

The juristic task has always been to establish intelligibility, not merely to discover it.²⁰

O método da reconstrução racional (*rational reconstruction*) foi desenvolvido pelo grupo de teóricos, do qual MacCormick fez parte, auto-intitulado “Bielefelder Kreis” no livro *Interpreting Statutes*.²¹ O conceito aplica-se principalmente à atividade doutrinária (*doctrinal law*, *law-as-science* ou *legal dogmatics*) e tem a sua importância reforçada no contexto da teoria do raciocínio jurídico (*legal reasoning*). MacCormick, por exemplo, reconstrói racionalmente algumas decisões judiciais pré-selecionadas com o objetivo de expor a estrutura dos argumentos utilizados por juízes e advogados na solução de casos concretos, facilitando, desta maneira, a identificação de padrões de raciocínio e a elaboração de uma teoria a seu respeito.²² O uso do método da reconstrução racional também tem por finalidade apresentar confirmações empíricas relacionadas às teses de MacCormick, estabelecendo uma poderosa conexão entre teoria e prática capaz de

²⁰ MACCORMICK, Neil. Reconstruction after deconstruction: a response to CLS. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, n. 4, 1990, p. 558.

²¹ Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991, p. 9-27 (Capítulo 2 – “On Method and Methodology” – Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Robert Summers e Jerzy Wróblewski). Antes da publicação de *Interpreting Statutes* (1991), MacCormick já havia apresentado o método da reconstrução racional no artigo “Reconstruction after deconstruction: a response to CLS”. *Op. cit.*, 1990, p. 555-558. Nessa ocasião, o autor reconhece que o método foi concebido a partir das leituras de Martin P. Golding relacionadas à teoria dogmática de Kelsen (p. 556).

²² *Daniels and Daniels v R. White and Sons and Tabard* é um exemplo de precedente reconstruído por MacCormick. O Sr. Daniels entrou no bar da Sra. Tabard e pediu uma garrafa de limonada da marca R. White e uma jarra de cerveja com o objetivo de levá-las para casa. Ao chegar em casa, o Sr. Daniels tomou um pouco da limonada e deu um copo para a sua esposa (Sra. Daniels). Ambos experimentaram uma sensação incômoda de queimadura e ficaram doentes. Após alguns exames (inclusive do conteúdo da garrafa), a causa da doença foi descoberta: a limonada que o casal havia consumido estava contaminada com uma grande quantidade de ácido carbólico. Com base nesses fatos, o casal processou o fabricante da limonada (R. White and Sons) e o comerciante (Sra. Tabard), com a finalidade de (i) receber indenização decorrente da doença; (ii) obter ressarcimento dos gastos com as despesas médicas; e (iii) recuperar as receitas financeiras (lucros cessantes) que deixaram de auferir enquanto estavam doentes. A decisão judicial absolveu o fabricante (R. White and Sons) com base no argumento de que os autores não teriam conseguido provar que o mesmo havia descumprido o seu dever de cuidado razoável (*reasonable care*) e condenou a comerciante (Sra. Tabard) com fundamento na tese de que ela havia vendido um produto desprovido de qualidade mercantil (*merchantable quality*). MacCormick reconstrói dedutivamente o voto do magistrado Lewis J. com o objetivo de mostrar que algumas decisões judiciais podem ser (ou são) justificadas dedutivamente. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 19-37.

justificar determinadas opções teóricas fundamentais.²³ De acordo com os autores de *Interpreting Statutes*:

By ‘rational reconstruction’ we mean the activity of explaining fragmentary and potentially conflicting data by reference to theoretical objects in the light of which the data are seen as relatively coherent, because presented as parts of a complex, well-ordered whole. (...) the object presented as a coherent whole is so presented on the assumption of some degree of internal rationality in the relevant human activity.

(...)

Why this is a reconstruction and not mere depiction or transcription is because of the episodic and fragmentary character of the information and materials with which the jurist works.²⁴

A partir da definição anterior, é possível derivar algumas implicações. A aplicação do método da reconstrução racional pode ser dividida nas seguintes etapas: (i) planejamento da reconstrução em razão de alguma finalidade ou estado de coisas desejados pelo intérprete,²⁵ os quais, por sua vez, são informados por pressupostos teóricos e axiológicos; (ii) levantamento e seleção de dados e informações considerados pertinentes ao propósito do intérprete; (iii) organização do material selecionado em função de algum critério, normalmente relacionado com a finalidade estabelecida na fase do planejamento (no entanto, é possível que o intérprete considere necessário modificar este critério em razão de alterações na finalidade almejada e/ou em face de algum resultado obtido); e (iv) apresentação dos resultados em conexão com as etapas anteriores e com os pressupostos teóricos e axiológicos subjacentes ao processo de reconstrução racional.

Qualquer uma das etapas anteriores pode ser problematizada, o que pressupõe que o intérprete esteja preparado para apresentar razões referentes (i) ao

²³ No prefácio de *Legal Reasoning and Legal Theory* (p. XIII-XIV), MacCormick afirma: “The method involved is one to which I should now give the name of ‘rational reconstruction’. That is to say, it is no mere description of observed ‘facts’, rather, it is an attempt to show the phenomena discussed as belonging within a rationally comprehensible system of thought and action revealed by the overall theory of reason and reasoning (...). Equally, the theory is tested for its adequacy by confronting it with the evidence of the actual reasoning of the judges in the real cases”.

²⁴ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. *Op. cit.*, p. 19.

²⁵ O conceito de “finalidade” deve ser entendido como uma idéia que exprime uma orientação prática (função diretiva), enquanto que o conceito de “estado de coisas” representa os possíveis conteúdos relacionados com esta idéia. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70-71.

critério utilizado na reconstrução racional, bem como à relação de pertinência (relevância e adequação) entre os resultados obtidos e a sua pretensão inicial; (ii) às finalidades e estados de coisas desejados; e (iii) à fundamentação teórica e axiológica do processo de reconstrução. É importante observar que existe uma estreita relação entre os fins e estados de coisas almejados e a fundamentação explicativa que lhes dá suporte.

O objetivo da divisão em etapas do processo de aplicação do método da reconstrução racional foi tornar explícita a relação existente entre o método e os fundamentos teóricos e axiológicos que informam a sua abordagem. A partir do reconhecimento expresso desta relação é que os autores de *Interpreting Statutes* elencaram os seguintes compromissos valorativos acadêmicos (*scholarly values*) necessários à aplicação do método da reconstrução racional: (i) compromisso com alguma concepção de racionalidade;²⁶ (ii) crença (*belief*) na possibilidade da razão prática;²⁷ (iii) compromisso com o entendimento e o método hermenêutico;²⁸ e (iv) compromisso com a verdade e a objetividade ao descrever qualquer atividade ou prática.²⁹ Além desses compromissos valorativos, os autores ressaltam a inevitabilidade de integrá-los a um quadro teórico específico (*theoretical framework*),³⁰ e destacam que o resultado desta fusão representa o fundamento normativo do método (*normative background assumptions*).

²⁶ Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. *Op. cit.*, p. 22: “(...) the theorist necessarily has a commitment to some conception of rationality as a fundamental value in human discourse, both theoretical and practical, and some conception of the way in which a scheme or system of norms and values can inform material content of practical justifications”.

²⁷ Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. *Op. cit.*, p. 21: “The point is that operative interpretation [official application of law] is embedded in legal argumentation as a form of practical reasoning aimed at the justification of decisions in the law. Thus it can only be within the setting of some view about rational practical reasoning (or ‘argumentation’) and their legal application that one can produce a rational reconstruction of criteria of soundness or unsoundness in interpretative practice”.

²⁸ Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. *Op. cit.*, p. 20.

²⁹ Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. *Op. cit.*, p. 21.

³⁰ Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. *Op. cit.*, p. 23: “In terms of commitment, therefore, one has a necessary commitment to certain scholarly values and to a certain theoretical framework, as well as to a conception of the possibility of practical rationality in the implementation of norms and values. These commitments are essential to the work [rational reconstruction]. But beyond that, a certain detachment is also essential”.

Entretanto, o “Bielefelder Kreis” também realiza um movimento contrário no sentido de enfraquecer o grau de comprometimento envolvido na atividade reconstrutiva, em especial ao sustentar que o teórico do direito (*legal scholar*), em contraste com o advogado (*lawyer-as-advocate*), deve assumir uma posição relativamente imparcial (*detached*) e desinteressada na aplicação do método, pois, somente desta maneira, poderá apresentar um ponto de vista abstrato. O desafio, portanto, é achar um ponto de equilíbrio entre os inevitáveis compromissos teóricos e valorativos, de um lado, e uma certa imparcialidade, de outro. Ao apresentar o método da reconstrução racional com essas características, os autores de *Interpreting Statutes* acabam imputando-lhe uma dupla dimensão descritiva e normativa:

Rational reconstruction aims at a descriptive account of normative material. It is descriptive in the sense that it starts from and purports to remain faithful to the materials it reconstructs. As part of its descriptive aim, it purports to reveal an underlying structure to which one can relate the particular justificatory arguments apparent in judicial opinions. But the aim to produce a purely descriptive account can never be perfectly achieved; for rational reconstruction has also a normative element in so far as the rationally reconstructed underlying structure presupposes a model of good or acceptable justification for the decisions of rational beings. Any description of norms about reasoning has to start from some view of what can possibly constitute good or sound reasoning and this will be reflected in the descriptive account produced. Since the primary material is in any event somewhat episodic and gappy, the way in which it is shaped and filled out in the descriptive account will necessarily draw on, and reveal, background normative assumptions. These will further affect one's judgements of satisfactoriness or adequacy in any descriptive account.³¹

A possibilidade (ou não) de identificar e separar a análise teórica em dois planos distintos (descritivo e normativo) é um tópico de intensas disputas filosóficas.³² Svein Eng, por exemplo, sustenta que as proposições utilizadas na

³¹ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. *Op. cit.*, p. 21-22.

³² Cite-se, por exemplo, o problema epistemológico relacionado à própria aproximação efetuada pelo teórico que divide a sua abordagem em duas dimensões (descritiva e normativa). Neste caso, faz sentido perguntar: é possível alegar uma “superioridade meta-descritiva” enquanto critério último para legitimar uma classificação filosófica? Parece-me que o recurso a esse discurso decorre de uma necessidade de pôr fim à regressão filosófica. Sobre esse assunto, o debate entre Hart e Dworkin é bastante instrutivo: (i) Cf. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Second Edition. *Op. cit.*, 1994, p. 238-276 (postscript); e (ii) DWORKIN, Ronald. Hart's postscript and the character of political philosophy. *Op. cit.*, p. 1-37.

prática jurídica, sujeitas aos aspectos temporal e institucional, resultam de uma combinação entre afirmações descritivas e normativas, e que as mesmas não podem ser separadas no plano teórico, como pretendem alguns autores (em especial, aqueles filiados às tradições positivista e realista). Eng as denomina de “proposições fundidas” (*fused propositions / sammensmeltede*).³³

De acordo com essa abordagem, as “proposições fundidas” são parcialmente descritivas e normativas, porém jamais uma combinação separável entre afirmações sobre *o que é* o direito (descritivas) e afirmações sobre *o que deve ser* o direito (normativas). As “proposições fundidas” constituem um *tertium genus* e estão situadas em algum lugar entre o discurso puramente descritivo e o discurso puramente normativo, sendo correto afirmar que as mesmas admitem apenas a implementação gradual de seus componentes (descritivo e normativo).³⁴

Aparentemente, a intenção dos autores de *Interpreting Statutes* ao apresentar o método da reconstrução racional composto por duas dimensões (normativa e descritiva) foi tornar explícito o direcionamento teórico presente nas abordagens doutrinárias dogmáticas (muitas vezes obscurecido ou confundido – propositalmente ou não), promovendo, desta forma, a transparência na atividade acadêmica.³⁵ Uma estratégia bastante comum no discurso teórico é transformar o discurso normativo em discurso descritivo com a finalidade de agregar poder de convencimento. A força retórica do discurso que se limita a “apresentar dados e/ou descrever fatos” costuma provocar a adesão de auditórios menos atentos e com pouca disposição para polemizar.

³³ Cf. ENG, Svein. Fusion of descriptive and normative propositions. The concepts of ‘descriptive proposition’ and ‘normative proposition’ as concepts of degree. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, 2000, p. 237.

³⁴ Cf. ENG, Svein. Fusion of descriptive and normative propositions. The concepts of ‘descriptive proposition’ and ‘normative proposition’ as concepts of degree. *Op. cit.*, p. 252. Para uma crítica às teses de Eng: Cf. DAHLMAN, Christian. Fused modality or confused modality? *Ratio Juris*, v. 17, n. 1, 2004. Recentemente, Svein Eng elaborou uma resposta a Dahlman: Cf. ENG, Svein. Fused modality. An integral part of lawyers’ form of life. *Ratio Juris*, v. 18, n. 4, 2005.

³⁵ Conferir, por exemplo, o reconhecimento expresso de MacCormick na seguinte passagem: “(...) my thesis is both descriptive of actually operative norms within actual legal systems, and in its own right normative in arguing for what I see as good procedures of decision making and justification. I may be wrong on either or both counts, but I would hope that critics will observe and distinguish between errors of observation and points of normative disagreement”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. *Op. cit.*, p. 77.

Nesse ambiente, MacCormick declara expressamente que um de seus objetivos ao utilizar o método da reconstrução racional é contribuir para a sistematização e a construção de um modelo coerente de direito. O autor escocês também faz questão de ressaltar que o processo de sistematização é orientado por princípios e valores.³⁶ No artigo intitulado *Four Quadrants of Jurisprudence*,³⁷ MacCormick propõe uma divisão do pensamento jurídico em 4 (quatro) campos: (i) direito bruto (*raw law*); (ii) direito doutrinário (*doctrinal law, law-as-science, ou legal dogmatics*); (iii) direito nas ciências sociais (*law in social science*); e (iv) valores e princípios fundamentais (*fundamental values and principles*). Esses campos oferecem perspectivas de análise distintas e MacCormick pretende situar-se em um plano meta-teórico (*meta-theoretical level*).

O direito bruto (*raw law*), compreendido como atividade (*law-as-activity*), fenômeno (*law-as-phenomenon*) ou produto da experiência (*law-as-lived*), é composto pelo material ainda não analisado teoricamente.³⁸ É difícil conceber a existência de algum material jurídico nesse estado bruto, até porque o teórico necessita de critérios preestabelecidos para se aproximar, identificar e separar o que é jurídico do que não é.³⁹ No entanto, a utilização deste conceito

³⁶ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 29: “(...) it is a method for dealing with the interpretation and elucidation of large bodies of data or material in the context of the humanities. (...) The task of elucidation and explanation involves selection from the unanalysed mass and then reconstructing them in a way that makes them comprehensible because parts of a coherent and well-ordered whole. This is an intellectual process involving a new imagining and describing of the implicit order in potential disorder, based on some principles or values ascribed to the whole and its parts”.

³⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. *Four quadrants of jurisprudence*. In: KRAWIETZ, W. et al (eds.). *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994, p. 53-70. Uma versão adaptada deste mesmo artigo pode ser encontrada em: MACCORMICK, Neil. *The ideal and the actual of law and society*. In: TASIOLAS, John (ed.). *Law, Values and Social Practices*. Aldershot: Dartmouth, p. 15-37 (em especial, p. 21-35).

³⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. *Four quadrants of jurisprudence*. *Op. cit.*, p. 55: “‘Raw Law’ might be as good a term as any for alluding to this law-as-activity, law-as-lived, law-as-phenomenon apart from and prior to any particular explanatory scheme or theoretical understanding. Raw law is the unexamined substratum of brute fact (if any) that gives theorised, scholarly law-constructs, whatever anchoring they have in the real world”.

³⁹ Cf. MACCORMICK, Neil. *Four quadrants of jurisprudence*. *Op. cit.*, p. 55: “But nobody, or nobody likely to read this essay, actually does approach the matter purely pre-theoretically. And even when we try the thought-experiment of abstracting from theory as far as we can, it seems absurd to deny that raw law at least includes decisions which are or purport to be authoritative”. Conferir também (p. 66): “(...) it has to be conceded that wholly untheorised, un-schematised, absolutely raw law is quite unlikely to be found in pure form in any contemporary society. Surely

serve a um propósito específico: é a partir dele que MacCormick caracterizará a atividade reconstrutiva. O direito bruto (*raw law*) atua como pressuposto teórico para a transformação e sistematização do material bruto pela doutrina jurídica (*doctrinal law*), sendo irrelevante se o mesmo se efetiva ou não na prática:

The idea of ‘reconstruction’ here depends on what I said about ‘raw law’. Raw law is transformed by jurists into law-as-system. The idea of law as structured and analysable body of norms or rules and principles and the like is not something just given in our experience of phenomena. The system-quality of law depends essentially upon the existence of a scholarly practice of rationality systematising legal experience.⁴⁰

Sendo assim, o método da reconstrução racional possibilita o teórico do direito confrontar os dados fragmentários, episódicos e incompletos (*raw law*), capturados por sua consciência, e reinterpretá-los à luz de princípios e valores considerados relevantes pelo teórico com o objetivo de promover uma aproximação racional, sistemática e coerente do fenômeno jurídico.⁴¹ A partir desta perspectiva, fica clara a importância com que princípios e valores concorrem para a formação de uma teoria. A atividade acadêmica não é, e nem pode aspirar a ser, um empreendimento moralmente neutro (*morally-neutral*) ou isento de valores (*value-free*).⁴²

(...) values and principles enter into legal science in a crucial way. The process of rationally reconstructing law as coherent normative order requires the formulation of governing values and principles so as to make sense of the whole and create the possibility of practical coherence in presentation and apprehension of law.⁴³

all or nearly all of legal activity in modern societies is strongly informed by systemic and doctrinal conceptions”. Conferir também MACCORMICK, Neil. The ideal and the actual of law and society. *Op. cit.*, p. 23.

⁴⁰ Cf. MACCORMICK, Neil. Four quadrants of jurisprudence. *Op. cit.*, p. 57.

⁴¹ Cf. MACCORMICK, Neil. Four quadrants of jurisprudence. *Op. cit.*, p. 57.

⁴² Cf. MACCORMICK, Neil. Four quadrants of jurisprudence. *Op. cit.*, p. 62: “(...) it is not open to doubt that human activity is, as such, value-oriented. Whatever raw law is also, it is fundamentally a matter of activity. (...) Law-activity, like all activity, aims to realise value. (...) Whatever the ultimate truth about values in the realms of being and of knowledge, we could aim at a systematisation of law that made sense of it in terms of some chosen set or scheme of values imputed to the raw law and its operative principles, and used to reconstruct it as defensible overall scheme of practical co-operation and social co-ordination.”

⁴³ Cf. MACCORMICK, Neil. Four quadrants of jurisprudence. *Op. cit.*, p. 69. Conferir também: MACCORMICK, Neil. The ideal and the actual of law and society. *Op. cit.*, p. 35: “All intelligible experience requires marrying of ‘raw’ acquaintanceship with process to a capacity for grasping a priori principles. Nor can pure cognitions take priority over practical engagement with process.”

Por fim, é interessante observar a necessidade de separar os valores e princípios que orientam a elaboração de uma teoria (perspectiva teórica) dos valores e princípios que são utilizados na aplicação do direito (perspectiva pragmática). A análise que se segue está direcionada à perspectiva teórica, vale dizer, o objetivo é investigar os valores e princípios que influenciam as opções teóricas fundamentais de MacCormick (em especial, a preferência pelo modelo dedutivo). No entanto, a delimitação do estudo não afasta a possibilidade de se utilizar os valores e princípios teóricos em contextos pragmáticos; ao contrário, tal conduta deve ser incentivada na medida em que o uso dos mesmos sugere um importante compromisso entre o discurso teórico e o discurso prático.

2.1 *Rule of Law* e o Modelo Dedutivo

Diante do exposto, identificar quais são os valores e princípios que governam o projeto teórico de MacCormick constitui uma etapa importante para se efetuar uma análise consistente de sua teoria do raciocínio jurídico, em especial porque a compreensão desses valores e princípios esclarece algumas escolhas relacionadas à utilização do modelo dedutivo no processo de justificação das decisões judiciais. Não é por outro motivo que o autor escocês afirma, logo no início do livro *Rhetoric and The Rule of Law*, que o estabelecimento de critérios e formas para um bom raciocínio jurídico pressupõe um contexto de valores e princípios fundamentais que são imputados ao ordenamento. Esses valores e princípios influenciam a maneira com que o teórico se aproxima do fenômeno jurídico e elabora teorias a seu respeito, cumprindo uma função eminentemente persuasiva.⁴⁴

Practical principles and values – the ‘fourth quadrant’ – are implicit in all our knowing, understanding and system building”.

⁴⁴ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 1-2: “Now, however, it seems to me that the whole enterprise of explicating and expounding criteria and forms of good legal reasoning has to be in the context of fundamental values that we impute to legal order. Reasoning about the application of law in the light of such values is persuasive, not demonstrative, and in that sense the present book is a contribution to the ‘new rhetoric’ (...)”. Conferir também: (i) (p. 28): “The greater or lesser strenght of a philosophical approach depends on the soundness or attractiveness of the conception it proposes of an important fundamental political value considered

Nesse contexto, MacCormick procura destacar a importância dos valores relacionados ao Estado de Direito (*Rule of Law*).⁴⁵ Para o autor escocês, a observância das leis por parte dos cidadãos, e, principalmente, por parte dos poderes governamentais, é um comportamento virtuoso que traz inúmeros benefícios, tais como: garante a certeza, estabilidade e segurança nas relações sociais, bem como limita o exercício do poder governamental. Portanto, uma sociedade que respeita os valores do Estado de Direito (*Rule of Law*) proporciona aos seus cidadãos um espaço institucional saudável para se conduzir uma vida independente e autônoma, capaz de ser planejada com um certo grau de segurança e confiabilidade recíproca.⁴⁶

Além do mais, esse espaço institucional saudável deve ser regulado por meio de regras claras e precisas, que fixem consequências normativas tomando como referência classes ou categorias de pessoas, atos, coisas e circunstâncias, estabelecidas nas instâncias operativas das regras. Portanto, não basta que os cidadãos e o poder governamental observem as leis, é fundamental que as próprias

alongside of other important values like democracy, liberty, or equality. The methodology I follow in this book chimes quite closely with this idea of Dworkin”; e (ii) (p. 29): “reflecting on the Rule of Law is necessarily engaging in a discourse concerning what is of value, and that any opinion concerning this value will shape one’s attempts to produce a theory of legal reasoning or of law”.

⁴⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. Ethical positivism and the practical force of rules. In: CAMPBELL T.; GOLDSWORTHY J. (eds.). *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Aldershot: Dartmouth, 2000, p. 49: “The ‘rule of law’ is a political value or imperative that demands restrictions on the political process – in particular, through a separation of the judicial from other powers of the state, the subjection of the executive and military powers of the state to general rules of law substantially the same as those that govern ordinary citizens in their mutual interactions, and fidelity to law and the Constitution among all office-holders”. Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 2: “Respecting the Rule of Law is of profound political value in states or confederations of states, such as the European Union. To have properly published and prospective laws, equality of citizens before them, and limitation of official power with respect to them, are foundations for democratic liberty and essentials for a stable economy”. Robert Summers enumera dezoito princípios relacionados ao Estado de Direito. Cf. SUMMERS, Robert. The principles of the rule of law. *Notre Dame Law Review*, v. 74, 1998, p. 1693-1697.

⁴⁶ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 16: “Where there is in some polity a body of established and acknowledged law that is supposed to govern the dealings of persons in all capacities in that polity, a strict observance of all those laws, especially their strict observance by those who hold governmental power, is of inestimable value. Where the law is faithfully observed, the Rule of Law obtains; and societies that live under the Rule of Law enjoy great benefits by comparison with those that do not. (...) Among the values that it can secure, none is more important than legal certainty, except perhaps its stablemates, security of legal expectations and safety of the citizen from arbitrary interference by governments and their agents. For a society that achieves legal certainty and legal security enables its citizens to live autonomous lives in circumstances of mutual trust”.

leis estabeleçam comandos claros e precisos, que possam ser facilmente compreendidos por seus destinatários, concretizando, desta forma, o ideal da certeza no direito.⁴⁷ O Estado de Direito (*Rule of Law*) pressupõe este tipo de regra (clara e precisa) como condição para que os valores da certeza, estabilidade e segurança possam ser implementados.⁴⁸ Além do mais, tais regras devem fazer parte de um sistema caracterizado por uma certa consistência e coerência geral.⁴⁹

Todos esses fatores implicam uma postura política e moral que o autor escocês endossa e denomina “ética do legalismo” (*ethics of legalism*). Esta, por sua vez, procura reafirmar a importância dos valores do Estado de Direito (*Rule of Law*) enquanto valores políticos e morais.⁵⁰ Sendo assim, a ética do legalismo também prescreve que as condutas humanas e as suas controvérsias devem, sempre que possível, ser reguladas e pacificadas com base em regras predeterminadas, genéricas e claras. Da mesma forma, o poder governamental é compreendido como uma atividade limitada porque está sujeita ao comando

⁴⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 238: “The legal ideal of certainty in law once again shimmers before our eyes. Business people and ordinary people going about the ordinary affairs of their life have obvious and strong reason to prefer situations in which the law, or at least the law as it currently impinges on their activities and interests, is clear and susceptible of statement with certainty. Even if it impinges in an unwelcome way, at least they know where they stand. Not knowing is extremely uncomfortable. One of the most strongly advertised merits of the Rule of Law is that, where it flourishes, legal certainty flourishes also, as part of it”.

⁴⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 16: “Where the Rule of Law is observed, people can have reasonable certainty in advance concerning the rules and standards by which their conduct will be judged, and the requirements they must satisfy to give legal validity to their transactions. They can then have reasonable security in their expectations of the conduct of others, and in particular of those holding official positions under law. (...) This is possible, it is often said, provided there is a legal system composed principally of quite clearly enunciated rules that normally operate only in a prospective manner, that are expressed in terms of general categories, not particular, indexical, commands to individuals or small groups singled out for special attention. The rules should set realistically achievable requirements for conduct, and should form overall some coherent pattern, not a chaos of arbitrarily conflicting demands”.

⁴⁹ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 12: “Values like legal certainty and legal security can be realized only to the extent that a state is governed according to pre-announced rules that are clear and intelligible in themselves. They must also form part of a legal system characterized by consistency among its many rules, and by a certain overall coherence of principle in the system as a whole. So rules alone are not enough in themselves. From a moral point of view, legal certainty and legal security are of considerable value because of the quality of life they facilitate for citizens (...)”.

⁵⁰ Cf. MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism. *Ratio Juris*, v. 2, n. 2, 1989, p. 188: “The ethics of legalism as I propound them are simply a restatement of well known versions on the case for the Rule of Law as a moral and political value”.

dessas mesmas regras.⁵¹ O resultado é que os cidadãos conseguem exercer a sua autonomia e independência com um certo grau de previsibilidade e segurança, na medida em que contam com regras claras e precisas para pautar as suas condutas e com um ambiente favorável à promoção da estabilidade institucional. No entanto, MacCormick adverte para a necessidade de não se radicalizar este discurso a ponto de desembocar em um legalismo puro (*purely legalistic approach*).⁵²

A ética do legalismo (*ethics of legalism*) e os valores relacionados ao Estado de Direito (*Rule of Law*) também conduzem a uma determinada visão da função do Poder Judiciário nesse quadro de restrições legais,⁵³ em especial porque esta postura política e moral aposta na otimização da separação dos poderes, e, conseqüentemente, nos esforços para minimizar as possíveis contaminações entre os mesmos. Sendo assim, a recomendação teórica é que o Poder Judiciário adote uma conduta comedida, já que a atividade jurisdicional deve estar orientada prioritariamente à aplicação das regras jurídicas (claras e precisas) promulgadas pelo poder competente (Poder Legislativo), e não à criação das mesmas. Isto significa dizer que o ativismo judicial deve ser evitado porque contraria os fundamentos da ética do legalismo e a tese da separação dos poderes.⁵⁴ É com base nesses argumentos que MacCormick chega a seguinte conclusão:

⁵¹ Cf. MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism. *Op. cit.*, p. 184: “For me, (...) legalism is to be understood as the stance in legal politics according to which matters of legal regulation and controversy ought so far as possible to be conducted in accordance with predetermined rules of considerable generality and clarity, in which legal relations comprise primarily rights, duties, powers and immunities reasonably clearly definable by reference to such rules, and in which acts of government however desirable teleologically must be subordinated to respect for rules and rights”

⁵² Cf. MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism. *Op. cit.*, p. 192: “If autonomy and independence within interdependence are the deepest justifying grounds for legalism, this in itself warns us of the vice of a *purely* legalistic approach to any issue. (...) Legalism demands for some purposes a suspension of belief. It demands a suspension of abstract moral beliefs for the purposes of resolving legal questions. But this it does as a matter of moral belief. So the suspension must never be absolute or unconditional”.

⁵³ Cf. MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism. *Op. cit.*, p. 186: “Legalism is the morality of filtering through positive law all claims to official justification”.

⁵⁴ Essa postura é radicalizada pelo positivismo ético (*ethical positivism*), corrente de pensamento que MacCormick simpatiza, porém não abraça completamente: “The case made by EP [Ethical Positivism] suggests that statute law ought to be treated by courts as being of absolute application, in order to prevent undue judicial activism eroding the supremacy of the legislature and, with that, the democratic legitimacy of the legal process. EP further suggests that this will be effectively undermined unless fairly strict canons of interpretation are followed by, and, if necessary, imposed on judges”. Cf. MACCORMICK, Neil. Ethical positivism and the practical force of rules. In: CAMPBELL T.; GOLDSWORTHY J. (eds.). *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*.

(...) an important aspect of the Rule of Law [is] that courts and judges take seriously the established rules of the institutional normative order that is a contemporary system of state law. Because of this, we can see that the justification of claims and decisions will contain and focus on a syllogistic element, showing what rule is being applied, and how.⁵⁵

Neste ponto, torna-se compreensível de que forma os valores e princípios fundamentais influenciam a escolha de critérios para o raciocínio jurídico e a elaboração de uma teoria a seu respeito. Vale dizer, o silogismo é eleito como modelo de justificação judicial porque o autor escocês considera os valores relacionados ao Estado de Direito (*Rule of Law*) como valores políticos e morais centrais para o funcionamento das sociedades contemporâneas. Esses, por sua vez, destacam a importância das regras (claras e precisas) para o direito, bem como prescrevem determinada compreensão da função do Poder Judiciário no quadro da separação dos poderes, reivindicando a elaboração de uma teoria do raciocínio jurídico compatível com este fundo teórico.⁵⁶ Sendo assim, é possível sustentar que a crença de MacCormick na relevância dos valores e princípios relacionados ao Estado de Direito (*Rule of Law*) é decisiva para esclarecer a sua opção pelo modelo dedutivo enquanto modelo padrão de justificação judicial, conforme se depreende do trecho transcrito abaixo:

I am asked why I see “deduction as a privileged form of ‘legal justification’”. I do not see it as privileged in terms of higher ranking or coming first, or overrinding, or anything like that. But I do see it as an omnipresent and focal element in any satisfactory process of legal justification as I would

Op. cit., p. 51. De acordo com o autor (p. 38): “the argument for the ethical ideal of ‘ethical legal positivism’ is one that can be taken seriously. (...) Fairyland might be a nice place in theory, but there is no point in planning to live in fairyland or launching political programmes aimed at setting it up as a framework for human society. Since Tom Campbell regards me as a fellow subscriber to ethical positivism – and, indeed, is kind enough to regard me as its co-founder, despite the fact that we differ on some important points (...)”.

⁵⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 80.

⁵⁶ Para uma crítica dessa posição. Cf. JACKSON, Bernard. MacCormick on logical justification in easy cases: semiotic critique. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 211: “Though MacCormick does not here spell out his reasons for regarding deduction (...) as providing a justification, his basis must certainly be the traditional view that legal decisions are justified insofar as they conform to the rule of law, combined with a conception of the rule of law as the (deductive) application of rules to facts. But to this there are two major types of objection: the first, that the deductive syllogism, as applied to the judicial application of law, cannot in fact justify in terms of the ideal of the rule of law; the second, that there are alternative, perhaps preferable, models of the justification of the judicial decision (...)”.

reconstruct it. Jackson [Bernard Jackson] rightly sees here a link with my understanding of the “Rule of Law”. Like Joxerramon Bengoetxea, I see legal system as a “regulative idea” for legal practice.

This leads to a normative conception of justification of decisions. On the given understanding of law and legal system, a decision is justifiable only if it is supported by a well-grounded proposition of law, at least stating a general principle but preferably a more concrete rule, and if facts can be proven or otherwise established so as relevantly to connect the decision to the legal proposition. The deductive model of justification is a reconstruction of justificatory argumentation which exhibits with particular clarity the connections between the law, the facts, and the conclusion that the decision proposed is the right one, that which legally ought to be handed down. The deductive element in justification is thus indeed central to it.⁵⁷

Por outro lado, também é importante esclarecer que MacCormick realiza um movimento contrário no sentido de enfraquecer o discurso da ética do legalismo e do respeito aos valores do Estado de Direito (*Rule of Law*) quando analisa o caráter argumentativo da atividade jurídica. O autor escocês questiona se este último aspecto, combinado com o fato de que o direito é um empreendimento interpretativo, influenciado por diversas teorias referentes à indeterminação da linguagem, as quais, por sua vez, suscitam dúvidas sobre a possibilidade de se defender os ideais da certeza e segurança no campo do direito, não comprometeria os valores relacionados com o conceito de *Rule of Law*.⁵⁸ Todos esses problemas poderiam ser invocados para enfraquecer a importância do discurso teórico que defende a relevância de tais valores para o campo jurídico. MacCormick reconhece essas dificuldades e passa a sustentar a existência de uma certeza superável (*defeasible certainty*) no lugar de uma certeza absoluta.⁵⁹

A saída encontrada pelo autor escocês para tentar conciliar o caráter argumentativo do direito (que admite apenas uma certeza superável) com os valores do Estado de Direito (que prescrevem o ideal da certeza absoluta) foi embutir no próprio conceito de *Rule of Law* a noção complementar de direitos de

⁵⁷ Cf. MACCORMICK, Neil. A deductivist rejoinder to a semiotic critique. *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, 1992, p. 222.

⁵⁸ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 13: “The idea of the arguable character of law seems to pour cold water on any ideal of legal certainty or security. If there can be no legal certainty, how can the Rule of Law be of such value as is claimed?”

⁵⁹ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 28.

defesa (*rights of defense*).⁶⁰ Esta noção exige que se facultem meios legítimos aos cidadãos para que possam se defender de todas as acusações que lhes forem imputadas, conseqüentemente o exercício desses direitos acaba provocando sérias dúvidas com relação à aplicação da legislação em vigor. Por esta razão, os direitos de defesa (*rights of defence*) podem ser considerados como causas das incertezas e inseguranças que são geradas no campo jurídico.⁶¹

Em outras palavras, a introdução de uma faceta dinâmica (*rights of defence*) no conceito de Estado de Direito (*Rule of Law*) serve para explicar a origem dos problemas provocados pelo caráter argumentativo do direito (incerteza e insegurança) e também para justificar a afirmação de que a certeza do direito deve ser compreendida como uma certeza superável (*defeasible certainty*).⁶² De fato, se a faceta dinâmica (*rights of defence*) não fosse introduzida no conceito de *Rule of Law*, os problemas da incerteza e insegurança não poderiam ser explicados, e isso representaria uma séria ameaça ao discurso teórico que sustenta a adesão aos valores relacionados ao conceito de Estado de Direito (*Rule of Law*).⁶³

No entanto, essa proposta de conciliação entre o conceito de Estado de Direito (*Rule of Law*) e o caráter argumentativo da atividade jurídica, por meio da

⁶⁰ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 23-28.

⁶¹ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 26: “A vital part of the guarantee of liberty in the governing conception of the Rule of Law is that the opportunity to mount such a challenge on fair terms and with adequate legal assistance be afforded to every person. And yet that same governing conception calls for relatively clear and determinate law in the form of pre-announced rules. Hence legal indeterminacy is not merely (though it is also) a result of the fact that states communicate their legal materials in natural (‘official’) languages, and that these are afflicted with ambiguity, vagueness, and open texture. It also results from, and is in some measure magnified by, the due recognition of the ‘rights of the defence’ in every setting of criminal prosecution or civil litigation”.

⁶² Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 28: “Law’s certainty is then defeasible certainty. Its being so is not, after all, something that contrasts with the Arguable Character of Law, but something that shares an underlying ground with it. That ground is a conception of the rights of the defence built into the ideology of the Rule of Law in its guise as protector from arbitrary actions by governments”.

⁶³ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 31: “There is a risk of misunderstanding the ‘Rule of Law’ as an ideal taken in isolation. Then, perhaps, we stress its more static aspects, that promise legal certainty and security of legal expectations. But it has a dynamic aspect as well, illustrated by the rights of the defence, and the importance of letting everything that is arguable be argued. In this dynamic aspect, the arguable character of law is no antithesis of the Rule of Law, but one of its components”.

introdução dos direitos de defesa (*rights of defence*) no próprio conceito de *Rule of Law*, não é suficiente para afastar a força do discurso teórico fundado na crença dos valores da certeza e da segurança jurídicas, nem para impedir que esses valores influenciem na escolha do modelo de justificação judicial (silogismo). De fato, conforme visto acima, MacCormick considera a dedução (silogismo) como um elemento central (onipresente e focal) do processo de justificação judicial e, uma das razões para essa escolha, é exatamente a importância que autor escocês confere aos valores da certeza e da segurança que emanam do conceito de Estado de Direito. Sendo assim, é possível afirmar que esses valores continuam a ser um importante componente persuasivo na elaboração da teoria do raciocínio jurídico de MacCormick, ainda que o autor tenha introduzido em sua descrição do direito a figura da certeza superável (*defeasible certainty*).

A análise do método da reconstrução racional proporcionou uma passagem importante. Uma das questões centrais na teoria de MacCormick é identificar quais os valores e princípios que orientam a sua exposição. O esclarecimento desse tópico é importante na medida em que proporciona uma melhor compreensão de sua teoria do raciocínio jurídico, em especial no que diz respeito à escolha do modelo dedutivo como foco de sua teoria. De fato, avaliar essa passagem esclarece de que maneira as opções no plano político e moral influenciam a elaboração de uma teoria sobre o raciocínio jurídico, na qual o silogismo é um elemento central no processo justificação das decisões judiciais. Segundo MacCormick, raciocinar sobre a aplicação do direito com base nesses valores fundamentais é persuasivo (“*reasoning about the application of law in the light of such values is persuasive*”).⁶⁴

⁶⁴ Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. *Op. cit.*, p. 1.