. Urmson. Saints and heroes. In A. I. Melden, editor, *Essays in Moral Philosophy*. University of Washington Press, 1958.
- [255] R. B. Valadão. *Positivismo Jurídico e Nazismo: formação, refutação e superação da lenda do positivismo*. Contracorrente, 2021.
- [256] D. van Dalen. *Logic and Structure*. Universitext. Springer, 3rd edition, 1994.
- [257] M. J. C. VILE. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Liberty Fund Inc., 2 ed. edition, 2010.
- [258] G. H. von Wright. Deontic logic. *Mind*, 60(237):1–15, 1951.
- [259] G. H. von Wright. *Norm and Action*. Routledge, 1963.

- [260] G. H. von Wright. *Practical Reason*, volume Vol I of *Philosophical Papers*. Blackwell, 1983.
- [261] G. H. von Wright. Is there a logic of norms? *Ratio Juris*, 4(3):265–283, 1991.
- [262] F. Waismann. Verifiability. In *How I see philosophy*, pages 39–66. Springer, 1968.
- [263] J. Waldron. *The dignity of legislation*. 2. Cambridge University Press, 1999.
- [264] J. Waldron. Constitutionalism—a skeptical view. In T. Christiano and J. CHrisman, editors, *Contemporary debates in political philosophy*, pages 267–282. John Wiley & Sons, 2009.
- [265] J. Waldron. Separation of powers in thought and practice. *BCL Rev.*, 54:433, 2013.
- [266] J. Waldron. The Rule of Law. In E. N. Zalta, editor, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University, Summer 2020 edition, 2020.
- [267] H. Wansing and S. P. Odintsov. On the methodology of paraconsistent logic. In *Logical studies of paraconsistent reasoning in science and mathematics*, pages 175–204. Springer, 2016.
- [268] A. Watson. *Sources of law, legal change, and ambiguity*. University of Pennsylvania Press, 1998.
- [269] M. Weber. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, volume 2 vols. University of California Press, 1978.
- [270] O. Weinberger. Logic and the pure theory of law. In R. Tur and W. Twining, editors, *Essays on Kelsen*. Clarendon Press, 1986.
- [271] O. Weinberger. The role of rules. *Ratio Juris*, 1(3):224–240, 1988.
- [272] L. Wittgenstein. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Edusp, 3 edition, 2017.
- [273] J. Wróblewski. Legal decision and its justification. *Logique et analyse*, 14(53/54):409–419, 1971.
- [274] J. Wróblewski. Legal syllogism and rationality of judicial decision. *Rechtstheorie*, 5:33, 1974.
- [275] J. Wróblewski. *The Judicial Application of Law*. Law and Philosophy Library 15. Springer, 1st edition, 1992.
- [276] L. Zaibert and B. Smith. The varieties of normativity: An essay on social ontology. In *Intentional acts and institutional facts*, pages 157–173. Springer, 2007.